

### VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro João José de Queiroz — Sr. Presidente, tenho uma prejudicial a propor, que é a de incompetência dêste Tribunal, para julgar o recurso.

O ilustre Relator não conheceu do recurso por incabível, mais, para chegar a tal conclusão, é preciso examinar se o Tribunal é, ou não, competente para o recurso. Diz o art. 104, inciso II, letra "B", que êste Tribunal só é competente, para os recursos de mandado de segurança, quando federal a autoridade coatora. No caso, a autoridade apontada como não é federal.

Assim, não conheço do recurso por incompetência do Tribunal.

### VOTO PRELIMINAR VENCIDO

O Sr. Ministro Elmano Cruz — Rejeito a preliminar porque entendo que estando uma autarquia federal envolvida na causa, é competente êste Tribunal para julgar o recurso.

### VOTO

O Sr. Ministro Djalma da Cunha Mello — Conheço do recurso porque assistente obrigatória, no processo a União Federal. Atendo assim ao que preceitua a Super lei, no art. 104, inciso II, parte geral e letra a. E, conhecendo, anulo os atos decisórios constantes do processo, de vez que manifesta a incompetência do Juiz *a quo*. Não pode êle decidir causa em que a lei assinala á União o papel de assistente obrigatória. Claro acerca outro dispositivo constitucional, o art. 201, § 1.º.

### DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: *Por maioria, o Tribunal não conheceu do recurso por incompetente, vencidos os Srs. Ministros Relator e Djalma da Cunha Mello.* Os Srs. Ministros Mourão Russel, Aguiar Dias, Alfredo Bernardes e Cândido Lobo votaram de acôrdo com o Sr. Ministro João José de Queiroz. Não compareceu o Sr. Ministro Henrique D'Avila.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Cunha Vasconcellos.

## III — TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

(1.ª Câmara Cível)

### AGRAVO NO MANDADO DE SEGURANÇA N.º 383/54

*Não é para se admitir qualquer exceção formalizada no processo de mandado de segurança. A matéria na mesma consubstanciada, se alegada oportunamente, pode ser considerada como defesa contida na informação da autoridade coatora.*

*Se existe ação, instaurada e promovida pela parte dada como coatora, anterior ao ajuizamento do pedido de segurança, só êsse fato pode caracterizar a iliquidez e a incerteza do suposto direito do impetrante.*

*O Poder Público age em nome da coletividade, de modo que não pode haver direito líquido e certo admissível de reverter em prejuízo da coletividade.*

*Assim, a demora da concessão da licença para construir não pode caracterizar um direito líquido e certo do indivíduo, se há perspectiva de ofensa ao interesse público.*

Acordam os Desembargadores do T. J. da Bahia em sessão da Primeira Câmara Cível, por unanimidade de votos, dar provimento a ambos os recursos (ao do Juiz, *ex-officio*, e ao voluntário, agravo por petição, da Prefeitura de

### COMENTÁRIO

Há, data vênia, divergência entre o decisório contido na redação do acórdão e a ementa anteposta como sua súmula. Eis a ementa:

*Não é para se admitir exceção formalizada no processo de mandado de segurança. A matéria na mesma consubstanciada, se alegada oportunamente, pode ser considerada como defesa contida na informação da autoridade coatora.*

*Se existe ação, instaurada e promovida pela parte dada como coatora, anterior ao ajuizamento do pedido de segurança, só*

Salvador), para, cassando a sentença agravada, denegar a segurança impetrada pela Companhia Delta Ltda.

Os autos encerram duplo recurso de decisão que concedera mandado de segurança à impetrante ora agravada contra ato do Prefeito que embargou a edificação do prédio à rua A. C. n.º 56 do subdistrito da Vitória, ato que declara fundar-se nos artigos da Lei n.º 1.146, de 19 de junho de 1926, lei municipal. A agravada, que opera em construções civis, em 9 de junho de 1953 requereu à Prefeitura agravante licença para levantar, na rua e número acima referidos, um prédio de apartamentos, localizando a construção na forma do art. 20 da lei citada. Não tendo sido aprovado nem rejeitado o seu projeto no prazo de trinta dias, ela requerente, ora agravada, em 10 de julho do mesmo ano, comunicou à agravante, por escrito, que, de acôrdo com o Código Tributário, ia dar início às obras e, a êsse tempo, iniciando as excavações, cuidou de pôr à venda os apartamentos projetados, mediante larga publicidade na imprensa local. Cinco meses (sic) depois, isto é, em 5 de novembro de 1953, terminado o assentamento das estacas de concreto armado exigidas pela natureza e vulto da construção, e quando já vendidos todos os apartamentos previstos no projeto enviado ao exame da Prefeitura, a impetrante foi convidada a comparecer à Diretoria de Construções e Máquinas, para um entendimento com o diretor, com a máxima urgência. Atendendo, a requerente foi cientificada de que a única objeção feita ao projeto era quanto à altura do edifício, para que fôsse reduzida de nove centímetros e noventa milímetros, no que a impetrante concordou, conforme consta do despacho dado no processo pelo titular da Diretoria.

Poucos dias depois, correu a notícia de que a Prefeitura não consentiria na continuação da obra, tendo sido antes advertida do que ia acontecer, pelo proprietário de um prédio junto à construção, desejoso de vendê-lo para que as obras fôsem ampliadas. A insinuação prevaleceu e, no dia 20 de novembro

êsse fato pode caracterizar a iliquidez e a incerteza do suposto direito do impetrante.

O Poder Público age em nome da coletividade, de modo que não pode haver direito líquido e certo admissível de reverter em prejuízo da coletividade.

Assim, a demora da concessão da licença para construir não pode caracterizar um direito líquido e certo do indivíduo, se há perspectiva de ofensa ao interesse público.

Ora, o que o decisório proclama é: "o remédio processual que o mandado de segurança consubstancia não comporta a indireta contradição do réu à ação do autor em processo devidamente formalizado", isto é, no processo legal do mandado de segurança, impròpriamente aí apelidado ação. Ao passo que a ementa inverte a tese, para "não admitir qualquer exceção formalizada no processo de mandado de segurança": ali o processo formalizado é o da segurança; aqui é o da exceção que o encontre preestabelecido para si na lei processual das ações comuns.

de 1933, um fiscal da municipalidade suspendeu os trabalhos, lavrando o auto de fôlhas.

Alega a impetrante que o embargo não encontra fundamento em qualquer dispositivo de lei ou de regulamento, que houvesse sido infringido por ela requerente, consoante exige a Lei n.º 1.146 no seu art. 53.

Em 25 de novembro, o Prefeito determinou:

"... as necessárias providências judiciárias para que seja o presente processo encaminhado urgentíssimo ao Dr. Procurador Geral, a fim de sustar a continuação da obra nas bases requeridas e contrariadas pelo órgão técnico, dando ciência a êste Executivo logo que iniciadas tais providências."

Contra êsse despacho, que implica na cassação da licença já concedida nos termos do art. 79 do Código Tributário, é que foi impetrado o presente mandado de segurança.

O procedimento judicial fundamenta-se no preceito constitucional (art. 141 § 2 da Const. Federal), no Código Civil art. 572; nos arts. 15, 20, 26, 28, 62 e 63 da Lei Municipal n.º 1.146; no art. 79 § 2.º da Lei n. 242 de 4 de novembro de 1951, e nos termos da Lei n.º 1.533; na doutrina e na jurisprudência.

Impetrando a medida acauteladora dos seus prejuízos, anexou a impetrante à sua inicial os documentos que lhe eram pertinentes.

O Prefeito prestou informações minuciosas que se acham de fls. 28 a 37, das quais se extraem os seguintes elementos:

"Em 10 de dezembro de 1952 o engenheiro D. S. de Matos, afirmando que desejava adquirir o terreno à rua A. C. n.º 20, solicitou informação sobre se lhe seria permitido levantar ali um

De qualquer modo, a negativa que assim repele tôdas as exceções sejam as declinatórias, incompetência ou suspeição do juiz, sejam as perentórias, litispendência, coisa julgada, decadência equivalente à prescrição do direito de impetrar mandado de segurança, mas, lhes reserva consoladora brecha no officio informativo, viria obrigar o juiz incompetente *ratione materiae*, ou impedido por coexistência de feito idêntico em curso ou já definitivamente decidido, a julgar, *per fas aut nefas*, o mérito de todo mandado de segurança requerido e distribuído à sua Vara, seja ela, por exemplo, uma Vara de Família, de Registro Público, ou de Órfãos e Sucessões, ou embora seja caso julgado em outra Vara ou Tribunal.

Não procede, para o caso em aprêço, o argumento, invocado no histórico do venerando Acórdão: "A Prefeitura recebeu o officio do Dr. Juiz, solicitando informação do dia 23 de dezembro e, em 29 do mesmo, opôs exceção de litispendência, que o prolator rejeitou".

Rejeitou, não porque a considerasse inadmissível em apenso próprio, mas, porque "a excipiente teria ingressado com sua exceção fora de prazo".

edifício de apartamentos, com 11 pavimentos, sendo fixado o gabarito em 41 metros. Em 9 de junho de 1953, dizendo-se incorporador do futuro *Edifício Dom Eduardo*, a ser edificado à aludida rua n.º 56, juntando plantas, requereu aprovação do projeto e expedição do alvará de licença.

Sendo o interessado no pedido o mesmo engenheiro D. S. de Matos, o segundo processo foi anexado ao primeiro em que solicitara cota-teto, ou gabarito, para edificar em o n.º 20, à mesma rua.

Atendendo ao que foi requerido, em confronto com a solução dada anterior, com relação ao projetado edifício no local n.º 20, a Repartição verificou que havia diferença do gabarito, pelo que convidou o interessado a entender-se na respectiva Seção. Como o mesmo não atendesse, a Diretoria de Urbanismo enviou um *memorandum* à Companhia interessada, comunicando urgentemente que não poderia dar início às obras, sob pena de aplicar as sanções previstas na lei, distinguindo-se a cota máxima para construção do projetado prédio n.º 20 da querida cota máxima para a edificação n.º 56.

Novamente convidada a Companhia D. Ltda., por esta compareceu o mesmo interessado, engenheiro S. de Matos, que tomou conhecimento da redução do gabarito que se devia operar em nove centímetros e nove milímetros.

Correndo o processo outros trâmites, veio a concluir o Eng. Chefe do D.M.C.P., em solicitação encaminhada ao Departamento de Obras e Serviços Públicos, que a construção devia ser embarcada até que se fixasse o gabarito para o local da construção.

Fôra ordenado o embargo da obra que apenas estava iniciada, resolvendo o Executivo Municipal recomendar à Procuradoria para

Dáí em diante a propósito da exceção, o venerando Acórdão divaga, com a frustrânea e já tardia ameaça de que a decisão (parece que se refere a uma hipotética decisão admitente) “essa decisão seria mantida neste segundo grau de jurisdição”.

A seguir, diz o histórico: “a Prefeitura propusera, antes da interposição do mandado de segurança interposto por parte da agravada, uma ação cominatória fundada nos arts. 302 XI a, XII e 303 do Código de Processo Civil, perante o mesmo juízo, com o mesmo objetivo do mandado de segurança, nada importando que ao lado do processo ordinário seja interposto o extraordinário.”

Há um evidente equívoco. A cominatória terá sido proposta pela Prefeitura para impedir o prosseguimento da edificação, da cabeça das estacas para cima, ao passo que a segurança foi impetrada pela agravada precisamente para lhe ser permitido aquêle prosseguimento. Logo, o objetivo não é, nem poderia ser o mesmo, e sim os dois objetivos são entre si opostos, é claro, como um impedimento é antagônico de uma permissão.

promover com a maior urgência as medidas cabíveis, sendo ajuizada uma ação cominatória, em 3 de dezembro do ano próximo passado. Em 9 foi citada a Impetrante do mandado de segurança, que versa sobre o mesmo assunto. Em vista do regime instituído pelo Decreto-lei Municipal n.º 701, de 9 de março de 1948, a fixação do gabarito e de outras características dos prédios marginais é da competência do Executivo Municipal e a Lei n.º 1.146, de 19 de junho de 1926, foi revogada, por incidir em desuso, pelo citado art. 31 do invocado Decreto-lei n.º 701, art. 35.

Assim, nada justificaria o consentimento da construção em manifesta postergação aos princípios de ordem de higiene urbana, pois o edifício iria privar construções residenciais, localizadas nas suas imediações à rua Aristides Milton, dos imprescindíveis requisitos de iluminação e ventilação, com irrecusável prejuízo para os seus inúmeros proprietários, na forma do art. 4, da Lei n.º 376, de 1.º-2-1951, orgânica do Município de Salvador, consubstanciando o poder de polícia.

Enquanto à alegação respeitante ao prazo fixado no § 2.º do art. 79 do Código Tributário, Lei n.º 242, de 4/12/1951, deverá êle ser levado em consideração combinado com o preceito do art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil, para não se chegar a absurdos rematados, em franco prejuízo para a Administração e para a coletividade.

Inexiste inércia ou silêncio da administração no que concerne ao pedido de licença e a demora decorreu de diligências necessárias à elucidação do assunto.”

Foi ouvido o representante do Ministério Público, que opinou, considerando líquido e certo o direito da impetrante.

E continua: “Instaurada, a ação torna o seu objeto litigioso, e êsse fato deve ser apreciado pelo juiz que tomar conhecimento do pedido de segurança. É êsse um dos motivos que concorrem para se não considerar a agravada, no caso, como titular de um direito líquido e certo. E tanto não é líquido e certo o seu direito que, em juízo, fôra instaurada uma ação com o pressuposto de dirimir o litígio”.

O vocábulo — litígio — aí parece traduzir não uma lide judicial, mas, contenda criada de caso pensado pelos órgãos da Prefeitura agravante, ao misturarem dois processos do seu âmbito administrativo e concluírem que, segundo o mais recente, a rua A. C. tem gabarito de altura para edifício de condomínio vertical no lote de terreno n.º 20, e não tem êsse nem outro gabarito para o lote de n.º 65 da mesma rua.

A questão é de direito e não matéria de fato. É questão de legislação local, do município da capital do Estado da Bahia.

Conforme o segundo período gramatical do venerando Acórdão, aqui resumidamente mas, substancial e fielmente transcrito, o Prefeito declara:

O dr. Juiz de Direito interino proferiu a sua decisão, depois de novamente terem falado nos autos os interessados, concedendo a segurança impedida, para que a coatora expedisse o alvará relativo ao requerimento de licença para a respectiva construção.

A Prefeitura Municipal não se conformou, interpondo o recurso de agravo de petição, que foi minutado, contraminutado e, pelo dr. Juiz de Direito, mantida a decisão. Distribuído o agravo, a esta Câmara Cível, coube ao substituto do Relator sorteado o encargo de o relatar, mas, não teve oportunidade de examinar o processo, porque, reassumindo o exercício das suas atribuições de titular efetivo, das quais se afastara em gozo de licença-prêmio, o examinou, e remeteu os autos à Mesa que designou dia para julgamento.

A Prefeitura recebeu o ofício do dr. Juiz, solicitando informações, no dia 23/12/953 e, em 29 do mesmo mês, opôs exceção de litispendência, que o prolator rejeitou.

A Prefeitura agravou, com fundamento no art. 851-I, do Código de Processo Civil e requereu que os autos, pelos quais correu a exceção, fôssem apenas aos do mandado de segurança, a fim de ser julgada a litispendência como preliminar.

A Câmara toma o expediente da agravante como simples meio de defesa integrada nas informações da parte contra cujo ato foi interposta a medida de segurança.

Em verdade, o remédio processual que o mandado de segurança consubstancia não comporta a indireta contradição do réu à ação do autor em processo devidamente formalizado.

Nada se opõe a que a matéria na mesma contida seja incluída no próprio contexto das informações, que afinal de contas, foi levada a juízo no momento exclusivo que a parte requerida tem para se defender.

o seu próprio ato de embargo (administrativo, mediante auto firmado pelo fiscal da Prefeitura) um ato fundado na Lei Municipal n.º 1.146, de 19 de junho de 1926. Logo, essa lei se acha em vigor, inclusive no dia de ajuizamento do pedido de segurança. É verdade que ela foi argüida de revogada pelos arts. 31 e 35 do extinto Decreto-lei n.º 701, de 9 de março de 1948, mas, é inconcebível, sobretudo em Acórdão de um culto Tribunal do berço de Ruy Barbosa, que, em plena vigência da Constituição Federal de 1946, se fale na sobrevivência de um decreto-lei baixado dois anos depois.

É das próprias informações do prefeito ao colendo Juízo *a quo* e textualmente acolhida no venerando Acórdão que “o órgão técnico da Municipalidade, ou seja a Diretoria de Urbanismo e Cadastro, fixou o gabarito em 41 metros”.

Não se atina por que essa Diretoria achou que havia redução do gabarito de 41 metros para nove centímetros e noventa milímetros menos, dimensão ridícula que a própria dilatação do ferro da armadura do concreto pelo calor faz inevitável em 41 metros e, pelo resfriamento, faz contrair na mesma proporção.

Se fôsse a Câmara Cível cogitar da permissibilidade da exceção no curso do mandado de segurança, a excipiente teria ingressado em juízo com a sua exceção fora de prazo.

Se, dentro do prazo houvesse sido oposta, bem decidira o Doutor Juiz *a quo* não a admitindo, porquanto essa decisão seria mantida neste segundo grau de jurisdição.

No entanto, como demonstração de eloqüente espírito público, admite-se a alegação como um prolongamento das informações, uma vez que a sua oposição coincidiu com a data do oferecimento destas.

De fato, se a Prefeitura Municipal propusera, antes da interposição do mandado de segurança interposto por parte da agravada, uma ação cominatória, fundada nos arts. 302, XI, — a —, XII e 303 do Código de Processo Civil, perante o mesmo juízo, com o mesmo objetivo do mandado de segurança, nada importa que ao lado do processo ordinário, seja interposto o extraordinário.

Instaurada a ação, torna o seu objeto litigioso e êsse fato deve ser apreciado pelo Juiz ao tomar conhecimento do pedido de segurança.

É êsse um dos motivos que concorreu para se não considerar a agravada, no caso, como titular de um direito líquido e certo. E tanto não é líquido o certo o seu direito, que em juízo fôra instaurada uma ação com o pressuposto de dirimir o litígio.

Estamos diante de um ato administrativo contra uma parte que o acoima de ofensivo a seu direito, e de nulo.

No intuito de defender-se, essa parte, que é a agravada Companhia Delta Ltda., usou de um remédio processual específico, que substituiu no âmbito judiciário a ação sumária especial para anulação de atos administrativos.

A Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951, estabeleceu que êsse remédio tem por finalidade a proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas-corpus*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer

É preciso ainda notar que, se o prédio estava ainda nas estacas, o ridículo acréscimo não tinha por onde ser medido e, portanto, só pode ter sido tirado à ponta de compasso na planta, que sempre é de 1 para 50 na escala do desenho.

O essencial será que o respaldo das quatro paredes não ultrapasse 41 metros e isso os próprios pedreiros da alvenaria da obra obedecerão, como é de costume rigoroso, afora a fiscalização da própria Prefeitura na ocasião oportuna.

Quanto aos efeitos de uma lide judicial preexistente como capaz de tornar ilíquido e incerto o direito para proteção do qual é impetrado mandado de segurança, há discordância do venerando Acórdão comentado com os de outros Tribunais, notadamente o da Egrégia Segunda Câmara Cível do Distrito Federal:

Mandado de Segurança. Cabe quando os fatos em que se funda são certos e incontestáveis. O direito em tese é sempre certo, pouco importando a dificuldade da questão.

(Nesta Revista, vol. 2, pág. 228).

violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria fôr e sejam quais forem as funções que exerça.

O engenheiro D. S. de Matos, sob alegação de que desejava adquirir o terreno n.º 20, à rua Afonso Celso, solicitou à Prefeitura Municipal informação se ali poderia construir um edifício de onze pavimentos, em obediência ao gabarito que apresentou.

O órgão técnico da Municipalidade, ou seja a Diretoria de Urbanismo e Cadastro, fixou o gabarito em 41 metros.

Posteriormente, porém, em 9 de junho de 1953, a Companhia Delta Ltda. representada pelo mesmo engenheiro Matos, dizendo-se incorporadora de um futuro edifício, que se denominaria *Dom Eduardo*, a ser edificado à mesma rua A. C. n.º 56, juntando plantas, requereu aprovação do projeto e expedição do respectivo alvará de licença.

O processo do pedido de informação relativo à construção no lugar do terreno do n.º 20 tomou o número 28 214/52 e o processo referente ao terreno do n.º 56, tomou o número 34 674/53, os quais foram anexados, dando lugar a essa anexação o fato do requerente ser sempre o engenheiro D. S. de Matos, verificando, então, o Departamento de Urbanismo e Cadastro da Prefeitura que se tratava de duas situações diferentes, a relativa ao local do n.º 20 e a do local n.º 56, convidou aquêlê engenheiro, por *memorandum*, para um entendimento, o qual não compareceu.

Dai, o chefe do referido Departamento comunicar urgentemente à interessada, C. C. Delta Ltda. que ela não poderia dar início à construção do edifício, sob pena de aplicação das sanções previstas em lei, antes que ficasse esclarecido o gabarito para o local, ressaltando, de logo, que a cota máxima fornecida ao engenheiro Matos, no processo n.º 28 214/52, fôra estabelecida para a rua A. C. n.º 20, conforme ali se requereu e que o pedido para a construção cogitada no processo n.º 34 674/53 se destinava ao local, n.º 56, à mesma rua.

O caso é de mandado de segurança, pois não há controvérsia quanto aos fatos. A autoridade agravante não contesta, antes confessa e assevera obstinadamente que pretende impedir, indefinidamente, a continuação da obra até solução definitiva, dela própria, quanto ao gabarito.

Essa continuação e a aprovação do pedido respectivo pela agravada foram resultantes da contumácia da agravante em não se pronunciar, nem pró nem contra, durante o prazo fatal, preclusivo, em que devera ter deferido ou indeferido o requerimento da agravada naquele sentido.

Reconhecer à agravante o direito de persistir vedando a obra contumazmente licenciada e aprovada, seria o mesmo que lhe dar um meio disfarçado de tornar letra morta o repressivo artigo 79 do Código Tributário.

É de ocorrência, a bem dizer diária, o pedido de segurança contra atos funcionais dos Juizes e Tribunais, *a fortiori* não obstante ação cominatória de iniciativa de uma das partes.

“Sendo certos os fatos e em se tratando apenas de aplicação do direito, cabe mandado de segurança. O direito em tese é sempre certo, por dificultosa que seja a questão proposta. Não é a maior ou menor dificuldade

Comparecendo a interessada pelo mesmo seu representante, tomou conhecimento de que a redução do gabarito se deveria operar em nove centímetros e nove milímetros.

Nessa oportunidade, o Departamento de Urbanismo e Cadastro, sob a alegação de que para não pairarem dúvidas a respeito da fixação do gabarito em lide, determinou que ao aludido processo fôsse anexada a planta do local, de modo que ficasse indicada a topografia circunvizinha, observando o órgão técnico que as obras por ventura realizadas pela Companhia deveriam ser imediatamente interrompidas.

A justificativa dêsse embargo foi assim informada:

“Enquanto o *gabarito* para o local — rua A. C. n.º 20, fixado em 41 metros estava perfeitamente justificado, visto como essa altura corresponde ao “Morro do Gavaza”, sendo ao demais, o dito local ao pé da encosta dêsse “Morro”, não teria a construção que ali se edificasse qualquer inconveniente de ordem urbanística, — relativamente ao *gabarito* para o local, na mesma rua, junto ao prédio n.º 56, com a mesma cota de 41 metros, isso não acontecia, porquanto haveria prejuízo para as casas edificadas na rua M. de O., no que concerne aos requisitos de *iluminação* e *ventilação* destas”.

A Companhia Delta Ltda. não atendeu à medida administrativa coercitiva do embargo das obras meramente iniciadas, pelo que o Executivo Municipal providenciou a aplicação de medida judicial, sendo proposta pela Municipalidade uma ação cominatória contra a referida Companhia tendo objeto idêntico ao versado no presente mandado de segurança.

Como se vê, há confusão de dois processos administrativos, o de n.º ... 28 214/52, em que o engenheiro Matos pediu informação a respeito do gabarito

da questão de direito em tese que torna menos líquido o direito pleiteado. A incerteza ou iliquidez do direito subjetivo pleiteado somente pode resultar da incerteza sobre os fatos (a qual no caso não ocorre) e nunca de controvérsia meramente jurídica (vide voto do Ministro OROSIMBO NONATO no Recurso Extraordinário 5.526, in Diário da Justiça de 6/2/43 e 17/3/43). COSTA MANSO, Arq. Jud. vol. 41, pág. 49, ensina: “O fato é o que o peticionário deve tornar certo e incontestável para obter o mandado de segurança. O direito será declarado e aplicado pelo Juiz. Desde, pois, que o fato seja certo e incontestável, resolverá o Juiz a questão de direito, por mais intrincada e difícil que se apresente, para conceder ou denegar o mandado de segurança.”

Procurando, então, suscitar questão de fato, a agravante alega que, dos nove centímetros e noventa milímetros, único motivo, no dizer dos seus Diretores de Obras e de Urbanismo, para se embargar a construção, resultaria “manifesta postergação aos princípios de ordem de higiene urbanística, pois o edifício iria privar construções residenciais localizadas nas suas imediações, à rua Aristides Milton, dos imprescindíveis requisitos de iluminação

de referência ao terreno n.º 20 à rua A. C. e o de n.º 34 674/53, no qual a Companhia Delta Ltda. requereu licença para construir o *Edifício Dom Eduardo*, no terreno n.º 56 à mesma rua.

Reconhece o dr. Juiz *a quo* ao Poder Público a atribuição de regular o exercício das atividades individuais resultantes do direito de propriedade e da liberdade pessoal, impondo-lhe restrições e limitações que o bem público exigir.

Numa acepção compete ao Executivo Municipal exercer o poder de polícia, esse *munus* regulamentador das necessidades e utilidades públicas, muitas vezes em detrimento das expansões dos direitos individuais, como restrições impostas por mandamentos de ordem pública.

Assim, não se admite que o indivíduo levante um edifício, sem ser ouvido o órgão competente, o Executivo Municipal, através de suas seções técnicas.

É certo que o art. 79, § 2.º do Código Tributário, Lei Municipal n.º 242, de 4 de dezembro de 1951, estatui que:

“A licença requerida e não despachada, depois de decorridos 30 dias, da data de entrada no protocolo da Prefeitura, é julgada concedida, podendo o interessado dar início à obra e pagar o imposto respectivo no prazo estabelecido em Regulamento”.

Também é certo que o art. 31, da Lei Municipal n.º 701, de 24 de março de 1948 prescreve que o gabarito e outras características das vias e logradouros públicos serão estabelecidos em projetos aprovados por decreto executivo, depois de ouvidos sobre os mesmos os órgãos técnicos da Prefeitura em matéria de urbanismo.

E o § único do art. 35 dispõe que a Prefeitura não autorizará a execução de obras públicas ou particulares que contrariem a estrutura básica das vias e logradouros públicos.

O que predomina no regime político-administrativo que adotamos é, sempre, a ordem e o interesse público, mesmo em colisão com a ordem e o interesse público, mesmo em colisão com a ordem e o interesse particular.

e ventilação com irrecusável prejuízo para os seus inúmeros (sic) proprietários.”

É claro que os centímetros impugnados não têm o alcance de obscurecer ou de desarejar um prédio vizinho e menos os imaginariamente inúmeros proprietários de outra rua ou da mesma.

A prevalecer semelhante invenção administrativa, algum Prefeito do Distrito Federal, futuramente, talvez, viesse a medir outros tantos, em dia quente, e ordenar a demolição dos prédios todos, do Leme a Copacabana e Ipanema por tirarem luz e ar dos da avenida e ruas paralelas.

Invoca, finalmente, a disposição legal que veda à Prefeitura autorizar execução de obras públicas ou particulares que contrariem a estrutura básica das vias e logradouros públicos.

Estrutura básica não é isso que a agravante invoca, sem definir. Estrutura básica é a concepção urbanística que estabelece a destinação das ruas, praças, parques, praias e logradouros citadinos em geral, como resi-

A Municipalidade, em atenção a êsse critério, diz pela autorizada palavra do Prefeito que os órgãos técnicos verificaram a confusão do gabarito, em relação aos terrenos n.º 20 e n.º 56 da rua A. C. e quem de direito determinou a notificação da Impetrante, categòricamente, que não continuasse a construção sem a verificação do gabarito.

Essa notificação foi feita por *memorandum* e não resta dúvida alguma de que a Impetrante tomou conhecimento como notificada, mas não obedeceu.

A desobediência motivou o embargo.

A lei prevê que essas notificações devam ser feitas por intermédio do Diário Oficial e o dr. Juiz *a quo* considerou viciosa a que se fez por *memorandum*.

Havemos de convir de que, tratando-se de uma notificação urgente, de caráter pessoal, até mais lógico que se a fizesse por via pessoal e não pela imprensa, ainda que oficial, especialmente como a nossa, cheia de falhas na hora presente. A impetrante teve conhecimento do que ordenava a autoridade administrativa, mas, de espírito preconcebido, não atendeu ao mandamento.

Resta saber se o órgão técnico da Prefeitura Municipal teria autoridade para impedir a continuação da obra que ao seu alvitre estaria contrariando os interesses da coletividade.

A Autoridade Judiciária, ao nosso ver, não tem competência para dar uma resposta, num processo de rito sumaríssimo como é o do mandado de segurança.

Será que, realmente, a construção do edifício, de conformidade com a planta, obedecendo ao gabarito nela previsto, vai de encontro ao interesse público?

Diz-se que a demora por mais de trinta dias conduz o requerente da licença, coercitivamente, à situação de quem obteve deferimento do pedido e aprovação da planta, inclusive o gabarito. Admite-se que assim seja.

denciais, industriais, universitários, militares e outros, escolhendo dentre a possível uniformidade na complexa variedade de estilos arquitetônicos, as casas, apartamentos, oficinas, quartéis ou palácios adequados a cada um de tais bairros.

Se lícito fôra trazer um pouco de legislação comparada, viria a talho o cotejo com o sábio sistema legal do Distrito Federal que, longe de se incomodar com uns dez centímetros, permite, nos edifícios dotados de elevador, a superelevação de mais vinte por cento do gabarito como área edificável, com a única condição de deixar espaço para as máquinas e caixas de água e ficar recuada da parede de frente.

É o que me parece merecedor de comentário no original aresto, realmente revolucionário e terrificante para os audazes fomentadores do progresso das modernas metrópoles atestado no fastígio dos imponentes edifícios.

JOÃO BENEDITO DE ARAÚJO  
Advogado no Distrito Federal

Mas, no caso, a quem viria prejudicar a situação?

Afirma-se, sem receio de contestação, à coletividade. Neste caso, a culpa dos órgãos da Municipalidade acarretaria um prejuízo imperecível à coletividade, se em mandado de segurança o Poder Judiciário em última instância deferir o pedido.

Ao nosso ver, não se trata de um direito líquido e certo, uma vez que para construir a impetrante estava obrigada a se subordinar aos regulamentos da administração pública.

E, para concluir, citamos a lição de Alcides Greca, em "Derecho y Ciencia de la Administración Municipal", 2.<sup>a</sup> edição, Tomo I, pág. 127:

"Los municipios las imponen al estudiar los planos que presentan los propietarios antes de iniciar una construcción. Estos planos pueden ser rechazados quando falta alguno de estos requisitos, y aun después de construida la obra, podrá ser causa de su demolición e reforma la violación de las ordenanzas municipales sobre construcción.

... No importando las restricciones una limitación al goso y uso de la propiedad, ni una disminución de su valor, no corresponde indemnización alguna. Los particulares están obligados, por consiguiente, a aceptar las restricciones que, *en virtud de sus fins* sociales, funciones de policía y organización de los servicios públicos, les impongan las autoridades administrativas".

O ilustre municipalista argentino faz uma remissão, a essa altura de suas considerações, a uma passagem da doutrinação de Bielsa, em sua obra "Restricciones y Servitumbres Administrativas" (Buenos Aires, 1923) pág. 55, a qual vem a propósito transcrevê-la:

"Importa notar que los tribunales, sin negar — claro está — el poder de la Administración pública para imponer restricciones, han obligado algunas veces a ésta a indemnizar el daño causado por cambio de nivel en las calzadas, pero no por consideraciones de equidad sino por atribuir a la Administración pública una culpa consistente en señalar a los propietarios un nivel para la edificación y luego imponerle otro, alegando que lo primero lo did por error. Se trata, con todo, de decisiones aisladas".

Não havendo possibilidades de manter as indicações erradas pela simples circunstância de as haver fornecido oficialmente em primeiro lugar, deve prevalecer o embargo até solução definitiva da Municipalidade quanto ao gabarito.

Sala das Sessões da 1.<sup>a</sup> Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, 16 de novembro de 1954.

*Clovis Leone*, Presidente.

*Alvaro Clemente*, Relator.

*Evaldo Luz*.

*Antonio de Oliveira Martins*.

## IV — JUIZADOS DE DIREITO

### JUIZADO DA COMARCA DE ARARAQUARA

(Estado de São Paulo)

Vistos:

I — Os autores, Dr. Vicente Micelli, Dr. Renato Guimarães Bastos, Victorino Gonzalez y Gonzalez, Irmãos Stella e Irmãos Jorge Abib Rached, ajuizaram a presente ação ordinária contra a Prefeitura Municipal de Araraquara alegando, em suma, e na sua parte útil: — que são proprietários de terrenos situados na área urbana de Araraquara, os quais pagavam, de acôrdo com a tabela n.º 7, expedida de conformidade com o art. 69, da Lei Municipal n.º 176, de 1936, o tributo de Cr\$ 14,00 por metro de frente, quando não edificados, mas fechados, e Cr\$ 30,00 quando não edificados e em aberto; que o mesmo tributo, pela Lei n.º 150, de 1951, foi elevado respectivamente para Cr\$ 140,00 e Cr\$ 300,00; que, entretanto, a própria Câmara Municipal, verificando a exorbitância da majoração pela Lei n.º 181, do mesmo ano, estabeleceu uma redução de 80% para o exercício de 1952, de 60% para o de 1953, de 40% para o de 1954, e de 20% para o de 1955; que, logo mais, a referida lei foi revogada pela de n.º 261, de 13 de março de 1953, que impôs nova majoração ao aludido imposto territorial urbano, fixando-o em Cr\$ 400,00 e Cr\$ 600,00 por metro de frente, dos terrenos nas condições supra mencionadas; que a exigência de tributos tão elevados importa em verdadeiro confisco dos imóveis, os quais em dois ou três exercícios terão o seu valor absorvido pelo imposto cobrado; que, nessas condições, o tributo em aprêço se erige em imposto proibitivo e fere o estatuído nos §§ 2.º e 16.º do art. 141 da Constituição Federal, além de violar o 524 do Código Civil que assegura o livre uso e gozo da propriedade; que, em última análise, tal imposto mascara uma desapropriação sem a justa indenização da coisa expropriada, o que é inconstitucional; que, por isso, querem ver decretada a invalidade da Lei Municipal n.º 261, pelo reconhecimento judicial da inconstitucionalidade e ilegalidade de

NOTA — Esta decisão foi confirmada unânimemente pela 2.<sup>a</sup> Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relator o Des. Eryx de Castro, presidente o Des. Marcelino Gonzaga e vogais os Des. Lafayette Sales e Percival de Oliveira. Apelação cível n.º 69.883, julgada em 23 de novembro de 1954.