

## EMBARGO DE OBRA

A Procuradoria Geral do Estado da Guanabara, nos autos do mandado de segurança n.º 3.426, impetrado contra o Exmo. Sr. Governador do Estado por Regine Feigl e outros e em atenção ao r. despacho de fls. ..., vem expor e requerer a Vossa Excelência o seguinte:

### I

1. A conexão existente entre este mandado de segurança e o mandado de n.º 3.347, requerido por Manoel Jansen Ferreira Neto e outro delinca-se apenas dentro de uma perspectiva muito genérica. O traço comum às duas ações consiste unicamente em que dizem respeito ambas a ocorrências jurídicas relacionadas com o licenciamento da construção do conjunto residencial da “Chácara da Gávea”.

2. Mas, considerados em maior detalhe, os mandados apresentam diferenças, tanto nos elementos subjetivos, como nos elementos objetivos. Enquanto o mandado de segurança n.º 3.347 foi requerido por condôminos, ou compromissários compradores de unidades que, aliás, são partes ativamente ilegítimas *ad causam* — o segundo o foi pelos incorporadores do empreendimento, que seriam os titulares do discutido direito à licença de construção. Por outro lado, os *writs* têm por objeto atos administrativos distintos, praticados em circunstâncias diversas e por razões legais também distintas. O primeiro mandado de segurança foi dirigido contra o despacho do Senhor Governador, de 12.1.1972, que declarou caduca a consulta prévia dos incorporadores e ordenou o embargo da obra, não licenciada; e o segundo, contra o despacho de 3.10.72, que negou aprovação ao último dos projetos apresentados para licenciamento.

3. Nas informações prestadas ao Egrégio Tribunal de Justiça para o julgamento dos dois mandados de segurança, o Excelentíssimo Senhor Governador do Estado fez um histórico completo e minucioso da trajetória dos processos administrativos de licenciamento da obra.

Sabe-se, assim, que D. Regine Feigl fez uma consulta prévia ao Governador do Estado — deferida com ressalvas em 9.4.70 — sobre a aceitabilidade, em tese, de um anteprojeto para a construção de 4 edifícios de 12 andares cada um; que, entretanto, requereu aprovação para um projeto diferente, de 3 edifícios de 16 andares, logo substituindo-o por outro pro-

jeto de 2 edifícios de 23 andares, com aproveitamento das áreas de cobertura; que este projeto foi vetado pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, o qual exigiu a redução das alturas dos prédios, e que, em razão disso, os incorporadores submeteram à aprovação do Governador do Estado o que se chamou o 3.º projeto definitivo, com 2 edifícios de 18 andares, afinal indeferido.

4. No presente mandado de segurança, as Impetrantes pedem que seja cassado o despacho proferido pelo Senhor Governador em 3.10.1972, para o efeito de se levantar o embargo oposto à construção do conjunto residencial, na conformidade do projeto aprovado pelo IPHAN e pelo Senhor Secretário de Obras.

Ora, desde logo verifica-se que há um erro ou incoerência no pedido, porque o despacho de 3.10.72 não contém a medida cujo desfazimento é postulado. O Senhor Governador não ordenou o embargo da execução do projeto aprovado pelo IPHAN, simplesmente negou aprovação ao projeto e indeferiu a licença de construção.

5. Licença e embargo são atos administrativos conceitualmente distintos: a licença é ato *prévio*, liberatório de atividade, sem ela vedada ao exercício pelo particular; já o embargo é ato normalmente *conseqüente* e repressivo ou punitivo, como à unanimidade reconhecem os autores:

“A licença para construir, concretizada no alvará de construção, é o meio que o Poder Público utiliza para exercer, *preventivamente*, a polícia administrativa das edificações” (Hely Lopes Meirelles — *Direito de Construir*, 1965, pág. 388).

“Licença é ato administrativo unilateral, vinculado, pelo qual se faculta o exercício de determinada atividade material, que sem ela seria vedada. Como exemplo tem-se a dada para construção de edifício. O proprietário de certo terreno nele só pode construir após a licença obtida, em verificando a repartição competente que o projeto de construção atende às exigências legais”; (Oswaldo Aranha Bandeira de Mello — *Princípios Gerais de Direito Administrativo* — Forense, Rio, 1969, vol. I, pág. 508).

Já o embargo é medida “usável nos casos em que se pretende *obstar o prosseguimento de qualquer obra ou construção em andamento, prejudicial ao embargante*” (*Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. 20, verbete “embargos”, pág. 16).

“Entende-se por embargo administrativo da obra a ordem de paralisação dos trabalhos, emanada de autoridade competente para exercer a polícia das construções.

Legitima-se o embargo pela Administração, quando o particular descumpre normas administrativas na construção licenciada, ou a realiza sem licença” (Hely Meirelles — ob. cit., pág. 389).

A exigência de alvará de licença prévia para a execução de obras é prescrita no Regulamento de Licenciamento e Fiscalização (regulamento da Lei de Desenvolvimento Urbano do Estado da Guanabara, n.º 1.574, de 11.12.67) aprovado pelo Decreto “E” n.º 3.800, de 20.4.70:

“Art. 1.º — Depende de licença a execução de obras de construção e reconstrução, total ou parcial, de modificações, acréscimos, reformas e consertos de edifícios...”

O embargo, como medida sancionatória repressiva, obstativa de prosseguimento de obra irregular, está previsto nos artigos 115 e seguintes do mesmo Regulamento:

“Art. 115 — O embargo terá também lugar sempre que, sem alvará de licença regularmente expedido e registrado, ou sem licença, estiver sendo feita qualquer obra ou funcionando qualquer exploração ou equipamento que depender de licença”.

6. Como já foi assinalado, nem o embargo ao projeto liberado pelo IPHAN sequer foi ordenado, nem muito menos, foi executado. O fato administrativo imputado à determinação do Senhor Governador do Estado é inexistente.

O que houve, sim, foi — conforme também se disse — a simples e exclusiva denegação da licença para a execução de projeto aprovado pelo IPHAN — e por ato próprio do Senhor Governador do Estado. O Senhor Secretário de Obras também não aprovou esse projeto, como querem fazer crer as Impetrantes, mesmo porque não tinha competência para fazê-lo.

7. É princípio consagrado de direito judiciário, que os pedidos devem ser certos e determinados, interpretando-se restritamente (cf. C.P.C., arts. 153 e 154). O Juiz não poderá pronunciar-se sobre o que não constitua objeto do pedido (art. 4.º).

Ao que tudo indica o interesse originado para as Impetrantes do despacho do Senhor Governador do Estado consistiria em que o Poder Judiciário sobrepujasse a sua tutela para o efeito de conferir-lhes a licença denegada pela Autoridade Impetrada; isto é, verificando o Egrégio Tribunal que as Impetrantes teriam satisfeito todas as exigências legais e que o ato do Senhor Governador fora ilegítimo ou abusivo, expediria ordem para compelir a Autoridade Impetrada a conceder a licença.

8. Mas, nada disso pleitearam as Impetrantes. Pediram, sim, referindo-se ao projeto aprovado pelo IPHAN, a cassação de um embargo — que não houve, para garantir a eficácia de um ato do Secretário de Obras Públicas — que também não houve.

No mandado de segurança — como, de resto, em qualquer ação — deve existir uma correlação exata e precisa entre o pedido e o ato ou fato lesivo do direito do autor. O ato apontado pelas Impetrantes não foi o causador da lesão de que se queixam, ou seja, do impedimento à execução do 3.º projeto. Portanto, a prestação jurisdicional requerida ao Egrégio Tribunal de Justiça — o levantamento do embargo oposto ao 2.º projeto — em nada lhes aproveitaria; seria por todos os títulos inócua e estéril porque ainda deixaria de pé o indeferimento da licença ulteriormente concretizado sem satisfazer-lhes o interesse material perseguido.

Assim, pois, se encarado o *petitum* nos exatos e indilargáveis termos em que foi deduzido, as Impetrantes são manifestamente carecedoras do direito de ação. Falta-lhes o interesse de agir e o mandado de segurança deve ser sumariamente indeferido, consoante o mandamento do artigo 8.º da Lei n.º 1.533/50.

## II

### CORRIGINDO ERROS E INVERDADES — INTEMPESTIVIDADE DO PEDIDO DE REMOÇÃO DO EMBARGO ADMINISTRATIVO

9. O que se verifica, na verdade, é que, defrontando-se com dificuldades insuperáveis para destruir o despacho do Senhor Governador que indeferiu a licença para o 3.º projeto (o despacho de 3.10.72), as Impetrantes lançaram mão de um subterfúgio: dar como incidente sobre esse 3.º projeto atos e medidas que tiveram por objeto o 2.º projeto definitivo.

10. A hipotética aprovação do Senhor Secretário de Obras consistiu, na realidade, em um simples despacho interlocutório prolatado pelo Chefe de Gabinete do Secretário, a 27.10.1970, em face do 2.º projeto. O 3.º projeto só foi apresentado à Secretaria de Obras em 12 de maio de 1972 (quase dois anos depois!) e sobre ele os únicos pronunciamentos feitos pelo Senhor Secretário são os de fls. 118 do processo apensado 7/211.455/70, onde, encaminhando-o ao Governador, declara —

“... há óbices de ordem edilícia, merecendo pois uma interpretação quanto à aplicação do artigo 3.º do Decreto “E” n.º 3.800/70”, —

e o de fls. 124, quando, também se dirigindo ao Governador, conclui:

“Assim exposto e tendo em vista a inexistência de óbice jurídico à aprovação do projeto, essa aprovação, todavia, nos termos do parecer da douta Procuradoria Geral, é da discricção de Vossa Exce-  
lência, em face das características especiais do plano”.

*Por conseguinte, não há e jamais existiu a indigitada aprovação do Sr. Secretário de Obras ao “projeto aprovado pelo Iphan (respeitada a cota máxima de 166,00m).*

11. De outra parte — é fastidioso repetir — o embargo administrativo foi oposto à execução do 2.º projeto (vetado pelo IPHAN) por despacho prolatado em 12 de janeiro de 1972 e o ato não pode ser examinado neste mandado de segurança, ajuizado um (1) ano mais tarde — em 31.1.1973 — quando as Impetrantes já haviam decaído do direito de atacá-lo pela via excepcional da ação de segurança.

### III

#### AS QUESTÕES JURÍDICAS EM DEBATE

12. Recomposta, assim, a verdade dos fatos, faz-se oportuno melhor analisar as questões jurídicas suscitadas pelas Impetrantes, cumprindo advertir-se, porém, que pela forma como o pedido delimitou a lide, grande parte dos temas e argumentos discutidos na inicial perdeu relevância para o julgamento da causa. Circunscrevendo-se o pedido à apreciação dos efeitos da decisão de 3.10.72, alguns pontos enfocados nos pareceres dos juristas Carlos Medeiros Silva e Caio Mário da Silva Pereira ficaram de certo modo superados.

Apesar disso e com o único fito de proporcionar melhor compreensão da matéria jurídica em torno da qual se formou a controvérsia posta nos autos, retroagimos ao exame das questões principais desenvolvidas nos processos administrativos e no mandado de segurança n.º 3.347, apensado ao presente, às quais aludem os precitados pareceres.

13. Estas questões giravam em torno dos seguintes assuntos:

- a) caducidade da consulta prévia;
- b) inexistência ou nulidade do licenciamento do 2.º projeto;
- c) indeferimento da licença do 3.º projeto.

Somente a última, como dissemos, concerne propriamente ao objeto deste mandado de segurança.

#### A CADUCIDADE DA CONSULTA PRÉVIA

14. A consulta prévia dirigida ao Governador do Estado, em março de 1970, por D. Regine Feigl e outro, continha uma indagação sobre a simples admissibilidade ou possibilidade, em tese, da concretização de um anteprojecto, então exibido, no qual se previa a construção de 4 edifícios com 12 andares cada um.

15. O artigo 2.º do Regulamento de Licenciamento e Fiscalização então em vigor (Decreto “N” n.º 1.077, de 3.6.1968), que previa esse tipo de consulta, assim disciplinava a matéria:

“Art. 2.º — Nos casos prescritos neste regulamento, o pedido de licenciamento poderá ser precedido de consulta ao órgão estadual competente, que esclarecerá, em documento próprio, quanto aos parâmetros, índices e usos vigentes, de acordo com a obra que se pretende executar.

Parágrafo único — *Este documento (declaração preliminar), válido por 90 (noventa) dias a partir da data de sua emissão, acompanhará sempre o requerimento de licenciamento”.*

A leitura do texto regulamentar, que é muito simples e claro, conduz desenganadamente às seguintes conclusões:

- a) os estudos, memórias e anteprojetos que instruissem a consulta prévia deveriam reproduzir as características “da obra que se pretende executar”;

b) a “declaração preliminar” contendo os parâmetros, índices e usos vigentes aprovados pela Administração, deveria acompanhar obrigatoriamente o posterior pedido de licenciamento do projeto definitivo;

c) o projeto definitivo deveria observar, nos pontos abordados na consulta, todos os elementos estruturais e arquitetônicos, constantes da “declaração preliminar”;

d) o prazo de validade da “declaração preliminar” da Administração era de 90 (noventa) dias.

16. A “declaração preliminar” era e é, assim, uma espécie de ato de prévia concordância da Administração com as linhas, perfis e aspectos arquitetônicos esboçados no anteprojeto; documento de pré-qualificação ou habilitação ao licenciamento do projeto definitivo desenvolvido a partir desse anteprojeto, facultativo quanto a sua obtenção, mas, uma vez requerido e obtido, obrigatório para a instrução do pedido de licenciamento. Contudo, a característica essencial da “declaração preliminar” é o seu *efeito vinculatório*, tanto para a Administração como para o consulente candidato ao licenciamento do projeto, *quer no tocante ao conteúdo como ao prazo de validade do documento (90 dias)*.

Vale dizer, o titular da declaração tem o direito de obter o licenciamento do projeto definitivo, condicionando-se, porém, a efetivação desse direito ao cumprimento de dois requisitos impostergáveis: a) a apresentação do requerimento da licença dentro do prazo de 90 dias da emissão da declaração; e b) a observância fiel e estrita, no projeto definitivo, dos parâmetros, índices, usos e demais especificações que foram objeto de aprovação na consulta prévia. Dentro de tais limites de tempo e de objeto, a Administração, à sua vez, não poderá negar a licença de construção, salvo por fatos e detalhes estranhos ao aprovado na consulta.

17. O Regulamento de Licenciamento e Fiscalização posto em vigor com o Decreto “E” n.º 3.800, de 20.4.70, reproduziu e sintetizou no artigo 2.º o mesmo pensamento expresso no texto do revogado Decreto “N” número 1.077/68-*verbis*:

“Art. 2.º — O pedido de licenciamento poderá ser precedido de consulta prévia ao órgão estadual competente, mediante apresentação do anteprojeto.

Parágrafo único — A respectiva decisão será válida por 90 (noventa) dias”.

Com menos palavras o novo Regulamento disse, no entanto, exatamente a mesma coisa, preservando, inclusive, o prazo de validade da consulta pelos mesmos 90 dias. A natureza, os efeitos e finalidades da consulta prévia também não foram alterados.

18. É incompreensível, pois, a distinção que o ilustre parecerista Min. Carlos Medeiros Silva tentou estabelecer entre “prazo de tramitação válida” e “prazo de validade da decisão” da consulta, ao abordar a substituição do Decreto “N” n.º 1.077 pelo Decreto “E” n.º 3.800 (vide págs. 12/13 e 21 do impresso anexo aos autos). O texto revogado e o novo não se diferenciaram neste ponto e de modo algum ensinam esta falaciosa e desconcertante distinção. São ambos inexcedivelmente cristalinos: a “declaração preliminar” ou decisão da consulta é *válida por 90 dias*. Caduca, automaticamente, após o término desse prazo, liberando, desde então, a Administração do dever de respeitar o decidido na consulta. Isto acontecia sob o regime do Decreto 1.077/68 e continuou acontecendo sob o regime do Decreto “E” n.º 3.800/70.

19. Dentro desse prazo fatal e improrrogável, o destinatário da consulta que queira se beneficiar das condições a que se vinculou a Administração deve desenvolver o projeto definitivo e submetê-lo à aprovação do órgão ou autoridade competente. Mas, o projeto definitivo terá de copiar e reproduzir, necessariamente, a mesma concepção estrutural e os mesmos características arquitetônicos do anteprojeto examinado na consulta. *Mesmo porque, a Administração só fica vinculada ao que aprovou na consulta e a nada mais do que isso*. Se aprovou a edificação de um prédio residencial, não está obrigada a deferir licença para um galpão de depósito; se deu por viável, na consulta, a construção de prédio de 10 pavimentos, não está obrigada a licenciar 20 pavimentos.

O direito do titular da declaração preliminar restringe-se, pois, ao próprio conteúdo da declaração. Se ele não usa, oportunamente, a declaração; ou se, no momento de licenciar o projeto definitivo, pede menos ou pede diferente do que idealizara no anteprojeto, entender-se-á forçosamente que renunciou e abriu mão total ou parcialmente do direito que lhe foi assegurado pela aprovação da consulta. O direito não exercido caducará, então, irremediavelmente, pelo simples transcurso do prazo de 90 (noventa) dias.

20. No caso da Chácara da Gávea, os titulares da declaração de viabilidade da construção de 4 prédios de 12 pavimentos optaram pelo licenciamento de projeto diferente, renunciando, assim, deliberadamente ao licenciamento da obra esboçada no anteprojeto, a que tinham direito.

A consulta foi deferida no dia 9 de abril de 1970 e até o dia 8 de julho, quando expirou o prazo de 90 dias, não foi requerido o licenciamento para a construção dos 4 prédios de 12 pavimentos previstos na consulta. A 11 de junho, D. Regime Feigl apresentou um projeto para a edificação de 3 prédios com 16 pavimentos cada um e a 30 de setembro substituiu-o por outro projeto definitivo para a construção de 2 prédios com 23 pavimentos. Mas, em momento algum cuidou de tornar definitiva a concepção esboçada no anteprojeto.

É fora de dúvida, portanto, que não tendo se valido oportunamente do direito à aprovação do anteprojeto autorizado na consulta, consumou-se, no nonagésimo primeiro dia, a decadência desse direito dos consulentes proprietários do terreno. E nem seria necessário ato formal declaratório da caducidade. O próprio tempo matou o direito.

Aliás, o Min. Carlos Medeiros Silva aceita e reconhece expressamente que a consulta perdeu os seus efeitos, como se lê à pág. 14 de seu parecer anexado aos autos:

*“Em verdade o deferimento da “consulta prévia” àquele momento não tinha mais objeto, porque os interessados tomaram a iniciativa de propor modificações ao projeto original, e a Administração, por vários de seus agentes, houve por bem examinar e, afinal, aceitar tais alterações”* (os grifos são nosso).

#### INEXISTÊNCIA E/OU NULIDADE DA SUPOSTA LICENÇA DO 2.º PROJETO — O PODER DA ADMINISTRAÇÃO DE ANULAR OS ATOS ILEGAIS

21. O presente mandado de segurança foi nominalmente impetrado contra o despacho de 3.10.72, que indeferiu a licença do 3.º projeto definitivo. Mas, expungidos todos os sofismas e artifícios dialéticos, armados na inicial, percebe-se claramente que a invocação daquele despacho foi mero pretexto para contornar a decadência do direito à impetração do *writ*. Porque, de fato, o que desejam as Impetrantes é remover o embargo administrativo decretado em 12.1.1972, a fim de restaurar em suposta licença que dizem ter sido conferida ao 2.º projeto pelo despacho de 27.10.70, do En-

genheiro Cezar Machado, Chefe do Gabinete do Secretário de Obras Públicas, com base no qual foi expedida a famosa “declaração de licenciamento” averbada no 5.º Ofício do Registro de Imóveis, juntamente com o memorial de incorporação.

22. No ofício de informações ao Egrégio Tribunal, o Senhor Governador do Estado já demonstrou que —

1.º — O despacho em apreço não *deferiu a licença; simplesmente autorizou o prosseguimento do processo;*

2.º — *ex-vi* do art. 4.º do Decreto-lei 299, de 1970, o Chefe de Gabinete, nem o próprio Secretário de Obras Públicas, tinha a competência para licenciar obras que excedessem os gabaritos e áreas máximas estabelecidos na Lei 1.574/67 e seus regulamentos — *competência esta reservada, privativamente, ao Governador do Estado;*

3.º — o discutido despacho contém um falso ideológico, quando afirma que o projeto apresentado coincidia com o anteprojeto exibido com a consulta prévia; e

4.º — o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Federal vetou o licenciamento do projeto — veto que persiste até hoje.

23. A simples redação do despacho do Chefe de Gabinete do Sr. Secretário de Obras Públicas evidencia, a salvo de qualquer equívoco, que, de fato, aquele funcionário não se aventurou a usurpar atribuição privativa do Governador do Estado, para decidir da aprovação de projeto de características excepcionais, cujo licenciamento manifestadamente escapava à sua competência.

24. Sem nenhuma razão nesse ponto, o eminente Min. Carlos Medeiros Silva quando defende a legitimidade da delegação de competência ao Chefe de Gabinete da S.O.P. a pretexto de que a Portaria “N” SOP, de 19.6.68, se afinava com o disposto no art. 2.º do Decreto “E” n.º 3.800, que passou à competência exclusiva da Secretaria de Obras Públicas o exame para licenciamento de todos os processos sobre matéria de edificações.

Esqueceu-se, por certo, S. Exa. que, no caso, tratava-se, como foi reconhecido pelas próprias Impetrantes, de *projeto de características excepcionais* e que o art. 4.º do Decreto-lei n.º 299, de 17.2.1970 — norma hierarquicamente superior à do regulamento — subtraiu expressamente da alçada da Secretaria de Obras o poder de decidir nesse tipo de projeto. O

Decreto-lei n.º 299 alterou, neste passo, a própria Lei n.º 1.574, de 11.12.1967, atribuindo ao Governador do Estado — e só a ele — a prerrogativa de autorizar o excedimento das alturas e áreas máximas previstas na Lei e nos seus regulamentos. Por conseguinte, o Secretário de Obras não podia delegar ao seu Chefe de Gabinete uma competência que não possuía.

25. Cumpre advertir-se que a prerrogativa conferida ao Governador do Estado era de uso restrito e excepcional, o que mais reforça a necessidade de sua intervenção direta e pessoal para aprovar um projeto como o da “Chácara da Gávea”, que sob vários aspectos fugia aos padrões edilícios comuns. O pedido de licenciamento do projeto definitivo — que inovava totalmente a concepção do anteprojeto — deveria seguir os mesmos trâmites da consulta prévia, para, afinal, ser decidido pela mesma autoridade que apreciara a consulta.

O princípio da *hierarquia administrativa* repele veementemente a hipótese de um ato praticado por autoridade superior ser *revisto* por outra de categoria funcional inferior, sem competência para tanto.

Mas, é superpondo-se a todas estas vicissitudes, que as Impetrantes querem considerar existente e válida a suposta licença de construção do conjunto da Chácara da Gávea. Bem se vê, que a questionada aprovação do 2.º projeto jamais se efetivou e que a “licença” a que tanto se apegam as Impetrantes, é, na realidade, inexistente.

26. Admitamos, porém, que a “declaração” de fls. corresponda a “licença”, como especulam as Impetrantes. Teria tal documento algum valor jurídico, um mínimo de condições para considerar-se juridicamente eficaz?

O apontado defeito de incompetência absoluta do Chefe de Gabinete da S.O.P. bastaria por si só para tornar nula de pleno direito a “declaração”. Mas, a esta acrescia outro vício não menos grave.

Como já se viu, o pseudo-licenciamento foi concedido sem a prévia e indispensável autorização do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, fato que, aliás, determinou o embargo administrativo da obra.

27. O Decreto-lei n.º 25, de 30.11.1937 — lei federal que organizou o patrimônio histórico, artístico e paisagístico nacional — dispõe no art. 17 que as coisas tombadas não podem, em caso nenhum, ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem sem prévia autorização especial do IPHAN serem

reparadas, pintadas ou restauradas; e, no art. 18, que sem prévia autorização do mesmo IPHAN não se pode, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, sob pena de ser mandado destruir a obra.

Nestas condições, o licenciamento para construção em área tombada ou em suas vizinhanças aperfeiçoa-se através de um *procedimento administrativo complexo e heterogêneo*, integrado pela autorização prévia do órgão federal de defesa do patrimônio histórico e artístico e pela aprovação do projeto pela autoridade edilícia local.

O procedimento administrativo, como se sabe, “compreende várias manifestações de vontade sucessivas, de diferentes órgãos administrativos, exteriorizando atos jurídicos autônomos, que constituem etapas a antecederem a manifestação de vontade consubstanciada no ato jurídico final, a que se ligam” (Oswaldo Aranha B. de Mello, op. cit., pág. 478). No procedimento heterogêneo, somam-se atos emanados de pessoas de direito distintas, todos, porém, constituindo atos preparatórios dirigidos à formação de um ato jurídico conclusivo. A falta ou nulidade de um ato preparatório, considerando como requisito indispensável para que possam ser praticados os atos subsequentes do procedimento, acarreta a nulidade do ato conclusivo.

No caso em exame, a autorização prévia do IPHAN é exigência prescrita em disposição legal de natureza imperativa, como requisito substancial e necessário de procedimento para a aprovação do projeto e expedição do alvará de licença pela autoridade edilícia local.

Esta exigência, indispensável para a validade da licença de construção foi, entretanto, negligenciada e o procedimento administrativo chegou às últimas etapas sem que o IPHAN sequer fosse ouvido. Somente após o embargo da obra é que os incorporadores se preocuparam em dar cumprimento à formalidade do direito federal de proteção ao patrimônio paisagístico. O IPHAN, todavia, vetou o projeto que as Impetrantes desejavam licenciar e só mais tarde admitiu a construção, mas segundo projeto diferente.

Por conseguinte — voltemos ao ponto original — mesmo que, superando todas as omissões e defeitos antes assinalados, houvésemos por bem de admitir que tivesse havido a expedição de uma licença de construção para o projeto de dois edifícios de 23 pavimentos, tal licença, ressentida da falta de prévia autorização do IPHAN, estaria eivada de irremovível e visceral nulidade. Juridicamente, seria um ato ineficaz e insuscetível de gerar direitos de qualquer natureza.

28. Os pareceres dos eminentes juristas Carlos Medeiros Silva e Caio Mário da Silva Pereira, adotados como partes integrantes das razões deduzidas na inicial, abstiveram-se de enfrentar diretamente o problema da validade da suposta licença de construção. Os dois conspícuos pareceristas preferiram tangenciar a questão principal e original para concentrar suas preocupações no aspecto conseqüente dos limites do poder da Administração de rever os atos administrativos defeituosos — o primeiro sustentando que a Administração não pode *revogar* os seus atos que tenham criado direitos subjetivos ou constituídos situações jurídicas individuais; e o segundo, argumentando que a inscrição da “declaração” de licenciamento no Registro de Imóveis, criou para os incorporadores e condôminos um direito real, oponível *erga omnes*, inclusive à Administração, que não poderia, assim *ex motu proprio*, tentar desfazer os efeitos de tal registro.

29. *Data venia*, é indesculpável a confusão que o douto administrativo faz entre *revogação* e *anulação* dos atos administrativos. Os dois institutos não se confundem. A *revogação* é forma de desfazer atos legítimos e perfeitos por razões de conveniência administrativa ou de interesse público, contemporâneas ou supervenientes à prática do ato. A *anulação*, ao contrário, é a desconstituição de atos inválidos, nulos, defeituosos, que o princípio da legalidade, inspirador de toda a atividade administrativa, não consente que subsistam.

A *revogação* tem limites, porque sendo o ato válido, dá lugar à formação de direitos subjetivos igualmente válidos, que não podem ser atingidos por sua posterior desconstituição. Já o poder de *anulação* não o tem, porque o ato nulo não gera direitos subjetivos nem constitui situações jurídicas válidas oponíveis à ação corretiva da autoridade administrativa (*Quod nullum est, nullum producit effectum — Quod nullum est, nulla lapsu temporis convalescere potest*).

30. Ninguém mais contesta, hoje em dia, o poder-dever da Administração de desfazer, *ex officio*, os seus atos ilegais ou ilegítimos. A tese é reconhecida e aceita, pacificamente, na doutrina e na jurisprudência dos tribunais, figurando na Súmula da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal traduzida nas ementas 286 e 473 —

Súmula 286 — “A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos”.

Súmula 473 — “A Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos”.

A Suprema Corte do País simplesmente cristalizou nas ementas transcritas ensinamento que o direito pretoriano assimilara desde longo tempo e que já tinha no insigne Pedro Lessa um dos seus mais conspícuos porta-vozes:

“Não há disposição de lei, nem princípio de direito que vede à Administração, a reforma ou cassação de seus atos ilegais, visto como de atos ilegais nenhum direito pode emanar para as pessoas em benefício das quais foi realizado o ato ilegal”.

Na mesma linha de pensamento, registra-se a opinião não menos abalizada do Ministro Orozimbo Nonato em primoroso voto proferido naquele Tribunal:

“Em princípio os atos administrativos, particularmente aqueles de que resulte uma situação individual, não podem ser revogados pela própria Administração. Quando, porém, o ato administrativo está eivado de nulidade, ou de ilegitimidade, a questão assume outro aspecto. Nesta hipótese é conveniente admitir que à própria Administração cabe rescindir suas decisões. A autoridade que tem competência expressa para a prática de um ato, tem-na extensivamente para a anulação desse ato” (Voto na Apelação n.º 7.704, in R.D.A., vol. I, pág. 174).

Na doutrina dos autores, a tese é igualmente tranqüila. Sempre que o ato se apresentar eivado de ilegalidade, a regra é admitir-se o poder da Administração de anulá-lo, sem conseqüências de qualquer natureza, tanto para ela como para o pretense destinatário do ato:

“A Administração é facultado anular *ex officio*, a qualquer tempo, os atos administrativos ilegais, que não podem produzir efeitos jurídicos definitivos. Não há direitos adquiridos contra a lei, conforme abundante jurisprudência dos tribunais” (Caio Tácito — *O Abuso do Poder Administrativo no Brasil*).

31. Mas, ninguém melhor do que o eminente Ministro Carlos Medeiros Silva exalçou com erudição e autoridade o princípio do auto-controle da legalidade dos atos administrativos. O brilhante parecer publicado na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 67, págs. 348 e seguintes, é apenas uma das muitas amostras de seu devotamento à tese:

“61. É pacífico, aliás, na doutrina e na jurisprudência, que a administração pode anular ou revogar os seus próprios atos, quando praticados sem observância de preceitos legais.

.....

63. Em longo parecer que emiti no exercício da Consultoria Geral da República (Pareceres do Cons. Geral da República, vol. I, março-dezembro de 1951, págs. 185-204; D.O. de 30.8.51; Revista Forense, vol. 139, págs. 59-67), recordei a opinião de numerosos autores, nacionais e estrangeiros, todos acordes quanto ao poder, reconhecido à Administração, de rever os seus próprios atos.

64. Dez anos decorridos e as decisões judiciais, numerosas e concordantes, seguem a mesma orientação, conforme os seguintes acórdãos do Supremo Tribunal Federal:

“A Administração Pública pode e deve revogar seus próprios atos quando contrários à lei. Tais atos, ilegais, não podem gerar direitos subjetivos” (Decisão unânime da 2.<sup>a</sup> Turma do STF, em 12.9.58, voto do Exmo. Sr. Ministro Lafayette de Andrada, Relator, *in* Revista de Dir. Administrativo, vol. 58, páginas 59-60).

“É facultado à Administração Pública revogar os seus próprios atos, quando praticados com infração da lei, pois só na hipótese de ter sido esta obedecida é que deles poderia ter nascido de um direito subjetivo” (ac. do Sup. Trib. Fed. no Rec. Mand. Seg. n.º 3.791, em 21.11.56, Voto do Relator, Exmo. Sr. Ministro Ribeiro da Costa, *in* Rev. de Dir. Administrativo, vol. 51, páginas 277-281).

No mandado de segurança n.º 1.543, de que fui Relator, decidiu o Supremo Tribunal que “é facultado à Administração anular os seus próprios atos, quando praticados com infração da lei, pois só na hipótese de ter sido esta obedecida, é que deles poderia haver nascido um direito público subjetivo” (ac. do S.T.F. no Rec. Mand. Seg. n.º 1.944, em sessão de 6.4.53, voto do Relator, Exmo. Senhor Ministro Luis Gallotti, *in* Rev. de Dir. Administrativo, vol. 48, página 130-132).

É que a Administração pode anular o próprio ato nascido sob o signo da ilegalidade” (ac. do STF, no rec. extr. n.º 18.664, embargos, sessão de 15.6.53, voto do Relator, Exmo. Sr. Min. Orozimbo Nonato, *in* Rev. de Dir. Administrativo, vol. 48, págs 259-264).

“Nem há a falar-se em ofensa a “direitos adquiridos” pois estes, como é evidente, não podem derivar de atos administrativos nulos.

Sendo o ato manifestamente nulo, porque colidiu com disposição constitucional, não havia como exigir a intervenção do Judiciário para decretar a anulação do ato administrativo.

A própria autoridade administrativa podia revogar esse ato, já que ele era *ipso jure* inválido” (ac. do STF no Rec. Mand. Seg. 2.497, em sessão de 2.8.54, Votos dos Exmos. Srs. Ministros Nelson Mungria (Relator) e Hahnemann Guimarães, *in* Rev. de Direito Administrativo, vol. 38, págs. 230-240).

“Não se pode negar ao Poder Executivo a faculdade de retificar os atos que porventura se afastam das permissões legais.

É que não há direito adquirido contra a lei” (ac. do STF no Mand. de Seg. n.º 1.663, em 11.6.52 — Voto do Relator, Exmo. Sr. Min. Abner de Vasconcelos, *in* Rev. de Dir. Administrativo, vol. 38, págs. 259-260).

“Tenho sempre entendido, com apoio em citações de mestres, que seria longo e excusado reproduzir agora, que é facultado à Administração Pública revogar os seus próprios atos, quando praticados com infração da lei, pois, só na hipótese inversa, de ter sido a lei obedecida, é que deles poderia haver nascido um direito público subjetivo” (ac. do STF de 21.10.51, no Rec. Mand. Seg. 1.543 — Voto do Exmo. Sr. Min. Luis Gallotti, Relator *in* Rev. de Dir. Administrativo, vol. 35, pág. 166-169).

66. Finalmente, cumpre ressaltar a legalidade e a oportunidade das providências administrativas, tomadas pelo Sr. Governador, quanto à discriminação de folhas de pagamento e à investigação pormenorizada dos atos ilegais, cuja anulação ou revogação se impõem, a bem da normalidade da vida administrativa do Estado.

67. Em casos semelhantes os Tribunais têm prestigiado a ação vigilante dos órgãos administrativos:

“Pode o Executivo suspender, provisoriamente, para estudos, a execução do ato baixado com fundamento em texto

inconstitucional” (ac. do STF no Rec. Mand. Seg. 4.470, in *Rev. de Dir. Adm.*, vol. 55, pág. 99).

“O controle do Poder Judiciário aos atos administrativos não pode conduzir-se até a impedir o exercício da faculdade de promover, por intermédio dos órgãos competentes, a manifestação do Egrégio Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade de lei” (ac. do Trib. Just. de S. Paulo de 6.5.58, in *Rev. de Dir. Administrativo*, vol. 56, pág. 295).

68. Em conclusão: promover a anulação das leis inconstitucionais, por fim, mediante anulação ou revogação, aos atos ilegais ou contrários ao interesse público é dever elementar de todo o Chefe do Poder Executivo, consciente de suas responsabilidades, fiel ao compromisso de bem servir à causa pública e ao povo que governa”.

32. Finalmente, dentro, especificamente, do tema de que se ocupa o presente mandado de segurança, atentemos para a lição de Hely Lopes Meirelles:

“O alvará de construção é invalidável pela Prefeitura sempre que se verificar erro, inconveniência ou ilegalidade na sua expedição. Sendo o alvará *revogado* por ter havida erro administrativo na sua expedição, ou por exigência superveniente do interesse público, fica a Administração sujeita à composição do dano causado ao particular, pelos trabalhos já executados; *sendo a licença anulada por ter sido expedida contra disposição legal, ou cassada por ter o particular descumprido as normas da construção durante a execução da obra, nenhum encargo acarreta para a Administração Pública, porque os atos administrativos ilegais e a conduta ilegítima do particular não gera direito algum para o beneficiário da ilegalidade*” (*Direito de Construir*, pág. 388 — os grifos são nossos).

33. Nesta ordem de idéias, não obstaría, igualmente, a anulação da licença de construção eivada de vício substancial, a circunstância de existir memorial de incorporação inscrito no Registro de Imóveis.

34. O ilustre Professor Caio Mário da Silva Pereira mostrou muito bem, em seu parecer acostado aos autos, que “em nosso direito, não tem

o Registro Imobiliário o valor absoluto (ou quase absoluto, é melhor dizê-lo) do sistema alemão” (...) “segundo o qual o registro é um negócio jurídico subjacente” (...) “Para nós, por falta de um sistema rigoroso de cadastramento da propriedade imóvel não foi possível adotar o mesmo princípio, e conseqüentemente extrair a mesma conseqüência”. De modo que, no direito registrário brasileiro, o registro tem o valor de simples “presunção *juris tantum*”, que “deve ser tida *pro veritate* enquanto se não cancelar ou anular”.

É certo que o artigo 293 do Regulamento dos Registros Públicos dispõe que —

“O registro, enquanto não for cancelado, produzirá todos os seus efeitos legais, ainda que por outra maneira se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido”.

Mas, exatamente porque o registro, em nosso direito, não é um negócio jurídico autônomo ou independente do título subjacente, obviamente a anulação deste pela constatação de portar vícios substanciais (ou como não é inusitado, porque tenha havido alienação *a non domino*) terá fatalmente de se refletir no ato registrário. É de natureza das presunções relativas, que valem somente até prova em contrário, negatória do que afirma. Por isso mesmo, o transcrito artigo 293, disposição mal transplantada do sistema alemão, deve ser entendido nos seus justos e adequados termos.

Atento às características próprias do nosso sistema registrário, o saudoso e eminente Desembargador Serpa Lopes, o melhor comentarista, sem dúvida, da legislação dos registros públicos, admitiu, ao lado das “nulidades inerentes ao próprio registro” e das “mistas”, as “nulidades oblíquas” do registro, ou seja, a

“... nulidade do ato jurídico que deu causa ao registro, em que a nulidade deste decorre *obliquamente*, e não diretamente, como nos dois primeiros casos”.

Obviamente, a nulidade do ato jurídico que deu causa ao registro transmite-se e contamina o próprio registro. *Mas — e é essencial — para a declaração da nulidade do título, mister não se faz que, previamente, antecipadamente, se promova o cancelamento do registro. Bem ao contrário,*

a anulação do título é que é causa da nulidade e cancelamento do registro.

Sucedeu no caso vertente que foi expedida uma declaração de licenciamento inverídica, declaração que, conquanto defeituosa, serviu de lastro para a inscrição do memorial de incorporação. Tem-se, portanto, que o próprio registro obliquamente absorveu e incorporou as nulidades do ato subjacente. Mas, por havê-las absorvido, não as convalidou, nem poderia convalidá-las, inda mais porque — relembre-se — o registro não é ato independente e desvinculado do título. Vale o que vale o título.

35. Esta especulação a respeito da anulação dos atos administrativos ilegais teve o sentido exclusivo de homenagear o esforço das Impetrantes e dos ilustres pareceristas que as acompanham, na improficua tentativa de fazer crer que chegaram a ter um dos projetos licenciados. Mas, a grande verdade, que se sobrepõe às vãs palavras e a toda a sinuosa dialética da inicial, é que o chamado 2.º projeto — aquele vetado pelo IPHAN, que previa a construção de 2 edifícios de 23 pavimentos — em época e momento algum recebeu o despacho de aprovação que lhe asseguraria a conferência do alvará de licença. A decantada licença jamais surgiu para o universo das realidades tangíveis. Frustrou-se entre os atos juridicamente inexistentes.

#### O INDEFERIMENTO DO 3.º PROJETO. LEGITIMIDADE DA DECISÃO DE 3.10.72 DO SENHOR GOVERNADOR DO ESTADO

36. A licença edilícia é conceituada ordinariamente como um ato administrativo vinculado, de modo que se o projeto satisfizer os requisitos da legislação de obras o seu titular tem direito à obtenção do alvará de construção.

Entretanto, pode, sem dúvida, o legislador ordinário ou regulamentar alterar esse caráter da licença, para atender a certas considerações de polícia urbanística e de construções.

Tal foi o que se verificou no direito edilício do Estado da Guanabara. A Lei n.º 1.574, de 12.11.67, estabeleceu alguns princípios gerais, que foram detalhados nos regulamentos aprovados pelo Decreto "N" n.º 1.077/68 e, posteriormente, pelo Decreto "E" n.º 3.800, de 20.4.70, ora em vigor. Entretanto, as normas e especificações rígidas dos regulamentos, nem sempre atendiam a todas as conveniências da política urbanística e edilícia do Estado.

Surgiu, assim, o Decreto-lei n.º 299, de 1970, que, no já citado artigo 4.º, facultou ao Governador do Estado, em casos excepcionais, autorizar o excedimento das áreas e gabaritos máximos previstos nos regulamentos de direito edilício comum.

37. Esta faculdade atribuída ao Governador é inteiramente *discricionária* e o Governador do Estado é o único árbitro da conveniência e oportunidade de, em cada caso, aprovar ou não o projeto de caráter excepcional e ordenar a expedição do alvará de licença. Mas, é evidente que nem sempre o Governador teria condições pessoais para fazer uma correta avaliação técnica da conveniência da aprovação dos projetos a ele submetidos. Criou, por isso, o Decreto "E" 5.326, de 12.1.1972, o Conselho Superior do Planejamento Urbano, formado por especialistas em urbanismo e construções, com a atribuição, dentre outras, de

"Opinar obrigatoriamente, nos casos especiais e excepcionais previstos no art. 4.º do Decreto-lei n.º 299, de 17.2.70, que devam ser decididos pelo Governador".

O opinamento do Conselho, lastreado no conhecimento técnico de seus membros, propiciaria ao Governador elementos informativos valiosos para o julgamento final em cada caso, embora a tal opinamento não ficasse vinculado.

Como quer que seja, continuou inalterado o caráter *discricionário* do ato de decisão do licenciamento nas hipóteses especiais e excepcionais a que aludia o Decreto-lei n.º 299.

38. Por outras palavras, o Governador do Estado, que é o titular da competência normativa em matéria edilícia, do mesmo passo em que, através dos regulamentos do Decreto "E" n.º 3.800, disciplinou em regras de direito estrito o exercício do direito de construir, reservou-se, com o Decreto-lei n.º 299, uma faixa de atribuição discricionária para resolver casos não abrangidos nos citados regulamentos.

39. O conjunto da "Chácara da Gávea" foi sempre e pacificamente considerado um projeto de caráter especial e excepcional. A esse respeito nem as Impetrantes nem as autoridades estaduais jamais divergiram.

Quando o IPHAN autorizou a construção até a altura máxima de 166,00m a partir da cota 105,00m da encosta do Corcovado, as Impetrantes organizaram o 3.º projeto e o submeteram ao Governador do Estado.

O Governador, atendendo ao disposto no Decreto "E" 5.326, ouviu o Conselho Superior de Planejamento Urbano, que desaconselhou a aprovação do projeto, e em face desse opinamento indeferiu a licença.

40. Ressalte-se que, em tese, o Governador era livre de deferir ou não a licença, baseado exclusivamente em razões de conveniência urbanística que sequer estava obrigado a declarar. Mas, no caso, ocorria um impedimento expresso no Regulamento de Zoneamento, que em seus artigos 36 e 39 proibia, taxativamente, a construção de outras edificações que não fossem de tipo residencial unifamiliar, com o máximo de dois pavimentos, acima da curva de nível de 100m, nos morros e serras do Estado.

Considerando esta proibição e a manifestação do CSPU, que entendia ser a construção prejudicial ao patrimônio paisagístico e florestal do Estado, a licença foi denegada.

O procedimento de aprovação do projeto anterior — de 23 pavimentos — além de inconcluso ficara marcado de substancial nulidade, pela falta do ato-condição consistente na autorização do IPHAN. Encerrou-se, assim, todo o procedimento para o exame e decisão daquele projeto, iniciando-se a partir do ato liberatório posterior do IPHAN um processo novo, que tinha por objeto outro projeto. Este processo deveria naturalmente seguir, como seguiu, todos os trâmites regulamentares. E assim acontecendo, teve o desfecho que pareceu ao Senhor Governador mais útil e conveniente para os interesses da política urbanística do Estado da Guanabara.

Por alongada que já vai em demasia a presente exposição a Procuradoria Geral do Estado de Guanabara abstém-se de comentar outros aspectos jurídicos da controvérsia, remetendo-se às informações prestadas pela ilustre Autoridade Impetrada, das quais também se verifica que os atos contra os quais se volta este mandado de segunda, corretos e legais, de modo algum lesaram qualquer direito subjetivo das Impetrantes.

Está certa, assim, a Procuradoria Geral do Estado da Guanabara de que o Egrégio Tribunal de Justiça, com os doutos suprimentos de seus eminentes membros, denegará a segurança impetrada, como de

Justiça!

Rio de Janeiro, 25 de julho de 1973. — FERNANDO CAMPOS DE ARUDA, Procurador do Estado.

## FIXAÇÃO DE VENCIMENTOS COM BASE EM RESOLUÇÃO DO CONSELHO DA MAGISTRATURA

Exmo. Sr. Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça da Guanabara:

O Estado da Guanabara, nos autos da Ação Ordinária em que contende com José Hermínio Pontual e outros, vem *arrazoar*, como Recorrente, o Recurso Extraordinário interposto contra o v. acórdão da 2ª Câmara Cível (fls. 48/50), admitido por despacho do eminente relator do Agravo de Instrumento 52.894, Min. Bilac Pinto, o que faz na forma abaixo:

### I

#### TEMPESTIVIDADE DO RECURSO

*Preliminarmente*, é tempestivo o presente recurso. Como se verifica dos autos do Agravo de Instrumento citado, ingressou o Estado no prazo legal com o apelo extremo. Em sua petição de agravo evidenciou o Recorrente que a decisão recorrida sofrera *duas* publicações. A primeira, a 11.8.69, seguindo-se *Embargos de Declaração*. Julgados esses, ocorreu nova publicação, a 22.9.69. No decênio que começou a fluir dessa última data, o Estado apresentou sua petição de Extraordinário.

O despacho que negou seguimento ao apelo extremo entendeu o recurso como intempestivo, sob o fundamento de que embargos declaratórios só aproveitam ao embargante, e não à parte contrária.

Data venia, tal despacho se opôs a recentíssima jurisprudência do Pretório Excelso quando decidiu que *os embargos de declaração suspendem o prazo tanto para a parte que embargou quanto para a outra*. (v. Rev. Trim. de Jurisprudência, julho de 1970, vol. 53, fls. 161 e segs.).

Nessa assentada de julgamento, o ilustre processualista Ministro Amaral Santos assim se pronunciou, demonstrando até a *impossibilidade material de a parte recorrer enquanto pendem de julgamento embargos de declaração*:

"Estou de acordo com o voto do Relator. Apenas quero manifestar o meu pensamento com referência aos embargos declaratórios. Entendo que tais embargos suspendem os prazos porque, interposto o recurso, tem ele efeito suspensivo.