

ticulares de gente poderosa, sem contudo resolver de modo definitivo, pelo menos correto, a situação dos pobres moradores, obrigados a se deslocarem de um para outro cortiço.

Lamentavelmente, tudo isso reponta em numerosas passagens dos autos, firmando-me ainda mais a convicção de favorecimento os novos elementos colhidos na leitura de documentos existentes nos arquivos da DPHAN, freqüentemente citados ao longo da exposição que instrui êste parecer.

Como ficou demonstrado, de modo exaustivo, a legalização a título precário das construções clandestinas na "Casa do General Osório" só pode ser entendida como sendo um ato nulo de pleno direito, pela simples razão de que semelhante medida foi pleiteada e autorizada *contra legem*. A expressão "a título precário" possui uma elasticidade extraordinária, direi mesmo miraculosa, pois é capaz quase sempre de coonestar as mais gritantes irregularidades administrativas.

Quanto ao estado atual do prédio tombado, cabe considerar, por fim, que se a DPHAN houvesse porventura exorbitado ao tomar a decisão de tombar um pardieiro — para usar a classificação da proprietária e de seus procuradores no Brasil —, não conseguindo cancelar o tombamento pela via administrativa, a proprietária poderia e deveria recorrer aos tribunais, provando que o prédio em questão não possui (ou não possuía) os indispensáveis requisitos arquitetônicos e históricos, para ser considerado monumento nacional, e que a União Federal, assim procedendo, exercia contra ela um abuso de poder, lesando-a em direito legítimo e incontestável.

Assim não procedeu a proprietária, limitando-se a formular o protesto judicial, acima referido, apenas com o propósito de interromper a prescrição, relativamente à impugnação rejeitada pelo Conselho Consultivo do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

De qualquer modo, pardieiro ou não, o prédio tombado é perfeitamente recuperável, podendo ser reintegrado nas suas linhas tradicionais, de acôrdo com o parecer da DPHAN, tanto assim que, por ocasião do sesquicentenário do nascimento do General Osório, a comissão encarregada das comemorações, presidida pelo eminente General Estêvão Leitão de Carvalho, pleiteou com empenho a desapropriação do imóvel, para ali serem instalados serviços culturais do Ministério da Guerra.

A sugestão foi acolhida pelo Governo Federal, conforme se depreende da Mensagem n.º 391, remetida pelo Presidente Juscelino Kubitschek de Oliveira ao Congresso Nacional, em 12-9-1959, submetendo projeto de lei que autoriza o Poder Executivo a abrir, pelo Ministério da Guerra, o crédito especial de Cr\$ 20.000.000 (vinte milhões de cruzeiros) para atender às despesas de aquisição, de reforma do prédio respectivo e de instalações da sede do Museu do Exército e do Instituto de Geografia e História Militar do Brasil.

O projeto ainda não teve solução. E o governo federal, seguramente por êste motivo, não pôde ainda efetivar ou completar a desapropriação

do imóvel. Permanecendo de propriedade particular, não se justificaria o dispêndio de dinheiros públicos na reparação definitiva da "Casa do General Osório". A DPHAN não se opõe ao projeto, aguardando apenas que o prédio da Rua Riachuelo n.º 303 seja convertido em próprio nacional, para proceder no mesmo a uma restauração completa, atendendo à destinação cultural que lhe fôr atribuída.

Resta examinar, por último, a situação dos moradores das dezesseite (17) casas nos fundos, como do próprio prédio tombado. O Estado tem o dever de assisti-los, propiciando a sua remoção para local adequado. Nesse sentido, deve ser ouvida a Secretaria de Serviços Sociais, que há de encontrar, certamente, uma solução menos precária, sobretudo mais humana que a do despacho concessório, que só veio, no caso, aumentar a aflição dos aflitos.

É o meu parecer, *sub censura*.

Rio de Janeiro, 27 de julho de 1965.

FRANCISCO DE ASSIS BARBOSA  
Procurador do Estado

### TOMBAMENTO. COMPETÊNCIA DO ESTADO. LICENÇA DE OBRA EM VIGOR

A matéria jurídica debatida neste processo pode sintetizar-se nas seguintes questões:

1.<sup>a</sup>) Tem o Estado competência para proceder ao tombamento de imóveis de valor histórico e artístico?

2.<sup>a</sup>) No caso afirmativo, obstará ao legítimo exercício dessa competência a circunstância de ter sido concedida judicialmente aos proprietários a retomada do imóvel para demolição e nova construção? E a existir licença em vigor, outorgada pela própria Administração estadual, para as referidas obras?

A tais pontos há de limitar-se o exame do problema por êste órgão, ao qual obviamente não cabe opinar sobre os aspectos técnicos do problema específico, a cujo respeito já existe, no processado, pronunciamento da repartição competente.

2. À primeira questão, afirmativa deve ser a resposta, pelas razões que se passam a expor. A proteção às "obras, monumentos e documentos de valor histórico ou artístico", bem como aos "monumentos naturais, paisagens e locais dotados de particular beleza", de que trata o art. 175 da Constituição de 1946, não é incumbência privativa do Governo Federal, como ressalta do texto do dispositivo, que se refere, genericamente, ao "poder público". Tampouco no art. 5.º, e em particular nas várias le-

tras do seu inciso XV, preceito algum se depara que reserve em caráter exclusivo à União o poder de tomar providências tendentes àquela proteção, ou de legislar acerca da matéria.

Por conseguinte, e à vista do que dispõe o art. 18, § 1.º, da Lei Magna ainda vigente, não se justifica, ao nosso ver, a conclusão a que chegou o digno Assistente Processual da Secretaria de Governo, para quem não pode haver, nesse terreno, “legislação estadual autônoma, apenas complementar”. Invoca S. S.<sup>a</sup> a letra do art. 23 do Dec.-lei n.º 25, de 30-11-1937; mas é preciso considerar, antes de mais nada, a época em que se editou semelhante diploma, sob regime constitucional muito diverso do que hoje nos rege. Aliás, mesmo no domínio da Carta de 1937, duvidoso seria o acerto da tese, ou duvidosa a constitucionalidade da norma ordinária que a consagrasse, ainda que contida em Decreto-lei — pois a este, afinal, no Estado Novo, não se reconhecia a força, modernamente atribuída aos Atos Institucionais e Complementares, de sobrepor-se à própria Constituição; e a de 10 de novembro, centralizadora como era, também não subtraía a matéria, entretanto, à competência dos Estados-membros.

Não nos surpreenderemos, ante o plano inclinado por que vai rolando, no Brasil, o princípio federativo, se em breve estiver incorporada ao direito positivo brasileiro, por obra e graça da reforma constitucional em processamento, a doutrina sustentada no parecer. Mas, por enquanto, não nos sentimos inclinados a aderir a ela. E conforta-nos, em tal posição, o ensinamento de especialistas como HELI LOPES MEIRELES, que assim se pronuncia:

“Compete à União, precipuamente, legislar e prover sobre o patrimônio histórico e artístico nacional, por se tratar de atividade de interesse geral da Nação, mas os Estados-membros e municípios poderão secundar a ação federal nos limites de seus territórios, mediante acôrdo com o governo central, ou mesmo isoladamente no uso de sua autonomia constitucional, e em defesa das coisas e locais dignos de proteção do Poder Público” (*Direito Administrativo Brasileiro*, pág. 485).

O que existe, ao propósito, é pois a *competência concorrente* das várias entidades políticas, cada uma das quais, nos respectivos raios de alcance, provê, no plano legislativo e no administrativo, à tutela dos aludidos bens. Nem seria razoável outra disciplina, levando-se em conta que, em alguns casos, o interesse na proteção será *especificamente local*, do Estado ou do Município em que esteja situado o bem, ou a cuja história se ligue o monumento ou o documento.

3. Quanto à interpretação dada pelo Sr. Assistente Processual ao art. 75 da Constituição da Guanabara, quer-nos parecer, *data venia*, estreitamente literal. Ao dizer que “o Estado protegerá de modo especial, em colaboração com os órgãos federais competentes, os bens naturais, assim

como as obras e os monumentos de valor histórico, artístico e cultural situados no seu território”, não proíbe tal regra, ao nosso ver, que a Administração estadual, *no que afetar interesse local específico*, aja por si mesma, sem vinculação à federal. A alusão do texto à “colaboração com os órgãos federais competentes”, entendemo-la como uma recomendação no sentido de que o Governo do Estado, sempre que houver *interesse comum*, concerte os seus planos como os da União, harmonize com a dela a sua atividade, em ordem a evitar choques ou, quem sabe, reduplicações superfúas. Note-se que a cláusula, na redação do art. 75, abrange também a parte referente às “iniciativas que desenvolvem e estimulem o turismo”; no entanto, ninguém suporá que a Guanabara, para incrementar a ampliação de sua rede hoteleira, por exemplo, ou para encorajar a promoção de festivais artísticos ou de certames desportivos, fique adstrita a esperar que a Administração federal se disponha a empreender com ela uma ação conjunta.

Não nos impressiona, por outro lado, a dicção do parágrafo único do mesmo dispositivo, segundo o qual “a lei regulará o uso e a destinação desses bens, de modo que lhes garanta integridade, perenidade e inalienabilidade”. Mal andaria, ao nosso ver, o intérprete que visse na expressão usada pela Carta Estadual o propósito categórico de excluir a edição de preceitos sobre a matéria em diploma que não se revista das características de *lei em sentido formal*. No terreno das regras edílicas, em que aqui nos situamos, é tradicional — e assenta, entre nós, no direito positivo, como ressalta do art. 572, *fine*, do Código Civil — o princípio de que a disciplina minuciosa das atividades que lhes constituem o objeto cai na zona de atuação dos *regulamentos administrativos*. Com efeito, a polícia de construções — onde a cada momento se tem de atender às novas exigências que o progresso técnico e a evolução das concepções urbanísticas vão criando e retocando sem cessar — escapa até, por sua natureza mesma, ao âmbito rigidamente delimitado, e de contornos pouco elásticos, das normas legislativas. Aliás, na pior hipótese, caberia invocar aqui, ante a circunstância de não ter a Assembléa elaborado lei a respeito, o moderno entendimento doutrinário sobre a extensão do poder regulamentar do Executivo, ilustrado, *v. g.*, pela lição de CARLOS MEDEIROS SILVA, *O poder regulamentar e sua extensão*, in *Rev. de Dir. Adm.*, vol. 20, págs. 1 e segs., que assim se exprime:

“Ainda que o regulamento em regra pressuponha uma lei anterior à qual se acha vinculado, expressamente, a doutrina reconhece que pode ocorrer o contrário. *Mesmo sem lei anterior e ante a inércia do Legislativo, o poder regulamentar se pode exercer, quando interesse relevante, cuja tutela cabe ao Executivo prover, o reclame*” (pág. 2; sem grifo no original).

4. Ainda nessa ordem de considerações, vale a pena assinalar que já o velho Código de Obras do antigo Distrito Federal (Dec. n.º 6.000, de

1-7-1937), no Título I do Capítulo XX, tratava da “defesa dos aspectos paisagísticos, dos pontos panorâmicos da cidade, dos monumentos e das construções típicas, históricas e tradicionais”. Transcreva-se, por pertinente, o § 10 do art. 489:

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

A referência à desapropriação, no texto, é, à evidência, meramente exemplificativa. “No caso de se tornar necessário”, desapropriar-se-á; fora daí, quando bastarem outras providências, menos gravosas — como o tombamento —, delas se lançará mão. O poder de tomar está implícito no preceito, de sorte que, dando ao raciocínio todo o seu desenvolvimento, não é absurdo considerar o Dec. “N” n.º 346 como uma explicitação — ou, em última análise, como uma modificação — do que já dispunha o Código de Obras. Ora, a doutrina predominante nesta Procuradoria Geral, e vitoriosa na jurisprudência do Tribunal de Justiça, tem sustentado a legitimidade das alterações introduzidas no texto daquele diploma por decretos (v., na *Revista de Direito da PRG*, os pareceres dos Procuradores GUSTAVO PHILADELPHO AZEVEDO, no vol. 6, pág. 502; ROBERTO PARAÍSO-ROCHA, no vol. 13, pág. 149; e do signatário do presente, no vol. 13, pág. 193).

Do que ficou dito não se infira que, para nós, o Dec. “N” n.º 346 é perfeito e incensurável em tôdas as suas disposições. Longe disso: o texto, que reproduz fielmente, *mutatis mutandis*, o do Dec.-lei n.º 25, em vários pontos avançou, parece-nos, além do que poderia. Não se teve na devida conta, ao redigi-lo, o fato de que o modelo escolhido era um diploma *com força de lei*, e mais de lei federal. Por isso se deparam, no “Anexo” do Decreto, normas que interessam até ao direito processual, como as dos §§ 4.º e 6.º do art. 17... Seria um pouco excessivo opinar pela validade de regras contidas em *Decreto estadual* sobre requisitos de editais de praça, ou sobre prazo de exercício do direito de remição (com *ç* e não com *ss*, como erroneamente se lê no *Diário Oficial*)... Naquilo, porém, em que não se invadiu a esfera privativa da competência da União — e já vimos que está nesse caso a adoção de providências que limitem o direito de construir com vistas à proteção dos bens de valor histórico e artístico —, julgamo-nos autorizados a tê-lo por válido e operante. Que se impõe a revisão do “Anexo”, para escoimá-lo das demasias, nisso con-

vimos sem hesitar; mas que, nesse interim, como dá a entender o Sr. Assistente Processual, esteja a Administração impedida de proceder a tombamentos ou de apreciar impugnações, eis o que não vemos razões bastante fortes para afirmar.

5. Passemos, pois, vencida a preliminar, ao exame dos dois outros pontos. A indagação relativa à existência de decisão judicial, já em execução, por força da qual se concedeu aos proprietários a retomada do imóvel, pouco relevante como é, dispensa resposta prolixa. Basta que se atente no seguinte: o Estado da Guanabara, porque estranho à lide que se decidiu, é igualmente estranho à coisa julgada que se formou, no processo da ação renovatória, entre locadores e locatária do prédio. Nem sequer mantém, com alguma das partes, relação jurídica dependente da que a sentença apreciou, de tal modo que se pudesse cogitar, quanto a *ê*, de *eficácia reflexa*.

Sem dúvida, a consumir-se o tombamento, ter-se-á obstado, não à *reprise*, obviamente, mas à realização prática do fim para o qual foi ela concedida, a saber demolição do imóvel e nova construção. Nem por isso estará a Administração exorbitando de sua competência, ou desrespeitando sentença judicial. O poder de tomar não fica cerceado, no seu exercício, pela circunstância de ter sido o prédio objeto de retomada para demolição, como o poder de desapropriar não ficaria cerceado pela circunstância de ter sido o imóvel objeto de vitoriosa reivindicação. Quando muito seria lícito cogitar-se da ocorrência de *deserção* de poder, se a Administração, num caso e noutro, se tivesse deixado conduzir pela intenção de favorecer ou prejudicar êste ou aquêlê interesse privado, antes que pela de atender ao interesse público. *But that's another story* — nada tem que ver, diretamente, com a autoridade da coisa julgada.

6. Mais sério o outro problema, atinente à existência de licença para construção de prédio de 10 pavimentos, no lugar do que lá está. A licença está em vigor, prorrogado que foi o prazo até 25-3-1968. Ora, o tombamento do imóvel, produzindo o efeito, entre outros, de proibir-lhe a demolição, importa manifestamente revogação tácita da licença. Daí a dúvida que não pode deixar de surgir: é lícito à Administração, *dentro do prazo de validade*, revogá-la?

Se tivéssemos de remontar, em nossa pesquisa, às raízes mais remotas, defrontar-nos-íamos, neste passo, com o árduo e intrincado problema da revogabilidade dos atos administrativos, sobre o qual, até hoje, tantas dissensões lavram entre os especialistas. Frise-se, de início, e com a maior ênfase, que aqui se cogita de *revogação*, e não de *anulação*. Essas duas figuras, às vêzes ainda confundidas, têm contudo perfis claramente distintos: a primeira incide sobre atos *válidos*, que a Administração desfaz por motivos de conveniência ou oportunidade; a segunda, sobre atos ilegais ou irregularmente praticados, incompatíveis com o ordenamento jurídico.

A Administração, segundo a tese predominante na melhor doutrina, e já agora acolhida, no Brasil, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (*Súmula*, n.º 346), é lícito cancelar, *ex parte proprio*, independentemente de prévio contróle jurisdicional, os atos ilegítimos que pratique. Caso se levantasse, contra a licença de construção outorgada aos proprietários do imóvel em foco, alguma arguição desse gênero, não comportaria discussão o assunto: comprovada a irregularidade, seria o caso de cassar-se, incontinenti, o ato inválido. Mas não é disso que se trata — ou, pelo menos, não contém o processado nenhum elemento de que se possa extrair, quanto à licença, qualquer suspeita de ilegitimidade. Nem se disse uma palavra, sequer, a respeito; a perspectiva em que se coloca a questão é apenas a da possível existência de interesse público, verificado posteriormente à concessão da licença, na preservação da integridade do prédio.

*Brevitatis causa*, para não nos perdermos em considerações teóricas muito extensas, tentaremos situar o tema no plano específico indicado pela hipótese. É revogável, dentro do prazo de validade, a licença de construção?

7. Não nos é de grande socorro, para o deslinde da questão, o direito positivo estadual. No Código de Obras, o dispositivo que à primeira vista se reputaria mais interessante para os nossos fins, por sua redação desalentadoramente viciosa, escassas luzes projeta, afinal de contas, sobre o assunto:

“Art. 103 — A aprovação de projetos apresentados por particulares, para obras, só é válida depois de pagos os emolumentos e taxas previstos em lei, podendo ser anulada, antes que esse pagamento se tenha verificado, caso seja necessário impor qualquer exigência legal, pela própria autoridade que tiver exarado o despacho de que tenha resultado a aprovação do projeto, ou por autoridade superior”.

A norma não se refere propriamente à licença, mas à aprovação do projeto; em todo caso, não seria essa a maior dificuldade, pois, enfim, a expedição do alvará é mera consequência do ato aprobatório: este se corporifica, se materializa, naquele. Passe, também, a impropriedade terminológica berrante no “válida”, que se tem de ler como “eficaz”: a aprovação, evidentiísimamente, desde que dada com observância das regras aplicáveis, é válida desde logo; apenas, *só produz efeitos para o requerente* depois do pagamento. Nem se conceberia que este tivesse o condão de validar aprovações ilegítimas; torna eficazes as legítimas, isso sim.

Mas o *punctus dolens* está na segunda parte do dispositivo (“podendo ser anulada...”). A circunstância de estabelecer-se aí uma *limitação temporal* ao exercício, pela Administração, do poder de cassar a aprovação do projeto, despertaria *a priori* a suspeita de que, no fundo, apesar da letra, se tivesse querido tratar de *revogação*. Num diploma como o Dec. n.º 6.000, cuja linguagem positivamente não prima pela precisão técnica,

tal quiproquó não seria de espantar. Nessa hipótese, o art. 103 faria irrevogável a aprovação do projeto a partir do instante em que se pagassem os emolumentos e taxas; por via de consequência, o alvará de licença já seria expedido com o sinete da irrevogabilidade, por todo o prazo em que houvesse de vigor. Mas com semelhante entendimento parece-nos difícil conciliar a cláusula “caso seja necessário impor qualquer exigência legal”: *revogação*, insista-se, nada tem que ver com exigências legais, mas unicamente com razões de conveniência ou oportunidade.

Se, por outro lado, considerarmos que o “anulada” quer dizer mesmo *anulada*, em sentido técnico, isto é, cancelada por vício de legitimidade — como a citada cláusula dá a entender —, o problema hermenêutico, embora não se resolva, desloca-se para área estranha à do problema que no momento se discute. Com efeito, assentado que o art. 103 não trata de *revogação*, mas verdadeiramente de *anulação*, deixa êle, *ipso facto*, de merecer atenção aqui. Noutro ensejo, seria interessante pesquisar como se harmonizaria o seu preceito com os princípios fundamentais na matéria: efetuado o pagamento, já não poderá a Administração “impor qualquer exigência legal”, porventura esquecida até então? Nem poderá mais anular o ato aprobatório, *ex hypothesi* praticado com preterição de exigência desse gênero?...

8. Evitemos, porém, a digressão. Excluída, por insatisfatórios os subsídios que ela ministra, a possibilidade de resolver-se o problema à simples luz da norma positiva, o recurso é valermo-nos dos princípios gerais. Aqui se impõe a consideração da espécie numa perspectiva que a doutrina e a jurisprudência costumam adotar em matéria de revogabilidade de atos administrativos: a da aptidão destes para dar nascimento a direitos subjetivos. Com muita frequência se ensina que o critério básico para identificar, na congêrie dos atos administrativos, aquêles que se não dê ter por irrevogáveis, repousa na existência de *direitos adquiridos* por força deles.

A ser assim, logicamente se imporia a conclusão de serem irrevogáveis as licenças de construção, dentro do prazo de validade, caso se considerasse que a partir da sua outorga existe, para o proprietário, *direito adquirido* à efetivação da obra. Cumpre, pois, verificar a exatidão dessa premissa, e o resultado da pesquisa determinará o sentido em que se há de responder à indagação. Para tanto, faz-se mister examinar a verdadeira natureza do chamado “direito de construir” e bem assim a do ato aprobatório do projeto — do qual decorre, como corolário imediato, a emissão da licença —, convindo esclarecer previamente que a expressão aspeada se usa aqui em acepção ampla:

“Para fins de direito, entende-se por construção toda realização material e intencional do homem, visando a adaptar o imóvel às suas conveniências. Nesse sentido tanto é construção a edificação ou a reforma, como a demolição, o muramento, a escavação, o atêrro, a pintura e demais trabalhos destinados a

beneficiar, tapar, desobstruir, conservar ou embelezar o prédio” (HELI LOPES MEIRELES, *Direito de construir*, pág. 15).

9. É com certa impropriedade que se emprega a palavra “direito” para designar o poder, reconhecido ao proprietário, de realizar, no seu imóvel, qualquer dos trabalhos a que alude a lição acima transcrita. Bem pesadas as coisas, tal poder é insito no próprio domínio, integrando-lhe o conteúdo, na medida que fixem as regras jurídicas pertinentes. Não há um “direito de construir” como figura *per se*, como entidade autônoma, *distinta e separada* da propriedade. A despeito da rubrica, isso já ressaltou nitidamente, do próprio texto do Código Civil, art. 572:

“O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos”.

“Rigorosamente” — nota com razão PONTES DE MIRANDA — “a lei refere-se ao poder de construir, usando a elipse de falar de direito onde, em verdade, é de poder que se trata. (...) Entenda-se, portanto: poder contido no direito de propriedade” (*Tratado de Direito Privado*, t. XIII, pág. 378). Ora, se assim é, fácil concluir que não há uma *aquisição do direito de construir*, distinta e separada da *aquisição do domínio*, não há *momentos diferentes* em que se dessem uma e outra. Ao tornar-se alguém proprietário, *ipso facto* se torna igualmente titular do poder de construir. O fato que o investe em tal poder não é outro senão o mesmo fato em virtude do qual se lhe atribuiu o domínio. *Não é, portanto, a aprovação do projeto, nem a emissão da licença de construção.*

Qual, então, a relevância jurídica da aprovação e da licença? Que papel representa, na economia da matéria, essa manifestação de vontade da Administração, se não é ela que gera, que faz nascer, que constitui o chamado “direito de construir”? Aqui é preciso recordar a distinção fundamental entre a *existência* e o *exercício* dos direitos e dos poderes jurídicos. Uma coisa é saber se um direito ou um poder *existe*, outra é saber se o respectivo titular satisfaz os requisitos postos pelo ordenamento para *legitimamente exercê-lo*. Pense-se no *direito de ação*, que como tal existe sempre, já que a todos é dado provocar o funcionamento do aparelho judiciário, reclamar do Estado a prestação jurisdicional; isso não obsta a que o *legítimo exercício* desse direito esteja condicionado à satisfação de certas exigências, que se consubstanciam nas vulgarmente chamadas “condições da ação”.

O poder de construir, que existe desde que exista propriedade, também sofre, como a propriedade mesma, as limitações e restrições que o ordenamento, em grau maior ou menor, põe ao seu exercício. Atente-se para as ressalvas da parte final do art. 572, e sobretudo, por importante aqui, para a menção aos “regulamentos administrativos”. O proprietário, enquanto proprietário, pode construir no seu imóvel; mas, para exercer

concretamente tal poder, há de atender às prescrições constantes daqueles regulamentos. Daí a intervenção, na matéria, da autoridade administrativa: a função que lhe toca não é a de *atribuir* ao proprietário, mediante a aprovação do projeto ou a outorga da licença, o poder de construir *in abstracto*, senão simplesmente a de verificar se, *in concreto*, se acham satisfeitos os requisitos das normas edículas a que remete a lei civil, como condição essencial, por esta mesma posta, *não para a aquisição*, mas *para o legítimo exercício* daquele poder. A aprovação do projeto, nessa perspectiva, é o ato pelo qual a Administração declara que, em tal data, estão preenchidos os requisitos, e portanto é lícito ao proprietário *exercer* o poder de construir, isto é, dar início aos trabalhos materiais que pretende realizar; o alvará de licença é o documento que comprova essa manifestação da autoridade, e habilita praticamente o proprietário a valer-se dela — pois, como já se viu, a expedição do alvará fica condicionada ao pagamento dos emolumentos e taxas, antes do qual não é eficaz (“válida”, na dicção defeituosa do art. 103 do Código de Obras) a aprovação do projeto.

10. As precedentes considerações podem ser resumidas dizendo-se que a relevância jurídica da licença está toda ligada ao *exercício* do poder de construir, não à *aquisição* dele. Não há que cogitar de um “direito adquirido à construção” em virtude da licença. Logo, na óptica adotada, não se há de enxergar na licença uma *irrevogabilidade* derivada da sua suposta aptidão para gerar tal direito.

Mais razoável nos parece admitir que a licença se torne irrevogável a partir do momento em que o poder de construir comece a ser exercido, ou seja, do momento *em que tenha início o trabalho de construção*. Realmente, se se reconheceu ao proprietário, com a aprovação do projeto e a emissão do alvará, a possibilidade de exercer legitimamente, *in concreto*, aquêlê poder, o começo desse exercício, reconhecido como legítimo, marca o ponto em que se cristalizam de modo definitivo, até o termo final do prazo de validade, os efeitos da manifestação de vontade da Administração, e concomitantemente perde esta a faculdade de retirá-la por motivos de mera conveniência ou oportunidade — sem prejuízo, por outro lado, da sua liberdade de ação no tocante às licenças porventura concedidas *contrariamente ao direito*, anuláveis a qualquer tempo.

Enquanto, porém, não se valeu o proprietário da autorização para exercer o poder de construir, nada impede, ao nosso ver, que a Administração, reconsiderando o assunto à luz de novos elementos, em que antes não atentara, e que evidenciem a incompatibilidade entre a realização da obra e o interesse público, modifique, por ato unilateral — dentro, é claro, das raias legais —, as *condições do legítimo exercício* daquele poder, em ordem a excluir tais ou quais modos de exercê-lo, agora tidos por vidos. Lícito lhe é, em semelhante hipótese, cassar a licença concedida, mas ainda não utilizada, ou emitir outro ato, como o tombamento, que na prática importe alteração, mesmo substancial, dos limites em que ao proprietário se permitiria *exercer* o poder de construir — *in casu*, obstar à demo-

lição do imóvel e sujeitar as obras de modificação a estrito contrôlo do órgão administrativo competente.

11. Não se infira do que ficou dito que, em nosso entender, tal revogação, expressa ou tácita, da licença possa sempre fazer-se sem qualquer ônus para a Administração. A licitude de um ato não exclui necessariamente o dever de compor as perdas e danos por êle eventualmente causados. Ai estão, a mancheias, os exemplos: a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, que nada tem de ilícita, só se pode promover mediante indenização (Constituição Federal, art. 141, § 16); tampouco é ilícita “a deterioração ou destruição de coisa alheia, a fim de remover perigo iminente” (Código Civil, art. 160, II), mas o dono, sem culpa do perigo, há de ser indenizado (arts. 1.519 e 1.520); conquanto obviamente lícita a execução provisória da sentença, fica o exequente obrigado a reparar os danos sofridos pelo executado, se afinal se reformar a decisão (Código de Processo Civil, art. 883, II). Ainda na ausência de norma expressa, é a solução que também se impõe, para nós, em hipóteses como a de que se trata neste processo.

Não seria justo, com efeito, que se deixassem de recompor os gastos comprovadamente realizados pelo proprietário, que se fiou na manifestação de vontade da Administração e agiu no pressuposto da sua provável fixidez. Embora não tivesse ainda começado a exercer o poder de construir, talvez já haja tomado providências preliminares dispendiosas, indispensáveis para tal exercício. O ressarcimento parece-nos de rigor. É, sem dúvida, o caso do imóvel em foco: há, pelo menos, as despesas com a elaboração do projeto de construção e as feitas no processo judicial que resultou na concessão da retomada — estas e aquelas instrumentalmente ordenadas ao exercício, que não chegou a iniciar-se, do poder de construir.

11. *Commoditatis causa*, resumiremos a seguir as nossas conclusões:

1.<sup>a</sup>) O Estado tem competência para promover o tombamento de bens de valor histórico e artístico, bem como para disciplinar a matéria, concorrentemente com a União. É legítimo, pois, salvo nos dispositivos em que invadiu área constitucionalmente reservada, em caráter privativo, à legislação federal, o Dec. “N” n.º 346, e legítimos os atos que se praticarem com fundamento nêle.

2.<sup>a</sup>) Não impede o tombamento de um imóvel a circunstância de haver decisão judicial, trântisa em julgado, que concedeu ao proprietário a retomada para demolição e nova construção, inexistindo razão para vislumbrar no ato administrativo qualquer ofensa à coisa julgada.

3.<sup>a</sup>) Tampouco obsta ao tombamento a existência de licença de construção relativa ao imóvel, ainda que regularmente expedida e em vigor. Equiparado o ato à revogação tácita da licença, fica o Estado, no entanto, sujeito a ressarcir ao proprietário os prejuízos que dêle lhe advenham, no *quantum* correspondente ao total das despesas já efetuadas como meio necessário para o exercício do poder de construir. Certamente não se for-

rá a tal consequência, na hipótese de procedimento judicial que o proprietário mova.

Não encerraremos estas considerações sem uma advertência que nos parece lícito fazer, sem extravasar da alçada dêste órgão. A tese aqui sustentada não é pacífica, e argumentos ponderáveis talvez se pudessem suscitar no sentido da irrevogabilidade da licença, e portanto no da ilicitude do tombamento. Por outro lado, na espécie, há vultosos interesses patrimoniais em jôgo. A Administração só deve resolver-se a dar o passo de que se cogita se estiver realmente convencida da existência de razões públicas sobremodo relevantes. Não nos cabe dizer se, de fato, as características do imóvel em questão justificam o considerá-lo, com tóda a objetividade, merecedor dessa especial tutela, tão gravosa para o dono; cabe-nos, porém, dizer que, para consumir-se a providência, tal consideração há de ficar assente, se nos é lícito usar, noutra contexto, a expressão norte-americana, *beyond any reasonable doubt*. Havendo a possibilidade, mesmo remota, de alegar-se contra o pretendido tombamento a ocorrência de *desvio de poder*, pense a Administração, antes de promovê-lo, não apenas as clássicas duas vezes, mas as setenta e sete vezes que o Evangelho nos exorta a perdoar aos ofensores. E só aja se, na verdade, o interesse público fôr tão manifesto e veemente que a autorize a relegar tudo mais para segundo plano.

*Sub censura.*

Rio de Janeiro, 26 de dezembro de 1966.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA  
Procurador do Estado

**EMOLUMENTOS DE OBRA. GUIA EMITIDA MAS NÃO PAGA.  
APROVAÇÃO DO PROJETO CANCELADA. EXIGIBILIDADE DO  
CRÉDITO FISCAL**

A Imobiliária Internacional Indústria e Comércio requereu, nos termos da lei vigente, a aprovação do projeto para construção de dois prédios de apartamentos em terreno situado à Rua Vítor Meireles.

Satisfeitas as exigências legais, foi, nos termos do artigo 95 do Decreto 6.000, de 1937, despachado favoravelmente o pedido de licença para as obras projetadas, seguindo-se a emissão da guia de pagamento dos chamados “emolumentos de obras”, cujas 3.<sup>a</sup> e 4.<sup>a</sup> vias se encontram neste processo, entregues as duas primeiras ao interessado para efetuar o pagamento dos ditos “emolumentos”.

Retirada a guia em abril de 1965, seguem-se, no processo, sucessivos pedidos de informação sobre o pagamento da mesma, sempre dando lugar