

*LICENÇA PARA CONSTRUIR — DIREITO DE VIZINHANÇA — ATO
ADMINISTRATIVO*

*— Interpretação do art. 572 do Código Civil; idem, do
Código de Obras do Distrito Federal.*

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL

Aron Orgler e outros *versus* Prefeitura do Distrito Federal
Apelação cível n.º 30.676 — Relator: Sr. Desembargador
HUGO ÁULER

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos
de apelação cível n.º 30.676, em que são

apelantes o Juízo de Direito da Terceira
Vara da Fazenda Pública, Aron Orgler,
Benjamin Zimelewicz e Chaim Geller,
Arthur Marques Abranches e sua mulher

e a Prefeitura do Distrito Federal, sendo apelados os mesmos:

Acordam os Juizes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, preliminarmente, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo no auto do processo, e *de meritis*, também unânimemente, em prover a quarta apelação tão-somente para o efeito de excluir da incidência do preceito a Prefeitura do Distrito Federal.

E assim decidem pelos seguintes fundamentos:

Conclui-se da leitura e do exame destes autos que Artur Marques Abranches e sua mulher adquiriram um lote na Br-2, no trecho compreendido atualmente pela Rua Sacopã, na Lagôa Rodrigo de Freitas, nesta Cidade, cujo projeto de loteamento n.º 2.462, de 10 de outubro de 1936, foi substituído pelo projeto n.º 5.049, de 14 de dezembro de 1939, portanto, posteriormente ao Decreto n.º 6.000, de 1 de julho de 1937. Por sua razão, quando pretenderam erguer no terreno de sua propriedade uma construção, foram obrigados pela Prefeitura do Distrito Federal a fazê-lo com os afastamentos de 1,50 m (um metro e cinquenta centímetros) e de 2,50 m (dois metros e cinquenta centímetros) nas divisas laterais, tudo na conformidade do plano de loteamento aprovado pelo Senhor Prefeito do Distrito Federal e do art. 32, § 2.º, do Código de Obras em vigor.

Posteriormente, Aron Orgler, Benjamin Zimelewicz e Chaim Geller, tendo adquirido em comum um lote contíguo ao daquela construção, requereram à Prefeitura do Distrito Federal a competente licença para a construção de um edifício de apartamentos, sem qualquer afastamento das divisas laterais, como determina aquela disposição legal, e sem que no local houvesse espaços livres contíguos no centro das quadras e áreas de passagens de servidão comum no interior das mesmas quadras, ferindo deste modo frontal o projeto de loteamento n.º 5.049, de 14 de dezembro de 1939, bem como o que lhe antecedeu o de n.º 2.462, de 10 de outubro de 1932, e as normas regulamentadas no art. 32, §§ 2.º e 5.º, do Código de Obras do Distrito Federal.

Por esse motivo, sentindo-se prejudicados em seu direito de vizinhança pois que a nova construção em contravenção aos

regulamentos edilícios e lhe vem causar prejuízo às servidões de iluminação e aeração, Artur Marques Abranches e sua mulher propuseram perante o Juízo de Direito da Terceira Vara da Fazenda Pública uma ação cominatória contra Aron Orgler, Benjamin Zimelewicz e Chaim Geller, bem como à Prefeitura do Distrito Federal, a fim de compelir aqueles à abstenção da prática dos atos de tal construção e aquela à prestação de um fato como seja a cassação da licença concedida para a referida edificação, em contravenção ao art. 32, § 2.º, do Código de Obras e ao loteamento aprovado pelo Senhor Prefeito do Distrito Federal, sob pena de pagarem solidariamente a multa de Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros) diários, sendo afinal julgado procedente o pedido inicial, tudo nos termos do art. 302, incisos VIII e XII, do Código do Processo Civil (doc. de fls. 2-4).

Contestando a ação, os réus alegaram, preliminarmente, a impropriedade da ação por isso que os autores não teriam o direito líquido e certo de exigir que os réus se abstivessem de construir no terreno de propriedade comum nas condições técnicas do projeto de edificação licenciado pela autoridade municipal competente, bem como a ilegitimidade *ad causam* pois nem o art. 572 do Código Civil, nem o art. 32, §§ 2.º e 5.º, do Decreto n.º 6.000, de 1 de junho de 1937, lhe davam o direito subjetivo de proporem a presente ação (doc. de fls. 16-18). Por sua vez, a Prefeitura do Distrito Federal contestou a ação, alegando que o licenciamento da construção fôra dado na conformidade do art. 32, §§ 2.º, 5.º e 8.º do Código de Obras, este último parágrafo com a modificação que lhe foi introduzida pelo Boletim n.º 107, de 18 de junho de 1948, do Secretário de Viação e Obras Públicas, permitida pela mesma disposição legal (doc. de fls. 24-25).

Proferido o despacho saneador às fls. 60, contra. êle foi interposto agravo no auto do processo com apoio no art. 851, do Código de Processo Civil (doc. de fls. 42-45 e termo de fls. 46). Realizada uma vistoria nos imóveis em questão (auto de fls. 59) juntos os respectivos laudos periciais (documentos de fls. 100-109; de fls. 111 e 113; e de fls. 116-128), realizou-se a audiência de instrução e julgamento (ata de fls. 151), findo o que o Doutor

Juiz Substituto em exercício no Juízo de Direito da Terceira Vara da Fazenda Pública julgou procedente a ação, nos termos do pedido inicial, com exclusão do direito aos honorários de advogado (doc. de fls. 161-165).

Finalmente, contra esta decisão foram interpostas as presentes apelações, além do recurso de ofício: a dos réus, pleiteando a reforma da sentença recorrida (doc. de fls. 167-176); a dos autores destinada ao reconhecimento do direito aos honorários de advogado (fls. 178-179); e a da Prefeitura do Distrito Federal, para que fôsse julgada improcedente a ação (doc. de fls. 181-185), às quais foram opostas contra-razões (docs. de fls. 181 a 185; de fls. 187-190; e de fls. 193 a 196).

É o relatório.

Preliminarmente: Não merece provimento o agravo no auto do processo interposto a fls. 42-46, contra o despacho saneador que repeliu as preliminares de impropriedade da ação e de ilegitimidade *ad causam* dos autores na presente relação de direito processual.

Com efeito, a ação cominatória de que trata o art. 302 do Código Civil é o meio processual adequado para que o proprietário de um terreno possa compelir o do vizinho a abster-se da realização de obras de construção de prédio, projetada contra disposições expressas de lei, e de, concomitantemente, exigir da pública administração a prestação de um fato consistente na cassação da licença concedida em contravenção aos regulamentos edifícios que, determinando certas condições técnicas a que deverá sujeitar-se uma edificação, cria restrições ao direito de propriedade. A expressão — em geral, a quem, por lei ou convenção, tiver direito de exigir de outrem que se abstenha de ato ou preste fato dentro de certo prazo — empregada pelo legislador no inciso XII do art. 302 do Código do Processo Civil, envolve tôdas as obrigações de fazer e não fazer assumidas por lei ou em virtude de contrato, e cujo implemento é exigido *ad mandatum faciendi* ou *ad mandatum non faciendi*. E foi por essa razão que o insigne Pontes de Miranda afirmou que “a generalidade do inciso XII tornou-o o mais importante preceito do art. 302, de modo que algumas vezes os outros se subsumirão nêle”. (Comen-

tários ao Código de Processo Civil, Rio, Ed. da Revista Forense, 1948, vol. III, 1, pág. 114). Não há quem possa negar de sã consciência aos autores o direito de exigir que os réus se abstenham de construir em contravenção às normas às quais se curvaram aqueles por imposição da autoridade municipal, e de compeli-la a pública Administração à prestação do fato assecuratório da compulsoriedade daquela abstenção, cassando a licença outorgada com infração de disposições expressas da legislação regulamentar de edificações.

Dêste modo, reconhecida a adequação da ação cominatória, repelida deverá ser a arguição de cerceamento de defesa pretendidamente causada pelo ato judicial que julgou própria a ação. A *litiscontestatio* teve o mérito de revestir de rito ordinário a ação *ex-vi* do art. 303, § 2.º, do Código de Processo Civil, protraindo até mesmo a eficácia da injunção liminar até a decisão final.

Quanto à alegação de ilegitimidade *ad causam* é bem de ver-se a eloquência de sua inocuidade. A legitimação *ad causam* diz respeito ao suporte de direito material da ação em seu sentido formal, e, portanto, ao interesse econômico e moral que outra causa não é senão o interesse de agir. Por sua vez, se há de entender por interesse de agir, como acentua Covello, a necessidade de obter a vantagem tutelada pela lei através da atuação dos órgãos jurisdicionais do Estado, ante o receio de, sem esta intervenção, vir o titular do direito a sofrer um dano: *Per interesse as agire bisogna intendere il bisogno di conseguire il vantaggio tutelato dalla legge per opera agli organi giurisdizionali dello Stato, di guisa che senza l'intervento di questi, il titolare del diritto soffrirebbe un dano.* (*Manuale di Diritto Civile Italiano*, Milano, Società Editrice Libreria, 3.ª ed., 1924, § 159, pág. 496). E por sua vez, Emilio Betti adverte que o interesse de agir nada mais é do que a atuação da lei (substancial) por motivo de determinada razão, mediante um provimento jurisdicional de tipo determinado, acrescentando que há tantos tipos de provimento jurisdicional quantas são as espécies de interesse de agir e, pois os tipos de ação: *Esso consiste nell'interesse all'attuazione della legge (sostanziale) in ordine a una data ragione, me-*

diante un provvedimento giurisdizionale di tipo determinato. Quanti sono i tipi di provvedimento giurisdizionali, tante sono le specie di interessi ad agire i giundi i tipi di azioni (Diritto Processuale Civile Italiano, Roma, Società Editrice "Foro Italiano", 1936, n.º 19, pág. 80). E como disse o eminente Pereira Braga, "a condição única para o exercício da ação é a existência de um direito subjetivo, cuja tutela ou defesa se tornou necessária. Existindo esse direito, o seu titular tem interesse justamente porque tem direito, e tem qualidade justamente porque é o titular do direito (*Exegese do Código de Processo Civil*, Rio, Ed. Max Limonad, S-D, vol. II, n.º 18, págs. 135-136).

Ora *in casu*, dúvida alguma poderá haver acerca do direito subjetivo dos autores de compellir os réus a abster-se de guer no terreno vizinho uma construção que lhes é prejudicial, bem como de exigir da pública administração a cassação da respectiva licença que teria sido concedida ao arrepio do art. 32 § 2.º do Decreto n.º 6.000, de 1 de julho de 1937, e, em consequência, do art. 572 do Código Civil.

De meritis: Domina a matéria o princípio de que o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que bem lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos, consagrado no art. 572 do Código Civil. Tais limitações administrativas ao exercício do direito de propriedade podem apresentar os mais variados aspectos, e, quando impostas por motivos de segurança, sossêgo, higiene ou estética, envolvem um interesse geral criando obrigações de fazer ou não fazer, por isso que, segundo bem diz Rafael Bielsa, *las restricciones, lo mismo que las servidumbres, imponen una obligación de "non hacer" o de "dejar de hacer"* (*Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial "El Ateneo", 1947, Tomo III, Liv. IX, Cap. I, § 1.º, n.º 660, pág. 383). Em consequência, se as restrições de direito administrativo são de molde a criar obrigações de não exercício do direito de propriedade logo se está a ver que todo aquêl que se julgar prejudicado em sua vizinhança pelo inadimplemento de tais obrigações tem o direito subjetivo de obter a reposição *in pristinum* do estado de cousas anterior ou de evitar o des-

cumprimento diante de uma ameaça de lesão ao seu direito individual. A titularidade dêsse direito subjetivo não pode sofrer a menor contestação em face da tese de que não tem apenas por fonte o direito objetivo porque também pode decorrer de quaisquer obrigações especiais editando qualquer dever positivo ou negativo impostas não só por lei como pelos regulamentos administrativos emanados no interesse geral. Neste sentido cabe repetir a lição de Jean Dabin segundo a qual, *sans doute, ces obligations especiales peuvent être génératrices de droit subjectif au profit d'une personne: ce sera alors la face active de l'obligation.* (*Le Droit Subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, Cap. I, Sec. II, § 2.º, pág. 52).

Mesmo, porém, que se não admitisse a teoria moderna do direito subjetivo como efeito natural do inadimplemento de uma obrigação de caráter geral, a verdade é que então se teria de atender à sublimação das normas de direito administrativo, esposada por Filadelfo de Azevedo, o qual, depois de afirmar que "o direito de construir encontra ainda limites nas regras administrativas ou melhor, nas posturas municipais e nos regulamentos de higiene" concluiu que "essas regras de caráter local são assim encampadas e sublimadas, passando à categoria de direito substantivo" (*Destinação do Imóvel*, Rio, 1932, Ed. Alba, n.º 29, pág. 130). Aliás, a incorporação dos regulamentos administrativos ao direito material se justifica em um princípio de ordem pública pôsto em relêvo pelo insigne Rafael Bielsa no seguinte trecho: *El código civil regla las relaciones de "vecinda" (interés privado) y el derecho administrativo regla, en esta materia, las relaciones de "comunidad" ("interés público"). Verdad es que a veces las leyes y ordenanzas locales contienen disposiciones aplicables también en las relaciones de vecindad: pero aun entonces ellas tienen en vista la necesidad o utilidad pública; lo cual ocurre quando el hecho trasciende de la esfera del interés privado a la del interés público, y esto sucede, a veces simultaneamente cuando el hecho "dañino" que motiva la restricción, además de afectar al "vecino" repercute nel interés del "público"* (*Obr. Cit.*, Tomo III, Cap. I, § 1.º, n.º 663, pág. 389).

Por conseguinte, se há de concluir necessariamente que todos os regulamentos

edifícios que estabelecem restrições ao uso do domínio privado, quando emanados pela autoridade administrativa competente, entram na categoria geral contemplada e prevista abstratamente na norma de direito positivo, que limita o exercício do direito de propriedade.

Esta conclusão vem assim espancar quaisquer dúvidas acêrca da disputa suscitada pela questão de saber se os regulamentos edilícios limitativos do uso da propriedade autorizam o exercício de uma ação entre vizinhos e cumulativamente contra a pública administração para o efeito de exigir o respeito às normas restritivas do direito de construção. Ferrini-Pulvirenti respondem afirmativamente quando dizem que: *“che incombe ad ogni proprietario di non eccedere nell'esercizio dal suo diritto i limiti assegnati dal regolamento, è correlativo il diritto negli altri proprietari che verrebbero a risentire danno dalla violazione di tali leggi o regolamenti, di pretenderne l'osservanza, (Delle Servitu Prediali, Torino, Utet, 1908, vol. I, n.º 77, pág. 188). E modernamente outra não é a solução, pois dêste modo também resolve o problema Francesco de Martino quando afirma que le norme regolamentari le quali si riferiscono alle distanze d'intendono costituire fonte dei diritti soggettivi a favore dei proprietari dei beni rispetto ai quali le limitazioni sono imposte e pertanto dalla loro violazione od inosservanza nascono le stesse conseguenze giuridiche, che derivano dall'inosservanza delle norme del codice. (Della Proprietà, Roma, Società Editrice del “Foro Italiano”, 1946, pág. 210).*

Portanto, em face da lição dos doutos que são unânicos em reconhecer o fenómeno na integração do direito administrativo no direito civil, através do processo de integração dos regulamentos edilícios nas normas jurídicas do direito positivo, dúvida alguma poderá haver acêrca do direito subjetivo dos proprietários do inadimplemento em que incidir o seu vizinho da obrigação de respeitar as regras administrativas que fixam os limites mínimos de afastamento das construções das divisas laterais dos respectivos terrenos, conclusão, aliás, que tanto mais se impõe quanto menos se ignora que tais limitações concernem substancialmente à iluminação, à aeração e à imissão anormal, portanto, à higiene e ao sossego da

vizinhança se não mesmo própria estética urbanística do logradouro, elementos essenciais à formação do consentimento para a aquisição de terrenos compreendidos em determinado loteamento, envolvendo por conseguinte o concurso do interesse público e do interesse individual.

Entre nós, como bem acentuou Santiago Dantas, “o Código de Obras do Direito Federal, aprovado pelo Decreto municipal n.º 6.000, de 1 de junho de 1937, desenvolveu largamente para a cidade do Rio de Janeiro, o emprêgo do zoneamento, criando zonas especiais destinadas ao comércio, à agricultura, à indústria e às residências (uma série de dispositivos cria distâncias legais acautelatórias dos prédios vizinhos” — diz mais adiante aquêle jurista) o que constitui sem dúvida a medida administrativa de mais largo alcance para a solução das questões vicinais, não só porque previne grandemente os conflitos como porque influi na composição dos que apesar de tudo se formam, dando ao Juiz uma regra objetiva valiosa para acertar as condições de tolerabilidade” (*O Conflito de Vizinhança e a sua Composição*, Rio, Ed. Borsoi, 1939, n.º 20, pág. 55). Portanto, no que tange à regulamentação administrativa das construções na Cidade do Rio de Janeiro, o Código de Obras do Distrito Federal (Decreto n.º 6.000, de 1 de julho de 1937) é uma legislação complementar do art. 572 do Código Civil. A expressão — as restrições ao direito de propriedade compreendidas pelos “regulamentos administrativos”, a que se refere o art. 572 do Código Civil e corresponde ao que Almeida e Sousa de Lobão denominava de “regulamento político” ao afirmar que “é permitido a qualquer edificar no seu solo por uma liberdade natural... Contanto... que a nova casa não seja edificada contra a forma prescrita pelo regulamento político” (*Tratado Histórico e Enciclopédico Crítico Sobre Todos os Direitos Relativos a Casas*, Lisboa, Imprensa Régia, 1829, § 56, págs. 56-57) é uma norma que apon-ta uma diretiva de conduta social e expõe uma idéia geral. De certo modo constitui o artigo 572 do Código Civil uma norma em branco a depender de outras normas jurídicas ou de atos administrativos. O Código de Obras, portanto, preenche uma lacuna advinda de uma exata regulamentação das edificações, estabelecendo cau-

sisticamente um sistema de limitações ao direito de construir e no qual se mesclam o interesse geral e o interesse individual.

Ora, o legislador municipal criando assim uma caustística complementar ao art. 572 do Código Civil, consagrou a regra de que “nos lotes situados em ZR 1 e resultantes de novos loteamentos, quer em consequência da abertura de novos logradouros por particulares ou pela Prefeitura, quer em consequência de parcelamento de terrenos de logradouros já existentes, as construções observarão os afastamentos mínimos de um metro e cinquenta (1,50 m) em relação a uma das divisas laterais do lote e de dois metros e cinquenta centímetros (2,50 m) em relação a outra, de modo a nunca existir um afastamento inferior a quatro metros (4 m) entre as mesmas construções e as dos lotes contíguos, como se infere da norma contida no § 2.º do art. 32 do Decreto n.º 6.000, de 1 de julho de 1937”.

E justamente esta norma administrativa complementar à restrição contida no art. 572 do Código Civil é a que foi violada pelo licenciamento e aprovação do projeto de construção a ser erguido no lote de que os réus têm a propriedade.

É que, *in casu*, o loteamento foi aprovado sob o n.º 5.049, de 14 de dezembro de 1939, portanto, posteriormente a vigência do Código de Obras do Distrito Federal, eis que veio substituir o Projeto n.º 2.462, de 10 de outubro de 1936 (laudos de fls. 110, 112 v. e 118). Em consequência, dúvida alguma poderá haver acêrca da aplicação cogente do § 2.º do art. 32 do Decreto n.º 6.000, de 1 de julho de 1937. Pouco importa que esta disposição legal se refira apenas aos loteamentos da ZR 1 em face da circunstância de estar situado na ZR 2 o que é objeto da presente ação. E pouco importa por que o legislador municipal também firmou o princípio de que “as disposições dos arts. 30, 31, 32 e 33 e respectivos parágrafos são aplicáveis em ZR2” no art. 28 do mesmo diploma legal.

E foi precisamente por essa razão que o direito de construir dos autores sofreu a limitação constante do § 2.º do art. 32 *ex-vi* do art. 38 do Código de Obras do Distrito Federal quando foram compelidos pela pública administração a erguer no respectivo lote de terreno uma edificação que tivesse o afastamento de um

metro e cinquenta centímetros (1,50 m) e dois metros e cinquenta centímetros (2,50 m) das respectivas divisas laterais.

Entretanto não houve a mesma paridade de tratamento em relação aos réus, aos quais estranhamente foi concedida licença para construção de um edifício de apartamentos com oito pavimentos, sem o menor afastamento de qualquer uma das divisas laterais, erguendo-se na meação das linhas divisórias e perpendiculares ao alinhamento (laudo de fls. 101, 111 e 117-118).

É bem verdade que tanto os réus como a própria ré, em suas contestações, fizeram questão de acentuar que a aprovação do projeto de construção, em flagrante contravenção ao § 2.º do art. 32 do Código de Obras do Distrito Federal, tivera a pretendida ilegitimidade coberta pelo Boletim n.º 107, de 18 de junho de 1948, do Senhor Secretário de Viação e Obras Públicas, por delegação do Senhor Prefeito do Distrito Federal, que por sua vez estava autorizado a suprimir ou reduzir *ad libitum* os afastamentos laterais das novas edificações pelo art. 32, § 2.º, do Decreto número 6.000, de 1 de julho de 1937.

Realmente, essa última disposição legal, depois de afirmar que “a área de ocupação máxima dos futuros edifícios será indicada no plano de loteamento ou de parcelamento, de acôrdo com o que estabelece o § 2.º, salvo no caso de ser aplicado o que dispõe os §§ 5.º, 6.º e 7.º, acrescentou estranhamente que “os afastamentos em relação às divisas só poderão ser reduzidos ou supridos mediante aprovação do Diretor de Engenharia por ocasião da apresentação do projeto à Prefeitura, para licenciamento da construção” (§ 3.º do art. 32 do Código de Obras).

Mas se esta é a única justificativa para a concessão da licença para execução do projeto de construção dos réus, manifestamente contrário à lei porque sem qualquer afastamento das divisas laterais, em contravenção do § 2.º do art. 32 do Decreto número 6.000, de 1 de julho de 1937, então logo ressalta a juridicidade da pretensão unilateral dos autores em face da flagrante ilegitimidade daquele ato administrativo envolvendo uma fraude à legislação em vigor. É que justamente aquela segunda parte do § 3.º do art. 32 do Código de Obras que, esdrúxulamente,

permitia a redução ou supressão dos afastamentos laterais, mediante simples aprovação de um diretor de engenharia da pública administração, há mais de dez anos não mais se encontra em vigor. Com efeito, tantas foram as injustiças e tantos foram os prejuízos ao interesse público e individual causados por aquela permissão, que o Senhor Prefeito do Distrito Federal houve por bem baixar o Decreto n.º 7.799, de 8 de junho de 1944, tão-somente para o fim expresso de revogar a segunda parte do § 3.º do art. 32 do Decreto n.º 6.000, de 1 de julho de 1937, referente à possibilidade de redução ou supressão das distâncias mínimas de afastamento das edificações das respectivas divisas laterais.

Por sua vez, também não está a amparar o ato administrativo ilegal a disposição segunda a qual a Prefeitura poderá fixar, *por ocasião da aprovação do loteamento*, a posição a ser ocupada pelas edificações futuras, estabelecendo *espaços livres contínuos no centro das quadras e áreas de passagens de servidão comum no interior das mesmas quadras, podendo reduzir ou suprir, nesse caso, os afastamentos estabelecidos pelo § 2.º em relação às divisas laterais*", contido no § 5.º do art. 32 do Código de Obras do Distrito Federal.

E não ampara de modo algum porque, na espécie, em relação ao projeto de construção dos réus, não foi atendida nem se verificou a condição legal exigida para que se onere aquela redução ou aquela supressão, como seja a que se constitui — *pela posição a ser ocupada pelas edificações futuras, estabelecendo espaços livres contínuos no centro das quadras e áreas de passagens de servidão comum no interior das mesmas quadras* — e de que não dão conta unanimemente os laudos periciais (docs. de fls. 102, 111 v., e 121), pois somente — nesse caso — di-lo o § 5.º do art. 32 do Código de Obras do Distrito Federal — é que poderão ser suprimidos ou reduzidos os afastamentos das divisas laterais. Ademais, mesmo que houvesse sido preenchida *in casu* aquela condição legal, a verdade é que essa supressão ou essa redução somente poderia ser determinada pela Prefeitura do Distrito Federal *por ocasião da aprovação do loteamento* — como acentua o mesmo pará-

grafo daquela disposição de lei e jamais por ocasião da aprovação do projeto de uma unidade de construção na zona residencial. E por derradeiro, determinando o legislador expressamente que “quando tiverem lugar as providências indicadas no art. 32 e seus §§ 1.º, 5.º e 7.º, a aprovação dos planos do loteamento será confirmada por decreto do Prefeito”, segundo a redação do art. 33 do Código de Obras, logo se está a ver que por ilegal deverá ser tido todo e qualquer ato administrativo que dentro ou fora do momento da aprovação do plano de loteamento suprimir ou reduzir o afastamento mínimo das construções das divisas laterais, e não emanar do Chefe do Poder Executivo Municipal.

Tôdas essas circunstâncias de fato e de tôdas essas razões de direito estão a autorizar a conclusão acerca da ilegalidade do ato administrativo concessivo da aprovação do projeto de construção dos réus e da respectiva licença municipal, emanado por autoridade incompetente e ao arrepio do art. 572 do Código Civil e do art. 32, §§ 2.º e 5.º, e do art. 33 do Código de Obras do Distrito Federal.

Em consequência se impõe a declaração de nulidade daquele ato administrativo emanado por autoridade incompetente e em fraude à legislação municipal, por isso que a nulidade, como bem o diz Georges Lutzesco, *est la sanction qu'en-court tout acte juridique fait sans l'observation des règles prévues par la loi, soit en vue d'assurer la defense de l'intérêt général, soit pour exprimer la protection d'un intérêt privé* (*Theorie & Pratique des Nullités*, Paris, Recueil Sirey, 1938, Tomo I, pág. 397). Com efeito, como bem o diz Michel Stassinopoulos, não obstante o poder discricionário da pública administração, a verdade é que se não pode falar em poder discricionário quando se tratar do exercício de um poder subordinado a determinada regulamentação que, sob o ponto de vista material, nada mais é do que uma manifestação do Poder Legislativo (*Traité des Actes Administratifs*, Atenas, 1954, pág. 140). E por essa razão foi que Marcelo Caetano afirmou que “um ato administrativo contrário à lei é uma manifestação de vontade tendente a criar normas diversas das contidas na lei, o que equivale à usurpação do poder soberano” (*Manual de Direito*

Administrativo, Coimbra, Editôra Coimbra, 1951, n.º 132, pág. 242). Trata-se, pois, de usurpação do poder de decisão por uma autoridade administrativa que, além de exorbitar das próprias funções, teve a intenção de praticar um ato administrativo com efeitos jurídicos muito embora em contravenção à lei. Manifesta é, pois, a sua nulidade, como esclarece — Jean-Marie Aubry: *Seules les autorités administratives peuvent prendre des décisions important des effets de droit. Si l'auteur de l'acte n'a pas qualité pour cela, son acte est nul (L'Inexistence des Actes Administratifs*, Paris, Ed. A. Pedronne, 1951, pág. 81). Conf.: Silvio Trentin (*L'Atto Amministrativo*, Roma, Athenaeum, MCMXV, págs. 305-309).

Aliás, esta declaração de ineficácia do ato administrativo em questão tanto mais se impõe quanto menos se ignora que a sua emanção por autoridade incompetente é, mesmo que o fôsse de qualquer forma, resultado de fraude ao art. 32, §§ 2.º e 5.º e do art. 33 do Decreto n.º 6.000, de 1 de julho de 1937, causando a fratura do equilíbrio funcional da unidade urbana resultante do loteamento aprovado pela Prefeitura do Distrito Federal. Este equilíbrio funcional que é o fundamento de todo e qualquer plano de urbanização cujo interesse público não pode sofrer a menor contestação, tem justamente um interesse privado, pois constitui concomitantemente uma das garantias implícitas no art. 572 do Código Civil. É que um dos fins precípuos de qualquer plano de urbanização resultante do loteamento ou parcelamento se concretiza em um *optimum* de auto-satisfação que, segundo Maurice-François Rouge, *exige qu'il soit satisfait a toutes les catégories de besoins, qu'ils soient physiologiques, économiques, affectifs, intellectuels, spirituels, et veut que ces satisfactions soient aussi bien équilibrées que possible entre elles (Introduction a un Urbanisme Expérimental*, Paris, L. G. D. J., 1951, 2.ª Parte, n.º XIII, pág. 58).

A única modificação que está a merecer a sentença apelada se restringe à extensão do preceito, cuja exigibilidade a partir do trânsito em julgado do presente aresto não poderá de modo algum ser

estendido à Prefeitura do Distrito Federal. Com efeito a cominação inerente ao *mandatum non jaciendi* não poderá incidir sobre a quarta apelante desde o momento em que se não ignora que o ato administrativo de aprovação do projeto de construção e desconcessão da licença para realização das obras teve neutralizada a sua atuação através da presente ação e, finalmente declarada a sua nulidade no presente julgamento. Esta conclusão tanto mais se impõe quanto menos se ignora que, tal afirmativa, com razão Seabra Fagundes, “nas relações entre o indivíduo e a Administração é raríssimo que tenha cabimento pena convencional. Excepcionais são os casos em que a Administração contrata com o indivíduo e só nestes se pode cogitar de pena pactuada”. (*O Controle dos Atos Administrativos do Poder Judiciário*, Rio, E. Freitas Bastos, 1941, n.º 130, nota 2, pág. 319).

Nem mesmo na partida que negou honorários do advogado a decisão atacada por tantos apelos não deve sofrer modificação parcial. É que não foi feita a prova de ter a presente ação resultado de dolo ou de culpa que, na espécie, somente poderia ser delitual. Pouco importa que o presente aresto tenha reconhecido que o ato administrativo resultara de uma fraude à lei municipal. Não se pode afirmar que tenha havido dolo porque, como bem o diz Alexandre Ligeropoulo, em matéria de fraude à lei há um grande número de hipóteses nas quais é total a ausência de uma intenção — vontade de subtrair-se a uma obrigação legal (*Le Problème de la Fraude a la Loi*, Paris, Recueil Sirey, 1928, n.º 24, pág. 53). E também não se pode concluir pela culpa delitual eis que se tratou de uma atitude resultante de errônea interpretação das normas jurídicas que regulamentam administrativamente os planos de massa de qualquer projeto de urbanização, codificados no Decreto n.º 6.000, de 1 de julho de 1937.

Custas *ex-lege*.

Sala das Sessões da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 6 de julho de 1955. — *Romão Côrtes de Lacerda*, Presidente. — *Hugo Auler*, Relator. — *João Coelho Branco*.