

**Prêmio “Trabalho Relevante do Ano”  
do Departamento Patrimonial**

CONTESTAÇÃO APRESENTADA PELA MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, EM AÇÃO ORDINÁRIA NEGATÓRIA DE SERVIDÃO, EM QUE SE DISCUTE A NATUREZA DE SERVIDÃO DE PASSAGEM DE PEDESTRES.

---

*Arnaldo Cellini da Rocha Jr. – Procurador Municipal*

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública.

O Município de São Paulo, nos autos da ação ordinária negatória de servidão proposta por Condomínio Edifício Gardênia e Edifício Glicínia, vem, por seu procurador no final assinado, lotado na avenida Brigadeiro Luiz Antonio 972, 4º andar, tel. 239-3833, ramal 36, apresentar sua contestação a seguir articulada:

Do indeferimento da petição inicial (CPC, art. 295, IV).

1. Todo e qualquer direito ou ação contra as pessoas jurídicas de direito público interno, seja qual for a sua natureza, prescreve em cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originou (Decreto 20.910, de 6.1.32, art. 1º).

O autor alegou que o fato omissivo imputado ao réu, que implicaria em "renúncia" ao seu direito (?), teve o seu termo inicial "há doze (12) anos" (fl. 4, item 5). Confirmado: Auto de Conclusão — 2.9.82 (fl. 35); citação do réu - 15.9.94 (fl. 52) = mais de doze anos.

Ainda que assim não fosse — apenas para argumentar — por tratar-se, evidentemente, de *ação real* (CC, art. 44, I), o que o autor demonstrou expressamente (fl. 5, item 10), a ação também estaria prescrita (CC, art. 177).

A circunstância de não ter o juiz indeferido liminarmente a inicial não o impede de extinguir posteriormente o processo, e se for por motivo de prescrição, há encerramento com julgamento do mérito (cf. notas 5 e 11 ao art. 295 do CPC de Theotonio Negrão, 25ª ed., p. 263).

#### Da carência da ação (CPC, art. 301, X)

2. Em suma, o autor postula — supondo erroneamente tratar-se de servidão predial civil (CC, arts. 695 a 712) —, desconstituí-la e imitir-se na posse da área de passagem de pedestres contígua (fls. 5/6, item 12).

Não se cuida, "in casu", de servidão predial civil, entre outras razões, porque:

2.1 - inexistente "prédio dominante", indispensável pressuposto do instituto (CC, art. 695);

2.2 - servidão civil não se presume (CC, art. 696);

2.3 - ainda que houvesse servidão civil, a ação não poderia prosperar, visto que o autor confessou o efetivo exercício do ônus por doze anos, e teria se consumado a prescrição aquisitiva em favor do réu (CC, art. 698 "caput"), observada a súmula 237 do STF: "O usucapião pode ser argüido em defesa";

2.4 - não houve abertura de nova via pública que tornasse a passagem de pedestres sem serventia (fl. 5, item 11), porquanto o longo e cansativo acesso da avenida do Café até a estação Conceição do Metrô, através da avenida Eng.º Armando de Arruda Pereira — ao contrário do alegado pelo autor (fl. 4, itens 5 e 8) —, já estava aberto antes mesmo da existência do autor (cf. fl. 37);

2.5 - a cláusula 2ª da escritura pública de compra e venda e outras avenças, celebrada entre a Emurb e a incorporadora do autor, Geometral — estipulada como condição resolutiva tácita (CC, par. ún. do art. 119) —, denominou a passagem de pedestres como “servidão pública de passagem” (fl. 13), que é instituto jurídico de direito administrativo, regido por princípios e normas que não aqueles reguladores de relações jurídicas entre particulares.

3. “Servidão administrativa ou pública” — conceitua Hely Lopes Meirelles — “é ônus real de uso, imposto pela Administração à propriedade particular, a fim de assegurar a realização e manutenção de obras e serviços públicos ou de utilidade pública” (Direito de Construir, 3ª ed., p. 141).

Em outra obra o conspícuo administrativista esclarece e distingue: “A servidão civil é direito real de um prédio particular sobre outro, com finalidade de serventia privada “uti singuli”; a servidão administrativa é ônus real do Poder Público sobre a propriedade particular, com finalidade de serventia pública — “publicae utilitatis” (Direito Municipal Brasileiro, 6ª ed., p. 303).

3.1 - Walter T. Álvares leciona que as servidões administrativas independem de inscrição no registro imobiliário (Direito da Energia, vol. III, p. 719/721), e com toda razão, eis que o art. 1º da Lei de Registros Públicos reza: “Os serviços concernentes aos registros públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta lei”. Ora, sendo as servidões públicas instituto de direito administrativo, obviamente não dependem, para sua eficácia, de registro imobiliário.

3.2. No entanto, ao contrário de Celso Antonio Bandeira de Mello, que entende ser o bem gravado com servidão administrativa “singularmente fruível pela Administração ou pela coletividade em geral” (grifamos —

Elementos de Direito Administrativo, 1ª ed., p. 179/180), Hely sustenta: "Servidão pública não significa "servidão para o público", mas sim servidão para o Poder Público" (grifamos — Direito Administrativo Brasileiro, 15ª ed., p.456). "Quid iuris"?

4. Se não se cuida de servidão civil, com certeza, nem de servidão pública, havendo dúvida, até por exclusão só pode tratar-se de bem público de uso comum do povo (CC, art. 66, I), como se demonstrará a seguir.

4.1 - Quando ainda era titular do domínio da área da passagem pública de pedestres, em 16.5.80 (fl. 9) a Empresa Municipal de Urbanização — EMURB, destinou-a expressamente ao uso comum do povo (fl. 13, cláusula 2ª).

4.2 - Irrelevante, e até compreensível, que tenha impropriamente designado tal destinação de "servidão pública", porque incluiu o respectivo subsolo no projeto que elaborou, aprovado pela Prefeitura em 15.6.79 (fl. 19), a fim de que pudesse "sua área ser incluída para os cálculos de coeficientes urbanísticos" (fl. 13, cláusula 2ª); em obediência à legislação municipal.

4.3 - NAS DECLARAÇÕES DE VONTADE SE ATENDERÁ MAIS À SUA INTENÇÃO QUE AO SENTIDO LITERAL DA LINGUAGEM (CC, art. 85).

Vale, em Direito, a efetiva natureza jurídica do ato, e não sua eventual imprecisão terminológica. Um comodato não deixa de sê-lo porque os contratantes o denominaram impropriamente de locação, e vice-versa.

4.4 - Pontes de Miranda doutrina: "O titular do direito sobre os bens do art. 66, I, não é a pessoa de direito público, é o povo mesmo, posto que ao Estado caiba velar por eles" (Tratado de Direito Privado, 3ª ed., tomo II, p. 136). E prossegue: "... são, de regra, bens do Estado, que sobre eles exerce poder público, e não o poder de proprietário. Por serem destinados ao uso comum, tal poder público está limitado pela destinação que se lhes deu e somente por lei se pode mudar". "Enquanto tal destinação não cessa, há direito líquido e certo a uso comum, suscetível de proteção por mandado de segurança".

"O uso comum é exercício de direito público, e não de direito privado (A. Ubbelohde, Die Interdicte, II, 536, pensava em servidão, ou seme-

lhante direito de ordem privada, o que é de repelir-se" (grifamos - p. 137).

"A destinação ao uso comum do povo (...) provém de manifestação de vontade da entidade de direito público a que pertence o bem público. Então a destinação - negócio jurídico unilateral — importa em passagem do bem ao uso comum do povo". "... se bem que, para ela (destinação) não se faça mister ato administrativo (expresso !) — decreto, ato no sentido estrito, portaria, ou qualquer outra modalidade — bastando fatos indicativos do apossamento do terreno para transformá-lo em via pública (RT 148/215, 168/33 grifamos - p. 143/144).

4.5 - A Prefeitura, ao expedir o alvará de licença (fl. 19) e aprovar o projeto (fls. 37/38), praticou ato administrativo de aceitação tácita da destinação ao uso comum, efetuada pela EMURB à área da indigitada via de circulação de pedestres (exceto o subsolo). A propósito, Orlando Gomes ministra: "É certo que hoje se admite possa o subsolo ser objeto de propriedade distinta do solo" (Direitos Reais, tomo 1º, 3ª ed., p. 138 - grifamos).

Acresce que, nas plantas aprovadas, a incorporadora declarou expressamente que a Prefeitura não reconhecia o seu direito de propriedade sobre o terreno, ou seja, sobre todo o terreno, já que parte dele fora destinado pela EMURB ao uso comum do povo, como via de circulação de pedestres, cujo traçado e metragens estão configurados nas respectivas plantas (fls. 37/38), nada importando os dizeres inseridos pela incorporadora GEOMETRAL sobre o traçado da via pública de circulação de pedestres (= "limite da faixa destinada à passagem exclusiva de pedestres a ser concedida em servidão"), não só em face da regra do art. 85 do CC, mas também porque os projetos são examinados por engenheiros, leigos em Direito.

5. Os bens públicos de uso comum do povo são inalienáveis e fora do comércio (CC, arts. 66, I, 67 e 69) e, por consequência, NÃO PODEM SER APPROPRIADOS POR PARTICULARES COM EXCLUSIVIDADE: exatamente o que pretende o autor (fls. 5/6, item 12).

GABRIEL J. R. DE REZENDE FILHO define as condições da ação como aquelas indispensáveis "para que o autor obtenha uma sentença favorável" (Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 6ª ed. p. 169). Sendo a possibilidade jurídica uma das condições da ação, o processo há de ser extin-

to sem julgamento do mérito (CPC, art. 267, VI), caso “ab absurdo” não seja reconhecida a prescrição da ação.

#### Do mérito

6. Depois de ensinar que “os bens de uso comum do povo (vias e logradouros públicos) estão dispensados de registro (imobiliário) enquanto mantiverem essa destinação”, Hely Lopes Meirelles afirma: “O usucapião poderá também ser utilizado para a aquisição de bens pelo Município” (“omissis”, Direito Municipal Brasileiro, 6ª ed., p. 235), e a Súmula 237 do Pretório Excelso enuncia: “O usucapião pode ser argüido em defesa”.

6.1 - O autor afirmou “que referida passagem apesar de devidamente entregue à administração municipal”...(fl. 3 “in fine”), ... “decorridos doze (12) anos”...(fl. 4, item 5), e, assim, confessou a situação fática e temporal necessária ao reconhecimento da prescrição aquisitiva em favor do réu.

6.2 - O Município tem justo título (fl. 13), e no registro imobiliário há expressa referência à condição — negócio jurídico unilateral — imposta pela EMURB (destinação ao uso comum), “verbis”: “A presente venda e compra tem como condições, além das demais previstas na citada escritura” ... (fl. 20v).

Portanto, o réu atende a todos os requisitos do art. 551 do CC, o que fulmina a pretensão do autor, embutida nesta ação mal denominada porquanto a negatória é de índole preponderantemente condenatória (= não utilizar uma servidão), ao passo que esta demanda tem a natureza intrínseca de ação reivindicatória (CC, art. 524), de maior intensidade executiva (= imitir-se na posse da área de bem público de uso comum do povo).

6.3 - A alegada falta de policiamento e conseqüente perigo ou violação ao patrimônio dos condôminos (fls. 3/4, item 4), é assunto da competência da Secretaria de Segurança Pública do Estado.

6.4 - Quanto ao alegado no item 6 (fl. 4) observa-se que a certidão do 8º CRI está incompleta, visto que na fl. 20 vê-se que faltam folhas anteriores pelo “meio carimbo” daquela serventia, e na fl. 32v “in fine” consta: “continua na ficha nº 14”, que não está certificada a seguir. Além, nem a especificação (fl. 21 e seguintes), nem a convenção do condomínio (fls. 33/34v), fazem men-

ção à área da passagem pública como área comum. Ainda que se tratasse de servidão pública, a eventual falta de título específico e respectivo registro imobiliário seria insignificante, em face da Súmula 415 do STF: "Servidão de trânsito não titulada, mas tornada permanente, sobretudo pela natureza das obras realizadas, considera-se aparente, conferindo direito à proteção possessória".

6.5 - O fato de eventualmente não constar a existência da viela pública no Guia Mapograf (fl. 4, item 7) é irrelevante, pois tal publicação é editada por empresa privada de publicidade, sem nenhuma vinculação ou responsabilidade da Administração municipal. Segundo o autor, "quod non est in Mapograf, non est in mundo"...

6.6 - Diante do quadro dantesco pintado na inicial, o signatário desta foi pessoalmente ao local e constatou que:

- referida via pública de circulação de pedestres estava com movimentação normal de transeuntes, utilizando-a para, saindo das escadas rolantes da estação Conceição do Metrô, alcançar diretamente a avenida do Café e adjacências, e vice-versa;
- a pavimentação do indigitado logradouro público é a mesma do passeio existente na avenida do Café, ou seja, ladrilhos padronizados formando o desenho estilizado do mapa do Estado de São Paulo;
- na passagem pública há dois postes de iluminação pública com luz de mercúrio. Não havia nenhum ébrio, ou pedinte ou pessoa em atitude suspeita;
- aludida via pública é ligada ao pátio das escadas rolantes da estação Conceição através de alguns lances de degraus, provavelmente construídos pela Cia. do Metrô, ou pela EMURB;
- a ruela pública estava limpa, conservada e sem dejetos, ao contrário da pintura surrealista contida na inicial (fls. 3/4). Acresce, no tocante à limpeza e conservação, que o autor não juntou à exordial cópia de requerimento encaminhado à Administração Regional reclamando da situação;

- quanto à alegada infiltração de água (fl. 4), o problema — se é que existe — poderia ser facilmente resolvido pela impermeabilização do teto do subsolo correspondente (parte da garagem do condomínio);
- se a passagem pública viesse a ser suprimida, como pretende o autor, os usuários do Metrô, principalmente, teriam de percorrer longo trajeto pela avenida Eng.º Armando de Arruda Pereira até a Avenida do Café, em acentuado aclive, e vice-versa, até o pátio das escadas rolantes da estação Conceição (cf. fl. 37)

6.7 - Sobre o item 10 da inicial (fl. 5), cumpre invocar a lição de Orlando Gomes ao comentar as limitações ao direito de propriedade, ressaltando: "Das limitações legais ao direito de propriedade, salientam-se, pela crescente importância, as que se inspiram no princípio da predominância do interesse público" acrescentando que "no direito moderno, esse primado do interesse público ganhou notável acento, influenciando no próprio conceito de propriedade. As limitações fundadas nessa supremacia multiplicam-se dia a dia, alargando o conceito de interesse público a ponto de se confundir-lo com o interesse coletivo no mais amplo sentido da locução. O Estado, considerando-se órgão desse interesse, adota medidas restritivas ao direito de propriedade que diminuem sensivelmente o âmbito de suas virtualidades clássicas" ("op. cit.", p. 146). Após esclarecer que tais limitações pertencem "ao campo do direito administrativo, aduz: "Caracterizam-se pela unilateralidade, porque não estabelecem vínculos recíprocos. Inspiram-se no interesse público, sacrificam interesses do proprietário sob o fundamento de que se devem subordinar àquele" (p. 148). A propósito, o art. 5º, XXIII da Constituição proclama: A PROPRIEDADE ATENDERÁ A SUA FUNÇÃO SOCIAL.

7 - Dado o seu manifesto interesse na causa, e a fim de defenderem seus interesses, posicionando-se como assistentes, litisconsortes ou oponentes (CPC, arts. 46 a 61), impõe-se a citação, por oficial de justiça, da Empresa Municipal de Urbanização — EMURB, com sede na rua São Bento 405, 15º andar; da Companhia do Metropolitano de São Paulo, com sede na rua Augusta 1626 e da Geometral Planejamento Arquitetura e Construções Ltda., com sede na rua 24 de Maio 35, 10º andar, cjs. 1.006/7 (fl. 35) —, por coincidência, o endereço profissional do i. patrono do autor (fl. 47).



Se necessário, o réu pretende produzir prova testemunhal, pericial, depoimento pessoal do autor e, eventualmente, documental.

Ante o exposto, requer seja indeferida a inicial pela flagrante prescrição extintiva da ação, ou – se “ab absurdo” não o for – seja o autor considerado carecedor da ação diante da evidente impossibilidade jurídica do pedido ou, no mínimo, seja a ação julgada improcedente, com os consectários legais.

Termos em que,

pede deferimento.

São Paulo, 16 de novembro de 1994

**ARNALDO CELLINI DA ROCHA JR.**  
Procurador Municipal  
OAB/SP 14.886