

*Aforamento e consultas (art. 100 do D.L. n.º 9.760/46) — obrigatoriedade destas: onde a lei não excepciona, não pode o intérprete fazê-lo.*

*Áreas de recuo: definição; quando se integram no domínio público.*

*O.S. n.º S.P.U.-1/67 — legalidade e desnecessidade de sua revogação.*

A O.S. n.º S.P.U.-1/67 (fls. 51) instruiu as Delegacias no sentido de que não fossem incluídas, na constituição do aforamento, as áreas de recuo estabelecidas em Projeto de Alinhamento (P.A.), considerando-se as mesmas porém para efeito de cobrança de taxa de ocupação, enquanto se mantivessem sob uso ou posse privados.

2. Entende, entretanto, a D.S.P.U.-GB, que a existência de título de propriedade, devidamente transcrito no R.G.I., — que assegura a preferência prevista no item 1.º do art. 105 do D.L. n.º 9.760, de 1946 —, deveria, igualmente, servir de justificativa para o não acolhimento de impugnação baseada em Projeto de Urbanização (P.A.) — fls. 50v.

3. Esse ponto de vista é esposado pela D.A. (fls. 53/54 e 71/73), sob o pressuposto de que a preferência estabelecida nos itens 1.º e 2.º do mencionado art. 105, lastreada em títulos de propriedade, devidamente transcritos no R.G.I., excluía os terrenos da obrigatoriedade da consulta às Municipalidades, para efeito de constituição de aforamento.

4. Já vimos (Parecer de fls. 64/68)

a) que aos terrenos de marinha se pode aplicar o regime do aforamento;

b) que o estabelecimento desse regime está sujeito, entretanto, à consulta obrigatória a vários Órgãos da Administração Pública, inclusive às Prefeituras Municipais (art. 100 do D.L. n.º 9.760/46) — que poderão impugnar a concessão do aforamento;

c) que a preferência ao aforamento não constitui direito líquido e certo, absoluto, do posseiro, nem do ocupante, porque, se assim fosse, inúteis seriam as audiências e as impugnações, porventura apresentadas.

5. A exceção, que se deseja estabelecer, não tem amparo legal, ainda mesmo que o aforamento seja pretendido com base na preferência lastreada em títulos de propriedade, — preferência que a lei reconhece apenas como elemento excludente de pretensões, de terceiros à enfiteuse, não da propriedade mesma, da propriedade em si.

Assim, considerar a existência do título de propriedade como determinante da exclusão do aforamento do regime de consultas prescrito no art. 100 do D.L. n.º 9.760/46, seria inverter os termos da lei, interpretar *contrario sensu*, decidir *contra legem*.

6. Os ofícios anexados às fls. 69/70, poderiam, quando muito, atender os casos específicos da consulta, mas não constituir motivo determinante de adoção de medidas genéricas, contrárias à lei.

Outrossim, a respeito cabem as seguintes indagações, atendendo a que as consultas devem ser respondidas pelas Prefeituras:

a) estaria uma autarquia estadual, encarregada da "Superintendência executiva de projetos especiais", capacitada a opinar em assunto de ordem legal de natureza jurídica?

b) a decisão comunicada nos ofícios, de grande relevância para o Estado, expressará o pensamento final do seu Governo?

7. Portanto, na concessão do aforamento, ou a União atende às condições expressas da lei ou poderá arcar com os ônus de medidas que lhe sejam contrárias, tomadas ao seu arrepio, para atender a interesses privados.

8. Vejamos agora algumas definições, que esclareçam melhor o assunto disciplinado pela O.S. 1/67, segundo o Código de Obras do Estado da Guanabara — Decreto "E" n.º 3.800, de 20.4.1970 e Lei n.º 1.574, de 1967:

Recuo — É a incorporação ao logradouro público de uma área de terreno pertencente à propriedade particular e adjacente ao mesmo logradouro, a fim de possibilitar a realização de um projeto de alinhamento ou de modificação de alinhamento aprovado pelo Governo do Estado.

Afastamento — É a menor distância entre duas edificações ou entre uma edificação e as linhas divisórias

do lote onde ela se situa e pode ser frontal, lateral ou de fundos, quando essas divisórias forem, respectivamente, a testada, os lados ou os fundos do lote.

*Non aedificandi* (área) — É a na qual a legislação em vigor nada permite construir ou edificar.

O parecer anexo (fls.) extraído da Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara (vol. 11, pág. 59/61), esclarece ser obrigatória a assinatura de termo de recuo, para que o Estado permita a construção, a fim de que esta obedeça ao respectivo P.A.

O referido parecer diz ainda que “quando se trata de mero afastamento — entre a linha de fachada e o limite do terreno, sobeja uma área que não é pública, mas permanece no domínio particular, com a característica de *non aedificandi*”.

O Decreto “E” n.º 3.800/70, citado, estabelece ainda que “as áreas de recuo, porventura existentes, serão cedidas gratuitamente ao Estado” — art. 23.

O Procurador RAYMUNDO FAORO, em artigo publicado na Revista de Direito do Estado da Guanabara (n.º 13, págs. 81/95) conclui dizendo:

a) que a imposição de recuo fundada em projetos de alinhamento e planos de urbanização não substitui o processo desapropriatório, não tendo o recuo o efeito de tornar indisponível a propriedade;

b) que “as disposições que regulam o modo de construção, bem como o aproveitamento do terreno”, *sem incorporá-lo ao logradouro público*, são condições da propriedade. Nessa categoria incluem-se os afastamentos impostos às edificações, às vezes cumulados com a obrigação necessária de construir “jardins de frente”. São as servidões — estas autenticamente servidões — *non aedificandi*.

Os comentários que se seguem são do Dr. ROCHA LAGO, também Procurador do E.G.B., *in* Revista de Direito da Procuradoria Geral do mesmo Estado (n.º 15, págs. 318/319).

“Ora, sendo uma norma jurídica, o projeto urbanístico pode vir a ser modificado a qualquer momento, pois é através a entrada em vigor de novas normas que a sociedade disciplinada pela ordem jurídica regula a transformação pacífica da ordem social, criando novos institutos, ou modificando ou alterando aqueles já existentes. O poder de modificar as normas jurídicas em vigor é, portanto, condição básica para a paz da sociedade, inexistindo limites jurídicos de qualquer espécie

para seu exercício, é claro que obedecidas as normas situadas em posição hierárquica superior. Dentro, porém, da esfera de criação de direito, própria da fonte produtora da norma jurídica, inexistem obstáculos para sua revogação, todas as vezes nas quais é ela efetuada através outra norma jurídica, isto é, preceito também dotado das mesmas características de generalidade, impersonalidade e objetividade.

Por esse motivo, *não fere direito subjetivo a entrada em vigor de projeto urbanístico tendo por objeto uma área até então completamente livre de disciplinamento*. O direito de construir, de que eram titulares os proprietários de imóveis naquele local, passou a ser disciplinado com maior rigidez, outorgada menor extensão a seu exercício; *não ocorreu, entretanto, qualquer violência ao direito de construir em si mesmo*, por haver sido regulado através norma jurídica. Da mesma forma, vigente um projeto urbanístico, pode ser ele revogado, total ou parcialmente, mediante a colocação em vigor de outro projeto urbanístico, desde, é claro, que se respeitem as características de generalidade, impersonalidade e objetividade, próprias da norma jurídica. Igualmente em tal caso não ocorreu infração ao direito de construir, o qual foi simplesmente disciplinado de outra forma.

Encontra-se, portanto, dentro dos poderes da Administração Pública a *modificação ou a completa revogação de projeto urbanístico vigente, desde, evidentemente, que o faça de forma geral, impessoal e objetiva*, isto é, substituindo uma norma jurídica por outra.

Exposta a natureza jurídica do projeto urbanístico, examinemos como se concretiza na realidade, através a prática de atos jurídicos de diferente natureza. *Uma vez em vigor determinado projeto urbanístico, pode ser ele efetivado seja mediante a iniciativa dos particulares, proprietários dos imóveis atingidos, dando prevalência ao novo alinhamento através os processos amigáveis de recuo ou investidura, seja através a forma coativa da desapropriação judicial*, pela qual passam à propriedade do Poder Público os imóveis necessários à consecução do projeto urbanístico. Trata-se, exatamente, da obediência pelo administrado dos deveres de dar, fazer ou não fazer de que falamos acima, através os quais aquele projeto se materializa. Na hipótese de desapropriação judicial, o projeto urbanístico é o motivo gerador do ato administrativo pelo qual se declara de utilidade

pública o conjunto de propriedades imobiliárias que devem passar para o patrimônio público para a realização do projeto." (o grifo é nosso)

9. *Ex positis*, podemos concluir que:

a) a União não pode, sob pena de grave ofensa à lei, conceder aforamento de terreno de marinha sem prévia consulta às Municipalidades, cuja impugnação, não contestada, implica na manutenção do regime de ocupação para o imóvel, ainda mesmo que a preferência ao aforamento seja a dos itens 1.º e 2.º do art. 105 do D.L. n.º 9.760/46, lastreada em títulos de propriedade;

b) a restrição ao direito de propriedade, se se caracterizar, nesses casos, com o abandono ou demora exagerada na execução dos P.A., ocorrerá por culpa exclusiva das Prefeituras, porque a União, em obediência a preceito expresso de lei, só poderá reconhecê-lo, se não houver impugnação do Órgão consultado, cabendo aos lesados, em demanda própria, fazer cessar o abuso de direito que tais fatos possam configurar, o que constituirá pura questão *inter alios*, todavia;

c) a área de recuo constitui uma incorporação do patrimônio particular ao logradouro público, devendo ser desintegrada daquele patrimônio por meio de doação ou desapropriação da área atingida pelo P.A.;

d) por força do ato impugnatório da Prefeitura, com lastro na lei, a área de recuo não pode ser incluída na área a ser aforada, devendo, outrossim, ser incorporada ao logradouro público por documento hábil (fls. 78/79) e, enquanto não o for, *permanecerá na posse ou uso privado, motivo porque estará sujeita ao pagamento da taxa de ocupação*.

10. Áreas *non aedificandi*, de afastamento, permanecem no patrimônio privado, pesando sobre elas, tão somente, restrições de uso.

11. Assim, data vênua, dos respeitáveis pronunciamentos de fls. 50v., 53/54 e 71/73 não encontramos razão de ordem lógica nem jurídica para alterar ou revogar a O.S. n.º S.P.U.-1/67, s.m.j.

12. Em face, todavia, dos ofícios de fls. 69/70, e para que se resguardem, integralmente, os interesses do Estado da Guanabara e se evitem quaisquer responsabilidades futuras da União, julgamos imperioso submeter o assunto, por sua

relevância, ao exame direto do seu Governador cujo expresso pronunciamento nos parece necessário, para a adoção do critério genérico, a que se refere o expediente de fls. 70.

É o parecer, *sub censura*.

A consideração do Sr. Diretor do S.P.U.

S.P.U. Assessoria Jurídica, em 30 de novembro de 1972.

*Pedro Franco Barbosa*

ASSIST. JURÍDICO

MAT. 1.184.777

ASSESSOR-CHEFE