

32. De qualquer forma, a solução do problema deve, evidentemente, ser dada na área administrativa, pois não se concebe que possa prosperar em juízo um litígio entre o Estado e uma empresa pública sob seu controle. Para tanto, a Imprensa Nacional e a Secretaria de Educação deverão encontrar uma fórmula de solução, pois como ainda recentemente salientava o Exmo. Sr. Procurador-Geral da República ao encaminhar o anteprojeto de Reforma Judiciária ao Ministro da Justiça:

"Nada há, realmente, de mais exdrúxulo de que as ações que, constantemente, encontramos em juízo entre a União e suas autarquias ou empresas públicas, ou entre estas, versando matéria que deveria encontrar solução na esfera administrativa."

33. Concluindo, entendemos, salvo melhor juízo, que:

a.1) inexistente confusão entre a personalidade jurídica de direito público do Estado e a personalidade jurídica de direito privado da empresa pública;

a.2) nenhum princípio constitucional ou legal veda a aplicação da multa;

a.3) ao contrário, o art. 170 da Emenda Constitucional n.º 1 determina que se aplique o mesmo regime legal às empresas públicas e às empresas privadas;

a.4) no caso concreto, o Estado poderá, ao seu exclusivo critério, dispensar a multar.

Aproveitamos o ensejo, Senhor Procurador-Geral, para reiterar-lhe os nossos protestos da mais alta estima e consideração.

ARNOLDO WALD
Procurador do Estado

"De acordo.

A Secretaria de Estado de Educação e Cultura.

Em 18-4-77.

(Ass.) ROBERTO G. SALGADO
Subprocurador-Geral do Estado"

Licença para construção. Existência de servidão. Normas aplicáveis.

1. Dos fatos

1. Em 20-11-1976, vários proprietários de unidades autônomas do Edifício "Chopin-Prelude-Balada", situado na Av. Atlântica n.º 1782, requereram ao Prefeito do Município do Rio de Janeiro que fosse reexaminado o projeto de construção do Copacabana Palace Hotel, em virtude de conflitar com os direitos de servidão atribuído aos requerentes.

2. No item 2 da petição, salientam os interessados que

"o projeto apresentado prevê um embasamento na área ocupada presentemente pela piscina e pela pérgula, com altura de seis metros, destinada à circulação de automóveis, em razão de que os espaços livres seriam fechados."

3. Alegam os requerentes que, assim sendo, o projeto fere o direito de servidão devidamente inscrito no Registro de Imóveis, de acordo com o qual os proprietários do prédio onde vai ocorrer a construção se obrigaram a não efetuar numa faixa do mesmo

"quaisquer construções, exceto uma **passagem coberta**, ligando o Palace Hotel Copacabana ao futuro edifício do novo hotel a ser construído nos fundos do terreno."

4. Ainda entendem os requerentes que, realizada pela Companhia de Hotéis Palace a construção da cobertura em forma de L, não poderia a empresa modificá-la, tendo ficado exaurido o seu direito. Acrescentam que, numa das escrituras posteriores, na qual foi parte a Companhia de Hotéis Palace S.A., ficou esclarecido que a servidão de não construir tinha como única exceção a existência de "uma passagem coberta já levantada."

5. A fls. 27, o Diretor-Geral do Departamento de Edificações esclareceu que ao despachar o pedido de licença deferido em 23-9-1976,

a) considerou a existência da servidão, permitindo passagem coberta cujas características, inclusive quanto ao dimensionamento (dimensões da projeção horizontal e altura), não parecem definidas com maiores detalhes;

b) condicionou a concessão da licença ao respeito dos direitos de terceiros;

c) esclareceu que, na forma da lei, o licenciamento de obras não importa em autorização para sua execução, quando feridos direitos de terceiros.

6. Concluiu, afirmando que desconhecia, na época, qualquer reclamação de terceiros e que a escritura junta a fls. 14 e seguintes não vinculava a Companhia de Hotéis Palace, que nela não interveio, tratando, inclusive, de prédio vizinho.

7. Em 10-12-1976, o processo foi remetido à Procuradoria-Geral do Estado para dar parecer.

II. Da polêmica

8. Duas são as questões básicas em que as partes se confrontam na interpretação da servidão de não construir.

9. A primeira se refere ao dimensionamento da cobertura permitida pela escritura de servidão. Trata-se de saber até que ponto o atual projeto, que prevê a circulação de automóveis e um embasamento de seis metros na área presentemente ocupada pela piscina e pela pérgula, se coaduna com a autorização de construir uma cobertura na passagem que liga a parte da frente do prédio (atual Copacabana Palace) ao edifício dos fundos (atual anexo).

10. A segunda questão consiste em saber se o modo atual de utilização da servidão pode ser modificado pelo proprietário do prédio serviente de modo unilateral, sem ter ouvido previamente os proprietários do prédio dominante.

III. Da interpretação da escritura

11. A interpretação técnica de expressão "passagem coberta" refoge um pouco à competência da Procuradoria-Geral, podendo ser esclarecido pelo Departamento de Edificações se ela pode abranger ou não a circulação para automóveis prevista no projeto e as demais modificações que o projeto vai trazer ao panorama local.

12. A primeira vista, devemos admitir que, tratando-se de uma exceção à regra, a sua interpretação deve ser restritiva. Efetivamente, a escritura proíbe que se levante no terreno "quaisquer construções" e admite, excepcionalmente, a passagem coberta. **Ipsis verbis**, "exceto uma passagem coberta". Ora, é norma de hermenêutica que as exceções devem sempre ser interpretadas de modo restritivo.

13. O elemento histórico nos leva, aliás, à mesma conclusão, pois a escritura é de 1943 e o que as partes pretendiam, na época, era a possibilidade de cobrir a área de circulação de pedestres e a pérgula, onde funcionava e ainda funciona o serviço de restaurante,

com a única finalidade de proteger os hóspedes contra a chuva e o sol. Aparentemente, não se concebia, naquele momento, a passagem de veículos no local e a construção de cobertura para tal finalidade.

14. Se, todavia, na linguagem técnica a expressão "passagem coberta" admite uma interpretação mais ampla que se coadune com as inovações do projeto, a matéria poderá ser esclarecida mais adequadamente pelo Departamento de Edificações.

IV. Da modificação da servidão

15. Os requerentes de fls. 2 e seguintes entendem que levantada a cobertura, exauriu-se o direito do proprietário do prédio serviente em relação ao direito de construir na área **non aedificandi**. No item 7 da petição de fls. 3, consideram os titulares do direito de servidão que o direito de construir se esgotou, invocando, neste sentido, a existência de escrituras que se referem, como única exceção o dever de não construir, a uma "passagem coberta já levantada" (fls. 3, itens 6 e 7).

16. Quanto à escritura junta a fls. 14 e que, a fls. 16 verso, se refere à "passagem coberta já levantada", devemos salientar que, como lembrado pelo Departamento de Edificações a fls. 29, a Companhia Hotéis Palace não foi parte, nem interveniente, no mencionado documento, que assim não pode criar direitos nem deveres, sendo, para a citada empresa, "res inter alios acta".

17. O problema de se ter esgotado ou não o direito de construir da Cia. Hotéis Palace também nos parece discutível. O argumento básico na matéria não consiste no fato de se ter esgotado o direito, mas de não poder ser violado o direito dos titulares da servidão. Nada impediria que a Cia. demolisse a atual cobertura e fizesse outra desde que não agravasse a situação dos vizinhos. O ponto fundamental não nos parece ser, pois, o de se ter esgotado o direito de construir da Cia. Hotéis Palace, mas de não poder ocorrer uma modificação em detrimento dos vizinhos. Acresce que a construção existente constitui um importante elemento de interpretação da vontade das partes no momento em que constituíram a servidão. A hermenêutica considera como relevante na maneira de interpretar os atos jurídicos, a forma pelo qual os mesmos foram executados durante longo tempo pelas próprias partes. Assim, a título de simples aplicação analógica, podemos citar o art. 131, III do Código Comercial de acordo com o qual:

"O fato dos contratantes, posterior ao contrato que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiveram no ato da celebração do mesmo contrato."

18. Trata-se, no caso, de servidão de não construir ou de não levantar mais alto (**altius non tollendi**), que tem como objeto garantir o direito de luz ou de vista dos proprietários do prédio dominante.

19. Ora, é princípio geral do direito das servidões que o proprietário de prédio serviente é obrigado a abster-se de qualquer procedimento que possa embaraçar o seu uso ou diminuir-lhe as vantagens (V. Lafayette Rodrigues Pereira, **Direito das Coisas**, 2.^a edição, Jacintho Ribeiro dos Santos, editor, pág. 278). Por outro lado, a mudança de local (ou de dimensão) da servidão não pode ofender as comodidades do prédio dominante (Lafayette, obra citada, pág. 279).

20. Há consenso da doutrina e da jurisprudência no sentido de que as servidões devem ser exercidas **civiliter**, isto é, de modo a compatibilizar o exercício dos direitos do dono do prédio serviente e os do prédio dominante. O que beneficia uma das partes sem prejudicar a outra deve ser admitido, na lição de Pardessus, para quem, em matéria de servidão: **Quod tibi non nocet, et alteri prodest, ad id obligatus est** (Ap. Didimo Agapito da Veiga, **Direito das Coisas** in Manual do Código Civil, vol. IX, 1.^a parte, Rio, Tip. do Jornal do Comércio, 1925, pág. 355). Assim sendo, uma vez alcançado o equilíbrio, nenhuma modificação pode onerar a situação de qualquer uma das partes, sem que haja acordo prévio entre os interessados.

21. Quanto às modificações da localização da servidão, esclarece o art. 703 do Código Civil que:

“Pode o dono do prédio serviente remover de um local para outro a servidão, contanto que o faça à sua custa, e não diminua, em nada, as vantagens do prédio dominante.”

22. Embora o artigo 703 se refira mais diretamente à servidão de passagem, entendemos que é aplicável à presente hipótese em que se discute, no fundo, uma modificação da servidão, com um redimensionamento da “cobertura” de passagem.

23. A doutrina e a jurisprudência, interpretando o art. 703, concluem que a modificação nunca pode ser unilateral, dependendo de acordo dos proprietários do prédio dominante ou de decisão judicial.

24. Já era a lição de Clóvis Bevilacqua, que a respeito se manifestou nos seguintes termos:

“Se essa mudança causar prejuízo ao titular da servidão, poderá ele opor-se” (Clóvis Bevilacqua, **Direito das Coisas**, 3.^a edição, Rio, Freitas Bastos, 1951, vol. I, § 75, II, pág. 320).

25. Didimo Agapito da Veiga também esclarece que a divergência entre titulares do prédio dominante e do prédio serviente, no caso de remoção da servidão, deve ser resolvida pelo Juiz. (Didimo Agapito da Veiga, **ob. cit.** pág. 359).

26. Mais recentemente, Washington de Barros Monteiro, pondera a respeito que:

“Com efeito, a mudança não se efetua discricionariamente pelo dono do prédio serviente. Cumpre seja ela PRECEDIDA DE ACORDO DOS INTERESSADOS. Na falta de acordo, RECORRERÃO ESTES AOS TRIBUNAIS, que dirão a última palavra. AO DONO DO PRÉDIO SERVIENTE NÃO SE PERMITE, POR SUA EXCLUSIVA AUTORIDADE, consultando apenas os próprios interesses, EFETUAR A REMOÇÃO DO LOCO SERVIENS À REVELIA DA JUSTIÇA E DO DONO DO PRÉDIO DOMINANTE” (**Direito das Coisas**, 5.^a edição, 1963, S. Paulo, Saraiva, pág. 273).

27. Idêntica é a posição de Pontes de Miranda que entende ser necessária ação judicial para a remoção da servidão. No seu **Tratado**, invoca o eminente civilista a jurisprudência dominante concluindo que:

“Alguns julgados são explícitos em exigirem a ação de modificação do exercício (ação de mudança) se não há acordo (1.^a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 27 de setembro de 1943, R. dos T. 146, 216; 2.^a Câmara Civil, 17 de fevereiro de 1933, 85, 385: “... devendo, porém, essa mudança ser requerida, e não feita a arbitrio da parte”; 1.^a Câmara Civil, 2 de setembro de 1947, 170, 638: “... não podia ser feita discricionariamente, como o foi, satisfazendo unicamente ao interesse dos autores. Impunha-se prévio acordo entre estes e o réu e não conseguido isso, deveria ficar provado que a remoção pretendida em nada prejudicaria o dono dos prédios dominantes, nem o exercício da servidão” (Pontes de Miranda, **Tratado de Direito Privado**, vol. XVIII, 2.^a edição, Rio, Borsoi, 1957, pág. 381, § 2.226, 2).

28. Outros autores também exigem, no caso, que a remoção seja precedida de acordo entre as partes ou de decisão judicial (V. Silvío Rodrigues, **Direito Civil**, vol. 5, São Paulo, Saraiva, 4.^a edição, pág. 275 n.º 160).

29. A jurisprudência é mansa e pacífica na matéria subordinando sempre a remoção ao acordo entre as partes interessadas ou à decisão judicial (**Revista dos Tribunais**, vol. 85, pág. 385; vol. 77, pág. 521 e vol. 170, pág. 238).

30. Em voto que proferiu no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Orosimbo Nonato condenou os excessos e as agravações do ônus praticados tanto pelos titulares do prédio dominante como do prédio serviente, invocando a lição do Maynz para quem:

“Le propriétaire de la chose assujétie ne peut rien faire qui tende à empêcher l’usage de la servitude ou à la rendre la plus incommode.”

(Ap. Voto do Ministro Orosimbo Nonato no RE n.º 10.883-BA de 14-10-1947 in **Arquivo Judiciário**, vol. 85, pág. 322).

31. Concluímos que a modificação da cobertura depende de prévio acordo entre as partes ou de sentença judicial, conforme entendimento dominante da jurisprudência e da doutrina.

V. Dos efeitos da concessão da licença

32. Não há dúvida que a licença concedida para construir à Cia. Hotéis Palace constituiria, em tese, um direito adquirido, que, aliás, decorreria da simples decisão da consulta, nos termos do art. 2.º § único do Regulamento de Licenciamento, como salientou o Procurador-Geral do Estado, no parecer que consta a fls. 14 e seguintes do processo anexo de n.º 07/106.796/74, no qual invoca também o Parecer 53/73 do Procurador Sabino Lamago de Camargo.

33. A jurisprudência não tem admitido a revogação do ato administrativo que gerou direito subjetivo conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança n.º 4.609 (RDA vol. 53/167) e nos Recursos de Mandado de Segurança n.º 3.791 (RDA vol. 51/277-281) e n.º 1.944 (RDA, vol. 48, pág. 130), trazidos à colação por Seabra Fagundes no seu excelente parecer publicado na **Revista de Direito Público**, vol. 16, pág. 101.

34. A irrevogabilidade do ato jurídico perfeito não deve, todavia, ser confundida com a impossibilidade de anular o ato viciado, pois, como bem salientou Mestre Hely Lopes Meirelles, na sua excelente monografia sobre o direito de construir,

“os atos administrativos ilegais e a CONDOTA ILEGÍTIMA DO PARTICULAR NÃO GERAM DIREITO ALGUM PARA O BENEFICIÁRIO DA ILEGALIDADE.”

(Hely Lopes Meirelles, **Direito de Construir**, 2.ª edição, S. Paulo, Revista dos Tribunais, pág. 388).

35. Já o Ministro Pedro Lessa ponderava na matéria que:

“Não há disposição de lei, nem princípio de direito que veda à Administração a reforma ou cassação dos seus atos ilegais, visto com de tais ato nenhum efeito pode emanar

para as pessoas em benefício das quais foi realizado o ato ilegal.” (Ap. **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara**, vol. 13, pág. 166).

36. O Supremo Tribunal Federal consolidou a sua jurisprudência na matéria na Súmula n.º 346 de acordo com a qual:

“A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.”

37. Aplicando o princípio em matéria de licença de construção, o Excelso Pretório tem atendido que, quando concedida irregularmente, com violação da lei, a licença pode ser legitimamente anulada (**Revista Trimestral de Jurisprudência**, vol. 32, pág. 669).

38. Ora, no presente caso, foi reiterado pela Companhia Hotéis Palace que a licença respeitaria os direitos dos terceiros, titulares da servidão. A autoridade administrativa exigiu uma declaração específica neste sentido que consta a fls. 2 da pasta anexa que contém as plantas de n.ºs 1 a 10. O mencionado documento tem o seguinte teor:

“Companhia Hotéis Palace

Declaração

Declaramos, a quem interessar possa, estarmos cientes dos direitos da vizinhança, com relação a servidão a que se refere a inscrição feita no registro geral de imóveis — 5.º Ofício, no livro 4-D, às folhas 213 sob o n.º 2.130, e ao que consta averbado à margem da referida inscrição de servidão, sendo nossa intenção respeitá-los, assumindo INTEIRA RESPONSABILIDADE, NO CASO DE QUE, EM DECORRÊNCIA DO LICENCIAMENTO DAS OBRAS DE CONSTRUÇÃO DE EDIFICAÇÃO CONSTANTE DO PROCESSO N.º 07/295.507/74 VENHAM A FERIR DIREITOS DE TERCEIROS.

Rio de Janeiro, 25 de novembro de 1976.

Assinado: Maria Isabel Rodrigues Pereira Guinle,
Diretor-Presidente e Luiz Eduardo Guinle, Diretor
Vice-Presidente.”

39. No pedido de licença, a firma Gabarito Projetos e Empreendimentos Ltda., também afirmou, por sua vez, que pretendia respeitar “o convênio existente com os prédios vizinhos” (fls. LXII do processo anexo n.º 07/000.781/74).

40. No despacho de fls. 61/62, o Diretor Geral do Departamento de Edificações salientou que era **condição da concessão da licença** a apresentação, pelos proprietários, de declaração na qual assumiriam toda responsabilidade no caso de serem violados direitos de terceiros.

41. Para a própria decisão da consulta prévia, foi suscitado o problema da servidão no parecer do Dr. Waldimir Alves de Souza, que consta a fls. 15 do processo 07/106.769 apensado ao presente.

42. Acresce que a legislação estadual sobre a matéria define a função do Departamento de Edificações, determinando o art. 3.º e respectivo parágrafo da Lei n.º 1.574 de 11-12-1967 que:

“As repartições do Estado cabe apenas o encargo do exame de projetos, cálculos e memoriais a elas apresentados para autorização do licenciamento das obras decorrentes.

Nessa verificação, será examinado, nos seus pormenores, o atendimento de que estabelecerá esta lei em sua regulamentação para o que serão feitas as exigências ao seu cumprimento.

Parágrafo único. Uma vez enquadrados nos preceitos da presente lei, os documentos e desenhos que constituem os projetos, cálculos e memoriais serão visados pela repartição competente, não cabendo ao Estado qualquer responsabilidade pelo mau uso dos mesmos.”

43. Por sua vez, o art. 16 parágrafo 2.º do Regulamento de Licenciamento e Fiscalização completa a norma legal acima transcrita esclarecendo que:

“O licenciamento da obra não importa em autorização para a sua execução, desde que venha ferir direitos de terceiros.”

44. A Procuradoria-Geral tem, todavia, entendido que não deve ser aprovada licença de construção sem que o requerente prove a titularidade do domínio ou outra situação legal que o autorize a construir no local, de acordo com o direito civil. No caso de modificação de servidão, o entendimento dominante na Procuradoria é no sentido de se exigir a concordância do titular do prédio dominante ou uma decisão judicial que permita a modificação requerida. Assim se manifestou o ilustre Procurador Barbosa Lima Sobrinho, em parecer publicado na **Revista da Procuradoria**, vol. 11, pág. 248, no qual afirmou:

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (32), 1977

“Admite-se, não obstante, a mudança de servidão ou a sua alteração, mas sempre de acordo com a obrigação que as orienta e rege: desde que em nada ofenda as comodidades dos prédios dominantes. Não podemos dizer que seja esse o caso, nem que a Prefeitura possa atender apenas à tese ou conveniência de uma das partes, nem ser o juiz desse litígio. **Desde que se trate de uma servidão, ANTES DE APROVAR O PROJETO QUE A ATINGE OU MODIFICA, CABE À PREFEITURA CONVIDAR O REQUERENTE DA OBRA A PROVAR A CONCORDÂNCIA DOS PROPRIETÁRIOS DOS PRÉDIOS DOMINANTES. DESDE QUE NÃO HAJA ESSA CONCORDÂNCIA, A QUESTÃO DEVE SER DECIDIDA NA ESFERA PRÓPRIA, QUE É A JUDICIAL, ABSTENDO-SE A PREFEITURA DE QUALQUER ATO QUE IMPORTE NA ALTERAÇÃO DO STATU QUO.**”
(Revista de Direito da Procuradoria Geral, vol. 11, pág. 248).

45. Assim, no presente caso, deveria ter sido exigida, previamente, a concordância dos titulares da servidão. Ao que parece, tal medida não foi tomada, pois os requerentes da construção afirmaram, desde logo, que pretendiam respeitar os direitos dos vizinhos relativos a servidão, dando a entender que o projeto não conflitava com o direito de servidão ou que existia a concordância dos vizinhos para a construção na forma em que pleiteavam fosse aprovada.

V. Conclusões

46. Verificando-se, agora, que inexistia tal concordância e que, aparentemente, há dúvida suficiente para que se justifique um reexame da matéria, entendemos que a Procuradoria-Geral pode propor que se conceda um prazo razoável para que os requerentes comprovem que o projeto não viola os direitos dos titulares de servidão ou façam as necessárias adaptações ao seu projeto, a fim de respeitar os mencionados direitos, sob pena de ser anulada a aprovação do projeto.

Aproveitamos, Senhor Procurador-Geral, o ensejo para reiterar-lhes os nossos protestos da mais alta estima e consideração.

Atenciosamente

ARNOLDO WALD
Procurador do Estado

Aprovo.

A consideração do Exmo. Sr. Prefeito.

Em 18-3-77.

Roberto Paraíso Rocha, Procurador-Geral do Estado.

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (32), 1977