ATOS ADMINISTRATIVOS — SEU EXAME PELO PODER JUDICIÁRIO — SERVIÇO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL

— Os atos administrativos, de qualquer natureza, estão sujeitos ao exame dos tribunais.

— Ao Judiciário cabe decidir se o imóvel inscrito no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional tem ou não valor histórico ou artístico, não se limitando a sua competência em verificar, apenas, se foram observadas as formalidades legais no processo de tombamento.

— Verificada a procedência do valor histórico do imóvel de domínio particular, como integrante de um conjunto arquitetônico, subsiste o tombamento compulsório com as restrições que dêle decorrem para o direito de propriedade, sem necessidade de desapropriação.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Jaime Lino da Cunha Sotto Maior e sua mulher *versus* União Federal.

Apelação cível n.º 7.377 — Relator: Sr. Ministro

CASTRO NUNES

ACÓRDÃO

Vistos, etc. :

Acorda o Supremo Tribunal Federal, pelos ministros componentes da 1.ª turma, de acôrdo com os votos proferidos e constantes das notas taquigráficas, em negar provimento ao recurso, unânimemente.

Supremo Tribunal Federal, 19 de agôsto de 1943 (data do julgamento) .— *Laudo de Camargo*, Presidente. — *Castro Nunes*, Relator.

COMENTÁRIO

ATOS DISCRICIONÁRIOS E FUNÇÕES QUASE-JUDICIAIS DA ADMINISTRAÇÃO

1. Na ap. cív. n.º 7.377, manifestou-se pela primeira vez o Supremo Tribunal Federal sôbre o regime legal do nosso patrimônio histórico e artístico. Os votos proferidos e a discussão travada entre os Ministros Orozimbo Nonato, Castro Nunes e Aníbal Freire, de um lado, e os Ministros Laudo de Camargo e Otávio Kelly, de outro, são documentos judiciários de grande importância para o estudo da evolução do direito de propriedade entre nós. São ainda ilustrativas as considerações do Ministro Filadelfo Azevedo no julgamento de mérito, que se seguiu ao julgamento prejudicial de constitucionalidade, do qual não participou.

2. A controvérsia foi sôbre o Decreto-lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937, que "organizou a proteção do patrimônio histó-

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Nunes (Relator) — O A., na presente demanda, argüiu a nulidade do ato administrativo, emanado do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, por dois fundamentos: 1.º — por não ser o imóvel da praça 15 de Novembro n.º 34 monumento histórico; 2.º — a aplicação do Decreto-lei n.º 25, de 1937, sem desapropriação, inconstitucional, por envolver ofensa ao direito de propriedade. Esta argüição não está mais em causa, de vez que já resolvida pela negativa em Tribunal Pleno, subsistindo sòmente a primeira.

Reporto-me, para maiores detalhes, *data venia*, ao meu relatório, a fls. 155.

Ao Exmo. Sr. Ministro Revisor.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Nunes (Relator) — O Decreto-lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937, dispondo sôbre a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, instituiu o serviço respectivo e determinou o rito a seguir no tombamento, com a notificação do proprietário para anuir ou impugnar, sendo, nesta hipótese, submetido o caso ao Conselho Consultivo do Serviço

---

rico e artístico nacional". Êsse diploma estabelece restrições sensíveis à propriedade dos bens que define como de valor histórico e artístico. Um bem só se considera tal depois de tombado pelo Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, e êsse tombamento será voluntário ou compulsório. Não anuindo o proprietário no tombamento, a questão toma forma litigiosa, e é decidida por um órgão administrativo colegiado — o Conselho Consultivo do Serviço acima nomeado, de cujas decisões — diz a lei — "não caberá recurso" (art. 9.º n.º 3, *in fine*). Daí as duas questões suscitadas: 1) constitucionalidade, ou não, de limitações legais ao direito de propriedade; 2) exercício de função jurisdicional por autoridade administrativa.

3. No tocante aos efeitos do tombamento sôbre o direito de propriedade o acórdão é completo. Pretendiam os apelantes que as limitações dêle resultantes desfiguravam o direito de propriedade, suprimindo-o pràticamente, o que acarretaria a inconstitucionalidade da lei nessa parte, ponto de vista sufragado pelos votos vencidos dos Ministros Laudo de Camargo e Otávio Kelly. A conservação do patrimônio histórico e artístico só seria possível, assim, mediante desapropriação, aliás autorizada em lei. Mostraram, porém, os votos vencedores, com proficiência, que a desapropriação facultada era sòmente um dos modos de proteção dos bens considerados de valor histórico e artístico. Não era, contudo, o único. Também estavam previstos os meios de protegê-los e

do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional para decidir a respeito, decisão, acrescenta, de que *não haverá recurso* (art. 9.º, n.º 3).

No caso dos autos isto foi observado e aliás não se contesta. O proprietário foi notificado e defendeu-se, sendo, porém, mantido e tornado definitivo o tombamento do prédio em questão, pelas razões expostas no parecer de fls. 27, onde se lê: "... o tombamento do prédio... não visa o valor arquitetônico da construção, mas o fato de estar ela colocada sôbre o "Arco do Teles", que é necessário preservar", acrescentando: "O Arco do Teles, forma com o chafariz de D. Maria I e o Palácio de Bobadela um conjunto que integra o ambiente histórico do velho Largo do Paço, antigo Terreiro da Polé. São relíquias veneráveis de aspectos familiares do Rio de antanho, muita vez descritas e reproduzidas em gravuras, nos livros de viajantes estrangeiros".

Estende-se o parecer em outras considerações, citando Vieira Fazenda, para concluir ser o imóvel em questão "de indiscutível valor histórico".

A presente ação, já agora limitada a êsse ponto, tem por objeto contraditar o caráter de monumento histórico atribuído ao prédio da praça Quinze. Pode fazê-lo o A., como todo proprietário atingido pela classificação de seus bens como monumentos históricos ou valores artísticos, para discutir em Juízo o ato administrativo, com os elementos de que dispuser e que possam conduzir a outro entendimento.

Essa possibilidade decorre da sujeição dos atos administrativos de qualquer natureza, e seja qual fôr a hierarquia da autoridade de que emanem,

---

conservá-los, continuando êles no domínio do particular. Em tais casos, o direito de propriedade subsistia, embora limitado nas suas manifestações, sobretudo no que tange à faculdade de destruir. Por mais extensas que sejam essas limitações, uma vez que, apesar delas, ainda resta um resíduo inerente ao direito de propriedade, atendida estava a Constituição. O seu art. 122, n.º 14, ao mesmo tempo que garante o direito de propriedade, permite às leis "que lhe regularem o exercício" definir o "conteúdo" e "os limites" do próprio direito de propriedade. Que tenha o legislador agido injustamente, ou não, pouco importa do ponto de vista da constitucionalidade, porque estava na sua competência constitucional definir a "propriedade", e foi o que êle fêz no tocante aos bens de valor histórico e artístico, como já tem estabelecido muitas outras limitações ao domínio, em vista de outros interêsses de ordem coletiva.

Nada resta a dizer sôbre êsse aspecto do julgado, senão notar a divergência, mais de palavras que de conteúdo, entre alguns dos Ministros vencedores sôbre o assento constitucional do Decreto-lei n.º 25. De um lado, tinham razão os Ministros Castro Nunes e Aníbal Freire, ao filiarem a lei ao art. 134 da Constituição, que manda proteger os monumentos históricos, artísticos e naturais e punir os atentados contra êles cometidos. Essa proteção dependia de definição legal e, como era necessário saber que é que devia ser protegido, tinha o legislador de definir também o que se consideraria monumento histórico, artístico ou natural. Quanto ao

inclusive o Presidente da República, ao contrôle judicial, ao exame dos tribunais, quando provocados êstes em forma regular.

De modo que é inoperante o dispositivo em que se diz que das decisões do Serviço do Patrimônio Histórico *não haverá recurso*, se se quiser entender que essa vedação alcança o Judiciário.

O que sucede, no caso em exame, é que a controvérsia, arredado o aspecto constitucional, se reduz a uma questão *de fato*, e tal consiste em saber se é monumento histórico o edifício onde existe o Arco do Teles, se as razões em que se funda o ato administrativo podem ser aceitas pelo Judiciário ou se, ao revés disso, são tão infundadas que devam ser repelidas.

Via de regra, os tribunais aceitam como verdadeiras as soluções proferidas nas instâncias administrativas *sôbre fatos e sobretudo* quando envolvendo apreciação técnica ou especializada.

Escrevendo *alhures* sôbre o desenvolvimento das instâncias administrativas em tôda a parte, inclusive nos Estados Unidos, Estado de tipo judiciarista, como um fenômeno da expansão administrativa e da complexidade técnica de muitos problemas que surgem na execução de certas leis, exigindo conhecimentos especializados que não são de presumir nas magistraturas comuns, examinei o sentido das locuções encontradiças nos expositores do direito americano — *quasi judicial, functions of administrative bodies* ou *character quasi judicial of administrative action* ou, ainda, *quasi jurisdictional power*.

---

aspecto repressivo, também dependia de texto legal a definição dos atentados àquele patrimônio, sendo, por igual razão, indispensável a definição legal dêsse mesmo patrimônio. O Decreto-lei n.º 25 está, portanto, diretamente filiado ao art. 134 da Constituição. Por outro lado, também estava a razão com o Ministro Orozimbo Nonato, ao entender que não bastava o art. 134 da Constituição para assento da lei questionada. A proteção do patrimônio histórico e artístico só é possível em têrmos de limitação à propriedade dos particulares pela circunstância de ser essa limitação legal permitida pelo art. 122, n.º 14, da Constituição. Se não houvesse essa faculdade constitucional, o tombamento teria de ser só voluntário, ou teriam os bens classificados como de valor histórico e artístico de passar ao domínio do Estado por via de desapropriação, porque seria inconstitucional impor aos particulares, proprietários dêles, as severas restrições envolvidas na sua proteção. E era precisamente sôbre tais pontos a controvérsia travada nos autos. Afinal, os ilustres juízes convieram em que seus pontos de vista não diferiam fundamentalmente, depois de terem demonstrado mais uma vez as suas reconhecidas qualidades de argumentação.

4. A outra questão implicada no julgamento merece observação mais demorada. O proprietário do bem tombado (um edifício situado nesta capital, Praça 15 de Novembro) argüiu que o prédio não era de se considerar patrimônio histórico e artístico, baseando suas conclusões em uma vistoria *ad perpetuam*. O Juiz

Salientei, então, que o poder conferido às administrações para decidirem, por seus agentes ou colégios administrativos, sôbre as contestações nascidas da execução dessas leis, não é, em princípio, *conclusivo*, facultado sempre ao interessado recorrer às vias judiciárias, e podendo mesmo, em certos casos, recorrer diretamente das decisões administrativas para as Côrtes de Apelação de Circuito (*Circuit Courts of Appeal*).

Tem-se entendido, porém, que êsses corpos ou conselhos, em decidindo *sôbre fatos* ou na fixação de pontos de natureza técnica, suas decisões são, em regra, *conclusivas* para o Judiciário, que, dêste modo, se auto-limita, ainda que conservando, em princípio, o poder de revê-los mesmo sob êsses aspectos. E' que, em face da Constituição americana e dos princípios básicos em que ela assenta, e, por igual, entre nós, não seria possível subtrair ao conhecimento dos tribunais qualquer espécie administrativa, nos seus contornos de direito e de fato.

Considerou-se, porém, a conveniência prática de deixar à administração certo âmbito de ação no tocante aos fatos, reservando-se os tribunais maior liberdade de apreciação no exame dos aspectos de direito, ainda que, e os expositores dão notícia da dificuldade, nem sempre seja fácil tal separação.

Essa atitude das Côrtes Judiciárias é de data relativamente recente. Houve tempo em que nada se consentia aos corpos administrativos... Só de cinqüenta anos a esta parte, informa Roscoe Pound, começou-se a admitir a conclusividade, ainda que relativa, das decisões administrativas em matéria de fato.

---

de 1.ª instância apreciou a argüição, mas não julgou a prova produzida capaz de infirmar a conclusão em contrário do órgão administrativo competente. O parecer do Procurador Geral entendeu que o juiz exorbitara de suas funções, ao apreciar aquela prova. O exame do Judiciário não podia abranger as razões puramente técnicas de decidir adotadas pelo órgão administrativo. A indagação judicial devia cingir-se à *legalidade* do ato, como ensinava a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O Ministro Orozimbo Nonato entendeu que "o Conselho do Patrimônio não decide soberanamente se determinado prédio é ou não monumento histórico", devendo o Judiciário, "em espécie, ou em caso concreto... apreciar a legalidade do ato". "Podemos rever a decisão do Conselho" — disse o Ministro Laudo de Camargo —, devendo o processo voltar à Turma, "para que se verifique se, de fato, se trata de monumento histórico". O Ministro Castro Nunes concordava "em princípio", "com restrições decorrentes do próprio ensinamento da jurisprudência", mas, apesar das reservas antecipadas em tese, examinou a prova no julgamento do mérito feito pela Turma. O direito de provocar o exame do Judiciário sôbre tais provas — disse êle — assiste a todo proprietário atingido pelo tombamento, como decorrência "da sujeição dos atos administrativos de qualquer natureza... ao contrôle judicial". Por isso, considerava inoperante o dispositivo legal que não admite recurso das decisões do Conselho Consultivo do S.P.H.A.N.,

Algumas vêzes a lei mesma usa de uma daquelas locuções, tomadas à jurisprudência, ou confere à administração poderes que equivalem a qualquer dêles, isto é, atribuições para estatuir sôbre certos pressupostos que a lei tem em vista e que dependem de verificações, estimativas ou avaliações, o que ocorre mais freqüentemente no lançamento de certos impostos.

Frank Goodnow, na sua conhecida obra, dá notícia dessa jurisprudência. Diz êle, nestas passagens que vou traduzir literalmente: De uma maneira geral, os tribunais têm declarado que o seu contrôle se limita ordinàriamente a estatuir sôbre questões de competência e sôbre a regularidade do ato do funcionário administrativo..

Suponhamos, por exemplo, acrescenta, que os funcionários tenham avaliado bens em vista da taxação e que a arrecadação do impôsto se faça por via judiciária: o Tribunal não se pronunciará contra a administração senão no caso em que o agente administrativo tenha ultrapassado a sua competência, pretendendo, por exemplo, arrecadar um impôsto não estabelecido por lei, ou adotado normas manifestamente contrárias à lei no processo de avaliação.

Mas, no curso da instância, os tribunais não revêem a decisão tomada pelos funcionários incumbidos do lançamento quanto ao valor da propriedade, partindo do pressuposto de terem agido com competência e observância dos princípios de direito (Frank Goodnow, *Droit Administr. des Etats Unis*, 1907, trad. fr., pág. 445).

Em obras ou edições mais recentes, se encontra reafirmado o mesmo entendimento ou a mesma atitude das Côrtes Federais (Veja-se Willoughby, *The Const. Law*, 2.ª edição, vol. III, § 1.087).

"se se quiser entender que essa vedação alcança o Judiciário". Cita diversas autoridades americanas para mostrar como, nos Estados Unidos, os tribunais passaram a admitir *em regra* como conclusivas as conclusões de fato das autoridades administrativas que exercem *quasi judicial functions*, sem embargo da possibilidade de revisão judicial mesmo da matéria de fato. O Ministro Filadelfo Azevedo também reivindicou a faculdade de apreciar a classificação feita pelo órgão administrativo, o que fazia "embora sob os mais discretos contornos e a fim de evitar que sob a aparência de técnica se disfarcem o exagerado arbítrio ou a injustiça notória". Ambos, porém, apreciando o laudo pericial do Prof. Pedro Calmon, mantiveram o tombamento impugnado.

5. A matéria de que nos ocupamos está a exigir ainda, entre nós, sistematização mais completa, para desfazer certa perplexidade que assalta a quem quer que examine, nos nossos autores e na nossa jurisprudência, o problema dos limites da apreciação dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.[1] No julgamento de

---

1 Brilhante trabalho de um jurista português, recentemente divulgado no Brasil, dá uma idéia completa das enormes dificuldades teóricas dêsse problema, as quais devem ser corajosamente enfrentadas, entre nós, pelos especialistas mais abalizados. Referimo-nos ao estudo de AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *A teoria do "desvio de poder" em direito administrativo*, reproduzido na *Revista do Serviço Público*, fascículos de março (págs. 91 e segs.), abril (págs. 98 e segs.) e maio (págs. 122 e segs.) de 1944.

Roscoe Pound, depois de mostrar que as Côrtes, a princípio demasiado ciosas da sua prerrogativa, têm encontrado, de algumas décadas a esta parte, fórmulas de conciliação mais razoáveis, o que constitui, acrescenta, uma das maiores transformações das instituições políticas americanas — *It represents one of the most fundamental changes that have taken place in our political institutions* — informa que a tendência é, hoje, não menos acentuada no sentido de não exercerem o contrôle judicial da ação administrativa, quando isso seja admissível e, não o sendo, reduzi-lo ao mínimo possível — Today *the tendency is no less strong to take away judicial review of administrative action wherever it is constitutionally possible to do so, and when it is not possible to cut down such review to the unavoidable minimum* (*Apud* W. F. Willoughby, *Princ. of Judicial Administration*, pág. 21).

Do mesmo modo, Freund, depois de examinar as correntes no sentido ou em contrário à conclusividade mais ou menos extensa dos atos administrativos nos aspectos de fato, assim conclui: "em conjunto, é possível dizer que existe uma tendência para conferir aos julgamentos administrativos sôbre os fatos, nos assuntos em que a autoridade tenha competência para proceder semi-judicialmente, pelo menos o efeito dos julgamentos de um júri — *On the whole, it is clearly possible to speak of a tendency to give to administrative findings of fact, where the authority acts semi-judicially, at least the effect of the findings of a jury* (Ernest Freund, *Administr. Powers over Persons and Propriety*, pág. 295).

Aplicados êsses princípios ao caso dos autos, não vejo porque anular o tombamento questionado.

---

penalidade imposta a funcionários públicos mediante inquérito administrativo, o Supremo Tribunal tem-se negado a reexaminar a prova, sob o fundamento de que isso transcende do exame da legalidade do ato da administração, em cujos limites se deve conter o Judiciário.[2] Há ainda muita incerteza em saber até onde alcança a *legalidade*, isto é, em saber quais as questões que podem ser investigadas no exame de legalidade. Seria simplificar demasiadamente o problema fazer depender a sua solução da distinção entre questões jurídicas e questões de fato, de modo a excluir do exame de legalidade tôda a discussão de prova. A questão é bem mais sutil e complexa. O *motivo* do ato administrativo, como bem pondera Seabra Fagundes,[3] faz parte da sua configuração legal, e a

---

2 GONÇALVES DE OLIVEIRA comentou desfavoràvelmente um acórdão do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul que procedeu de modo diverso, e citou em abono de suas conclusões os acórdãos proferidos pelo Supremo nas apelações cíveis 5.535, de 15-6-1939; 6.845, de 15-5-1938; 4.128, de 6-9-1933; 7.176, de 6-6-1940; e 7.307, na qual dizia o Ministro José Linhares que era essa "a jurisprudência pacífica do Egrégio Tribunal" (*Rev. de Dir. Administrativo*, vol. I, fasc. I, págs. 193 e segs.).

3 *O contrôle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, Rio, 1941, pág. 118, nota 7. O motivo exigido por lei, ou invocado pela autoridade na prática do ato — diz FRANCISCO CAMPOS — "constitui a sua razão jurídica de ser". Por isso, ensina êle, com apoio em JÈZE, que, quando a lei exige motivo determinado, ou, quando a autoridade o declara, mesmo não sendo impôsto por lei, a demonstração de que inexistia "a situação de fato pressuposta... gera, como conseqüência, a invalidade ou a ineficácia do ato" (*Os atos do govêrno e a teoria dos motivos determinantes*, em *Pareceres*, 2.ª série, Rio, 1936, páginas 180 e segs.).

A perícia judicial desfechou na melhor justificação do ato administrativo, porque os dois peritos, o do A. e o do juiz, nada adiantaram do ponto de vista, que é o único em debate, da classificação do edifício como monumento histórico; ao passo que o perito da União, um historiador ilustre, o Prof. Pedro Calmon, acrescentou nos fundamentos do ato os subsídios da sua competência especializada. Basta transcrever êste tópico do seu extenso laudo: "Para que bem se perceba a importância tradicional, o sentido e a valia histórico-artística do "Arco do Teles", é necessário situá-lo no conjunto arquitetônico a que pertence. O pensamento do Govêrno de Gomes Freire de Andrade, ao construir, na sua configuração definitiva, o largo do Paço (como se chamou aquela praça depois de 1808), foi um lúcido e ousado pensamento pombalino. Queria dotar o Rio de Janeiro de um "Terreiro do Paço", do mesmo gôsto do de Lisboa, após o terremoto de 1755: uma bela praça circundada de edifícios uniformes, qual um pátio nobre, onde o forasteiro tivesse uma impressão lisonjeira de limpeza, regularidade e harmonia, impossíveis de achar dois passos adiante, nos quarteirões sujos do pôrto" (fls. 44).

Vê-se, dessa transcrição, que o interêsse *histórico* não está sòmente no Arco, mas, no edifício onde êle se insere, completando um todo arquitetônico, que não poderia ser cindido.

Se é certo que na execução de uma lei destas, que tão fundo fere o direito de propriedade, devem os poderes públicos agir com discrição, redu-

---

verificação dêle está incluída na análise de legalidade. Apurar se realmente ocorreu um fato, sem o qual o ato não podia ser praticado, não equivale a dizer se aquêle motivo era razoável, ou não, mas apenas se era verdadeiro. Se era falso o motivo, isto é, se o fato real pressuposto por lei não ocorreu, o ato não pode subsistir: é ilegal, porque baseado em falsa causa.

6. Relativamente ao exame do acórdão que comentamos, duas são as questões envolvidas no problema enunciado no número anterior: 1) o exercício de função jurisdicional pela administração; e 2) os atos discricionários da administração.

7. Que a administração, entre nós, não pode exercer função formalmente jurisdicional é princípio reiteradamente sustentado pelos nossos tribunais. O Poder Judiciário, com as únicas restrições contempladas na Constituição, tem o monopólio da função jurisdicional, no ponto de vista da sua eficácia formal. Essa regra, que foi tão bem desenvolvida em um conhecido parecer do Professor Francisco Campos,[4] é encontradiça nos autores especializados,[5] e tem tido a consagração judiciária nas causas referentes principalmente ao Tribunal Marítimo Administrativo e à Câmara

---

4 *O exercício pela administração de funções de natureza judicial*, em *Pareceres*, Rio 1934, págs. 225 e segs.; reproduzido em *Direito Administrativo*, ed. *Rev. For.*, 1943.

5 Para só citar alguns: CÂSTRO NUNES, *Teoria e prática do Poder Judiciário*, ed. *Rev. For.*, cap. I; SEABRA FAGUNDES, *op. cit.*, IV parte, págs. 107 e segs.; TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, *Princípios gerais do direito administrativo*, Rio, 1945, cap. X, págs. 495 e segs.

zindo ao mínimo possível o que se há de conservar como documentação histórica, não seria possível restringir o tombamento do "Arco", deixando livre o edifício, para permitir a sua reconstrução pelo proprietário com a obrigação sòmente de conservar na fachada renovada aquela característica, porque é o edifício que se pretende conservar como integrante de um conjunto arquitetônico que, nos têrmos da exposição do historiador Pedro Calmon, reconstitui uma época e recorda velhas tradições da cidade.

Nego provimento.

VOTO

O Sr. Ministro Filadelfo Azevedo — Se tivesse tomado parte no primeiro julgamento, haveria, com a devida vênia, dissentido do voto da maioria.

Sem embargo de prestigiar o conceito relativo da propriedade, e impôsto pela fôrça benéfica do fator socializante, não aceitaria grave restrição do domínio sem razoável contra-prestação, ainda quando não se atingisse a necessidade de desapropriação pela perda completa das faculdades dominicais.

E' que, por se tratar de restrição sem caráter genérico, antes a alcançar, preferencialmente, alguns imóveis e até certos bairros ou ainda tôda uma cidade morta, considero essencial a redistribuição coletiva do prejuízo, segundo a fórmula desenvolvida em longo voto, que proferi, acêrca da responsabilidade do Estado pelos atos danosos, decorrentes de fôrça maior.

---

de Reajustamento Econômico. Em reiteradas decisões, tem julgado o Supremo Tribunal que é incompatível com a Constituição o dispositivo legal que veda o exame pelo Judiciário das decisões da Câmara de Reajustamento Econômico,[6] e com relação ao Tribunal Marítimo Administrativo, invariável é a conduta do Supremo em considerar que êle "não tem função de proferir coisa julgada, com fôrça irresistível, perante os tribunais".[7]

8. Com tais antecedentes, não seria de admitir que o Conselho Consultivo do S.P.H.A.N. exercesse função jurisdicional,

6 Ap. cív. 7.108, de 19-3-43 (*Jurispr. do Sup. Trib. Fed.*, 1939, 3.ª parte, vol. 43, pág. 234; *Rev. For.*, vol. 80, pág. 69); ap. cív. 7.204, de 25-9-40 (rep. cit., vol. II, 1941, pág. 25); rec. extr. 3.252, de 30-4-1943 (*D. da Just.*, 15-1-44). As opiniões divergentes em relação à Câmara de Reajustamento Econômico baseiam-se em argumentos de índole diversa, qual seja o de que "a União só consente em tomar a seu cargo a metade da dívida do agricultor se essa obrigação resultar para ela de decisão daqueles árbitros legais" (CASTRO NUNES, rec. extr. 6.723, de 26-7-1943, *D. da Just.*, 15-12-44, pág. 991; GABRIEL PASSOS, parecer na *Rev. For.*, vol. 91, pág. 120).

Com relação à Câmara de Reajustamento Econômico e ao Tribunal Marítimo Administrativo, valemo-nos dos subsídios jurisprudenciais de um parecer, não publicado, de CARLOS MEDEIROS SILVA.

7 Agr. de instr. 11.094; de 28-5-1943 (*D. da Just.*, 12-2-44); carta testem. 7.274, de 29-7-1938 (*Jurispr. do Sup. Trib. Fed.*, 1938, 3.ª parte, vol. 37, pág. 350); ap. cív. 7.265, de 17-11-1941 (repert. cit., 1942, vol. 7, pág. 154); ap. cív. 8.226, de 5-8-1941 (*Rev. For.*, vol 89, pág. 120); rec. extr. 6.573, de 17-12-1942 (*Rev. For.*, vol. 96, pág. 80).

Não é possível que o deleite estético ou histórico seja propiciado a todos, à custa do prejuízo de alguns, como inversamente, em favor de poucos, não se devem tolerar lucros sòmente por fôrça de uma obra e melhoramentos coletivos a valorizar, sem causa, os imóveis próximos ou adjacentes.

A reintegração do equilíbrio econômico tem de ser realizada, pois, através do Estado, que representa, incorpora, ajusta e distribui a contribuição de tôdas as células que o integram.

Seria inútil e, quiçá, desatencioso, apreciar matéria vencida; espero perdão por haver lançado mera ressalva, em assunto de tanta relevância, pela coerência que entendo manter na uniformização de critérios, aplicáveis a problemas conexos, sem descer, todavia, a pormenores e sem buscar o apoio da legislação comparada, o que espero fazer em oportunidade que, porventura, se ofereça.

Quanto à segunda questão, também reivindico a legitimidade da apreciação do Judiciário, embora sob os mais discretos contornos e a fim de evitar que sob a aparência de técnica se disfarcem o exagerado arbítrio ou a injustiça notória; na espécie tenho, porém, de confirmar a sentença recorrida:

E' que, embora, na minha deficiente apreciação estética, considere o atual conjunto como verdadeiro mostrengo, à moda de arlequim, vestido por metades diversas, seria irrecusável a existência de outro aspecto, o histórico, ainda que também desautorizadamente me parecesse mais valiosa a documentação iconográfica já existente do conjunto da velha praça do que a conservação dêsse fragmento, mutilado e deformado, não de uma Acrópole, mas de pardieiro anti-higiênico, cuja construção não orgulharia a simples mestre de obras.

---

formalmente válida, isto é, inatacável perante o Poder Judiciário. No caso de não concordar o proprietário do bem com o tombamento dêste, o que se configura é nìtidamente um litígio. A própria lei assim o dispõe, ao estabelecer prazo fatal para o interessado, ciente do propósito da administração, "oferecer... as razões de sua impugnação" (art. 9.º, n.º 1). A impugnação é replicada pelo órgão que teve a iniciativa do tombamento (art. 9.º, n.º 2) e, depois, submetida ao Conselho, que "proferirá *decisão* a respeito" (art. 9.º, n.º 3). A impugnação, ou versará sôbre as causas dirimentes do tombamento expressamente enumeradas no art. 3.º da lei e referentes às obras de origem estrangeira, embora se trate de bens de efetivo valor histórico ou artístico,[8] ou afirmará que a coisa não tem as características que a qualifiquem como bem de valor histórico ou artístico. A mera recusa não impede o tombamento, pois êste é não só voluntário como também compulsório.

---

8 Diz o art. 3.º do Decreto-lei n.º 25: "Excluem-se do patrimônio histórico e artístico nacional as obras de origem estrangeira: 1) que pertençam às representações diplomáticas ou consulares acreditadas no país; 2) que adornem quaisquer veículos pertencentes a emprêsas estrangeiras que façam carreira no país; 3) que se incluam entre os bens referidos no art. 10 da Introdução ao Código Civil, e que continuam sujeitos à lei pessoal do proprietário; 4) que pertençam a casas de comércio de objetos históricos ou artísticos; 5) que sejam trazidas para exposições comemorativas, educativas ou comerciais; 6) que sejam importadas por emprêsas estrangeiras expressamente para adôrno dos respectivos estabelecimentos".

Todavia, não posso sobrepor pontos de vista personalíssimos, e, por certo improcedentes, ao juízo mais autorizado dos órgãos administrativos e do eminente perito que firmou o voto vencido na vistoria — basta-me a segurança de que a providência foi inspirada por elevados e dignos propósitos para afastar a censura e o veto do judiciário.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Negaram provimento, unânimemente.

* * *

RAZÕES DA UNIÃO FEDERAL

A respeitável sentença apelada apreciou minuciosamente e com precisão o pedido inicial dos A.A., ora Apelantes, e as provas constantes dêstes autos, e concluiu, com evidente acêrto, pela improcedência da ação, acolhendo a argumentação da Ré-Apelada, desenvolvida na contestação de fls. 76-78 e nas razões finais de folhas 99-14, que oferecemos, *data venia*, como parte integrante destas, principalmente porque os Apelantes nas razões de apelação de fls. 126-132 se limitaram a reproduzir o que sustentaram antes da sentença e que esta demonstrou não ter cabimento.

Os Apelantes, em as suas razões de apelação, dividiram a matéria em cinco partes, que passaremos a examinar na mesma ordem por êles seguida e conservando os mesmos títulos.

Também não o impedirá a alegação de que não é oportuno ou conveniente o tombamento. A impugnação basear-se-á, portanto, ou em provas diversas (nos casos do art. 3.º), ou em opiniões técnicas sôbre o valor histórico ou artístico do bem, fundadas estas muitas vêzes em provas positivas de autoria, datas, etc. Tanto no primeiro como no segundo caso, o Conselho profere um julgamento, examina pretensões contraditórias em caso concreto, exercendo, portanto, função substancialmente jurisdicional. Mas, por ser um órgão administrativo, o regime constitucional entre nós vigente não confere às suas decisões, substancialmente judiciais, o caráter de decisões judiciais no sentido formal, para eximi-las do contrôle judiciário. É evidente que, sendo contestado o valor histórico ou artístico do bem tombado, o julgamento exige um grau de conhecimento especializado, que não é necessário nas impugnações fundadas no art. 3.º da lei, onde se cogita de motivos inteiramente estranhos ao valor intrínseco do bem. Mas a dificuldade técnica não é, por si só, um impedimento constitucional à competência revisora do Judiciário, porque êste se pode valer do auxílio de peritos, como ocorre em muitos processos judiciais. E, se o valor histórico ou artístico de um bem fôr tão duvidoso que duas ou mais perícias de técnicos competentes cheguem a conclusões contraditórias, é o caso de indagar se, com relação a tal bem, há vantagem na imposição ao proprietário das severas limitações do Decreto-lei n.º 25. O que ocorrerá, nas questões relacionadas com

A — Os fatos: Expõem, sob êsse título, o que ocorreu antes da propositura da presente ação, isto é, a iniciativa do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional relativamente ao tombamento do prédio sito à Praça 15 de Novembro, n.º 34, esquina da Travessa do Comércio, a oposição dêles Apelantes e a decisão do Conselho Consultivo daquele Serviço, julgando improcedente a impugnação dos Apelantes ao dito tombamento para mantê-lo e torná-lo definitivo.

A essa parte das razões de apelação dos Apelantes só temos a acrescentar que das decisões do dito Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional não cabe recurso, *ex-vi* do disposto no art. 9.º, n.º 3, do Decreto-lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937, e que à decisão do mesmo Conselho, que os Apelantes desejam anular por esta ação, precedeu o processo estabelecido no supradito decreto-lei para o tombamento dos bens que constituem o patrimônio histórico e artístico nacional. O ato impugnado pelos Apelantes está, pois, revestido de tôda legalidade.

B — Efeitos do tombamento: Alegam os Apelantes que o tombamento de *propriedade particular* é flagrantemente inconstitucional e berrantemente ilegal.

E acrescentam que, para assim se concluir, basta que se examinem os textos do art. 17 e do § 3.º do art. 19 do citado Decreto-lei n.º 25, de 1937, *in verbis*:

"As coisas tombadas não poderão, em *caso nenhum*, ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem *prévia autorização especial* do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de 50 % do dano causado".

"Uma vez que verifique haver urgência na realização de obras de conservação ou reparação em qualquer coisa tombada, poderá o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional *tomar a iniciativa de projetá-las e executá-las, a expensas da União*"...

---

a aplicação da lei do patrimônio histórico e artístico, é que os tribunais, embora dispondo da faculdade de contrariar o julgamento técnico do Conselho, se inclinarão a respeitá-lo, emprestando-lhe o valor de laudo autorizado. No próprio julgado que comentamos, o Ministro Filadelfo Azevedo aprovou as conclusões do Prof. Pedro Calmon e do Conselho do S.P.H.A.N., apesar da sua opinião pessoal, mas leiga, em sentido contrário.

9. Nos Estados Unidos, como observou o Ministro Castro Nunes nesse mesmo julgamento, tem tido grande desenvolvimento o exercício de funções quase-judiciais por órgãos administrativos. A competência especializada de tais órgãos é o grande argumento com que se tem sustentado ali a incolumidade, em face do Judiciário, das suas decisões, determinações e normas.

A tolerância dos tribunais tem dado fôrças renovadas a essa tendência, mas tem provocado ao mesmo tempo muito clamor contra os abusos e arbitrariedades dos referidos órgãos administrativos, como nos dá notícia um recente estudo de Roscoe Pound.[9]

O fundamento doutrinário dessa evolução — mostra êle — encontra-se na observação feita pelo *Chief Justice* Marshall há mais de um século, segundo a qual havia atribuições governamentais de classificação duvidosa; podendo ser classificada uma atribuição

---

9 *Administrative law and the courts*, publicado em *State Government*, September, 1944, vol. XVII, n.º 9, págs. 393 e segs.

Não há, porém, ilegalidade alguma, e muito menos berrante, eis que os próprios Apelantes se encarregaram de citar textos expressos em lei sôbre os efeitos do tombamento.

Quanto à inconstitucionalidade, também é inexistente, porque o tombamento da propriedade particular não contraria disposições da Constituição, como adiante veremos.

Dizem ainda os Apelantes que, além das disposições do Decreto-lei n.º 25, que vimos de transcrever, outras há no mesmo decreto-lei que contrariam a Constituição. Não indicam, porém, quais sejam, e isso porque não existem.

C — Duas atitudes: Citando alguns dispositivos do Código de Obras da Prefeitura desta Capital e o Decreto n.º 6.594, de 14 de dezembro de 1939, do Sr. Prefeito do Distrito Federal, pelo qual foi desapropriada a chácara denominada "Pedra da Moreninha", na Ilha de Paquetá, pretendem os Apelantes que se conclua que para o tombamento da propriedade particular seja necessária a desapropriação da propriedade a ser "tombada".

Nada, porém, autoriza a tão extravagante conclusão, de vez que as leis federais, como é sabido, têm sempre preferência sôbre as leis municipais; estas é que se devem moldar por aquelas.

Os dispositivos do supradito Código de Obras, citados pelos Apelantes às fls. 129-129 v., longe de contrariarem o procedimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, foram incorporados àquele Código como colaboração da Prefeitura ao referido Serviço.

E' o que ressalta da leitura do § 9.º do art. 489 do citado Código de Obras, aprovado pelo Decreto n.º 6.000, de 1 de julho de 1937, pois ali se estabelece que

> "A Diretoria de Engenharia constituirá com urgência uma comissão para, em *cooperação com o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*, examinar e indicar os locais"...

---

em mais de uma das divisões constitucionais do govêrno, cabia ao legislativo confiá-la a um dos poderes apropriados (*in such cases it was a proper legislative function to assign the power to one of the appropriate departments*).

A tendência para confiar poderes amplos, inclusive de natureza judicial, a órgãos da administração, recebida a princípio com hostilidade e depois com tolerância pelos tribunais, chegou a invadir tão extensos domínios que conduziu, na prática, a um absolutismo administrativo e se inclina a legitimar êsse absolutismo na teoria. Mas não são poucos os casos em que a justiça anula julgamentos dêsses órgãos por motivo de arbitrariedade e parcialidade. O exame dos repertórios mostra nesses órgãos — continuamos a resumir Roscoe Pound — "uma tendência muito generalizada para decidir contra as partes sem as ouvir, ou com base em informações secretas, afetando aquêles a quem não se deu leal oportunidade de as esclarecer ou refutar" e ainda "de decidir sem prova ou contra a prova, ou com base em crença ou intuição pessoal". A aversão por ouvir ambos os lados foi evidenciada em investigações oficiais do Ministério da Justiça e do Senado, e em um caso a comissão manifestou-se contra a audiência da parte por receio de ficar sem elementos para sustentar a acusação, na hipótese de vir a ser discutida em juízo... Intencionalmente ou não, diz o autor, desenvolveu-se por essa forma uma parcialidade característica na atuação de tais órgãos (*whithout any necessary*

O § 10. do mesmo art. 489 inequivocamente se refere também à colaboração da Prefeitura desta Capital ao Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, quando estabelece que

> "A Prefeitura, em colaboração com a instituição federal referida no parágrafo precedente ou independentemente dela, porá em prática tôdas as providências ao seu alcance no sentido de preservar e defender as construções de caráter típico, histórico, artístico ou tradicional, *desapropriando-as, quando forem de propriedade particular no caso de se tornar necessário para evitar sua destruição, demolição ou transformação*, solicitando em seguida do poder legislativo os recursos que se tornarem precisos".

Dêsse artigo os Apelantes maliciosamente destacaram o trecho que diz *"desapropriando-as quando forem de propriedade particular"*, para concluírem que a desapropriação da propriedade particular é indispensável sempre que houver de ser feito o tombamento do mesmo.

Mas nem o Decreto-lei n.º 25, de 1937, autoriza tal conclusão, nem o próprio texto do § 10 acima transcrito, pois a desapropriação não é ali referida no sentido desejado pelos Apelantes, mas tão sòmente "... *no caso de se tornar necessário para evitar sua destruição, demolição ou transformação*" ..., casos êsses de que a presente ação não cogita.

Insistem os Apelantes em alegar que, enquanto o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional promove o tombamento de bens particulares, deixa de assim proceder em relação aos bens públicos, como, por exemplo, a "Ponta do Calabouço", que consideram um autêntico e legítimo monumento da história da cidade.

---

intention of unfairness, administrative agencies have developed a characteristic unfairness in their operation).

Falta aos funcionários incumbidos de tais funções a mentalidade profissional dos juízes, em cujo trabalho o autor acentua quatro propriedades da maior importância para garantia dos direitos individuais: 1) ouvem ambas as partes, conferindo-lhes oportunidades iguais para alegar e provar, e procuram fundamentar suas conclusões; 2) estão sujeitos à crítica eficiente de homens da mesma profissão; 3) seus atos são submetidos a uma ampla publicidade; 4) em grau de recurso, suas decisões são examinadas por tribunais que não têm em face dêles qualquer dependência. Essas características do seu ofício, sedimentadas em longa tradição, criam uma mentalidade profissional adequada a garantir, quanto possível, a imparcialidade das decisões judiciárias, e tais requisitos não existem nas comissões administrativas, onde raramente se sentam pessoas de experiência e hábitos forenses.

Roscoe Pound chega a afirmar que semelhante alargamento dos poderes da administração é reflexo do espírito totalitário, contra cuja infiltração na frente interna cumpre estar vigilante, no momento mesmo em que se estão combatendo os regimes dessa natureza. Propõe, por isso, que a ação de tais órgãos administrativos seja controlada por normas processuais precisas, para evitar o arbítrio e a parcialidade, e que sejam facilitados os remédios processuais para a revisão judicial dos seus atos.

Não indicam, porém, um só documento que dê valor à sua alegação, que, quando fôsse verdadeira, não acarretaria, como conseqüência, fôsse considerado ilegal o ato que pretendem anular.

Em as nossas razões finais, porém, explicamos às fls. 112 que nenhuma razão havia para tal estranheza, por isso que a "Ponta do Calabouço", ao ser instituído o referido Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, já não era um autêntico monumento histórico, eis que, em 1922, por ocasião da comemoração do centenário da independência do Brasil, passou por uma remodelação total, tendo ficado completamente desfigurado do que era primitivamente, desaparecendo, conseguintemente, as características primitivas que o fariam, então, ser tido, ainda agora, como monumento histórico.

D — Proteção aos monumentos históricos e artísticos: Entendem os Apelantes que a proteção aos monumentos históricos e artísticos determinada pelo art. 134 da Constituição de 1937 não justifica o tombamento de prédios, de propriedade particular, que tenham valor histórico, pois consideram êsse tombamento como verdadeira servidão.

Ainda aí não procede o argumento *ex-adverso*.

O tombamento, feito de acôrdo com as normas fixadas pelo Decreto-lei n.º 25, de 1937, visa apenas conservar os bens móveis e imóveis existentes no país, que sejam do interêsse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da História do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico (art. 1.º).

A intervenção do referido Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional relativamente a tais bens só se dá para o efeito de conservá-los, obedecendo, assim, ao estabelecido

---

Se assim se exprime, com base em opiniões e dados valiosos, uma grande autoridade, no país mesmo onde modernamente tanto se desenvolveu a função quase-judicial de órgãos administrativos, deve servir-nos a lição, para que evitemos quebrar a tradição histórica brasileira da amplitude de competência do Poder Judiciário. O entusiasmo com que ilustre professor patrício defendeu, no tocante a serviços públicos concedidos ou autorizados, a criação, entre nós, de comissões dotadas de função jurisdicional, visando bem intencionadamente sofrear a imoderada ambição das grandes emprêsas,[10] fica um pouco abalado com esta observação de Roscoe Pound: nos Estados Unidos, não são as grandes emprêsas que mais têm sofrido as injustiças das comissões administrativas, mas precisamente a média e a pequena economia, que não dispõem de recursos para pôr em movimento o oneroso aparelhamento da revisão judicial.[11]

---

10 Bilac Pinto, *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*, ed. *Rev. For.*, Rio, 1941.

11 "It is not, as some would have us think, merely a question of protecting wealthy wrongdoers and great corporations from reasonable regulation. They alone have a certain degree of protection by suits for injunction and by contesting enforcement of administrative regulations in the courts. Suits for injunction are expensive and other judicial remedies have been greatly limited and in the multiplicity and diversify of statutes and regulations it is often difficult to know what remedies there are and how do pursue them. Hence it has become a question of protecting the average business and the small business and the individual man. These cannot afford to bring expensive injunction suits and carry them through to the Supreme Court at Washington with the certainty that the administrative agency will resist to the last, will have an ample staff of officers of the government at its service, and the weight of the government behind it".

no citado art. 134 da Constituição de 1937, cuja alínea dispõe que "os atentados contra êles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional".

A proteção aos monumentos históricos, artísticos e naturais de que cogita o art. 134 da Constituição de 1937 terá de ser feita pela forma que a lei determinar.

E foi isso que fêz o Decreto-lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937, não podendo, portanto, prevalecer a confusão feita pelos Apelantes entre proteção e servidão.

E — O conteúdo e os limites do direito de propriedade.

Pretendem os Apelantes que a jurídica sentença apelada não podia ter-se apoiado no inciso 14 do art. 122 da dita Constituição, visto como, no seu entender, o referido Decreto-lei n.º 25 não regula o direito de propriedade, sendo apenas uma lei especial, de caráter administrativo.

E para darem mais fôrça ao seu argumento, os Apelantes chegam a afirmar que o Decreto-lei n.º 25 foi elaborado *antes* do advento da Constituição de 1937, sob o influxo das Constituições de 1891 e 1934, declarando até o seguinte: "Aliás, basta atentar que o Decreto-lei n.º 25 é de 30 de novembro de 1937".

O que há de certo, porém, e as datas aí estão para comprovar, é que aquêle decreto-lei é de data posterior à da Constituição de 1937, pois, enquanto esta é de 10 *de novembro*, aquêle é de 30 *de novembro*, ambos de 1937.

E o texto do supradito decreto-lei se ajusta perfeitamente ao estabelecido pela Constituição de 1937, nos seus arts. 122, n. 14, e 134.

Com tôdas as suas deficiências, ainda é o Judiciário a grande garantia dos direitos do indivíduo. Preservemo-lo ciosamente, corrigindo-lhe as falhas, para que melhor possa desempenhar sua missão social.

10. Se pelo aspecto da função de natureza judicial, que exerce, não se exime o Conselho Consultivo do S.P.H.A.N. da revisão judicial de seus atos (devendo entender-se, portanto, que a vedação de recurso das suas decisões, consagrada na lei, só se refere à instância administrativa), seria ainda de indagar se podem socorrê-lo os princípios relativos aos atos discricionários da administração.

A amplitude da competência do Poder Judiciário tem seus limites demarcados na própria Constituição,[12] e nela encontramos (art. 94) a proibição, para o Judiciário, de "conhecer de questões exclusivamente políticas".[13] Apesar de tôdas as tentativas para definir as questões políticas pelos motivos ou pela finalidade do ato, chega-se afinal à conclusão de que é no conceito de poder discricionário ou de ato discricionário que está contido o conceito

---

12 Leia-se o excelente estudo do Ministro CASTRO NUNES, *Teoria e prática do Poder Judiciário*, ed. *Rev. For.*, 1943, Tít. VIII, caps. III e IV, págs. 604 e segs.

13 Igual disposição encontramos no art. 68 da Const. de 1934, e na vigência da Const. de 1891 o princípio era tido por implícito pela doutrina e pela jurisprudência.

O direito de propriedade está assegurado no art. 122 da Constituição de 1937, nos têrmos do seu inciso 14, isto é, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia, e com o conteúdo e os limites definidos nas leis que regularem o exercício dêsse direito de propriedade.

Não se pode negar, em face dos textos do Decreto-lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937, que êsse diploma regulou o exercício do direito de propriedade, limitando-o, de acôrdo com o preceito do art. 122, n.º 14, alínea, da Constituição de 1937, como bem salientou a sentença apelada.

O fato de conter disposições de caráter administrativo não tira a validade dos textos pertinentes ao direito de propriedade.

Trata-se de um decreto-lei expedido, como declarou o douto Juiz *a quo* em a sentença em aprêço (fls. 123), consoante a outorga constitucional a que se refere o art. 180, e na conformidade da preceituação acauteladora inscrita no art. 134 da Constituição de 1937, que, assim, não pode deixar de ser aplicado ao caso em discussão nestes autos.

E' fora de dúvida, à vista do que vimos de expor, que os Apelantes não conseguiram abalar os sólidos e jurídicos fundamentos da sentença apelada, que certamente será mantida por êsse Egrégio Supremo Tribunal Federal, negando provimento à apelação interposta e condenando os Apelantes nas custas.

---

de questão exclusivamente política, segundo resulta da leitura dos exaustivos trabalhos de Rui Barbosa.[14] Para não nos alongarmos demasiado, citaremos sòmente estas suas palavras, apoiadas por um grande número de autoridades estrangeiras: "Quando à função de um poder, governativo ou legislativo, não corresponde, fronteiramente um direito constitucional da entidade, natural ou moral, que a ação dêsse poder interessa e poderá ferir, um tal poder está confiado, pela sua natureza, ao arbítrio da autoridade, em quem reside. É um *poder discricionário*, e, como poder discricionário, seria palpável contradição nos têrmos que sofresse restrição pela interferência coibitiva de outro. De sorte que a noção abstrata de poder *meramente político* se define pràticamente pela noção concreta dos poderes *discricionários*".[15]

Seria, porém, a qualificação de um bem como de valor histórico ou artístico, para efeito do tombamento previsto no Decreto-lei n.º 25, um ato discricionário e, nessa qualidade, pôsto a coberto da revisão judiciária?

O ato considera-se discricionário — é ainda Rui Barbosa quem doutrina — na medida em que envolve "*apreciação de conveniên-*

---

14 Reproduzidos nos *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, coligidos e ordenados por Homero Pires, vol. IV, Rio, 1933, págs. 41-46; 179-238; 242-393. Cfr. CASTRO NUNES, *op. cit.*, págs. 604-614.

15 *Op. cit.*, vol. IV, pág. 215.

E' o que espera a Apelada, sempre confiante na

JUSTIÇA

Distrito Federal, 22 de maio de 1940. — *Plínio de Freitas Travassos*, 3.º Procurador da República.

•

SENTENÇA

Vistos e examinados êstes autos de ação sumária especial em que Jaime Lino da Cunha Soto Maior e sua mulher, D. Maria da Conceição Garcia Soto Maior, pretendem anular o ato do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional que, por decisão de 10 de agôsto de 1938, do seu Conselho Consultivo, resolveu manter e tornar definitivo o tombamento compulsório do prédio de propriedade dos A.A., sito à Praça 15 de Novembro n.º 34, nesta Capital, alegando:

1.º — que o imóvel em questão não constitui um monumento histórico e artístico;

2.º — que, ainda que o fôsse, o tombamento sem a aquiescência e contra a vontade dos proprietários seria ato manifestamente inconstitucional e ilegal.

---

cias", "considerações de *interêsse* comum, de *utilidade* pública, de *necessidade* ou *vantagem* nacional".[16] E Castro Nunes: "Atos ou faculdades discricionários se dizem aquêles que o poder público exercita dentro de limites amplos, que lhe balizam a esfera de ação, no tocante à esfera de conveniência, à oportunidade e aos meios adequados a um fim de interêsse geral, que se tenha em vista".[17] A regra do art. 13, § 9.º, letra *a*, da Lei 221, de 1894, adota critério idêntico, porque só veda ao Judiciário apreciar a conveniência e oportunidade dos atos administrativos, permitindo-lhe, entretanto, verificar tanto a não aplicação como a indevida aplicação da lei: "Consideram-se ilegais os atos ou decisões administrativas em razão da *não aplicação* ou *indevida aplicação* do direito vigente. A autoridade judiciária fundar-se-á em razões jurídicas, abstendo-se de apreciar o merecimento de atos administrativos, sob o ponto de vista de sua *conveniência ou oportunidade*".

Ora, saber se um bem foi acertada ou erradamente *qualificado* como de valor histórico ou artístico não constitui exame de conveniência ou oportuindade, mas precisamente uma indagação de se foi devida ou indevidamente aplicada a lei. Dir-se-á que a lei não fornece os critérios para essa qualificação, não havendo, pois, referência legal para se apurar o êrro ou acêrto da qualificação.

---

16 *Op. cit.*, vol. IV, pág. 222.

17 *Op. cit.*, pág. 610.

Defende-se a Ré, sustentando:

a) que o ato impugnado é perfeitamente constitucional e legal, pois foi praticado por fôrça do disposto no art. 134 da Constituição atual, sendo a proteção de que cuida êsse dispositivo exercida por intermédio do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, pela forma estabelecida no Decreto-lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937, em que se apoiou o ato que os A.A. pretendem anular; e

b) que o tombamento do prédio dos Suptes. foi feito por decisão do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, da qual, segundo o art. 9.º, n.º 3, do citado decreto-lei, não cabe recurso, nem fica dependente da vontade dos proprietários.

O que pêsto:

A Carta Constitucional outorgada em 1937, assegurando no art. 122, n.º 14, o direito de propriedade, expressamente declara que o seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício.

Ora, o ato impugnado foi praticado em obediência ao Decreto-lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937, que organizou a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional e que, sob o aspecto jurídico ora examinado, veio regular o exercício daquele direito, limitando-o de acôrdo com o preceito constitucional invocado.

Não se trata, portanto, de uma lei inconstitucional, nem ilegal seria o ato que se pretende anular, dês que, como se verifica dos autos, foi êle praticado com perfeita observância dos seus mandamentos, e que foi expedida consoante a outorga constitucional a que se refere o art. 180, e na conformidade da preceituação acauteladora inscrita no art. 134 da Constituição de 1937.

O argumento é em parte, mas não totalmente verdadeiro. A lei estabelece aquêles critérios, bastante vagos é certo, mas os estabelece. Para que um bem se considere integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, exige o art. 1.º do Decreto-lei n.º 25, de 30-11-1937:

1) que esteja vinculado a fatos memoráveis da história do Brasil; ou

2) que tenha excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico; ou

3) que se trate de sítios ou paisagens de feição notável, por obra da natureza ou do homem.

O intuito da lei não foi, portanto, dar autoridade irrestrita ao órgão incumbido do tombamento, mas cerceá-la com o significado limitativo das expressões empregadas: "fatos memoráveis", "excepcional valor" e "feição notável". E êsses critérios, mais ou menos vagos — mas que exigem severidade no julgamento —, *deveriam ser melhor esclarecidos no regulamento a que alude o § 2.º do art. 4.º e que jamais foi baixado.* Se o legislador deseja limitar a apreciação do Judiciário nesta matéria, que lhe parece reclamar conhecimento especializado não presumível nos juízes, seja mais explícito no definir os critérios de julgamento, pois a tarefa de fixar êsses critérios recai na zona discricionária do poder legislativo.

Nestas condições:

Considerando que os monumentos históricos, artísticos e naturais gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios (Const. de 1937, art. 134);

Considerando que o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional é o órgão competente para ajuizar do valor histórico ou artístico de qualquer monumento, que deverá ser considerado parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, depois de inscrito, pela forma prescrita no citado decreto-lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937;

Considerando que a decisão do respectivo Conselho Consultivo obriga o tombamento dos bens pertencentes à pessoa natural ou à pessoa jurídica de direito privado, e que se fará voluntária ou compulsòriamente, — a menos que, em ação própria, seja reconhecida a ausência de motivos que lhe determinasse a improcedência, pela prova inconteste de que o imóvel tombado não constitui, realmente, monumento histórico ou artístico;

Considerando que, nesse sentido, os A.A. nenhuma prova produziram, por isso que, se têm a seu favor, pelo laudo de fls. 39 e seguintes, *meramente informativo*, a opinião favorável de dois peritos que não são técnicos especializados no assunto, têm, em contrário, a opinião autorizada de eminente e abalizado historiador — o dr. Pedro Calmon Moniz de Bittencourt (fls. 44), baseada em dados e argumentos históricos, que não foram, absolutamente, contrariados pelos demais peritos;

Considerando o mais que consta dos autos:

Julgo improcedente a ação e, em conseqüência, condeno os A.A. nas custas.

P. R. e I. — Rio, 12-4-1940. — *J. Caetano da Costa e Silva.*

A atribuição de valor histórico ou artístico a um bem não é, pois, atividade discricionária, porque não envolve apreciação de conveniência ou oportunidade. Ato discricionário é, por exemplo, o tombamento em si mesmo, ou a ocasião de o efetuar, porque a autoridade, mesmo reconhecendo o valor histórico ou artístico de um bem, tem liberdade de o tombar, ou não, como tem a liberdade de escolher a ocasião mais apropriada para praticar êsse ato. Também é discricionária a escolha da via expropriatória, ou o uso do direito de preferência para aquisição do bem. Também recai na livre apreciação da autoridade deixar, ou não, que caduque o tombamento nas hipóteses do art. 19 da lei. Em todos êsses casos, o que está em jôgo é sempre uma apreciação de conveniência ou oportunidade. Mas na *qualificação* de um bem como compreendido no patrimônio histórico ou artístico nacional o que se tem é a *devida* ou *indevida* aplicação da lei, e isto é matéria pertinente com o exame de legalidade, segundo o critério assentado na Lei n.º 221, de 1894.

Não há, pois, que censurar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ap. cível n.º 7.377, na qual encontramos valiosos subsídios doutrinários.[18]

Vítor Nunes Leal

---

18 PRUDENTE DE MORAIS (neto) faz restrições ao acórdão, em comentário publicado na *Rev. For.*, vol. 98, págs. 586 e segs.