— Incabível ação declaratória para obter o aforamento de terrenos da União.

PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL

PROCESSO N.º 0768-55 164/79

PARECER

O autor promove, contra a União, Ação Declaratória *para o fim de* lhe ser reconhecido direito preferencial *ao aforamento* da área de marinha e acrescidos, do domínio nacional, limítrofe à faixa alodial de que se diz proprietário, direito esse que, segundo afirma, lhe é assegurado no art. 105, do Decreto-lei nº 9 760, de 1946.

2. Diz o autor que, há 10 anos, o Serviço do Patrimônio da União — SPU se omite em decidir o aforamento da referida área, por ele requerido no processo nº 250 694/65 e que, além do mais, vem permitindo que ali se localizem invasores, *com evidente atentado ao seu direito* (dos autores).

3. Acrescenta, ainda, que tais fatos foram denunciados à douta Procuradoria da República que, através do 6º Dr. Procurador, interveio em ação possessória visando à reforma de decisão que desfavorecera o autor.

Preliminarmente

4. Como se demonstrará, examinando a legislação que regula a administração do patrimônio imóvel da União (Decreto-lei nº 9 760, de 1946), o autor é carecedor de ação, por inexistir, nessa legislação, o aludido *direito preferencial ao aforamento* dos bens do domínio nacional.

5. Demais disso, o processo mencionado, de nº 250 694/65, está paralisado por haver surgido litígio judicial entre o autor e um terceiro, que obteve, na Justiça comum, a referida decisão possessória em que interveio o Dr. Procurador da República, *apenas para alegar a incompetência* da aludida Justiça.

Mérito: o Aforamento

6. Vejamos, agora, como se processa a aplicação do regime enfitêutico aos bens imóveis da União, e em que consiste a questionada preferência ao seu aforamento. Preceitua o art. 64, do Decreto-lei nº 9 760, de 1946:

"Art. 64 Os bens imóveis da União, não utilizados em serviço público, poderão, qualquer que seja a sua natureza, ser alugados, *aforados,* ou cedidos.

§ 2º O aforamento se dará quando *coexistirem a conveniência de radicar-se o indivíduo ao solo e manter-se o vínculo da propriedade pública.*

7. Vê-se, assim, que *a lei não obriga a União a aforar os seus terrenos.* Ela os aforra *se julgar conveniente* e desde que não estejam sendo "utilizados em serviço público". Aliás, ensina Helly Meirelles que a destinação normal dos bens públicos é a sua utilização pelo povo ou *pelos serviços ad-*

ministrativos. A transferência a terceiros é exceção. (Direito Administrativo, p. 435).

8. Constatada a conveniência de aforar determinado terreno e obtida prévia e expressa autorização do Presidente da República nesse sentido (art. 99), prescreve o art. 100, do Decreto-lei:

"Art. 100 A aplicação do regime de aforamento a terras da União, quando autorizada na forma deste Decreto-lei, compete ao SPU, *sujeita, porém à prévia audiência:*

a) *dos Ministérios Militares, por intermédio dos Comandos das Regiões Militares.*

9. Essa audiência visa a averiguar se os terrenos a serem aforados interessam a esses Órgãos para seus serviços. *Se interessarem, o aforamento será impugnado e a sua aplicação cancelada.* Não havendo impugnação, prosseguirá a DSPU em seu processamento, observado o disposto nos art. 104 e 105 da lei, *quando então surge preferência a que aludem os autores,* regulada nos arts. 104 e 105, que assim dispõem

Art. 104 Decidida a aplicação do regime enfitêutico aos terrenos compreendidos em determinada zona, o SPU notificará os interessados para que requeiram o aforamento dentro do prazo de 90 dias *(omissis).*

Art. 105 *Tem preferência ao aforamento:*

1º — os que tiverem título de propriedade devidamente transcrito no Registro de Imóveis;

2º a 10 — *omissis.*

A preferência ao aforamento

10. Em síntese: a União afora os seus terrenos, se, *a seu critério, convier ao interesse público e desde que deles não necessita para seus serviços* (art. 64); o regime enfitêutico só é aplicado *se as entidades de Direito Público enumeradas no art. 100 não o impugnaram;* se decidir pelo aforamento e não houver essa impugnação, a União dará preferência ao aforamento às pessoas e entidades enumeradas no art. 105.

11. É de manifesta evidência que, antes dessa decisão, a preferência ao aforamento não passa de *mera expectativa de direito,* que deixa de existir, se o aforamento não for concretizado. Expectativa em nada semelhante ao *direito adquirido, universalmente conceituado como aquele que o seu titular pode exercer.*

12. Nesse sentido dispõe o § 2º, do art. 6º, da Lei de Introdução:

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular ou algum por ele possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida *inalterável a arbítrio de outrem.*

13. Indaga-se, o Governo é obrigado a aforar os terrenos da União dentro de um determinado prazo ou a lei lhe faculta aforá-los *se e quando,* a seu arbítrio, entender conveniente ao interesse público? E, se não decidir aforá-los, o titular daquela transcrição *pode exigir,* com fundamento na apontada preferência, que o faça?

14. Assim conceitua M. Waline o direito adquirido:

"Le droit subjectif est donc une faculté sanction née par la loi au profit d'une persone *à la suite d'un acte juridique ayant determiné a son profit l'application de tel statut légal; ou, plus briévement: le droit subjectif est droit né de la loi et d'un acte subsequent"* (nosso o destaque — Waline, M. *Manuel elémentaire de droit administratif,* 1946. p. 98).

15. O ato subseqüente, a que se refere Waline, é exatamente a decisão de aforar, sem a qual não há qualquer direito.

16. Ninguém melhor do que Henri de Page melhor conceitua o alcance jurídico da *expectativa de direito,* ao ensinar:

"As simples expectativas (de direito). Assim se denominam as conseqüências favoráveis que um indivíduo pode esperar de uma situação jurídica, da qual, contudo, ele não pode beneficiar-se, pela *ausência de um ato preciso e formal,* ou por proibição legal: assim a vocação hereditária de um parente vivo.

"Não são direitos, nem condicionais, nem simplesmente eventuais, mas esperanças, possibilidades. Elas não são juridicamente protegidas, no sentido de que nenhuma medida cautelar pode ser adotada e uma legis-

lação nova pode eliminá-las." (*Traité élémentaire du droit civil belge.* v. 1, p. 220.)

17. Cumpre esclarecer que a *preferência ao aforamento de terrenos de marinha* foi, por duas vezes, eliminada por atos legislativos. O Decreto-lei nº 4 120, de 21 de fevereiro de 1942, revogou o Decreto-lei nº 3 438, de 17 de fevereiro de 1941, *que a assegurava,* e o Decreto-lei nº 5 666, de 15 de julho de 1943, a restabeleceu pelo prazo de dois anos, *que se extinguiu no dia 15 de setembro de 1945,* passando a vigorar novamente a partir da vigência do Decreto-lei nº 9 760, de 5 de setembro de 1946. Não nos conta que essas alterações tenham motivado, na época, qualquer reclamação por parte dos interessados, *o que não ocorreria, evidentemente, se eles fossem titulares de um direito subjetivo.*

18. Seabra Fagundes, com sua grande autoridade, assim conceitua o que seja *direito adquirido:*

"Os direitos individuais em frente ao Estado têm sempre a sua fonte primária e essencial na lei. *Algumas vezes,* bastam o enunciado legal e o preenchimento, pelo indivíduo de certas condições de fatos e de direito que a lei prescreva, para que comece a existir o direito subjetivo do administrado. É o que se verifica, *não somente com os direitos de alcance universal, como, por exemplo, o de isenção tributária.* A norma enuncia, de modo geral, o direito e ele se incorpora ao patrimônio jurídico do administrado, no momento em que este preenche os requisitos aos quais ficou condicionada a sua individualização. Os procedimentos administrativos, quando tenham lugar, se destinam apenas a torná-los praticamente eficazes e não a fazê-los nascer. *Em outros casos, o ato administrativo pode ser a fonte imediata do direito subjetivo. A lei será inoperante por si mesma. É preciso que lhe suceda ato administrativo de aplicação, a fim de que nasça direito subjetivo para alguém."* (Nosso o destaque — *Controle,* p. 176.)

19. Eis a interpretação dada pelo eminente Magistrado Amilcar Laurindo Ribas *à preferência que ora se discute,* em sentença confirmada, com elogios, pelo egrégio Tribunal Federal de Recursos:

"A preferência não é, nem jamais foi, fonte autônoma de direito, senão e só direito subsidiário de exercê-lo. Ela apenas atua em função de um *direito preexistente,* a que se condiciona, latente a expectativa: *ou o direito nasce e a preferência se exerce ou, então, o direito jamais se cria e ela não tem ocasião de ser exercida,* ficando absorvida pelo sua extinção. Se e quando se perfaça a condição, ela a torturante síntese da enunciação da preferência." (Nosso o destaque. Apud Oliveira, J. E. Abreu de. *Aforamento de marinha.* 1966.)

20. Em parecer proferido na douta Consultoria-Geral da República, o eminente Prof. Caio Mário da Silva Pereira examinou, exaustivamente, o alcance jurídico da *preferência* assegurada pela legislação administrativa para aquisição dos bens imóveis da União, chegando à conclusão que o direito à aquisição inexiste mesmo depois de a União oferecer o imóvel ao titular da preferência.

21. São desse parecer, que foi publicado na *Revista de Direito Administrativo,* v. 65, p. 311-313, os lances abaixo transcritos:

"Mas não existe, efetivamente, tal direito, o oferecimento da oportunidade de adquirir preferencialmente não constitui desde logo uma aquisição. Nem mesmo aparece um começo 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-somente, *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 desclassificá-lo-ia da potencialidade de comprador. Ante o convite para declarar em prazo fixado se pretende usar o direito de preferência, uma de duas ocorreria: ou a União ficaria com liberdade de vender a quem quisesse, ou estaria 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."

Trata-se de um direito condicional. *Um direito que resta no estado potencial, em su-*

bordinação a um acontecimento futuro e incerto. Se a venda for feita, o titular tem a preferência. Se a venda não for 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 no direito eventual,* construção moderna da doutrina (Josserand. *Cours de droit privé positif français.* v. 1, nº 133; Denogue, *Revue Trimestrielle Droit Civil,* p. 723, 1905, e do qual distingue-se o direito condicional, em que, neste, o acontecimento superpõe-se ao direito (De Page. *Traité elémentaire.* v. 1, nº 171).

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

22. Essa a exata conceituação da *preferência no aforamento* assegurada pela legislação específica e que o autor pretende transformar em *direito subjetivo incrustado* na propriedade imobiliária da Nação, que se presume, como ocorre com a propriedade privada, *exclusiva e ilimitada* (art. 527, do C.C.).

CONCLUSÃO

Está assim demonstrada a total improcedência da Ação, razão pela qual espera a União que seja ela julgada improcedente, com a condenação do autor nas custas e demais cominações legais, bem assim que, com fundamento e na forma estabelecida no art. 260, do CPC, seja impugnado o ridículo valor dado à causa.

É o parecer.

Procuradoria da Fazenda Nacional no Estado do Rio de Janeiro, em 1º de fevereiro de 1980.

(a) *Ignacio Loyola Costa,* Procurador de Assuntos Patrimoniais.

Aprovo o lúcido parecer pelos seus jurídicos e legais fundamentos.

Oficie-se à Procuradoria da República restituindo-se os autos que deverão ser acompanhados da cópia do referido parecer e cópia d manifestação da DSPU-RJ e publique-se.

Procuradoria da Fazenda Nacional no Estado do Rio de Janeiro, em 4 de fevereiro de 1980.

(a) *Hermano Américo Falcone,* Procurador-Chefe.