ATO ADMINISTRATIVO — LICENÇA DE CONSTRUÇÃO — LEI NO TEMPO

— Sobrevindo lei que determina que o pedido de licença de construção será decidido consoante a lei vigente ao tempo de sua apresentação, é defeso à Administração, em ato regulamentar, alterar o regime legal.

— Nulo é o ato administrativo fundado em decreto manifestamente contrário à lei.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Alexandre Kliot e outro *versus* Prefeitura Municipal de São Paulo
Recurso Extraordinário nº 96.640 — Relator: Sr. Ministro
ALFREDO BUZAID

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em conhecer do recurso e dar-lhe provimento em parte, sendo vencidos parcialmente os Exmos. Srs. Ministros Rafael Mayer e Oscar Corrêa.

Brasília, 14 de junho de 1983. *Soares Muñoz*, Presidente. *Alfredo Buzaid*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Alfredo Buzaid: 1. O Dr. Alexandre Kliot e Maria Antonieta Ribeiro de Barros moveram ação contra a Prefeitura Municipal de São Paulo, alegando que, sob o regime da Lei nº 7.805/72, submeteram à aprovação da ré o projeto de construção de um centro comercial. A tramitação foi longa e acidentada. Encontrava-se ainda em curso o processo administrativo, quando, em 24 de dezembro de 1973, foi promulgada a Lei municipal nº 8.001 que, restringindo o uso dos imóveis localizados na Av. Europa, lhes impôs destinação estritamente residencial (Z-1).

Contudo, o art. 48 desta lei deixou expressamente ressalvado que os pedidos de licença de construção, protocolados na vigência da Lei nº 7.805/72, deveriam ser decididos de acordo com esta legislação. O processo continuou a caminhar lenta e emperradamente, até que o *Diário Oficial do Município*, de 27/28 de setembro de 1975, publicou despacho do presidente da Cogesp, com a seguinte redação:

"Indefiro, com base no art. 1º do Decreto nº 12.209, de 9.9.75" (fls. 142).

E concluiu inicial, especificando os seguintes pedidos:

"a) que seja decretada a nulidade do ato administrativo consubstanciado no indeferimento da licença de construção, objeto do despacho prolatado no Processo nº 56.969 de 1973 e publicado no *Diário Oficial do Município* nº 813, edição dos dias 27/28 de setembro de 1975, autorizados, conseqüentemente, os autores, a darem início à construção projetada, determinando-se, também, e cumulativamente, indenize a ré os prejuízos ocasionados aos peticionários como conseqüência da procrastinação ocorrida no andamento do processo e ulterior indeferimento; ou, sucessivamente,

b) que, prevalecendo o ato administrativo consubstanciado no indeferimento, seja a ré condenada a ressarcir todos os danos e prejuízos suportados pelos autores como conseqüência da não-consecução do empreendimento comercial e imobiliário projetado, tudo a ser apurado no transcurso da ação" (fls. 9).

2. A ré contestou o pedido. Houve perícia. Foram juntados aos autos numerosos documentos relativos à tramitação do pedido de licença e pareceres emitidos pelos órgãos técnicos, bem como arestos de casos análogos ou assemelhados.

O MM. Juiz proferiu a final a sentença de fls. 610 e seguintes, declarando que o chefe do Executivo, expedindo o Decreto nº 12.209, se apartou de uma conduta de legalidade, invadiu a competência do Legislativo e estabeleceu normas que não podem ser aplicadas. Ora, o ato praticado com base em norma inaplicável, por ser ilegal, é passível de anulação pelo Judiciário. E concluiu estabelecendo quatro fatos:

"a) o indeferimento — que já se demonstrou ter sido ilegal — do pedido de aprovação da planta; b) sua conseqüência direta: a não execução do projeto; c) o interesse demonstrado pelo Banco do Comércio e Indústria de São Paulo S.A. na locação do imóvel; d) a impossibilidade da locação, em face da oposição da ré, que insistiu em sua interpretação errônea e forçada da lei, num desdobramento da conduta já adotada na fase administrativa" (fls. 630-631).

E assim julgou procedente a ação, proclamando a nulidade do ato impugnado, com fundamento no art. 48 da Lei nº 8.001, combinado com os arts. 2º e 6º da Lei de Introdução ao Código Civil e 153, § 3º da Constituição da República, autorizando os autores a executar o projeto; ao mesmo tempo e com base nos arts. 159, 572 e 1.059 do Código Civil, condenou a ré a perdas e danos, abrangendo o total dos aluguéis que deixaram de receber, com juros de mora desde a citação inicial e a diferença do custo da construção, bem como custas e honorários.

3. Houve embargos de declaração de ambas as partes (fls. 635-638 e 640-641), que foram em parte acolhidos (fls. 624v.).

Autores e ré apelaram da sentença para o egrégio Tribunal de Justiça (fls. 645-649 e 651-692). A egrégia 2ª Câmara assim decidiu:

"(...) por votação unânime, não conhecer do agravo de fls. 150-151 e repelir as preliminares; por maioria de votos, dar provimento ao agravo de fls. 295 para reduzir os honorários do perito a Cr$ 50.000,00 e, no mérito, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso oficial e ao apelo da municipalidade, para cancelar a autorização para construir e reduzir a indenização a Cr$ 420.821,70, com correção monetária a partir da citação, prejudicado o apelo dos autores" (fls. 740).

Destaco deste v. acórdão a parte em que foi discutida a matéria principal:

"Ora, se o poder público pode revogar seus atos, por mera conveniência, *a fortiori ratione* pode deixar de conceder a autorização, em nome do interesse público, tal como se procedeu no caso. Conforme decidiu este egrégio Tribunal, na Apelação Cível número 258.781, de São Paulo, 'se a Administração pode, a todo tempo, fazer cessar as obras particulares licenciadas, que, por motivos supervenientes, possam prejudicar o interesse público, revogando o alvará concedido, não se vê motivo para impedi-la de não con-

ceder licença, desde que esta não consulte o interesse público'.

O que nessa hipótese se reserva ao particular, consoante se infere das lições de Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo brasileiro*, 3. ed., São Paulo, RT, 1975, p. 171) e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (*Princípios gerais de direito administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 1969, v. 1, p. 567) é o direito à reparação do dano.

Podia, portanto, a autoridade impetrada, ainda que atendidos os pressupostos legais, indeferir a licença postulada pela interessada, em nome da conveniência ditada pelo interesse público. Mas a Administração se sujeita ao dever de indenizar, uma vez verificados os pressupostos legais.

A hipótese de v. acórdão invocado é a mesma dos autos, razão por que o entendimento pode ser aqui aplicado sem qualquer esforço.

Têm, portanto, os autores, o direito à reparação dos danos sofridos.

A indenização, porém, não pode ser aquela pretendida pelos autores ou a concedida pela sentença.

A indenização deve compreender o dano emergente e os lucros cessantes. O dano emergente, no caso, consiste nas despesas com a elaboração do projeto, no montante de Cr$ 403.611,36, conforme estima o perito, a fls. 241, mais a quantia de ..... Cr$ 17.221,72, relativa aos emolumentos recolhidos aos cofres públicos, importando tudo em Cr$ 420.882,70.

Lucros cessantes, no caso, inexistem. Estes consistem naquilo em que o prejudicado *razoavelmente* deixou de ganhar. Desse modo, não se indenizam lucros hipotéticos, mas apenas aquilo que se poderia lucrar, segundo o *quod plerumque accidit*" (fls. 744-745).

4. Votou vencido o eminente Desembargador João del Nero, que assim se pronunciou:

"No mérito, *data venia*, meu voto negava provimento ao recurso dos autores e ao da ré e confirmam, pelos brilhantes fundamentos, a r. sentença recorrida, da lavra do ilustre juiz, Dr. Sinésio de Souza, que está de acordo com os elementos constantes dos autos e o direito aplicável à espécie.

Ressalte-se, de início, que no caso não é possível concluir-se pela legalidade do ato impugnado que, 'estribado em simples decreto, indeferiu o pedido, só porque o decreto dispõe de modo diferente, como se com tal espécie de norma jurídica fosse possível revogar disposição de lei (norma hierarquicamente superior), e, ainda mais, tornar letra morta dispositivo constitucional; e, o legislador municipal, em todas as oportunidades em que dispôs sobre a matéria, ressalvou sempre as situações anteriores já consolidadas e o direito adquirido'.

Aliás, no caso *sub judice*, o art. 48 da lei em que se baseia a ré salientou: 'Os expedientes administrativos ainda sem despacho decisório, protocolados anteriormente à data da publicação desta lei, que não se enquadram nas disposições ora estatuídas, serão decididos de acordo com legislação anterior.'

Aplica-se, pois, ao caso, a legislação anterior, pois a lei nova — que ressalvou as hipóteses versadas — não consignou, expressamente, que se aplicava às *situações em curso* (Roubier, *Les Conflits des lois dans les temps*, Paris, 1933, v. 1, p. 492; Maximiliano, *Direito intertemporal*, 1946, nº 25). Aliás, foi o que decidiu o colendo Supremo Tribunal Federal (RE nº 88.474 — SP — *RTJ*, 87/1.039).

Ressalte-se que o ato incriminado podia ser anulado, uma vez que 'a legalidade é a pedra de toque de todo ato administrativo'.

Por princípio, as decisões administrativas devem ser motivadas formalmente, vale dizer que a parte dispositiva deve vir precedida de uma explicação ou exposição dos fundamentos *de fato* e *de direito*, o ato administrativo não deve apenas *invocar* preceito legal. Em casos em que não se exija fundamentação, deve o *ato ser explicável, 'legal* ou *juridicamente'* (cf. Hely Lopes Meireles, *Direito administrativo brasileiro*, 1976, v. 3, p. 219; Laubadère, *Manuel de droit administratif spécial*, Paris, 1977, p. 40/41. Princípio seguido pela Câmara (julgamento em 18.9.79 — Apelação Cível nº 285.644 — SP — acórdão da lavra do relator deste).

Igualmente improcede a argumentação da Apelante quanto ao descabimento da condenação da municipalidade ao ressarcimento de pretensos aluguéis. É que, no caso, o fato de os autores não haverem auferido aluguéis — ficou provado.

Não se pode, pois, considerar esse prejuízo como 'meramente hipotético'.

E os aluguéis são devidos até o efetivo pagamento, pois, caso contrário, a ré se beneficiaria com seu ato ilegal.

Quanto à diferença de custo, não é possível atribuir à r. sentença concessão de ressarcimento por prejuízos hipotéticos. Aliás, ao receber os embargos de declaração, o r. despacho consignou que 'na fase de execução à ré caberá, eventualmente, alegar, se for o caso, a ocorrência de qualquer delonga' (fls. 642v.). Ficou consignado, outrossim, que 'a diferença de custo será apurada através de prova pericial'.

A pretensão da apelante (fls. 686, *in fine)* quanto a se 'fixar termo final para execução das obras' não procede, uma vez que não se pode prever esse *fato futuro.* Aliás, como foi salientado, no r. despacho que recebeu os embargos de declaração, 'à ré caberá, eventualmente, e na execução, alegar, se for o caso, a ocorrência de qualquer delonga'.

A correção monetária — pedida na inicial (fls. 9) é devida no caso, pois, conforme jurisprudência dominante, especialmente do colendo Supremo Tribunal Federal — e seguida por esta Câmara — 'o valor dos danos a ser pago cabe ser atualizado, pois, tratando-se de ato ilícito, o problema é de reparação total do prejuízo, e assim implicitamente se inclui a correção monetária' (acórdão do Colendo Supremo in *DJU,* 10.8.79, p. 5.649 — cit. fls. 723; RE nº 85.782, *DJU,* 18.2.77, p. 890 — cit. fls. 724). No caso, se trata de pedido expresso, pelo que não pode ser denegada a correção monetária.

Por estes motivos, meu voto negava provimento ao recurso da ré" (fls. 750-752).

Contra este v. acórdão, ofereceu a prefeitura municipal embargos de declaração (fls. 755-756) e os autores opuseram embargos infringentes (fls. 758 e seguintes). Aqueles foram recebidos por unanimidade (fls. 794); estes foram rejeitados por maioria de votos (fls. 826-828).

5. Ocorre que os autores, ao mesmo passo que opuseram embargos infringentes, interpuseram do v. acórdão recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 119, III, *a* da Constituição, pedindo fosse sobreestado o seu processamento na forma do art. 498 do Código de Processo Civil, até o julgamento dos embargos infringentes (fls. 784). O recurso extraordinário funda-se em negativa de vigência do art. 153, § 22 da Constituição e 1.059 do Código Civil.

Rejeitados os embargos infringentes, interpuseram os autores segundo recurso extraordinário, com fundamento no art. 119, III, *a* e *d* da Constituição, alegando negativa de vigência dos arts. 153, § 2º da Constituição, 1.059 do Código Civil, 2º da Lei de Introdução ao Código Civil e 131 e 436 do Código de Processo Civil, bem como dissídio jurisprudencial com os acórdãos desta Corte proferidos nos recursos extraordinários nº 88.474, Rel. Min. Djaci Falcão (*RTJ,* 87/1.039) e nº 85.002, Rel. Min. Moreira Alves (*RTJ,* 79/1.016).

Por decisão de fls. 863-874, proferida pelo 3º Vice-Presidente do eg. Tribunal de Justiça, foram indeferidos os dois recursos extraordinários. A argüição de relevância não foi acolhida por decisão do eg. Conselho em sessão de 26.8.81.

Da decisão que negou seguimento aos dois recursos extraordinários foi interposto agravo de instrumento, provido pelo eminente Ministro Cunha Peixoto, que mandou subir os autos para melhor exame (fls. 260 v.).

A douta Procuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do eminente Dr. Mauro Leite Soares, assim se pronunciou:

"1. Os recorrentes interpuseram recursos extraordinários, o de fls. 784, contra o acórdão de fls. 740, e o de fls. 831, contra o acórdão de fls. 826.

2. Trata-se de ação ordinária, proposta por proprietários de imóvel que teve sua utilização modificada, pela legislação municipal, sendo que, na vigência da Lei número

7.805/75, que permitia a edificação de prédios para a exploração comercial, os recorrentes elaboraram projeto de construção dessa natureza, protocolando-o na prefeitura.

3. Todavia, com o advento da Lei nº 8.001, de 1973, foi alterada a utilização do solo na região, transformando-o, novamente, para destinação estritamente residencial.

4. Posteriormente, sobreveio o Decreto nº 12.209, de 1975, mandando aplicar a legislação atual, na qual fundamentou-se a denegação da licença.

5. No primeiro recurso, interposto com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, alega-se que a decisão negou vigência ao art. 153, § 2º, da Constituição, além de vulnerar o disposto no art. 1.059 do Código Civil.

6. Entretanto, improcede a pretensão dos recorrentes, pois ultrapassa os limites restritos do presente apelo, tanto mais que, para apreciá-la, haveria necessidade de reexame de prova, para o que não tem ela cabimento (Súmula nº 279).

7. Quanto ao segundo recurso, fundamenta-se na alegação de contrariedade ao art. 153, §§ 3º e 22 da Constituição federal, além de ter divergido da interpretação dada pelo egrégio Supremo Tribunal à matéria versada nos autos, no RE nº 88.474.

8. Os projetos protocolados anteriormente à lei nova, encontravam-se amparados pelo art. 30, da Lei nº 7.805/72, que assim dispunha:

'Os expedientes administrativos ainda sem despacho decisório, protocolados anteriormente à data da publicação desta lei, que não se enquadrem nas disposições ora estatuídas, serão decididos de acordo com a legislação anterior.'

9. Posteriormente, a Lei nº 8.001, de 1973, que embora tenha restringido o uso dos imóveis onde se localiza o dos recorrentes, repetiu literalmente o transcrito art. 30, em seu art. 48, permitindo que fossem decididos os pedidos de licença protocolados na vigência da citada Lei nº 7.805/72, em conformidade com essa mesma lei.

10. Com efeito, o RE nº 93.108, Relator Ministro Moreira Alves, encontra-se assim ementado, versando-se matéria idêntica:

'Licença de construção. Indeferimento com base em critério de legislação municipal anterior que determinou, quanto a pedidos feitos anteriormente a ela, que fossem examinados à luz da legislação vigente quando de sua apresentação.

Se a legislação local posterior determinou, como reconhece o acórdão recorrido, que os requerimentos de licença de construção fossem apreciados à luz da legislação vigente ao tempo de sua apresentação, não pode a Administração Pública sobrepor o seu critério de avaliação a esse respeito ao da própria lei.

Essa circunstância afasta o argumento *a fortiori* com base na possibilidade de revogação de licença de construção, cuja obra não foi iniciada, sob o fundamento de conveniência ditada pelo interesse público, pois, neste caso, essa conveniência não foi apreciada nem afastada pela lei vigente.

Recurso extraordinário conhecido e provido' (*RTJ*, 100/351).

11. Igualmente, ao apreciar o RE número 88.474, Relator Ministro Djaci Falcão, a egrégia Segunda Turma, em matéria idêntica, assim decidiu:

'Licença de construção. Pedido que deve ser apreciado de acordo com a legislação anterior, conforme ressalva expressa na lei nova. Mandado de segurança concedido. Não foram prequestionados os preceitos dos arts. 153, § 3º, da Constituição federal e art. 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Sem pertinência a invocação do art. 160, III, da Constituição federal. Dissídio jurisprudencial não caracterizado. Recurso extraordinário não conhecido' (*RTJ*, 87/1.039).

12. Em conclusão, parece-nos assegurado aos recorrentes o direito adquirido ao exame do projeto de construção de conformidade com as normas vigentes ao tempo de sua protocolização.

13. Nestes termos, somos pelo conhecimento e provimento, em parte, do segundo recurso extraordinário, não conhecido sendo,

ou declarado prejudicado o primeiro recurso" (fls. 987-990).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Alfredo Buzaid (Relator): 1. Há dois recursos extraordinários. No primeiro, interposto do v. acórdão que julgou a apelação, alegam os recorrentes negativa de vigência do art. 153, § 2º, da Constituição e art. 1.059 do Código Civil e pedem o seu provimento para o fim de, na reparação dos danos ocasionados, serem incluídos os locativos que o imóvel renderia (fls. 789). No segundo, interposto do v. acórdão, proferido nos embargos infringentes, alegam os recorrentes negativa de vigência do art. 153, §§ 3º e 22 da Constituição, art. 1.059 do Código Civil e arts. 131 e 436 do Código de Processo Civil, bem como dissídio jurisprudencial, invocando os arestos publicados na *RTJ*, 87/1.039 e 79/1.016; e pedem o provimento para serem incluídas as seguintes verbas:

a) os locativos que o imóvel renderia;

b) diferença do custo da construção;

c) custas e honorários sobre o total da indenização;

d) lhes seja reconhecido o direito de ter apreciado o pedido de licença de construção de acordo com a Lei nº 7.805/72;

e) e seja julgada procedente a ação, nos termos do voto vencido (fls. 849). Esclarecem ainda os recorrentes que, com a superveniência da Lei nº 9.049, de 24 de abril de 1980, foi implantado o chamado corredor de uso especial, o que importa reconhecimento pela municipalidade do pedido dos recorrentes (fls. 850).

O segundo recurso extraordinário tem conteúdo maior do que o primeiro e, na verdade, o abrange.

2. Tenho por malferidos o art. 153, § 3º, da Constituição e art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil. Efetivamente, trata-se de pedido de licença de construção, indeferido pela recorrida com base no art. 1º do Decreto nº 12.209, de 9.9.75. Ao tempo em que foi protocolado o pedido, vigorava a Lei nº 7.805/72, segundo a qual podia ser edificado prédio com destinação comercial na Av. Europa. Em 24 de dezembro de 1973 é editada a Lei nº 8.001 que, impondo aos imóveis situados na Av. Europa destinação apenas residencial, ressalvou, porém, no art. 48:

"Art. 48. Os expedientes administrativos, ainda sem despacho decisório, protocolados anteriormente à data da publicação desta lei, que não se enquadrem nas disposições ora estatuídas, *serão decididos de acordo com a legislação anterior*" (fls. 5).

Aplicando ao caso o art. 1º do Decreto nº 12.209/75, a autoridade administrativa negou vigência ao art. 48 da Lei nº 8.001, violando o art. 153, § 3º, da Constituição e art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Esta Corte já examinou precisamente esta questão no Recurso Extraordinário nº 93.108, em 7.11.80, de que foi relator o eminente Ministro Moreira Alves, declarando que:

"Se a legislação local posterior determinou, como reconhece o acórdão recorrido, que os requerimentos de licença de construção fossem apreciados à luz da legislação vigente ao tempo de sua apresentação, não pode a Administração Pública sobrepor o seu critério de avaliação a esse respeito ao da própria lei" (*RTJ*, 100/351).

E concedeu a segurança para que o pedido de licença seja apreciado à luz da legislação vigente ao tempo em que foi apresentado (*RTJ*, 100/358). No mesmo sentido, o aresto da Segunda Turma (Rec. Ext. nº 88.474, Rel. Min. Djaci Falcão, em *RTJ*, 87/1.039).

3. O ato administrativo (fls. 142), pelo qual o presidente da Cogesp indeferiu, com base no art. 1º do Decreto nº 12.209/75, o pedido de licença de construção, é, a meu ver, nulo. Ao tempo em que foi requerida a licença de construção, nos termos da Lei nº 7.805/72, era lícito edificar, naquele local, centro comercial. Sobrevindo, em 1973, a Lei nº 8.001, que impôs aos imóveis situados na Av. Europa destinação apenas residencial, teve ela o cuidado de ressalvar no art. 48:

"Art. 48. Os expedientes administrativos, ainda sem despacho decisório, protocolados anteriormente à data da publicação desta lei, que não se enquadrem nas disposições ora estatuídas, *serão decididos de acordo com a legislação anterior*" (fls. 5).

Cabia, pois, à Administração, em observância a este preceito legal, decidir o pedido de licença de acordo com a legislação anterior. Mas, não tendo feito, violou a lei e praticou ato ilícito.

A ilicitude deste ato consiste em desobedecer à lei, que rege a apreciação do pedido de licença. Os recorrentes tinham o direito de exigir da Administração que julgasse o pedido, segundo a legislação existente ao tempo em que foi protocolado.

4. Da ilicitude do ato da Administração, que violou a lei, formulam os recorrentes duas pretensões: a) a de declarar inválido o ato, para que outro se pratique segundo a lei; b) a condenação da ré em reparar o dano.

Quanto à primeira, a orientação desta Corte já se firmou no sentido de declarar a ineficácia do ato administrativo, a fim de que a autoridade aprecie o pedido de licença à luz da lei vigente ao tempo em que foi protocolado. Esta decisão está conforme ao rigor dos princípios. Na verdade, os recorrentes tinham a faculdade de requerer a licença de construção. À Administração cabia o dever de julgá-la, concedendo ou negando, se verificasse estar ou não de acordo com a lei. Tal ato não é discricionário, mas vinculado, pois a lei determina as raias em que pode realizar-se. A Administração pode atuar com liberdade, mas dentro dos limites fixados pela lei. Pode o Judiciário, pois, entrar no exame da legalidade do ato (Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo*, 9. ed., p. 121; Cretella Júnior, *Direito administrativo*, Forense, 1983, v. 1, p. 377).

Passível de crítica é, pois, o v. acórdão, proferido nos embargos infringentes que:

"(...) entendeu legítimo o indeferimento pela municipalidade, com base na Lei nº 8.001, de projeto de construção protocolado pelo embargante na vigência da lei anterior e em conformidade com as exigências então vigorantes" (fls. 826).

5. A segunda pretensão dos recorrentes é a da reparação do dano, com fundamento no art. 1.059 do Código Civil, abrangendo não só o que perdeu como ainda o que deixou de ganhar. Este é, sem dúvida, o ponto mais delicado do recurso extraordinário. Mas, a meu ver, não é possível julgar agora o pedido de indenização, porque, conhecendo e dando provimento ao segundo recurso extraordinário, determino que a Administração aprecie o pedido de licença segundo a lei do tempo em que foi protocolado. Se a egrégia Turma determinar que a prefeitura decida o pedido consoante a lei do tempo em que foi protocolado, força é aguardar este pronunciamento para se saber se o projeto preenche todos os requisitos legais de sua aprovação. Sendo ele deferido pela autoridade competente, daí é que se pode cogitar do pedido de indenização. O deferimento do pedido de licença é um *prius*. O pedido de indenização é um *posterius*. Aquele é condicionante; este condicionado.

6. Assim entendido e com a ressalva feita, meu voto é pelo conhecimento e provimento em parte do segundo recurso extraordinário, com base no art. 119, III, *a* e *d* da Constituição da República, determinando-se à prefeitura que decida o pedido de licença de acordo com a lei do tempo em que foi protocolado. Considero prejudicado o primeiro recurso extraordinário.

É o meu voto.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Rafael Mayer: Sr. Presidente, eu me permitiria antecipar meu voto, porque fui relator do recurso extraordinário anterior, a que se referiu a ilustre advogada, em que há uma analogia muito estreita com o caso dos autos. A Turma me acompanhou e tive oportunidade de verificar a inviabilidade do recurso, nos termos da Súmula nº 280, porque o acórdão se limitara a interpretar as normas do direito local — tanto a lei quanto o regulamento — acentuando, por sinal, que não havia

incompatibilidade entre a lei e o regulamento, porque foram eles interpretados em conjunção com outras normas urbanísticas do município de São Paulo. E, posto nestes termos, como a instância local é soberana na interpretação do direito local, e como o acórdão recorrido parece-me, também, não colocou a questão em termos de direito intertemporal, mas, simplesmente, do exame do contraste, ou não, entre essas duas normas — tudo isso fez com que me convencesse que, de fato, a matéria residia na interpretação do direito local, em que o Tribunal de Justiça é soberano em apreciar.

Por esses motivos, coerente com o voto que então proferi, não conheço do recurso.

EXTRATO DA ATA

RE nº 96.640-4-SP — Rel.: Min. Alfredo Buzaid. Recte.: Alexandre Kliot e outra (Advs.: José Mauro Marques, Marisa Poletti e outros). Recda.: Prefeitura Municipal de São Paulo (Advs.: Ingrid Ragdaj e outros).

Decisão: depois dos votos do Ministro Relator que conhecia em parte do recurso e nessa parte lhe dava provimento, e do Ministro Rafael Mayer, que não conhecia do recurso, o julgamento foi adiado a pedido do Ministro Oscar Corrêa. Falou pelo Recte.: Dra. Marisa Poletti. 1ª Turma, 1º.3.83.

Presidência do Sr. Ministro Soares Muñoz. Presentes à sessão os Srs. Ministros Rafael Mayer, Néri da Silveira, Alfredo Buzaid e Oscar Corrêa. Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco de Assis Toledo.

VOTO (VISTA)

O Sr. Ministro Oscar Corrêa: 1. A matéria está, como sempre, lucidamente exposta no voto do eminente Relator, e o pedido de vista originou-se da dúvida, que me surgiu, da extensão que se deveria dar ao provimento do recurso.

Isto porque, *data venia* do voto, já antecipado, do eminente Ministro Rafael Mayer, acolho, com o insigne relator, a ilicitude do ato da Administração, que violou a lei, que regia, por determinação expressa, a espécie.

2. O eminente Relator, examinando o pedido, assim se pronunciou (fls. 22 do voto):

"Da ilicitude do ato da Administração, que violou a lei, formulam os recorrentes duas pretensões: a) a de declarar inválido o ato, para que outro se pratique segundo a lei; b) a condenação da ré em reparar o dano.

Quanto à primeira, a orientação desta Corte já se firmou no sentido de declarar a ineficácia do ato administrativo, a fim de que a autoridade aprecie o pedido de licença à luz da lei vigente ao tempo em que foi protocolado. Esta decisão está conforme ao rigor dos princípios. Na verdade, os recorrentes tinham a faculdade de requerer a licença de construção. À Administração cabia o dever de julgá-la, concedendo ou negando, se verificasse estar ou não de acordo com a lei. Tal ato não é discricionário, mas vinculado, pois a lei determina as raias em que pode realizar-se. A Administração pode atuar com liberdade, mas dentro dos limites fixados pela lei. Pode o Judiciário, pois, entrar no exame da legalidade do ato (Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo*, 9. ed., p. 121; Cretella Júnior, *Direito administrativo*, Forense, 1983, v. 1, p. 377).

Passível de crítica é, pois, o v. acórdão, proferido nos embargos infringentes que:

'(...) entendeu legítimo o indeferimento pela municipalidade, com base na Lei nº 8.001, de projeto de construção protocolado pelo embargante na vigência da lei anterior e em conformidade com as exigências então vigorantes' (fls. 826).

A segunda pretensão dos recorrentes é a da reparação do dano, com fundamento no art. 1.059 do Código Civil, abrangendo não só o que perdeu como ainda o que deixou de ganhar. Este é, sem dúvida, o ponto mais delicado do recurso extraordinário. Mas, a meu ver, não é possível julgar agora o pedido de indenização, porque, conhecendo e dando provimento ao segundo re-

curso extraordinário, determino que a administração aprecie o pedido de licença segundo a lei do tempo em que foi protocolado. Se a egrégia Turma determinar que a prefeitura decida o pedido consoante a lei do tempo em que foi protocolado, força é aguardar este pronunciamento para se saber se o projeto preenche todos os requisitos legais de sua aprovação. Sendo ele deferido pela autoridade competente, daí é que se pode cogitar do pedido de indenização. O deferimento do pedido de licença é um *prius*. O pedido de indenização é um *posterius*. Aquele é condicionante; este condicionado.

Assim entendido e com a ressalva feita, meu voto é pelo conhecimento e provimento em parte do segundo recurso extraordinário, com base no art. 119, III, *a* e *d* da Constituição da República, determinando-se à Prefeitura que decida o pedido de licença de acordo com a lei do tempo em que foi protocolado. Considero prejudicado o primeiro recurso extraordinário."

3. Quanto à primeira conclusão — de que "a autoridade aprecie o pedido à luz da lei vigente ao tempo em que foi protocolado", desde logo a acolho.

Mas, vou mais longe. Acolho, também, a segunda pretensão — de reparação do dano, abrangendo não só o que perdeu, como o que, razoavelmente, deixou de ganhar, com base no art. 1.059 do Código Civil.

A reparação deve ser completa. E é óbvio que, a esta altura, o lapso de tempo decorrido, já causou, por si só, aos recorrentes, danos consideráveis, pelos quais deve responder quem, ilegalmente, os causou. Nem se trata, na hipótese, de dano hipotético, mas real, decorrente, desde logo, da simples e dramática desvalorização monetária (além de outros que os autos comprovem, ou outros dados demonstrem).

4. Por outro lado, sujeitar essa indenização a exame e concessão do pedido de licença — sendo este o *prius* e aquela o *posterius* — é sugerir convincentemente à recorrida que o recuse, pois, de outra forma, se estará submetendo aos ônus decorrentes da concessão — isto é, à indenização que disso advirá.

5. Nos autos, alegam os recorrentes que não há motivos que autorizem a recorrida a recusa da licença, que deve ser apreciada nos termos da legislação vigente à época, como, aliás, deferiu o eminente relator.

Vou, contudo, mais longe. Não é do Judiciário a competência para deferi-la, ou recusá-la. É de determinar que de acordo com a lei do tempo se decida.

E recusando-a ou acolhendo, arque a recorrida com os ônus dos prejuízos que já causou aos recorrentes, retardando-lhe, ilicitamente, a decisão a que têm direito. Entre eles, como manda a lei civil, não apenas o que perderam, efetivamente, como o que, razoavelmente, deixaram de lucrar. E, entre esses itnes, obviamente, a diferença de custo de construção, os rendimentos da utilização, e o mais que se apurar.

Pelo que, acompanhando o eminente relator quanto à determinação à recorrida de que decida o pedido de licença, de acordo com a lei do tempo em que foi protocolado, acrescento-lhe o provimento para o fim de que se lhe ressarçam os prejuízos que efetivamente teve e o que razoavelmente deixou de lucrar.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Néri da Silveira: Sr. Presidente. Havendo disposição expressa da lei nova, ressalvando a apreciação dos pedidos de licença para construir, na conformidade da legislação anterior, compreendo que, efetivamente, a lei a invocar-se, na decisão do expediente administrativo de licença, deve ser a anterior. O decreto, que veio regulamentar a lei nova, não poderia, evidentemente, dispor de forma diversa. A indicada ressalva da lei nova, que favorece os recorrentes, no sentido de ver o projeto apreciado segundo a legislação anterior, não poderia ser afastada no regulamento.

Com relação à indenização, com a devida vênia do eminente Ministro Oscar Corrêa, meu entendimento harmoniza-se com o do eminente Ministro Relator. O Poder Judiciário não pode substituir a Adminis-

tração, desde logo, para considerar que, diante da lei anterior, o projeto merece deferimento e, assim, garantir aos recorrentes direito a se verem indenizados por prejuízos oriundos da não-apreciação do projeto. Se porventura a Administração, aplicando a lei antiga, concluir que, em verdade, os recorrentes não preenchem os requisitos, nela previstos, para obter a licença postulada, certo é que nenhuma reparação de dano se há de reconhecer, em seu benefício.

Sr. Presidente. Não me parece, assim, possível assegurar, de imediato, a indenização postulada. Esta somente seria examinável, como conseqüência de indeferimento do pedido administrativo, em contrariedade a lei, por parte da Administração. O que se garante aos recorrentes é a apreciação administrativa do projeto, segundo a legislação da época do pedido.

Não posso, de outra parte, considerar, aqui, tenha a Administração agido, maliciosamente. Ao indeferir o pedido, com base nas normas em vigor, fê-lo, dando aplicação a um decreto, que, ao regulamentar a nova lei, previu a possibilidade, no interesse da Administração, de serem indeferidos os projetos anteriores, que não estivessem de acordo com as disposições introduzidas. É isso o que, neste julgamento, se ataca. Afirma-se a prevalência da lei sobre o decreto e, assim, a aplicação de dispositivo da lei nova, que estabelece norma de direito intertemporal, em assegurando a aplicação da legislação anterior, para se decidirem os pedidos de aprovação de projetos protocolados no regime da lei revogada.

O Sr. Ministro Oscar Corrêa: Apenas para esclarecer, lembro a V. Exª que a simples falta de apreciação, nos termos da lei vigente, já causou prejuízos; e tanto isso é verdade que o próprio acórdão recorrido determinou o pagamento de uma indenização de Cr$ 420.832,80. Desde logo, essa parte foi reconhecida.

O Sr. Ministro Néri da Silveira: Sr. Presidente. Acompanho o voto do eminente Relator, para conhecer do recurso e dar-lhe provimento, apenas em parte, em ordem a que o projeto seja apreciado pela Administração, de acordo com a legislação anterior, nos termos previstos em norma expressa da lei nova.

Data venia, não é possível acolher o argumento trazido pelo ilustre Ministro Oscar Corrêa, segundo o qual, em face dessa decisão, a Administração acabaria por indeferir o pedido dos recorrentes. Não cabe, a meu ver, considerar a matéria nessa perspectiva. O ato da Administração, no caso, é um ato vinculado. A Administração há de aplicar a lei anterior e sua decisão deve-se afeiçoar a essa lei. Se, efetivamente, praticar um ato de arbítrio, asseguradas estarão as vias judiciais aos recorrentes, a fim de impugnar a decisão administrativa contrária à lei, com as conseqüências que daí poderão advir. O que não se faz viável, a meu pensar, é pressupor, aqui, venha a Administração a agir, em contrário ao direito. Incumbe-lhe decidir o pedido de licença, com base na lei anterior. Diante dos elementos constantes do processo administrativo, cumpre-lhe examinar essa súplica, posta em face da legislação vigente ao tempo do requerimento.

VOTO

O Sr. Ministro Soares Muñoz (Presidente): *Data venia* do voto do eminente Ministro Rafael Mayer, acompanho os eminentes Ministros Relator, Oscar Corrêa e Néri da Silveira, quanto ao direito dos recorrentes de verem apreciado o seu pedido de construção segundo as disposições da lei então em vigor, eis que a lei posterior ressalvou o direito daqueles cujas plantas já haviam sido protocoladas quando a nova lei entrou em vigor, e o decreto em que se arrimou a prefeitura não podia sobrepor-se aos termos dessa lei.

Quanto à indenização por perdas e danos, estou de acordo com os votos dos eminentes Ministros Alfredo Buzaid e Néri da Silveira, *data venia* do eminente Ministro Oscar Corrêa, porque entendo que essas perdas e danos buscados na ação são aqueles que decorrem do ilegal indeferimento das plantas, de sorte que, enquanto não julgada proce-

dente a ação indenizatória, impossível será concedê-la. Se a demora ocasionou, por si própria, independente da construção da obra, prejuízos outros aos autores, isso será matéria a ser discutida em outra oportunidade.

Assim, conheço do recurso e lhe dou provimento.

EXTRATO DA ATA

RE nº 96.640-4-SP — Rel.: Min. Alfredo Buzaid. Recte.: Alexandre Kliot e outra (Advs.: José Mauro Marques, Marisa Poletti e outros). Recda.: Prefeitura Municipal de São Paulo (Advs.: Ingrid Ragdaj e outros).

Decisão: depois dos votos do Ministro Relator que conhecia em parte do recurso e nessa parte lhe dava provimento, e do Ministro Rafael Mayer que não conhecia do recurso, o julgamento foi adiado a pedido do Ministro Oscar Corrêa. Falou pelo Recte.: Dra. Marisa Poletti. 1ª Turma, 1º.3.83.

Decisão: conheceu-se do recurso extraordinário e se lhe deu provimento em parte, vencidos parcialmente os Ministros Rafael Mayer e Oscar Corrêa. 1ª Turma, 14.6.83.

Presidência do Sr. Ministro Soares Muñoz. Presentes à sessão os Srs. Ministros, Rafael Mayer, Néri da Silveira, Alfredo Buzaid e Oscar Corrêa. Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco de Assis Toledo.