

## SEGUNDA PARTE

### *Razões da Procuradoria Geral do Estado*

#### O PEDIDO

1) Insurgem-se os impetrantes, através do presente Mandado de Segurança, contra o despacho do Sr. Secretário de Estado de Obras Públicas que declarou “nula a licença concedida para a edificação em construção na Rua da Quitanda, 53/55, com frente para a Travessa do Ouvidor, 20, 22 e 24A, *licença essa que fora concedida não a eles impetrantes*, mas à firma Veplan Imobiliária S.A..

Invocando a qualidade de condôminos do prédio em questão, os impetrantes requerem a concessão da segurança para que “lhes seja assegurado o direito de levarem a termo a construção do edifício denominado “Centro Financeiro da Guanabara”, nas condições em que foi autorizada a referida construção” (fls. 66).

Entretanto, como se passa a demonstrar, o presente “writ” não preenche os requisitos legais que autorizariam o seu ajuizamento, e, ainda que assim não fosse, o pedido, no mérito, carece de amparo jurídico.

Com efeito:

#### 1.<sup>a</sup> PRELIMINAR

##### *ILEGITIMIDADE “AD CAUSAM” DOS IMPETRANTES*

2) A relação jurídica trazida a exame e discussão nestes autos tem como sujeitos exclusivos a Administração Pública, de um lado, e a Veplan Imobiliária S.A., do outro. Esta, e unicamente esta, era a titular da licença de construção cuja nulidade foi declarada pelo ato do Exm.<sup>o</sup> Sr. Secretário de Obras Públicas, contra o qual se dirige o pedido. Só ela, portanto, tem qualidade para requerer em juízo o desfazimento de semelhante ato.

Qual é o suposto “direito líquido e certo” que se postula nestes autos? O de ver declarada a subsistência da licença de construção. Mas esse não é, no fundo, senão um aspecto do direito à *própria licença*. Se se pretende haver sido ilegítimo o ato que invalidou a licença, o que se pretende é, em outros termos, ver reconhecida a legitimidade da licença mesma. Ora, somente aquele em favor de quem foi ela concedida — a Veplan Imobiliária S.A. — é que possui qualidade para deduzir em juízo semelhante pretensão.

Dir-se-á que a declaração de nulidade da licença afeta a situação jurídica dos Impetrantes, promitentes compradores que são de unidades no Edifício denominado “Centro Financeiro da Guanabara”. Não são eles, porém, atingidos *diretamente*, senão *por via reflexa*. Basta atentar na circunstância de que não existe qualquer relação jurídica entre cada um dos promitentes compradores e a Administração Pública. Apenas, a re-

lação jurídica entre cada um deles e a Veplan Imobiliária S.A., contratualmente criada, sofre a repercussão das vicissitudes por que passa a relação jurídica entre a Veplan Imobiliária S.A. e a Administração Pública. Essa *eficácia reflexa* é um corolário do nexo de dependência entre tais relações jurídicas.

Assim, a posição dos Impetrantes é a daqueles que, *não sendo titulares da relação deduzida em Juízo*, só poderiam *intervir* em um processo, onde essa relação fosse discutida, na qualidade de *assistentes* da parte cuja vitória lhes interessasse. É o que dispõe o art. 93 do Código de Processo Civil, ao qual faz expressa remissão o art. 19 da Lei n.<sup>o</sup> 1.533, de 1951. Jamais, porém, os habilitaria a *impetrar*, *eles mesmos*, em seu próprio nome, a segurança, para ver restabelecida a validade da licença, de que *não são nem nunca foram titulares*. Se não tinham qualidade para *haver* a licença, como se lhes poderá reconhecer qualidade para *reavê-la*?

Nem se objete que a parte final do art. 93 supra citado equipara os assistentes a litisconsortes da parte assistida. O argumento seria duplamente falho. Primeiro, porque não há, na hipótese dos autos, parte assistida. Segundo, porque ainda que admitíssemos, “ad absurdum”, assistência sem parte assistida (!), é certo que a equiparação estabelecida pelo legislador significa, tão-somente, que no processo em que intervenham, podem os assistentes praticar todos os atos processuais facultados aos litisconsortes, exceto, é claro, aqueles que pressupõem a titularidade da relação jurídica material controvertida. Inadmissível e absurdo, porém, seria supor-se que, à luz do art. 93, fiquem habilitadas a *ajuizar a demanda* as pessoas que, de acordo com o texto legal, estão habilitadas, exclusivamente, a “*intervir no processo*” na qualidade de assistente. E essa intervenção pressupõe, obviamente, um processo *já instaurado pela ou contra a parte que será assistida*.

Não se argumente, enfim, com a regra do Decreto n.<sup>o</sup> 55.185, de 1965, que, ao regulamentar a Lei 4.591, de 1964, atribuiu aos compromissários, após a averbação dos contratos, “direito real oponível a terceiros”. Em primeiro lugar, *não é esse direito que se está postulando nos presentes autos*, mas apenas o suposto direito de ver restabelecida a validade da licença, ou seja, em última análise, o *direito à licença*, que em absoluto não se confunde com o direito real atribuído aos compromissários. Não existe, nem mesmo em tese, qualquer violação ao direito real dos compromissários; o que acontece, muito simplesmente, é que esse direito *cai* se lhe falta pressuposto necessário, como a legalidade da licença de construção. Quando a Administração declara nula a licença, por vício de legitimidade — ato que nitidamente se distingue da revogação, sendo imperdoável a confusão em que, *data venia*, incide a esse respeito o parecer do ilustre Professor CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA —, não viola de forma alguma o direito real dos compromissários. É claro que tal direito não subsiste, mas unicamente, repita-se, porque lhe vem a faltar um pressuposto necessário.

A esfera jurídica dos compromissários vê-se atingida, dessa maneira, apenas por via reflexa. Se a aquisição, por eles, do direito real invocado

depende da validade da licença, e se esta é declarada nula, o que se conclui, em boa lógica, é que a rigor os compromissários *na verdade não adquiriram direito algum*. Mas, para nos determos no âmbito da preliminar, o que importa acentuar é que *não está em causa* o alegado direito real, senão que exclusivamente o suposto *direito à licença*, do qual só se concede (*ad argumentandum*) que seja titular a Veplan Imobiliária S.A.

Sendo partes ilegítimas para a postulação da segurança, os impetrantes devem ser julgados *carecedores do direito à ação*.

## 2.<sup>a</sup> PRELIMINAR

### INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO

3) O “direito líquido e certo”, cuja violação autoriza e justifica a impetração de Mandado de Segurança, é, apenas, aquele suscetível de ser imediatamente provado, com a própria inicial, através dos documentos que a acompanhem.

Um alegado direito, cuja existência só possa ser eventualmente demonstrada no curso do processo mediante atos instrutórios diversos, especialmente pela produção de perícia técnica — não pode ser defendido, em juízo, dentro dos estreitos e rigorosos limites do Mandado de Segurança.

Esta afirmativa, nos dias de hoje, já constitui, em doutrina e jurisprudência, um autêntico *lugar commun* do direito processual.

CELSE AGRÍCOLA BARBI assevera:

“... a circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a caracterização de liquidez e certeza; esta só lhe é atribuída se os fatos em que se fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, no processo. E isto normalmente só se dá quando a prova for *documental*, pois esta é adequada a uma *demonstração imediata e segura dos fatos*”.

(“Do Mandado de Segurança” — 2.<sup>a</sup> edição, pág. 55).

HELY LOPES MEIRELLES reafirma:

“Quando a lei alude a direito líquido e certo está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para o seu reconhecimento e o seu exercício *no momento da impetração*. Em última análise, *direito líquido e certo é direito comprovado de plano*. Se depender de comprovação posterior não é líquido nem certo, para fins de segurança”.

(“Mandado de Segurança e Ação Popular” — 1967 — pág. 6).

E. CASTRO NUNES:

“Direito certo e incontestável é síntese. Seus elementos componentes podem ser destacados analiticamente; mas terão de coexistir na espécie para que seja conceituado como tal.

Esses elementos são, ao meu ver: 1.<sup>o</sup> — *direito provado de plano, documentalmente, sem necessidade de “provas complementares, nem maior debate elucidativo dos fatos”*.

(“Do Mandado de Segurança” — 6.<sup>a</sup> edição — pág. 100).

A *jurisprudência* não destoa:

“Mandado de Segurança.

Não cabimento do remédio, pois o caso não é daqueles em que, por ser possível excluir a controvérsia sobre matéria de fato, o mandado de segurança serve ao reconhecimento de direito líquido e certo, demonstrável desde logo pela só exibição de documentos, em confronto com a lei aplicável”.

(SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL — Rec. Mand. Seg. n.<sup>o</sup> 1.912 — *in*-Arq. Jud. — vol. 109, pág. 11)

“Não cabe mandado de segurança para defesa de direito que assente sobre fatos controvertidos”.

(SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL — Rec. Mand. Seg. n.<sup>o</sup>

“Mandado de Segurança. Descabe quando a liquidez e certeza do direito invocado depende do exame de provas”.

(TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA GUANABARA — 6.<sup>a</sup> C.C. — Agr. Pet. 20.423 — *in* Rev. Jur. TJEG — vol. 17, pág. 252).

“Denegação do mandado de segurança, em que, aliás, não é permitido o exame de fatos pendentes de provas”

(TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA GUANABARA — Trib. Pleno — M. Seg. n.<sup>o</sup> 2.506 — *in* Rev. Jur. TJEG — vol. 15, pág. 67).

Indiscutível, pois, que a admissibilidade do mandado de segurança pressupõe a existência de um direito cuja comprovação se faça de plano, sem necessidade de uma fase de “instrução probatória”, que inexistente nesse processo especial.

Ora, na hipótese dos autos, o direito que os impetrantes se arrogam, qual seja o de verem restaurada a licença de construção, *não tem sua existência comprovada com os documentos que instruem o pedido*.

Bem ao contrário, os fatos em que se fundamentaria esse direito, todos eles apresentando a natureza de questões edilícias, *só poderão ser suficientemente esclarecidos e analisados à luz de complexa e minuciosa perícia técnica especializada*.

Com efeito, afirmam os impetrantes, por exemplo, louvados no depoimento do Engenheiro *Cezar Machado*, que a injeção de 500 carros na rua da Quitanda não produziria “nada de extraordinário” desde que limitado o horário de tráfego. Já a autoridade informante, apoiada em dados técnicos, entende que é absolutamente inviável a circulação desse número de veículos no logradouro.

Não é só: um dos principais fundamentos da impetração diz que a cassação da licença é nula porque esteiada em simples “*mudança de critério, para um único caso*” (Inicial, pág. 27, itens 34 a 40), com quebra, portanto, do princípio da igualdade e “caracterizando um intolerável tratamento discriminatório”.

Em abono desta afirmação, os Impetrantes citam casos concretos, assinalando que os prédios da rua Uruguaiana n.º 39, da rua Sete de Setembro n.ºs 95/101 e da rua Sete de Setembro na esquina (lado par) da rua da Quitanda, cujas construções foram licenciadas, apresentam os mesmos detalhes arquitetônicos que foram condenados no caso do “Centro Financeiro da Guanabara”.

A autoridade informante contestou a desigualdade de tratamento, mostrando que as edificações citadas não apresentam os defeitos apontados pelos Impetrantes (fls. 283 a 289).

A questão, sem dúvida, é de capital importância, mas, para que se possa apurar da ocorrência, ou não, do fato e, assim, atender-se ao “desafio” jactancioso dos Impetrantes, será indispensável o exame técnico comparativo de todos os projetos das edificações citadas, o que, também, não se comporta nos estreitos lindes do mandado de segurança.

Assim, o argumento suscitado pelos próprios Impetrantes desrecomenda o cabimento do *verit*, pois que, ferindo questões de tal magnitude e decisiva para o próprio julgamento da ação, dentro *dela não pode ser deslindada*.

E outros aspectos de fato poderiam ser alinhados, como ainda as consequências do estreitamento da área coletiva interna (reduzida pelo projeto de 33,00 m para 20,00 m) sobre a aeração e iluminação das unidades do próprio edifício, como dos prédios vizinhos.

Essa total e absoluta impossibilidade de a pretensão dos impetrantes ser apreciada na via do mandado de segurança não escapou à percuciência do douto representante do Ministério Público, Dr. Eugênio de Vasconcelos Sigaud, que em parecer aprovado pelo ilustre Procurador Geral da Justiça, no Mandado de Segurança n.º 1.380, impetrado por Veplan Imobiliária S.A. e outros, e *rigorosamente igual ao presente*, assim se manifestou:

“Quando, porém, se examina cada uma das violações que o Exm.º Sr. Secretário de Obras Públicas alinha para declarar nula a licença com base em pareceres técnicos, ter-se-á que concordar em que tais matérias refogem discutí-las no âmbito deste mandado.

De fato, como pode o julgador reconhecer em favor da impetrante Veplan Imobiliária S/A um direito subjetivo público líquido e certo, quando ela própria, impetrante, quer que se reconheça como inválida a objeção quanto ao rolamento de veículos, inadmissível no logradouro proibido ao tráfego de veículos, senão em horário marcado? Quando suscita que o seu projeto enquadrase em questão de iluminação e aeração dentro das especificações do art. 71 do Regulamento de Zonamento, em contrário ao que afirma a autoridade administrativa? Quando postula que dentro deste mandado se decida que o projeto de construção discutido está dentro das alturas máximas do gabarito existente para o local, em contrário ao que diz o Exm.º Sr. Secretário de Obras Públicas?

Neste passo, entendo que a postulação dos impetrantes extravassa de muito as lindes estreitas do “mandamus”, que não se pode transformar em ação ordinária, e onde, tampouco, pode o julgador, jurista, decidir questões técnicas que se revelam opinativas até na exposição dos requerentes”.

(Parecer junto aos autos do Mandado de Segurança n.º 1.380/72).

Como se vê, a lide envolve sérias dúvidas e controvérsias sobre matéria de fato, pelo que se for superada, “ad argumentandum”, a preliminar da ilegitimidade “ad causam”, acolhida deverá ser a de *inexistência de direito líquido e certo*, com o conseqüente *não conhecimento* do mandado.

## NO MÉRITO

### I

#### ILEGALIDADE DA LICENÇA DE CONSTRUÇÃO

A — *Não deferimento, por autoridade competente, do segundo pedido de licença, apresentado em substituição ao primeiro. Nulidade absoluta da expedição do licenciamento.*

4) Para a construção do edifício em referência, foi, originariamente, apresentado um projeto pela firma Ilam Comercial e Administradora S/A (fls 297), mais tarde substituída por Veplan Imobiliária S.A

Esse projeto mereceu *sérias restrições* do Sr. Diretor da Divisão de Licenciamento, que, em parecer técnico proferido, nele identificou diversas *ilegalidades*, tais como:

“a) não foram obedecidos os afastamentos frontais e dos fundos junto à área coletiva;

- b) a largura da Travessa do Ouvidor é inferior a 8,00ms.;
- c) há horário para a entrada de veículos na rua da Quitanda;
- d) a área de compensação excede à equivalente ao n.º de vagas”.

(fls. 304 e verso)

O parecer supra foi irrestritamente endossado pelo Sr. Diretor do OED, no encaminhamento da matéria ao então Sr. Secretário de Obras Públicas (fls. 306/307).

Certo, porém, é que o Chefe do Gabinete do Sr. Secretário de Obras Públicas, agindo por deliberação deste, houve por bem autorizar a expedição da licença, não obstante as sérias e gravíssimas restrições feitas, pelos órgãos técnicos especializados, quanto à legalidade do projeto (fls. 309).

Posteriormente, Veplan Imobiliária S A requereu a *substituição* do projeto aprovado por outro mais amplo, mais arrojado, que introduzia *sensíveis e profundas alterações no anterior*, inclusive pela *anexação de área nova de terreno*.

Tão extensas, em verdade, eram as revisões feitas pelo segundo projeto, que a própria Veplan Imobiliária S.A não o considerou simples modificação do primeiro, mas, sim, um *projeto novo*, apresentado em substituição ao já aprovado (fls. 315/316).

Ora, em tais circunstâncias, é certo que o novo pedido de licença, em seu processamento, deveria seguir os mesmos trâmites do anterior, passar pelo crivo dos mesmos órgãos técnicos especializados, para, afinal, ser decidido pela mesma autoridade superior que apreciara o projeto primitivo.

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

Na hipótese dos autos, reafirme-se, o exame do segundo projeto implicava em uma *ampla revisão do primeiro* para verificação de todas as alterações operadas e de seu ajustamento, ou não, aos textos legais.

Assim, se o primeiro projeto, que mereceu tão severas críticas quanto à sua legalidade somente foi decidido pelo Chefe de Gabinete do Sr. Secretário de Obras, por delegação deste, não se pode admitir que o projeto apresentado em substituição, traduzindo uma *revisão do anterior*, deixasse de ser submetido à consideração daquela mesma autoridade superior.

Pois essa falha, essa revisão de ato de superior por um inferior hierárquico, ocorreu, surpreendentemente, no processamento do segundo pedido de licença.

Com efeito, esse segundo pedido, que *absorveu e substituiu o primeiro*, não foi estudado pelos órgãos técnicos especializados da Secretaria de Obras Públicas, nem foi encaminhado à ponderação do Sr. Secretário.

Protocolado como se fosse uma simples, corriqueira e banal modificação do anterior, esse pedido recebeu, de funcionário do “Serviço de

“Guias”, despacho autorizativo de extração de guia para pagamento de taxa de acréscimo (fls. 318).

Mas, obviamente, esse despacho nenhuma eficácia poderia ter, para efeito de licenciamento, senão se precedido do ato de autoridade superior que sancionasse a revisão, e consequente substituição, do projeto que já houvera aprovado.

Esse ato, porém, não chegou a ser praticado.

Em decorrência, a licença — consubstanciada no alvará a seguir expedido em favor da Veplan Imobiliária S.A. — importou em um ato administrativo nulo de pleno direito, eis que praticado com preterição de todas as formalidades que deveriam cercar o seu processamento, e com frontal violação do princípio da hierarquia administrativa.

Incensurável, por isto mesmo, veio a ser o ato do sr. Secretário de Obras Públicas, declarando a nulidade dessa licença.

#### B — Violação de Normas Legais na Expedição da Licença.

5) O demonstrado vício de incompetência já seria suficiente para justificar o ato de anulação da licença.

A esse vício, entretanto, outro se acresceu, de não menor gravidade, qual seja o fato de a licença ter sido expedida com violação de diversas normas edilícias.

Nas longas, minuciosas e fundamentadas informações trazidas aos autos, o Sr. Secretário de Obras Públicas demonstrou, com riqueza de detalhes, as discrepâncias de ordem técnica existente entre o projeto da obra e as posturas edilícias.

As informações prestadas por S. Ex., sob este aspecto, são vivamente esclarecedoras, tanto mais que acompanhadas de *croquis* e desenhos que materializam perfeitamente as infrações às normas de engenharia legal.

Reportando-se a essas informações, pela justeza e incontestabilidade com que foram prestadas, a Procuradoria Geral do Estado da Guanabara volta, sumariamente, ao exame dessas infrações, apenas para, na medida do possível, assinalar novos aspectos que as caracterizam.

6) O primeiro e escandaloso vício da licença configura-se pela autorização para a construção de 496 (quatrocentas e noventa e seis) vagas de garagens no edifício, que, como já dito, ficaria localizado entre duas ruas de tráfego proibido a veículos: uma, atualmente com 6,50 m de pista de rolamento e a outra com 4,50 m, *sem alargamento previsto para o futuro*.

Ao cassar a licença, o Exm.º Sr. Secretário de Obras Públicas afirmou que a construção das garagens naqueles logradouros contrariava o disposto no artigo 51, letra a, do R.G.E., o que foi contestado pelos Impe-trantes com a alegação de que tal dispositivo simplesmente isentava da obrigatoriedade de garagens as edificações em logradouros de tráfego proibido ou de *grade* em escadaria. E dizem, então, que simplesmente renunciaram à isenção.

Não são precisos raciocínios dialéticos para se entender que, mais do que uma proibição, o dispositivo registra apenas *uma impossibilidade fática ou natural, óbvia e insuperável*. Não precisaria sequer que o Regulamento dispusesse de tal ou qual forma sobre o assunto. *É a lógica, a razão natural das coisas que não admite a construção de garagens coletivas em ruas de escadaria ou de trânsito vedado a veículos.*

O caso é, pois, de nulidade do ato pela impossibilidade do objeto — nulidade que o artigo 145, inciso II, do Código Civil, consigna expressamente.

Dir-se-á, todavia, que, na rua da Quitanda tolera-se o tráfego, inda que restritamente (das 19 horas da noite às 9 da manhã); e mais que está previsto o alargamento futuro do logradouro.

Mas, em primeiro lugar, a garagem se destina a atender aos ocupantes do edifício comercial, dentro do horário comercial, e nesse horário não poderão ter acesso a ela, senão nas imediações das 9 horas. O ajuntamento de cerca de 500 veículos em curtíssimo período de tempo não possibilitará certamente o acesso e guarda da esmagadora maioria deles.

Por outro lado, a impossibilidade do objeto de que trata o art. 145 do Código Civil deve ser naturalmente considerada dentro das condições do presente ou, pelo menos, de um futuro previsível. Não é válido o ato cujo objeto só eventualmente poderá se tornar possível em futuro remoto ou indeterminado. E o alargamento da rua da Quitanda é fato imprevisível.

7) Evidenciada, assim, a impossibilidade natural e legal da construção de um edifício-garagem na rua da Quitanda, daí se segue que a edificação não podia se beneficiar da regra do art. 34 do R.G.E., que só admite o excedimento das alturas estabelecidas pelo P.A. do logradouro ou pelo regulamento de Zoneamento, nos casos em que esse tipo de edificação seja permitido.

A este propósito, são mais uma vez oportunas e adequadas as considerações do digno representante do Ministério Público, Dr. EUGÊNIO DE VASCONCELOS SIGAUD, em seu já referido parecer:

“A regra legal apontada como suporte da licença — o art. 34 do Regulamento de Zoneamento — aprovado pelo Decreto “E” n.º 3.800, de 20 de abril de 1970, apenas dispõe:

“Art. 34 — Na área central AC, quando se projete edificação de uso comercial com edifício garagem dele integrante, a área destinada a este uso comercial poderá ser acrescida, no máximo, até à daquela utilizada para o edifício garagem”.

Como se lê, o dispositivo legal arguido antes *estabelece uma restrição*, que uma liberação. Em outras palavras, pelo fato de um edifício projetado constituir-se de andares destinados a garagens e outros de uso comercial, não quer significar que possa o projeto, com base na disposição legal acima transcrita, afastar todas as demais exigências pertinentes ao logra-

douro onde se situará a construção. A limitação está evidente no uso da expressão “no máximo”. Vale dizer: o fato de se projetar a construção com 20 andares para garagem *não quer significar que exista o direito de construir mais 20 andares de uso comercial se a situação do edifício não o permitir*” (Parecer citado).

8) A invalidade da licença no ponto em que permitiu a violação das medidas da área coletiva e dos afastamentos, prescritas nos artigos 71 do Regulamento de Zoneamento e 140 do Regulamento de Construções e Edificações, dispensa outros comentários. A comprovação da infração foi cumpridamente feita e ilustrada, gráfica e numericamente, pela digna autoridade informante. De resto, como nem os próprios Impetrantes encontraram modos de justificar o defeito, tanto que se limitam a transcrever as pífias explicações do funcionário outorgante da licença, desnecessária de faz respirar a matéria.

9) Estas breves considerações eminente Relator, acerca da ilegalidade do ato de concessão da licença não podem aspirar a mais do que suplementar, em limitados aspectos, as escorreitas e bem fundamentadas informações do Exm.º Sr. Secretário de Estado de Obras Públicas.

Enfocando, analisando e rebatendo, ponto a ponto, todas as afirmações, teses e proposições urdidas pelos Impetrantes, S. Ex.ª demonstrou de forma indiscutível a justeza e correção do seu ato, deixando a descoberto todas as violações de normas edilícias perpetradas quando da expedição da licença para a construção.

Evidente, manifesta e incontestável se revela, pelos termos das informações, a *ilegalidade* do ato afinal *anulado*.

## II

### ANULAÇÃO, PELA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO, DE SEUS ATOS ILEGAIS

10) Caracterizada, como realmente se acha, a ilegalidade do ato administrativo da licença expedida em favor da Veplan Imobiliária S.A., nenhuma objeção de ordem jurídica pode ser oposta à anulação desse ato pela própria administração.

Com efeito, ninguém mais, hoje em dia, contesta o poder-dever que tem a Administração de desfazer, *ex officio*, os seus atos ilegais ou ilegítimos. A tese é aceita, tranquilamente, na doutrina e na jurisprudência dos tribunais e figura na Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal traduzida nas ementas 286 e 473:

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

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

A Suprema Corte do País simplesmente consagrou, nas ementas transcritas, ensinamento que o direito pretoriano assinalara 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 posição de não menos ilustre 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” (Veto na Apelação 7.704, in R.D.A., vol. I, pág. 174).

A doutrina é igualmente pacífica. Sempre que o ato está eivado de ilegalidade, a regra é admitir-se a sua rescisão, 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, pág. 34).

11) Os Impetrantes não contestam a tese. Reconhecem-na, mas procuram estreitar-lhe os limites, insinuando que esse poder de auto-tutela da Administração é extremamente restrito, só podendo se exercer em face dos atos manifestamente ilegais. No caso concreto — afirma a inicial — a anulação da licença teria se consumado irregularmente, porque operada

com fundamento em simples mudança de critério de interpretação da lei. A licença, para os Impetrantes, não violara desabridamente, ou manifestamente, as posturas edilícias em forma a autorizar o exercício do poder-dever do controle da legalidade administrativa.

\* \* \*

12) Posta em tais termos a questão nuclear da lide tudo se dilucidará, desde que se obtenha resposta adequada para três detalhes do problema:

A) — Em que casos pode a Administração anular os seus atos viciosos?

B) — Quais os limites de tempo e oportunidade traçados ao exercício desse poder-dever de anulação?

C) — A anulação da licença de construção operou-se com observância das condições em que a Administração podia fazê-lo?

Assinale-se, desde logo, que a resposta à segunda indagação depende fundamentalmente da solução da primeira, da qual é conseqüência.

13) Diz-se, com efeito, que o limite de oportunidade para a Administração desfazer os seus atos imperfeitos é demarcado pela constituição de situações jurídicas definitivas ou de direitos subjetivos individuais. Também se alude aos atos de consumação instantânea, que pela sua própria natureza não podem ser revistos ou desfeitos. Mas, de modo geral, desde que o ato administrativo dê origem à formação de uma situação jurídica tida como definitiva, ou aperfeiçoe um direito subjetivo para o administrado, cessa, a partir daí, o ensejo para a Administração exercer o seu poder de auto-tutela e desfazer o ato. A constituição definitiva da situação jurídica e a criação de um interesse juridicamente protegido constrangeriam a autoridade administrativa a abster-se de corrigir, suspender ou cancelar o ato.

Esses limites, porém, são próprios, apenas, do poder de *revogação*, por conveniência administrativa de atos válidos — poder que não se confunde com o de emendar e anular os atos ilegítimos ou defeituosos.

Portanto, afirmar-se que a Administração não pode anular os atos de que se tenham originados direitos subjetivos individuais é dizer nada. A tese da imutabilidade dos atos administrativos baseada nos direitos adquiridos constitui um sofisma e envolve uma petição de princípios, pois o que se precisa demonstrar é exatamente se o ato acoimado do imperfeito é ou não idôneo para criar tais direitos. Os direitos e situações validamente formados — esses não podem ser alterados nem por lei, por força de prescrição constitucional. A administração só pode obviamente anular o que é nulo ou ilegal e como “nenhum direito pode emanar para as pessoas em benefício das quais foi realizado o ato ilegal”, daí decorre que nenhum obstáculo pode ser oposto, sob esse aspecto, à ação corretiva da autoridade. Quanto a supostos limites temporais também não existem. Como bem o diz D’ALESSIO, “a revogação por motivo de ilegitimidade poderá ocorrer

em qualquer caso e em qualquer momento. A jurisprudência administrativa mais recente firma o princípio de que a revogação de um ato ilegítimo constitui não somente uma faculdade como um dever do órgão que o tenha emanado, e para o que *não tem qualquer limite de tempo*” (*Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Torino, Utet, 1946, Tomo II, n.º 464, pág. 222”).

E é curial: *se o ato por nulo e ineficaz que é, não cria situações ou direitos subjetivos legítimos, nada poderá alcançar o pseudo-beneficiado contra o desfazimento dele, pela Administração, em qualquer tempo*, quer esteja ele, beneficiado, tirando ou não algum proveito jurídico ou econômico do ato vicioso.

14) a essência do problema, o aspecto primordial e principal da questão a esclarecer-se consiste, pois, em saber-se se e quando no ato administrativo pode gerar direitos subjetivos ou constituir situações jurídicas perfeitas. *Excluídos os casos de manifesta, direta e frontal violação ao próprio texto da lei, em todos os demais podem tais direitos e situações surgir legitimamente de modo a trancar definitivamente o poder administrativo de cassação do ato?*

A resposta, evidentemente, tem de ser negativa, pois os atos administrativos nulos, dos quais não podem originar-se conseqüências válidas, não são apenas os praticados com agressiva e direta ofensa ao mandamento legal.

15) A teoria das nulidades no Direito Administrativo é fundamentalmente influenciada pelo princípio do interesse público, inspirador de toda a atividade da Administração. Esta influência dominante da tutela do interesse público, põe em evidência dois outros princípios, também de observância estrita pela Administração: os princípios da moralidade administrativa e da finalidade, que constituem *pressupostos de validade de toda conduta da autoridade pública* e segundo os quais devem ser preservadas, em quaisquer situações, a honestidade nos negócios públicos e o objetivo de atender às exigências da comunidade e o bem-estar coletivo, acima de quaisquer conveniências de ordem individual.

Esses caracteres iminentes do funcionamento da máquina administrativa — verdadeiros pressupostos da legitimidade de todos os seus atos e ações — e que, em última análise, se resumem na prevalência do interesse público, tornam por isso mesmo insuficiente e, até certo ponto imprestável, o sistema rígido de aferição da validade dos atos jurídicos utilizado no direito privado e, por outro lado, conferem aos vícios dos atos administrativos um valor relativo que se reflete na medida da sanção aplicável, de tal sorte que um mesmo defeito, abstratamente considerado, tanto poderá acarretar a nulidade incurável e absoluta do ato, como inclusive permitir que seus efeitos subsistam, dependendo da maior ou menor intensidade com que tenha sido afetado no interesse público.

16) E foi justamente em razão da onipresença desse superior princípio do interesse público que os autores, em geral, acordaram na insuficiência das regras disciplinadoras da validade dos atos jurídicos do direito

privado, para introduzir no Direito Administrativo causas e motivos de nulidades desconhecidas ou minimizadas naquele ramo do direito, como sejam a anulação por vício de motivo ou desvio de finalidade.

SEABRA FAGUNDES, autoridade da maior expressão nas letras jurídicas do país, anotando que “no Direito Civil prevalece a consideração da natureza intrínseca do vício e da gravidade dela, *a priori* estabelecidas, de sorte que, sejam quais forem as repercussões do anulamento em espécie, o mesmo vício acarreta sempre a mesma conseqüência”, assim se refere aos caracteres do sistema de nulidade do Direito Administrativo:

“No Direito Administrativo, importa menos a natureza do defeito em si do que as repercussões que a invalidez do ato, atentas as circunstâncias eventuais, venha trazer ao interesse público, pelo que um mesmo vício pode, muita vez, acarretar conseqüências diversas” (*O Controle dos Atos Administrativos*, ed. 1967, pág. 65).

E, propondo um novo e mais consentâneo critério de aferição da validade dos atos administrativos, o faz levando em consideração exatamente os parâmetros traçados por aqueles postulados eminentes, que devem inspirar permanentemente todo o exercício da atividade do Poder Público: acima da natureza intrínseca do vício mensurará o sancionamento do defeito “a afetação maior ou menor do interesse público, pela declaração da invalidez do ato vicioso”. Dentro de tal critério, o autor declara absolutamente inválidos os atos

“... que violam regras fundamentais atinentes à manifestação da vontade, ao motivo, ao objeto, à finalidade ou à forma, havidas como de obediência indispensável pela sua natureza, *pelo interesse público que as inspira* ou por menção expressa da lei.

Carecem de qualquer valia jurídica. Não operarão efeitos, tendo-se como inexistentes os acaso consumados. Razões de interesse público e de moralidade administrativa levam a fulminá-los” (op. cit., pág. 71).

16) O princípio inspirador do acautelamento e da defesa do interesse público dá, a toda sorte, o padrão, a regra basilar para a desconstituição dos atos administrativos viciosos. Superpondo-se a qualquer interesse individual, tanto seja grave o comprometimento que venha a sofrer o interesse público, a moralidade administrativa ou o bem-estar coletivo, o ato deve ser considerado nulo e inoperante, valendo, a esse propósito, lembrar-se a advertência de A. ROYO VILLANOVA:

“En el Derecho Publico los vicios tienen un carácter relativo. Esta relatividad esta justificada por el interés público

predominante. Como dice ALIBERT, hay que guardarse de las matemáticas jurídicas” (*Elementos de Derecho Administrativo*, Valladolid, 1960, Tomo I, pág. 121).

E também do sempre citado RAFAEL BIELSA que, conquanto aceitando a aplicação de certas regras do direito privado, destaca o caráter diferencial dos dois sistemas:

“Los principios que dominan en el derecho privado sobre nulidades son también — como principios generales — de aplicación en la esfera del derecho público. Pero, en virtud de la especial naturaleza de los actos administrativos, especialmente en razón del fin público o social de la actividad administrativa y de la distinta competencia legal de los agentes u órganos administrativos, impónese la determinación de un regimen de anulación propio de los actos administrativos” (*Derecho Administrativo*, Tomo I, pág. 271).

17) Das lições e observações aqui transcritas, já se pode bem verificar que, no Direito Administrativo, não se reputam nulos e inoperantes apenas os atos praticados com direta e frontal desconsideração à lei. *Muito embora ao ser concedida a licença para a construção do “Centro Financeiro da Guanabara” tenha se verificado justamente isto — violação manifesta de regras legais*, também a infração disfarçada, oblíqua ou escamoteada de norma de direito e a lesão subreptícia do interesse público que a norma tende a proteger podem eivar de nulidade absoluta o ato assim praticado, privá-lo de quaisquer efeitos válidos e justificar a ação corretiva e de auto controle de legalidade por parte da Administração.

E vem a propósito neste passo, o magistério sempre autorizado de HELY LOPES MEIRELLES:

“Desde que a Administração reconheça que praticou um ato contrário ao direito vigente, cumpre-lhe anulá-lo o quanto antes, para restabelecer a legalidade administrativa. Se o não fizer, poderá o interessado pedir ao Judiciário que verifique a ilegalidade do ato e declare a sua invalidade, através da *anulação*.

O conceito de ilegalidade ou ilegalidade, para fins de anulação do ato administrativo não se restringe somente à violação frontal da lei. Abrange, não só a clara infringência do texto legal, como também o *abuso*, por excesso ou desvio de poder (excès de pouvoir — détournement de pouvoir — a viamento di potere — desviación de poder — abuse of discretion). *Em quaisquer dessas hipóteses, quer ocorra atentado flagrante à norma jurídica, quer ocorra inobservância velada da lei ou do regulamento, por desvio de seus fins, o ato administrativo pa-*

*dece de “vício de ilegitimidade” e se torna passível de invalidação pela própria administração, ou pelo Judiciário, por meio de anulação.*

*A ilegitimidade, como toda fraude à lei, vem quase sempre dissimulada sob as vestes da legalidade. Em tais casos é preciso que a Administração ou o Judiciário desçam ao exame dos motivos, dissequem os fatos e vasculhem as provas que deram origem à prática do ato inquinado de nulidade. Não vai nessa atitude qualquer exame do mérito administrativo, porque não se aprecia a conveniência, a oportunidade ou a justiça do ato impugnado, mas unicamente a sua conformação formal e ideológica, com a lei em sentido amplo, isto é, como todos os preceitos normativos que condicionam a atividade pública.*

Firmado que a anulação do ato administrativo só pode ter por fundamento a sua ilegitimidade ou ilegalidade, isto é, a sua invalidade substancial e insanável *por infringência clara ou dissimulada das normas e princípios legais* que regem a atividade do Poder Público, vejamos quais são os efeitos do pronunciamento de invalidade de tais atos, quer emane da própria administração, quer provenha do Poder Judiciário.

*Os efeitos da anulação dos atos administrativos retroagem às suas origens, invalidando as conseqüências passadas, presentes e futuras do ato anulado. E assim é porque o ato nulo (ou inexistente) não gera direitos ou obrigações para as partes; não cria situações jurídicas definitivas; não admite convalidação”* (op. cit., págs. 212/214).

\* \* \*

18) O conceito de “ilegalidade manifesta”, tão exalçado pela inicial, é um conceito equívoco, despido de qualquer significação prática; e não faz o menor sentido falar-se de “atos manifestamente ilegais” como categoria especial dos atos nulos. *A ilegalidade ou é ou não é; existe ou não existe.* A aparência externa do ato vicioso (ostensiva ou mascaradamente ilegal) nada tem a ver com a essência e qualidade íntima do seu vício. *A ilegalidade pode estar dissimulada ou posta debaixo de disfarces, mas uma vez identificada, torna-se manifesta.* E no ato apesar de todos os disfarçamentos, será, do mesmo modo que o ostensivamente ilegal, um ato manifestamente ilegal e igualmente nulo. No que tange à sua eficácia, tanto faz que a antinomia entre o ato e o mandamento da lei seja obscura ou aparente; se essa antinomia disser respeito a elemento substancial do ato, a nulidade ocorrerá em qualquer dos dois casos.

No atual estágio de desenvolvimento técnico da atividade administrativa, quando o dever de obediência à lei já se transformou em um sentimento natural e espontâneo de respeito à ordem jurídica, bem é de se ver que só por exceção raríssima se poderia conceber a prática de atos com dolosa violação da letra escrita da lei. Na esmagadora maioria dos

casos a ilegalidade aparecerá sempre dissimulada ou fantasiada. Caberá então, ao agente administrativo — como também procede o juiz — dissecar o ato, contrastar cada um dos seus elementos com os textos legais, examinar a sua conformidade com as finalidades de interesse público que o ordenamento administrativo quer realizar, praticando, em suma, uma operação de revelação do real conteúdo do ato, que, se mostrar ilegal, obrigará o agente a anulá-lo.

\* \* \*

19) Neste ponto, cabe chamar a atenção para a indesculpável — ou propositada — confusão em que incorporem os Impetrantes, tentando, talvez, projetá-la ao espírito dos ilustrados julgadores. Na inicial, a pretexto de caracterizarem “O Limite do Poder de Revogar e Desfazer os Próprios Atos, de que desfruta a Administração”, invocam a lição de vários e abalizados juristas pátrios e estrangeiros.

Mas, os textos trazidos à colação cuidam principalmente da *revogação*, *stricto sensu*, dos atos administrativos. *Revogação* não se confunde com *anulação*. A *revogação* é forma de desfazer atos lícitos 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 a legalidade inspiradora de toda a atividade administrativa não permite subsistirem.

A *revogação* tem limites, porque, sendo o ato válido, dá lugar a situações jurídicas regulares e direitos subjetivos igualmente válidos, que não podem ser atingidos para 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 iniciativa da autoridade administrativa (*Quod nullum est, nullum producit effectum — Quod nullum est, nulla tractu temporis convalescere potest*).

### III

#### INOCUIDADE, PARA O JULGAMENTO DESTE MANDADO DE SEGURANÇA, DE QUALQUER DISPOSITIVO DA “LEI DE INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS”

20) Dentro desta ordem de idéias, não obsta à *anulação* da licença de construção eivada de vício substancial, a circunstância de existir *memorial de incorporação inscrito no Registro de Imóveis*.

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 *iuris tantum*”, que “deve ser tida *pro veritate* enquanto se não cancelar ou anular”.

21) 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 da natureza das presunções relativas, que valem somente até prova em contrário negatória do que afirma. Por isso mesmo, do transcrito artigo 293, disposição mal transplantada do sistema alemão, deve ser entendido nos seus justos e adequados termos.

22) 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 e ao próprio registro” e das “mistas” as nulidades obliquas 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 de 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 concedida uma licença de construção inválida e ineficaz, licença, 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 — lembre-se — o registro não é ato independente e desvinculado do título. Vale o que vale o título.

23) As lúcidas observações de ilustre representante do Ministério Público, já tantas vezes referido nas presentes razões, destacam a inocuidade da Lei de Incorporações Imobiliárias para impedir que a Administração Pública anule uma licença de construção:

“A Lei 4.591, em si, apenas contém regras que regulam a venda de unidades nos condomínios verticais, e só.

Em suma, tal diploma legal regula as relações jurídicas entre incorporador e adquirente, e não relação entre este e o Poder Público, inexistentes.

Não pode haver reflexos do diploma legal no âmbito da administração pública, apenas fiscal da sua observância.

A inscrição do memorial de incorporação não pode gerar mais direitos ao adquirente do que aqueles que tem o incorporador, como, em última análise, se pretende” (EUGÊNIO DE VASCONCELOS SIGAUD — Parecer citado).

24) E repetindo, para enfatizá-lo, argumento já aduzido na presente petição, tornemos a assinalar que, *quando a Administração declara nula a licença por vício de legitimidade* — ato que nitidamente se distingue da revogação, sendo imperdoável a confusão em que, *data venia*, incide a esse respeito o parecer do ilustre professor CIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA — *não viola de forma alguma o direito dos compromissários. É claro que tal direito não subsiste, mas, unicamente, porque vem a lhe faltar um pressuposto necessário.*

#### IV

#### “MUDANÇA DE CRITÉRIO COM RELAÇÃO A UM ÚNICO CASO”: SUA INEXISTÊNCIA

25) Uma das teclas em que mais insistem os impetrantes é a de que “ocorreu uma simples mudança de critério administrativo, pela mudança do Sr. Secretário de Obras Públicas; e o que é intolerável é que esta mudança se verificou unicamente com relação à obra já licenciada e já em construção, do “Centro Financeiro da Guanabara”, voltando a ser seguido o mesmo critério com referência às três outras construções retro mencionadas, caracterizando um intolerável tratamento discriminatório” (*sic*, fls. 28).

Entretanto, como incisivamente foi informado pela autoridade impetrada:

“Tais precedentes em nada se identificam, ou mesmo se assemelham, com o escândalo que está sendo examinado. Daí porque — convém repetir — é falsa aquela afirmação dos impetrantes, conforme passará a ser demonstrado.

Nos três “precedentes” citados *não há proibição de tráfego nos logradouros para os quais os terrenos têm testada*, resstando, pois, livre a aplicação dos artigos 33 e 34 do Regulamento de Zoneamento, que permitem a elevação do gabarito. Não era,

pois caso de aplicação do item “a” do art. 51 do Regulamento de Construção e Edificações.

Nos “precedentes” invocados os logradouros possuem largura superior a 8 (oito) metros e, por conseguinte, não há as restrições do item 4, da Nota 3, do Quadro 8 do Regulamento de Zoneamento, em combinação com o item 2 do artigo 6.º do Decreto “E” n.º 3.800, de 20-4-70.

Quanto ao artigo 71 do Regulamento de Zoneamento o mesmo não tem qualquer ponto de referência com os casos citados” (284).

E após fazer essas considerações, de ordem geral, que por si sós já demonstram a disparidade de situações entre o “Centro Financeiro da Guanabara” e os edifícios apontados como seus “similes”, o Sr. Secretário de Obras Públicas passa a analisar, minuciosamente, as hipóteses referentes a cada um desses outros edifícios, para concluir, irresponsavelmente, que não há qualquer paralelismo entre as condições em que foram licenciados, de um lado, o edifício garagem em questão, e, de outro, as construções dadas como semelhantes.

As informações da autoridade impetrada, pela riqueza de seus detalhes, dispensam maiores explanações para que refutado venha a ser o argumento dos impetrantes.

\* \* \*

Feitas estas considerações, a Procuradoria Geral do Estado quer, por último, deixar bem esclarecida a razão pela qual não analisou, na presente petição, o parecer junto, por publicação, às fls. 147, de autoria do ilustre Dr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ex-Procurador-Geral do Estado.

A razão é simples: dito parecer jamais adquiriu força vinculativa, quer para a Administração, quer para a própria Procuradoria Geral.

Não vinculou a Administração porque não chegou a ser *aprovado* pelo Exm.º Sr. Governador. E não submeteu, aos seus termos e conclusões, esta Procuradoria Geral, porque não teve a natureza de um parecer *normativo*.

Infundada e injustificada, pois, é a importância que o impetrantes atribuem a esse parecer, o qual, pela razão acima indicada, é ineficaz para balizar a orientação jurídica a ser seguida por este órgão.

\* \* \*

Por todas as razões que aqui foram expostas, eminente Relator, e confiando, especialmente, nos valiosos suplementos que serão acrescidos, por Vossa Excelência e demais julgadores, para a fiel e exata compreen-

são da matéria — o Estado da Guanabara, por sua Procuradoria Geral, espera e confia que esse Egrégio Tribunal:

- a) acolha a preliminar de ilegitimidade dos Impetrantes para a causa, ou a de inexistência de direito líquido e certo;
- b) se, "ad argumentandum", vier o pedido a ser apreciado em seu mérito, seja ele denegado, com o reconhecimento da legalidade do ato do Exm.º Sr. Secretário de Obras Públicas,

condenados os Impetrantes, em qualquer hipótese, ao pagamento das custas e honorários advocatícios.

JUSTIÇA!

Rio de Janeiro, 19 de fevereiro de 1973.

MÁRIO ALEXANDRE CAMPOS MENDONÇA  
Procurador do Estado

### RAZÕES FORENSES

*Suspensão da execução pela propositura de ação rescisória. Decreto-lei n.º 1.030, de 1969. Inexistência de ofensa à garantia constitucional da coisa julgada.*

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 2.ª VARA  
DA FAZENDA PÚBLICA.

O ESTADO DA GUANABARA, nos autos da ação ordinária, ora em execução de sentença, movida nesse Juízo por Ernesto da Silva Pereira e outros, não se conformando, *data venia*, com a respeitável sentença de fls. 174/6, que rejeitou no mérito os embargos opostos pelo Estado à execução (fls. 131/2), vem interpor, contra tal decisão, o presente recurso de

### A P E L A Ç Ã O

com fundamento no art. 820 do Código de Processo Civil, requerendo que, recebido no duplo efeito, seja processado nos termos legais e encaminhado à Egrégia 3.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, de competência preventiva.

P. Deferimento.

Em 17 de dezembro de 1971.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA  
Procurador do Estado

### RAZÕES DO APELANTE

#### I — Do cabimento da apelação

1. Requerida pelos Apelados a execução da sentença, embargou-a o Apelante a fls. 131/2, pedindo fosse ela sobrestada, nos termos do art. 882, § único, no Código de Processo Civil (dispositivo acrescentado pelo Decreto-lei n.º 1.030, de 21/10/1969), pois já fora ajuizada pelo Apelante ação rescisória do V. Acórdão exequendo.

O pedido de sobrestamento constitui modalidade de embargos fundados em nulidade da execução. Com efeito, se a lei dispõe que, com a propositura da ação rescisória, se suspende a execução, é fora de dúvida que nenhum ato do processo executório, sob pena de nulidade, pode praticar-se na pendência da rescisória. A sentença fica desprovida de efeito executório, e a falta deste torna nula a execução (cf. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. V, 1.ª ed., pág. 379, nota 9).

Fundando-se em nulidade da execução, têm os embargos o efeito suspensivo previsto no art. 1.010, n.º III, do Código de Processo Civil. Isso quer dizer que, denunciada ao Juízo da execução, pelo embargante, a propositura da rescisória, já não pode a execução prosseguir. E de fato, na espécie, não prosseguiu, tendo-se aberto o contraditório entre as partes, acerca da matéria deduzida nos embargos.

2. Admitem doutrina e jurisprudência que o juízo da execução rejeite liminarmente os embargos do executado por inadmissíveis. Nessa hipótese, terminando sem julgamento de mérito o processo dos embargos, cabível é o agravo de petição (Código de Processo Civil, art. 846).

Quando, porém, o juízo aprecia a matéria discutida nos embargos e rejeita-os por entendê-los *infundados*, profere decisão *definitiva*, e como tal suscetível de apelação (Código de Processo Civil, art. 820). É o ensinamento, *v.g.*, de PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1.ª ed., vol. VI, pág. 27; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições cit.*, vol. V, pág. 387; LIEBMAN, *Processo de Execução*, 2.ª ed., pág. 151. No mesmo sentido, a jurisprudência dos nossos tribunais, como se vê dos Acórdãos citados por ALEXANDRE DE PAULA, *O processo civil à luz da jurisprudência*, vol. XXXV, n.ºs 37.655, 37.656-A, 37.656-B, 37.658, 37.668-O, etc.

*In casu*, o honrado julgador a quo sem dúvida apreciou o mérito dos embargos, desacolhendo o pedido de sobrestamento da execução, por entender *inconstitucional* a norma do art. 882, § único, do Código de Processo Civil. Inquestionável, pois, o cabimento da apelação. Aliás, o próprio Dr. Juiz recorreu de ofício, aplicando, naturalmente, a regra do art. 822, § único, n.º III, referente à apelação necessária.

#### II — Da nulidade da sentença apelada

3. No presente recurso, pleiteia o Apelante, em primeiro lugar, a cassação da respeitável sentença apelada. Está ela, realmente, eivada de