

MANDADO DE SEGURANÇA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSELHO DA MAGISTRATURA

PROC. N.º 2.625

MANDADO DE SEGURANÇA N.º 1.265

Impetrantes: A. D. de S. e outros

Impetrado: Exmo. Sr. Prefeito da Cidade do Rio de Janeiro

Mandado de segurança. Consulta prévia aprovada. Revogação por infringência de lei. Ausência de direito adquirido. Averbação do registro imobiliário. Distinção entre averbação, transcrição e inscrição. Cancelamento. Nulidade da averbação. Legalidade da decisão do Prefeito que revogou a aprovação de consulta prévia. Denegação da ordem.

PARECER

Impetram segurança A. D. de S. e outros, na qualidade de proprietários dos lotes 1 do Pal 31.646 e 1 a 6 do Pal 33.258, da Avenida Sernambetiba, eis que, tendo requerido sob a forma de consulta prévia a aprovação de futuro projeto de construção na na Subzona A-19 onde se localizam tais lotes, obtiveram da autoridade competente a devida aprovação, procedendo então à averbação do registro imobiliário com base em certidão do Departamento de Edificações, após o que postularam a autorização para a execução do anteprojeto obedecendo aos parâmetros fixados na aludida consulta. Nessa etapa, a autoridade impetrada, à luz do parecer da Procuradoria-Geral do Estado, entendeu por bem invalidar as decisões prolatadas na consulta prévia, determinando em consequência o imediato cancelamento da inscrição (gabarito, uso e índice de aproveitamento da área oposta ao Pal 31.876).

Sustentam os Impetrantes ser inadmissível o cancelamento administrativo de atos que geraram uma situação jurídica acobertada pelo registro público, considerando que o direito real, decorrente da transcrição imobiliária da consulta prévia acarreta a prevalência do registro público até sua anulação ou cancelamento por decisão judicial transitada em julgado (art. 259 da Lei dos Registros Públicos), e que o ato administrativo perfeito e completo não pode mais ser revogado unilateralmente pela autoridade administrativa em detrimento de direito já constituído dos interessados, vedada a revogação discricionária de um gabarito formalmente autorizado em

consulta prévia que liberou a força regular do direito ou poder de construir (cf. fls. 7/8). Pedem assim a segurança a fim de que sejam cassados os atos da autoridade que declararam nulas as decisões que aprovaram a consulta prévia, assegurando-se a prevalência do despacho anulado que aprovou o uso multifamiliar para os lotes objeto da consulta e demais características e especificações autorizadas, mantendo-se inalterados os registros imobiliários deles decorrentes.

A inicial acostam as peças de fls. 16/114, todas, à exceção dos documentos de fls. 28, carentes de legalização (art. 365, III do Código de Processo Civil).

A digna autoridade impetrada presta informações a fls. 117/170, em longa e minudente explanação, onde aduz considerações quanto ao desaparecimento de um dos processos administrativos, a extensão dos direitos conferidos pela consulta prévia, a disciplina edilícia da baixada de Jacarepaguá, a ilegalidade do pedido dos Impetrantes e a plena base legal da revogação do ato administrativo que aprovou a consulta prévia. Às informações junta o parecer da Procuradoria-Geral do Estado, a fls. 128/170.

A representação judicial do Município (Procuradoria-Geral do Estado) oficia a fls. 173/176, pedindo a denegação da ordem.

Na espécie, ao minucioso e exaustivo parecer de fls. 128/169, cuja fundamentação atinge fundamente o *meritum causae*, releva à guisa de aditamento aditar o seguinte, em composição programada, a fim de melhor enfocar os pontos de desate da questão:

1.º Fundamento jurídico da impetração. Inadmissibilidade do cancelamento administrativo de atos que geraram uma situação jurídica acobertada pelo registro público.

O primeiro ponto que merece atenção é o embasamento legal da chamada consulta prévia, conforme citado pelos Impetrantes — o Decreto 1.077, de 8 de junho de 1968, art. 2.º.

Tal diploma acha-se revogado desde 20 de abril de 1970, pelo Decreto "E" 3.800, de 20-4-70, que *expressis verbis*, assim o dispôs — art. 7.º:

"Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, ficando revogados, nos termos do art. 58 da Lei n.º 1.574, de 11 de dezembro de 1967, os Decretos n.ºs 6.000, de 1 de julho de 1937, "E" 1.077, de 8 de junho de 1968, e demais disposições em contrário" (lei cit. o grifo é nosso).

A matéria, na realidade, sujeita-se ao regime do Decreto "E" n.º 3.800, acima citado, que no art. 2.º do Regulamento de Licenciamento e Fiscalização (pelo referido Decreto aprovado) assim o prevê:

"O pedido de licenciamento poderá ser precedido de consulta prévia, ao órgão estadual competente, mediante apresentação do anteprojeto" (lei cit., vigente para o Município do Rio de Janeiro, por força do Decreto-lei n.º 77, de 29-4-75, do Estado do Rio de Janeiro).

O Decreto "E" n.º 3.800/70 nada mais é que o regulamento da Lei n.º 1.574, de 11 de dezembro de 1967, que estabelece normas para o desenvolvimento urbano e regional do Estado da Guanabara e dá outras providências, cujo art. 4.º é inequívoco ao estabelecer:

"Ressalvados os casos explicitamente determinados, não poderão ser executadas, em qualquer zona do Estado da Guanabara, obras, instalações ou explorações de qualquer natureza sem a devida licença" (o grifo é nosso).

E, adiante:

"A aprovação de um projeto poderá ser cancelada pela autoridade que a tenha aprovado, ou autoridade superior, antes do pagamento da licença caso seja verificada falta de imposição de qualquer exigência regulamentar anterior ou posteriormente publicada, ou decorrido o prazo de dois meses a contar da data da sua publicação, do despacho concessório" (lei cit., art. 5.º § 4.º).

Como se observa, a licença, *ex vi legis*, é o ato administrativo definitivo da autoridade, nunca a consulta prévia, e assim mesmo, aquela, é suscetível de cancelamento, tal como autoriza a lei específica.

Dentro dessa ótica, qual seria o direito gerado pela aprovação da consulta prévia?

No campo do direito adquirido, jamais a aprovação da consulta prévia seria capaz de caracterizar tal aquisição, face aos precisos termos da definição legal dada pela Lei de Introdução ao Código Civil:

"Considera-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo tenha termo pré-fixo ou condição pré-estabelecida, inalterável a arbítrio de outrem" (lei cit., art. 6.º, § 2.º, o grifo é nosso).

Na própria lei substantiva civil se encontra a inequívoca configuração do direito a que se arrogam os Impetrantes:

Dizem-se atuais os direitos completamente adquiridos, e futuros os cuja aquisição não se acabou de operar.

Parágrafo único — Chama-se deferido o direito futuro quando sua aquisição depende somente do arbítrio do sujeito: não deferido, quando se subordina a fatos ou condições fálveis (art. 74, III do Código Civil).

Não gerando a consulta prévia o direito à licença como óbvio, os Impetrantes não poderiam no âmbito administrativo pretender que a aprovação daquela tornaria pelo simples exercício do pedido subsequente da licença, obrigatória a concessão desta, daí porque, o direito dos Impetrantes situa-se na classificação legal dos chamados direitos futuros não deferidos.

Posta a questão sob tal ângulo, a averbação do resultado da consulta prévia no registro imobiliário jamais poderia impor à Administração o óbice da revisão do ato nulo, por inobservância de exigência regulamentar exemplarmente exposta nas minudentes informações de fls. 117/170.

2.º Fundamento: O direito real decorrente da transcrição imobiliária da consulta prévia imporá a prevalência do registro imobiliário até a sua anulação por sentença judicial transitada em julgado.

Permissa venia, a colocação do segundo fundamento dos Impetrantes é injurídica e incondizente com a sistemática do registro público no Brasil.

Com efeito, impróprio é falar em *transcrição* da consulta prévia, quando a lei específica prevê apenas a *averbação* no que concerne à edificação do imóvel (art. 167, II, 4 da Lei n.º 6.015/73).

Ora, a simples averbação não tem os efeitos que lhe pretendem atribuir os postulantes, valendo transcrever o precioso ensinamento de *Serpa Lopes, in Tratado dos Registros Públicos*:

“O significado da averbação, do ponto de vista geral, é o de um ato acessório, tanto em relação à sua forma, quanto à sua substância, tendo em vista os efeitos destinados a produzir. Quanto à forma, a sua acessoriedade decorre do fato de ser ela efetuada sempre à margem da transcrição ou da inscrição.

Em relação à substância, esse caráter apresenta-se nitidamente como um dos pontos diferenciais da transcrição e da inscrição, porque enquanto estas constituem

condição de eficácia do ato, de modo que sua omissão prejudica o título que lhe serve de causa, a averbação se omitida, não atenta contra o ato principal, que subsiste, mas apenas pode paralisar qualquer procedimento no registro, enquanto não for feita, não importando nulidade a sua omissão, mas apenas uma irregularidade embora devendo ser sanada" (op. cit., vol. IV, pág. 196, ed. Freitas Bastos).

Tampouco se pode falar em cancelamento submisso à sentença transitada em julgado (art. 259 da Lei n.º 6.015/73). A regra ali existente é manifestamente dirigida às transcrições, pois a própria lei específica admite o contrário quando dispõe:

"As nulidades de pleno direito do registro, uma vez provadas, invalidam-no independentemente de ação direta" (art. 214 da Lei n.º 6.015/73).

Lei federal posterior vai mais longe, ao admitir o cancelamento do registro imobiliário, em contratos de compra e venda, promessa ou cessão de imóvel loteado pelo próprio Oficial do Registro Imobiliário, nas rescisões decorrentes de mora (art. 32 da Lei n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979).

Respigados tais pontos do segundo fundamento da impetração, restam os dois últimos, que por si próprios evidenciam a fragilidade do suporte legal invocado pelos Impetrantes:

"A revogabilidade dos atos administrativos cessa, quando sob a égide da lei, se criam direitos individuais" (sic fls. 7/8).

O axioma é correto, porém diverso da situação fático-jurídica em exame.

A autoridade impetrada em suas informações demonstrou cabalmente que o ato administrativo que aprovou as consultas é nulo porque desatendeu às diretivas legais que regem a espécie. A pretensão dos Impetrantes da consulta prévia não estava sob a égide da lei — pelo contrário, refugiam a ela — nesse enfoque, admirável a lição de *José Cretella Junior*, ao definir o ato administrativo nulo:

"Ato administrativo nulo — Manifestação da vontade da Administração, que por encerrar vício essencial, não produz o efeito de direito correspondente. O direito administrativo brasileiro deve manter a dicotomia dos atos viciados em nulos e anuláveis. Se falta "ao ato requisito necessário à sua existência, se houve ofensa a princípios fundamentais da ordem jurídica, o ato administrativo é

nulo. O ato administrativo nulo considera-se como não editado e, como tal, não produz nenhum efeito direto. Efeitos indiretos, como a responsabilidade, a prova de certos fatos que neles se contém não são tolhidos pela nulidade. Como efeito indireto, pode acenar-se a prova da existência pessoal da autoridade, no momento da realização do ato nulo. O pronunciamento da nulidade pelo juiz tem caráter meramente declarativo. O ato administrativo nulo não merece obediência, mesmo antes de tal pronunciamento. A nulidade é insanável" (Dicionário de Direito Administrativo, pág. 61, ed. Forense, 1978).

Igualmente frável a assertiva do último fundamento da segurança:

"Um gabarito autorizado formalmente em consulta prévia, liberando a força regular do direito ou poder de construir, não pode ser discricionariamente revogado pela Administração" (sic, fls. 8).

Ora, se a consulta prévia constitui etapa antecedente da licença de construção, e se esta última é passível de revogação ou cancelamento pela autoridade que a concedeu, aberrantemente injurídica é a afirmativa feita pelos Impetrantes — *qui potest majus potest minus*.

Sem falar nas Súmulas n.ºs 346 e 473 do Excelso Pretório que tranqüilizam a possibilidade da Administração revogar o ato nulo, merece destaque acórdão do Supremo Tribunal Federal, prolatado no recurso extraordinário n.º 87.501, publicado na "Revista Trimestral de Jurisprudência", vol. 88, pág. 298:

"Legitimidade de parte. Mandado de segurança impetrado contra o Governador do Estado da Guanabara. Legitimidade do Estado do Rio de Janeiro para recorrer extraordinariamente.

Ato administrativo. Licença para construir. Ilegalidade. Erro do despacho que concedeu a licença. Correção pela própria Administração. Legitimidade. A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos (Súmulas 346 e 473). Se, no ato administrativo praticado no exercício do poder vinculado, a vontade declarada diversa da vontade real por erro está em desacordo com a lei, é ele inválido, por estar inquinado de ilegalidade. Recursos extraordinários conhecidos e providos (II Turma, rel. Min. Rodrigues Alkmin, unânime, 15-8-78).

Finalmente, saliente-se o alcance inequívoco, do despacho do Sr. Prefeito ora atacado pelos Impetrantes: A sua íntegra, no documento de fls. 17, na parte inferior da página (Diário Oficial de 29-8-80), permite inferir, como o próprio esclarece em suas informações (fls. 126), que a decisão se limitou a revogar as anteriores que aprovaram a consulta prévia — nada mais.

O pedido dos postulantes não encontra qualquer supedâneo quando desejam a ordem para lhes ser assegurada a eficácia plena do ato que deu origem ao “registro” imobiliário. Este — a averbação, que é termo apropriado — não pode produzir qualquer efeito, já que a autoridade, *de jure*, não está compelida nem obrigada a deferir a conseqüente licença de construção com base na averbação, que é nula como o ato que a originou, valendo repisar, que as nulidades em matéria de registros públicos se regem pelos mesmos princípios das nulidades dos atos jurídicos em geral (cf. Serpa Lopes, *in Tratado dos Registros Públicos*, vol. IV, pág. 355).

Assim, evidenciada a plena legalidade do ato praticado pela autoridade impetrada, incorrente qualquer aquisição de direitos com a simples aprovação de consulta prévia, não há direito adquirido como pretendem os Impetrantes, nem liquidez e certeza no invocado, pelo que o Ministério Público opina pela denegação da ordem.

Rio de Janeiro, 5 de janeiro de 1981.

LUIZ FERNANDO CARDOSO DE GUSMÃO

Assistente

Aprovo.

NELSON PECEGUEIRO DO AMARAL

Procurador-Geral da Justiça