PARECERES

RESTRIÇÃO À PROPRIEDADE

PARECER

1. *Ação civil pública. Pedido de condenação do Município em obrigação de fazer, consistente em tombamento ou desapropriação de imóveis urbanos.*

2. *Atos administrativos da competência exclusiva do Poder Executivo, ao qual incumbe decidir entre praticá-los ou não. Natureza discricionária dessa decisão. Não cabe ao juiz obrigar a autoridade administrativa a exará-los, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes (CF, art. 2º).*

3. *Extinção da ação civil pública por falta de condição da ação: a possibilidade jurídica do pedido (CPC, art. 267, VI). Precedentes jurisprudenciais.*

4. *O princípio da motivação tem e só pode ter aplicação aos atos administrativos, não às omissões da Administração Pública.*

5. *Plena validade das licenças para demolir e para construir, expedidas pelo Município. Inexistindo tombamento tem o proprietário direito subjetivo público a obtê-las, desde que, no caso da licença para construir, esteja o projeto em conformidade com as normas urbanísticas municipais.*

OS FATOS

1. O Ministério Público do Rio Grande do Sul, pela sua Promotoria de Justiça de Defesa do Meio Ambiente, propôs, contra Goldshtein S/A Administração e Incorporações e o Município de Porto Alegre, ação civil pública visando, entre outras postulações, a impedir a demolição de imóveis situados em Porto Alegre, no bairro Moinhos de Vento, na rua

Luciana de Abreu ns. 242, 250, 258, 262, 266 e 272, bem como a condenar o Município de Porto Alegre a obrigação de fazer, “consistente — como se lê na petição inicial — na obrigatória manutenção e preservação dos imóveis já descritos, pelo interesse sócio-cultural, protegendo-os por meio de tombamento e outras formas de acautelamento e preservação dentre as arroladas no parágrafo 1º do art. 216 da CF, pena de pagamento de astreinte no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por dia de descumprimento...”

2. Requereu o Ministério Público concessão de medida liminar e antecipação de tutela para:

“(a.1) SUSPENDER o andamento do projeto 002302104001, o qual tramita na Prefeitura Municipal, ou seu equivalente projeto de edificação, bem assim qualquer licença de efetiva demolição ou alteração significativa das casas 242, 250, 258, 262, 266 e 272 situadas na Rua Luciana de Abreu, bairro Moinhos de Vento, nesta Capital, até decisão definitiva, com trânsito em julgado, a ser proferida nesta Ação Civil Pública, incorrendo o Município, NA HIPÓTESE DE DESCUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL, no pagamento de astreinte a ser fixada por esse juízo, nos termos do artigo 645 do Código de Processo Civil, solicitando-se venha a ser fixado o “quantum” de R\$20.000,00 (20 mil reais) por dia de descumprimento.

(a.2) DETERMINAR à co-ré GOLDSZTEIN S/A Administração e Incorporações e ao Município, solidariamente, OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER, consistente na não demolição dos bens imóveis localizados na Rua

Luciana de Abreu, 242, 250, 258, 262, 266 e 272, bairro Moinhos de Vento, nesta Capital. E não construção de edifício no local onde se encontram tais bens, sob pena de pagamento de MULTA LIMINAR, por descumprimento de ordem judicial, no valor aqui sugerido de cinco milhões de reais, devidamente corrigidos a contar desta data, é dizer, cinco vezes os gastos que teria tido a Empresa com o empreendimento, considerando que eventual desentendimento à ordem judicial deve sofrer censura de multa pecuniária, revertendo tais valores ao Fundo Estadual do Meio Ambiente — FEMA, nos termos do inciso VIII do artigo 23 da Lei Estadual nº 10.330/94 combinado com o artigo 13 da lei nº 7.347/85, independentemente da indenização a ser arbitrada na hipótese de o Judiciário julgar procedente a demanda e reconhecer o valor cultural dos imóveis, cujo “quantum” será objeto de liquidação;

(b1) DECLARAR PROVISORIAMENTE o valor sócio-cultural dos imóveis objeto desta ação, para todos os fins legais;

(b2) DETERMINAR OBRIGAÇÃO DE FAZER a Empresa Golsztein S/A Administração e Incorporação, ou quem lhe suceder, consubstanciada na obrigação de preservar e recuperar os imóveis, impedindo que terceiros os destruam, mantendo vigilância diurna e noturna no local, bem assim promovendo sua recuperação, enquanto perdurar este processo, sob monitoramento do Poder Público, apresentando projeto, a ser fiscalizado por esse juízo, num prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar do deferimento da medida antecipatória, a ser executado em prazo fixado pelo Judiciário, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 20.000,00 (20 mil reais) por dia de descumprimento, cuja destinação será a mesma já anunciada no item “a2”;

(b3) DETERMINAR OBRIGAÇÃO DE FAZER ao Município, consubstanciada na obrigação de proteger os imóveis, sob quaisquer formas de acatamento e preservação, por meio de inventário, registro(s), vigilância, tombamento ou desapropriação, na forma do art. 216, § 1º, da CF, devendo o réu eleger alguma(s) alternativa e indicá-la (s) a esse juízo no prazo razoável de 30 (trinta) dias, sob

pena de multa de R\$20.000,00 (20 mil reais) por dia de descumprimento, considerando que a destinação da multa será a mesma já anunciada no item “a2”.

3. Foram deferidos, liminarmente todos esses pedidos.

4. A invalidade das licenças para demolir os prédios da rua Luciana de Abreu e para construir nos terrenos respectivos, outorgadas pelo Município de Porto Alegre, resultaria de duas ordens de fatores.

O primeiro deles é o de que tais prédios possuem valor estético, histórico e cultural, como afirmado em parecer técnico encomendado pelo Ministério Público a comissão por ele próprio instituída, bem como em pronunciamento do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico do Estado do Rio Grande do Sul. O outro é o de que os órgãos técnicos da Prefeitura não motivaram a omissão de incluí-los na lista dos bens que merecem ser preservados, muito embora houvessem, no ano de 1993, realizado minucioso levantamento dos prédios de valor estético, histórico e cultural existentes na cidade de Porto Alegre, examinando, rua por rua, sob esse aspecto, os existentes no bairro Moinhos de Vento e também, portanto, os da rua Luciana de Abreu (fls. 103 a 113 dos autos do inquérito realizado pelo Ministério Público, que acompanham a inicial).

5. As referidas licenças foram requeridas pela empresa Golsztein S/A Administração e Incorporações e concedidas pelo Município de Porto Alegre com a estrita observância de todos os ritos e procedimentos legais e regulamentares. Antes de concluir a aquisição dos imóveis a que se refere a ação civil pública Golsztein teve, obviamente, a cautela de verificar se eles estavam ou não tombados, pela União, pelo Estado do Rio Grande do Sul ou pelo Município de Porto Alegre, ou mesmo simplesmente listados ou inventariados, como dignos de proteção, para tombamento posterior.

6. Só após ter verificado que nada disso havia e que, pois, nenhuma limitação, ônus ou encargo de natureza administrativa pesava sobre aqueles bens é que os comprou, postulando, a seguir, as licenças para demolir e,

depois para construir, segundo projeto que apresentou aos exames dos órgãos competentes da municipalidade de Porto Alegre.

A CONSULTA

7. Expondo-me esses fatos, pede-me Goldshtein S/A Administração e Incorporações que responda as seguintes indagações:

(a) É admissível, no sistema jurídico brasileiro, que o Poder Judiciário condene a Administração Pública a efetuar tombamento, promover desapropriação ou praticar qualquer dos demais atos mencionados no § 1º do art. 216 da Constituição Federal?

(b) A sentença que assim viesse a ser proferida não feriria o princípio da separação das funções ou dos poderes do Estado, consagrado no art. 2º da Constituição da República?

(c) A ação em que se requeresse sentença condenatória com esse conteúdo, impondo ao Poder Público obrigação de fazer dessa natureza, não estaria recomendada à extinção, na forma do art. 267, VI, do CPC, pela impossibilidade jurídica do pedido?

(d) Pode o Juiz substituir os critérios técnicos da Administração Pública pelos seus próprios critérios ou as razões de conveniência e oportunidade do agente administrativo por suas próprias razões?

(e) Quais os atos administrativos que necessitam ser motivados? As omissões da Administração Pública estão sujeitas ao princípio da motivação?

O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.

8. Quando Montesquieu deu formulação definitiva ao princípio da separação das funções do Estado estava muito mais preocupado em estabelecer limites aos poderes dos governantes (*le pouvoir arrête le pouvoir*) do que em conceber uma forma de organização do Estado na qual as diferentes funções ficassem contidas em compartimentos estanques, de tal modo que quem tivesse competência para julgar não poderia praticar atos normativos ou

de administração; quem legislasse não poderia incumbir-se, ao mesmo tempo, de função administrativa ou jurisdicional e quem administrasse estaria impedido de editar norma jurídica ou exercer atividade que apresentasse similitude com a dos juízes.

9. Nos sistemas jurídicos contemporâneos que seguiram as grandes linhas do pensamento de Montesquieu há diferenças expressivas na aplicação daquelas idéias. Alguns as receberam de maneira mais rigorosa e severa, como é o caso da França, onde juízes não podem decidir sobre a constitucionalidade das leis e nem os órgãos e agentes administrativos sujeitar-se à justiça comum, cabendo o controle dos atos da administração a tribunais administrativos. Outros as acolheram de modo mais brando, de sorte que os juízes comuns sindicam a conformidade das leis com a Constituição, assim como a legalidade dos atos da administração pública, como é o caso dos Estados Unidos e do Brasil.

É certo, também, que a larga aceitação que hoje tem em todo o mundo o regime parlamentar de governo empalideceu, consideravelmente, a fronteira entre órgãos e agentes legislativos, por um lado, e órgãos e agentes administrativos, por outro.

10. Seja como for, pode-se tranquilamente afirmar que em toda a parte o princípio da separação dos poderes não é compreendido de maneira absoluta. Assim, no sistema que vigora atualmente no Brasil, sob a Constituição Federal de 1988, e na linha, aliás, da nossa tradição republicana, o chamado Poder Executivo exerce preponderantemente as funções administrativas, mas, excepcionalmente legisla, sob o aspecto material, quando edita seus regulamentos. Além disso, sempre com a nota da excepcionalidade, também desempenha atribuições que são, pelo menos, semelhantes às jurisdicionais. Tal sucede quando, por exemplo, promove processos administrativos disciplinares e aplica as sanções neles propostas.

Por outro lado, o Legislativo preponderantemente elabora atos normativos, mas também administra, quando nomeia os servidores das casas legislativas ou declara, por lei meramente no sentido formal, a utilidade pública

de algum bem para fins de desapropriação (Lei 3.365/41, art. 8º).

Igualmente, em caráter de exceção, o Legislativo exercita a função jurisdicional no julgamento dos governantes, nos casos de crime de responsabilidade.

E, por fim, o Judiciário, preponderantemente julga, mas lhe cabe também desempenho de função administrativa, na nomeação, por exemplo, de servidores das secretarias dos tribunais, e de função materialmente legislativa, quando os tribunais editam seus regimentos internos.

11. Essas competências excepcionais que têm os agentes dos três poderes do Estado, ao lado das competências que normalmente possuem, estão, porém, todas elas determinadas na Constituição. Ordinariamente, no comum dos casos, não pode o juiz administrar, nem o administrador julgar, não cabendo, tampouco ao legislador administrar ou julgar.

Quer isso significar, em resumo, que o ordenamento jurídico nacional organiza o Estado por largas faixas de competências, as quais não são fungíveis e nem podem ser exercidas ao mesmo tempo por agentes públicos que se situam em campos diversos.

12. Estamos aqui a avivar estas noções triviais quase que só para observar lição do *justice* Oliver Holmes, tantas vezes repetida por Francisco Campos em seus pareceres, de que, “*nos tempos em que estamos vivendo, a educação no óbvio é mais necessária do que a investigação do obscuro*”¹.

Apesar de feita há quase um século, o registro do grande juiz da Suprema Corte americana é, ainda, de viva atualidade, como mostra o caso que me foi trazido, agora, a exame.

De todos os pedidos formulados na inicial da ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, o princi-

pal, aquele em torno do qual giram todos os demais pedidos, que lhe são dependentes, instrumentais ou acessórios, é o de que o Município de Porto Alegre tombe ou desaproprie os imóveis identificados na referida ação.

Pois não é verdade velha — e, pois, obviedade já muito antiga — que ao Poder Judiciário não cabe desapropriar? Que a ele não compete, também, efetuar atos administrativos de tombamento?

E, no entanto, temos ainda de insistir neste ponto, a propósito do qual é impossível existirem duas opiniões sérias: a desapropriação, para qualquer fim, é ato típico da Administração Pública, a quem cabe com exclusividade decidir sobre ela, aplicando seus próprios critérios e juízos de conveniência e oportunidade.

E o que vale para a desapropriação vale também para o tombamento, ato administrativo que afeta substancialmente o direito de propriedade e implica tratamento desigual dos indivíduos perante os encargos públicos, gerando, pois, o dever do Estado de indenizar².

É claro que, exarado pela Administração Pública o ato expropriatório ou de tombamento, sua legalidade pode ser apreciada pelo Judiciário. Mas a este não compete, nunca, em nenhuma hipótese, inexistindo ato administrativo de desapropriação ou de tombamento, suprir a omissão para arrogar-se a prática de uma ou outra daquelas providências.

Se, ao Poder Judiciário é vedado desapropriar e efetuar tombamento, não está ele autorizado, do mesmo modo, a ordenar que os agentes administrativos desapropriem ou pratiquem ato de tombamento.

13. Assim, a condenação do Município de Porto Alegre, pretendida pelo Ministério Público, à obrigação de fazer, consistente em tombamento, desapropriação ou qualquer ou-

1 “*And it seems to me that at this time we need education in the obvious more than investigation in the obscure*”. Selected Legal Papers, pp. 292-293, *apud*. Francisco Campos, *Direito Constitucional*, Rio, Freitas Bastos, 1956, v.II, p. 178.

2 É pacífica sobre esse tema a jurisprudência do STJ. Vejam-se: RESP 401264/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 05.09.2002; RESP 307535/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 12.03.2002; RESP 122114/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, julgado em 06.09.2001; RESP 220983/SP, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, julgado em 15.08.2000.

tra forma de acautelamento e preservação dentre as arroladas no § 1º do art. 216 da Constituição Federal, caracterizaria nítida invasão do Poder Judiciário em área da competência privativa do Poder Executivo com lesão manifesta do art. 2º da Constituição da República.

O tombamento é o único ato do Estado capaz de restringir o direito do proprietário a pleitear e obter licença de demolição e, conseqüentemente, licença para construir no local onde se situava o prédio tombado.

Fixada esta premissa, cujo acerto parece ser indiscutível, a conseqüência necessária é a de que não pode, o juiz, em sentença, proibir o Poder Público de expedir licença para demolir imóvel que não foi objeto de tombamento, porquanto isso seria, na verdade, e para todos os efeitos práticos, realizar um tombamento por via judicial, com dispensa do ato administrativo próprio ou em substituição deste, o que hostiliza o art. 2º da Constituição Federal.

14. Até mesmo a declaração do valor cultural dos imóveis da rua Luciana de Abreu, que é o primeiro pedido feito na inicial, só tem sentido como pedido instrumental para a obtenção do outro, que é a anulação das licenças outorgadas à consulente, e, sobretudo, do pedido principal, o de constranger o Município de Porto Alegre a tomar ou desapropriar aqueles bens, pois só pela ablação do direito do proprietário sobre eles, ou de eliminação, também de cunho expropriatório, de faculdade inerente ao domínio, é que será juridicamente possível assegurar sua preservação e impedir sejam eles demolidos.

Por outro lado, só depois de tombados os bens é que o proprietário e o Poder Público têm o dever jurídico de conservá-los e repará-los (Decreto-Lei nº 25/37, arts. 17 e 19).

Indício evidente, portanto, de que o Ministério Público intenta obter um “tombamento” judicial dos prédios é o pedido de condenação de Goldsztein S/A Administração e Incorporações na obrigação de fazer, “*consistente na recuperação de suas fachadas originais, com sua preservação enquanto patrimônio cultu-*

ral, com os deveres inerentes a essa condição...”.

Trata-se de deveres e obrigações que a lei impõe ao proprietário de imóvel tombado (Decreto-Lei nº 25/37, art. 17).

15. A ação civil pública, em boa hora instituída no direito brasileiro, é um importante canal formal para veiculação de direitos e pretensões de direito material, no campo dos interesses difusos e coletivos.

Para que o instrumento formal seja adequadamente utilizado é, entretanto, indispensável que se verifiquem as condições da ação, dentre as quais tem realce especial a possibilidade jurídica do pedido ou, como já a definiu o STJ, “*a admissibilidade da pretensão perante o ordenamento jurídico, ou seja, previsão ou ausência da vedação, no direito vigente do que se postula na causa*”¹.

O ordenamento jurídico brasileiro não permite, evidentemente que o Judiciário desapropriar ou efetue tombamento, como já ficou visto. Sendo assim, a pretensão veiculada na ação civil pública endereçada a condenar o Município de Porto Alegre a desapropriar ou a efetuar o tombamento dos seis prédios situados na rua Luciana de Abreu esbarra num obstáculo absolutamente intransponível, a impossibilidade jurídica do pedido.

16. Há situações em que tal impossibilidade vem revestida de uma evidência solar. É o que sucederia, por exemplo, com o pedido formulado pelo Ministério Público estadual, em ação civil pública, pleiteando a condenação do Poder Legislativo a editar lei sobre determinada matéria, dentro de certo prazo, sob pena de astreinte; ou que visasse a condenar o município em obrigação de fazer consistente na construção uma avenida perimetral; ou que tivesse por objeto compelir o Governador do Estado a nomear no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça, para vaga reservada ao quinto constitucional, o primeiro nome constante da lista tríplice encaminhada ao Chefe do Executivo, ao argumento de que excederia aos demais no “notório saber jurídico” exigido na Constituição da República.

1 RT, 652/183.

No elenco dessas situações que se explicam por si mesmas, e que poderiam até ser qualificadas como teratológicas, tal o absurdo do pedido quando visto à luz do direito material, está certamente a postulação exercitada na ação civil pública que estamos examinando, em que se requer seja o Município de Porto Alegre condenado à obrigação de fazer o tombamento dos seis prédios da rua Luciana de Abreu, bem como protegê-los pelas outras formas arroladas no § 1º do art. 216 da Constituição Federal, entre as quais está também a desapropriação.

17. Note-se bem, para evitar interpretações equivocadas: não estamos sustentando que seja impossível, mediante ação civil pública, obter a condenação do Poder Público em obrigação de fazer ou não fazer. Em várias situações isto é perfeitamente admissível. O que afirmamos é que, no caso específico que estamos analisando, o pedido formulado é juridicamente impossível, por importar estridente invasão do Judiciário na competência do Poder Executivo.

18. A jurisprudência brasileira tem filtrado, com firmeza e prudência, os abusos e exageros de autores de ações civis públicas que teimam em querer colocar os juízes na posição de administradores, instaurando entre nós, ao arrepio da Constituição e sem a legitimidade democrática que resulta das urnas, o que uma obra clássica chamou de “governo dos juízes”.

Do opulento acervo de decisões de nossos tribunais sobre essa matéria recortamos alguns exemplos:

*** Do Superior Tribunal de Justiça:**

• “2. Em tese, pode a Administração Pública figurar no pólo passivo da ação civil pública e até ser condenada ao cumprimento da obrigação de fazer ou deixar de fazer.

3. O art. 3º da Lei nº 7.347/85, a ser aplicado contra a administração pública, há de ser in-

terpretado como vinculado aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, especialmente, o que outorga ao Poder Executivo “o gozo de total liberdade e discricionariedade para eleger as obras prioritárias a serem realizadas, ditando a oportunidade e conveniência desta ou daquela obra, não sendo dado ao Poder Judiciário obrigá-lo a dar prioridade a determinada tarefa do Poder Público”¹

• “1. O Ministério Público está legitimado para propor ação civil pública para proteger interesses coletivos.

2. Impossibilidade de o juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infra-estrutura sejam realizadas em conjunto habitacional. Do mesmo modo, que desfaça construções já realizadas para atender projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano.

3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas.

4. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes.

5. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito.

6. As atividades de realização dos fatos concretos pela administração, depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidos pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente”².

1 AGA 138901/GO; agravo regimental no agravo de instrumento, 1997/0009323-9, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado.

2 RESP 169876/SP, Recurso especial, 1998/0023955-3, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado.

• “Constitucional e Administrativo. Constituição Dirigente e Programática. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ação Civil Pública para obrigar o governo goiano a construir um centro de recuperação e triagem. Impossibilidade Jurídica. Recurso Especial não conhecido.

I — O Ministério Público do Estado de Goiás, com base nas Constituições Federal e Estadual e no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ajuizou ação civil pública para compelir o Governo estadual a construir um Centro de Recuperação e Triagem, em face de prioridade genericamente estabelecida. O TJGO, em apelação, decretou a carência da ação por impossibilidade jurídica.

II — A Constituição Federal e em suas águas a Constituição do estado de Goiás são “dirigentes” e “programáticas”. Têm, no particular, preceitos impositivos para o Legislativo (elaborar leis infraconstitucionais de acordo com as “tarefas” e “programas” pré-estabelecidos) e para o Judiciário (“atualização constitucional”). Mas, no caso dos autos as normas invocadas não estabelecem, de modo concreto, a obrigação do Executivo de construir, no momento, o Centro. Assim, haveria uma intromissão indébita do Poder Judiciário para a execução da obra reclamada”.¹

• No mesmo sentido, AgRg. no RESP nº 261.144-0-SP, Segunda Turma, Rel. Min. Paulo Medina, Boletim do STJ, nº14, set.2002, p.14 e AgRg. no RESP nº 263.173-0-GO, Segunda Turma, Rel. Min. Paulo Medina, julgado em 06.09.2001, Boletim do STJ, nº14, p.13.

* Do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

• “Agravos de Instrumento. Ministério Público. Ação Civil Pública. Obrigação de fazer

imposta ao Poder Executivo pelo Poder Judiciário. Matéria exclusivamente administrativa, não tendo o Judiciário ingerência neste ponto. Obrigação de fazer, que importa em atos de administração, substituindo os critérios de oportunidade e conveniência do ato discricionário administrativo. Afronta ao princípio da separação dos poderes. Não compete ao Judiciário a fixação de prioridades no desenvolvimento de atividades afetas à administração. Inexistência de norma legal substantiva, que obrigue ou vede a prática de determinado ato à administração. Eventual responsabilização por perdas e danos, se da omissão resultar prejuízo. Precedentes jurisprudenciais. Posição doutrinária. Agravo provido”.²

• Ação Civil Pública. Obrigação de fazer. Inviável, por meio de Ação Civil Pública, a condenação do Estado a erguer muros e cercas protetoras nas escolas estaduais no Município, instalar sistema de alarme nos prédios e estabelecer vigilância noturna, em razão de assaltos ocorridos, porquanto estaria o judiciário a se imiscuir em âmbito de exclusiva alçada e deliberação do Poder Executivo, conforme seus próprios critérios de conveniência e oportunidade. Ação improcedente. Apelo improvido.³

• Orientam-se pelos mesmos rumos ainda os seguintes acórdãos:

ADIn nº599463403, Tribunal Pleno, Rel. Des. Vasco Della Giustina, julgada em 22.11.99; Apelação Cível nº 70004823894, Quarta Câmara Cível, Rel. Des. Vasco Della Giustina, julgada em 25.09.2002; Agravo de Instrumento nº 70003351459, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Teresinha de Oliveira Silva, julgado em 24.04.2002; Agravo de Instrumento nº 70001940576, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 14.03.2001; Reexame Necessário nº 598226330, Sétima Câmara Cível, Rel.

1 RESP. nº 63.128-9/GO, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ, 20.05.96.

2 Agravo de Instrumento nº 70004995767, Quarta Câmara Cível, Rel. Des. Vasco Della Giustina, julgado em 18.12.2002, com importantes remissões à doutrina e à jurisprudência.

3 Apelação Cível nº 596162172, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Henrique Osvaldo Poeta Roenick, julgado em 12.03.97.

Des. José Carlos Texeira Giorgis, julgado em 11.11.98; Apelação Cível nº 585012339, Primeira Câmara Cível, Rel. Des. Túlio Medina Martins, julgada em 25.06.85.

- Relativamente à jurisprudência dominante no Estado de São Paulo, veja-se excelente artigo de Toshio Mukai¹, com farta referência a arestos do Tribunal de Justiça paulista.

19. O entendimento que se tornou prevaLENcente, na jurisprudência brasileira, adotado nas decisões acima indicadas, está inspirado por duas significativas contribuições doutrinárias, respectivamente de Hely Lopes Meirelles e de Rogério Lauria Tucci, frequentemente citadas nos acórdãos colacionados.

É este o magistério de Hely Lopes Meirelles:

“A Lei nº 7.347/85 é unicamente adjetiva, de caráter processual, pelo que a ação e a condenação devem basear-se em disposição de alguma norma substantiva, de direito material, da União, do Estado ou do Município que tipifique a infração a ser reconhecida e punida pelo Judiciário, independentemente de qualquer outra sanção administrativa ou penal, em que incida o infrator”².

Pode-se inferir dessa lição do renomado mestre paulista que a ação civil pública pressupõe a existência de preceitos de direito material dotados de uma certa densidade normativa, indispensável tanto para a imposição de sanções quanto — acrescentamos nós — para a condenação em obrigações de fazer ou não fazer.

Por sua vez, Rogério Lauria Tucci assim se manifesta a propósito da possibilidade jurídica do pedido, como condição da ação civil pública:

“Destas — condições da ação —, prescinde de maior indagação, em nosso Direito Positivo, a referente à possibilidade jurídica do

pedido, isto é, a adequação do pedido do autor à ordem jurídica a que pertence o Juiz, de sorte a poder este pronunciar a espécie de ato decisório de mérito solicitado, até porque a ação civil pública se encontra prevista na CF e em lei específica supra indicada. Entretanto, ainda que admissível, ‘in genere’, nada obsta à consideração do pedido formulado na petição inicial como juridicamente impossível sempre que, no caso concreto, se apresente desconforme com as normas jurídicas vigentes ou que esteja expressamente vedado pelos ‘ius positum’.”³

20. Não há, entretanto, no *ius positum* brasileiro, de nível constitucional ou infraconstitucional, norma que autorize o juiz a desapropriar ou a efetuar tombamento. E se houvesse, no plano da legislação ordinária, seria inconstitucional. As normas que existem são proibitivas, as do art. 2º da Constituição Federal e a do art. 267, VI, do CPC.

O juiz pode praticar outras espécies de ato administrativo, como ocorre, entre tantas outras hipóteses, com a promoção de magistrados realizada por ato do Presidente do Tribunal. Mas desapropriar, não pode; efetuar tombamento, também não pode. E não pode fazê-lo mesmo no exercício da função jurisdicional. Quer dizer, a sentença não pode estabelecer restrições à propriedade privada em tudo e por tudo idênticas às que derivam do ato administrativo de tombamento. O que não é dado ao Judiciário fazer de modo direto, não lhe é igualmente concedido realizar por modo oblíquo, como se a sentença fosse ou pudesse ser um substitutivo, um *Ersatz*, do ato administrativo de tombamento.

21. Outras razões, igualmente importantes, militam em favor do entendimento acolhido como predominante na nossa doutrina e jurisprudência.

1 O objeto da Ação Civil Pública quando se constituir em cumprimento de ação de fazer ou não fazer, não é autônomo, in RDA, 215/109-116.

2 Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, São Paulo, Malheiros, 1995, 16ª ed. Atualizada por Arnaldo Wald, p. 119-122.

3 Ação Civil Pública e sua Abusiva Utilização pelo Ministério Público, Ajuris 56/35, Porto Alegre.

O CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE

22. A moderna doutrina do Direito Administrativo tem ampliado consideravelmente a revisão judicial dos atos administrativos de exercício de competência discricionária, fazendo-a penetrar em áreas onde antes não lhe era permitido entrar.

Contudo, no que diz respeito ao que a doutrina italiana denomina de “discricionarietà de técnica”, ao que o direito dos países de expressão alemã identifica como atos de aplicação de “conceitos jurídicos indeterminados” e ao que os franceses continuam ainda a considerar como discricção administrativa, remanescem muitas áreas e atos insuscetíveis de controle pelos tribunais.

23. No princípio, excluídos os atos vinculados ou de competência ligada, todos os demais se situavam na órbita da discricção administrativa. Depois, foram sendo estabelecidas nuances conceituais que levaram à distinção, no direito italiano, entre “discricionarietà de técnica” e “discricionarietà administrativa” e — primeiramente no direito austríaco e, após no direito alemão — entre atos administrativos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e atos administrativos de exercício de competência discricionária.

Só os franceses mantiveram o conceito original de discricionarietà, embora alargando, mais recentemente, a possibilidade de exame judicial, em algumas hipóteses, dos

atos administrativos de exercício de competência discricionária.

24. Atos administrativos de exercício de competência discricionária, como é sabido, é expressão que designa espécie peculiar de atos administrativos, a respeito dos quais a lei outorga ao agente público, incumbido de realizá-los, a faculdade de praticá-los ou não e, em os praticando, de escolher, pelo menos, entre duas alternativas.

Na situação original, esses atos somente poderiam ser examinados pelo Poder Judiciário pelo seu aspecto formal, não cabendo, jamais, ingressar no que a doutrina italiana há muito chama de “méritos do ato administrativo”, locução e conceito que se tornaram correntes no direito brasileiro.

O mérito do ato administrativo engloba as razões de oportunidade e conveniência que levam o agente administrativo a exarar-lo ou a deixar de fazê-lo e, em o praticando, a escolher entre as alternativas facultadas pela lei.

25. Ainda no final do século XIX, consolidou-se, no direito público austríaco, a noção de conceitos jurídicos indeterminados¹. A lei que criou na Áustria os tribunais administrativos referia que estavam excluídos da apreciação desses tribunais os atos discricionários da Administração Pública. Estabeleceu-se a partir daí a polêmica que durou quase um século, na Áustria e na Alemanha, a respeito da distinção entre atos administrativos discricionários (ou de exercício de competência discricionária) e atos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados. O efeito prático

1 Sobre a história da distinção entre discricionarietà e conceitos jurídicos indeterminados, nos países de expressão alemã, veja-se Horst Emcke, “*Ermessen*” und “*Unbestimmter Rechtsbegriff*” im *Verwaltungsrecht*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1960, pp. 7 e ss. Na concepção célebre de Hans Julius Wolff, conceitos jurídicos indeterminados são “conceitos-tipo”, que compreendem um grande número de situações, como, por exemplo, os conceitos de “falta grave”, “injúria grave”, “bom comportamento”, “urgência”, “casos relevantes”, “velocidade excessiva”, “moral da coletividade” etc. Opõem-se a “conceitos classificatórios”, enunciados na norma jurídica com elevado grau de precisão, como os que contêm uma expressão numérica, p.ex., 70 anos para a aposentadoria compulsória no serviço público, limite de velocidade de 80 km, prazo de contestação de 15 dias, mas não só: o conceito de reincidência, v.gr., é um conceito classificatório e não um conceito-tipo. Sobre a noção de conceito jurídico indeterminado, especificamente no Direito Administrativo, Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, C.H.Beck, 1999, p.132 e ss., *Elementos de Direito Administrativo Alemão*, Porto Alegre, Fabris, 2001, pp. 54 e ss; Fritz Ossenbühl, in Erichsen, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin, W. De Gruyter, 1995, p.194 e ss.; Hans J. Wolff, Otto Bachof e Rolf Stober, *Verwaltungsrecht I*, München, C.H.Beck, 1994, p. 359 e ss.

dessa distinção reside em que o exame judicial dos atos discricionários é sempre restrito, limitando-se aos aspectos formais ou externos daqueles mesmos atos, enquanto o dos atos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados é pleno.

26. Em 1955, trabalho famoso de Otto Bachof¹ levantou a questão de saber se, nos atos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, não existiria um espaço ou “área de apreciação” (*Beurteilungspielraum*), que seria impenetrável aos juízes. A adoção dessa noção aproximaria, quanto ao controle jurisdicional, os atos de aplicação de conceito jurídicos indeterminados dos atos discricionários.

O Tribunal Administrativo Federal alemão, por algum tempo, aplicou a noção de “área de apreciação”, de *Bachof*, ou a idéia da razoabilidade ou “sustentabilidade” (*Vertretbarkeit*) da decisão administrativa, propugnada por *Ule*, ou ainda a de “prerrogativa de avaliação” (*Einschätzungsprärogative*), de *Hans Julius Wolff*.

27. Todas essas teorias reconduzem-se a uma base comum: a autoridade administrativa, na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, tem, também, uma possibilidade de escolha que assemelha, para efeitos de controle jurisdicional, estes atos aos de exercício de competência discricionária. Isto implica negar, já se percebe, o controle pleno do Poder Judiciário germânico sobre os atos administrativos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados.

28. Posteriormente, porém, o Tribunal Administrativo Federal mudou de orientação para reconhecer, em princípio, o controle pleno dos atos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, salvo algumas exceções, que são as seguintes:

(a) correções de provas em estabelecimentos de ensino, como nos exames de conclusão da formação secundária (*Abitur*) ou de conclusão do ensino superior (*Staatsexamen*);

(b) avaliação de funcionários públicos, como, p.ex., para efeito de promoção;

(c) decisões de comissões independentes, compostas por técnicos ou membros da sociedade, encarregadas de apreciar fatos, bens, obras, escritos ou situações sob aspectos técnicos, científicos, artísticos, ético-morais, pedagógicos ou outros, como na escolha de filmes para fins de subvenção, a classificação de escritos como nocivos à juventude, a declaração de qualidade de certos produtos agrícolas ou a classificação como “monumento” de um prédio, para efeito de sua inscrição no rol dos monumentos dignos de proteção etc.²

(d) decisões sobre prognoses e valorações de risco, sobretudo no direito econômico e ambiental. Assim os define Hartmut Maurer:

“Decisões de prognose são juízos de probabilidade que, de fatos atuais e princípios fundados na experiência geral, tiram conclusões para o futuro. Elas são, em geral, parte de uma decisão complexa e requerem conhecimentos específicos das conexões técnicas. Por causa da relação com o futuro e técnicos-

1 *Juristische Zeitung*, 1955, pp. 97 e ss.

2 Escreve a propósito, Fritz Ossenbühl: “Em muitos casos deve a Administração proferir juízos de valor de natureza artística, ético, moral ou pedagógica. Exemplificativamente, isto vale para a qualificação ou subvenção de filmes, para a classificação de escritos nocivos à juventude, ou a inclusão de um prédio na proteção de monumentos. Nessas decisões (“dignidade de monumento” de um prédio, “filme de valor”, “filme digno de fomento”, “aptidão de um escrito a causar prejuízo à juventude”) elementos subjetivos-valorativos desempenham um papel destacado” (os reais, em negrito, são nossos). No original “In vielen Fällen muss die Verwaltung künstlerische, moralisch-ethische oder pädagogische Werturteile treffen. Dies gilt insbesondere für die Prädikatiesierung oder Subventionierung von Filmen, für die Indizierung jugendgefährdender Schriften oder die Einbeziehung eines Gebäudes in den Denkmalschutz. Bei diesen Entscheidungen (“Denkmalwürdigkeit” eines Gebäudes, “Wertvoller Film”, “guter Unterhaltungsfilm”, “Eignung einer Schrift zur Jugendgefährdung”) spielen subjektiv-wetende Elemente eine erhebliche Rolle” (op. cit., p.197).

dade dessas decisões é reconhecido um espaço de apreciação”¹.

29. No que diz com os exames e correções de provas, a insindicabilidade dos critérios adotados pela Administração Pública (ou, o que é a mesma coisa, o reconhecimento de um espaço ou área de apreciação reservado à autoridade administrativa) está estreitamente ligada ao tipo de prova e ao modo como foi aplicada. Ficou assente que, quando há necessidade de comparação com as demais provas realizadas — o que, acrescentamos nós, sempre ocorre nas provas dissertativas — não é possível considerar isoladamente determinada prova, retirando-a do contexto em que foi prestada, pois a situação do exame em geral não é mais repetível². A isso designou o Tribunal Constitucional Federal como “valorações específicas do exame” (*prüfungsspezifischen Wertungen*), geradoras de um espaço ou “área de apreciação”, na qual, já se disse, não se tolera a intervenção do Judiciário. Em contraposição, no que concerne aos “juízos científicos especializados” (*fachwissenschaftlichen Beurteilungen*), ou seja, quanto à correção ou incorreção das respostas dadas nas provas, o controle do Judiciário é pleno e total. Não há, aí, “área de apreciação”.³

30. A noção de “discricionariedade técnica”, tão prestigiada no direito italiano, tem conexões evidentes com a noção germânica de conceitos jurídicos indeterminados.

Conquanto haja divergência entre as posições da doutrina, por um lado, e da jurisprudência, por outro, na sua caracterização, pode-se afirmar que as questões sobre a discricionariedade técnica surgem quando a norma exige do intérprete ou aplicador juízos valorativos extraídos das ciências ou das artes, nos quais é deixada à Administração Pública uma certa margem de decisão.

A “*discrezionalità tecnica*” distingue-se do “*accertamento tecnico*” pelo nível de certeza que a ciência, ou as artes, podem oferecer, diante de determinados fatos. Assim, a identificação do teor alcoólico de uma bebida é um “*accertamento tecnico*” e a qualificação de um acidente da natureza como dotado de beleza paisagística é um ato que envolve “*discrezionalità tecnica*”, comportando vários modos de apreciação e, pois, conclusões distintas⁴.

Bem se compreende, à luz desses pressupostos, a afirmação de Rocco Galli de que a discricionariedade técnica exprime “um dos perfis do mérito administrativo”. É essa razão pela qual a discricionariedade técnica, diferentemente do “*accertamento tecnico*”, não está sujeita ao controle do Judiciário⁵.

31. No direito francês e no direito brasileiro a discricionariedade é tratada de forma unitária. Não se costuma distinguir entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados⁶.

1 *Elementos*, cit., p.61.

2 Hartmut Maurer, *Elementos*, cit. p.51; Fritz Ossenbühl, op. cit., pp. 196-197.

3 *Idem*, *ibidem*.

4 Rocco Galli, *Corso di Diritto Amministrativo*, Padova, Cedam, 1994, pp. 377-378: “*La distinzione tra accertamento tecnico e discrezionalità tecnica si fonda sul diverso grado di certezza che la scienza richiamata è in grado di offrire. Quando, infatti, l'accertamento di fatto è verificabile, sulla base delle attuali conoscenze, in modo indubbio (scienze c.d. esatte) si parla di accertamento tecnico (es.: l'accertamento della gradazione alcolica di una bibita); laddove, invece, l'opinabilità della scienza di riferimento mette la P.A. nella condizione di valutare fatti e circostanze suscettibili di vario apprezzamento, si ha discrezionalità tecnica (es.: valutazione di un bene come bellezza paesaggistica)*”.

5 Op. cit. pp. 378-379.

6 Quanto ao direito brasileiro, vejam-se Diogo de Figueiredo Moreira Neto, no seu excelente ensaio sobre *Legitimidade e Discricionariedade*, Rio, Forense, 1991; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, São Paulo Malheiros, 1991, que reconduz ao conceito de discricionariedade tanto aquelas situações em que a norma haja descrito de modo impreciso a situação fática

Na França, só muito recentemente é que os atos administrativos de exercício de competência discricionária, além da submissão ao controle jurisdicional comum — sob aspectos externos, como a competência, a forma e o procedimento, ou mesmo internos, como o desvio de poder, o erro de direito e o erro na verificação material dos fatos — passaram a sujeitar-se à revisão dos tribunais administrativos também quando expressam “erro manifesto de apreciação” ou, ainda, especificamente em matéria de desapropriação, não haja proporcionalidade entre custos e benefícios, na ponderação feita pela autoridade administrativa.

No que toca ao primeiro tema, ao “erro manifesto de apreciação”, é oportuno transcrever as palavras de uma das mais ilustres administrativistas contemporâneas, Jacqueline Morand-Deville:

“Nas áreas onde ela dispõe de um poder discricionário, a administração se reconhece “um poder para errar”, “a power to err”, como dizem os administrativistas anglo-saxões. Mais exatamente, uma certa dose de imprecisão lhe é concedida. A oportunidade das escolhas é apreciada com tolerância e a margem de liberdade é tanto maior quanto forem numerosas as alternativas oferecidas.

Mas há um “limiar” que não pode ser ultrapassado. Se a decisão em causa pode prestar-se à discussão, ela não poderá desafiar o bom senso e a lógica a ponto de atingir o absurdo. O erro manifesto é grave, grosseiro e tão evidente que poderia ser identificado por qualquer leigo. Dispor de poder discricionário não autoriza a administração a fazer o que bem entende. O erro de apreciação é tolerado pelo juiz, o erro manifesto é censurado”.¹

No que concerne ao direito brasileiro, a jurisprudência, especialmente a dos nossos tribunais superiores, não somente é pautada por grande respeito ao mérito das decisões administrativas, como tem dessa noção, assim como a de discricionariedade, entendimento tradicional e, em certas matérias, até mesmo excessivamente conservador.

Assim, para ilustrar o que acabamos de afirmar, no que concerne à correção de provas de concurso público, está há muito tempo consolidada, tanto no Supremo Tribunal Federal, como no Superior Tribunal de Justiça, a orientação de que, por tratar-se de ato discricionário, não pode o juiz substituir pelos seus próprios critérios e valoração as valorações e critérios adotados pelas bancas examinadoras.

Em linha de princípio, o controle judicial dos procedimentos de concurso público fica, pois, restrito a aspectos formais e ao exame

(o que caracterizaria os conceitos jurídicos indeterminados), quanto aquelas em que a norma tenha aberto ao agente público alternativas de conduta (discricionariedade propriamente dita), “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 satisfatória perante as circunstâncias” (p.19). Também nessa linha, Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, São Paulo, Atlas, 1991, ao entender como hipótese de discricionariedade a relacionada com a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados (p.46). Aceitando essa posição, mas não inteiramente, por último, Marcelo Hager, *Discricionariedade e os Conceitos Jurídicos Indeterminados*, RT756/33.

1 *Cours de Droit Administratif*, Paris, Montchrestien, 2001, p.264: “Dans les domaines où elle dispose d'un pouvoir discrétionnaire, l'administration se voit reconnaître “a power to err”, comme disent les administrativistes anglo-saxons. Plus exactement, une certaine dose d'imprécision lui est concédée. L'opportunité des choix est appréciée avec tolérance et la marge de liberté est d'autant forte que les alternatives offertes sont nombreuses. Mais il y a un “seuil” à ne pas franchir. Si la décision retenue peut prêter à discussion, elle ne saurait défier le bon sens et la logique au point d'atteindre l'absurdité. L'erreur manifeste est grave, grossière et si évidente qu'elle pourrait être décelée par n'importe quel profane. Disposer d'un pouvoir discrétionnaire n'autorise pas l'administration à faire n'importe quoi. L'erreur d'appréciation est tolérée par le juge, l'erreur manifeste est censurée”.

da observância do princípio da igualdade, no que respeita ao tratamento dispensados aos candidatos¹.

32. Posta em confronto essa posição com a que acabou se impondo no direito alemão, com a aplicação da noção de conceitos jurídicos indeterminados, logo se verifica que o campo de controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário é bem menor no Brasil. Ou seja, focando o problema pelo outro lado, a discricionariedade administrativa ou a área de livre apreciação de que gozam as autoridades públicas é consideravelmente maior em nosso país do que na Alemanha, onde, como visto, apenas não se permite o controle judicial das correções de provas em estabelecimentos públicos quando impliquem análise de todas as provas realizadas, ou seja irrepitível a situação em que o exame foi prestado. Nessas hipóteses reconhece-se a existência de um espaço ou “área de apreciação” no qual ao juiz não se autoriza penetrar.

A OMISSÃO DE TOMBAMENTO E DE DESAPROPRIAÇÃO COMO DECISÃO DISCRICIONÁRIA.

33. Dessa resumida resenha que fizemos a respeito da extensão do controle jurisdicional sobre os atos administrativos de exercício de competência discricionária ou de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, no direito

comparado, tomando como *terminus comparationis*, o direito dos países que mais contribuíram na formação e desenvolvimento do nosso Direito Administrativo, tiram-se algumas conclusões importantes para o caso que estamos examinando.

Primeira: Não há, em nenhum dos ordenamentos jurídicos cotejados, a possibilidade de substituir a decisão administrativa discricionária quanto à prática do ato, por provimento judicial. Já se viu que a margem de escolha que cabe ao administrador, nos atos discricionários, pode ser apenas entre praticar ou deixar de praticar o ato². É esta a mínima discricionariedade capaz de se conceber.

Mas, de qualquer maneira, precisamente porque há aí poder discricionário, se o agente administrativo entender de não praticar o ato, não poderá ser compelido a fazê-lo pelo Poder Judiciário.

Na desapropriação, inequivocamente, tem a autoridade administrativa competente o poder de escolha entre efetuar-la ou deixar de efetuar-la. Igualmente, no tombamento, há essa discricionariedade.

Se a Administração Pública entendeu de não praticar o ato de desapropriação ou de tombamento, como lhe faculta a lei, pois, insista-se, tanto a desapropriação quanto o tombamento são discricionários sob este aspecto, tal omissão não pode ser suprida, de nenhum modo, pelo Judiciário.

1 Assim tem-se pronunciado o Supremo Tribunal Federal, como se pode ver do acórdão proferido pela Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, no recurso extraordinário nº 140.242, com remissões aos precedentes jurisprudenciais, do próprio STF e do antigo Tribunal Federal de Recursos (RDA 210/280). No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça: MS nº 288, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 25.06.90, p.6.016; MS nº 3596, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 19.12.94, p. 35.223. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pela sua Terceira Câmara Cível, nas apelações cíveis de ns. 596049932 e 595038910, Rel. Des. Araken de Assis, adotou a mesma opinião.

2 A esses atos chama Ruy Cirne Lima de atos administrativos facultativos (*Princípios de Direito Administrativo*, São Paulo, RT, 1982, p. 91: “*Denomina-se facultativos aqueles atos que, determinados em seus elementos constitutivos pela lei ou regulamento, lhe serão simplesmente a execução, se forem praticados, mas que só serão praticados, se assim resolver a autoridade administrativa, à qual é facultado livremente praticá-los ou deixar de praticá-los*”. A doutrina alemã denomina tal discricionariedade de discricionariedade quanto à decisão (*Entschliessungsermessen*), enquanto a discricionariedade que concerne à eleição das providências ou medidas possíveis juridicamente é designada como discricionariedade quanto à escolha (*Auswahlermessen*). Sobre isso, Hartmut Maurer, *Allgemeines*, cit., p.124.

É, pois, uma incongruência e uma contradição nos seus próprios termos pretender que haja uma “obrigação de fazer” em se tratando de tombamento ou de desapropriação. Isso implicaria transformar ato que, quanto ao momento da decisão, é discricionário — ou resulta da escolha de uma das duas alternativas que se põem ao agente administrativo (praticá-lo ou não praticá-lo), no espaço ou na “área de livre apreciação” que a lei lhe assinala — em ato vinculado ou de competência ligada.

Segunda: Se o Poder Público, entretanto, exarou ato de desapropriação ou de tombamento, é indubitoso que esse ato é suscetível de controle jurisdicional, sob o ponto de vista da legalidade e até mesmo, no direito francês, desde 1971, pelo exame da relação de proporcionalidade entre os custos da desapropriação e os benefícios que dela se irradiariam (*théorie du bilan*)¹, ou por “erro manifesto de apreciação”. Se o bem, por exemplo, foi tombado, embora não tivesse valor estético, histórico ou cultural, o ato pode ser impugnado judicialmente e invalidado por sentença, bem diversamente do que sucede com a omissão de tombamento, a qual não pode ser suprida.

Contudo, se a classificação do bem como digno de proteção e, o que efetivamente importa o próprio tombamento foram realizados mediante prévio estudo e exame, digamos, de todos os bens existentes na cidade ou em determinado bairro, sob o aspecto estético, histórico e cultural, afigurando-se como razoável o tombamento em virtude dos critérios adotados e da observância do princípio da igualdade na sua aplicação, não caberá ao Judiciário invalidá-lo, pois estaria substituindo as valorações da Administração Pública, conformes com o princípio da razoabilidade, pelas suas próprias valorações. Há, nessas circunstâncias, uma “área de apreciação” da Administração Pública, na qual, só em caso de “erro manifesto” competiria ao juiz interferir.

A DISCRICIONARIEDADE E A OMISSÃO DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE EM EXARAR ATOS DE TOMBAMENTO OU DESAPROPRIAÇÃO

34. O Município de Porto Alegre não efetuou o tombamento dos imóveis referidos na ação civil pública. Também não os desapropriou. Exerceu o seu poder discricionário de escolher entre praticar ou não praticar aquelas medidas, optando pela segunda alternativa.

Entretanto, sem resolver essa questão fundamental — atinente ao “an”, ao “se”, da desapropriação e do tombamento como decisão de caráter discricionário, insuscetível de reexame pelo Judiciário — sustenta o Ministério Público que o Município teria a obrigação de fazer uma coisa ou outra. O tombamento e a desapropriação seriam, em síntese, atos administrativos vinculados mesmo no momento da decisão entre praticá-los ou deixar de praticá-los.

Pelo gosto de argumentar concedamos que seja assim, quando menos para verificar a profundidade do abismo a que nos leva a lógica do erro.

35. O tombamento, já foi visto², do mesmo modo que a desapropriação, gera repercussões financeiras. Cabe ao Poder Público, em ambas as hipóteses, indenizar o proprietário. É dever, assim, do administrador público, antes de realizar qualquer desses atos, ponderar se os recursos disponíveis que fossem reclamados para o tombamento ou para a desapropriação não seriam mais bem aplicados se fossem canalizados para as áreas da saúde pública, da educação, do saneamento básico das vilas populares, ou na colaboração com programas do governo federal, como o da “Fome Zero”.

Só à Administração Pública compete fazer essa ponderação ou esse “balanceamento”, pois, se assim não fosse, se coubesse também ao Judiciário obrigar a Administração Pública a tomar ou desapropriar tais ou quais bens, poderia acontecer que o Executivo ficasse sem meios materiais de realizar as outras ta-

1 Sobre esse avanço do direito francês, em matéria de desapropriação, veja-se René Chapus, *Droit Administratif Général*, Paris., Monthcrestien, 1993, vo. I, pp. 857 e ss.

2 Cf. nota nº2 supra.

refas que lhe incumbem, perdendo, assim, a prerrogativa que lhe é geralmente reconhecida, de definir as prioridades na realização das políticas públicas.

36. Não seria certamente difícil conseguir assinaturas de populares apoiando campanha no sentido de que todos os prédios dos quarteirões “chics” dos Moinhos de Ventos, frequentados pela elite portoalegrense, onde proliferam restaurantes, barzinhos, cafés, lojas e lugares da moda — o nosso Saint Germain des Prés ou a nossa região dos “jardins”, como chegam alguns a dizer — fossem tombados, para que se preservasse e fixasse para sempre a fisionomia que tem atualmente o bairro, com o seu ambiente, o seu glamour, o seu charme, as árvores que lá existem, as casas da antiga burguesia metropolitana, algumas em grave estilo arquitetônico alemão.

Suponhamos que, impressionado pelo número de assinaturas e a importância que tomara o movimento, o Ministério Público propusesse ação civil pública, em tudo semelhante à que propôs, sempre imbuído das melhores intenções e movido pelos mais altos ideais.

Suponhamos, ainda, — o que já seria difícil de imaginar, mas suponhamos — que a ação fosse julgada procedente e a decisão transitasse em julgado. O Município de Porto Alegre teria de tomar todos os prédios e de pagar indenizações vultuosíssimas aos proprietários, pois o prestígio alcançado pelo bairro elevara consideravelmente o valor dos imóveis nele situados.

O pagamento dessas pesadas indenizações não estava nos planos do Município, que não pensara, também, em efetuar, naquele momento e naquelas circunstâncias, com tantos outros problemas que lhe pareciam mais urgentes, os tombamentos a que fora obrigado.

37. O exemplo imaginado serve para mostrar que a decisão sobre proceder, ou não, à desapropriação e ao tombamento, é — e só pode ser — exclusiva da Administração Pública. Só a ela compete o juízo sobre a oportunidade e a conveniência da prática daqueles atos, ou, na linguagem técnico-jurídica, sobre o seu mérito, dentro do quadro genérico das políticas públicas que o Executivo tem de implementar.

A QUESTÃO DAS FICHAS DA EPAHC

38. O exemplo serve, também, para mostrar que o ótimo é muitas vezes inimigo do bom, como apregoa a sabedoria de velho adágio.

Agindo de forma realista, o Município de Porto Alegre, no ano de 1993, pela sua Equipe do Patrimônio Histórico e Cultural — EPAHC, procedeu ao levantamento, em bem elaboradas fichas, dos prédios existentes no bairro dos Moinhos de Vento, registrando, a respeito de cada um deles, as características que poderiam ser valorizadas para fins de preservação. Alguns desses prédios mereceram a observação que possuíam interesse sócio-cultural, como é o caso, por exemplo, dos situados na rua Luciana de Abreu, nº184, esquina com Barão de Santo Ângelo, e o de nº196; bem como os da rua Dinarte Ribeiro nº107, nº121 e nº131/141 (fls.102-104; 84-85 e 86-87 dos autos do inquérito civil). Quanto a outros, não há observação sobre a necessidade de preservação, por razões sócio-culturais, o que faz crer que suas características, devidamente anotadas, seriam posteriormente apreciadas para esse efeito. E referentemente a outros, finalmente, como ocorreu com as seis casas da rua Luciana de Abreu, em torno das quais se controverte, nas fichas respectivas lançou-se a observação peremptória: “sem justificativa” (fls. 100, 105, 106, 108, 109, 110 dos autos do inquérito civil).

39. Essas fichas, com os seus registros e observações, não materializam atos administrativos, pela simples e fácil razão de que não produzem qualquer efeito jurídico. São, na verdade, atos internos da administração (mas não atos-administrativos, no sentido técnico!), preparatórios à formulação de juízos decisórios sobre a prática de atos administrativos como o de tombamento ou de desapropriação. Estes, sim, são atos administrativos, pois irradiam efeitos jurídicos imediatos, atingindo os direitos subjetivos dos proprietários dos imóveis a que dizem respeito.

Contra ato de desapropriação ou de tombamento é possível impetrar mandado de segurança, mas não contra as observações, consignadas numa ficha, de que determinado prédio é “de interesse sócio-cultural”. Tais fichas

talvez pudessem servir meramente como indicio de que estaria sendo preparado ato iminente, de tombamento ou de desapropriação, a justificar a impetração de mandado de segurança preventivo. Mas só. Em si mesmo elas não têm, assim como o ato que as produziu, aptidão para causar qualquer lesão a direito subjetivo.

Não sendo os atos de elaboração de fichas atos administrativos, pois deles não emana, como se disse, qualquer eficácia externa, não necessitam ser motivados.

40. De qualquer maneira, comprovam que o Município de Porto Alegre preocupou-se em dar início a estudo global sobre os imóveis do bairro Moinhos de Vento, marcando nas fichas quais o que a EPAHC considerava como dignos de serem preservados e quais os que não tinham justificativas suficientes para a preservação. Será, talvez, trabalho incompleto, mas por ele se comprova, também, que os critérios para a seleção eram rigorosos, pois são relativamente poucos os imóveis tidos como merecedores de preservação. Com isso reduzia-se o volume das indenizações a serem pagas.

As pontuações assinaladas nas diferentes fichas, indicando o maior ou menor valor de preservação, denunciam com segurança que, após, examinado cada um dos prédios do bairro, isoladamente, realizou-se análise comparativa entre eles, daí resultando a conclusão a respeito dos que deveriam ser escolhidos para figurarem em futuro inventário ou serem objeto de futuros atos de tombamento, e os que não apresentavam justificativas suficientes para isso. A seis casas da rua Luciana de Abreu estavam neste último grupo.

A IMPRESTABILIDADE DOS PARECERES DO IPAHE E DA COMISSÃO INSTITUÍDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

41. Mesmo que se admitisse pudesse o Poder Judiciário obrigar a Administração Pública a desapropriar ou tomba bens de particulares e substituir os critérios e valorações dos agentes administrativos competentes por seus próprios critérios e valorações — o que nunca

foi o nosso pensamento, pois contrariaria a *communis opinio* da doutrina e da jurisprudência, nacionais e estrangeiras — mesmo assim esses critérios nunca poderiam ser os propostos no parecer do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico do Estado ou no parecer encomendado à Comissão apositamente constituída pelo Ministério Público.

42. O motivo que torna aqueles dois pronunciamentos imprestáveis para servir de fundamento ao inusitado tombamento judicial que se intenta obter, reside na circunstância de que eles se limitam a analisar, apenas, os seis prédios da rua Luciana de Abreu licenciados para demolição, não efetuando a indispensável análise comparativa com todos as demais casas e prédios do Bairro Moinhos de Vento, de maneira a identificar quais os que mereceriam ser tombados e os que não justificariam essa providência.

O vício, o defeito grave da avaliação procedida por ambos os pareceres, e que os inutiliza completamente, é o mesmo que existiria na revisão judicial da correção de uma prova de redação, exigida em concurso público, na qual a prova fosse tomada isoladamente, descontextualizada do conjunto onde estava inserida. A quem assim analisasse a prova poderia parecer que o grau 4 (de reprovação), atribuído pela banca examinadora, era equivocado. A prova mereceria grau 7 ou, na pior das hipóteses, grau 5, que era o grau mínimo de aprovação.

Ora, quem já corrigiu prova dissertativa sabe que os graus são dados em termos relativos. Em geral, após a leitura de todas as provas, escolhe-se a que merece 10, o grau máximo, e a partir daí vão sendo escalonadas as demais provas.

Bem por isso é que os tribunais alemães, nesse caso, reconhecem à autoridade administrativa, como já referimos, um espaço ou área de apreciação (*Beurteilungsspielraum*) de que goza a Administração Pública, impenetrável pelo Judiciário, pois o juiz não poderia revisar a correção de todas as demais provas, para manter o respeito ao princípio da igualdade. Além disso, nesse tipo de avaliação, quer da qualidade de um texto como da qualidade de uma construção, a margem de subjetivismo é considerável, não cabendo ao juiz substituir

pelos seus próprios critérios os critérios da Administração Pública.

43. Não havendo os dois pareceres identificado as demais casas do bairro Moinhos de Vento que mereceriam ser preservadas pelo tombamento ou pela desapropriação, fica-se também sem saber, mesmo numa estimativa grosseiramente aproximativa, quanto teria o Município de Porto Alegre de gastar com as indenizações respectivas. É este o primeiro termo da equação custo/benefício, a qual a Administração Pública há de necessariamente ponderar, ao cogitar de praticar aqueles atos administrativos.

44. Uma vez que o Poder Judiciário determinasse o tombamento das seis casas em questão, tal ato estabeleceria um padrão a ser seguido pelo Município de Porto Alegre, devendo tomar, também, para que não fosse rompida a coerência, outros imóveis que estivessem mais ou menos na mesma situação e que, nos estudos iniciais procedidos pela EPAHC, em 1993, tinham sido igualmente considerados como “sem justificativa para preservação”. Só assim se observaria o princípio maior da igualdade, construindo-se um inventário dos imóveis merecedores de preservação, indicados para tombamento, fundado em bases jurídicas sólidas. Ou então, tomar todas as casas do bairro, com sacrifício de imensa parcela de recursos públicos.

Aliás, da leitura dos dois pareceres fica a impressão que boa parte da argumentação desenvolvida em favor da preservação das seis casas objeto da consulta poderia com facilidade ser estendida para quase todas as casas do bairro, ou até mesmo para todas elas, só não sendo essa a conclusão daquelas peças porque isso não foi pedido aos seus autores.

45. Porque tudo isso não é tão simples e nem tão fácil quanto pensa o Ministério Público é que até hoje não foi editada a lei municipal a respeito do inventário dos bens urbanos dignos de preservação.

É também por isso que, em todo o mundo, não se admite que nos atos administrativos de desapropriação e tombamento o juiz substitua

os critérios de oportunidade e conveniência do agente administrativo pelos seus juízos pessoais. O contrário estabeleceria o caos na Administração Pública.

AINDA A QUESTÃO DA MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

46. Reitera-se que a os atos de elaboração de fichas, realizados pela EPAHC em 1993 não são atos administrativos, pois deles não se irradiam efeitos jurídicos. Atos administrativos são espécies de atos jurídicos, vocacionados, por definição, à produção de efeitos jurídicos.

Nem todos os atos da administração são atos administrativos, muito embora bons autores por vezes se confundam neste ponto. Há quem sustente, por exemplo, que pareceres e informações são ato administrativos. Não são. São atos da administração, mas não são atos administrativos. Contra o parecer que recomenda a aplicação de pena de demissão a determinado servidor não caberá mandado de segurança. Esta via processual será, porém adequada, quando interposta a ação mandamental contra o Chefe do Executivo que exarou o ato de demissão e adotou como fundamento o parecer. O ato de demissão é ato administrativo, não o parecer.

As fichas elaboradas, em 1993, pela EPAHC não são atos administrativos, repetimos. São atos internos da administração municipal, desprovidos de eficácia externa, e, por isso mesmo, sem qualquer possibilidade de serem atacados por mandado de segurança. Não sendo atos administrativos, dispensam motivação.

O mestre português José Carlos Vieira de Andrade, no belo livro que escreveu a propósito d’*“O dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos”*, coloca a questão nos seus devidos termos, com estas lúcidas considerações¹:

“Na realidade, o “acto administrativo” resume as características próprias do sistema,

1 Coimbra, Almedina, 1991, pp. 18 e ss.

quando é visto como uma estatuição de autoridade, editada no uso de poderes jurídico-administrativos, destinada à produção de efeitos jurídicos externos num caso concreto, e sujeita por essência, a fiscalização contenciosa, imediata ou mediata (ROGÉRIO SOARES). É exclusivamente a esta forma de actuação administrativa que se reporta o dever de fundamentação, que, portanto, não se aplica aos negócios, acordos ou contratos, privados ou públicos, celebrados pela Administração, nem aos actos internos ou, em geral aos actos instrumentais, tal como não vale para os actos regulamentares, nem para as operações materiais — as formas que a doutrina identifica em contraposição à do acto administrativo em sentido estrito —, por não serem actos que definam autoritariamente ou directamente situações jurídicas exteriores à Administração, por não constituírem decisões concretas, ou por valerem juridicamente apenas como fatos”.

47. De resto, nem todos os atos administrativos devem ser motivados. Se assim fosse, a atividade administrativa ficaria travada, tornando lenta e ineficiente a máquina posta a seu serviço, ocupada em aduzir razões e

mais razões na fundamentação dos atos corriqueiros que a Administração Pública pratica todos os dias e em grande número.

Não é por outra causa que apenas os atos restritivos dos direitos dos indivíduos, os que interferem na sua liberdade ou no seu patrimônio, não prescindem de motivação.

É da mesma obra do autor português que acabamos de citar o seguinte trecho, que fere precisamente o ponto em análise:

*“A fundamentação é imposta, desde logo, apenas a certos actos administrativos, em particular, aos que possam afectar desfavoravelmente os direitos e interesses jurídicos dos privados”*¹.

No Brasil a Lei de Processo Administrativo da União Federal — Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 —, no seu art. 50, discrimina quais os atos administrativos que devem ser motivados, começando a relação precisamente com os que *“neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses”* (inciso I) ou *“imponham ou agravem deveres encargos ou sanções”* (inciso II).

Também aqui, portanto, à semelhança do que se passa no direito português, italiano², francês³ e alemão⁴, a exigência de motivação

1 p.17.

2 Veja-se, Rocco Galli, op. cit., p.385: *“...il Consiglio di Stato affermò l'imprescindibilità della motivazione, specie com riferimento a quegli atti che, in quanto sfavorevoli al privato, richiedevano, ai fini della impugnativa, una piena conoscenza della ragioni della scelta discrezionale posta a fundamento (atti di rifiuto o di revoca di atti ampliativi, atti ablatori, atti di scelta comaprativa, ecc.).”*

3 Lei de 1979 tornou obrigatória a motivação dos atos administrativos, relativamente a duas categorias de decisões individuais, como esclarece René Chapus: *“A primeira é a das decisões individuais desfavoráveis às pessoas (precisa a jurisprudência) a que elas “concernem diretamente””, quais sejam aquelas que “restringam o exercício das liberdades públicas ou, de maneira geral, constituam uma medida de polícia; apliquem uma sanção; subordinem a outorga de uma autorização a condições restritivas ou imponham sujeições; retirem ou ab-roguem uma decisão constitutiva de direito; oponham prescrição ou decadência; recusem vantagem cuja atribuição constitua um direito para as pessoas que preencham as condições legais para obtê-la”* (op.cit., p.907). Ou, no original: *“La première est celle des décisions individuelles défavorables, aux personnes (précise la jurisprudence) qu'elles “concernent directement” (...) comme étant celles qui: — restreignent l'exercice des libertés publiques ou, de manière générale, constituent une mesure de police; — infligent une sanction; — subordonnent l'octroi d'une autorisation à des conditions restrictives ou imposent des sujétions; — retirent ou abrogent une décision créatrice de droit; — opposent une prescription, une forclusion ou une déchéance; — refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir”*.

4 Anotam Hans J.Wolff, Otto Bachof e Rolf Stober: *“Atos administrativos restritivos devem ser motivados para que, o destinatário possa ajuizar se e com qual fundamentação um remédio jurídico teria*

é imposta principalmente aos atos administrativos discricionários que afetem direitos e interesses dos particulares, notadamente os que se relacionam com a liberdade e a propriedade.

48. Reforça-se, assim, a conclusão já estabelecida de que as omissões da Administração Pública, —aquilo que tinha a faculdade de fazer, mas não fez—, não necessitam de motivação. A Administração Pública não tem de motivar o fato de não haver tombado certo prédio. O que ela tem de motivar e fundamentar bem é o tombamento que efetuou, pois esse ato é profundamente restritivo do direito de propriedade do dono do imóvel.

Analogamente, não cabe à Administração Pública explicar, com bem deduzidas razões, porque não desapropriou as seis casas da rua Luciana de Abreu, pois a opção por não desapropriar contém-se, igualmente, no âmbito do poder discricionário que a lei lhe confere.

Só esta seria razão bastante e suficiente. Mas, além dela, há ainda a de que registros internos de órgãos técnicos do Município consignavam que inexistia justificativa para a preservação daquelas casas.

As licenças para demolir e construir, como atendem postulação do proprietário do imó-

vel, não sendo, portanto, atos contrários aos seus interesses, não necessitam de motivação.

O que deve ser fundamentado é o ato administrativo que nega o pedido de licença para demolir ou para construir.

No caso da consulta, tais licenças foram expedidas em plena conformidade com a legislação vigorante, pois sobre os imóveis de propriedade de Goldsztein S/A Administração e Incorporações não incidia qualquer restrição ou limitação administrativa resultante de ato de tombamento. Militavam, portanto, em favor da empresa, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima, que integram, junto com o da legalidade, o princípio maior do Estado de Direito (CF, art. 1º)¹.

Nessa situação, caso fossem negadas à empresa requerente as licenças, tanto para demolir como para construir poderia ela impetrar mandado de segurança para restabelecimento do seu direito, na esteira de pacífica jurisprudência existente sobre a matéria².

CONCLUSÃO

49. Passo a responder as indagações que me foram feitas:

possibilidade de êxito. A exigência de motivação funda-se em considerações relacionadas com o Estado de Direito (BVerfGE 6,44; BVerwGE 38, 191) e com os direitos fundamentais. O dever de motivar serve, ao mesmo tempo, ao controle da administração (Kopp, VwVfG, § 39 Rdnr.2)". No original: "*Belastende Verwaltungsakte sind idR zu begründen, damit der Betroffene beurteilen kann, ob und mit welcher Begründung die Einlegung eines Rechtsmittels Aussicht auf Erfolg hat. Der Begründungszwang beruht auf rechtsstaatlichen (BVerfGE 6,44; BVerwGE 38, 191) und auf grundrechtlichen Erwägungen. Gleichzeitig dient die Begründungspflicht der Kontrolle der Verwaltung (Kopp, VwVfG, § 39 Rdnr.2.)*".

1 J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2.00, p.256 e ss.: "... desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito (...). A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos" (p. 256). Sobre a expansão que teve modernamente o princípio da confiança legítima, veja-se, por todos, Sylvia Calmes, *Du Principe de Protection de la Confiance Legitime em Droits Allemand, Communautaire et Français*, Paris, Dalloz, 2001.

2 Vejam-se, à guisa de exemplos, as seguintes decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: Apelação Cível nº 583.023.668, Quarta Câmara Cível, Rel. Des. Oscar Gomes Nunes; Apelação Cível nº 3992, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Werter R. Faria; Reexame necessário nº 70004446449, Primeira Câmara Cível, Rel. Des. Roque Joaquim Volkweiss.

Quesitos (a) e (b) — É inaceitável, no sistema jurídico brasileiro, que o Poder Judiciário condene a Administração Pública a efetuar tombamento ou a promover desapropriação. Tais atos jurídicos são privativos e exclusivos da autoridade pública no exercício da função administrativa. Só esta tem o poder discricionário de decidir sobre a prática, ou não, daqueles atos. Trata-se de decisão, já se vê, relacionada com o mérito do ato administrativo, isto é, com as razões de conveniência e oportunidade, integradas por elementos que Poder Judiciário não tem condições de avaliá-los adequadamente.

Desapropriação e tombamento, porque geram dever de indenizar do Estado, têm reflexos imediatos sobre as despesas públicas. A condenação da Administração Pública a efetuar tombamento ou promover desapropriação implicaria, a todas as luzes, em indébita interferência do Judiciário, não apenas no manejo dos recursos públicos, como, sobretudo, na definição das prioridades do Estado na realização de suas políticas.

Tira-se daí a consequência inafastável que a sentença que condenasse o Município de Porto Alegre à “obrigação de fazer” consistente em tombamento ou desapropriação, além de cometer erro jurídico crasso — pela transformação em atos vinculados de atos administrativos universalmente reconhecidos como discricionários quanto a decisão entre praticá-los ou não —, hostilizaria frontalmente o art. 2º da Constituição Federal, que afirma o princípio da separação dos poderes.

Quesito (c) — A ação civil pública proposta pelo Ministério Público contra a empresa consultante e o Município de Porto Alegre deve ser extinta, como determina o art. 267, VI, do CPC, pela falta de uma das condições da ação, a possibilidade jurídica do pedido.

A ação não tem qualquer amparo no direito material, cujas regras não autorizam possa o juiz transformar-se em administrador ou governante, decidindo sobre atos, medidas ou providências que, mais do que típicas, são privativas e exclusivas do Poder Executivo ou

de autoridade legalmente investida no desempenho da função administrativa e com competência específica para a prática de algum daqueles atos, como sucede com o Poder Legislativo, no tocante à desapropriação (Decreto Lei nº 3365/41, art. 8º).

Aliás, abundante jurisprudência dos nossos tribunais tem coibido abusos na utilização de ações civis públicas em que os autores pleiteiam intromissões do Judiciário em competências e atribuições reservadas à Administração Pública, com olímpico descaso pelo princípio da separação dos poderes do Estado.

O destino dessas ações têm sido, invariavelmente, o mesmo: sua extinção, na forma do art. 267, VI do CPC.

Quesito (d) — Tombamento e desapropriação são atos que Ruy Cirne Lima denominava de facultativos¹, atos administrativos em que a Administração Pública goza do que se poderia chamar de discricionariedade mínima: o poder de escolha entre praticá-los ou deixar de fazê-lo.

Tal decisão envolve o mérito do ato administrativo, o juízo sobre a oportunidade e a conveniência de praticá-lo. Essas razões implicam conhecimentos de dados e realidades de que o juiz não dispõe: o volume dos recursos públicos, as necessidades urgentes da população em outras áreas, como as da saúde, da educação, saneamento básico, habitação popular etc.

Pelo exame global dessas questões complexas é que o Governo e a Administração formulam as políticas públicas, estabelecendo os critérios de prioridade na sua implementação. Muito frequentemente esses critérios são de natureza técnica, situando-se no território que a doutrina italiana denomina de “discricionariedade técnica” no qual, como se infere da própria designação, não se tolera que o Judiciário se intrometa.

É claro, portanto, que não é dado ao juiz substituir os critérios técnicos da Administração Pública pelos seus próprios critérios ou as razões de conveniência e oportunidade, so-

1 Vd. nota 23 supra.

pesadas pelo agente administrativo, pelas suas próprias razões.

Quesito (e) — Dos inúmeros atos, de diferentes espécies, que a Administração Pública pratica, apenas a classe peculiar dos atos administrativos está sujeita ao princípio da motivação ou da fundamentação. E, assim mesmo, no universo dos atos administrativos, há que se distinguir entre os restritivos e os ampliativos. Tão-somente os atos administrativos restritivos, aqueles que têm repercussões ou reflexos negativos sobre a liberdade e a propriedade dos indivíduos, é que estão submetidos ao princípio da motivação.

Existe, neste particular, orientação uniforme no direito comparado, sendo comum o entendimento vigorante nos direitos francês, italiano, português, alemão e brasileiro, para ficar apenas em alguns exemplos importantes.

Atos internos da Administração Pública, como as fichas elaboradas pela EPAHC, em trabalho preparatório para a deliberação sobre futuros atos de inclusão em inventário e de efetivação de tombamento, por não produzirem efeitos externos e não terem nenhuma influência direta sobre o patrimônio das pessoas, não se qualificam como atos administrativos. Àqueles atos internos não se aplica, evidentemente, o princípio da motivação.

O tombamento, do mesmo modo como a recusa da licença para demolir ou construir, por serem todos eles atos administrativos restritivos, submetem-se à exigência da motivação ou da fundamentação.

No que diz com a omissão da Administração Pública em desapropriar ou tombar determinado bem, já ficou exaustivamente demonstrado que se trata de conduta resultante de decisão de caráter discricionário, ou que se situa em espaço ou área de livre apreciação da autoridade administrativa.

Além disso, o princípio da motivação só tem sentido em se tratando de atos administrativos, que são comportamentos ou atuações comissivas do Poder Público, do qual não seria razoável exigir que fundamentasse os seus silêncios, sua inação, suas omissões: o nada, em suma.

50. Não vejo, portanto, em síntese final, nenhuma ilegalidade no fato de o Município de Porto Alegre não haver tombado ou desapropriado as seis casas da rua Luciana de Abreu. A decisão administrativa, nesse sentido, não ofende o princípio da razoabilidade, nem expressa erro manifesto de apreciação no exercício da competência discricionária, uma vez que baseada em critérios técnicos e em razões globais de oportunidade e conveniência, arrumadas em relação de custo/benefício, insuscetíveis de exame pelo Poder Judiciário. Aqueles critérios e razões não foram, de resto, minimamente abalados pelos dois pareceres apresentados pelo Ministério Público, como penso ter ficado evidenciado.

Por igual, as licenças expedidas pelo Município de Porto Alegre, em favor da consultante, de demolir e de construir, são, a meu juízo, perfeitamente válidas, não incorrendo em qualquer vício de ilegalidade. Considerando que aqueles bens não estavam tombados, não poderia o Município de Porto Alegre negar-se a conceder as licenças, pois nada na legislação municipal se opunha a elas. Se assim procedesse, muito provavelmente a proprietária dos imóveis obteria ganho de causa em mandado de segurança que impetrasse contra o ato administrativo de recusa das licenças, na linha de reiterados pronunciamentos dos nossos tribunais.

É o meu parecer.

Porto Alegre, 7 de março de 2003.

Almiro do Couto e Silva, Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFRGS