

**AREA DE RECUO. CESSÃO GRATUITA. ALTERAÇÃO DO P.A. RESTITUIÇÃO AO EX-PROPRIETÁRIO.**

Em 31-12-1957 firmou-se um termo de recuo dos imóveis em epígrafe, pelo qual a então proprietária, Srta. Alice Maria Sá Modesto Leal, ciente do projeto 6.866, obrigou-se a recuar tais imóveis ao alinhamento ali determinado, entregando de imediato ao uso público a área correspondente, de 248,40m<sup>2</sup>, medindo nas linhas de frente e de fundos 13,80m e 18m por ambos os lados. Por sua vez, obrigou-se a então Prefeitura do Distrito Federal a pagar pela área a quantia de Cr\$ 800.000 (oitocentos mil cruzeiros), depois de garantido o novo alinhamento com a conclusão das obras correspondentes, ficando empenhada a importância por conta da verba própria.

Sucedeu, porém, que o termo aludido foi cancelado, detalhe fundamental para a solução do problema, mas que, todavia, tem sido omitido nas diversas “réplicas” da Construtora requerente. O cancelamento está comprovado nas seguintes peças do processo 7.414.947/57: fls. 14 (minuta cancelada), fls. 2 (empenho cancelado), fls. 31 (ofício do Tribunal de Contas comunicando a recusa do registro, o que resultou no cancelamento), fls. 33 (despacho do então Secretário de Finanças, determinando o cancelamento), fls. 37 (outro empenho cancelado), fls. 39 (despacho solicitando o cancelamento do termo), fls. 40 (despacho referindo a necessidade de lavrar-se novo termo) e fls. 62 (outro empenho cancelado).

Ainda em vigor o P.A. 6.866, a então proprietária celebrou com a Imobiliária requerente uma escritura de promessa de venda dos imóveis, e depois a escritura definitiva de compra e venda. Ressalte-se que já em 31-3-1958, ou pelo menos em agosto de 1958 — sempre antes, portanto, da promessa de venda e da efetivação da venda —, o termo celebrado com a antiga proprietária e o respectivo empenho haviam sido cancelados. Por isso, a venda se fez da área total, com a profundidade de 40 metros, feita apenas simples referência a um P.A. 7.126, de 7-1-1958, que imporia recuo de 18 metros “mais ou menos”. O número do P.A. constante da escritura não corresponde ao certo, o que é irrelevante.

Mas por outro termo, cuja minuta está aprovada a fls. 114 do processo n.º 7.414.947/57, a atual proprietária dos imóveis fez nova cessão ao Estado da área de recuo prevista no P.A. 6.866, de 248,40m<sup>2</sup>, como já fizera a antiga proprietária. Este termo é que foi levado avante, como se

vê no mesmo processo 7.144.947/57, a fls. 117, 118, 126, 127 (empenho n.º 8/PRG, de 16-2-62, a favor de Imobiliária e Construtora Abbade Vinci S. A., no valor de Cr\$ 800.000) e fls. 160 (Ofício do Tribunal de Contas, comunicando ter sido ordenado o registro), e no processo 7.517.508/60, a fls. 103 e 108 (certidões do termo e de sua transcrição no 9.º Ofício do Registro Geral de Imóveis, a fls. 145 do Livro 3 — C. U.). Estas informações sobre os termos têm de ser aqui sublinhadas porque a requerente, ou melhor, seu despachante, as ignora, e a prevalecerem as afirmativas das suas “réplicas”, a situação seria bem outra e a solução teria de ser também outra, desfavorável à requerente, o que não poderá ocorrer com o minucioso exame dos fatos, como se verá.

Efetivado que ficou o recuo, passou a área correspondente à propriedade do Estado. Contudo, o P. A. n.º 6.866 foi alterado pelo de n.º 7.994, que reduziu a profundidade do recuo, criando uma área de 179,40m<sup>2</sup>, que se pretende seja de investidura para incorporação ao imóvel. Isto antes de iniciada a construção.

Ocorre que a área que se pretende incorporar ao imóvel foi avaliada em Cr\$ 8.100.000 (oito milhões e cem mil cruzeiros), e é parte da cedida ao Estado pelo preço de Cr\$ 800.000 (oitocentos mil cruzeiros), não mais utilizável esta na totalidade para logradouro. Insurgiu-se então a requerente contra a avaliação da área a incorporar ao seu imóvel, aduzindo razões de mérito, cujo exame é despicendo.

Na Procuradoria de Desapropriações opinou-se contra a postulação, fundada que foi ela numa alegada necessidade de compensação de áreas e numa pretendida mora do Estado. O processo, por determinação do Exmo. Senhor Procurador Geral, veio a meu exame, por ter pertinência com outros recentemente aqui estudados.

Feito o relatório, passo a opinar.

Penso que a área não mais necessária ao uso do público deve ser oferecida à Imobiliária e Construtora Abbade Vinci S. A. pelo mesmo preço pago, ou ajustado pagar, pelo Estado, quando da cessão para o recuo. Não mais se fará qualquer avaliação, em cumprimento ao artigo 1.150 do Código Civil:

“Art. 1.150 — A União, o Estado, ou o Município, oferecerão ao ex-proprietário o imóvel desapropriado, pelo preço por que o foi, caso não tenha o destino, para que se desapropriou”.

Dir-se-á, talvez, que o preceito não seria aplicável ao caso dos autos, onde desapropriação não chegou a haver.

O problema já foi estudado em outras oportunidades, e a solução pela afirmativa mereceu a aprovação do Exmo. Senhor Procurador Geral.

É que a interferência do Poder Público no domínio da empresa requerente, consubstanciada na aprovação do P. A. 6.866 e do P. A. 7.994, que alterou o primeiro, aproxima-se muito de uma desapropriação, e há de ter algumas das conseqüências desta. De fato, embora não tenha havido

decreto declaratório da utilidade pública, à aprovação do P. A. teria de seguir-se aquêle ato, se o particular não tivesse amigavelmente firmado o termo de cessão. Esta não foi uma alienação como as em geral pactuadas entre particulares; teve como causa a expectativa da desapropriação e foi imposta também pela necessidade de obter licença para construir no imóvel, submetendo o projeto de construção às imposições do P. A. 6.866 (o recuo). Celebrou-se a cessão, portanto, sob o guante do projeto de alinhamento, para facilidade do particular, não há dúvida, mas de igual modo para proveito do Estado, dispensado que ficou êste de desapropriar e, forçosamente, de dar preço maior e prévio, como indenização pela aquisição forçada. Se inexistente o P. A., nenhum sentido, utilidade ou lógica teria a cessão, que por certo não se teria celebrado. Ela substituiu o processo expropriatório, antecipando-se a êle, que inevitavelmente, mais cedo ou mais tarde, viria, se a cessão não se tivesse feito. Esta teve o sabor de alienação forçada pela aprovação do P. A. Isto é inegável. Não chegou a haver a desapropriação apenas porque aquêle que viria a ser o expropriado antecipou-se e cedeu amigavelmente a área ao Estado. Fê-lo por ocasião de obter licença de construir, é verdade, mas tal não basta a tirar desta alienação a relação de causa e efeito que teve com a aprovação do P. A., pois foi êste que impôs restrição ao direito de propriedade da requerente, restrição que se assemelha em tudo à oriunda de um decreto declaratório de utilidade pública para fins de desapropriação.

Mas, se não houvesse firmado amigavelmente a cessão, o Estado, para incorporar a área ao logradouro público, teria de desapropriá-la. Se o tivesse feito e posteriormente viesse, como veio, alterar o P. A., quais teriam sido as conseqüências?

A resposta está no direito positivo local e federal.

O Decreto estadual "N" n.º 254, de 9-1-1964, que dispõe "sobre os projetos de que resultem alterações da rêde viária do Estado e sobre desapropriações de imóveis para qualquer fim", recomenda a revisão dos projetos não executados, para que se cancelem os que devam ser sustados e se revoguem os respectivos decretos de desapropriação. Por isso, caso não estivesse findo o processo de desapropriação, o imóvel teria de ser liberado, com a revogação do decreto de declaração de utilidade pública. Se estivesse em curso a ação, esta teria de ser extinta por falta de objeto (cf. MACHADO GUIMARÃES, Parecer *in Revista de Direito da Procuradoria Geral*, vol. 13, págs. 383/388). Mesmo se finda a ação, mas desde que não tivesse havido o pagamento ou a consignação da importância da indenização, haveria também de ser declarada extinta a ação pela superveniente inexistência do interesse público (*idem*, pág. 386). Portanto, desde que não pago ou consignado o preço, e portanto adquirido o imóvel pelo Estado, a solução estaria no artigo 1.150 do Código Civil, já transcrito linhas acima. Se impossível a simples liberação por superveniente inexistência de interesse público, por impossibilidade de utilização para o destino previsto no primeiro P. A., teria o Estado de fazer a oferta a que se refere o citado artigo 1.150.

É o momento de perguntar-se: tais soluções serão aplicáveis à espécie em exame, onde desapropriação não chegou a haver? Onde sequer existiu decreto declaratório da utilidade pública?

Penso que sim, e cada vez que volto a enfrentar o assunto mais se robustece a minha convicção pelo acêrto da afirmativa.

Não há porque tratar casos iguais de maneiras diferentes:

"As intervenções na propriedade têm diversa intensidade, que vão desde a limitação formal até a sua incorporação à Administração Pública. A desapropriação é o caso extremo, que importa na perda de propriedade, cercada pelo art. 141, § 16, de cautelas especiais, mediante prévia e justa indenização em dinheiro" (RAYMUNDO FAORO, *Recuo: fundamentos constitucionais*, in *Rev. de Dir. da PRG*, vol. 13, pag. 83).

Se a desapropriação é o caso extremo, dela está próximo o recuo, onde também perde o proprietário o domínio sobre a área que se incorpora ao logradouro público. Só que a indenização não é prévia, e às vêzes nem justa, pois o proprietário quase sempre concorda com qualquer preço — ou com nenhum — para facilitar o processo de licença de obra. Deverá ser tratado com mais rigor por isso? Seria iníquo.

Fixada também a premissa de que só não chegou a haver desapropriação, ou decreto declaratório da utilidade pública da área, porque a cessão amigável se antecipou (mas nem por isso deixou ela de ser uma conseqüência da aprovação do P. A.), tornarse-ia um absurdo dar ao cedente solução diversa da do expropriado, colocando-o em situação desvantajosa sobre a que teria direito se não tivesse concordado em desfazer-se amigavelmente do imóvel.

Se aguardasse o processo expropriatório, e recebesse indenização *prévia e justa*, teria, depois da alteração do P. A., direito à oferta do art. 1.150, citado. Como não aguardou, e prontificou-se a entregar a área sem indenização prévia, não se lhe pode dar outro tratamento, sob pena de se cometer uma gritante injustiça, procedimento que não deve ter a Administração.

É o mesmo caso da aplicação do referido art. 1.150 às desapropriações ditas consensuais, quando o expropriado concorda com o preço e celebra escritura de venda, por vêzes chamada "escritura de desapropriação". Os autores de mais nomeada ensinam que a oferta determinada no art. 1.150, mencionado, é de rigor também em casos tais (cf. EBERT CHAMOUN, *Da retrocessão nas desapropriações*, Forense, págs. 88/93, que invoca o apoio de SEABRA FAGUNDES e PONTES DE MIRANDA), embora a desapropriação não se tenha consumado, como é também a hipótese ora estudada. Assim, não há porque deixar de estender a solução a situações como a em exame, onde o particular agiu também forçado por um ato administrativo — a aprovação do P. A. Da mesma forma que na desapropriação consensual, o particular preferiu compor-se com a Admi-

mistração, e ainda sem receber de imediato o preço, o que robustece a conclusão.

Por isso entendo que a solução do caso dos autos está no aludido art. 1.150. Deve-se celebrar outro termo, mas de cessão do Estado para a requerente, da área não mais útil ao logradouro, e pelo mesmo preço que ela custou ao Estado, preço que há de ser proporcional ao que foi prometido pagar pela totalidade da área mencionada no P.A. hoje alterado. Só assim estará cumprida a lei, sem cometer-se uma iniquidade, como se iria praticar com a solução aventada neste processo — de impor-se como “investidura” ao particular uma área que se lhe deve oferecer ao preço pelo qual cedera, em cumprimento de norma legal.

A solução é mesmo intuitiva, e se o ordenamento jurídico positivo não a contivesse estaria incompleto no particular.

Contudo, tenho ouvido, por vezes, afirmar-se que a providência acabada de sugerir seria proibida pela Carta estadual, em seu art. 44, § 5.º, que não permite sejam os imóveis do Estado objeto de doação, permuta ou cessão a título gratuito, bem como veda sejam vendidos ou aforados sem lei especial e hasta pública. Daí haver quem pretenda estabelecer uma distinção para resolver casos como o em exame: se a área já fôr pertencente ao Estado, já tiver ingressado no seu patrimônio, não poderá o particular readquiri-la sem o cumprimento das exigências da norma constitucional (lei especial e hasta pública, se onerosa a re aquisição, e em hipótese alguma, se gratuita); não tendo o imóvel passado ao patrimônio do Estado, então será possível a simples liberação, como prevista, aliás, no Decreto “N” n.º 254, de 9-7-1964.

*Data venia* dos que assim possam entender, creio totalmente sem valia a distinção, bem como absurda a pretendida proibição que se queira atribuir ao § 5.º do artigo 44 da Constituição Estadual, para impedir a solução sugerida linhas acima.

E a razão é simples: *o entendimento importaria em afirmar que a Constituição do Estado teria força para determinar à Administração o descumprimento de uma lei federal* (o art. 1.150 do Código Civil), *lei que regula um instituto jurídico* (a desapropriação) *cujas legislações é da competência exclusiva da União* (Const. Federal, art. 5.º, XV, letra g), o que seria inadmissível. A norma constitucional local citada não pode ter aplicação às alienações resultantes do estrito cumprimento do artigo 1.150 do Código Civil, mesmo que assim o declarasse expressamente, sob pena de se cometer manifestamente inconstitucionalidade.

Por isso, se choque houvesse entre o art. 1.150 do Código Civil e as regras do § 5.º do art. 44 da Constituição Estadual, aquêle deveria ser obedecido em detrimento destas, não por imposição de alguma hierarquia entre diplomas legais, dentro do sistema de direito positivo do País, *mas por ser a norma federal a única dotada da indispensável legitimidade para regular a matéria*. Não fôsse assim e seria muito cômodo e fácil aos Estados afastar a vigência local das leis federais, fazendo incluir em suas constituições normas em contrário àquelas. No caso em estudo, a proi-

ibição contida na regra constitucional da Guanabara só poderia ser invocável, para vedar a restituição, se se entendesse da competência dos Estados o legislar sobre desapropriações, o que não é exato, sabido que é privativa da União tal competência, coisa que ninguém discute.

Daí porque julgo sem valia indagar, como alhures se tem pretendido, se o imóvel já ingressou ou não no patrimônio do Estado, para proibir a restituição no caso afirmativo. Muito pelo contrário, entendo que só na hipótese afirmativa será possível a devolução de que cuida o artigo 1.150, citado, simplesmente porque, se não tiver ocorrido em definitivo a aquisição pelo Estado (com o bem integrado no seu patrimônio), este não poderá fazer a oferta do art. 1.150, que é uma oferta de alienação, e só pode alienar quem é titular do domínio. Despicienda mais uma vez se me afigura a distinção com o propósito de opor a Carta estadual ao cumprimento pelo Estado do art. 1.150 do Código Civil, objeção que, como creio ter demonstrado, não tem qualquer base jurídica.

Penso, portanto, vale repetir, que as proibições do § 5.º do art. 44 da Constituição estadual não atingem o caso em estudo, nem os demais que tenham por objetivo o cumprimento do art. 1.150 do Código Civil. E entre as regras — a local e a federal — não há choque, pois regulam hipóteses diversas: a primeira traça limites à efetivação de algumas das espécies do gênero *alienação*; a segunda impõe um dever à Administração, resultante das aquisições forçadas que tiver realizado com fulcro no poder de impor limitações ao direito de propriedade; obriga-a a alienar, sim, ou oferecer o imóvel à alienação, mas alienação de outra espécie, não incluída por certo na proibição da Constituição local. É que esta alienação, resultante do cumprimento do art. 1.150, referido, tem características e pressupostos especialíssimos, que por força a distinguem da venda pura e simples, livre, esta, sim, a única vedada pela Carta local, como se depreende não só da letra, mas principalmente do espírito do mencionado § 5.º do art. 44. Não fôsse assim, e proibida de igual modo estaria a investidura, que também é espécie de alienação. As regras aludidas — a local e a federal — cuidam pois de hipóteses diversas, que não devem ser confundidas, sob pena de graves erros e de danosas conseqüências.

Do que acabo de expor resultam as seguintes conclusões em resumo:

- a) Não se há de processar qualquer investidura;
- b) mas a área que se pretendia investir deverá ser incorporada ao imóvel da firma requerente;
- c) não se fará nova avaliação, mas simples cálculo proporcional para saber-se o custo, para o Estado, da área a restituir, cuja totalidade fôra avaliada em Cr\$ 800.000, e este custo será o preço da restituição, por força de lei;
- d) a forma do ato será também um termo de cessão, ou de restituição, do Estado para a empresa requerente, onde se fará referência expressa a este parecer, se aprovado, evidentemente, e se dirá do cumprimento do art. 1.150 do Código Civil;

e) o pagamento do preço será recolhido à conta da rubrica própria a restituições, ou de outra, que o órgão técnico contábil entender a certa, devendo o termo ser levado a registro da Colenda Côte de Contas, de preferência junto com êste parecer, o que penso necessário para fundamentar a legitimidade do ato sugerido.

Assim agindo, estará a Administração cumprindo um dever legal. Caso não o faça, poderá o particular demandar perdas e danos contra o Estado, já que o seu direito (a que corresponde o dever da Administração de oferecer-lhe de volta o bem) não é real, como entende a melhor doutrina (cf. EBERT CHAMOUN, obra citada), e sim pessoal, conclusão que se reforça com o texto do art. 35 do Decreto-lei n.º 3.365, de 21-6-1941. Aliás, tal direito é personalíssimo — não pode ser cedido nem passa aos herdeiros (art. 1.157 do Código Civil), motivo que originou a observação inicial, referente à lavratura de duas cessões, a primeira (com a antiga proprietária) já cancelada, detalhe que o despachante da requerente ignora. Não tivesse sido lavrada nova cessão, e se válida fôsse a primeira (como erroneamente afirmam as “réplicas”), a solução teria de ser outra, pois nenhum direito à restituição haveria para a Imobiliária. Só há porque foi ela mesma a cedente ao Estado da área que se lhe deve restituir.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 21 de março de 1966.

LUIZ ORLANDO RODRIGUES CARDOSO  
Procurador do Estado

### EDIFÍCIO EM CONDOMÍNIO. CONSTRUÇÃO NO TERRAÇO. ILEGALIDADE

Tenho a honra de devolver, com a opinião solicitada, o processo em que Carlos de Barros e Eurico Nascimento de Barros requerem a revogação da licença concedida e o embargo da obra empreendida no imóvel à Rua Maria Freitas n.º 42, objeto do processo em nome de Henrique Gutnik.

Êste último, dizendo-se proprietário das salas C-01, C-02, C-03 e C-04 e do terraço de cobertura daquele imóvel, pretende edificar nesse terraço. Aquêles primeiros, condôminos do mesmo edifício, a tal se opõem, com o apoio de mais oito titulares de direitos a unidades condominiais. Alegam os oponentes que o direito primitivo e originariamente assegurado ao requerente da obra, expresso nos primeiros instrumentos particulares de promessas de cessões, limitava-se ao uso do subsolo do edifício a ser construído, e só posteriormente, inclusive na escritura de convenção do condomínio, foi estendido ao terraço; que tal escritura não foi firmada pela totalidade dos condôminos, mas por simples maioria; que a *servidão* assim

pactuada não é reconhecida pelos que alheios ficaram à estipulação da convenção; que o requerente da obra alegou falsa qualidade ao intitular-se proprietário do terraço; que *servidão* não induz domínio; que a obra em parte comum do prédio exige o consentimento da totalidade dos condôminos.

Têm toda razão em se opor. E não a teve a Administração ao licenciar a construção dêsse acréscimo.

O requerente Henrique Gutnik intitulou-se, sim, falsamente *proprietário do terraço*. O que é aceito como prova dêsse domínio, ou seja, a escritura de 27-12-1963, do 13.º Ofício, é mera promessa de cessão de direitos aquisitivos que, entre outros, o requerente faz ao candidato à aquisição de uma unidade (n.º 314) do prédio. Não faz prova alguma, válida, do domínio, simples unilateral declaração dos outorgantes dessa escritura, de que o terraço estaria vinculado às unidades de que são titulares, e ainda por cima constituindo *servidão* privativa destas.

Curioso é que a autorização do Condomínio tivesse sido exigida, como foi, para, depois, ser dada por suprida pela escritura citada. Mas como?

O importante era vir ao processo a certidão da transcrição imobiliária do imóvel, com as discriminações bem estabelecidas dos respectivos domínios. Em falta dessa, admita-se que fôssem consideradas as constantes da escritura de convenção. Esta, porém, nem se encontra no processo da obra, e sim no apensado, de iniciativa dos reclamantes, aparentemente junta por êstes.

Nota-se, de início, que o requerente da obra nela não figura a não ser na qualidade de procurador de outros condôminos. Na discriminação das partes de cada um no condomínio, seu nome foi omitido. Quem dela consta como proprietário das unidades C-01, C-02, C-03 e C-04 são José Gutnik e Chaim Lejb Zorobowski, não Henrique Gutnik. Já por isso não deveria ter sido licenciada a obra por êle requerida.

Essa escritura de convenção não tem, contudo, validade. Enuncia 84 unidades condominiais e vem assinada apenas por um condômino, Arthur Lemos de Castro, além de Gutnik e Chaim, que assinam como titulares de 35 unidades e como procuradores de 18 outras, inclusive o mesmo Arthur, que, assim, a assina duas vezes. Total: 53 unidades.

São mencionados como tendo deixado de firmar a escritura os titulares de 20 unidades. E sobre três outros faz-se silêncio, embora representam 11 unidades (7 do 11.º outorgante, 1 do 18.º e 3 do 22.º). Total dos que se abstiveram: 31 unidades.

Ora, ao tempo em que se firmou tal convenção, 1961, vigorava o velho diploma de 1928, o Decreto n.º 5.481, que não estabelecia *quorum* para a aprovação delas, e sim, apenas, considerava bastante a *maioria* para as votações de verba orçamentárias (art. 9.º) e despesas de conservação (art. 10.º).

“Diante da falta de aprovação unânime e no silêncio da Lei n.º 5.481, sustentávamos não existir convenção de condo-