

em comissão, nem se encontrava ocupando dito cargo quando a lei passou a vigorar.

A tese aqui exposta já foi aprovada pela própria Administração, e assim vem sendo normalmente aplicada, tudo em obediência a parecer desta Procuradoria Geral devidamente aprovado, e *junto por cópia* (Parecer n.º 5-MNTC-68).

Diante do exposto, opino pelo indeferimento.
É o meu parecer, salvo melhor juízo.

Rio de Janeiro, 31 de março de 1969.

PETRÔNIO DE CASTRO SOUZA
Procurador do Estado

IMÓVEL DESAPROPRIADO. CESSÃO DE USO COM ENCARGOS. RETROCESSÃO

O art. 1.º da Lei n.º 238, de 20 de novembro de 1962, autorizou o Poder Executivo a ceder, com encargos, o imóvel de propriedade do Estado sito à Rua Lucília, esquina da Estrada da Caroba, antiga Estrada Rio-São Paulo, em Campo Grande. Os encargos fixados pela dita lei são os seguintes:

a) utilização do terreno, única e exclusivamente, para a construção e instalação da Faculdade de Filosofia de Campo Grande;

b) manutenção dos cursos da mesma Faculdade, inclusive os de preparo para concurso de habilitação, os de Colégio e Ginásio de Aplicação anexos, em regime de gratuidade pelo menos para dois terços dos alunos matriculados;

c) reversão do terreno, inclusive quaisquer acessões ou benfeitorias nêle introduzidas pela cessionária, independentemente de indenizações, se forem violadas as condições estabelecidas nos incisos anteriores.

2. Com apoio em tal diploma, a Sociedade Universitária Campograndense, beneficiária da autorização legal, postulou requerimento no sentido de vir a ser concretizada a medida, havendo êste Departamento, em tempos idos, minutado o termo pelo qual se acordariam a Administração Pública e a parte interessada, o qual, remetido à Procuradoria-Geral, foi, por nós, que então ali funcionávamos, alterado substancialmente.

3. *Uma grave ocorrência.* Posteriormente, já neste Governo, foi verificada a existência de fato verdadeiramente incrível: a entidade interes-

sada — cuja denominação nesse interim mudara para Fundação Educacional e Universitária Campograndense — ocupou sem qualquer permissão o local e lá se pôs a erguer benfeitorias, desprezando por completo a autoridade do Poder Público, proprietário do imóvel. Remetido o processado, pelo Gabinete do Exmo. Sr. Governador, à Procuradoria-Geral, entendeu esta, através o excelente Procurador que é ROBERTO PINTO FERNANDES, ser inútil aplicar quaisquer sanções à entidade faltosa, pois também se apresentava clara a omissão das autoridades locais do Estado a respeito.

4. A *nova redação.* Houve por bem aquêle ilustre colega, entretanto, apresentar nova redação da *cláusula segunda* daquela minuta, para o fim de fixar com maior rigor o *dever de fazer* assumido pela parte. A lembrança é realmente de grande interesse, pois o encargo ficará de tal forma muito melhor caracterizado. Vejamos ambas as redações:

a) *redação primitiva:* “os cursos da referida Faculdade, inclusive os de preparação para concursos de habilitação, os de Colégio e Ginásio de Aplicação anexos, serão mantidos em regime de gratuidade pelo menos para dois terços dos alunos matriculados”.

b) *redação alterada:* “os cursos da referida Faculdade, inclusive os de preparação para concursos de habilitação, os de Colégio e Ginásio de Aplicação anexos, serão mantidos em regime de gratuidade pelo menos para dois terços dos alunos matriculados; de qualquer forma, em caso de diminuição da expressão numérica dos beneficiários desse regime, êle será assegurado aos alunos admitidos como gratuitos.

Parágrafo único. No início de cada ano letivo, a Faculdade submeterá à Secretaria de Educação a lista dos aprovados nos exames de habilitação, para que a mesma Secretaria possa, dentre os mesmos, e obedecidas as proporções fixadas neste artigo, indicar os beneficiários do regime de gratuidade, segundo critérios que estabelecerá em Resolução a ser baixada com essa finalidade”.

Como se vê, é realmente de grande interesse a nova redação proposta.

5. Submetida a segunda minuta à aprovação da Secretaria de Educação, entendeu ela ser de conveniência alterar-se a redação também da cláusula primeira, com a qual se manifestou de acordo a douta Procuradoria-Geral e cujo texto é o seguinte:

“A utilização do terreno acima descrito será por prazo indeterminado, única e exclusivamente para a construção, instalação e funcionamento da Faculdade de Filosofia de Campo Grande, autorizada pelo Governo Federal por Decreto número 48.994, de 4 de outubro de 1960”.

Tais alterações da minuta primitiva foram devidamente aprovadas pelo Exmo. Sr. Governador.

6. *A oposição da interessada.* Agora, tomando conhecimento da nova redação da cláusula segunda, a Fundação Educacional e Universitária Campograndense declarou-se contrária à mesma, solicitando seja ela colocada em consonância com o preceito existente no art. 10 da Lei número 718, de 31.12.1964, a qual haveria revogado o disciplinamento anterior da matéria, em que se baseara a antiga redação da minuta. Realmente, o art. 10 do referido diploma revogou, expressamente, o art. 1.º, letra b, da Lei n.º 238, acima citada, cujo teor foi transcrito em parte no início do presente parecer. Seria de aceitar-se por êsse fato a pretensão da interessada? É o que convém examinar com o indispensável cuidado.

7. Antes de mais nada, saliente-se haver a já referida Lei n.º 238 instituído sistema por completo *inconstitucional* para o auxílio a ser concedido pelo Estado à entidade mantenedora da Faculdade de Filosofia de Campo Grande, pois, além de prever a obrigação de ser entregue para seu uso o imóvel de propriedade da Fazenda Pública, *sem qualquer contraprestação* (ferindo frontalmente o disposto no art. 44, § 5.º, da Constituição Estadual), iria o Estado assumir simultaneamente o pesado ônus de tomar a seu cargo o *custo da educação* dos alunos gratuitos da Faculdade de Filosofia.

8. Sendo por completo inaceitável o sistema de auxílio previsto no diploma em tela, nós o modificamos, conforme esclarecemos em parecer já referido, para o sistema de *cessão a título oneroso*, recebendo o beneficiário o uso do imóvel do Estado e, em troca, assumindo encargos de valor econômico pelo menos aproximado de vantagem que se lhe concedia. Outrossim, não incluímos na minuta o *dever de dar* previsto na Lei n.º 238, consistente na entrega de pesadíssima importância anual (dez milhões de cruzeiros), pois, a se fazer tanto, a Fazenda cederia o imóvel, pagaria boa parte das despesas com os alunos e nada receberia de volta.

9. Pelo contrário, para o fim de obter contraprestação pelo uso não remunerado do imóvel, impusemos a *matrícula gratuita* de certo número de alunos (cláusula segunda), encargo êsse que ficou de forma ainda melhor explicitado na redação oferecida pelo Procurador ROBERTO PINTO FERNANDES, transcrita acima. Trata-se, é claro, do nódulo da questão, pois consiste exatamente no ônus a ser assumido pela beneficiária da cessão de modo a instituir uma vantagem que satisfaça determinado interesse público e torne *juridicamente válida* a cessão em tela.

10. Acontece, entretanto, haver a dita Lei n.º 718 incidido, tal como a de n.º 238, *na mesma inconstitucionalidade*, pois estabelece o princípio inaceitável de ser a vida econômica da Faculdade de Filosofia jogada por completo em cima do Estado, que lhe daria o *imóvel para construção da sede; o numerário para levantar essa construção; a importância necessária para adquirir móveis, utensílios e material didáticos; e (excusez du peu...)*

ainda lhe entregaria nada menos de *dez milhões de cruzeiros* para a sua manutenção. Como única contraprestação, receberia o Estado o poder de outorgar a um décimo dos estudantes matriculados a gratuidade no ensino, o que positivamente é pouco demais.

11. Ora, é de ver que, em tais condições, além de se tornar absolutamente inconstitucional a cessão com encargos, tendo em vista que êstes *desapareceriam por completo*, seria por certo aconselhável, do ponto de vista simplesmente administrativo, que o Estado tomasse a si a construção e a exploração da Faculdade de Filosofia, como órgão de sua Universidade, pois praticamente *todos os ônus* decorrentes da existência da instituição vão cair em suas costas. É, portanto, de rejeitar-se por completo a pretensão da parte, eis que inconstitucional e onerosíssima aos cofres públicos, mantendo-se a redação já aprovada pelo Exmo. Sr. Governador, a qual atende com exatidão ao interesse coletivo.

12. *O problema da retrocessão.* É também de assinalar-se, no caso em exame, a existência de grave perigo para o patrimônio da Fazenda Pública, se vier a ser realizada a cessão pretendida pela parte. Trata-se da importantíssima questão da *retrocessão* de imóveis expropriados para certo e determinado fim e cuja utilização no destino fixado pela Administração Pública, no ato declaratório de utilidade pública não é por ela própria obedecido, transferindo-o a terceiros por ato oneroso ou gratuito, ato êsse cuja invalidade é imediatamente argüida pelo antigo proprietário do imóvel expropriado, levando-o a postular em Juízo demanda visando, sob forma alternativa, ou obter de volta o domínio do referido imóvel ou conseguir nova indenização equivalente ao valor atual do imóvel. Vejamos, para melhor ilustração, como se desenvolveram historicamente as posições do direito brasileiro tendo por objeto o instituto da retrocessão.

13. *O regime anterior ao Código Civil.* Antes da entrada em vigor do Código Civil a matéria relativa à expropriação forçada havia sido objeto de disciplinamento legislativo através diversos diplomas, que paulatinamente foram criando as regras fundamentais que o configurariam definitivamente entre nós, sendo que pelo Decreto n.º 4.956, de 9.9.1903, foi consolidada a legislação então em vigor através a instituição de normas que deveriam, segundo as concepções então vigentes sobre desapropriação, regular de forma sistemática e completa os diversos problemas surgidos com o desenvolvimento da jurisprudência a respeito.

14. Entre os diversos preceitos então criados encontra-se aquêle contido em seu art. 14, tendo por objeto a retrocessão, o qual possuía a seguinte redação:

“Se, por qualquer motivo, não forem levadas a efeito as obras para as quais fôr decretada a desapropriação, é permitido ao proprietário reaver o seu imóvel, restituindo a importância recebida e indenizando as benfeitorias que porventura tenham sido feitas e aumentando o seu valor locativo”.

Como se vê, por esse comando encontrava-se perfeitamente configurada a retrocessão como direito real de reivindicação, pelo qual, caso o expropriante não utilizasse o imóvel no fim de utilidade pública expresso no ato declaratório de utilidade pública, facultava a ordem jurídica ao expropriado o poder de reivindicá-lo do expropriante, mediante a devolução do preço da indenização e do valor das benfeitorias porventura efetuadas no imóvel. Era, aliás, a orientação pacífica dos pronunciamentos judiciais de então, conforme assinala SOLIDÔNIO LEITE:

“Nesse sentido sempre se tem julgado. Basta citar o acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 30 de março de 1895, publicado n’O *Direito*, vol. 67, pág. 48” (*Desapropriação por utilidade pública*, 3.^a edição, Rio, 1928, pág. 84).

15. *O regime do Código Civil.* Sobrevindo êste (com grave defeito de técnica, aliás, por não se tratar de matéria de direito privado), revogou-se implicitamente o preceito acima transcrito, transformando-se a retrocessão de direito real de reivindicação em mero *direito pessoal de perdas e danos*, conforme decorre das normas combinadas de seus arts. 1.150 e 1.156, *in verbis*:

a) art. 1.150: “A União, o Estado ou o Município, oferecerá ao ex-proprietário o imóvel desapropriado pelo preço por que o foi, caso não tenha o destino para que se desapropriou”.

b) art. 1.156: “Responderá por perdas e danos o comprador se ao vendedor não der ciência do preço e das vantagens que lhe oferecem pela coisa”.

Comentando êsses preceitos, CLÓVIS BEVILÁQUA lembrava o êrro de técnica jurídica do legislador anterior ao Código Civil, concedendo o direito de reivindicação a quem não mais possuía título algum sobre o *domínio da coisa*, eis que o perdera com a *expropriação forçada*:

“O ex-proprietário, por isso que perdeu o seu domínio, não tem o direito de reivindicação, que, errôneamente, se lhe reconhecia, outrossim, mas sim o de preempção, aliás sob a forma particular de não depender de alienação da coisa e sim tão somente de não lhe ser dado o destino para que se desapropriou. O sistema do Código é mais de acôrdo com o rigor dos princípios” (*Código Civil Comentado*, escólio ao art. 1.150).

16. Discorrendo a respeito, FIRMINO WHITAKER, em sua monografia (*Desapropriação*, 2.^a edição, São Paulo, 1926, pág. 101), dá lapidar definição do instituto na vigência do Código Civil:

“Retrocessão é o direito que tem o ex-proprietário de readquirir o imóvel desapropriado, mediante a restituição do valor recebido, quando não tenha sido o mesmo imóvel aplicado em serviço de ordem pública”.

E, logo em seguida:

“O Código Civil dá-lhe a natureza de preempção, isto é, de um direito obrigacional e não real. A preempção, nos contratos de compra e venda, é cláusula que permite a preferência do antigo proprietário como comprador, se a coisa alienada tiver de ser vendida depois da alienação. Nas desapropriações, esta facultade está legalmente compreendida, para maior garantia de propriedade. E está compreendida de modo especial, porque o desapropriante, embora não queira alienar a coisa, é obrigado a oferecê-la; e o preço não é o que a coisa vale ao tempo da reaquisição, mas o que foi dado pela desapropriação” (*op. cit.*, fls. 103/104).

Era essa a opinião unânime da doutrina a respeito.

17. No que tange à jurisprudência, seu ponto de vista não divergia em absoluto da linha adotada pelos tratadistas, sendo firme a respeito o sentido das decisões dos Tribunais, especialmente do Colendo Supremo Tribunal Federal:

“Os proprietários de imóveis desapropriados só podem revê-los se, por qualquer motivo, não forem levadas a efeito as obras para as quais foi decretada a desapropriação” (*Arquivo Judiciário*, vol. 16, pág. 336).

18. *A nova lei de expropriação forçada.* Com a promulgação do Decreto-Lei n.º 3.365, de 21.6.1941, a disciplina jurídica da matéria sofreu, segundo nosso ponto de vista pessoal, disciplinamento por completo nôvo por parte do legislador federal, eis que ocorreu *revogação implícita* do direito de retrocessão, ainda mesmo como mero direito pessoal de preempção ou preferência, resolúvel em perdas e danos. Realmente, colocando-se em vigor nôvo texto normativo da expropriação forçada, o qual a regulava por completo, em sistema completamente desenvolvido, que visava disciplinar tôdas as facetas das relações jurídicas surgidas com aplicação desse instituto, é de ver que se encontravam automaticamente nulos todos os preceitos até então vigentes sobre a matéria, estivessem êles ou não contidos em diplomas tendo por objeto a expropriação forçada, pois, para que a Lei de Desapropriação tivesse eficácia reguladora total sobre a matéria expropriatória, tornava-se indispensável que não mais subsistissem os comandos até então existentes, qualquer que fôsse sua origem.

19. Trata-se de conhecido caso de revogação implícita, de há muito proclamado pela doutrina e que recebeu, entre nós, a consagração de ser incluído em lei como hipótese desse instituto; trata-se do disposto no artigo 2.º, inciso 1.º, da Lei de Introdução ao Código Civil, a saber:

“A lei anterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

Ora, no caso em tela, havendo sido promulgado nôvo diploma, pelo qual se passou a regular por completo a matéria relativa à expropriação forçada, resulta haver sido revogada a retrocessão, ainda mesmo como simples direito pessoal de preempção ou preferência, tal como impôsto pelo Código Civil.

20. Já tivemos oportunidade para expor nosso ponto de vista pessoal, nesse exato sentido, em parecer onde longamente desenvolvemos a tese acima, apoiando-nos na opinião de SAREDO, FERRARA e MESSINEO, todos os quais adotam a tese — legislativamente imposta entre nós, como se viu acima — segundo a qual a lei nova, ao regular por completo determinada matéria, revoga implicitamente os diversos preceitos da lei antiga, qualquer que seja sua fonte. Também em nota ao venerando acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça local, publicado a fls. 125/138 do n.º 14, da *Revista de Direito da Procuradoria-Geral*, de autoria do saudoso Desembargador SADI DE GUSMÃO, expusemos nosso ponto de vista a respeito, que antes defendêramos no correr da causa, como patrono da Fazenda, e que infelizmente não recebera a consagração daquele respeitável aresto.

21. *A nova lei de expropriação forçada: a opinião da doutrina.* O sentido da linha adotada pela doutrina a respeito de tal assunto não, é, entretanto, o mesmo que acima expusemos. Tôda ela, visando outorgar maiores garantias à propriedade privada, segue o ponto de vista segundo o qual a nova Lei de Desapropriações não haveria revogado implicitamente o instituto da retrocessão, tal como definido pelo Código Civil, continuando os preceitos desse diploma que acima transcrevemos ainda em vigor e, como tal, disciplinando a manifestação de vontade da Administração Pública. Para tanto, baseiam-se em afirmativa existente na Exposição de Motivos, pela qual o então Ministro da Justiça, Professor FRANCISCO CAMPOS, apresentou o anteprojeto daquele diploma ao Presidente da República, no regime da Constituição de 1937; em tal documento, com efeito, declarou-se continuar a matéria relativa à retrocessão governada pelo Código Civil, declaração infeliz que até hoje, passados mais de 25 anos, ainda traz graves perturbações ao bom andamento da coisa pública.

22. Assim é que EURICO SODRÉ (*A desapropriação*, 3.ª edição, São Paulo, 1965, pág. 212) afirma explicitamente continuar em vigor a retrocessão como direito pessoal de preempção ou preferência, resolúvel em perdas e danos no caso de inadimplemento, se bem critique fortemente o

legislador por não haver desenvolvido o instituto na Lei de Desapropriações, de modo a facilitar a solução de grande número de casos práticos, para os quais a jurisprudência não possui critérios seguros (fls. 214). Não discorda SEABRA FAGUNDES de tal entendimento (*Da Desapropriação no direito brasileiro*, 2.ª edição, Rio, 1949, pág. 396), aceitando também a retrocessão como sendo, face ao direito positivo, simples direito pessoal e não real. Diverge de ambos OLIVEIRA e CRUZ (*Da Desapropriação*, Rio, s. d., pág. 121), o qual pronuncia-se no sentido de se encontrar a retrocessão instituída em nossa ordem jurídica como direito público subjetivo de ordem constitucional, entendendo-o necessário para assegurar o princípio constitucional de respeito à propriedade privada e que seria distinto do direito pessoal de preempção ou preferência, cuja criação seria de ordem meramente legal; trata-se de autor cuja opinião é ainda mais radical contra a Fazenda do que a daqueles acima apontados.

23. *A nova lei de expropriação forçada e a jurisprudência dos tribunais.* Para se conhecer a orientação jurisprudencial a respeito da retrocessão, suficiente será utilizar-se critério de grande simplicidade. Examine-se inicialmente o índice remissivo da *Revista de Direito Administrativo* tendo por objeto os volumes de n.ºs. 1 a 30, relativos aos anos de 1945 a 1952; nesse índice se encontrará apenas um acórdão relativo à retrocessão, de autoria do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual se pronunciou favoravelmente à pretensão do expropriado (vol. 27, página 206). Em seguida proceda-se à consulta do mesmo índice remissivo daquela autorizada publicação que tem por objeto os volumes de n.ºs. 31 a 60 (anos de 1953 a 1960); em tal publicação se encontrarão nada menos de *dezenove* acórdãos, dos mais diversos Tribunais do país, inclusive do próprio Colendo Supremo Tribunal Federal, todos, simplesmente todos, favoráveis à retrocessão, seja como direito pessoal, seja como direito real, isto é, determinando o pagamento de perdas e danos ou impondo a devolução do imóvel. Acrescente-se que em quase todos os números mais recentes daquela *Revista*, ainda não compendiados em índice remissivo, é igualmente enorme o número de pronunciamentos (o último volume saído corresponde ao n.º 83), todos êles favoráveis ao pedido, isto é, manifestando-se em favor da linha defendida pelos expropriados contra a posição dos expropriantes. Será possível apresentar-se critério mais seguro para se conhecer o ponto de vista da jurisprudência a respeito?

24. *A espécie em exame.* O imóvel que se pretende transferir em cessão à Fundação Educacional e Universitária Campograndense foi adquirido pela antiga Prefeitura do Distrito Federal, antecessora do Estado, por expropriação amigável, após havê-lo declarado de utilidade pública pelo Decreto n.º 13.434, de 31-12-1956, para o fim de nêle construir uma Escola Normal. Estritamente considerando, portanto, o imóvel em tela somente poderia ser empregado na construção de uma *Escola Normal*, pelo serviço público formal, pela própria Administração Pública.

25. *Uma exceção à regra.* Impõe-se assinalar, entretanto, conviêm tanto a doutrina como a jurisprudência ser lícito à Administração

Pública que haja procedido à expropriação forçada de imóvel para determinado fim de utilidade pública, modificar a natureza da atividade a ser desenvolvida no imóvel expropriado, caso a nova atividade se encontre prevista entre as hipóteses de utilidade pública definidas pela ordem jurídica como constituindo motivos de expropriação forçada em si mesmos (art. 5.º do Decreto-lei n.º 3.365, acima citado). É o caso, por exemplo, do imóvel objeto de ato declaratório de utilidade pública para o fim de nele ser construída uma escola, ser posteriormente utilizado, após o término do processo judicial de expropriação forçada, na construção de uma caserna. Razões de economia simultaneamente *processual e administrativa* levam doutrina e jurisprudência a negar a retrocessão quando o novo destino visa satisfazer outro motivo de interesse público. Assim o proclama EBERT CHAMOUN:

“... a exigência constitucional de que a desapropriação se faça por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, legitima a utilização da coisa desapropriada, por parte do poder público, para qualquer fim de utilidade pública e não apenas, especificamente, para aquele caso apontado no decreto de desapropriação” (*Da retrocessão nas desapropriações*, Rio, 1959, pág. 74).

Trata-se de entendimento adotado, inclusive, pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, conforme se pode verificar de seu acórdão prolatado no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 52.113, de que dá notícia o vol. 77, pág. 238, da *Revista de Direito Administrativo*.

26. Poder-se-á também apontar, no caso, duas outras atenuantes do princípio da retrocessão. O primeiro consiste no fato de haver sido a aquisição efetuada através *expropriação amigável* e, em tal hipótese, inexistiria, segundo entende determinada corrente, o fato *coação*, indispensável para legitimar a postulação de ação de retrocessão, ainda mesmo como direito pessoal de perdas e danos. É a posição, por exemplo, de decisão proferida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal quando se procedeu ao julgamento do Recurso Extraordinário n.º 25.515, do qual foi Relator o Exmo. Sr. Ministro EDGAR COSTA, *in verbis*:

“Havendo o expropriado ajustado o preço e a venda, por escritura pública, não pode intentar ação de nulidade da desapropriação” (*in Revista de Direito Administrativo*, vol. 41, pág. 200).

27. O outro ponto favorável consiste em pronunciamento do mesmo Colendo Supremo Tribunal Federal, no sentido de inexistir o direito à retrocessão quando, transferido pelo expropriante o imóvel a terceiros, sejam estes últimos entidades que, mesmo de direito privado, exercem atividade de interesse público.

“A finalidade da desapropriação não é desviada quando destinado o imóvel a uma fundação de interesse público, ainda que pessoa jurídica de direito privado; não cabe, neste caso, a retrocessão” (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 77, pág. 238).

Tratava-se, na espécie submetida ao exame do Colendo Supremo Tribunal Federal, de doação efetuada pela antiga Prefeitura do Distrito Federal, antecessora do Estado da Guanabara, à Fundação Getúlio Vargas, cujas atividades de interesse coletivo são conhecidas.

28. Tais considerações demonstram inegavelmente existir diminuição no perigo de, caso postulada pelos antigos proprietários do imóvel cuja cessão ora se examina, uma ação de retrocessão contra a Fazenda, seja ela julgada procedente, condenando-se o Estado no pagamento de importância equivalente ao valor atual do imóvel (que não há de ser pequeno, face à enorme valorização de que vêm gozando os imóveis sítos em Campo Grande). Em todo caso, resulta, evidente, do que acima se expôs, existir *perigo para a Fazenda* caso seja a operação realizada, sendo, aliás, perfeitamente possível extirpá-lo, caso se obtenha dos antigos proprietários do imóvel declaração de que concordam com a utilização do imóvel no fim ora desejado. De qualquer forma, a gravidade da matéria, *importando na responsabilidade da Fazenda*, impõe seja alertada a Administração Superior sobre o grave risco que irá o Estado assumir.

29. *Os bens da Fundação*. Impõe o direito positivo brasileiro grave condição para que seja válidamente instituída uma fundação: trata-se da indispensável conformidade entre o *patrimônio e a finalidade* que terá a nova pessoa jurídica, de modo que ela surja para a vida jurídica devidamente habilitada, do ponto de vista econômico, para exercer a atividade imposta por seu instituidor. Veja-se o que dispõe o art. 24 do Código Civil:

“Para criar uma Fundação, far-lhe-á o seu instituidor, por escritura pública ou testamento, dotação especial de *bens livres* especificando o fim a que a destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la”.

Esse preceito é completado pelo comando existente no art. 25, logo em seguida, *in verbis*:

“Quando *insuficientes para constituir a fundação*, os bens doados serão convertidos em títulos da dívida pública, se outra coisa não dispuser o instituidor, até que, aumentados, com os rendimentos ou novas dotações, perfaçam capital bastante”.

Como se vê, o legislador entende ser de tal importância a correspondência entre o capital entregue pelo instituidor e a finalidade da fundação,

que chega a determinar fique ela com sua criação paralisada até o aumento suficiente do fundo inicialmente colocado à sua disposição pelo instituidor.

30. Evidentemente ao par dessa *intransponível disposição* de ordem pública, os instituidores da Fundação Educacional e Universitária Campograndense, visando por certo demonstrar perante o Ministério Público local existirem bens suficientes para dar situação econômica estável à novel entidade, *tiveram o desprante*, na escritura pública de instituição da Fundação, de afirmar ser a nova entidade *titular do domínio útil* (*sic...*) do imóvel de propriedade do Estado cuja transferência de uso, por cessão onerosa, atualmente se examina, bem como das *benfeitorias existentes no local* (que já são do domínio do Estado, conforme abaixo se verá), dando a todos esses bens o valor de Cr\$ 200.000.000 (duzentos milhões de cruzeiros), cujo montante por certo impressionou o Ministério Público, pois não impugnou o pedido de registro de Fundação, concedendo-lhe seu beneplácito.

31. Ora, tais declarações dos instituidores da Fundação em tela por certo não correspondem à realidade, pois não somente não são titulares de domínio útil relativamente ao imóvel êles mencionado, como também jamais lhes será reconhecido qualquer direito de propriedade no que tange às benfeitorias existentes no local.

32. O “domínio útil”. Vejamos, inicialmente, o primeiro ponto, relativo ao tal “domínio útil” sobre o imóvel expropriado pela antecessora do Estado, a antiga Prefeitura. Tal afirmação, como é evidente, não possui o menor apoio na ordem jurídica, pois, uma vez obtido por aquela pessoa jurídica de direito público o *domínio pleno* do imóvel (por termo lavrado em 16-9-1957, a fls. 133 verso do Livro n.º 30 deste Departamento, devidamente transcrito no 4.º Ofício do Registro Geral de Imóveis, a fls. 49 do Livro n.º 3-BD, sob o n.º 29.849 e em data de 25-4-1958), não o concedeu em aforamento a qualquer pessoa, física ou jurídica, continuando o referido imóvel *completamente íntegro* em seu patrimônio.

33. Ou — quem sabe? — talvez os instituidores da Fundação entendam haver sido concedido o tal “domínio útil” (*sic...*) por força da simples autorização outorgada pelo Poder Legislativo à Administração Pública no sentido de vir a ser transferido o uso do imóvel, com encargos, à referida Fundação, autorização essa que, entretanto, conforme dá notícia o presente processo, ainda não foi efetuada, pois ainda se discutem os termos nos quais será emitida a declaração de vontade do Estado a respeito. *Data venia*, a afirmação contida no ato de instituição, de ser a Fundação titular de direito real sobre o imóvel apresenta-se por completo injurídica, mesmo porque, caso houvesse sido formalizado o termo cuja minuta ainda ora se discute, o direito subjetivo gerado pelo mesmo em favor da Fundação seria de ordem puramente *obrigacional* e jamais *real*, pois a *cessão de uso com encargos* não passa de simples

contrato administrativo *intuitu personae*, gerador de situação personalíssima, insuscetível de transferência a terceiros sob qualquer hipótese.

34. Dentro dos esquemas de contratos típicos próprios do direito real, poder-se-ia quando muito alegar que, uma vez lavrado o termo, estaria a Fundação no gozo do imóvel sob forma do direito real de *usufruto*, o qual, porém, dentro da economia das manifestações de vontade do Estado e da Fundação, que deverão se encontrar (no futuro, veja-se bem) para regular a nova situação de direito, ainda assim, não se configuraria exatamente, pois a assunção dos *encargos impostos pelo Estado* destruiria a natureza intrínseca do instituto, que tem por base a liberalidade.

35. *As benfeitorias erguidas no local*. Foi por igual afirmado no ato de instituição da Fundação ser ela proprietária de prédio existente no local. Trata-se de outra afirmação que é de ser veementemente rejeitada, pois, sendo o imóvel de propriedade do Estado (conforme estavam fartos de saber os instituidores, tendo em vista haver a Sociedade Universitária Campograndense, antecessora da Fundação, requerido, em data de 17-12-1962, lhe fôsse *outorgada a posse do mesmo*), toda e qualquer benfeitoria ali construída de *má fé* tornou-se automaticamente de propriedade do Estado, tal como determina, de modo inequívoco, o art. 547 do Código Civil:

“Aquêle que semeia, planta, ou edifica em terreno alheio, perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções, mas tem direito à indenização. Não o terá, porém, se procedeu de má fé, caso em que poderá ser constrangido a repor as coisas no estado anterior e a pagar os prejuízos”.

36. Em outras palavras:

“No caso de má fé do construtor, êle perde o direito à construção e não tem direito a qualquer indenização” (CLÓVIS PAULO DA ROCHA, *Das Construções na Teoria Geral da Acesso*, Rio, 1943, pág. 82).

O que se há, entretanto, de entender por titular de boa ou má fé? A resposta a essa indagação é simples e nos é dada pela simples leitura dos textos legais relativos à matéria (arts. 545/549 do Código Civil). O autor de edificação em terreno alheio considera-se de boa fé quando ergue a construção certo de o estar fazendo em terreno próprio, enquanto estará êle de má fé se, estando ciente de serem terceiros os proprietários do imóvel, ainda assim nêle ergue uma construção.

37. Aplicando tais conceitos legais ao caso em exame, segue-se inelutavelmente haver sido a construção erguida de *má fé*, pois a antecessora da Fundação, a Sociedade Universitária Campograndense, autora da edi-

ficação, estava perfeitamente a par da situação jurídica do imóvel, eis que, conforme vimos acima, *chegou, em data de 17-12-1962, a requerer ao Estado lhe fôsse concedida a posse do mesmo*, realizando-se o contrato de aforamento que ela sempre desejou ter, mas cuja satisfação é impossível, por manifestamente inconstitucional. Poderia haver reconhecimento mais claro, nítido e insofismável, de ser o Estado titular de domínio sobre o imóvel? É claro que não, sendo certo, em consequência, estar aquela Sociedade em situação de *má fé* quando, cientemente, ergueu edificação em imóvel alheio, perdendo qualquer direito ao recebimento de compensação.

38. *Uma estranha autorização.* Não é possível deixar-se de assinalar, ademais, uma estranha autorização contida nos §§ 2.º e 8.º do art. 3.º dos Estatutos da Fundação, cujo teor, após as observações acima, é simplesmente *irrisório*, pois prevê a outorga do imóvel do Estado em garantia real de dívida... ao próprio Estado; a realização de uma tal "subrogação", cuja natureza não compreendemos bem; e, até mesmo, a alienação a terceiros do imóvel de propriedade do Estado. Tudo o que se diz em tais preceitos é *nulo, completamente nulo, absolutamente nulo*, impondo-se seja devidamente corrigido pela Assembléa Geral da Fundação, órgão que, segundo seus Estatutos, possui competência para lhes alterar o conteúdo (art. 17, letra *a*), pois os mesmos, afirmando as aberrações que acima assinalamos, impedem entre o Estado em relações jurídicas com a Fundação, eis que se poderia alegar no futuro constituir a lavratura do termo em tais condições uma aceitação implícita da validade das declarações efetuadas nos Estatutos em detrimento da Fazenda Pública, argumento que é de ser evitado a qualquer custo.

39. *Conclusão.* Isto pôsto e tendo em vista ser necessário proceder-se à regularização da situação de fato de que dá notícia o processo (pois a Fundação, sem capital próprio, não tem existência válida), somos de parecer, s. m. j., que se tomem as seguintes providências:

- a) seja exigido proceda a Fundação Educacional e Universitária Campograndense ao expurgo de seus Estatutos dos preceitos (art. 3.º, *caput* e parágrafos) nos quais declara serem de sua propriedade o terreno e benfeitorias de propriedade do Estado;
- b) seja pela dita Fundação expressamente reconhecida, por sua Assembléa Geral, serem o terreno e a edificação nêle erguida de propriedade do Estado;
- c) seja outorgada competência pela Assembléa Geral à Diretoria da Fundação para assumir perante o Estado os encargos impostos pela minuta de fls. 42/45, já aprovada pelo Exmo. Sr. Governador;
- d) sejam levados ao exame e aprovação do Ministério Público todos os atos acima, especialmente no que toca ao problema do patrimônio mínimo da Fundação;

- e) seja rejeitada, finalmente, a pretensão de vir a ser modificada a cláusula segunda da minuta.

Rio de Janeiro, 3 de dezembro de 1966.

ROCHA LAGOA
Procurador do Estado

IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. CEDAG: ISENÇÃO TRIBUTARIA

I

1. O Exm.º Sr. Secretário de Estado de Finanças solicitou o parecer desta Procuradoria a respeito de consulta formulada pelo Sr. Diretor do Departamento de Imposto sobre Serviços, tendo por objeto esclarecer se aisenção tributária concedida pelo art. 183, parágrafo único, da Lei estadual n.º 263, de 24 de dezembro de 1962, às Companhias indicadas em seu art. 181, e entre elas a Companhia Estadual de Águas (CEDAG), e expressamente confirmada pelo art. 250, n.º 1, da Lei estadual n.º 1.165, de 13 de dezembro de 1966 —, foi revogada pelo Decreto-lei federal n.º 406, de 31 de dezembro de 1968, que estabelece normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza.

II

2. Atendendo ao que dispunha o art. 45, § 3.º, da Constituição estadual de 1961, o art. 181, alínea *a*, da citada Lei n.º 263/1962, autorizou o Poder Executivo a constituir uma sociedade por ações, com participação majoritária do Estado, (art. 181, parágrafo único), destinada a administrar o sistema de abastecimento d'água do Estado — a CEDAG. Determinou, outrossim, o art. 183, parágrafo único, da mesma lei:

“Art. 183.
Parágrafo único. As Companhias mencionadas, assim como as operações que realizarem, gozarão de total isenção tributária estadual e municipal”.

3. Após a reforma tributária operada pela Emenda Constitucional n.º 18, de 1.º de dezembro de 1965, e a edição do Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966), a citada Lei estadual n.º 1.165/1966, que alterou a legislação tributária do Estado, adaptando-a ao novo sistema, dispôs em seu art. 250, n.º 1: