

SEXTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2009.001.62186 E MEDIDA CAUTELAR INOMINADA 2009.014.00076

APELANTE/REQUERENTE: OTÁVIO SANTOS SILVA LEITE

APELADOS/REQUERIDOS: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, BRASCAN IMOBILIÁRIA HOTELARIA E TURISMO S/A e BRASCAN IMOBILIÁRIA E INCORPORAÇÕES S/A

RELATOR: DES. BENEDICTO ABICAIR

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO POPULAR. MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. ADMINISTRATIVO. DIREITO URBANÍSTICO. DESMEMBRAMENTO DE LOTEAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. TERMO DE OBRIGAÇÕES. PRESSUPOSTO DE OFENSA À MORALIDADE ADMINISTRATIVA. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL POR MEIO DE CAUTELAR. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 800, § ÚNICO, DO CPC. RISCO DE DANO E RELEVÂNCIA DO DIREITO QUE PERMITEM VISLUMBRAR VIOLAÇÕES DE CUNHO ADMINISTRATIVO. JULGAMENTO DA APELAÇÃO QUE INDUZ A RATIFICAÇÃO DA LIMINAR CONCEDIDA NA CAUTELAR, E NÃO A EXTINÇÃO DA MEDIDA.

1. Compulsando os autos, verifica-se estarem presentes os requisitos para o ajuizamento da Ação Popular, quais sejam, a condição de eleitor, a indicação de ilegalidade ou ilegitimidade do ato praticado e a lesividade ao patrimônio público, que constituem os pressupostos processuais para a demanda.

2. Presentes todos os pressupostos processuais de existência e validade para o ajuizamento da ação, tem-se o regular estabelecimento da relação jurídico-processual entre as partes, de modo a não se justificar o indeferimento da inicial, por falta de possibilidade jurídica do pedido.

3. De acordo com o art. 800, parágrafo único, do CPC, pode a parte interessada, em caso de urgência, requerer a concessão de medida cautelar diretamente ao Tribunal, quando o recurso de apelação já tiver sido interposto, com o intuito de evitar possível dano sobre os

bens que se pretendem tutelar, na forma do art. 273, do CPC.

4. Justificado está o ajuizamento da medida cautelar, na medida em que há um requerimento de tutela de urgência, cuja análise não pode aguardar o trâmite de processamento da apelação e a sua posterior remessa ao Tribunal.

5. Voto no sentido de dar provimento ao apelo, para anular a sentença recorrida e determinar o regular processamento do feito na vara de origem.

6. Por conseguinte, voto no sentido de confirmar a concessão da liminar, nos autos da Medida Cautelar, julgando esta procedente, a fim de manter suspensas as Licenças concedidas pelo Município do Rio de Janeiro e quaisquer providências para o início ou continuidade das obras ou venda das unidades imobiliárias a terceiros.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 2009.001.62186 e da Medida Cautelar Inominada nº 2009.014.00076, em que é apelante/requerente OTÁVIO SANTOS SILVA LEITE e apelados/requeridos MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, BRASCAN IMOBILIÁRIA HOTELARIA E TURISMO S/A e BRASCAN IMOBILIÁRIA E INCORPORAÇÕES S/A;

Acordam os Desembargadores integrantes da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria de votos, em julgar procedente o pedido na ação cautelar e dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator designado, vencido o relator originário, Desembargador Francisco de Assis Pessanha.

R E L A T Ó R I O

Otávio Santos Silva Leite, Deputado Federal, ajuizou Ação Popular, com pedido de tutela antecipada, em face de MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, BRASCAN IMOBILIÁRIA HOTELARIA E TURISMO S/A e BRASCAN IMOBILIÁRIA INCORPORAÇÕES S/A, objetivando a declaração de nulidade dos seguintes atos administrativos: Licença de Aprovação de Projeto de Desmembramento; Licença de Obra nº 01/0081/2008 e Licença de Obra nº 01/0081/2008^a, com a imediata paralisação das obras de demolição do entorno da piscina do Hotel Intercontinental e a suspensão das vendas das unidades imobiliárias do empreendimento residencial “Gávea Green Residencial”.

Alega, para tanto, que os referidos atos administrativos têm o condão de causar enorme gravame à coletividade dos cidadãos do Rio de Janeiro, porquanto autorizam a construção de uma edificação residencial multifamiliar em imóvel destinado, pelo Poder Público, à exclusiva atividade turística-hoteleira, conforme especificado no Termo de Obrigações assinado, em 1972, pelo Estado da Guanabara e a sociedade GÁVEA-HOTELARIA E TURISMO S/A. Sustenta a ilegalidade do objeto das licenças e o desvio de finalidade das autorizações municipais, na medida em que não observaram as imposições contidas no Termo de Obrigações susa mencionado, as quais manifestavam o interesse público de restringir as formas de uso e aproveitamento do terreno onde será erguido o empreendimento imobiliário em apreço.

A sentença prolatada, fls. 135/138, julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, na forma do art. 267, I, do CPC, por entender ser o pedido formulado juridicamente impossível. Considerou o Magistrado a quo que o autor não indicou o ato lesivo ao patrimônio

público, eis que o imóvel em questão constitui patrimônio privado, não tendo restado comprovado, portanto, o interesse público a ser tutelado.

Foi interposto recurso de Apelação, fls. 140/156, pugnando pela anulação do julgado e, ato contínuo, pela concessão da tutela de urgência requerida na inicial. Alega, em síntese, que os atos impugnados estão eivados de ilegalidade, causando nefastos danos à coletividade, ao patrimônio turístico e urbanístico desta cidade, na medida em que o espigão residencial a ser construído pela terceira apelada encontra-se em imóvel destinado exclusivamente à atividade turística/hoteleira, conforme especificado no Termo de Obrigações anteriormente mencionado. Sustenta, ainda, que o interesse público não é formado pela simples análise da titularidade sobre um bem, devendo-se atentar para a destinação dada ao imóvel onde se situa o Hotel Intercontinental, restrita para utilização de atividade hoteleira, em benefício do interesse público.

Contrarrazões oferecidas por BRSCAN IMOBILIÁRIA INCORPORAÇÕES S/A e BRSCAN IMOBILIÁRIA HOTELARIA E TURISMO S/A, fls. 225/238, em prestígio do julgado.

Parecer do Ministério Público, fls. 243/245, opinando pela reforma da sentença, já que estão presentes os pressupostos para a Ação Popular e que as licenças concedidas são manifestamente ilegais, por contrariarem o Termo de Obrigações então vigente.

Com o intuito de obter a concessão dos efeitos da tutela recursal pretendida na apelação e a conseqüente suspensão das Licenças concedidas pelo Município do Rio de Janeiro, ajuizou o autor da Ação Popular uma Medida Cautelar Inominada, autuada em apenso.

Requer a sustação provisória dos efeitos da Licença de Aprovação de Projeto de Desmembramento e das Licenças de Obras e,

por conseguinte, a imediata paralisação das obras de demolição do entorno da piscina do Hotel Inter-Continental e dos jardins projetados pelo paisagista Roberto Burle Marx, bem como a suspensão das vendas de unidades imobiliárias a terceiros.

Contestação da BRSCAN IMOBILIÁRIA INCORPORAÇÕES S/A, fls. 188/209, suscitando, preliminarmente, a inadequação da via eleita para obtenção de efeito suspensivo ativo ao recurso de apelação, eis que a sentença que extinguiu o processo foi terminativa. No mérito, alega possuir todas as autorizações e licenças expedidas pelos órgãos competentes para a construção do empreendimento imobiliário. Aduz que os jardins do entorno da piscina do Hotel Intercontinental não foram tombados pelo município, de modo que a antiga piscina e os jardins do entorno já foram regularmente desfeitos, restando, portanto, prejudicada a medida cautelar interposta. Com relação ao Termo de Obrigações assinado pelo Estado da Guanabara e pela Gávea Hotelaria e Turismo S/A, afirma que o referido documento foi dirigido no bojo do processo administrativo para a expedição da licença para construir pleiteada, tratando-se de praxe administrativa que se refere, única e exclusivamente, à destinação a ser dada ao prédio, sem fazer menção ao lote, como um todo, onde está construído o hotel.

Contestação da BRSCAN IMOBILIÁRIA HOTELARIA E TURISMO S/A, fls. 254/266, suscitando, preliminarmente, o descabimento da medida cautelar, por falta de interesse de agir, eis que a medida foi ajuizada anteriormente à publicação da sentença prolatada nos autos da Ação Popular, bem como a inadequação da via eleita para obtenção de efeito suspensivo ativo ao recurso de apelação. Afirma não ter o autor da Ação Popular demonstrado a ocorrência de lesão ao patrimônio público, o que constitui pré-requisito para a propositura da respectiva ação. Aduz que o Termo de Obrigações assinado trata de mera exigência formal contida no Boletim nº 10, de 1971, da Secretaria de Obras Públicas do

Estado da Guanabara, não extensível ao terreno onde está o Hotel Intercontinental, referindo-se exclusivamente ao prédio. Alega que as licenças expedidas de desmembramento e de obras gozam de presunção de legitimidade e definitividade, pelo que devem ser reputadas válidas e perfeitas.

Contestação do MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, fls. 269/275, alegando, em síntese, que o Termo de Obrigações assinado entre o Estado da Guanabara e a antecessora de uma das rés, em 1972, possui natureza jurídica de contrato, decorrente de acerto entre as partes e passível de distrato ou de modificação por interesse de ambas as partes. Sustenta que o projeto de desmembramento apresentado pela Brascan Hotelaria e Turismo S/A, sucessora da Gávea Hotelaria e Turismo S/A, foi aprovado pelo Poder Público por estar de acordo com todos os pressupostos da legislação pertinente. Ressalta que o autor, ao impetrar a Ação Popular e a medida cautelar em exame, age exclusivamente em nome próprio, e não no interesse público, porquanto não se verifica, no caso em tela, qualquer ato que tenha causado ou venha a causar lesão ao patrimônio municipal, não havendo bens de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico a serem protegidos por tutela judicial.

Manifestação da Procuradoria de Justiça, fls. 294/296, opinando pela concessão da liminar, para que sejam suspensos os novos alvarás e qualquer providência para início de obras ou venda das unidades, até que seja julgada a apelação.

Decisão proferida pelo eminente Desembargador Francisco de Assis Pessanha, fls. 298/299, deferindo a liminar pleiteada.

Agravo Regimental interposto pelo Município do Rio de Janeiro, fls. 296/306, objetivando a revogação da liminar concedida, em juízo de

retratação, ou a inclusão do Agravo Regimental em pauta para julgamento, a fim de que as obras paralisadas possam continuar.

O acórdão, fls. 311/315, proferido por unanimidade, negou provimento ao recurso.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, cumpre ressaltar que a Ação Popular é remédio constitucional, previsto no art. 5º, LXXIII, posto à disposição de qualquer cidadão a fim de obter a invalidação de atos ou contratos ilegais ou lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio artístico, estético, histórico e cultural, estando regulamentado pela Lei 4.717/65.

Como é notório, trata-se de instrumento de defesa dos interesses da coletividade, de modo que pode ser manuseado por qualquer de seus membros, no uso de uma prerrogativa cívica que a Constituição da República lhe outorga, por se tratar de manifestação direta da soberania popular, bastando que se comprove a qualidade de eleitor do autor da ação.

Compulsando os autos, verifica-se estarem presentes os requisitos para o ajuizamento da Ação Popular, quais sejam, a condição de eleitor, a indicação de ilegalidade ou ilegitimidade do ato praticado e a lesividade ao patrimônio público.

No tocante à legitimidade ativa, tem-se que o autor é Deputado Federal em exercício do mandato, fls. 129/130, estando, portanto, em

pleno gozo de seus direitos cívicos e políticos, restando, assim, comprovado o primeiro requisito para a propositura da Ação Popular.

Com relação à ilegalidade ou ilegitimidade do ato questionado, esta gira em torno das Licenças concedidas pelo Município do Rio de Janeiro para desmembramento do loteamento e realização de obras para edificação de um empreendimento imobiliário residencial em imóvel destinado, pelo Poder Público, à exclusiva atividade turística-hoteleira, conforme especificado no Termo de Obrigações assinado, em 1972, pelo Estado da Guanabara e a sociedade Gávea-Hotelaria e Turismo S/A.

A legislação de parcelamento do solo, naquela área, estava definida pelo Decreto “E” 3.800, de 20/04/1970, segundo o qual os projetos de abertura de logradouros e seus detalhes poderiam ser aceitos ou recusados, tendo em vista as diretrizes estabelecidas pelos diferentes aspectos do Plano Diretor e os planos parciais elaborados pela Secretaria de Obras Públicas, com a imposição, pelo órgão estadual competente, de exigências no sentido de corrigir as deficiências dos arruamentos projetados.

O Plano Diretor elaborado é o instrumento de planejamento do espaço urbano, meio hábil para ordenar a cidade e todas as atividades das quais depende o bem-estar da comunidade, estabelecendo os contornos do direito de propriedade através de regulamentação do parcelamento, uso e ocupação do solo urbano.

Desse modo, pode o ente competente determinar usos permitidos ou proibidos, fixar coeficientes de aproveitamento do terreno, taxas de ocupação do solo, gabaritos, recuos frontais, requisitos de isolamento, insolação, segurança etc., para o fim de adequar os interesses dos particulares ao interesse coletivo.

Adilson Abreu Dallari, analisando a questão das limitações administrativas, assim expõe a questão:

“Quem, sendo detentor da propriedade de um terreno, tiver o propósito de nele edificar, deve cuidar de obter a planta, o projeto, correspondente, que deverá ser feito com observância de todas as limitações existentes. O projeto de uma determinada e específica edificação, perfeitamente configurada, deve, então, ser submetido ao exame da Administração Municipal, com o pedido de expedição da correspondente licença:

Licença é ato administrativo unilateral, vinculado, pelo qual se faculta o exercício de determinada atividade material, que sem ela seria vedada. Como exemplo, tem-se a dada para construção de edifício. O proprietário de certo terreno nele só pode construir após a licença obtida, em verificando a repartição competente que o projeto de construção atende às exigências legais. Apurado, entretanto, estas foram obedecidas, se impõe seja-lhe facultada essa atividade material.

Sem a expedição da licença não é possível edificar, não obstante a lei comporte a edificação pretendida. É preciso que a autoridade competente verifique a conformidade do projeto de edificação com a legislação vigente para que, só então, aquela simples possibilidade de edificar se transforme em um direito, passando a integrar o patrimônio jurídico do proprietário do terreno.”¹

Foi celebrado o Termo de Obrigações, em 1972, com o propósito de adequar o projeto de edificação no terreno designado por lote 1, do P.A. 30.256, na Estrada da Gávea, à legislação então vigente (Decreto “E” 3.800, de 20/04/1970; Lei nº 217, de 15/01/1948 e Constituição Estadual, de 1967).

O Referido documento foi lavrado com força de escritura pública, conforme dispõe a cláusula décima primeira do próprio Termo,

¹ Adilson Abreu Dallari, Daniela Campos Libório di Sarno. *Direito urbanístico e ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 36-37

tendo sido, inclusive, averbada na matrícula do imóvel, nº 94121, fls. 57/58, da Ação Popular.

Trata-se de obrigações propter rem que recaem sobre qualquer pessoa titular do domínio ou detentor do imóvel, por força do direito real respectivo, uma vez que tais obrigações acompanham a coisa nas mãos de qualquer novo titular.

A obrigação propter rem se prende ao direito de tal forma, que o novo proprietário do bem não pode descumpri-la, em razão de sua eficácia erga omnes.

Segundo Orlando Gomes, as obrigações reais são aquelas que “nascem de um direito real do devedor sobre determinada coisa, a que aderem, acompanhando-o em suas mutações subjetivas. São denominadas obrigações in rem, ob ou propter rem, em terminologia mais precisa, mas também conhecidas como obrigações reais ou mistas”. Ensina, ainda, que “esse cordão umbilical jamais se rompe. Se o direito de que se origina é transmitido, a obrigação o segue, seja qual for o título translativo”.²

Claro está, portanto, que as normas locais foram elaboradas no sentido de priorizar a construção de empreendimento que estimulasse a atividade turística-hoteleira naquela região, sobrepondo o interesse público em detrimento da vontade dos particulares.

Logo, mister é reconhecer estar presente, no caso sub judice, o segundo requisito essencial para a propositura da Ação Popular, qual seja, a indicação da ilegalidade ou ilegitimidade do ato a ser invalidado.

² Orlando Gomes, *Obrigações*, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 21

A respeito do terceiro requisito, referente à demonstração da lesividade ao patrimônio público, vale ressaltar **que é considerado lesivo todo ato que prejudica a coletividade, ofendendo bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade.**

O Min. Luiz Fux, inclusive, no julgamento do Resp 774475/SP, já assentou o entendimento segundo o qual a Ação Popular é instrumento hábil à defesa da moralidade administrativa, ainda que inexista dano material ao patrimônio público.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. AUSÊNCIA DE LESIVIDADE MATERIAL. OFENSA À MORALIDADE ADMINISTRATIVA. CABIMENTO.

LOTEAMENTO TIPO RESIDENCIAL. TRANSFORMAÇÃO EM TIPO MISTO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. DIVERGÊNCIA ENTRE JULGADOS DO MESMO TRIBUNAL. SÚMULA 13/STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.

1. A ação popular é instrumento hábil à defesa da moralidade administrativa, ainda que inexista dano material ao patrimônio público. Precedentes do STJ: AgRg no REsp 774.932/GO, DJ 22.03.2007 e REsp 552691/MG, DJ 30.05.2005).

(...)

(REsp 474475/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/09/2008, DJe 06/10/2008)

Sendo assim, com muito maior razão admite-se a propositura do presente remédio constitucional quando houver a indicação do dano ou lesão ao patrimônio público.

No caso sub judice, a lesão apontada refere-se à destruição dos jardins do Hotel Intercontinental, projetados pelo paisagista Roberto Burle Marx, de inestimável valor histórico, cultural e paisagístico; como também está indicada na destinação diversa daquela originariamente prevista, no Termo de Obrigações, para a obtenção da licença para construir no terreno.

Já está pacificado o entendimento segundo o qual, para o cabimento da Ação Popular, não é necessária a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, conforme se pode verificar a partir dos seguintes julgados do STF e do STJ, respectivamente:

AÇÃO POPULAR. ABERTURA DE CONTA EM NOME DE PARTICULAR PARA MOVIMENTAR RECURSOS PÚBLICOS. PATRIMÔNIO MATERIAL DO PODER PÚBLICO. MORALIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 5º, INC. LXXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

O entendimento sufragado pelo acórdão recorrido no sentido de que, para o cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar dos princípios que norteiam a Administração Pública, dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inc. LXXIII do art. 5º da Constituição Federal, norma esta que abarca não só o patrimônio material do Poder Público, como também o patrimônio moral, o cultural e o histórico. As premissas fáticas assentadas pelo acórdão recorrido não cabem ser apreciadas nesta instância extraordinária à vista dos limites do apelo, que não admite o exame de fatos e provas e nem, tampouco, o de legislação infraconstitucional. Recurso não conhecido. (RE 170768, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 26/03/1999, DJ 13-08-1999 PP-00016 EMENT VOL-01958-03 PP-00445)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LITISPENDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL. SÚMULA Nº 282. AÇÃO POPULAR. AUSÊNCIA DE LESIVIDADE MATERIAL. ILEGALIDADE. POSSIBILIDADE. ART. 5º, LXXIII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. TUTELA ANTECIPADA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 273, DO CPC.

(...)

3. A Ação Popular regulada pela Lei nº 4.717/65, art. 1º, limitava o cabimento da ação às hipóteses de lesividade ao patrimônio público, por isso que restava suficiente, à anulação do ato por via da ação popular, a mera ilegalidade.

4. Alegação de inadequação da ação popular para este fim, mercê de valorados anormalmente os pressupostos do art. 273 do CPC.

5. Restando evidenciada a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art.

37, da CF, como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou-se um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.

6. Conseqüentemente, a partir da Constituição de 1988 tomou-se possível a propositura da ação popular com o escopo de anular, não só atos lesivos ao patrimônio econômico do Estado, como também ao patrimônio histórico, cultural, ambiental e moral.

7. Precedente do STF: "o entendimento no sentido de que, para o cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar de princípios que norteiam a Administração Pública, sendo dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inciso L I do art. 5º da Constituição Federal, norma esta que abarca não só o patrimônio material do Poder Público, como também o patrimônio moral, o cultural e o histórico." (RE nº 170.768/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 13.08.1999).

(...)

(REsp 552691/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/05/2005, DJ 30/05/2005 p. 216)

Aliás, importa ressaltar, ainda, que sequer se tem conhecimento de Estudo de Impacto Ambiental, principalmente em se tratando de região já sufocada pelo acúmulo de veículos automotores; falta de adequado sistema de esgoto; onde se encontra uma das maiores favelas do mundo com elevadíssima densidade demográfica e sem mínima infraestrutura; falta de razoável policiamento e, finalmente, por se tratar de bairro que se tornou via de passagem para as localidades do Joá, Barra da Tijuca, Recreio dos Bandeirantes, Jacarepaguá e outras, cujas avenidas e ruas já, há muito, não suportam a sobrecarga de tráfego. Tem-se, ainda, que aludido hotel consiste em ponto turístico nacional e internacional, existente há mais de três décadas, ressaltando-se o fato de

que uma construção no local, indubitavelmente, acarretará danos ao ambiente.

Deve-se considerar, também, que o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de que não ofende o art. 5º, LXXIII, da CR/88 o ajuizamento da ação popular com base, apenas, na indicação de ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar dos princípios que norteiam a administração pública, sem a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, já que a norma constitucional abarca não somente o patrimônio material do Poder Público, como também o patrimônio moral, cultural e histórico.

**DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL –
DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS –
AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC –
ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO – TEORIA
DA ASSERTÃO – NECESSIDADE DE ANÁLISE DO
CASO CONCRETO PARA AFERIR O GRAU DE
DISCRICIONARIEDADE CONFERIDO AO
ADMINISTRADOR PÚBLICO – POSSIBILIDADE
JURÍDICA DO PEDIDO.**

1. Não viola o artigo 535 do CPC quando o julgador decide de modo claro e objetivo na medida da pretensão deduzida, contudo de forma contrária à pretensão do recorrente.

2. **Nos termos da teoria da asserção, o momento de verificação das condições da ação se dá no primeiro contato que o julgador tem com a petição inicial, ou seja, no instante da prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento.**

3. **Para que se reconheça a impossibilidade jurídica do pedido, é preciso que o julgador, no primeiro olhar, perceba que o petitum jamais poderá ser atendido, independentemente do fato e das circunstâncias do caso concreto.**

4. **A discricionariedade administrativa é um dever posto ao administrador para que, na multiplicidade das situações fáticas, seja encontrada, dentre as diversas soluções possíveis, a que melhor atenda à finalidade legal.**

5. **O grau de liberdade inicialmente conferido em abstrato pela norma pode afunilar-se diante do caso concreto, ou até mesmo desaparecer, de modo que o ato administrativo, que inicialmente demandaria um juízo discricionário, pode se reverter em ato cuja atuação do administrador**

esteja vinculada. Neste caso, a interferência do Poder Judiciário não resultará em ofensa ao princípio da separação dos Poderes, mas restauração da ordem jurídica.

6. Para se chegar ao mérito do ato administrativo, não basta a análise in abstracto da norma jurídica, é preciso o confronto desta com as situações fáticas para se aferir se a prática do ato enseja dúvida sobre qual a melhor decisão possível. É na dúvida que compete ao administrador, e somente a ele, escolher a melhor forma de agir.

7. Em face da teoria da asserção no exame das condições da ação e da necessidade de dilação probatória para a análise dos fatos que circundam o caso concreto, a ação que visa a um controle de atividade discricionária da administração pública não contém pedido juridicamente impossível.

8. A influência que uma decisão liminar concedida em processo conexo pode gerar no caso dos autos pode recair sobre o julgamento do mérito da causa, mas em nada modifica a presença das condições da ação quando do oferecimento da petição inicial.

Recurso especial improvido.

(REsp 879.188/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 02/06/2009)

Outrossim, de acordo com a Teoria da Asserção, as condições da ação serão examinadas à luz das afirmações feitas pelo autor, analisando-se a veracidade de tais alegações somente após a devida instrução probatória, quando se adentrar na análise do mérito, mormente por se tratar de matéria que foge ao padrão usual das demandas cíveis, evidenciando indiscutível relevância e repercussão econômica e social.

Neste sentido, vale mencionar os seguintes arestos:

Direito Processual Civil. Ação indenizatória. Decisão que indeferiu preliminar de ilegitimidade passiva. Erro médico. Atendimento de médico cooperativado que culminou com a perda da falange do dedo da autora. Teoria da asserção. Manutenção da decisão atacada. Manifesta improcedência. Artigo 557 do Código de Processo Civil. **O juiz deve analisar as condições da ação à luz das alegações do autor, admitindo-se, neste primeiro momento, como verdadeiros os fatos por ele afirmados, relegando-se para um segundo momento a veracidade de tais afirmações,**

o que já se refere ao mérito da causa, e que somente poderá ser aferido após a devida instrução probatória, sob pena de vedação ao acesso à ordem jurídica. Artigo 5º, XXXV da Constituição da República."Segundo informa Machado Guimarães, o próprio Liebman chegou a afirmar, em conferência proferida em 1949, que "todo problema, quer de interesse processual, quer de legitimação ad causam, deve ser proposto e resolvido admitindo-se, provisoriamente e em via hipotética, que as afirmações do autor sejam verdadeiras; só nesta base é que se pode discutir e resolver a questão pura da legitimação ou do interesse. Quer isto dizer que, se da contestação do réu surge a dúvida sobre a veracidade das afirmações feitas pelo autor e é necessário fazer-se uma instrução, já não há mais um problema de legitimação ou de interesse, já em um problema de mérito".(Fredie Didier Jr., "Carência de ação". Estudos de direito processual civil. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1969, p. 102-103) - (Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento, Vol 1. Editora Jus Podivm, 2008, p. 174).Recurso a que se nega seguimento. (Processo nº 2009002.33072 - DES. NAGIB SLAIBI - Julgamento: 30/11/2009 - SEXTA CAMARA CIVEL)

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. CABIMENTO. ILEGALIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. LESIVIDADE AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. NECESSIDADE.

1. A ação popular visa proteger, entre outros, o patrimônio público material, e, para ser proposta, há de ser demonstrado o binômio "ilegalidade/lesividade". Todavia, a falta de um ou outro desses requisitos não tem o condão de levar, por si só, à improcedência da ação. Pode ocorrer de a lesividade ser presumida, em razão da ilegalidade do ato; ou que seja inexistente, tais como nas hipóteses em que apenas tenha ocorrido ferimento à moral administrativa.

2. Não se pode presumir que o erário público tenha sido lesado por decreto concessivo de descontos substanciais para pagamento antecipado de impostos e que, embora declarado nulo, conte com o beneplácito do Poder Legislativo local, que editou lei posterior, concedendo remissão da dívida aos contribuintes que optaram pelo pagamento de tributos com os descontos previstos no decreto nulo.

3. Na hipótese em que não cabe a presunção de lesividade apenas pela ilegalidade do ato anulado, não cabe condenação a perdas e danos, como previsto no art. 11 da Lei n. 4.717/65.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido.

(REsp 479.803/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/08/2006, DJ 22/09/2006 p. 247)

PROCESSUAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. PRESSUPOSTOS. ILEGALIDADE. LESIVIDADE.

1. A ação popular é meio processual constitucional adequado para impor a obediência ao postulado da moralidade na prática dos atos administrativos.

2. A moralidade administrativa é valor de natureza absoluta que se insere nos pressupostos exigidos para a efetivação do regime democrático.

(...)

7. A moralidade administrativa é patrimônio moral da sociedade. Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário devem proteger esse patrimônio de modo incondicional, punindo, por mínima que seja, a sua violação.

8. "Na maioria das vezes, a lesividade ao erário público decorre da própria ilegalidade do ato impugnado" (STF, RE 160381/SP, Rel. Min.

Marco Aurélio, DJ 12.08.94, p. 20052).

9. "O entendimento sufragado pelo acórdão recorrido no sentido de que, para cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar dos princípios que norteiam a administração pública, dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inciso LXXIII do art. 5º da Constituição Federal, norma que abarca não só o patrimônio material do Poder Público, como também o patrimônio moral, o cultural e histórico" (STF, RE 120.768/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 13.08.99, p. 16).

10. "... o entendimento de que, para o cabimento da ação popular, basta a demonstração da nulidade do ato administrativo não viola o disposto no artigo 153, parágrafo 31, da Constituição, nem nega vigência aos arts. 1º e 2º da Lei 4.717/65, como já decidiu esta Corte ao julgar caso análogo (RE 105.520)" (RE 113.729/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 25.08.89, pg. 13558).

11. "Antes mesmo de promulgada a vigente Carta, o STF orientou-se no sentido de que para cabimento da ação popular basta a demonstração da nulidade do ato, dispensada a da lesividade, que se presume (RTJ 118, p. 17 e 129, p. 1.339" (Milton Flaks, in "Instrumentos Processuais de Defesa Coletiva", RF 320, p. 34).

12. "... ultimamente a jurisprudência têm se orientado no sentido de que basta a demonstração da ilegalidade, dispensada a da lesividade, que se presume" (Luis Roberto Barroso, "Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política - Ação Popular e Ação

Civil Pública. Aspectos comuns e distintivos". Jul - set. 1993, nº 4, p. 236).

13. Invalidação do contrato firmado em 11.09.79, entre a PETROBRÁS e a PAULIPETRO. Ilegalidade reconhecida. Lesividade presumida.

14. Embargos de divergência conhecidos, porém, rejeitados.

(EREsp 14.868/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/03/2005, DJ 18/04/2005 p. 206)

Logo, presentes todos os pressupostos processuais de existência e validade para o ajuizamento da ação, bem como as condições da ação, tem-se o regular estabelecimento da relação jurídico-processual entre as partes, de modo a não se justificar o indeferimento da inicial, por falta de possibilidade jurídica do pedido.

VOTO, PORTANTO, NO SENTIDO DE DAR PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO, PARA ANULAR A SENTENÇA RECORRIDA E DETERMINAR O REGULAR PROSSEGUIMENTO DO FEITO, NA VARA DE ORIGEM.

Passo, então, à análise da Medida Cautelar Inominada interposta perante o Tribunal, para obtenção da liminar pleiteada no recurso de apelação.

De acordo com o art. 800, parágrafo único, do CPC, pode a parte interessada, em caso de urgência, requerer a concessão de medida cautelar diretamente ao Tribunal, quando o recurso de apelação já tiver sido interposto, com o intuito de evitar possível dano sobre os bens que se pretendem tutelar, na forma do art. 273, do CPC.

É pacífico o entendimento jurisprudencial de que a ciência inequívoca do decisório é suficiente para deflagrar o curso do prazo recursal, tornando despicienda a intimação da parte, não sendo, portanto, razoável o entendimento que conduz à intempestividade do recurso prematuro.

Por conseguinte, justificado está o ajuizamento da medida cautelar, na medida em que há um requerimento de tutela de urgência, cuja análise não pode aguardar o trâmite de processamento da apelação, sua posterior remessa e julgamento no Tribunal.

Logo, considerando estarem presentes os requisitos do art. 273, do CPC, no sentido de haver prova inequívoca dos fatos e de serem verossímeis as alegações expendidas pelo demandante;

Considerando que a não concessão da medida antecipatória poderá causar dano de difícil reparação, em virtude de as obras de demolição da piscina e dos jardins do Hotel Intercontinental já terem se iniciado;

Considerando o provimento do recurso de apelação nos autos do processo principal;

Considerando ter sido oportunizado o contaditório de forma ampla e satisfatória;

Considerando, ainda, a manifestação do Ministério Público opinando pela suspensão das licenças concedidas pelo ente municipal;

Considerando, por fim, que o feito encontra-se maduro para julgamento;

VOTO NO SENTIDO DE CONFIRMAR A CONCESSÃO DA LIMINAR, NOS AUTOS DA MEDIDA CAUTELAR, JULGANDO ESTA PROCEDENTE, A FIM DE MANTER SUSPENSAS AS LICENÇAS CONCEDIDAS PELO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO E QUAISQUER

PROVIDÊNCIAS PARA O INÍCIO OU CONTINUIDADE DAS OBRAS OU VENDA DAS UNIDADES IMOBILIÁRIAS A TERCEIROS.

Isto posto, dá-se provimento ao recurso de apelação e confirma-se a concessão da liminar na medida cautelar inominada.

Rio de Janeiro,

**DESEMBARGADOR BENEDICTO ABICAIR
RELATOR**