ATO ADMINISTRATIVO — ALVARÁ DE LICENÇA — PODER DE POLÍCIA

— A autoridade que concedeu o alvará de licença para obras pode cassá-lo, havendo motivo justo, sem necessidade de prévio contrôle judicial.

— Sòmente por ação cominatória é lícito, entretanto, a paralisação de obras autorizadas ou a sua demolição.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Impetrantes: Irmãos Distchekenian
Mandado de segurança n.º 63.836 — Relator: Sr. Desembargador Vieira Neto

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança n.º 63.836, da comarca de São Paulo, em que é impetrante a firma Irmãos Distchekenian e impetrado o Prefeito Municipal de São Paulo.

Alega a impetrante que obteve o alvará n.º 54.196, pelo qual ficou autorizada a construir em terreno de sua propriedade, sito à Rua Odorico Mendes, n.º 9, nesta cidade. Deu logo início às obras, nelas invertendo vultosa quantia. Já estavam os trabalhos bastante adiantados, quando foi surpreendida com a cassação do alvará, e depois, com o embargo das obras.

Com a inicial, ofereceu a impetrante o alvará obtido, uma fôlha do *Diário Oficial*, que publica o ato de cassação do alvará, e o auto de embargo das obras. E pediu segurança contra os dois atos impugnados: a cassação do alvará e o embargo das obras.

Relativamente ao primeiro, reconhece que o prefeito pode, em tese, cassar alvarás, desde que ocorra motivo justo, nos têrmos do art. 70 do Código de Obras. No caso, todavia, não havia razão para o ato, pois o dispositivo legal em que se baseou (art. 35 do Código de Obras) refere-se a edificações nas avenidas marginais do canal Tamanduateí, no trecho compreendido entre a Rua da Mooca e a Avenida Teresa Cristina, na Avenida D. Pedro I e na Avenida do Estado. Ora, argumenta a impetrante, a edificação a que se refere o alvará cassado situa-se na Rua Odorico Mendes, que embora se inicie na Avenida do Estado, com esta não se confunde.

Quanto ao embargo das obras, relembra decisão anterior dêste Tribunal de Justiça, pela qual "a cassação do alvará é ato da alçada exclusiva da Administração, mas o embargo de obra já licenciada sòmente pode ser feito pela via judicial".

Foram prestadas informações pelo Sr. Prefeito Municipal (fls.) e oferecida contestação pela Municipalidade. Quanto ao motivo da cassação do alvará, explica-se que a Rua Odorico Mendes, confluente da Avenida do Estado e, pois, a construção situada em local que deve obedecer ao alinhamento previsto no art. 35 do Código de Obras. Ademais, o poder de cassar licenças é inerente ao poder de concedê-las.

Na contestação é invocada a opinião de Machado Guimarães, para quem a ação cominatória (art. 302, n.º XI, do Código de Processo Civil), é concedida à autoridade administrativa, que poderá a ela, optativamente, recorrer de preferência à execução direta de ato de polícia administrativa. São também lembrados os argumentos contidos em brilhante voto vencido, que acompanha o venerando acórdão inserto na *Rev. dos Tribs.* vol. 185-403.

Em resumo, são êsses o pedido e a contestação.

Durante a discussão houve dúvidas quanto à natureza do auto de fls., parecendo a aguns ilustres julgadores que se trata de simples notificação. Efetivamente, o auto foi lavrado em modêlo impresso, que serve para multa, infração ou embargo. No entanto, não há nêle qualquer alusão a infração ou multa; mas encontra-se manuscrita, em seu corpo, referência a obras "embargadas", donde concluir-se que houve um fato administrativo: o embargo das obras, a que correspondeu o ato administrativo.

Aliás, a Municipalidade, em sua contestação não nega que embargou as obras, afirmando que "não lesou ou feriu direito dos impetrantes, ao contrário, exercitou direito seu, previsto em lei, impedindo a continuação de obra particular cuja edificação a própria lei proíbe" (item 13).

Assim, pois, em face das próprias informações da Municipalidade, não pode subsistir quanto aos fatos.

No que diz respeito ao direito de cassar alvará, ficou decidido, sem discrepância, que pode ser exercitado pela mesma autoridade que tem o poder de concedê-lo, sempre que ocorra motivo justo, sem necessidade de prévio contrôle judicial. Nesse ponto, conseqüentemente, não foi reconhecido direito certo e incontestável da impetrante, a ser protegido por mandado de segurança.

Mas, o poder de cassar alvará não envolve o direito de proibir a continuação das obras, já anteriormente autorizadas, nem o de promover sua demolição, por via de execução direta da pública Administração. Tais atos devem ser sujeitos ao prévio exame judicial, nos têrmos do art. 302, n.º XI, do Código de Processo Civil. Dessa forma já tem decidido êste Tribunal em outras oportunidades (cf. *Rev. dos Tribs.*, vol. 185, pág. 403).

Não se discute, neste processo, o direito líquido e certo da impetrante de construir obras mediante alvará que lhe foi cassado. Se pode ou não continuar as obras, é matéria a ser examinada na ação cominatória. O que se focaliza, no julgamento, é o direito que tem de continuar a construir até que seja convencida pelos meios regulares e legais, que, por certo, não são os empregados pela Municipalidade.

Dizer-se que, pelo poder de polícia, a Prefeitura tem a faculdade de embargar obras, usando meios coercitivos diretos, é levar longe demais êsse poder. Seabra Fagundes dá-nos a conceituação do poder de polícia, nestes têrmos: "é a expressão em que se costuma sintetizar a competência discricionária da Administração, para quanto concerne à segurança, à ordem, à saúde e ao sossêgo público" (*O Contrôle dos Atos Administrativos*, 2.ª ed., pág. 306). Bastante clara e incisiva é a conceituação adotada por Fritz Fleiner, com base em disposição do *Allgemeines Preussische Landrecht*, do ano de 1794, assim concebida: "É a função de polícia o tomar as medidas necessárias para manter a tranqüilidade pública, segurança e ordem, e para prevenir perigos iminentes ao público ou a algum de seus membros". Tais "palavras famosas" no dizer do autor, não obstante a revogação da lei que as continha, continuam a reger o direito público alemão, "como expressão de uma geral convicção jurídica" (*Instituciones de Derecho Administrativo*, ed. Labor, 1935, pág. 311).

No caso, não ocorre hipótese que justifique a intervenção do poder de polícia. Não há qualquer providência de caráter urgente, em benefício da segurança, da ordem, da saúde, do sossêgo. Ora se trata de regulamentação do direito de construir. Nesse ponto, os atos da Administração pública não podem fugir à esfera da legalidade estrita.

"Sendo a função administrativa, que constitui o objeto das atividades da pública Administração, essencialmente realizadora do direito, não se pode compreender seja exercida sem que haja texto legal autorizando-a além dos limites dêstes" — é a lição de Seabra Fagundes (ob. cit.). Não diverge Machado Guimarães ao doutrinar que a autoridade administrativa tem o privilégio da auto tutela, quando concedido "expressa ou implìcitamente em leis, re-

gulamentos e posturas" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, pág. 221).

Em relação ao direito de construir, que decorre do direito de propriedade, o legislador federal determinou a forma pela qual a Administração pública exercerá seu poder regulamentar. Não poderia a lei estadual, e muito menos posturas municipais, invertendo a hierarquia legislativa, dispor de maneira diferente.

Diz o Código de Processo Civil, no art. 302, n.º XI, que compete à União, ao Estado ou ao Município, a ação cominatória, para pedir a suspensão ou demolição de obra que contravenha a lei, regulamento ou postura. Êsse é o único caminho.

O legislador federal não quis deixar à discrição da lei estadual e menos às posturas municipais, a forma de exigir cumprimento aos regulamentos restritivos do direito de construir, por desejar êle próprio tutelar o direito de propriedade que alicerça aquêle direito. E o fêz, estabelecendo a ação cominatória, na qual ficam perfeitamente protegidos os direitos da Administração pública e os do proprietário.

Não podia, pois, a Municipalidade, impedir por execução própria, *manu militari*, ou mediante ameaças, a continuação da obra já anteriormente autorizada. Devia socorrer-se da ação cominatória, que é o caminho traçado pela lei federal.

Pelo exposto: Acordam, em Sessão Plenária do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, acolher em parte o pedido e conceder a segurança, para o fim de não ser obstado o prosseguimento das obras iniciadas, enquanto, por ordem judicial, não seja determinada a suspensão e até a demolição, se fôr o caso.

Custas na forma da lei.

São Paulo, 16 de setembro de 1953. — *Paulo Colombo*, Presidente. — *Vieira Neto*, Relator designado para o acórdão. — *Juarez Bezerra*. — *Amorim Lima*. — *Paulo Costa*. — *Prado Fraga*, vencido. — *Teodomiro Dias*, vencido. — *Pedro Chaves*, vencido. — *Frederico Roberto*. — *Augusto Neri*, vencido. — *Pinto do Amaral*. — *José R. A. Valim*. — *Leme da Silva*, vencido. — *Vasconcelos Leme*. — *Davi Filho*. — *Clóvis de Morais Barros*. — *R. F. Ferraz de Sampaio*, vencido. — *Fernandes Martins*. — *Justino Pinheiro*. — *Camargo Aranha*. — *Trasíbulo de Albuquerque*. — *Ulisses Dória*, vencido. Entendi não caber a segurança por não ter o requerente direito líquido e certo, e porque a medida se volta contra dispositivo do próprio Código de Obras da Prefeitura Municipal. — *Joaquim de Silos Cintra*. — *Edgar de Moura Bittencourt*. — *Tomás Carvalhal*. — *Manuel Carlos*, vencido. — *J. Augusto de Lima*, vencido. — *J. M. Gonzaga*, vencido. — *A. de Oliveira Lima*. — *Percival de Oliveira*. — *O. Costa Manso*, vencido. — *Pedro Augusto do Amaral*, vencido de acôrdo com a seguinte declaração de voto:

Decidiu o venerando aresto, do qual, com a devida vênia, divergi, que é regular a cassação do alvará pela autoridade administrativa que o concedeu, sem que êsse poder envolva o direito de vedar a continuação da obra.

A meu ver, o efeito natural da anulação da licença é a paralisação da obra por meio de embargo administrativo. Trata-se de providência legal expressamente autorizada pelo art. 122 do Código de Obras, que casuìsticamente, enumerou os casos em que ela se autoriza.

Não é curial que, cassado o alvará em razão da ocorrência de êrro em sua concessão, seja permitido o prosseguimento normal da obra, sem se tomar conhecimento do vício que macula a construção em andamento. É conveniente relembrar que o ato administrativo é revogável e, com maior razão, aquêle que contém êrro, pois êste não confere direito a quem quer que seja.

Referindo-se à validade dos atos administrativos, ensina Temístocles Cavalcânti que, "princípio fundamental é a conformidade do ato com a lei. O êrro, a incompetência do autor do ato, a falta de cumprimento de exigências legais são circunstâncias que atingem o ato em sua condição de existência e à autoridade

competente cabe o dever de, em tempo, restabelecer a vigência da lei" (2.º vol., pág. 331). Seabra Fagundes, ao estudar os vícios dos atos administrativos, assim se expressa: "Carecem de qualquer valia jurídica. Não operarão efeito, tendo-se como inexistentes os acaso consumados. Razões de interêsse público e de moralidade administrativa levam a fulminá-los" (*O Contrôle dos Atos Administrativos*, pág. 69).

E nem se compreende que, argüido vício de tal natureza, impediente de qualquer aproveitamento da obra, tolerasse a Administração a continuação da construção, como se contra ela nada houvesse agravando a situação existente, com aumento dos eventuais prejuízos.

Alega-se, contudo, que na hipótese não é admissível o exercício do poder de polícia por parte da Administração, porque a lei processual indica a ação cominatória como via adequada para o poder público suspender a obra em desconformidade com a lei, regulamentos e posturas.

O argumento não é aceitável.

É sabido que o contrôle jurisdicional dos atos administrativos se exerce *a priori* ou *a posteriori*, cabendo à Administração a faculdade de apreciar a conveniência e oportunidade de optar por uma dessas modalidades, escolhendo aquela que, em dado momento, consulte o interêsse público.

Luís Machado Guimarães, em comentários ao art. 302, n.º XI, do Código de Processo, após afirmar que, em regra, êsse contrôle se opera *a posteriori*, escreve: "À Administração pública é lícito, entretanto, submeter, desde logo, os seus atos à apreciação dos órgãos de jurisdição, abstendo-se de executá-los diretamente, para que a execução se processe por via judiciária. Evitando, desta forma, o contrôle judicário *a posteriori*, a autoridade administrativa, fundada em motivos de oportunidade prática que lhe cumpre apreciar discricionàriamente, não renuncia ao privilégio da auto-tutela, senão em cada caso, concreto".

E em outra passagem, acrescenta: "O Código de Processo Civil, no art. 302, n.º XI, concede ação cominatória, nos casos que especifica, para que a autoridade administrativa, quando assim o preferir, recorra à via judiciária para a execução de atos de polícia administrativa".

E reitera o mesmo escritor: "sòmente em caso concreto, que a sua faculdade discricionária de apreciação prefere submeter ao poder judiciário, se considerará renunciado, pela autoridade administrativa, o privilégio de auto-tutela".

Afastando o entendimento de que a inclusão de semelhante ação entre as cominatórias possa importar em restrição ao exercício do poder de polícia pela Administração, adverte o mesmo escritor: "Do exposto se evidencia que a concessão, pelo Código de Processo Civil, de uma ação especial às autoridades administrativas para o exercício do poder de polícia, não colide com a faculdade, que cabe às mesmas autoridades, de executarem os próprios atos, sem intervenção do Poder Judiciário, e de acôrdo com as leis, regulamentos e posturas" (col. *Revista Forense*, vol. IV, pág. 220 e seguintes).

O Supremo Tribunal Federal, aceitando integralmente êsse ensinamento de Luís Machado Guimarães, afirmou a tese de que "a atividade administrativa para coibir contravenções às leis e posturas, não se exercita apenas *a posteriori*. Sòmente em cada caso concreto se considera renunciado pela entidade administrativa, o privilégio da autotutela. A tese de que o exercício, pelo poder administrativo, da ação cominatória, não impede a expansão da autotutela, é inteiramente aceitável" (*Rev. Forense*, vol. 124, pág. 438).

A propósito do mesmo assunto, veja-se ainda o erudito parecer de Darci Bessone, publicado na *Rev. dos Tribunais*, vol. 210, pág. 49.

De acôrdo com essas lições, a circunstância de a lei processual consignar, entre as cominatórias, aquela conferida ao poder público para suspender ou de-

molir obra que contravenha a lei, regulamento ou postura, não exclui e nem limita o exercício do poder de polícia por parte da Administração pública.

Desde que não há dispositivo de lei, regulamento ou postura que vede a prática de semelhante ato e, ao contrário, há dispositivo que o permite; desde que a Administração não renunciou, no caso em aprêço, ao princípio da auto-tutela, isto é, ao direito de fazer cessar por seus próprios meios, o andamento da obra em desconformidade com as prescrições legais, razão não há para se recusar à Administração o direito de opor embargo à obra por via administrativa.

O inciso invocado, do Código de Processo, sem estabelecer qualquer restrição à executoriedade do ato administrativo, limita-se a indicar os casos e a forma do processo judicial, quando a Administração, por motivos de conveniências e oportunidade que a ela cabe apreciar em sua livre discrição, entender oportuno invocar o contrôle jurisdicional, *a posteriori*, ou *a priori*.

A prevalecer o entendimento contrário, o Poder Público ficará impedido de agir em casos de extrema urgência, embora uma pronta atuação seja indispensável à preservação da saúde, da segurança e da ordem públicas. A letra *b* dêsse mesmo inciso do Código de Processo confere ação cominatória para "a obstrução de valas ou escavações, a destruição de plantações, a interdição de prédios e, em geral, a cessação do uso nocivo da propriedade, quando o exija a saúde, a segurança ou outro interêsse público. Pois bem: verificada uma dessas hipóteses — e algumas reclamam providências imediatas — embora a saúde, a segurança ou outro interêsse público relevante possam ser afetados de modo sério e grave, não pode a Administração pública adotar qualquer providência urgente e imediata em defesa da coletividade, porque, desde que a lei processual concede ação cominatória, para tais casos, ficará ela na obrigação de recorrer ao Poder Judiciário a fim de obter meios que façam cessar a anormalidade e resguardem a coletividade.

Essas as razões que expendi, na qualidade de relator, ao denegar a segurança. — *H. da Silva Lima*, vencido, de acôrdo com a seguinte declaração de voto:

A autoridade municipal cassou o alvará para construção e embargou a obra, que, lògicamente, não poderia continuar sem licença. No tocante ao primeiro ponto, entendeu o acórdão ser lícito o ato administrativo, chegando mesmo a afirmar que não há direito certo do impetrante. No tocante ao resto, porém, entendeu, *data venia*, contraditòriamente, que a obra deve prosseguir, sem alvará, sem licença, com a cassação julgada regular, ou, o que é pior, com uma licença concedida pelo acórdão, sob o processo sumário do mandado de segurança, substituindo-se a autoridade judiciária à autoridade administrativa.

O motivo da cassação assenta em razões de fato: a localização da obra, em zona marginal ao canal do Tamanduateí, onde será obrigatório o recuo de 10 metros para a edificação, entrando o impetrante a afirmar que a construção não está na zona de exigência e a Prefeitura afirmando que o está, porque o regulamento municipal não cogita de ruas determinadas, senão de área considerada como "marginal" ao citado canal do Tamanduateí, o que ainda mais agrava o problema concreto. Já sob êsse aspecto era incabível a segurança.

Tornou-se ela, a meu ver, absolutamente inviável com a afirmativa de que a cassação fôra regular, emanada de autoridade legítima e assentando em tese, em preceito regulamentar. A conseqüência necessária seria o embargo, a proibição de continuar a obra, em flagrante violação da lei, cujo resguardo foi considerado bem feito pelo acórdão. Ou se cassa o alvará e se aceita a sua conseqüência inevitável, única, que é impedir a continuação da obra, ou se permite esta e o alvará também deverá

subsistir, como inerente à obra (art. 49 do Código de Obras).

O art. 302, n.º XI, do Código de Processo não é empecilho à cassação do alvará, como procurei demonstrar em votos na *Revista dos Tribunais*, 199-425 e 185-405. Essa medida, bem como o embargo, nada tem a ver com a ação cominatória, que é medida judicial, ao passo que os dois outros são medidas administrativas, que não dependem de qualquer providência do Poder Judiciário. Cassar alvarás e embargar construções não é demolir as obras, não é executar atos administrativos que importem em demolição, mas simples abstenção. Conceder a segurança é permitir que se construa sem alvará ou com êste revogado, ou admitir que se prossiga numa obra sob suspeita de ilegalidade, o que afasta a idéia de ser o direito certo.