

CONSTRUÇÃO — Ilegal o licenciamento outorgado à construção de prédio multifamiliar em ZR-1 — Prevalência da situação nessa zona de terreno lembrado a outro situado em ZR-3 — Possibilidade de remembramento a um lote reconhecido de um terreno encravado que não exhibia essa característica — Prerrogativa expressamente conferida ao Prefeito para aceitar a formação de lotes com medidas inferiores às regulamentares — Condicionamento não da licença, mas do alvará de início de obras à aprovação do Instituto de Geotécnica em casos de construções em terrenos acidentados ou de saibreiras — Declaração non aedificandi a ser seguida pela desapropriação da área sobre que incide, quando seja a total de um terreno — Anulação de ato administrativo de que, se ilegal, não se originam direitos.

Tenho a honra de submeter a Vossa Excelência o Processo n.º 06/300.761/83, em que JOSÉ CARLOS BEZERRA DE MELO, pelo MOVIMENTO COMUNITÁRIO DOS MORADORES DO HUMAITÁ, e o Presidente da ASSOCIAÇÃO DE MORADORES E AMIGOS DE BOTAFOGO postulam junto à Administração Municipal do Rio de Janeiro a anulação do PAL n.º 37.848, mediante o qual, por iniciativa de SERVENCO — SERVIÇOS DE ENGENHARIA CONTINENTAL S/A, foram lembrados o lote n.º 2 do PAL n.º 27/59, situado à Rua Miguel Pereira, e o terreno encravado existente aos fundos dos imóveis de n.ºs 234 a 266 da Rua Humaitá (Processo anexo de n.º 06/309.888/80); e, em consequência, também a anulação da licença pedida pelos antigos proprietários D. LUIZA MARIA SAMPAIO GUIMARÃES e OUTROS para construção, no lote resultante, de um prédio residencial multifamiliar (Processo, igualmente anexo, de n.º 06/370.071/80).

Estes processos põem em evidência a brava luta, através bem urdidas exposições e farta coleta de documentos, de uma comunidade na defesa do que tem por seu legítimo interesse, **ab initio** pelo menos compreensível e respeitável.

Apenas, e infelizmente, foi semelhante esforço tísido pela lamentável e anti-ética insinuação, que se pretendeu subliminar mas na realidade apresentou-se flagrante e grosseira, de conclusão da parte adversa com a autoridade pública.

Refiro-me à fotografia xerografada que abre o memorial "A LUTA DE UMA COMUNIDADE" e foi extraída de noticiário jornalístico simpático à campanha ecológica deflagrada pelos titulares deste processo (doc. n.º 6 do citado memorial).

Não ficará sem protesto o mau uso do direito à inconformidade com a licença outorgada à malsinada construção. O borriço aspergi-

do não atinge, é claro, quer o alcaide, quer o empresário, cujas atuações nestes processos apensados em nada e por nada o justificam como, aliás, não se justificam posições extremadas nessa atual guerrilha urbana que travam grupos conservadoristas amantes da natureza (nem sempre, justiça se lhes faça, em causa própria) e construtores e incorporadores de imóveis (esses sempre movidos por interesses diretos, mas no exercício de atividade a que não se pode contestar importância social e características de impulsão de progresso e desenvolvimento).

Há que saber conciliar os respectivos pontos de enfoque e melhor seria se se respeitassem mutuamente, e às autoridades que emitem decisões a respeito.

Dito isso, passemos ao exame da momentosa questão.

A licença ao projeto de construção do prédio de 20 pavimentos na antiga área encravada é acoimada de nula e ilegalmente concedida por três razões:

1.^a — O remembramento dessa área ao lote 2 do PAL n.º 27.759, que deu origem ao atual lote único do PAL n.º 37.848, e que foi feito visando a dar condições de edificação àquele terreno encravado, que as não tinha por essa mesma razão, é ilegal porque o regulamento edilício só permite remembrarem-se **lotes** e um dos terrenos, o encravado, não exhibia essa condição; e, também porque, por sua área, o lote resultante teria de exibir uma testada para o logradouro público de no mínimo 50 metros, quando, na realidade, essa testada é de apenas 21,30 metros;

2.^a — o antigo terreno encravado, em cujo solo pretende-se construir o prédio multifamiliar, está situado em ZR-1, que não pode receber tal tipo de edificação;

3.^a — o antigo terreno encravado, por ser rochoso, de encosta e ter sido já objeto de exploração como saibreira, só poderia ter licenciada uma edificação após audiência, que não ocorreu, do Instituto de Geotécnica.

Por sua vez, a firma construtora, de presença menos freqüente, mas igualmente bem elaborada, nestes processos, alega a seu favor:

- 1.º — a resposta positiva à consulta prévia que ofereceu;
- 2.º — constituir o terreno encravado lote autônomo preexistente à atual legislação restritiva;
- 3.º — ser o desencravamento direito assegurado pela lei civil;
- 4.º — o espírito de colaboração que demonstrou, alterando o primeiro projeto apresentado, reduzindo a área a ser edificada e aceitando como **non aedificandi** vasta porção do terreno.

Além dos argumentos das partes adversas, estão a merecer exame nestes processos apensados: o relatório da comissão de arquitetos constituída pela Resolução SMO n.º 330/83 (fls. 12/25 do processo em frente); o estudo procedido pela comissão nomeada pelo Prefeito JÚLIO COUTINHO (fls. 6/14 do Processo n.º 01/1.392/80); o parecer da Assessoria Jurídica da Secretaria Municipal de Obras e Serviços Públicos (fls. 56/76 do Processo n.º 06/370.071/80); o parecer oferecido por HELY LOPES MEIRELLES à firma construtora (capa de documentos anexa ao último referido). E há ainda referências a fazer: à ação popular intentada contra a Prefeitura; ao decreto que desapropriou o terreno encravado, à declaração dele como área *non aedificandi* pelo Prefeito MARCOS TAMOYO.

Passemos então à apreciação, uma a uma, das questões propostas e ao exame, uma a uma, das peças referidas.

1 — A CONSULTA PRÉVIA

Formulada a 26 de novembro de 1979, deu início ao Processo n.º 06/302.592/79. É peça imprestável à dedução de algum direito à construção projetada. Primeiro porque o terreno que a deveria receber vem caracterizado como situado à Rua Miguel Pereira n.º 51, situação, entretanto, que só atingiu com a aprovação do PAL n.º 37.848, em 23 de julho de 1981, tendo sido o próprio pedido de remembramento protocolado em 15 de setembro de 1980, como se vê do Processo n.º 06/309.888/80. Depois porque a consulta refere-se a um projeto de grupamento de edificações, e é restrita à implantação dos blocos, visando exclusivamente à questão de rampeamentos e níveis de estacionamento, tanto assim que vem acompanhada de simples esboços e é carente das plantas que configurem especificadamente as edificações propostas, razão que esta Procuradoria vem sempre admitindo como desfiguradora de consultas apresentadas.

A resposta, por fim, que obteve, de ser viável a construção de grupamento de duas edificações não pode prevalecer ante as normas regulamentares que proíbem na IV Região Administrativa grupamentos de edificações com vias internas (Decreto n.º 51, de 1.º de julho de 1975, art. 6.º e seu parágrafo único, tendo sido esse artigo expressamente revigorado pelo Decreto n.º 322/76, art. 5.º), sendo que os grupamentos com duas edificações só dispensam tais vias quando uma delas tenha frente para logradouro público, diste até 20 metros desse e por ele tenha acesso direto (Decreto n.º 322/76, art. 135, § 2.º). Tais condições o esboço apresentado na consulta não ostentava e se é verdade que a proibição inicial pode ser elidida *quando interessar ao Município*, de tal interesse não poderia dizer a autoridade que respondeu à consulta, ou seja, o Diretor-Geral do O-DGED, cabendo tal manifestação à autoridade maior do Prefeito.

Se algum cabedal houvesse a se extrair da resposta a essa consulta prévia, na realidade esvaziada pela posterior concessão da licença para a edificação, não mais do grupamento inicialmente previsto, mas de um só prédio, a conclusão seria portanto a de sua inoperância, por ter sido dada contra a lei e, por mais, em processo insuficientemente instruído.

2 — O TERRENO ENCRAVADO NÃO ERA UM LOTE AUTÔNOMO

Embora dado por autônomo, em vários passos destes processos, pela parte interessada na construção, faltava-lhe um requisito essencial à sua caracterização como *lote*: testada adjacente a logradouro público reconhecido (definição do glossário da Lei n.º 1.574 e seus regulamentos). Em nenhum dos PALs resultantes de desmembramentos da porção maior a que pertencia, ele figura com a característica de lote. Sua inscrição no Registro de Imóveis o dava como *terreno sem número situado nos fundos dos imóveis 234 a 266 da Rua Humaitá* (certidão do 5.º Ofício, extraída em 29 de agosto de 1980, na capa de documentos anexa ao Processo n.º 06/370.071/80). Sua inscrição para fins fiscais, na Secretaria Municipal de Fazenda (*id.*), também o caracteriza como "**encrv. fds. 234 e outros**" e tem o n.º 0027220-3. O código de logradouro é 07363-5 que, como se vê em "As ruas do Rio", publicação oficial da Prefeitura, vol. 1.º, corresponde à Rua Humaitá (o da Miguel Pereira é n.º 7.729), vinculação devida à sua própria caracterização e por ser pela Rua Humaitá que tinha entrada e saída.

Era, portanto, um terreno autônomo, sim, mas não era um lote.

3 — O DIREITO AO DESENCRAVAMENTO

Esse é incontestável. Reconhece-o expressamente o Código Civil em seu art. 559, inserto na seção "Dos direitos de vizinhança". A passagem a lhe ser conferida traçar-se-á através o terreno de algum vizinho, e a servidão só poderá ser extinta quando a passagem se tornar desnecessária pela abertura de estrada pública (art. 709, II).

Deve-se notar, no caso em foco, que o encravamento não resultou de obra de terceiro nem teve causa natural. Foi voluntário. Os proprietários de toda a gleba lotearam-na deixando vago aquele núcleo central, escarpado e saibroso. E mais: ao lotearem a parte com testada pela Rua Humaitá, por onde havia uma servidão de passagem assinalada na própria planta do PAL do remembramento do terreno encravado ao lote com frente para a Rua Miguel Pereira, incorporaram essa faixa a um dos lotes então constituídos. Só aí foi que o terreno se tornou verdadeiramente encravado.

Se o fizeram, se o encravamento não os preocupava, a razão deve ser buscada na situação de f... da existência do lote lindeiro (lote n.º 2 do PAL n.º 27.759) que era também de sua propriedade, e garantia o acesso a um logradouro.

Despicienda me parece, assim, a questão, assaz abordada nestes processos, desse direito ao desencravamento, reconhecível mesmo em casos de encravamento voluntário. O próprio CARVALHO SANTOS, que começa apenas reconhecendo-o quando "essa situação desfavorável resulte da natureza do lugar ou de circunstâncias alheias à vontade do proprietário do prédio encravado", logo abranda para o aceno "a uma certa dificuldade, se o prédio ficou encravado em consequência de uma venda ou permuta de parte que era contígua à via pública", para, afinal, opinar no sentido de que "os compradores ou permutantes são obrigados a dar passagem, não podendo, todavia, o dono que vendeu parte de suas terras, do que resultou o encravamento do terreno, reclamar de outro, ou seja, terceiro, uma passagem para a via pública" (**Código Civil Brasileiro Interpretado**, v. VIII, p. 35-36).

No caso, a passagem não foi reclamada sequer de terceiro, mas garantida pelo próprio dono do prédio encravado, não em se constituindo servidão (possível, sem dúvida, por destinação do proprietário) ou direito de passagem, e sim pelo remembramento dos terrenos, ou seja, eliminando-se a situação de encravamento.

4 — O REMEMBRAMENTO

Essa operação vem definida no glossário que acompanha os regulamentos da Lei n.º 1.574 como "o reagrupamento de lotes contíguos para constituição de unidades maiores". Argumenta-se com a irregularidade do procedido no Processo n.º 06/309.888/80 pelo fato de um dos terrenos lembrados não ter a característica de lote, e que não tinha já ficado dito no n.º 2 acima. Não tenho dúvida em admitir, porém, uma interpretação mais abrangente a semelhante definição, atribuindo à palavra **lote** o significado de **terreno**. Não vejo razão jurídica, nem prática, para o legislador fazer uma tal discriminação. Que um dos terrenos a lembrar seja um lote, compreende-se, já que remembramento é o contrário de desmembramento e essa operação está ligada ao loteamento no RPT do Decreto "E" n.º 3.800/70. Mas os dois, para quê? E por que impedir ao proprietário de um terreno adjacente a um lote a sua incorporação ao mesmo? E ainda mais em casos, como o em foco, em que disso resulte o desencravamento desse terreno. Isso não faz sentido.

Para os que, acaso, não aceitem a interpretação abrangente, que tal considerarem a operação feita não como um remembramento, mas como simples incorporação, ou investidura, do terreno encravado ao lote reconhecido? Ou como a simples constituição de um novo lote?

A outra objeção feita é justamente sobre a regularidade de um lote com a área que resultou desse remembramento ou incorporação, de mais de 15.000 m², sem que lhe tenha sido dada a testada legal de 50 metros.

Realmente, o art. 46 do RPT, com a redação que lhe trouxe o Decreto n.º 323/76, considera lotes de 1.ª categoria aqueles que tenham uma área mínima de 50.000 m² (Inciso I) e de 2.ª categoria os que meçam no mínimo 10.000 m² (Inciso II). Logo, o lote único do PAL n.º 3/848, com seus 16.000 m², é de 2.ª categoria. A esse o mesmo inciso II exige apresentem uma testada mínima de 50 metros. Mas, a seguir, o art. 47, também na redação do Decreto n.º 323/76, permite, em seu § 2.º, que, **em casos especiais e justificáveis**, a Administração Municipal poderá permitir a implantação de lotes com dimensões inferiores.

Dessa prerrogativa usou o Prefeito do Município do Rio de Janeiro ao aceitar esse lote com dimensões menores de testada, em seu despacho de 29 de abril de 1981, exarado não no processo específico de remembramento, de n.º 06/309.888/80 (a que foi trazido por cópia), mas no do licenciamento da construção, de n.º 06/370.071/80 (fls. 82).

O remembramento é, portanto, legal e válido. Mas precisa ser retificado quanto a um detalhe, a menção que o PAL n.º 37.848 faz de inserir-se o lote dele resultante em ZR-3, pois que, na realidade, dito lote, de vastas proporções, está situado parte em ZR-1 e parte em ZR-3, como veremos no n.º 5 abaixo.

5 — O ZONEAMENTO LOCAL

Antes de lembrados um ao outro, o terreno encravado e o lote 2 do PAL n.º 27.759 estavam sujeitos a regimes diferentes: o primeiro situava-se em ZR-1, como, sem contestação, afirmou a Supervisão Central de Licenciamento às fls. 19 do Processo n.º 06/370.071/80; e o segundo em ZR-3 (*id.*) Em ZR-3 podiam ser licenciadas edificações multifamiliares (Decreto n.º 322/76, art. 22, 2, **b**); em ZR-1 apenas unifamiliares (*id.*, 1).

O PAL do remembramento (n.º 37.848) atribuiu ao lote resultante uma situação em ZR-3. O regime vigorante para o pequeno lote de 600 m² foi imposto ao que imperava sobre o grande terreno de mais de 15.000 m². Por quê? Porque dito lote resultante ficou com testada para a Rua Miguel Pereira e então achou-se que deveria gozar das vantagens de ZR-3.

Não me parece acertada semelhante solução.

O princípio que deve preponderar é o de ser o zoneamento de uma cidade matéria de interesse público e de decisão do respectivo governo, não sendo lícito a particulares alterarem-no a seu talante, "passando" seus terrenos de uma zona menos interessante para outra que os beneficie.

Imaginemos o caso de duas ruas paralelas submetidas a regimes diferentes de edificação ou de utilização. Entre as duas um particular é dono de dois lotes, cada um tendo testada para cada uma delas. Pois bem: pode ele lembrar esses lotes, ficando com um só com duas frentes e aplicar na construção a ser feita o regime mais favorável dos que vigoram para os dois logradouros? ou seja, o logradouro que o zoneamento quis com residências unifamiliares vir a receber uma edificação multifamiliar? Ou não é mais lógico que cada parcela do novo lote continue com o regime que já tinha? Nesse caso não interessaria o lembramento? É. Não interessaria a burla ao zoneamento.

É de se notar que o ZR do Decreto n.º 322/76 prevê em seu art. 5.º, parágrafo único, os casos de logradouros situados nos limites de duas zonas, estabelecendo que fiquem pertencendo à **zona de categoria superior**. E no **caput** do mesmo artigo é dada a classificação hierárquica, **em ordem decrescente**, das zonas, figurando aí a ZR-1 abaixo da ZR-3.

Recuso-me, porém, a considerar analógicas as situações. Na prevista no regulamento, a situação limítrofe é fato natural, irreversível preexistente. No caso dos lembramentos pode haver a criação artificial de uma situação beneficiadora. E essa, se não foi prevista no regulamento, há de ter sido por isso mesmo.

Cada zona da cidade tem uma configuração poligonal, com as delimitações definidas pelo regulamento edilício. Que o terreno outrora encravado tenha situação na ZR-1 verá quem acompanhe as delimitações dessa (Anexo B do Decreto n.º 322/76): rua Jardim Botânico (lado par)... a Rua Humaitá (excluída) da Rua Frei Veloso até a Rua Miguel Pereira, por esta (excluída) da Rua Humaitá até a confluência com a Rua Embaixador Morgan... contornando o Corcovado e o Pico de Dona Marta até encontrar a Rua Pinheiro Machado... etc. Isso significa que a região toda é ZR-1 com as exclusões (no que nos interessa aqui) da Rua Humaitá e da parte inicial da Rua Miguel Pereira.

A seguir acompanhe-se o Anexo 10 e pode-se ver que a linha demarcatória da ZR-3, que começa na Urca, passa por Flamengo, Lapa, Santa Teresa e Laranjeiras, chega a Botafogo, onde passa pela confluência da Rua Embaixador Morgan com a Rua Miguel Pereira, daí segue pela Rua Miguel Pereira (incluída) até a Rua Humaitá, por esta (incluída) até a Rua Marcedo Sobrinho... etc.

Esse era o zoneamento vigente à época (1980-81) do lembramento e da licença discutidos nestes processos, anterior às modificações introduzidas pelas Leis n.ºs. 323/82 e 434/83.

A inclusão da Rua Miguel Pereira em ZR-3, passando por ela a linha demarcatória da ZR-1, da qual fica excluída, só pode signifi-

ficar que a linha de fundos dos lotes existentes na Rua Miguel Pereira em 3 de março de 1976, data do Decreto n.º 322/76, é a linha limítrofe entre as duas zonas. É claro que a inclusão em ZR-3 não beneficia o leito do logradouro, mas os terrenos que lhe deitem testada. Mas só a esses, não a futuros acréscimos que venham a ter, de terrenos antes situados em ZR-1. Mesmo que, como no caso, tenham lançamento fiscal mencionando código de logradouro relativo à Rua Humaitá, também ZR-3. Para fins fiscais, o terreno podia ser cadastrado pela Rua Humaitá (nem mesmo na Miguel Pereira o foi), mas também na Rua Humaitá os lotes existentes em 1976 eram os únicos beneficiados pela inclusão na zona mais benéfica e de hierarquia superior, porque também pela Rua Humaitá passava a linha limítrofe, com inclusão dela em ZR-3 e exclusão de ZR-1. A captação, por osmose, do terreno maior pelo menor não a tenho por válida, para surtir tal efeito. Os limites do zoneamento estabelecido pelas leis e regulamentos devem ser mantidos e não podem ficar submetidos a alterações procedidas por particulares.

Por isso, como já disse no n.º 4 acima, deve ser retificada no PAL 37.848 a menção a ZR-3 e substituída pela indicação de um duplo regime a vigorar para o lote resultante: ZR-3 e ZR-1. E a construção multifamiliar licenciável nesse lote só poderia ter base na área correspondente ao antigo lote menor da Rua Miguel Pereira e não, como o foi, no lote inteiro.

Tenho, pois, por ilegal o licenciamento em causa.

6 — A ALTERAÇÃO DO PROJETO

A licença foi dada à construção de um só bloco, com 20 pavimentos, incluídos os de garagem. Antes, porém, fora apresentado projeto contendo dois blocos, portanto de um grupamento de edificações. A alteração tem sido apresentada como prova do espírito de colaboração da firma construtora interessada na obra. Mais me parece o desejo de sua parte de minimizar ao menos um pouco a evidente inconveniência urbanística da implantação de massa de tal porte em terreno (vasto, que a comportaria em outras circunstâncias) com saída para logradouro estreito e em que não ombrearia com outras iguais nem mesmo aproximadas. O grupamento, esse, apesar da resposta precipitada e inconveniente à consulta prévia, não era passível de situar-se em tal terreno, como ficou dito no n.º 1 acima. A desistência foi um reconhecimento também prévio dessa impossibilidade. E o projeto atual e licenciado, ainda mais com a prometida área tornada **non aedificandi** e destinada a reforestamento, uma homenagem, mesmo que pouca, às características do bairro e uma tentativa de amenização das críticas e do movimento contrário suscitados. Nada mais que isso.

7 — A SAIBREIRA, O TERRENO ROCHOSO, A AUDIÊNCIA DA GEOTÉCNICA

Que é escarpado e montanhoso o terreno antes encravado mostram à evidência as plantas e fotografias juntas a estes processos. Por demais, o laudo de vistoria judicial procedida na Vara de Registros Públicos (doc. n.º 10 do anexo 1 do memorial "A LUTA DE UMA COMUNIDADE") o descreve como "de natureza montanhosa, sua superfície se apresentando bastante acidentada... ocorrendo declives para a frente, para trás e para a esquerda, com um desnível de cerca de 45m."

Quanto à saibreira, vê-se da certidão do 2.º Ofício do Registro de Imóveis, de registro da escritura lavrada em 24 de março de 1913 referente à aquisição do terreno então com o n.º 58 da Rua Humaitá, do qual foi desmembrado o terreno encravado (doc. 18 do anexo 1 acima referido) que ele é inicialmente descrito como "terreno, barreira e benfeitorias" e que obrigaram-se os adquirentes (a família FRANKLIN SAMPAIO) a permitir que o transmitente continue a tirar da barreira existente nos terrenos vendidos todo o aterro de que ela necessitar para o serviço de suas linhas (tratava-se da CIA. FERRO CARRIL JARDIM BOTÂNICO)... não ficando os adquirentes inibidos de por seu lado também retirarem barro ou o que existir na mesma barreira".

Da necessidade de audiência do Instituto de Geotécnica esse mesmo advertiu às fls. 19 do anexo processo 07/652.801/75: "Sob o ponto de vista da geologia da área em questão, trata-se de encosta constituída por alteração de rocha e toda e qualquer obra no local está regulamentada pelo Decreto n.º 920/67 e a Lei n.º 1.574/67, que disciplina as construções em área de encosta".

No processo em que foi licenciada a construção projetada (n.º 06/370.071/80) não se encontra pronunciamento algum do Instituto de Geotécnica, nem consta sua necessidade das exigências formuladas às fls. 85 v., 87 e 93 v., constando apenas assinalada às fls. 99.

A Lei n.º 1.574, de 11 de dezembro de 1967, de Desenvolvimento Urbano, não contém norma outra a propósito de encostas que a do art. 27, que obriga os proprietários de terrenos nessas condições a neles executarem obras de fixação, estabilização ou sustentação.

Já um de seus regulamentos, o de Licenciamento e Fiscalização, dispõe que, antes de visados os projetos de construções onde tenha sido constatada a necessidade de execução de serviços de desmontes, contenção e estabilização de taludes, terá de ser expedido o alvará respectivo pelo órgão competente (art. 13, § 1.º).

Havia, porém, e já com vigência à época, normas específicas sobre o licenciamento de obras em terrenos acidentados: o Decreto "N" n.º 920, de 24 de agosto de 1967.

Seu art. 1.º determina que "o exame de pedidos de licenciamento para execução de obras novas de edificações será precedido de inspeção local, por engenheiro ou arquiteto do Departamento de Edificações, com vistas à verificação que deve ser feita em relação a possíveis trabalhos de terraplenagem e obras de contenção e estabilização que se tornem necessárias".

A seguir, diz o art. 2.º que, se tais obras forem julgadas necessárias, intervirá no processo o Instituto de Geotécnica, que exigirá a apresentação de anteprojeto das obras de sustentação e estabilização a serem executadas. Mas o § 4.º desse artigo permite a aprovação dos projetos de edificações, exigindo apenas que o alvará para a execução das obras fique condicionado à conclusão das de estabilização.

O art. 3.º parece ser mais taxativo em proibir o licenciamento de obras novas de edificações enquanto não forem garantidas condições de estabilidade e segurança dos terrenos situados: 2 — nos locais junto a remanescentes de exploração de saibretiras, barreiras e pedreiras. Mas seu § 2.º condiciona o licenciamento dessas obras ao comportamento definido no art. 2.º do decreto — o que significa poder ser licenciado o projeto, não podendo apenas ter início a execução da obra (o alvará mencionado no § 4.º desse art. 2.º).

Temos, assim, que o Decreto "N" n.º 920/67 não foi vulnerado pela aprovação do projeto e licenciamento da obra; se-lo-ia pela expedição do respectivo alvará, mandado passar às fls. 129 v. mas que não vejo no processo 06/370.071/80 em sua forma habitual, a não ser que o seja a peça de fls. 130, o que não parece lógico, dado que essa tem data anterior à quitação da respectiva guia (fls. 131).

De qualquer forma a omissão poderia ser suprida, dado que não houve ainda início de obra, pelo que recuso força anulatória a essa falta de intervenção do Instituto de Geotécnica, questão, aliás, de somenos face à conclusão a que cheguei no n.º 5 acima.

8 — A DESAPROPRIAÇÃO

Pelo Decreto "E" n.º 4.717, de 2 de fevereiro de 1971, o então Governador NEGRÃO DE LIMA declarou de utilidade pública para fins de desapropriação a área conhecida como "Favela Miguel Pereira", que correspondia justamente à do terreno outrora encravado (doc. n.º 33 no volume 1 dos anexos que acompanham o memorial "A LUTA DE UMA COMUNIDADE").

A medida teve por finalidade — é o que se vê dos **consideranda** do decreto — tão somente a erradicação desse núcleo favelado, o que ocorreu realmente, não por iniciativa da autoridade estadual, ou (depois) municipal, ou da Fundação Leão XIII, mas pela CHISAN, órgão federal (docs. anexos ao processo 01/01392/80).

Com a remoção da favela, o Estado desinteressou-se de dar início à ação expropriatória. O Decreto "E" n.º 4.717/71 caducou então em 1976 (Decreto-Lei n.º 3.365/41, art. 10).

9. — A DECLARAÇÃO "NON AEDIFICANDI"

Despachando às fls. 27 do processo 07/652.801/75, o Prefeito MARCOS TAMOYO, após autorizar a revogação do Decreto "E" n.º 4.71, considerou **non edificandi** a área então encravada. A revogação de um decreto expropriatório não se autoriza por mero despacho. Tem de ser objeto de um novo decreto. E no caso o decreto a que se referia já estava caduco desde 2 de fevereiro (o despacho é de 16 de março de 1976).

Melhor sorte não pode ter a declaração de não ser passível de edificação a total área de uma propriedade, quando não seja seguida da desapropriação da mesma, eis que o impedimento à destinação normal de um terreno urbano, a construção, é verdadeira expropriação indireta.

Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal, por sua 1.ª Turma, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 93.167-8, em 7 de abril de 1981. Da ementa consta: "A proibição, pela municipalidade, de poder o proprietário construir em seu imóvel, tem a característica de desapropriação indireta, por retirar do bem sua finalidade econômica, o que pode gerar direito a indenização". É do voto do relator, Ministro CUNHA PEIXOTO, a citação do magistério de HELY LOPES MEIRELLES: "Desde que o Poder Público retira do bem particular o seu valor econômico, pelo impedimento de sua normal utilização, há de indenizar o prejuízo causado ao proprietário. Essa regra não tem exceção no direito pátrio, nem nas legislações estrangeiras dos países democráticos, pois o Estado de Direito não pode causar prejuízo a ninguém e muito menos a alguns membros da coletividade, em benefício dos demais (**Estudos e Pareceres de Direito Público**, v. II, p. 456)".

Esse julgado do Supremo Tribunal Federal ocorreu em caso em que a declaração **non edificandi** fora proveniente de decreto municipal, e acompanhada de declaração de utilidade pública para fins de desapropriação — o que aqui não acontece, sendo a primeira oriunda de simples despacho e a segunda tendo caducado. A Egrégia Corte frisou, ainda mais, no acórdão, que o Poder Público não poderia ser obrigado a aprovar projeto de edificação, "já que a propriedade, segundo a Constituição, está sujeita a restrições no interesse da coletividade". Indenização, sim, é devida. Desconhecimento das razões de interesse público, não. Voltaremos ao assunto, no n.º 15 abaixo.

10 — A AÇÃO POPULAR

Contra o Prefeito JÚLIO COUTINHO, e objetivando a anulação de seu despacho favorável ao remembramento do terreno encravado ao lote com frente para a Rua Miguel Pereira, foi requerida ação popular por OSWALDO COSTA REGO FILHO E OUTROS. Tomou o n.º 342 e coube à 3.ª Vara da Fazenda Pública. O Prefeito apresentou defesa por advogado que constituiu e a Procuradoria Geral adminiculou-a por intermédio do colega MILTON FLAKS.

Vejo da respectiva ficha, dos arquivos da Procuradoria Judicial, que o Juiz determinou o afastamento do processo do Município do Rio de Janeiro e, por decisão publicada no DJ de 25 de julho deste ano, concluiu pela imperfeição da inicial, pelo que julgou extinto o processo, sem exame de seu mérito. Houve agravo de instrumento, de n.º 554, mas por decisão publicada no DJ de 25 de agosto foi julgado prejudicado, por evidente desinteresse da parte em cumprir diligência processual a seu cargo. Essa decisão transitou em julgado. Às fls. 63 deste processo temos informação corroboradora da Procuradoria Judicial.

Não há, assim, qualquer julgado referente à matéria.

11 — O PARECER DE HELY LOPES MEIRELLES

A firma construtora ofereceu argumentos com base na opinião que lhe foi dada pelo eminente administrativista, expressa em parecer que se vê na capa de documentos anexos ao processo n.º 06/370.071/80.

É, como sempre, uma peça irretocável, mas adstrita, como é lógico, aos termos da consulta formulada, ou seja, ao direito do proprietário do terreno encravado de fazer cessar essa situação dando-lhe saída para logradouro público.

Esse direito já o reconheci no n.º 3 acima, aceitando a validade do remembramento efetuado. A própria consulta, no entanto, refere a futura edificação como a executada "em conformidade com o zoneamento local". E a resposta de mestre HELY ao quesito 5.º foi taxativa: "A Prefeitura não poderá opor-se à passagem pelo atual lote com frente para a Rua Miguel Pereira, ocupando-o parcialmente ou na sua totalidade, uma vez que este acesso de desencravamento da gleba contígua é um direito subjetivo de seu proprietário, sem dependência de qualquer norma municipal, por derivar de preceito superior do Código Civil (art. 559). **As prescrições municipais só poderão ter caráter regulamentar das edificações** (grifei), conforme dispõe expressamente o art. 572 do mesmo Código Civil".

O parecer não chega a se referir ao remembramento dos terrenos. Cuida tão somente do direito ao acesso ao logradouro, através passagem. E quanto às características dessa, é também muito

claro, no n.º 6: "Todavia, como compete ao Município a ordenação geral da cidade, a abertura dessa passagem **ficará sujeita ao exame do órgão municipal** competente para verificar a sua compatibilidade com o local, a harmonização com a via pública a ser atingida e os requisitos técnicos para sua implantação".

Eis aí reconhecidas as prerrogativas da Prefeitura na regulação da elaboração da passagem e — o que no caso mais importa — na planificação da posterior edificação.

12 — O PARECER DA ASSESSORIA JURÍDICA DA SMO

O parecer do colega PAULO GERMANO DE MAGALHÃES encontra-se às fls. 56/76 do processo 06/370.071/80 e foi peça decisiva à informação do despacho decisório do Prefeito JÚLIO COUTINHO para, reformando decisões anteriores, mandar prosseguir o exame do segundo projeto de edificação no lote resultante do remembramento que considerava justificável.

Já por sua ementa pode-se verificar que o enfoque adotado teve a ver com a admissibilidade do ato administrativo discricionário, com a função social da propriedade e o direito de construir. E no seu desenvolvimento plenamente justificados ficaram tais temas.

"A supressão do direito de construir traduz-se numa violação ao direito de propriedade assegurado pela Constituição Federal só podendo ocorrer na desapropriação. Mas sempre precedida na justa indenização." De inteiro acordo.

"A liberdade de construir sofre limitações, ao Poder Público compete regular as construções de modo a adequá-las ao interesse público e ao bem-estar social". Também são conclusões irretorquíveis, mas aí mesmo é que temos que buscar encaixe para o problema que se apresentava no caso em foco — o da construção projetada não atender às limitações opostas pelo zoneamento da cidade — questão essa que o parecer, extenso e douto, não abordou.

"A apresentação de novo projeto e preservação de área *non aedificandi*" não pode ser considerado "um sintoma da busca do justo termo para pôr fim ao antagonismo entre a Administração e os recorrentes" porque outro antagonismo remanesce: o do projeto com o regulamento edilício, tendo o novo projeto apenas atenuado a maior discrepância anterior, suprimindo o grupamento de edificações, mas mantendo o uso multifamiliar.

13 — RELATÓRIO DA COMISSÃO CONSTITUÍDA PELO PREFEITO NO PROCESSO N.º 01/01.392/80

Integrada por destacados servidores com exercício no Gabinete do Prefeito e nas Secretarias Municipais de Obras e Serviços Públi-

cos e de Planejamento e Coordenação Geral, os Drs. ARY DA SILVEIRA MADRUGA, JOÃO GUALBERTO MONTE DE AZEVEDO e RUY PESTANA DE VASCONCELLOS, essa Comissão opinou, acertadamente, pela caducidade do Decreto Expropriatório "E" 4.717/71; pela invalidade de uma declaração *non aedificandi* através simples despacho processual; pela inviabilidade do remembramento de que resultasse um lote com testada inferior ao mínimo regulamentar, a não ser que se caracterizasse o caso como especial e justificável; por que a implantação de um parque deva ser precedida de uma nova declaração *non aedificandi* seguida de declaração de utilidade pública para fins de desapropriação.

Não opinou sobre a questão do zoneamento, que torna ilegal a aprovação do projeto e não apenas indeferível enquanto não regularizada a situação do terreno no Registro de Imóveis e não considerada justificável a excepcionalidade do remembramento.

14 — O RELATÓRIO DA COMISSÃO DE ARQUITETOS CONSTITUÍDA PELA RESOLUÇÃO SMO N.º 330, DE 29 DE AGOSTO DE 1983

Encontra-se esse relatório às fls. 12/25 do processo à frente, este em que officio. Os Drs. ELIAS NICOLAU NACHEF, MANOEL AUGUSTO PACHECO SANCHES e ARNALDO FERRAZ DE ABREU lançam uma dúvida a meu ver, e *data venia*, infundada, e sobre que pedem esclarecimento jurídico: "a possibilidade de lotes serem criados com a justificativa de projetos posteriores, os quais seriam antes feitos da existência dos lotes, ou se os projetos só seriam possíveis no caso de existência anterior dos lotes".

Ora, no caso o remembramento, ou seja, o PAL 37.848 foi aprovado em 23 de julho de 1981, como se vê da planta junta à capa de documentos que acompanham o Processo 06/309.888/80; e se o deferimento superior ao prosseguimento do exame do processo da construção é datado de 29 de abril do mesmo ano, portanto em data anterior (fls. 82 Processo 06/370.071/80), no entanto a respectiva licença, ou seja, o despacho "passe-se o alvará" tem data de 4 de setembro ainda de 1981 (fls. 129 v. do cit. processo). A obra foi, então, licenciada quando o lote já estava constituído. E não vejo nada de extraordinário em que os respectivos procedimentos sejam simultâneos, nem na legitimidade de um proprietário de dois terrenos contíguos vir a projetar uma edificação naquele outro terreno que vier a resultar da união dos dois num só.

Outra matéria que julgam carecedora de apreciação jurídica é a relativa ao remembramento do lote regular ao terreno desprovido da característica de lote, embora informados de serem esses casos de rotina. Já a apreciei no n.º 4 acima.

Enfrentam a seguir a questão da saibreira que existiu e foi explorada no terreno onde se pretende edificar; concluindo que se falha houve no licenciamento da construção, sanada pode ser oportunamente — no que estão certos.

Finalmente, com a ressalva de disparidade da área dos terrenos lembrados, enfrentam também a questão do zoneamento, aceitando a aplicabilidade do critério da hierarquia de zonas em casos de logradouros limítrofes — e nesse ponto não os acompanho, nessa apreciação jurídica que eles mesmos sugeriram e que deu com estes processos na Procuradoria Geral. Como já expus no n.º 5 acima, o símile não é verdadeiro.

3)15 — A LEI N.º 434, DE 27 DE JULHO DE 1983

Trata-se de elemento novo, e da maior importância, ainda não versado nestes processos. A lei, votada pelo Legislativo municipal e sancionada pelo Prefeito JAMIL HADDAD, revoga a Lei n.º 323/82 e altera o Regulamento de Zoneamento aprovado pelo Decreto n.º 322, de 3 de março de 1976. Seu artigo 21 dispõe:

“É *non aedificandi* a área de terreno remanescente dos imóveis da Rua Humaitá n.ºs 234 a 266, com servidão de passagem pelo lote 2 do PAL 2/759, com testada para a Rua Miguel Pereira, a qual será destinada a um projeto especial de urbanização.”

A par do vício, infelizmente comum, de editar norma específica no bojo de um diploma legal genérico, incorre esse dispositivo ainda em outro pecado: o desconhecimento de que a área a que se refere — e que é precisamente a do terreno antes encravado de que tratam estes processos — não tem mais as características apontadas, desde que foi aprovado o PAL 37.848, segundo o qual o antigo lote 2 do PAL 27.759 deixou de existir, incorporado que foi ao terreno até então encravado, que, aliás, não tinha servidão de passagem pelo outro.

Não é, evidentemente, impossível declarar-se *non aedificandi* um terreno objeto já de um projeto de construção aprovado. A consequência será a cassação da licença de construção, por razões de conveniência ditada pelo interesse público, sujeita a Prefeitura a pagar a indenização devida pela efetiva desapropriação do terreno, já que ao mesmo pretende dar utilização comunitária — o projeto especial de urbanização referido no artigo 21. Menos mal que a Prefeitura tem razões para, em vez de cassar a licença por motivo de conveniência, anulá-la por ter sido conferida ao arrepio da lei.

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (37), 1985

De qualquer forma, essa Lei n.º 434/83 traçou rumo definitivo à questão: não haverá mais a construção projetada e aprovada, nem construção outra qualquer nesse terreno. É indiscutível a prerrogativa que cabe ao Poder Público para tal determinar. Mas precisa complementar, ou retocar, ou retificar, essa regra que impôs. Precisa desapropriar a área que pretende tenha utilização comunitária. E precisa garantir-lhe acesso.

Servidões não se presumem (Código Civil, art. 696). Segundo CLOVIS BEVILAQUA (Comentários ao art. 697), elas só se constituem por atos entre vivos, por disposição de última vontade ou por usucapião, além das resultantes de adjudicações em juízos divisórios. Mas há também as que são impostas por lei, as chamadas servidões legais, que CARVALHO SANTOS (Comentários ao art. 695) entende não serem mais que direitos de vizinhança, embora a esses o artigo 559 atribua o caráter de reclamação de um vizinho a outro.

De qualquer forma, porém, o art. 21 da lei em discussão não pretendeu estabelecer servidão alguma, dando apenas, e equivocadamente, pela existência de uma. O futuro decreto expropriatório, sim, poderá estabelecê-la (Decreto-Lei n.º 3.365/41, art. 40), se o puder fazer sem sacrifício do direito de construir na parte do terreno não atingida pela Lei n.º 434/83, que então adquirirá o caráter de serviente. Melhor faria a Administração Municipal se estendesse o ônus *non aedificandi*, e a desapropriasse também, a uma faixa junto a uma das divisas desse antigo lote com frente para a Rua Miguel Pereira, assim garantindo o acesso à área objeto da futura urbanização. Ou então que estendesse o ônus e a desapropriação a toda a área do lote atualmente existente, a que resultou do PAL 37.848.

16 — CONCLUSÕES FINAIS

A luta ingente entre os interesses comerciais e os comunitários, que os primeiros vinham vencendo, cessa agora com a prevalência dos segundos: o terreno sobre que tanto se discutiu não pode mais ser edificado. Lei é lei.

A Prefeitura precisa, porém, e não direi que visando especialmente ao cumprimento dessa lei, mas por imperativo outro e preexistente, o de prestígio e validade de seus regulamentos atingidos, anular a licença que outorgou no Processo 06/370.071/80 à construção projetada no lote único do PAL 37.848, por situar-se na parte desse lote incluída em ZR-1, onde não é permitido o uso residencial multifamiliar (vide n.º 5 acima).

Pode e deve fazê-lo. Autoriza-o a Corte Suprema, cuja Súmula n.º 473 declara poder a Administração “anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos”.

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (37), 1985

Não é necessário, para o atingimento a essa finalidade, que se construa, como abundantemente o fizeram os titulares deste processo, toda aquela arquitetura jurídica baseada na vinculação dos atos administrativos discricionários às respectivas motivações, quando falsas sejam essas. Se são falsas é porque os regulamentos edilícios não foram devidamente aplicados. E isso já conduz à nulidade dos atos.

Uma segunda providência indispensável será a retificação do PAL 37.848 para que nele (a) venha a figurar a linha divisória que, passando pela linha dos fundos do lote menor, separa as áreas consideradas ZR-3 das incluídas em ZR-1, segundo as delimitações constantes do Decreto n.º 322/76; e (b) seja inscrito no topo da planta do PAL, onde se lê ZR-3, a verdadeira situação do lote: ZR-3 e ZR-1.

Por fim, deve o Prefeito, por decreto, declarar de utilidade pública para fins de desapropriação ou o inteiro atual lote único do PAL 37.848 ou a parte dele declarada *non aedificandi* pela Lei n.º 434/83 acrescida da área necessária a um corredor de passagem através a parte da frente do lote, ficando dessa parte o restante liberado para edificação, já que permanecerá no domínio privado. A opção é de ordem técnica, e também financeira. Claro que a primeira hipótese seria preferível. E, sem tardança, efetivar a desapropriação, oferecendo o preço justo pelo terreno que quer destinar ao uso público.

Atenciosas saudações

Roberto Pinto Fernandes
Procurador do Estado

VISTO. Aprovo o Ofício n.º 41/83-RPF, de 30-12-83.

Ao Gabinete do Exmo. Sr. Prefeito do Município do Rio de Janeiro.

Eduardo Seabra Fagundes
Procurador-Geral do Estado

Proc. n.º 06/300.761/83

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (37), 1985

Sociedade de Economia Mista. Poder de supervisão. Procedimentos licitatório e contratual.

Versa a questão proposta neste processo, basicamente, sobre a extensão do poder de supervisão exercido pelo Poder Executivo sobre as empresas da Administração Indireta, tal como está previsto no Dec.-Lei n.º 239, de 21-07-75.

A sociedade de economia mista, embora tenha personalidade jurídica de direito privado, nem por isto pode ser considerada como empresa meramente comercial em tudo equiparada às sociedades do setor privado da economia. Esta entidade da Administração Indireta nada mais é do que a expressão de uma técnica de descentralização administrativa em que são aplicados métodos de ação privada visando a uma maior eficiência dos serviços públicos.

A sociedade de economia mista é inegavelmente um ente administrativo, pois integra a Administração Indireta e está sujeita aos programas de Governo específicos da sua área de atuação. Daí a necessidade da supervisão que o Executivo exerce sobre ela.

O poder de supervisão, entretanto, é exercido a nível de **vínculo**, e não de **subordinação** como ocorre na Administração Direta. Isto é, embora os órgãos da Administração Direta e as entidades da Administração Indireta estejam sujeitos ao mesmo poder de supervisão do Poder Executivo, a orientação, a coordenação e o controle que constituem o objeto desse poder de supervisão são exercidos consoante métodos e critérios fundamentalmente diversos em relação a cada ordem de órgãos e entidades, conforme estes estejam inseridos na administração centralizada ou descentralizada. Assim é que a supervisão hierárquica dos órgãos da Administração Direta estabelece uma relação de sujeição da autoridade inferior à autoridade superior, ao passo que a supervisão a vínculo, no âmbito das entidades da Administração Indireta, se efetiva através de uma relação de dependência, de ligação, de cooperação, que importa em controle genérico e programático compatível com o princípio de descentralização administrativa.

Evidentemente, não existem lindes rigorosos que delimitam o poder de supervisão e vínculo.

Pode este ser mais estreito ou mais largo, na medida em que o interesse público imponha um controle governamental restrito ou amplo.

A consulta formulada a esta Casa focaliza alguns pontos relacionados com a questão, a saber:

- a) aplicação das normas de direito público sobre licitações e contratos à CERJ;

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (37), 1985