

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 Côrte 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* assinada

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 tóda 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 vêzes. 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 representem 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-

mínio. Não podemos admitir a existência parcial do ato-regra para distinguir como ineficazes apenas as normas restritivas de direitos e dar como válidas as demais. Ou existe ou não existe o ato. Se falta *quorum* para sua aprovação, êle não chega a ter eficácia jurídica"... (CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Condomínio e Incorporações*, pág. 103).

Acontece que a nova e atual Lei n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e, portanto, já em vigor quando concedida a licença (agosto de 1965), é taxativa ao exigir a votação de 2/3 das frações ideais para a aprovação da convenção, que será então, e só assim, obrigatória para todos (art. 9.º, § 2.º). É ainda lição de CAIO MÁRIO:

"Para qualquer edifício, esteja ou não construído ou em construção, e mesmo para os já construídos e habitados, a Convenção deverá sempre existir. Os que já a possuem em vigor nada mais têm a fazer do que adaptá-la às novas exigências" (pág. 106).

No caso, para ser válida, tem a convenção do condomínio do edifício à Rua Maria Freitas n.º 42 que obter a adesão de, pelo menos, mais 3 unidades, pois a existente foi firmada pelos titulares de 53 delas, quando seriam necessários 56 (2/3 de 84). E terá de ser inscrita no Registro de Imóveis competente (art. 7.º da Lei n.º 4.591).

Mesmo que isso se faça, contudo, nem assim a licença da obra deverá ser mantida em favor do requerente.

É que enquanto, por exemplo, o subsolo é declarado (cláusula 1.ª) de domínio exclusivo do titular do grupo C-01, e está dito — o que é óbvio — que é de propriedade comum tudo o que não constitui propriedade singular de qualquer condômino (cláusula 2.ª), o terraço foi constituído em *servidão* perpétua das unidades C-0-, C-02, C-03 e C-04, "que assim terão direito ao seu *uso exclusivo*" (Cl. 4.ª, d). E essa cláusula 4.ª enumera, justamente, as "Coisas de uso especial e de serviço do Condomínio".

Uso especial, uso exclusivo e servidão nada têm a ver com *domínio*, sendo que a última até o exclui, pois *Servitus est jus in re aliena, e Neminem res sua servit*. Servidão, diz o Código Civil, é direito real sobre coisa alheia.

Na definição do emérito CLÓVIS BEVILÁQUA, *Direito das Coisas*, 5.ª ed., 1.º, pág. 293,

"Servidões são restrições às faculdades de uso e gozo, que sofre a propriedade, em benefício de alguém".

E mais:

"Ninguém pode exercer o direito de servidão, ou sofrer-lhe o ônus, sobre imóvel que lhe pertença" (pág. 294).

Já ensinava, também, AGUIAR E SOUSA, no *Tratados das servidões urbanas e rústicas*, S. P., 1914:

"Consiste a servidão em um encargo imposto sobre uma propriedade alheia, para a utilidade ou benefício de uma outra propriedade, também pertencente a senhorio diverso" (pág. 3).

E DÍDIMO DA VEIGA, *As servidões*, 1887:

"A servidão é um desmembramento do domínio e, como tal, não pode coexistir com êle. Daí o não poder ter-se servidão na coisa própria" (pág. 3).

De tudo se infere que quem tem *servidão* de um terraço, com o conseqüente direito de usá-lo exclusivamente, não é, contudo, *dono* dêle. A propriedade continua *comum*, e em coisas comuns não edificam os condôminos. Como diz a lei, o terreno, as fundações, as paredes externas, o *teto* e as áreas internas são insuscetíveis de utilização exclusiva por qualquer condômino (Lei n.º 4.591, art. 3.º), o que levou CAIO MÁRIO à lição que se ajusta a preceito ao caso em foco:

"Pelo antigo direito, a convenção do condomínio às vezes concedia a um proprietário de apartamento (geralmente do último pavimento) o uso do teto ou a sua serventia... *Mas não tem o direito de construir um outro apartamento ou qualquer unidade autônoma*, porque faltaria a quota ideal sobre o terreno e partes comuns e não pode haver apartamento sem fração ideal... É preciso, pois, não confundir utilização com apropriação. No regime do Decreto n.º 5.481, de 1928, a dúvida ainda procurava arrimar-se à omissão. Hoje, não mais" (pág. 129).

E continua:

"A nova lei não comporta controvérsia. O teto, as paredes externas, as fundações, as áreas internas, e tudo mais quanto sirva a qualquer dependência de uso comum, serão insuscetíveis quer de divisão, quer de alienação destacada da respectiva unidade... A solução certa... hoje convertida em

preceito (art. 3.º) ... acrescenta serem aquelas partes comuns *insuscetíveis de utilização exclusiva por qualquer condômino*" (pág. 130).

Em suma, porque:

1.º — O requerente não provou ser dono de unidade alguma no prédio em cujo terraço quer fazer obra de acréscimo e aproveitamento;

2.º — A escritura de convenção não tem validade enquanto não fôr adaptada aos requisitos da nova lei;

3.º — A constituição, nela, de uma servidão de uso não implica no direito de seu titular construir em parte comum;

4.º — A lei vigente impede qualquer pretensão nesse sentido,

— a licença concedida deve ser tornada sem efeito e impedido o prosseguimento da obra, se iniciada. Até que, se puder, o requerente prove ser dono da área em que pretende edificar.

Rio de Janeiro, 28 de março de 1966.

ROBERTO PINTO FERNANDES
Procurador do Estado

PRÉDIO TOMBADO PELO PATRIMÔNIO HISTÓRICO. OBRAS NÃO AUTORIZADAS. ILEGALIDADE

Com o meu parecer, restituo a essa Secretaria os autos do processo administrativo marginado e anexos que o acompanham, acêrca da situação atual de um conjunto de dezessete (17) pequenas habitações, à moda de uma estalagem, nos fundos do prédio n.º 303 da Rua Riachuelo, inscrito nos Livros do Tombo do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, por ali ter residido durante os últimos anos de sua gloriosa existência o grande brasileiro Manuel Luís Osório, Marquês de Herval.

Em seu ofício datado de 19-10-1964, a Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (DPHAN) reitera a solicitação, tantas vezes reclamada, no sentido de ser procedido o cancelamento da legalização das referidas construções, levantadas ilicitamente, com vistas à recuperação da integridade do imóvel tombado, sob a sua vigilância, dando disso conhecimento ao Exmo. Sr. Governador do Estado, a quem compete, em última instância, decidir sobre o problema, criado pelo despacho concessório do antigo Prefeito do Distrito Federal.

Encaminhando o assunto à consideração da Procuradoria Geral do Estado, pede essa Secretaria "seja indicado o expediente cabível na espécie, não só em face do prazo decorrido como em consequência dos vários diplomas legais (Leis n.ºs 660, 756 e Dec. n.º 836) que, posterior-

mente ao despacho concessório (23-7-1952), regulam a legalização de obras feitas sem licença".

Ao receber o processado a mim distribuído para exame e parecer, entendi dever solicitar novos esclarecimentos ao DED, que devolveu os autos com a cópia das informações que lhe foram remetidas pela DPHAN. Mas como estas não me satisfizessem, decidi-me a ir pessoalmente àquela repartição do Ministério de Educação e Cultura, a fim de obter os elementos que julgava indispensáveis a uma exata compreensão da matéria em exame.

Por conseguinte, na apreciação das peças constantes deste processado, permito-me acrescentar na exposição que adiante faço, em torno do imóvel da Rua Riachuelo n.º 303 e da sua destinação, dados extraídos de documentos por mim compulsados no arquivo da DPHAN.

A casa de Osório

O imóvel conhecido como "Casa do General Osório" foi inscrito nos Livros do Tombo do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, em virtude do Dec.-lei n.º 25, de 30-11-1937. Procedendo ao inventário dos bens da arquitetura civil da cidade do Rio de Janeiro, no ano seguinte, o arquiteto Paulo Barreto assinalou a importância do prédio da Rua Riachuelo n.º 303, não só pela feliz composição da fachada do vetusto solar, quase que inteiramente revestido de azulejos policromos, como pelo vestíbulo interno, com piso de pedra em desenhos geométricos, dando para o pátio e o jardim, este em planos superpostos nas encostas do morro de Paula Matos.

Quanto ao valor histórico, não há o que discutir. Nessa casa viveu o General Osório, desde a chegada triunfal à Corte, em 1877, quando veio assumir a sua cadeira no Senado do Império, em meio a manifestações de júbilo da população quase que inteira da cidade, até à sua morte, ocorrida em 1879. O povo carioca prestou, então, as últimas homenagens ao Herói de Tuiuti, conduzindo o ataúde até a Igreja Santa Cruz dos Militares e de lá ao cemitério, em funerais que ficariam assinalados nos fastos históricos do Rio de Janeiro, pelo ineditismo de que se revestiram, dada a extraordinária afluência de gente, conforme ficou registrado na imprensa da época.

Justifica-se o carinho do nosso povo para com o Marquês de Herval. Na opinião do Barão do Rio Branco, que foi, além de diplomata, historiador de mérito, especialmente em assuntos militares, "nenhum outro general brasileiro foi mais justamente popular e querido do que Osório, grande e ilustre pela bravura, pela lealdade e pelo patriotismo".

O tombamento

Em 8-4-1938, iniciou-se o processo do tombamento da "Casa do General Osório". Tendo falecido a proprietária e logo em seguida a sua herdeira universal, residente na França, após muitos trâmites processuais, só