

ATO ADMINISTRATIVO — FALTA DE REQUISITO PREVISTO EM LEI — NULIDADE

— *Emitido o ato administrativo sem a audiência do órgão prevista em lei, pode a administração anulá-lo, sem ofensa a direito adquirido.*

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Colégio Jacobina Ltda. *versus* Estado do Rio de Janeiro
Recurso extraordinário nº 81 010 — Relator: Sr. Ministro
MOREIRA ALVES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso.

Brasília, 9 de setembro de 1975. *Thompson Folres*, Presidente. *Moreira Alves*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro *Moreira Alves*: Não admitido o recurso extraordinário, por despacho às fls. 161-162, os autos subiram a esta Corte em virtude de provimento de agravo, para melhor exame da matéria.

As fls. 205-208, o Dr. Moacir Antônio Machado da Silva emitiu, pela Procuradoria-Geral da República, parecer em que assim expõe e aprecia a questão submetida a este Tribunal:

“O eg. Tribunal de Justiça do então Estado da Guanabara (fls. 92-100) concluiu pela legitimidade de ato do Sr. Go-

vernador que declarou a invalidade de licença concedida para construção de cemitério particular, sob o fundamento de que o processo respectivo não foi submetido à apreciação da Comissão Estadual de Controle de Cemitérios e Serviços Funerários, cuja audiência era obrigatória, em face dos arts. 10 e 19, d, do Decreto-lei estadual nº 88, de 7.8.70.

Neste recurso extraordinário, que se vale do disposto no art. 119, III, letras a e d, da Constituição, alega o recorrente que essa decisão terminou por ofender o art. 153, § 3º, da Constituição Federal, e divergiu de julgados de outros Tribunais do País, inclusive da Suprema Corte, uma vez que não pode ser revogado ato administrativo de que resultou direito subjetivo para o particular.

O recorrente, que tinha permissão para construir cemitério do tipo tradicional, requereu a aprovação de novo projeto para construção de cemitério do tipo vertical, em face do Decreto-lei estadual nº 88, de 1969, e de seu regulamento, Decreto

nº 3 707, de 1970, que alteraram a legislação sobre o assunto.

Após aprovação do novo projeto e concessão do respectivo alvará, o Sr. Governador do Estado declarou a invalidade do ato, porque, entre outras irregularidades, não foi o processo submetido ao pronunciamento da Comissão, exigido pelos arts. 10 e 19, *d*, do citado Decreto-lei, *verbis*:

"Art. 10. A permissão para o estabelecimento de cemitérios particulares será requerida ao Governador do Estado, através da Secretaria de Serviços Públicos, *ouvidas*, nas matérias de sua competência, as Secretarias de Obras Públicas e de Saúde, *bem ainda a Comissão a que se refere o art. 19 deste decreto-lei*".

"Art. 19. Fica criada, na Secretaria de Serviços Públicos, a *Comissão Estadual de Controle de Cemitérios* com as seguintes atribuições:

.....
d) opinar, prévia e necessariamente, em todo pedido de permissão, interdição e cassação de funcionamento de cemitério particular".

A questão em lide envolve apenas o exame da legitimidade do ato que declarou a invalidade da permissão, não o de eventual responsabilidade do estado pelos efeitos patrimoniais decorrentes da anulação, referida na petição recursal, mas que não foi objeto do pedido inicial nem foi ventilada no acórdão recorrido.

Não se trata de revogação, mas de anulação. A decisão administrativa, ainda que não vinculada ao conteúdo do parecer, estava evidentemente vinculada à sua existência no processo. A falta de audiência da Comissão constitui preterição de regra sobre o procedimento administrativo, exigida pelo citado Decreto-lei, o que torna ilegítimo o ato, que, por isso poderia ser declarado nulo pela Administração (*Súmula 346*). Essa a conclusão indiscre-

pante da doutrina, que pode ser sintetizada nesta clara ponderação de Hely Lopes Meirelles:

"O parecer, embora contenha um enunciado opinativo, pode ser de existência obrigatória no procedimento administrativo, e dar ensejo à nulidade do ato final, se não constar do processo respectivo, como ocorre, por exemplo, nos casos em que a lei exige a prévia audiência de um órgão consultivo, antes da decisão terminativa da Administração. Nesta hipótese, a presença do parecer é necessária, embora o seu conteúdo não seja vinculante para a Administração, salvo se a lei exigir o pronunciamento favorável do órgão consultado, para a legitimidade do ato final, caso em que o parecer se torna impositivo para a Administração".

Pelo não conhecimento".

É o relatório.

INCIDÊNCIAS ORAIS AO VOTO

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator) Sr. Presidente, vou ler para o Tribunal o acórdão recorrido: (lê).

É, portanto, o acórdão que declara que o art. 19 reza:

"Art. 19. Fica criada, na Secretaria de Serviço Públicos, a Comissão Estadual de Controle de Cemitérios e Serviços Funerários com as seguintes atribuições:

.....
d) opinar, prévia e necessariamente, em todo pedido de permissão, interdição e cassação de funcionamento de cemitério particular.

f) opinar, prévia e necessariamente, em todo pedido de interdição, ampliação, redução, instalação ou extinção de cemitério público."

Fiz essa leitura para justificar meu voto, porque, em face da explanação do ilustre advogado que acaba de ocupar a tribuna,

quis certificar-me de não ter incorrido em erro.

O Sr. Gonçalves de Oliveira (Advogado do Recorrente) Sr. Presidente, pela ordem, gostaria de prestar um esclarecimento.

Transcrevemos, aí, uma legislação local, que, presumo o Secretário de Estado conheça perfeitamente. O Secretário voltou ao Governador dizendo que a Comissão de Controle de Cemitério só opinava obrigatoriamente, necessariamente, nos casos de cemitério público, e o artigo que li, na p. 42, 2º volume...

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator) Veja, V. Exª, que é a letra *f* que se refere a cemitério público. A cemitério particular alude a letra *d*, que dispõe:

"*d*) opinar, prévia e necessariamente, em todo pedido de permissão, interdição e cassação de funcionamento de cemitério particular."

O Sr. Gonçalves de Oliveira (Advogado do Recorrente) processo administrativo ...

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator) A letra *f* diz:

"*f*) opinar, prévia e necessariamente, em todo pedido de interdição, ampliação, redução, instalação ou extinção de cemitério público."

O Sr. Gonçalves de Oliveira (Advogado do Recorrente) E aí é que eu gostaria de prestar um esclarecimento: a firma tinha já autorização para o cemitério tipo tradicional, aprovada pelo Governador Negrão de Lima. Depois, veio a lei, dizendo que o Governador decidia discricionariamente, não estando a decisão vinculada à Secretaria de Justiça...

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator): Confesso que não encontrei, no acórdão, salvo erro meu, alusão a esta lei.

O Sr. Gonçalves de Oliveira (Advogado do Recorrente) Está alegada...

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator): Não está a matéria questionada no acórdão. E não a encontrei na petição de interposição do recurso. Não há lei, mas um decreto, de nº 3 820, de abril de 1970, que não levei em consideração, porque se trata de decreto do Poder Executivo que não pode contrapor-se ao Decreto-lei nº 88, de 7.8.70.

O Sr. Gonçalves de Oliveira (Advogado do Recorrente): É decreto-lei.

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator): Vou ler a petição, onde V. Exª declara, no item 4:

"4. Mas, dúvida alguma pode subsistir a respeito. A Assessoria Técnica do Gabinete do Governador assim expôs o pedido de concessão vertical":

V. Exª então, transcreve o que disse a assessoria técnica.

"Depois de pago o Alvará para o início das obras, os proprietários do terreno, já de posse do "deferimento" quanto ao uso, apresentaram um novo projeto, já ao de construção de um cemitério vertical, atendendo que a nova legislação posta em vigor permitia edificações desse tipo, desde que cumpridas determinadas exigências específicas. Os dispositivos legais regulamentários desse tipo de construção foram baixados pelo Decreto-lei nº 88, de 7.8.69, e Decreto "E" nº 3 707, de 6.2.70 e, nos termos da informação da Secretaria de Obras Públicas, o projeto apresentado cumpre, fielmente com todas as exigências dos arts. 12 e 25 do Decreto "E" nº 3 707/70 sem que tenha deixado de atender também a todas as disposições impostas pelo Decreto "E" nº 3 800, de 20.4.70."

Obviamente, se o Decreto-lei nº 88 é de 7.8.69, muito difícil seria que o Decreto "E", de 6.2.70, se fosse Decreto-lei, tivesse o nº 3 707, porque, sendo assim, em seis meses no antigo Estado da Gua-

nabara, foram elaborados mais de três mil e quinhentos decretos-leis. Não se pode levar isso em consideração, tendo em vista que se trata de decreto local, que não foi examinado no acórdão.

O ilustre advogado declarou, da tribuna, que partiu do pressuposto de que se tratava do decreto que regulamentou o decreto-lei. Em consequência, não levei em consideração esse decreto, tendo em vista que o decreto-lei é categórico, no ponto que interessa.

Nos autos, os elementos que encontrei são estes: há o Decreto-lei nº 88, de 1969, e o Decreto nº 3 707, de 1970, que ao que tudo indica, é o decreto regulamentador daquele. O decreto-lei é taxativo. Diz o art. 10:

"Art. 10. A permissão para o estabelecimento de cemitérios particulares será requerida ao Governador do Estado, através da Secretaria de Serviços Públicos, *ouvidas*, nas matérias de sua competência, as Secretarias de Obras Públicas e de Saúde, *bem ainda a Comissão a que se refere o art. 19 deste decreto-lei.*"

Na letra *f* do art. 19 declara o mesmo, com relação aos cemitérios públicos.

Essas normas são do Decreto-lei nº 88, que foi regulamentado pelo Decreto nº 3 707.

O art. 19, letra *d*, do Decreto-lei nº 88/69 acentua que é preciso haver "manifestação prévia e necessária" da Comissão Estadual de Controle de Cemitérios e Serviços Funerários em todos os pedidos de permissão, interdição e cassação de funcionamento de cemitério particular.

Foi com base nessa legislação que elaborei meu voto. Parti do princípio de que, desde o momento em que havia, no Decreto lei nº 88, a exigência de parecer prévio e necessário, mesmo para cemitério particular, a questão era de cumprimento,

cu não, da exigência legal. Daí dizer no voto: (lê)

VOTO

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator):
No caso, trata-se de declaração, pela própria Administração Pública, de nulidade de ato administrativo, por omissão de requisito considerado como essencial por lei. Não há que se falar, portanto, em revogação.

A permissão para construir cemitério do tipo tradicional não implicava, obviamente, autorização para a construção de cemitério do tipo vertical, admitida por lei estadual posterior à obtenção daquele alvará. Por isso, outro foi requerido, e concedido sem a audiência da Comissão Estadual de Controle de Cemitérios, exigido, *necessariamente*, pelo Decreto-lei estadual nº 88, de 1969, como se vê de seus arts. 10 e 19, letra *d*.

Por conseguinte dessa permissão, em cujo processamento não foi observado requisito essencial, não nasceu qualquer direito para o recorrente. Pouco importa que a decisão administrativa em causa não estivesse vinculada ao parecer da mencionada Comissão. O que é necessário, para o decreto-lei estadual, é a existência dele, para que a decisão final seja tomada com pleno conhecimento da opinião do órgão a que compete o controle dos cemitérios no estado. E tanto é acertada a exigência legal que, no caso, a declaração de nulidade se seguiu a uma exposição feita pela Comissão Estadual de Controle de Cemitérios, onde — como se vê do resumo de sua fundamentação feito pelo próprio impetrante em sua petição inicial (fls. 5) — se expuseram, *a posteriori*, os inconvenientes da permissão dada sem a audiência daquele órgão.

Note-se, por outro lado, que, como salienta o acórdão recorrido, em sua parte final (fls. 99):

“...o ato declaratório de nulidade figurante em original a fls. 20 do Processo nº 08.139, determina que os autos voltem à Secretaria de Serviços Públicos para reexaminar o assunto.”

Sendo incontroverso que a administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos (*Súmula* 346), certo como é que não pode haver direito adquirido quando não existe sequer direito, cai por terra a alegação do recorrente de que o acórdão recorrido violou o disposto no art. 153, § 3º, da Constituição Federal.

Ademais, os acórdãos tidos pelo recorrente como divergentes da decisão recorrida, em verdade não o são, pois nenhum deles afirma a existência de direito adquirido resultante de ato administrativo nulo, e, conseqüentemente, nega que este possa ter sua nulidade declarada pela própria Administração Pública.

Em face do exposto, não conheço do recurso.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Thompson Flores (Presidente): Com o eminente Relator. Trata-se de anulação de ato administrativo, não de mera revogação.

Incide a *Súmula* 473, que melhor explicita a de nº 346.

Como S. Ex^a, não conheço do recurso.

EXTRATO DA ATA

RE nº 81.010 — RJ — Rel., Ministro Moreira Alves. Recte., Colégio Jacobina Ltda. (Adv., Gonçalves de Oliveira). Recdo., Estado do Rio de Janeiro (Adv., Hélio Campista Gomes).

Decisão: Não conhecido, unânime. Falou, pelo recorrente, o Dr. Antônio Gonçalves de Oliveira.

Presidência do Sr. Ministro Thompson Flores. Presentes à Sessão os Srs. Ministros Xavier de Albuquerque, Leitão de Abreu, Cordeiro Guerra e Moreira Alves. 2º Subprocurador-Geral da República, Dr. Joaquim Justino Ribeiro.