BENS PÚBLICOS — AFORAMENTO — PREFERÊNCIA

— Não compete ao trabalho hermenêutico criar norma nova ou estabelecer comando diferente daquele que o direito objetivo instituiu.

— Interpretação do Decreto-lei n.º 893, de 26-11-1938.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

PROCESSO P. R. N.º 7.112-61

Presidência da República. Consultoria-Geral da República. E. M. n.º 94, de 6 de abril de 1961. Submete Parecer D-5, sôbre direito de preferência para aquisição de imóvel por parte da enfiteuta que incidir em comisso. "Aprovo 1) Parecer de S. Ex.ª e Consultor-Geral — 2) à Fazenda para os fins de direito. 12-4-61" (Exp. ao M. F., em 14-4-61).

PARECER

I — Em despacho apôsto à "Exposição de Motivos" n.º 113, do Senhor Ministro da Fazenda, datada de 16 de março último, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República determinou a audiência desta Consultoria-Geral, a proposito da caducidade de aforamento que se pretendeu automática, e ao revés sustentou-se dependente de ato específico, por parte de órgãos dos mais elevados do Ministério da Fazenda.

O processo tornou-se volumoso, e reflete bem uma certa preocupação formal dos órgãos da Administração, mais inclinados ao exame de incidentes Administrativo-pocessuais do que ao desate da controvérsia levantada. O interêsse da Fazenda Nacional não pode, na verdade, ser sotoposto às indagações da atribuição de um certo órgão, ou da discussão se êle deve pronunciar-se em tal fase ou ulteriormente. Nota-se, neste caso em exame, que a vontade de decidir em definitivo foi buscada, mas não houve meio de realizada. Com a vênia devida aos preopinantes, procurarei reduzir tôda a questão à mais estrita singeleza.

II — J. M. Rollas & Cia., com sede na Cidade do Rio de Janeiro, requereram à Comissão Revisora de Títulos e Terras a regularização de títulos de propriedade, referentes ao domínio útil de terrenos foreiros integrantes da Fazenda Nacional Santa Cruz, na Baixada Fluminense, com fundamento no art. 2.º do Decreto-lei n.º 893, de 26 de novembro de 1938.

Após muita discussão, muita marcha e muita contra-marcha, chegou a Administração a êste impasse: o Serviço

do Patrimônio da União opina que esta pode investir-se desde logo na posse do imóvel: por outro lado a Procuradoria-Geral do antigo Distrito Federal entendeu que tendo os requerentes feito uso do direito preferencial que lhes fôra outorgado, será de prosseguir-se até a alienação do terreno.

A mim parece que não deve ser autorizada a sua transferência a J. M Rollas & Cia., podendo e devendo a União investir-se na sua posse, e, depois de tomada esta providência, que é primária, deliberar a Administração se é de ser feita a sua cessão ao Ministério da Aeronáutica, ou o seu aproveitamento pela Fundação da Casa Popular.

III — Todo o problema gira em tôrno do entedimento que se deve dar à letra de certo dispositivo legal, como ainda da elasticidade atribuível ao exercício de um direito preferencial de antigo foreiro. A Primeira Comissão Especial Revisora de Títulos de Terras, apreciando a situação dos requerentes julgou irregulares os documentos por êstes apresentados, por haverem incidido na sanção do art. 7.º do Decreto-lei n.º 893, de 26 de novembro de 1938. Posteriormente, foram êles convidados a exercitar dentro de 6 meses o direito de preferência para a aquisição do terreno, e satisfizeram a exigência Até hoje não foi ultimado o processo aquisitivo.

Após os expedientes acima referidos, surgiram as pretensões, da Fundação da Casa Popular e do Ministério da Aeronáutica, havendo mesmo um Projeto de Lei (n.º 4.167-58), apresentado à Câmara dos Deputados, autorizando o Poder Executivo a desapropriar a área em favor da Fundação da Casa Popular.

Disciplinando em especial o aproveitamento agrícola da Fazenda Nacional de Santa Cruz, o Decreto-lei n.º 893, de 26 de novembro de 1938, regula o seu aforamento. Segundo apurou a Primeira Comissão Especial Revisora de Títulos de Terras, os Requerentes *incidiram na sanção* do seu art. 7.º,

Reza êste dispositivo:

"A União investir-se-á, indepedentemente de qualquer formalidade, e mediante o pagamento do preço da aquisição, de acôrdo com o art. 685 do Código Civil, na posse das terras que tenham sido objeto de venda ou cessão sem sua prévia audiência".

Não cabe levantar dúvida sôbre a *quaestio facti*, sôbre a qual pesa o silêncio da definitividade. Apurada pelo órgão competente a falta prevista, não cabe reabrir sôbre o assunto nenhum debate. Apenas pende de estudo a *quaestio iuris*, a saber de que depende a conseqüência legal. E a simples leitura do inciso é hábil a autorizar uma e só uma conclusão: investir-se a União na posse do imóvel, independentemente de qualquer formalidade, salvo apenas o pagamento do preço de aquisição. Não há ponderar na existência ou na inexistência de interêsse. Não há considerar se aquela investidura fica na dependência de necessitar dêles a União, para atender à exigência do Serviço Público.

O art. 7.º definiu um direito, com tôdas aquelas características do poder de ação ou de *facultas agendi*, que as noções de direito subjetivo revestem, na palavra dos que se travam de razões na sua conceituação. E, como direito definido e expresso, deve entender-se nos têrmos em que a norma o confina. Não foi instituída nenhuma condição ao seu exercício, nem ficou subordinada a sua efetivação à apuração de requisito externo. Dizendo a lei que a imissão de posse independe de outra formalidade, o órgão de execução dela pecará de um desvio de perspectiva, se exigir, para a sua aplicação, a verificação de formalidade consistente na apuração da ocorrência de um interêsse do Serviço Público.

A obra do intérprete, por muito longe que se possa levar o seu conceito, e por mais que a interferência de escolas lhe imponha variações de conteúdo, tem o sentido especial, próprio, de esclarecer: de fazer que ressalte a idéia dominante; de obrigar que o pensamento e a von-

tade surjam da linguagem que a norma reveste; revelar, como Eneccerus ensina, o sentido realista do Direito em coordenação com a própria realidade da vida.

Mas não compete ao trabalho hermenêutico criar norma nova, ou estabelecer comando diferente daquele que o direito objetivo instituiu. Se o Legislador, com o seu poder de criação, estabelece uma preceituação, pode o seu aplicador, o seu executor ou o seu hermenêuta perquirir a profundidade da sua incidência, porém foge de tôda regra se elaborar uma normação paralela ou se introduzir, no momento da execução, elemento estranho ao seu conteúdo.

Se no instante em que ditou a sua vontade o Legislador demarcou os limites de atuação dela, não pode alguém a pretexto de entendê-la, aditar-lhe qualquer fator impeditivo do pleno desenvolvimento. E, se ficou estipulado que a vontade da lei vigora sem a verificação de fatôres de apuração material externa, a introdução de um que seja implica, em realidade, desvirtuamento do próprio mandamento legal.

Ao impor a sanção para a situação prática que previu, o legislador conferiu à União investir-se na posse sem o tropêço de examinar a ocorrência de um interêsse do serviço público. Não á possível, òbviamente, condicionar o exercício daquele direito, à apuração dêste requisito. Mesmo porque, o interêsse público está ínsito na própria norma. O interêsse está integrado na apuração mesma do comportamento do particular, a quem era vedado negociar o terreno aforado, e, não obstante, desviou-o da sua finalidade para fazê-lo objeto de uma transmissão condenada

E a invocação do art. 685 do Código Civil é mais esclarecedora, pois que prevendo falta idêntica e sanção análoga, assegura ao senhorio direto a faculdade de reconquistar o bem aforado, sem a menor alusão a uma remota verificação de interêsse. O dispositivo é de punição ao enfiteuta que vende ou dá em pagamento o domínio útil sem prévio aviso ao senhorio direto. E a sanção é a preferência dêste na aquisição daquele, sem a comprovação de um interêsse nem um balanceamento de conveniências, mediante, simplesmente, o depósito da quantia correspondente ao preço de aquisição.

Especificamente prevista é a hipótese dos terrenos da Fazenda Santa Cruz: apurado o requisito material da infração, compete à União investir-se automàticamente na posse da gleba, mediante o pagamento do preço da aquisição, independentemente de mais formalidades.

IV — Mas, no caso, parece ter impressionado a um dos pré-opinantes o fato de haver sido oferecido aos Requerentes um direito preferencial de reaquisição. E parece ter-lhe calado no espírito a idéia de que haveria um direito, inscrustado no patrimônio, obrigando a Administração Pública a prosseguir no processamento da alienação. A vender, quando não quer, não pode, e não deve mais vender.

Mas não existe, efetivamente, tal direito. O oferecimento da oportunidade de adquirir preferencialmente não constitui desde logo uma aquisição, Nem mesmo aparece um comêço de alienação. O que isto traduz é, meramente, o convite a que declare alguém se conserva a intenção de comprar, ou se não se interessa pelo bem. A sua manifestação positiva qualifica-o, tão-sòmente, como um interessado potencial na aquisição, para a hipótese de pretender a União efetuar a venda do imóvel. A sua manifestação negativa ou a sua omissão desclassifica-lo-ía da potencialidade de comprador Ante o convite para declarar em prazo fixado se pretente usar o direito de preferência, uma de duas ocorreria: ou a União ficaria com a liberdade de vender a quem quisesse; ou estaria adstrita a um certo vendedor. Mas não ocorreria, em nenhuma delas, a obrigação de vender.

Nem a obrigação de vender a qualquer, nem a obrigação de vender a um certo comprador.

Na verdade, para que existisse a obrigação de vender, e para que houvesse

o dever de prosseguir no processamento da venda aos Requerentes, seria de mister que o convite para manifestar a preferência criasse um direito de comprar.

Ora, os têrmos mesmos do convite já determinam o contéudo do direito, limitado à preferência, e não à compra. Preferência de comprar, se a coisa fôr vendida. Mas a preferência se desfaz em nada, se não aparecer a hipótese da compra. Aquêle que tem o direito preferencial pode exercê-lo nos limites da preferência. Mas não pode metamorfosear o seu direito de preferência, em direito absoluto à própria coisa ou ao próprio ato negocial. Se alguém tem um direito contra outrem pode exercê-lo. Se há um direito de realizar um contrato, pode compeli-lo a efetuar o contrato. Mas se há prioridade apenas, esta exerce-se no caso de ocorrer a circunstância prevista.

Trata-se de um direito condicional. Um direito que resta no estado potencial, em subordinação a um acontecimento futuro e incerto. Se a venda fôr feita, o titular tem a preferência. Se a venda não fôr feita, inexiste a faculdade de aquisição. O interessado tem preferência para adquirir, porém a aquisição está sujeita ao implemento da condição, que consiste na realização da venda. Nem chega a constituir um direito eventual, construção moderna da doutrina (Josserand, *Cours de Droit Privé Positif Français*, I, n.º 113; Demogue, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1.905, p. 723), e do qual distingue-se o direito condicional, em que, neste, o acontecimento superpõe-se ao direito (Depage, *Traité Élémentaire* I, n.º 171).

Como direito subordinado a uma condição suspensiva, é insuscetível de aquisição enquanto o evento se não realiza (*Cód. Civil*, art. 118).

Os Requerentes, tendo manifestado a preferência para aquisição, tornaram-se titulares do direito de adquirir preferentemente. Mas é evidente, a tôda a evidência, que a alienação constitui um evento futuro e incerto. Enquanto não fôr vendida a gleba, pende a condição, e o direito se não adquire. Que dure um mês, um ano, dez anos. Não importa. não ocorrendo o implemento da condição, o direito permanece em estado de pendência. E nem o interessado o adquire, nem se dá uma ofensa, porque não há contrariedade à pretensão (Anspruch).

Até quando? Ou não haverá um paradeiro à situação de potencialidade?

Se o acontecimento não se realiza, falha a condição. E, na hipótese da consulta em que esta é suspensiva, o direito não tem nascimento, (Ruggiero *Instituição*, vol. I, § 31).

E a obrigação também, òbviamente: *"Les effets de la défaillance de la condition sont extrèmement simples. S'il s'agit d'une condition suspensive, l'obligation ne prena pas naissance. Les parties sont dans la même situation que si elles n'avaint pas contracté"* (De Page, ob. cit., 169).

Tudo indica que a condição jamais se realizará. A Fundação da Casa Popular interessa o imóvel, com que se socorrerá na solução do grave e sempre presente problema habitacional. O Ministério da Acronáutica manifestou interêsse em que lhe seja o terreno cedido. Tudo é, então, de molde a admitir que venda não haverá e, de conseguinte, que a condição jamais se realizará.

E, então, nunca os Requerentes poderão acusar a União de ter ocasionado lesão a um direito seu.

Daí, resumidamente, concluir que à União cabe investir-se na posse do imóvel independentemente de qualquer formalidade, e sem que se torne preciso apurar o requisito, do interêsse do Serviço Público. E, por outro lado, não têm os Requerentes um direito à compra, senão mero direito de preferência no caso de ser a gleba vendida, direito que não mais subsistirá, desde o momento em que, pela utilização outra que não a venda, ter-se-á como falha a condição.

É o que parece, salvo melhor juízo.

Brasília, 5 de abril de 1961. — *Caio Mário da Silva Pereira*, Consultor-Geral da República.