

Tôdas essas circunstâncias de fato e de tôdas essas razões de direito estão a autorizar a conclusão acêrca da ilegalidade do ato administrativo concessivo da aprovação do projeto de construção dos réus e da respectiva licença municipal, emanado por autoridade incompetente e ao arrepio do art. 572 do Código Civil e do art. 32, §§ 2.º e 5.º, e do art. 33 do Código de Obras do Distrito Federal.

Em consequência se impõe a declaração de nulidade daquele ato administrativo emanado por autoridade incompetente e em fraude à legislação municipal, por isso que a nulidade, como bem o diz GEORGES LUTZESCO, *est la sanction qu'encourt tout acte juridique fait sans l'observation des règles prévues par la loi, soit en vue d'assurer la défense de l'intérêt général, soit pour exprimer la protection d'un intérêt privé* (*Théorie & Pratique des Nulités*, Paris, Recueil Sirey, 1938, tomo I, pág. 397)). Com efeito, como bem o diz MICHEL STASSINOPOULOS, não obstante o poder discricionário da pública administração, a verdade é que se não pode falar em poder discricionário quando se trata do exercício de um poder subordinado a determinada regulamentação que, sob o ponto de vista material, nada mais é do que uma manifestação do Poder Legislativo (*Traité des Actes Administratifs*, Atenas, 1954, pág. 140). E por essa razão foi que MARCELO CAETANO afirmou que "um ato administrativo contrário à lei é uma manifestação de vontade tendente a criar normas diversas das contidas na lei, o que equivale à usurpação do poder soberano" (*Manual de Direito Administrativo*, Coimbra, Editôra Coimbra, 1951, n.º 132, pág. 242). Trata-se, pois, de usurpação do poder de decisão por uma autoridade administrativa que, além de exorbitar das próprias funções, teve a intenção de praticar um ato administrativo com efeitos jurídicos muito embora em contravenção à lei. Manifesta é, pois, a sua nulidade, como esclarece JEAN-MARIE AUBREY: "*Seules les autorités administratives peuvent prendre des décisions important des effets de droit. Si l'auteur de l'acte n'a pas qualité pour cela, son acte est nul*". (*L'Inexistence des Actes Administratifs*, Paris, Ed. A. Pedrone, 1951, pág. 81). Conf.: SÍLVIO TRENTIN (*L'Atto Amministrativo*, Roma, Athenaeum, MCMXV, págs. 305-309).

Aliás, esta declaração de ineficácia do ato administrativo em questão tanto mais se impõe quanto menos se ignora que a sua emanação por autoridade incompetente é, mesmo que o fôsse de qualquer forma, resultou de fraude do art. 32, §§ 2.º e 5.º e do art. 33 do Decreto n.º 6.000, causando a fratura do equilíbrio funcional da unidade urbana resultante do loteamento aprovado pela Prefeitura do Distrito Federal. Este equilíbrio funcional que é o fundamento de todo e qualquer plano de urbanização, cujo interesse público não pode sofrer a menor contestação, tem, justamente, um interesse privado, pois constitui concomitantemente uma das garantias implícitas no art. 572 do Código Civil. É que um dos fins precípuos de qualquer plano de urbanização resultante do loteamento ou parcelamento se concretiza em um optimum de auto-satisfação que, segundo MAURICE-FRANÇOIS ROUGE, exige *qu'il soit satisfait à toutes les catégories de besoins, qu'ils soient physiologiques, économiques, affectifs, intellectuels, spirituels, et veut que ces satisfactions soient aussi bien équilibrées que possible entre elles*" (*Introduction a*

*un Urbanisme Expérimental*, Paris, L. G. D. J., 1951, 2.ª Parte, n.º XIII, pág. 58).

A única modificação que está a merecer a sentença apelada se restringe à extensão do preceito, cuja exibilidade a partir do trânsito em julgado do presente aresto não poderá de modo algum ser estendido à Prefeitura do Distrito Federal. Com efeito, a cominação inerente ao *mandatum non faciendi* não poderá incidir sobre a quarta apelante desde o momento em que se não ignora que o ato administrativo de aprovação do projeto de construção e desconcessão da licença para realização das obras, teve neutralizada a sua atuação através da presente ação e, finalmente, declarada a sua nulidade no presente julgamento. Esta conclusão tanto mais se impõe quanto menos se ignora que, tal afirmativa, com razão SEABRA FAGUNDES, "nas relações entre o indivíduo e a Administração é raríssimo que tenha cabimento pena convencional. Excepcionais são os casos em que a Administração contrata com o indivíduo e só nestes se pode cogitar de pena pactuada". (*O Contrôlo dos Atos Administrativos do Poder Judiciário*, Rio, Ed. Freitas Bastos, 1941, n.º 130, nota 2, pág. 319).

Nem mesmo na partida que negou honorários do advogado a decisão atacada por tantos apelos não deve sofrer modificação parcial. É que não foi feita a prova de ter a presente ação resultado de dolo ou de culpa que, na espécie, somente poderia ser delitual. Pouco importa que o presente aresto tenha reconhecido que o ato administrativo resultara de uma fraude à lei municipal. Não se pode afirmar que tenha havido dolo porque, como bem o diz ALEXANDRE LIGEROPULO, em matéria de fraude à lei há um grande número de hipóteses nas quais é total a ausência de uma intenção — vontade de subtrair-se a uma obrigação legal (*Le Problème de la Fraude a la Loi*, Paris, Recueil Sirey, 1928, n.º 24, pág. 53). E também não se pode concluir pela culpa delitual, eis que se tratou de uma atitude resultante de errônea interpretação das normas jurídicas que regulamentam administrativamente os planos de massa de qualquer projeto de urbanização, codificados no Decreto n.º 6.000, de 1 de julho de 1937.

Custas *ex lege*.

Sala das Sessões da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 6 de julho de 1955. — Romão Côrtes de Lacerda, Presidente. — Hugo Auler, Relator. — João Coelho Branco.

## 1.ª CÂMARA CÍVEL

### APELAÇÃO CÍVEL N.º 37.738

*Descabe a indenização pleiteada uma vez inexistente, na espécie, ato ilícito da Prefeitura-ré, tendo esta atuado dentro dos*

## COMENTARIO

Da simples leitura do V. Acórdão não se tem uma idéia precisa do pedido do A., e da contestação da Ré. Em linhas gerais, no

*seus regulamentos administrativos e, com o plano urbanístico executado, permitido a valorização do imóvel do autor.*

Vistos e relatados êstes autos de apelação n.º 37.738, apelante José Martins do Amaral e a Prefeitura do Distrito Federal, apelados os mesmos.

A sentença, ora recorrida, julgou, em parte, procedente a ação, para condenar a ora segunda apelante e ré a pagar ao autor-primeiro apelante o que fôr liquidado em execução quanto à servidão constituída em galeria, como, também, à área do recuo de 12,60 m<sup>2</sup>, no prédio do autor, além de juros e honorários.

Recorre o autor, pela procedência integral de sua demanda, pois pleiteara indenização por todos os prejuízos que alega haver sofrido, da parte da Prefeitura-ré, com as exigências desta a fim de ser construído o seu novo edifício, além de lucros cessantes pela desvalorização da locação, dado que a fachada do edifício dera parte para os fundos de pardieiros, ficando com acesso por uma galeria escura e sem saída, além da falta de renda das áreas constantes daquele recuo.

Pleiteia a ré a improcedência da lide, argüindo que, com a execução do seu plano urbanístico, o terreno do autor se tornara uma esquina com 12 m<sup>2</sup> para a rua da Assembléa, e 20 m<sup>2</sup> para a Avenida Presidente Antônio Carlos, sendo evidente, assim, a valorização do imóvel.

Do exame atento dos autos, ressalta a improcedência do litígio. Esclarece a prova pericial que o terreno do autor, encravado entre outros prédios,

entanto, parece que o A., julgando-se prejudicado com obras de urbanização a cargo da Ré, pede indenização face às exigências impostas para nova construção, reconhecendo a sentença de primeira instância o direito a ser indenizado pela área de recuo e pela servidão constituída em galeria. Por seu turno a Ré parece argüir que nenhum prejuízo houve para o A., mas pelo contrário, viu-se beneficiado com as obras, com a valorização de seu imóvel.

De qualquer forma, no V. Acórdão são expostas algumas teses que podem ser chamadas de "direito", e sôbre essas teses houve divergência na própria Câmara julgadora. O exame dessas teses é interessante.

O voto vencedor estabelece, em princípio, o seguinte:

a) que é inegável o direito do Poder Público em limitar o direito de construir, baseado em regulamentos administrativos e em necessidade sua;

b) que o Poder Público tem o direito de executar planos urbanísticos;

c) que tendo a Ré agido em nome do bem social, não praticou ato ilícito, e portanto não existe direito do particular a ressarcimento.

Afirma ainda o voto vencedor — d) que não tendo a Ré cobrado contribuição de melhoria do A., não se justifica o pedido de

transformara-se numa esquina que fica em frente da Câmara dos Deputados, com uma praça ajardinada à sua frente.

O próprio perito do autor arbitra a valorização do imóvel em 25% (fls. 59), sendo que o perito desempatador a eleva a 60% (fls. 79 e 88).

Dir-se-á que o autor deve ser indenizado pelo recuo sofrido por seu terreno, com a construção do seu belo edifício. Mas inquestionável é o fato de haver limitação ao direito de construir em face dos regulamentos administrativos e da necessidade da ré, como em tôdas as cidades civilizadas do mundo, poder executar planos urbanísticos, para alargamento e embelezamento de praças e ruas.

Não se justifica, portanto, o pedido do autor de indenização por perdas e danos que não sofreu, nem por lucros cessantes, uma vez que, sem contribuição de melhoria, a ré valorizou-lhe o imóvel. Quanto à questão da galeria, que o primeiro apelante considera "escura e sem saída", o perito desempatador (fls. 95) acentua que em vista de já haver sido demolido o prédio n.º 7 da rua da Assembléa, as condições desfavoráveis à locação, decorrentes da falta de iluminação da galeria desapareceram, se não totalmente, pelo menos, o suficiente para não prejudicar o acesso ao edifício, etc."

Assinala o autor, ora primeiro apelante, que as salas da sobreloja e do segundo pavimento do seu edifício estão desvalorizadas pela pouca luz e ar,

indenização; e) que no tocante à galeria e pavimentos prejudicados por falta de luz e ar, tais fatores tendem a desaparecer, quando a Ré completar a execução do plano.

O voto vencido, coloca-se em situação oposta, vendo a obrigação do Poder Público em indenizar a área de recuo, e o prejuízo causado à galeria e alguns pavimentos.

O voto vencido, em sua fundamentação, é perfeito, e sufraga a melhor posição, quer tendo em vista a doutrina, quer tendo em vista os princípios constitucionais vigentes e as leis positivas em vigor. Aliás, no próprio voto vencido, a legislação aplicável à espécie é invocada, com muita pertinência.

A primeira tese do voto vencedor, é certa, e ao que se saiba não suscita discussões, nem é negada pelo voto vencido, que a admite. Realmente, é inegável o direito do Poder Público em limitar o direito de construir, desde que o faça dentro dos limites impostos pela Constituição, e dentro da legislação aplicável.

Também a segunda tese do voto vencedor não oferece controvérsias, nem é negada pelo voto vencido. O Poder Público tem o direito de executar planos urbanísticos. Mas êsses dois direitos, não eximem o Poder Público de indenizar o particular, quando do seu exercício resultar prejuízo a êle particular. O que acontece é que prevalece o direito do Poder Público, que se confunde com o interesse da comunidade, em detrimento do direito do particular, que tem que ceder àquele direito, que se subtemde de interesse geral. Mas isso não exime o Poder Público de ressarcir ao particular, o

por não haver a segunda apelante demolido alguns prédios à rua da Misericórdia. Tal demolição, entretanto, depende sempre de vários fatores, como o do desfêcho em processos de desapropriação e existência de verba para execução de planos urbanísticos.

Inexiste, portanto, ato ilícito da ré, a ser indenizado, uma vez que, em nome do bem social, como acontece em toda a parte, a ré-segunda apelante limitou-se a atuar, dentro dos preceitos dos seus regulamentos administrativos, tendo beneficiado o autor com a execução de obra que lhe valorizará o imóvel.

Acordam, assim, os Juizes da 1.<sup>a</sup> Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal prover à segunda apelação para julgar improcedente a demanda, vencido o Des. Romão Côrtes de Lacerda que a provia, só em parte, para fixar a indenização ao primeiro apelante em Cr\$ 120.600,00, pelo recuo do edifício do autor, e Cr\$ 134.000,00 pela galeria prejudicada à primeira apelação.

Custas pelo autor.

Rio de Janeiro, 20 de agosto de 1956. — *Guilherme Estelita*, Presidente.  
— *Francisco de Oliveira e Silva*, Relator designado. — *Romão Côrtes de Lacerda*, Relator, vencido, pois dava em parte provimento à 2.<sup>a</sup> apelação, para fixar, desde logo, limitando a indenização a ser paga ao 1.<sup>o</sup> apelante em

prejuízo que tiver. Foi êsse ponto que o voto vencedor não aceitou, e que o voto vencido bem apreciou. Daí a terceira tese do voto vencedor, tese absolutamente inaceitável que, se generalizada, importa em tornar letra morta o disposto no art. 141 da Constituição, §§ 3.<sup>o</sup> e 16. E não é outra a conclusão, pois afirma o V. Julgado que quando o Poder Público age em nome do bem social, não pratica ato ilícito, e que quando assim age, não existe direito ao particular de ressarcimento.

Ora, a vingar essa tese, inútil a lei sobre desapropriações e inútil os §§ 3.<sup>o</sup> e 16.<sup>o</sup> do art. 141 da Constituição. Em todo o caso de desapropriação, o Poder Público agirá em nome do "bem social", não praticará ato ilícito segundo o acórdão, e nada terá que indenizar, segundo ainda o V. Julgado. A confusão partiu, ao que me parece, de um pressuposto geralmente certo, mas nem sempre exato — a de que o direito de indenização somente nasce com a prática de ato ilícito, ou de outra forma, de que só os atos ilícitos ou de outra forma, de que só os atos ilícitos obrigam a ressarcimento. É a transposição de um conceito de direito privado, para o direito público, e mal aplicado. Ora, tal tese é contraditada pela própria lei, e sem maiores indagações, desde logo se aponta um caso em que o direito de indenização não surge somente da prática de ato ilícito — é o art. 141, § 16 da Constituição. Êsse direito pode também, sem citação de outras hipóteses, surgir da própria lei. É o que basta para mostrar que não foi feliz o voto vencedor nesse ponto, submetendo o direito de ressarcimento a um antecedente muito comum, mas não exclusivo, a prática de ato ilícito.

Cr\$ 120.600,00 pelo recuo e Cr\$ 134.000,00 pela galeria, total duzentos e cinquenta e quatro mil e seiscentos cruzeiros (Cr\$ 254.600,00), pagas as custas metade para cada uma das partes. Com a imposição e execução do recuo e da galeria de passagem saiu do patrimônio do autor para o da comunidade local (representada pela edilidade-ré) o valor correspondente; operou-se, em essência, uma desapropriação: a) da área do recuo, com perda pelo autor e aquisição pela ré, para uso comum do povo, de 12,60 m de terreno, perda total; b) da área correspondente à galeria de passagem, porém não perda e aquisição totais, visto como nessa área o autor só não poderá construir na parte correspondente aos 1.<sup>o</sup> e 2.<sup>o</sup> pavimentos de um edifício dela. O autor perdeu e a ré adquiriu essas partes de propriedade imóvel, para o patrimônio público, pois elas saíram do patrimônio do primeiro para o da 2.<sup>a</sup>, que as entregou ao uso comum do povo. Trata-se de uma desapropriação, não operada pela forma comumente usada mas por forma indireta, pela imposição do recuo e da galeria de passagem ou seja, de servidão sobre o terreno do autor, quanto a esta última; portanto, o pedido de indenização, restrito a essas duas parcelas, é procedente. É claro que a Prefeitura pode regular o direito de construir, mediante planos totais ou parciais de urbanização; mas se dessas planificações resulta perda ou limitação da propriedade particular,

Fixado o êrro dessa tese, as duas últimas, que dela de certa forma derivam, sofrem do mesmo defeito.

A quarta tese, é a de que não tendo sido cobrada a contribuição de melhoria, não tem cabimento o pedido de indenização. Ora, tal tese importa em deixar ao critério da administração a avaliação do prejuízo do particular, e fazer unilateralmente a compensação que entender. Na prática, levará aos maiores absurdos, como é óbvio. Se o valor da contribuição de melhoria fôr maior que a indenização devida, o Poder Público a cobrará. Caso contrário não, e o particular ficará sem qualquer defesa, pois o seu direito, a sua defesa, a tese esposada pelo voto vencedor, fica condicionado a um ato da parte — cobrança da contribuição de melhoria, que pode ser ínfima, com relação ao prejuízo a êle causado, e pode ser nenhuma. A quinta tese, concernente à galeria e pavimentos inferiores, parece-me que peca pelos mesmos vícios. No entanto, o V. Acórdão não dá elementos para a apreciação da matéria de fato, muito importante nêsse particular. Mas só o fato de ser negada a verba, baseado em acontecimento futuro e em dificuldades do Poder Público, parece-me que também não é de ser aceita.

De outro lado, o voto vencedor bem equacionou a questão, e melhor a resolveu, no que se refere à área de recuo, equiparando-a a verdadeira desapropriação, pois disso não passa, e portanto indenizável. Nada temos a acrescentar às teses esposadas pelo voto vencido, que se alicerçam na lei, na boa doutrina e no bom senso. No que respeita à matéria de fato, pelas razões já expostas, nenhum pronunciamento pode ser feito.

haverá indenização, nos termos da disposição constitucional a respeito do direito de propriedade pública. Pouco importa a parte maior ou menor (ou a limitação do domínio) da propriedade tomada ao particular; a indenização é devida; e se assim não fôra, então as limitações à propriedade pelas regras do construir ou pelos planos de urbanização poderiam chegar a absorver um terço, metade, dois terços, ou até todo o terreno, e teríamos uma desapropriação indireta, sem indenização, o que é contrário à essência do direito constitucionalmente assegurado — objeta o venerando acórdão que nem essa indenização se justifica “uma vez que, sem contribuição de melhoria a ré (Prefeitura) valorizou-lhe o imóvel”. Mas é evidente que compensar a perda da propriedade imóvel em parte, sofrida pelo autor, com a valorização do conjunto do imóvel desfalcado, trazida pelo plano de urbanização ou por obras adjacentes, efetuadas pela Prefeitura, não é senão cobrar *este precisamente contribuição de melhoria sem lei que crie esta forma de imposição fiscal*. Mas é até ocioso debater essa questão, tendo-se em vista que ela está resolvida pelo Código de Obras local, Decreto n.º 6.000, de 1937, cujo art. 118, respeitando a norma da Constituição dispõe: “Quando o terreno em que se pretender construir fôr atingido por projeto aprovado que modifique o respectivo alinhamento, será exigido o recuo ou a investidura antes da concessão da licença, pagando ou cobrando a Prefeitura a necessária indenização, que será avaliada por uma comissão de três engenheiros da Diretoria de Engenharia”. Vide, ainda, o § 3.º do mesmo artigo, que reza: “A Prefeitura pagará a importância correspondente aos recuos depois de concluída a construção... (omissis). — Isto pôsto, vejamos o valor da indenização, ou seja, a liquidação desta que pode e deve ser feita desde logo, como bem alega a Prefeitura apelante. Só o recuo pela Av. Antônio Carlos e não o pela rua da Assembléia, é ponderável: este último é insignificante. O recuo a indenizar é, pois, como se vê do laudo desempatador, de 12 m<sup>2</sup>60; tendo-se em atenção o valor do m<sup>2</sup> de terreno fixado no laudo fls. 92, quesito 11.º, os 12 m<sup>2</sup>60 valem, em números redondos, Cr\$ 120.600,00. Quanto à galeria, é evidente que, se toda a área tivesse sido perdida pelo autor, o valor a indenizar seria o do m<sup>2</sup> multiplicado pela respectiva área, que é de 140 m<sup>2</sup>, desprezadas as frações; o valor do m<sup>2</sup> é de Cr\$ 9.600,00; ter-se-ia, assim, a indenização de 140 x Cr\$ 9.600,00. Mas a área da galeria não foi toda tomada pela comunidade; desapropriou-se, apenas, parte da propriedade dessa área, isto é, limitou-se em benefício do povo o direito de construir nos 140 m<sup>2</sup> apenas no que se refere aos 1.º e 2.º pavimentos de um edifício ideal. Em suma, o imóvel do autor ficou gravado com servidão de passagem por uma área de 140 m<sup>2</sup>, que prejudica em proporção o seu direito de construir no que se refere aos 1.º e 2.º pavimentos. Para avaliar a perda sofrida pelo proprietário, pode-se adotar o seguinte método, que é bastante claro e lógico. Se o proprietário tivesse perdido a propriedade de toda a área de passagem (isto é, o direito de construir até ao céu) a indenização seria de 140 m<sup>2</sup> x ..... Cr\$ 9.600,00. Mas êle só foi prejudicado pela servidão no seu direito de construir dois pavimentos. Ora, supondo-se equitativamente que no local caiba como construção normal prédio de 20 pavimentos, tem-se que êle perdeu tão-só 1/10 do valor da área em apreço, ou o que é o mesmo: o m<sup>2</sup> passou a valer

Cr\$ 9.600,00 ÷ 10 = Cr\$ 960,00. Temos, pois, que 140 m<sup>2</sup> × 960,00 = 134.000,00, em algarismo redondo. Em suma, se o dono tivera perdido toda a área até o céu, a indenização seria de Cr\$ 9.600,00 vezes 140 m<sup>2</sup> = Cr\$ 134.000,00; mas êle só perdeu graças a ter conservado o direito de construir sobre a área em apreço a partir do 2.º pavimento, 1/10 do valor da mesma área, ou seja, Cr\$ 1.340.000,00 divididos por dez, o que dá Cr\$ 134.000,00, desprezadas frações. Note-se que não importa, no caso, o gabarito, que é contingente; e que se trata de fixar uma indenização equitativa. Quanto aos juros, são devidos a partir da citação inicial. Este o meu voto, que ressalva, como se vê e *data venia* da douda maioria, o princípio constitucional, aliás ressalvado já nas disposições do Decreto local n.º 6.000 (Código de Obras), de resto justas e conforme o direito, as quais mandam indenizar ora a Prefeitura, ora o proprietário, conforme se verifique, em virtude de planificações urbanas, recuos ou investiduras.

### 3.ª CÂMARA CÍVEL

#### AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 8.686

*Mandado de segurança. Acréscimo por decênio de serviço e acréscimo por quinquênios, posteriormente fixados. Prevalece para fixação dos acréscimos quinquênios o vencimento base e não o resultante de acréscimos por tempo de serviço.*

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição em mandado de segurança, sendo agravantes 1.º o Juízo da 4.ª Vara da Fazenda Pública; 2.º, a Prefeitura do Distrito Federal, agravados Olga Araújo da Silva e outros.

Trata-se de mandado de segurança impetrado pelos agravados, técnicos de educação, contra ato do Secretário da Administração da Prefeitura do Distrito Federal, o qual determinou fôsse a gratificação por quinquênio estatuída pela Lei municipal n.º 840, de 28 de janeiro de 1956, apostilada nos respectivos títulos e computada sobre o padrão N, sem atenção ao disposto no art. 4.º

#### COMENTÁRIO

Os três V. Acórdãos enfrentam a mesma questão de direito, ou seja, a aplicação dos quinquênios concedidos pela lei n.º 840, àqueles que já tivessem decênios. Dois V. Julgados concluíram de uma mesma maneira, outro, de maneira oposta.

A questão se nos afigura simples e clara, e o acerto da conclusão dos dois V. Julgados que concluíram pelo nenhum direito dos impetrantes, na forma requerida, parece-nos evidente. A lei