

O controle judicial do “relevante valor cultural” de bens tombados na jurisprudência mineira: a discricionariedade administrativa e a proteção do patrimônio cultural

*Maria Tereza Fonseca Dias**
*Luiza Teodoro de Mendonça***

Resumo: Neste artigo, discute-se o exercício do controle jurisdicional da definição do “relevante valor cultural” do bem tombado proferida pela autoridade administrativa e problematiza-se em que medida os tribunais estão autorizados a revisar a ação ou a omissão administrativa e a substituí-la por uma decisão própria, visando à proteção do patrimônio cultural. Além da coleta e estudo de dados bibliográficos sobre o tema, foram analisados 23 casos decididos pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no período de 2000 a 2013. Com base na análise das decisões coletadas, concluiu-se que o TJMG possui duas maneiras distintas de atuação. Tratando-se de atuação positiva do Poder Judiciário para sanar a omissão do Poder Executivo na concretização do tombamento de determinado bem, o Tribunal

* Mestre e doutora em Direito Administrativo pela UFMG. Professora do Departamento de Direito Público da UFMG e dos cursos de graduação e Mestrado em Direito da Universidade Fumec. Coordenadora do Mestrado em Direito da Universidade Fumec. Pesquisadora do CNPq. Advogada e consultora.

** Bacharel em Direito pela UFMG. Especialista em Políticas e Gestão da Saúde da Secretaria de Estado da Saúde de Minas Gerais.

considera que, por ser discricionário, esse ato não pode ser objeto de controle pelo Poder Judiciário. Por outro lado, a mesma razão não é usada quando é provocado para decretar a nulidade de tombamento supostamente eivado de vício de legalidade. Nesses casos, o argumento prevalecente é o de que todos os elementos do ato administrativo de tombamento submetem-se ao controle judicial. No estudo, demonstrou-se a incoerência das decisões da Corte mineira quanto ao seu papel no controle dos atos de tombamento, uma vez que ora revelam excesso de invasão no exercício das atividades administrativas discricionárias, ora demonstram omissão no que concerne às diretrizes constitucionais de proteção do patrimônio cultural brasileiro.

Palavras-chave: Tombamento. Discricionariedade administrativa. Controle judicial da atividade administrativa. Proteção do patrimônio cultural. Relevante valor cultural do bem tombado. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

1 INTRODUÇÃO

A preocupação com o compromisso de preservação do patrimônio cultural brasileiro, com vista a resguardar às gerações futuras o direito de ter acesso à memória da comunidade na qual estão inseridas, é crescente em certos segmentos da sociedade e do Estado contemporâneos¹.

¹ Acerca do conceito de ambiente e patrimônio cultural e do recrudescimento de sua proteção, cf. FERNANDES, Edésio; RUGANI, Jurema M. (Org.). *Cidade, memória e legislação: a preservação do patrimônio na perspectiva do direito urbanístico*. Belo Horizonte: IAB-MG, 2002; COPOLA, Gina. O meio ambiente cultural e sua proteção. *Boletim de Direito Administrativo (BDA)*, São Paulo, p. 641-642, jun. 2004; CASTRO, Sonia Rabello de. *O estado na preservação de bens culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991; DIAS, Maria Tereza Fonseca. Tombamento de imóveis urbanos e indenização: estudo das tendências contemporâneas a partir da jurisprudência. In: DIAS, Maria Tereza

A Constituição da República de 1988, nesse cenário, em seu art. 216, § 1º, enumerou diversos mecanismos hábeis a promover a almejada preservação desse patrimônio, tais como registros, inventários, vigilância, tombamento, desapropriação e outras formas de acautelamento. Entretanto, nota-se que instituto clássico do tombamento ainda tem sido o instrumento mais utilizado pelo setor público para esse fim².

Conforme ensinou Diógenes Gasparini, uma vez reconhecida a existência de interesse público na conservação de determinado bem, dado seu valor histórico, artístico ou cultural, poderá o Poder Público, por meio da edição do ato do tombamento, submetê-lo a regime jurídico especial de uso, gozo, disposição ou destruição³.

Todavia, justamente por importar em meio de interferência do Estado na propriedade privada – o qual é visto muitas vezes como verdadeiro gerador de sacrifícios de direito⁴ – o tombamento cria situações jurídicas complexas que merecem ser discutidas e estudadas.

Ao editar ato de tombamento visando à proteção do patrimônio cultural brasileiro, cabe ao Poder Público aferir e atestar, previamente à sua edição, o “relevante valor cultural” do bem

Fonseca; PAIVA, Carlos Magno de Souza (Coord.). *Direito e proteção do patrimônio cultural imóvel*. Belo Horizonte: Fórum, 2010; PIRES, Maria Coeli Simões. Proteção do patrimônio cultural: da monumentalidade aos bens imateriais. In: FERNANDES, Edésio; ALFOSIN, Betânia (Coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

² Cf. DIAS, 2010; PIRES, 2010.

³ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 803.

⁴ A supressão de poderes do domínio, entre eles eventuais efeitos do tombamento, pode ir além da simples disciplina ao direito de propriedade, significando, em certos casos, sacrifícios de direitos. (Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 89-95; DIAS, 2010, p. 191)

a ser preservado (art. 216 CR/1988⁵ e art. 1º do Decreto-Lei n. 25/1937⁶). Nesse contexto, resta evidente a presença de conceito jurídico indeterminado nos comandos normativos legitimadores do ato. Sobre a matéria, a doutrina administrativa tem se debruçado há muito tempo – sem consenso –, mormente com o escopo de determinar se esse tipo de estrutura normativa confere (ou não) discricionariedade ao agir do administrador⁷.

O exercício da competência do administrador público na definição do relevante valor cultural de bens tombados tem sido objeto de grande quantidade de ações judiciais propostas por seus

⁵ Cf. BRASIL. Presidência da República. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jul. 2014.

⁶ Cf. BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei n. 25, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. *Diário Oficial* da União, 6 dez. Brasília, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm>. Acesso em: 10 jul. 2014.

⁷ As revisões da literatura sobre o tema foram feitas, dentre outros, por COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Justitia*, São Paulo, v. 51, n. 145, p. 34-54, jan./mar. 1989; MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.; CANÇADO, Maria de Lourdes Flecha de Lima Xavier. *Os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade administrativa*. 2006. 228 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2006; ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Discricionariedade e motivação do ato administrativo. In: LIMA, Sérgio Mourão Correa (Coord.). *Temas de direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 99-125.; FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004; FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa: o controle de prioridades constitucionais. *Revista Novos estudos Jurídicos Eletrônica*, Itajaí, v. 18, n. 3, p. 416-434, set./dez. 2013); KRELL, Andreas Joachim. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

proprietários, nas quais se questiona a validade do ato produzido pela Administração. Por esse motivo, essa questão desemboca no problema dos limites do controle jurisdicional do ato de tombamento.

Nesse ponto, quando reconhecida a existência de discricionariedade na definição do relevante valor cultural do bem tombado, defende parte da doutrina e da jurisprudência não poder ser o mérito do ato objeto de análise pelo controle jurisdicional, uma vez que estaria afeto exclusivamente aos juízos de conveniência e oportunidade do administrador⁸. Seguindo tal raciocínio, o reexame desses atos pelo Judiciário implicaria em ofensa direta ao princípio basilar da separação dos poderes, previsto no art. 2º da Constituição da República de 1988⁹.

O poder discricionário da Administração Pública, contudo, vem sendo alvo de questionamentos, observando-se atualmente a existência de forte tendência voltada à aceitação da interferência do Poder Judiciário sobre a atividade administrativa¹⁰, tendo

⁸ Nesse sentido acórdão do TJMG, conforme voto do revisor Des. Wander Marotta: "Por ser o tombamento ato discricionário do Poder Público, não cabe ao Judiciário a análise de mérito do ato, ou seja, rever os critérios adotados pelo administrador, dado que não há padrões legais para verificar a atuação, cabendo apenas verificar se foram atendidos os requisitos de sua formação: competência, finalidade, forma, motivo e objeto." (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo n. 1.0000.00.266516-4/000. Relator: Edivaldo George dos Santos. Julgado em: 30 set. 2002c. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 6 set. 2013.). A decisão foi proferida no caso em que os proprietários do imóvel conhecido na cidade de Belo Horizonte por "Casa Rosada" haviam interposto Apelação Cível contra sentença que lhes tinha sido desfavorável, almejando a nulidade do tombamento efetuado pelo Município, sob o fundamento da ausência de motivação.

⁹ BRASIL, 1988.

¹⁰ Conforme posição do Des. Francisco Figueiredo, do TJMG, "Conquanto encontre-me perfilado entre aqueles que entendem que o ato de tombamento insere-se dentre os atos discricionários da Administração Pública, entendo que mesmo estes têm sua eficácia dependente de motivação, requisito este

em vista, principalmente, a qualificação dos conceitos jurídicos considerados “indeterminados”. Tal posicionamento repousa suas bases na teoria da discricionariedade tendente a zero, oriunda da jurisprudência e literatura alemãs¹¹.

Nada obstante, surge ainda outra corrente que, apesar de afastar a possibilidade do controle de mérito do ato administrativo, confere ao Poder Judiciário a prerrogativa não apenas de analisar os aspectos legais envolvidos nos procedimentos adotados pela Administração Pública, mas também a juridicidade desses atos, entendida tal interferência como a busca pela adequação da atividade pública aos princípios norteadores do Direito¹².

Diante da divergência doutrinária e jurisprudencial, o neste trabalho discute-se o exercício do controle jurisdicional da definição do “relevante valor cultural” do bem tombado proferida pela autoridade administrativa para a edição do ato de tombamento e problematiza-se em que medida os tribunais estão autorizados não somente a revisar a decisão administrativa como substituí-la por uma decisão própria visando à proteção do patrimônio cultural.

Para alcançar seu objetivo, além da revisão bibliográfica¹³, optou-se pela análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça

que viabiliza o controle de legalidade do ato.” (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo n.1.0000.00.333891-0/000. Relator: Francisco Figueiredo. Julgado em: 30 set. 2003. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: set. 2013)

¹¹ Conforme lições de MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Tradução de Luís Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006, p. 152. Cf., entre nós, sobre o tema: MORAES, 2004; FREITAS, 2004, 2013; KRELL, 2013.

¹² Para Juares Freitas, nesse sentido, “[...] toda conduta administrativa (vinculada ou discricionária) apenas se legitima se imantada pelo primado dos princípios e dos direitos fundamentais”. (FREITAS, 2013, p. 431)

¹³ Notadamente em monografias e coletâneas específicas sobre o assunto, a saber: PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural: o tombamento como principal instituto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994; PIRES, 2010;

de Minas Gerais sobre o tema. A escolha dessa corte deveu-se, primeiramente, ao fato de neste Estado encontrar-se quantidade expressiva de bens de relevante valor cultural do Brasil. Além disto, a ampliação dos instrumentos de proteção destinados à efetivação de políticas públicas conservacionistas após o advento da Constituição de 1988 tem sido objeto de diversos julgados proferidos naquela corte, tanto em virtude da ação quanto da omissão do setor público no âmbito da proteção do patrimônio cultural.

No intuito de abranger o maior número possível de decisões relacionadas ao tema, o levantamento das decisões foi efetuado, no endereço eletrônico daquele Tribunal, pelos termos amplos “ato” e “tombamento”, o que resultou na seleção de 23 acórdãos – num universo de 89 encontrados – que efetivamente avaliaram a possibilidade (ou não) de controle do ato de tombamento pelo Poder Judiciário¹⁴.

Assim, baseando-se na premissa de que o ato do tombamento carrega consigo certos aspectos insuscetíveis de controle por parte do Poder Judiciário, partiu-se da hipótese de que o conceito indeterminado “relevante valor cultural” encerra em si a possibilidade de certo agir discricionário da Administração. Supôs-se, também, que esta posição estaria sendo adotada no âmbito do Poder Judiciário mineiro.

Para melhor expor os resultados obtidos na investigação empreendida, este trabalho foi dividido em três partes, nas quais se discutem: a proteção do patrimônio cultural brasileiro mediante o

TELLES, Antônio A. Queiroz. *Tombamento e seu regime jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992; FARIA, Edimur Ferreira de. *O tombamento no direito brasileiro*. Dissertação 1986. 336 f (Mestrado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1986; MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006; DIAS, 2010 e PIRES, 2010.

¹⁴Cf. ANEXO A.

instrumento do tombamento e seus aspectos polêmicos; a relação existente entre a discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados; o relevante valor cultural no ato de tombamento na jurisprudência mineira.

2 A PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO E O TOMBAMENTO

O tombamento foi incorporado ao direito pátrio com a edição, em 1937, do Decreto-Lei n. 25/1937, destinado a organizar “a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional”¹⁵. Ainda hoje essa é a principal fonte normativa regente dos efeitos e procedimentos envolvidos no ato do tombamento dos bens considerados de relevante valor cultural pela Administração, em seus diversos níveis (federal, estadual e municipal).

Todavia, passados mais de setenta anos de sua promulgação, o aludido decreto-lei merece ser avaliado sob nova perspectiva, notadamente em razão das alterações promovidas na disciplina do instituto pela Constituição da República de 1988. Com efeito, o art. 1º do Decreto-Lei n. 25/1937, determinou que o valor cultural do bem a ser tombado deveria estar vinculado a “fatos memoráveis do país” ou a “excepcionalidade”¹⁶. Historicamente o instituto do tombamento foi pensado exclusivamente para a proteção de obras monumentais, às quais seria conferido o *status* de representantes da identidade cultural brasileira, ainda em franca formação no início do século XX. Maria Coeli Simões Pires reflete sobre as consequências sociais e normativas que estão na base da edição do referido decreto e aduz:

¹⁵Cf. BRASIL, 1937.

¹⁶Cf. BRASIL, 1937.

Pelo caráter restrito do próprio conceito de patrimônio cultural adotado, pelo traço elitista das representações, ditas nacionais, e pela excludência das diferenças, a conformação do patrimônio não deixava de ser uma artificialização segregadora, já que os bens que o integravam eram, ao mesmo tempo, materialidade e idealização, num sistema de representação oficial e hegemônica, e, portanto, alheio à própria dimensão social do processo de cultura¹⁷.

Diferentemente do contexto histórico vivenciado em 1937, o constituinte nacional do fim do século XX imprimiu ao patrimônio cultural visão eminentemente democrática, privilegiando a participação popular e ampliando o conceito de bens merecedores da especial proteção legal. Conforme ensina Sonia Rabello de Castro,

a Constituição de 1988 não deixou dúvidas quanto à concepção ampla do que seja bem de valor cultural e, nesse sentido, o Decreto-Lei n.º 25/1937 foi por ela recepcionado, sendo que a conceituação dos motivos especificamente apontados nesta norma deve ter agora o sentido lato que a Constituição de 1988 necessariamente lhe imprime¹⁸.

Assim, o conceito de patrimônio cultural foi expandido após o advento da Constituição de 1988, passando a contemplar, nos termos do art. 216, incisos, I a III, as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver, bem como as criações científicas, artísticas e tecnológicas. E, ao lado do tombamento, como visto, foram previstos outros instrumentos de proteção, como o registro, a vigilância e a desapropriação (art. 216, § 1º, da CR/1988)¹⁹.

¹⁷PIRES, 2010, p. 77.

¹⁸CASTRO, 1991, p. 84.

¹⁹Cf. BRASIL, 1988.

Como ponto de especial distinção ao modelo anterior, não mais se exige que o bem possua caráter excepcional ou monumental para que lhe seja reconhecido o relevante valor cultural como previsto no art. 1º do Decreto-Lei n. 25/1937. Também os bens, de natureza material ou imaterial, que façam referência à identidade de algum dos grupos formadores da sociedade brasileira, mesmo que não vinculados a fatos memoráveis da história do país, serão passíveis de proteção legal (art. 216, *caput*, da CR/1988)²⁰.

Baseando-se na interpretação conferida aos dispositivos constitucionais referenciados, observa-se que o tombamento, na atualidade, tem por objeto a proteção dos bens materiais móveis e imóveis portadores de relevante valor para o patrimônio cultural brasileiro, entendido esse patrimônio de forma estendida, a abranger os mais distintos e plurissignificativos aspectos da identidade brasileira.

Sem embargo do reconhecimento de que o tombamento é constituído por um procedimento administrativo prévio²¹, a análise feita neste estudo se restringe ao próprio ato final exarado pela autoridade administrativa. Por certo, a conduta que assume maior relevância para a análise realizada é aquela capaz de criar, extinguir ou modificar situação jurídica específica.

Quanto à natureza jurídica do ato final do procedimento, não obstante a aceitação da presença de alguns aspectos vinculantes no ato, a edição do ato de tombamento é feita mediante certa liberdade de escolha quanto ao relevante valor cultural do bem, liberdade que é atribuída, pela ordem jurídica, ao administrador.

²⁰Cf. BRASIL, 1988.

²¹Cf. nesse sentido a posição de Maria Sylvia Di Pietro, para quem o tombamento é espécie de procedimento administrativo, notadamente “[...] porque não se realiza em um único ato, mas numa sucessão de atos preparatórios, essenciais à validade do ato final, que é a inscrição no Livro do Tombo”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 141)

Relativamente aos elementos considerados vinculados, quais sejam, a competência, a forma e a finalidade, percebe-se que o Decreto-Lei n. 25/1937 trouxe disciplina exauriente, impondo ao administrador o atendimento de certos requisitos que, se não observados, podem implicar na própria nulidade do ato de tombamento.

Dessa forma, a competência para a edição do tombamento, em nível federal, será do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (art. 4º, 5º, 7º e 9º do Decreto-Lei n. 25/1937)²². A forma a ser seguida pela Administração, por sua vez, vai depender da modalidade de tombamento que se pretende, valendo notar que, quando impugnado o procedimento pelo proprietário do bem, a decisão final acerca da controvérsia ficará a cargo do Conselho Consultivo do mencionado órgão (art. 1º, § 1º, 4º e 9º do Decreto n. 25/1937)²³.

Já no que concerne à finalidade do ato, observa-se que o art. 1º do referido diploma e o art. 216 da Constituição da República de 1988 condicionam a proteção conferida pelo tombamento: para atender ao interesse público, deve dirigir-se ao bem que apresente aspectos de relevância histórica, artística, arqueológica, etnográfica ou bibliográfica.

Noutro giro, quanto ao motivo e ao objeto do ato, tem-se que neles residirá a atuação discricionária do administrador. Assim,

estes elementos configuradores do mérito do ato administrativo em matéria de tombamento irão definir, no que toca a seu conteúdo, por exemplo, a abrangência espacial do tombamento (fachada, interiores, bens móveis internos etc.) e o motivo, ou seja, as razões de fato e de direito que exteriorizam a vontade das autoridades

²²Cf. BRASIL, 1937.

²³Cf. BRASIL, 1937.

competentes, *in casu*, que demonstram que o bem tombado enquadra-se nas hipóteses legais (art. 1º do Decreto-Lei n. 25/1937), ensejadoras da proteção do patrimônio cultural²⁴.

Note-se que, ao disciplinar a competência executiva para a edição do ato do tombamento, o art. 4º do Decreto-Lei n. 25/1937 determinou que, em nível federal, tal atribuição ficaria a cargo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Atualmente, conforme dispõe o art. 2º do Anexo I, do Decreto n. 6.844/2009²⁵, essa função é exercida pelo Instituto do Patrimônio Artístico e Cultural Nacional (IPHAN), órgão vinculado ao Ministério da Cultura, contando também os Estados e Municípios com seus respectivos órgãos encarregados de efetivar as políticas de proteção do patrimônio cultural regional e local.

Dentre as atribuições conferidas a esses órgãos, destaca-se a de valorar os aspectos presentes no bem que se pretende a proteção, por meio de seu respectivo Conselho Consultivo, que dará subsídios para que seja firmado o juízo final acerca da adequação ou não desse mesmo bem aos requisitos necessários para integrar o patrimônio histórico e artístico nacional. Naturalmente, quando a decisão a ser tomada por esses conselhos deliberativos estiver no sentido da efetivação do tombamento, os motivos apresentados devem encontrar respaldo em parecer técnico devidamente fundamentado, que ateste a relevância cultural do bem.

Denota-se, pois, que a discricionariedade presente na definição do relevante valor cultural exigido para a edição

²⁴DIAS, 2010, p. 197.

²⁵BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 6.844, de 7 de maio de 2009. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 8 maio 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6844.htm>. Acesso em: 10 jul. 2014.

do ato de tombamento tem sido justificada pela presença de margem de livre apreciação decorrente do conceito jurídico indeterminado.

3 DISCRICIONARIEDADE E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Conforme ensinam Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez “[...] por sua referência à realidade, os conceitos utilizados pelas leis podem ser determinados ou indeterminados²⁶. Para distinguir esses dois aspectos, os autores espanhóis caracterizam os conceitos determinados como aqueles que “[...] delimitam o âmbito de realidade ao qual se referem de uma maneira precisa e inequívoca”²⁷.

Lado outro, os mencionados doutrinadores definem a técnica do conceito jurídico indeterminado como aquela em que “[...] a lei se refere a uma esfera da realidade cujos limites não aparecem bem precisados no seu enunciado²⁸. Exemplos desta seriam: a aposentadoria concedida àquele funcionário que padeça de incapacidade para o exercício de suas funções, boa-fé, falta de probidade, etc.

A utilização de conceitos legais vagos, por sua vez, justifica-se pela impossibilidade do legislador prever todas as situações que se apresentarão no caso concreto ao aplicador da norma e a sua correlata solução. Daí por que alguns defendem que o legislador “[...] para flexibilizar a ação administrativa, instrumentando-a para a obtenção dos resultados legalmente desejáveis de excelente

²⁶GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 393.

²⁷GARCIA DE ENTERRIA; FERNANDEZ, 1991, p. 393.

²⁸GARCIA DE ENTERRIA; FERNANDEZ, 1991, p. 393.

realização do interesse público, confere certa ‘liberdade’ no mandamento”²⁹.

Essa “liberdade” conferida pelo legislador ao aplicador da norma, apesar de encontrar questionamentos de parcela minoritária da doutrina nacional, normalmente é tratada como hipótese de insurgência de verdadeiro campo de atividade discricionária da Administração. Nesse sentido, destacam-se as teorias que defendem a existência de discricionariedade na zona de incerteza do conceito e nos conceitos indeterminados de valor.

Para Karl Engisch, citado por Maria de Lourdes Flecha de Lima Xavier Cançado, “[...] sempre que a noção do conceito mostrar-se clara o suficiente para sua concretude, estar-se-á diante do núcleo do conceito. Em contrapartida, onde as dúvidas começam, tem-se o halo do conceito”³⁰.

Na doutrina pátria, Celso Antônio Bandeira de Mello discutiu a possibilidade da existência de discricionariedade nessa “zona de incerteza” verificada nos conceitos. Não obstante sua teoria tenha reduzido demasiadamente as hipóteses de verificação da discricionariedade administrativa, o mencionado autor defende que, diante desse “campo nebuloso”, estar-se-á a se exigir do administrador mais do que simples trabalho de interpretação normativa.

Para tanto, se reportando às ideias de Afonso Rodrigues Queiró, Bandeira de Mello faz referência aos chamados conceitos determináveis “no plano das ciências” e àqueles atinentes ao “mundo da razão prática”. Os primeiros, que se embasam no *valor teórico verdade* seriam “unissignificativos”. Já os segundos, relacionados à *sensibilidade*, seriam “plurissignificativos”³¹.

²⁹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 958.

³⁰ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. *apud* CANÇADO, 2006, p. 107.

³¹MELLO, 2010. p. 949.

Assim, para esses últimos é que a discricionariedade prestaria assistência, ao passo que aos primeiros socorreria a vinculação. Como consequência, para além de um trabalho meramente interpretativo, seria conferido à Administração o poder de valorar os aspectos presentes no caso concreto, firmando a decisão sobre qual, dentre as soluções possíveis, será a aplicada.

Já no que diz respeito à “estrutura lógico-normativa da discricionariedade”, o autor afirma a possibilidade do exercício da esfera de liberdade administrativa resultar tanto da *hipótese*, quanto do *mandamento* e da *finalidade* da norma.

Para o autor, a discricionariedade decorrerá da *hipótese* da norma quando os “motivos” por ela enunciados, denominados pelo autor de “pressupostos de fato”, forem descritos através da utilização dos mencionados conceitos “práticos”. Diante da incerteza e fluidez resultantes da presença desses conceitos em determinados comandos normativos, “[...] cabe à Administração determinar-lhes concretamente o alcance na espécie”³².

Noutro giro, haverá discricionariedade no *mandamento* da norma:

[...] quando nele se houver aberto, para o agente público, alternativas de conduta, seja (a) quanto a expedir ou não expedir o ato, seja (b) por caber-lhe apreciar a oportunidade adequada para tanto, seja (c) por lhe conferir liberdade quanto à forma jurídica que revestirá o ato, seja (d) por lhe haver sido atribuída competência para resolver sobre qual será a medida mais satisfatória perante as circunstâncias³³.

Partindo da mesma distinção feita por Bandeira de Mello entre o trabalho interpretativo e a atividade discricionária, Regina Helena

³²MELLO, 2010, p. 958.

³³MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 19.

Costa (1989, p.34-53) direciona sua análise para a subdivisão dos conceitos jurídicos indeterminados em conceitos de experiência e de valor, residindo somente nestes últimos a mencionada margem de livre apreciação atribuída ao administrador. Se, ao final do processo interpretativo, o aplicador conseguisse delimitar com precisão o sentido do conceito indeterminado utilizado pela norma, estar-se-ia diante dos chamados conceitos de experiência, os quais pertenceriam ao campo da vinculação. Ao revés, se, uma vez terminada a interpretação, ainda remanescesse um “campo nebuloso do conceito”, far-se-ia necessária a apreciação subjetiva do administrador, criando um verdadeiro campo de discricionariedade.

Seguindo raciocínio semelhante, Germana de Oliveira Moraes (2004, p.61-79), propõe a diferenciação dos conceitos indeterminados em duas categorias: a dos conceitos vinculados e a dos conceitos não vinculados. Dentre os conceitos não vinculados, somente serão discricionários aqueles que encerrarem um *conflito axiológico*, envolvendo, necessariamente, uma valoração comparativa de interesses.

Noutro giro, existirão conceitos indeterminados não vinculados “[...] cuja complementação de sentido demanda uma avaliação prospectiva das circunstâncias de fato, mediante um juízo de aptidão formulado em razão do futuro – juízos de prognose”³⁴. Esses últimos, chamados de conceitos de prognose, conceitos-tipo ou verdadeiramente indeterminados, apesar de impassíveis de controle judicial pleno, não seriam, verdadeiramente, discricionários.

Seguindo a tendência doutrinária dominante na Alemanha na década de 1980, Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón

³⁴MORAES, 2004, p. 70.

Fernandez³⁵ defendem que como a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados sempre conduzirão a única solução justa, os conceitos jurídicos indeterminados passariam a pertencer ao campo da vinculação administrativa. Os autores sustentam a necessidade de se distinguir a discricionariedade da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados. Nesse sentido, enquanto a principal característica da discricionariedade seria a liberdade de eleição entre soluções igualmente justas, pautadas em critérios extrajurídicos, não incluídos na lei e sujeitas à apreciação subjetiva da Administração; a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados seria caso de aplicação da lei, na qual a vontade do aplicador não exerceria interferência alguma. É que, não obstante a imprecisão dos limites determinados pela norma, ao administrador é imposto o trabalho de subsunção de uma circunstância real à dada categoria legal, exigindo-se a compreensão do sentido pretendido no comando normativo³⁶.

Floraldo Dutra de Araújo³⁷, nesse sentido, defende que a interpretação, além de ser um ato de conhecimento de algo contido na norma, envolve trabalho volitivo de escolha da solução mais adequada. Daí, a afirmação de que “[...] a interpretação, portanto, é o trabalho de busca da *melhor* aplicabilidade possível para uma norma, e não ‘o (único) *correto*’ entendimento”³⁸. Tratando especificamente desse tema, Andreas J. Krell³⁹ traça interessante paralelo entre a realidade alemã e a brasileira, questionando até a que ponto a teoria da distinção rígida entre conceitos indeterminados e discricionariedade pode levar a avanços no trato da questão no Brasil.

³⁵GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNANDEZ, 1991. p. 389-399.

³⁶GARCIA DE ENTERRIA; FERNANDEZ, 1991, p. 393.

³⁷ARAÚJO 2006, p. 99-125.

³⁸ARAÚJO, 2006, p. 116, grifo nosso.

³⁹KRELL, 2013, p. 29-51.

O mencionado autor alerta que a teoria do estrito controle dos conceitos indeterminados das leis administrativas, que atribuiu ao Judiciário grande poder de substituição das valorações empreendidas pela Administração, vem perdendo espaço considerável nas últimas décadas na Alemanha. Além disso, cita a chamada doutrina alemã da “margem de (livre) apreciação”, que, durante algum tempo, conduziu as decisões do Tribunal Administrativo Federal daquele país (*BVerwG*).

De acordo com esse posicionamento, em situações de grande complexidade, poderia surgir para a Administração certa margem de apreciação que seria imune à revisão judicial. Ademais, tal margem tenderia a crescer “[...] à medida que o procedimento administrativo já prevê a participação dos indivíduos ou grupos interessados e as decisões são tomadas por órgãos colegiados independentes, compostos paritariamente e dotados de alta especialização técnica”⁴⁰.

Assim, superada a rígida de separação entre os conceitos indeterminados e a atuação discricionária da Administração, o autor propõe a adoção do chamado “enfoque jurídico-funcional”, segundo o qual

[...] exige-se uma distribuição de tarefas e responsabilidades ‘funcionalmente adequada’ entre o Executivo e o Judiciário, que deve levar em conta a específica idoneidade em virtude da sua estrutura orgânica, legitimação democrática, meios e procedimentos de atuação, preparação técnica etc., para decidir sobre a propriedade e a intensidade da revisão jurisdicional de decisões administrativas, sobretudo das mais complexas e técnicas. O controle da Administração pelos tribunais somente deve ir até onde se possa esperar da

⁴⁰KRELL, 2013, p. 55.

decisão judicial uma 'qualidade material pelo menos igual' à da decisão administrativa que se pretende corrigir⁴¹.

4 O CONTROLE JUDICIAL DO ATO DO TOMBAMENTO NA JURISPRUDÊNCIA MINEIRA

4.1 Teorias do controle judicial do ato administrativo discricionário

O controle dos atos praticados pela Administração será sempre conferido, em última análise, ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CR/1988)⁴².

Tradicionalmente, o controle judicial da atividade discricionária, somente incidiria sobre a competência, a forma e a finalidade do ato administrativo. Por sua vez, o motivo e o objeto estariam imunes da apreciação judicial, por dizerem respeito ao mérito do ato, matéria afeta aos juízos de oportunidade e conveniência próprios do agir da Administração.

Defensor dessa teoria, que prevaleceu nas primeiras décadas do século XX no país, Seabra Fagundes⁴³ defende posicionamento rígido acerca da possibilidade de controle dos atos discricionários. Assim, tratando-se de competência discricionária, o mérito, compreendido pelos aspectos de justiça, equidade, moralidade, etc., seria de

[...] atribuição exclusiva do Poder Executivo, e o Poder Judiciário, nele penetrando, 'faria obra de administrador, violando, dessarte, o princípio da separação e independência

⁴¹KRELL, 2013, p. 64-65.

⁴²Cf. BRASIL, 1988.

⁴³Cf. FAGUNDES, Miguel de Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

dos poderes'. Os elementos que o constituem são dependentes do critério político e meios técnicos peculiares ao exercício do Poder Administrativo, estranhos ao âmbito, estritamente jurídico, da apreciação jurisdicional⁴⁴.

Contrapondo-se à concepção de legalidade restrita outra defendida como critério para a delimitação do controle sobre as atividades da Administração, a literatura passou a admitir, paulatinamente, a expansão da sindicabilidade dos atos administrativos discricionários. Para além do respeito à legalidade estrita, defende-se a necessidade de conformação dos atos administrativos aos princípios jurídicos e aos direitos fundamentais constitucionalmente instituídos.

Germana de Oliveira Moraes, manifestando-se sobre o tema afirma:

Hoje em dia, não mais faz sentido a antítese entre controle de legalidade e de mérito, pois o Direito fornece outros parâmetros de aferição da correção do ato administrativo, além da legalidade restrita, a saber, aqueles extraíveis dos princípios, o que reduziu a esfera do mérito, sem no entanto eliminá-lo, porque as considerações de ordem extrajurídicas permanecem imunes à revisão judicial⁴⁵.

O mérito do ato administrativo, assim redefinido, como seara ainda insuscetível de controle do Judiciário, passaria a consistir apenas “[...] nos processos de valoração e de complementação dos motivos e de definição do conteúdo do ato administrativo não parametrizados por regras nem por princípios, mas por critérios não positivados”⁴⁶.

⁴⁴FAGUNDES,, 1979, p. 147.

⁴⁵MORAES, 2004, p. 49.

⁴⁶MORAES, 2004, p. 50.

De forma a também pregar a ampliação das possibilidades de controle judicial sobre os atos tidos como “discricionários”, a chamada teoria da discricionariedade tendente a zero tem como preocupação fundamental a redefinição do conceito do que seja “discricionariedade”. Desse modo, Bandeira de Mello defende a redução *in concreto* da discricionariedade potencialmente existente *in abstracto* nas normas⁴⁷ e Juarez Freitas, ao redefinir a discricionariedade, passa a não admitir ato administrativo completamente insindicação⁴⁸.

Nessas hipóteses, o controle exercido pelo Judiciário teria a função de resguardar que a dita solução adequada seja a eleita pelo administrador. Nesse sentido, Bandeira de Mello⁴⁹ sustenta que o “[...] controle judicial dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discricção, se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato”⁵⁰. O autor ainda defende ser

[...] o exame de motivos – quer quanto à subsistência deles, quer quanto à idoneidade que possuem para determinar a vontade do agente na direção que haja tomado – meio hábil para a contenção do administrador na esfera discricionária que lhe assista⁵¹.

Freitas ainda acrescenta que os fundamentos de fato e de direito também devem ser controlados “incisivamente”. Nesse

⁴⁷MELLO, 2010, p. 955.

⁴⁸Para o autor, a discricionariedade administrativa legítima é “[...] a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e escolher, no plano concreto, as melhores consequências, mediante justificativas válidas, fática e juridicamente aceitáveis, observados os requisitos da efetividade do direito fundamental à boa administração pública.” (FREITAS, 2013, p. 425)

⁴⁹MELLO, 2010, p. 967.

⁵⁰MELLO, 2010, p. 967.

⁵¹MELLO, 2010, p. 967.

sentido, então, pondera que o controle do ato administrativo, não apenas no tocante à legalidade, mas a partir dos princípios fundamentais, alcançam questões antes imunes ao controle, tais como “[...] o tempo razoável e a probidade das escolhas administrativas, entendidas como opções sobre o que fazer ou não fazer, em determinado contexto de dilema público”⁵²

Tal posição tem consequências específicas no controle das políticas públicas e das omissões administrativas que também, para o referido autor, devem ser objeto de controle pelo Poder Judiciário. Para o autor, “[...] no exercício do controle dos atos administrativos, o juiz pode/deve tomar providências, se a omissão administrativa apresentar-se irreparável ou de difícil reparação”⁵³. Trata-se, nas palavras do autor, de interditar a arbitrariedade por ação ou omissão. Assim, o controle proporcional dos atos administrativos diz respeito a uma posição de equilíbrio dinâmico: “[...] que não aceita o excesso de impulsos invasivos, tampouco cai no famigerado omissivo inconstitucional, que confunde deferência com inércia desidiosa”⁵⁴.

Aplicando esse raciocínio ao ato de tombamento, revela-se patente a necessidade de o Judiciário incorporar as transformações conceituais operadas nesse instrumento de proteção do patrimônio cultural, especialmente após a CR/88. Assim, a análise jurídica da questão não deve se restringir aos critérios de excepcionalidade e monumentalidade presentes no art. 1º do Decreto-Lei n. 25/1937. Para além dos bens de arquitetura excepcional, ou vinculados a fatos memoráveis da história do país, a Constituição da República destinou proteção especial àqueles portadores de referência à cultura dos mais variados povos construtores da identidade

⁵²FREITAS, 2013, p. 420.

⁵³FREITAS, 2013, p. 427.

⁵⁴FREITAS, 2013, p. 420.

nacional. Por conseguinte, os mencionados critérios, antes vigentes, não se revelam legítimos para justificar a interferência do Judiciário no tombamento.

4.2 A jurisprudência mineira

Do universo de 89 decisões levantadas no site do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), compreendidas no período de 2000 a 2013, foram analisados 23 acórdãos que discutiam a discricionariedade na definição do relevante valor cultura do bem tombado, conforme dados do QUADRO 1⁵⁵. Dentre essas decisões, observa-se que, em 18 oportunidades, foi discutida a possibilidade da anulação de tombamento efetuado pela Administração, e em 5 ocasiões, o que se pretendia era a efetivação do ato de tombamento pelo Judiciário, dada a omissão do Poder Executivo em promover o tombamento de bens considerados de “relevante valor cultural” pelos seus proponentes.

Da análise dos dados obtidos extrai-se a existência de posicionamentos completamente distintos do Tribunal, a depender do tipo de interferência requerida na atividade da Administração. Quando instada a se manifestar sobre a possibilidade da concretização do tombamento pela via judicial, dada a omissão da autoridade administrativa, a corte foi unânime em afastar o pedido dos demandantes⁵⁶. Já quando foi provocado para decretar

⁵⁵Cf. ANEXO A.

⁵⁶O caso 10 (Anexo A), de relatoria do Des. Jarbas Ladeira, trata-se de Agravo de Instrumento manejado pelo Município de Juiz de Fora – MG contra a decisão do juiz de 1ª instância que, atendendo ao pleito da ONG Cidade Viva, determinou a suspensão do ato que importou no arquivamento do processo de tombamento de imóvel situado no município. O mencionado recurso foi provido com base nos seguintes fundamentos: “[...] O tombamento de prédio considerado de interesse histórico, artístico ou cultural é ato discricionário do Administrador, sendo descabida a intervenção do Poder Judiciário no processo de tombamento,

a nulidade do ato produzido pela Administração, o Tribunal não reproduziu entendimento no mesmo sentido.

Para rechaçar a possibilidade da decretação do tombamento pela via judiciária, o Tribunal considerou ser o mencionado ato decorrente da competência da Administração imune a controle⁵⁷. Note-se que essa posição é derivação lógica da aceitação da existência de discricionariedade pela presença de conceito jurídico indeterminado no mandamento da norma, ou seja, quando há o reconhecimento de que o comando legal, ao determinar a conduta abstratamente descrita, assim a fez deixando ao administrador a opção de avaliar tanto o relevante valor cultural do bem quanto o momento para a edição do ato de tombamento. Esse foi o entendimento manifestado nos casos 10, 14, 15, 16 e 23 do ANEXO A.

Em relação aos demais casos, nos quais se discutia a possibilidade da anulação de tombamento anteriormente realizado pela Administração, somente em 14 das 18 decisões analisadas o Tribunal se manifestou expressamente sobre qual seria a natureza

quando não demonstrada a ilegalidade do mesmo.” (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo n.1.0145.03.094392-5/003. Relator: Jarbas Ladeira. Julgado em: 14 dez. 2004d. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 12 set. 2013).

⁵⁷O caso 16 cuidava de Apelação Cível interposta por Marina Magalhães Farah contra sentença que extinguiu a ação popular movida em desfavor do Município de Belo Horizonte, objetivando, pela via judicial, o reconhecimento do valor histórico e cultural do Mercado Distrital do Cruzeiro. Ao negar provimento ao apelo aviado, o Relator, Des. Brandão Teixeira, assim se manifestou: “Isso quer dizer que, inexistindo, até a presente data, reconhecimento pelas autoridades competentes que a referida localidade constitui parte integrante do patrimônio histórico do Estado, pelo princípio da repartição dos poderes, é impossível que este reconhecimento seja realizado pelo Judiciário.” (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo n. 1.0024.07.590562-0/001. Relator: Brandão Teixeira. Julgado em 19 fev. 2008. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 12 set. 2013)

do ato. Desse modo, por oito vezes, o entendimento que prevaleceu foi o de que o tombamento é ato de natureza discricionária (casos 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8 e 9) e essa classificação foi utilizada apenas no Caso 8 como fundamento para a impossibilidade de análise da questão pelo Judiciário. Nos outros 7 casos, o reconhecimento da presença de certa margem de discricionariedade no ato não foi capaz de afastar a análise promovida pelo Judiciário, notadamente no que diz respeito ao exame dos motivos apresentados pela Administração⁵⁸. Essa posição vai ao encontro do entendimento defendido pelas teorias que pregam a redução ou até mesmo a eliminação da discricionariedade.

Em 6 ocasiões, entretanto, a tese vencedora foi a de que o ato pertence ao campo da vinculação administrativa (casos 12, 13, 17, 18, 19 e 20). Curiosamente, observou-se que esse último entendimento foi reproduzido nas decisões mais recentes do Tribunal, o que demonstra a tendência atual da corte em considerar que o tombamento não traduz hipótese de atuação discricionária do administrador, quando diante de pedido de nulidade do ato de tombamento.

⁵⁸No caso 7, em que se discutia a validade do tombamento de imóvel pertencente ao Conjunto Urbano Rua dos Caetés e adjacência, sendo partes Ítalo Aurélio Gaetani e outros e o Município de Belo Horizonte, assim foi decidido, conforme voto do Relator, Des. Aluizio Quintão: “Ora, se tomar significa constringer a propriedade individual em prol da memória cultural pública, limitando o gozo e a fruição ilimitados deste direito do administrado, a simples alegação de valor cultural de um bem demanda demonstração inequívoca desse valor, de como e por que se liga ao bem, o que permitirá a verificação da conformidade do ato com a previsão legal, e isso não foi cumprido no caso dos autos. [...] E, ainda que se trate de atuação discricionária da administração, o tombamento desafia motivação e, nesse aspecto, o ato é sempre vinculado à norma de regência, que deve explicitar as hipóteses em que se verifica o interesse coletivo sobre o bem particular, não bastando a referência genérica a “relevante valor cultural”, desafiando, ao contrário, a demonstração dos aspectos sob os quais o imóvel se liga à cultura coletiva”. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo n. 1.0000.00.209404-3/000. Relator: Aluizio Quintão. Julgado em 5 set. 2002b. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 6 set. 2013)

Quanto ao exame de mérito do ato de tombamento, observou-se que, em 16 dos 18 acórdãos que tratavam da matéria, o TJMG foi favorável à nulidade do tombamento, independentemente de confirmação, ou não, da decisão de 1º grau. A razão massivamente apontada para tanto foi a inexistência de motivação, ainda quando presente parecer favorável do Conselho Consultivo, opinando pela relevância cultural do bem.

A propósito, infere-se que, em algumas oportunidades, o exame de mérito do ato não se restringiu aos seus aspectos técnicos, perpassando pela análise subjetiva dos julgadores, fato verificado, por exemplo, na decisão relativa ao caso 9⁵⁹.

Outro ponto merecedor de destaque é o fato de que, na metade das vezes em que se analisou a necessidade de anulação do ato, a decisão final, globalmente analisada, não se revelou unânime. Nessas ocasiões (casos 1, 2, 6, 8, 12, 13, 17, 18, 19), seja em razão da existência de entendimento diverso do magistrado de 1º grau, seja pela presença de votos vencidos no acórdão, restou evidenciada a ausência de parâmetros seguros para a análise dos critérios de relevância cultural utilizados, aptos a convencer a totalidade dos julgadores.

⁵⁹Naquela oportunidade, o Município de Belo Horizonte havia interposto Apelação Cível contra a decisão de 1º grau que, acatando o pedido do autor, Espólio de Tilda Barbosa Pimentel, decretou a nulidade do tombamento de imóveis situados na Rua Rio de Janeiro. Dentre as razões apontadas pelo Relator, Des. Francisco Figueiredo, para o não acolhimento da irrisignação apresentada pelo Município, destaca-se a seguinte afirmação: “Digo isto porque conheço bem a região e, antes de me pronunciar neste recurso, atentei-me para o imóvel em evidência, concluindo que ele, realmente, encontra-se situado numa extensão da Rua Rio de Janeiro tomada por arranha-céus, sendo que o imóvel tombado está, atualmente, ladeado por um prédio moderno e por um prédio mais velho, mas sem qualquer expressão histórica.” (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. Processo n. 1.0000.00.333891-0/000. Relator: Francisco Figueiredo. Julgado em 30 set. 2003a. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 6 set. 2014)

5 CONCLUSÃO

Com base na análise jurisprudencial realizada neste trabalho, conclui-se que, relativamente ao controle judicial exercido sobre o ato do tombamento, o TJMG possui duas vertentes distintas de atuação, a depender do tipo de intervenção requerida. Tratando-se de atuação positiva do Judiciário, com vista a sanar eventual omissão do Poder Executivo na concretização do tombamento de determinado bem, o mencionado Tribunal, considerando ser essa atividade tipicamente discricionária da Administração, adota a teoria clássica de insindicabilidade dos atos administrativos. Assim, a principal justificativa utilizada para afastar a interferência do Judiciário é a possível afronta ao princípio da separação dos poderes.

Por outro lado, a mesma razão não é usada quando o Judiciário é provocado para decretar a nulidade de tombamento supostamente eivado por vício de ilegalidade. Nesses casos, independentemente da caracterização do tombamento como discricionário ou vinculado, a tese prevalente é o de que todos os elementos do ato se submetem ao controle judicial, notadamente realizado com a finalidade de perquirir se os motivos ensejadores da proteção conferida ao bem se enquadram no conceito de “relevante valor cultural”. Dessa forma, observa-se que, relativamente a essas circunstâncias, o Tribunal reproduz o entendimento presente naquelas teorias que pregam a discricionariedade tendente a zero.

Acredita-se, de fato, que, por envolver situações de conflito de direitos, o tombamento merece ser objeto de controle por parte do Poder Judiciário, mormente tendo em vista a aplicação do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República de 1988.

Todavia, de igual forma, entende-se que esse controle não poderá desenvolver-se de forma plena, limitando-se às questões jurídicas envolvidas no ato. Isso porque a presença do conceito

jurídico indeterminado “relevante valor cultural”, necessária à edição do ato do tombamento, introduz hipótese de atuação discricionária do administrador, fundada na margem de livre apreciação pericial. De fato, nesses casos, o processo de valoração empreendido exige a aplicação de critérios não positivados, de ordem extrajurídica, encontrados em outras ciências, tais como na arquitetura, na história e na antropologia, sendo defeso ao Poder Judiciário interferir, firmando opinião diversa, justamente porque tal atribuição foi conferida pela lei à Administração.

Os dados levantados revelam que, embora havendo dissidência de entendimentos apontada, a caracterização do tombamento como discricionário ou vinculado muito pouco interferiu na decisão dos julgadores sobre a possibilidade de controle jurisdicional do ato de tombamento. Também revelam a incoerência da posição da corte mineira sobre o seu papel no controle dos atos administrativos. Tal postura promove, ao mesmo tempo, excesso de invasão no exercício das atribuições administrativas e omissão em relação às diretrizes constitucionais de proteção do patrimônio cultural e o direito fundamental à memória e as políticas públicas conservacionistas.

The judicial review of significant cultural value of designated properties in Minas Gerais State Court: the administrative discretion and the protection of cultural heritage

Abstract: This paper discusses the role of judicial review concerning “significant cultural value” of properties rendered designated by the administrative authority and discusses the extent to which courts are authorized to review administrative action or omission and to replace them by a judicial decision, aiming the protection cultural heritage. In addition to collecting

and studying bibliographic data on the subject, 23 cases decided by the Minas Gerais State Court (TJMG), between 2000-2013, were examined. From the analysis of decisions collected, it was concluded that the TJMG has two different ways of working. When it comes to positive performance of the Judiciary to remedy the failure of the Government in designating properties, the Court considers that this act, being discretionary, does not allow review. However, the same rationale is not used when courts are provoked to declare null and void the designated properties supposedly riddled with validity defect. In such cases the prevailing argument is that all elements of the administrative act of designated properties undergoing are subject to judicial review. The study showed some contradiction in decisions of Minas Gerais State Court about their role in the control of property designation acts. Its decisions sometimes reveal excessive invasion in the exercise of discretionary administrative activities; sometimes demonstrate omission with respect to constitutional guidelines for protecting brazilian cultural heritage.

Keywords: Designated properties. Administrative discretion. Judicial review of administrative activities. Protection of cultural heritage. Significant cultural value of designated properties. Minas Gerais State Court.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Discricionariedade e motivação do ato administrativo. In: LIMA, Sérgio Mourão Correa (Coord.). *Temas de direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 99-125.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://

www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jul. 2014.

BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 6.844, de 7 de maio de 2009. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, e dá outras providências. *Diário Oficial* da União, Brasília, 8 maio 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6844.htm>. Acesso em: 10 jul. 2014.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei n. 25, de 30 de novembro de 1937. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viv_Identificacao/lei%2012.506-2011?OpenDocument>1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. *Diário Oficial* da União, 6 dez. Brasília, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm>. Acesso em: 10 jul. 2014.

CANÇADO, Maria de Lourdes Flecha de Lima Xavier. Os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade administrativa. 2006. 228 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2006.

CASTRO, Sonia Rabello de. *O estado na preservação de bens culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

COPOLA, Gina. O meio ambiente cultural e sua proteção. *Boletim de Direito Administrativo* (BDA), São Paulo, p. 641-642, jun. 2004.

COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Justitia*, São Paulo, v. 51, n. 145, p. 34-54, jan./mar. 1989.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Tombamento de imóveis urbanos e indenização: estudo das tendências contemporâneas a partir da jurisprudência. In: DIAS, Maria Tereza Fonseca; PAIVA, Carlos Magno de Souza (Coord.). *Direito e proteção do patrimônio cultural imóvel*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FAGUNDES, Miguel de Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FARIA, Edimur Ferreira de. *O tombamento no direito brasileiro*. Dissertação 1986. 336 f. (Mestrado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1986.

FERNANDES, Edésio; RUGANI, Jurema M. (Org.). *Cidade, memória e legislação: a preservação do patrimônio na perspectiva do direito urbanístico*. Belo Horizonte: IAB-MG, 2002.

FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa: o controle de prioridades constitucionais. *Revista NEJ Eletrônica*, v. 18, n. 3, p. 416-434, set./dez. 2013.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

KRELL, Andreas Joachim. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Tradução de Luís Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 1993.

MINAS GERAIS. Decreto n. 44.785, de 17 de abril de 2008. Contém o Regimento Interno do Conselho Estadual do Patrimônio Cultural (CONEP). *Diário do Executivo*, Belo Horizonte, 18 abr. 2008a. Disponível em: <<http://www.siam.mg.gov.br/sla/download.pdf?idNorma=9022>>. Acesso em: 29 jan. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo n. 1.0000.00.155156-3/000. Relator: Pinheiro Lago. Julgado em: 23 maio 2000a. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 12 set. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo n.1.0000.00.153986-5/000. Relator: Pinheiro Lago. Julgado em 22 ago. 2000b. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 12 set. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo n. 1.0000.00.333891-0/000. Relator: Francisco Figueiredo. Julgado em 30 set. 2003. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: jan. 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo n.1.0000.00.174129-7/000. Relator: Bady Curi. Julgado em 26 out. 2000c. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: set. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo n. 1.0000.00. 178603-7/000. Relator: Pinheiro Lago. Julgado em 19 dez. 2000d. Acesso em: set. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo n.1.0000.00.264931-7/000. Relator: Pinheiro Lago. Julgado em 19 ago. 2002a. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: set. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo n.1.0000.00.209404-3/000. Relator: Aluizio Quintão. Julgado em 5 set. 2002b. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 6 set. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo n. 1.0000.00.266516-4/000. Relator: Edivaldo George dos Santos. Julgado em 30 set. 2002c. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 6 et. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo n.1.0000.00.333891-0/000. Relator: Francisco Figueiredo. Julgado em 30 set. 2003. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: set. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo n.1.0024.00.069149-3/001. Relator: Célio César Paduani. Julgado em 23 nov. 2004b. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: set. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo n.1.0024.01.025136-1/003. Relator: Eduardo Andrade. Julgado em 3 maio 2011. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: set. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo n.1.0024.01.025136-1/004. Relator: Alberto Vilas Boas. Julgado em 14 fev. 2012a. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: set. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo n.1.0024.06.268012-9/001. Relator: Alberto Vilas Boas. Julgado em 20 mar. 2012b. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: set. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo n.1.0024.06.268012-9/002. Relator: Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Julgado em 8 maio 2013a. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: set. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo n.1.0024.12.341270-2/001. Relator: Versiani Penna. Julgado em 18 jul. 2013b. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: set. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo n.1.0024.99.095386-1/001. Relator: Vanessa Verdolim Hudson

Andrade. Julgado em 8 jun. 2004c. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: set. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo n.1.0145.03.094392-5/001. Relator: Jarbas Ladeira. Julgado em 3 fev. 2004d. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: set. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo n.1.0145.03.094392-5/003. Relator: Jarbas Ladeira. Julgado em 14 dez. 2004e. Disponível em: <tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/...mg...5.../inteiro-teor-11981866>. Acesso em: 12 set. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo n. 1.0024.07.590562-0/001. Relator: Brandão Teixeira. Julgado em 19 fev. 2008. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 12 set. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo n. 1.0702.04.147510-5/003. Relator: Schalcher Ventura. Julgado em 25 out. 2007. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: set. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. Processo n.1.0000.00.170132-5/000. Relator: José Antonino Baía Borges. Julgado em 21 dez. 2000e. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: set. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. Processo n.1.0000.00.254460-9/001. Relator Manuel Saramago. Julgado em 19 out. 2004a. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: set. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. Processo n.1.0338.08.071414-4/001. Relator: Peixoto Henriques. Julgado em 17 set. 2013c. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 12 set. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. Processo n.1.0625.10.012860-6/001. Relator: Eduardo Andrade. Julgado em 22 jan. 2013d. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 12 set. 2013.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural*

brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural: o tombamento como principal instituto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

PIRES, Maria Coeli Simões. Proteção do patrimônio cultural: da monumentalidade aos bens imateriais. In: FERNANDES, Edésio; ALFOSIN, Betânia (Coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.

TELLES, Antônio A. Queiroz. *Tombamento e seu regime jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

Recebido em 15 de abril de 2015.

Aceito em 17 de maio de 2015.

ANEXO A
JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
ESTADO DE MINAS GERAIS (2000 a 2013)

n.	Processo/Local	Relator/Desemb.	Julgamento
1	AC n.1.0000.00.155156-3/000 – Belo Horizonte	Pinheiro Lago	23/05/2000
2	AC n.1.0000.00.153986-5/000 – Belo Horizonte	Pinheiro Lago	22/08/2000
3	AC n.1.0000.00.174129-7/000 – Belo Horizonte	Bady Curi	26/10/2000
4	AC n.1.0000.00.178603-7/000 – Belo Horizonte	Pinheiro Lago	19/12/2000
5	AC n.1.0000.00.170132-5/000 – Belo Horizonte	Baía Borges	21/12/2000
6	AC n.1.0000.00.264931-7/000 – Belo Horizonte	Pinheiro Lago	19/08/2002
7	AC n.1.0000.00.209404-3/000 – Belo Horizonte	Aluizio Quintão	05/09/2002
8	AC n.1.0000.00.266516-4/000 – Belo Horizonte	Edivaldo Santos	30/09/2002
9	AC n.1.0000.00.333891-0/000 – Belo Horizonte	Francisco Figueiredo	30/09/2003
10	AI n.1.0145.03.094392-5/001 – Juiz de Fora	Jarbas Ladeira	03/02/2004
11	AC n.1.0024.99.095386-1/001 – Belo Horizonte	Vanessa Verdolim	08/06/2004
12	EI n.1.0000.00.254460-9/001 – Belo Horizonte	Manuel Saramago	19/10/2004
13	AC n.1.0024.00.069149-3/001 – Belo Horizonte	Célio César Paduani	23/11/2004
14	AC n.1.0145.03.094392-5/003 – Juiz de Fora	Jarbas Ladeira	14/12/2004
15	AC n.1.0702.04.147510-5/003 – Uberlândia	Schalcher Ventura	25/10/2007
16	AC n.1.0024.07.590562-0/001 – Belo Horizonte	Brandão Teixeira	19/02/2008
17	AC n.1.0024.01.025136-1/003 – Belo Horizonte	Eduardo Andrade	03/05/2011
18	EI n.1.0024.01.025136-1/004 – Belo Horizonte	Alberto Vilas Boas	14/02/2012
19	AC n.1.0024.06.268012-9/001 – Belo Horizonte	Alberto Vilas Boas	20/03/2012
20	RN n.1.0625.10.012860-6/001 – São João Del Rey	Eduardo Andrade	22/01/2013
21	EI n.1.0024.06.268012-9/002 – Belo Horizonte	Vanessa Verdolim	08/05/2013
22	AI n.1.0024.12.341270-2/001 – Belo Horizonte	Versiani Penna	18/07/2013
23	AC n.1.0338.08.071414-4/001 – Itaúna	Peixoto Henriques	17/09/2013