

Prêmio “Trabalho Relevante do Ano” do Departamento de Desapropriações

CONTESTAÇÃO DA MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO EM AÇÃO
ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO. REPRESENTAÇÃO DO CONDOMÍNIO
EM JUÍZO. ILEGITIMIDADE “AD CAUSAM” DE CONDOMÍNIO EM PLANO
HORIZONTAL EM AÇÃO EXPROPRIATÓRIA. MÉTODO INDENIZATÓRIO
DE SERVIDÃO “NON AEDIFICANDI”. FUNÇÃO SOCIAL DA
PROPRIEDADE EM FACE DA ORDENAÇÃO URBANÍSTICA DA CIDADE.

Antônio Furtado da Rocha Frota
Procurador do Município

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública

MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, por seu procurador infra-assinado, vem nos Autos da Ação ORDINÁRIA que lhe é movida a requerimento do CONDOMÍNIO CONJUNTO RESIDENCIAL ENCOSTA DO SOL perante esse MM. Juízo e Cartório sob o nº 473/66, apresentar a V. Exa., no prazo legal, sua **CONTESTAÇÃO** ao pedido de fls., que se resume em pedir indenização por pretensa ocupação de uma área que mediria 560m², situada nos fundos do terreno do condomínio, necessária

para servir como *viela sanitária*; diante disso pede o Autor de modo claro e preciso uma indenização pela ocupação da área utilizada como servidão *non aedificandi*, indenização esta no valor real, total e atual da referida faixa de terreno, permitindo isso a dedução de que, ao final, sua pretensão é transferir o domínio da mesma à Ré; ora

O pedido, então, revela uma autêntica desapropriação indireta da faixa de terreno, embora revele que o terreno se encontra onerado por uma SERVIDÃO.

Quer dizer, sobressai do pedido o caráter de indenização pelo valor total da área, segundo critério adotado no laudo acostado à inicial; todavia

PRELIMINARMENTE DA IRREGULARIDADE DA REPRESENTAÇÃO

O Pedido deve ser julgado **EXTINTO** já que a representação do Autor não está correta, isto porque representado por quem flagrantemente não tem poderes para tal.

O signatário do Instrumento de Procuração de fls. 9, Sr. Marcos G. Borello, foi eleito em 3 de maio de 1994 para exercer a função de Síndico do Condomínio Autor, por um período de **dois anos**, como prevê o §3º do art. 9º da Convenção de Condomínio (fls. 39/47); no entanto,

O Pedido Indenizatório foi protocolizado no dia 27 de maio de 1996, quando o Sr. Marcos Giacomo Borello já não tinha mais poderes para representar o Condomínio, ou, ao menos, não há prova de sua continuidade na função de síndico, na data do ajuizamento do pedido. Diante disso

Há clara e evidente infração ao preceito contido no inciso IX do art. 12 do C.P.C., razão pela qual

A representação está claramente viciada, donde a imposição da EXTINÇÃO da Ação nos termos do art. 267, inciso IV do CPC, já que o pedido revela ausência de pressuposto essencial para constituição e desenvolvimento válido do processo; entretanto

Se assim não entender V. Exa., então melhor sorte não merece o processo, devendo ser **extinto** com arrimo no mesmo preceito legal; isto porque

A pretensão inicial se resume no pagamento de uma indenização por "alegada perda de área destinada a instalação de uma *viela sanitária*", o que equivale a uma desapropriação indireta; no entanto

O Professor João Baptista Lopes, que brilhantemente julgou em Vara da Fazenda Pública, em sua obra "Condomínio" (Ed. Revista dos Tribunais - 5ª edição - pág. 134 e 135) ensina

"Representação do condomínio pelo síndico

A representação do condomínio pelo síndico, em juízo, só é admissível quando se cuidar de medidas de caráter geral ou ordinário (ex.: cobrança de encargos de condomínio; moléstia ao uso das partes comuns).

Não poderá representá-lo, porém, se o interesse manifestado em juízo não afetar a comunhão em si.

Quanto à representação passiva, será legitimado nas ações que se fundarem em deliberações da assembléia e nas em que se litigar contra a comunhão.

Em se tratando de questões que digam respeito aos interesses privados dos condôminos (ex.: desapropriação de unidades autônomas ou de partes comuns) será obrigatória a citação de todos os condôminos interessados"

J. Nascimento Franco e Niske Gondo (in "Condomínio em Edifícios" - 5ª ed. - Ed. Revista dos Tribunais - pág. 249) doutrinam

"A representação exercida pelo síndico refere-se aos atos de administração ordinária, para os quais não precisa ele de poderes expressos dos condôminos, visto que já possui "mandato legal" emanado da lei. Quando, porém, se trata de procedimento em que o condomínio é autor ou réu e sobre matéria que refoge à rotina administrativa, cabe-lhe receber as citações e tomar as medidas

imediatas, mas, em seguida, convocar a Assembléa Geral, para que ela, como órgão deliberativo soberano do Condomínio, resolva o que entender útil aos interesses comuns"

Os referidos autores, a propósito de desapropriação, em nota 314 da mesma obra, emendam *que o condomínio não é dono das áreas comuns, que são proporcionalmente atribuídas indissolúvelmente a todas as unidades autônomas e, por isso, as integram. Logo, desapropriados são todos os condôminos, que devem ser citados. Aliás, o art. 16 da chamada Lei de Desapropriação (Decreto-lei 3.365/41) dispõe que a citação do administrador da coisa, no caso de condomínio, dispensa a dos condôminos, "exceto o de edifício de apartamentos, constituindo, cada um, propriedade autônoma"* (realce não constante do original).

Nestas condições, o síndico não tem legitimidade para representar o condomínio em questões que dizem respeito aos interesses privados dos condôminos e não da universalidade.

Isto posto, a Extinção da Ação se impõe não só por vício na representação do autor, mas também pelo vício existente na legitimidade para a ação, o que permite também caracterizar a ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, do que decorre que a presente Ação deve ser julgada EXTINTA com fundamento no mesmo inciso IV do art. 267 do C.P.C.

ILEGITIMIDADE "AD CAUSAM"

Entretanto, se assim não entender V. Exa., então com fundamento no inciso VI do mesmo artigo 295 e art. 6º, ambos do C.P.C., a **extinção da Ação** se impõe, posto que *ao Condomínio falta legitimidade para pleitear em nome próprio direito alheio*, quer dizer, o Condomínio não é proprietário das partes comuns que integram, na proporção que a sua especificação determina, a propriedade individual de cada um dos condôminos; assim, falta-lhe a *legitimação ativa* para pleitear interesse individual de cada um dos condôminos.

Celso Neves (*in* "Estrutura Fundamental do Processo Civil" - Ed. Forense - 1995 - pág. 122), invocando lição de Liebmann, define **legitimação para agir**:

"La titolarità (attiva e passiva) dell'azione. Il problema della legittimazione consiste nell' individuare la persona cui spetta l'interesse ad agire (e quindi l'azione) e la persona nei cui confronti esso spetta; in altri termini, esso sorge dalla distinzione tra il quesito sull' esistenza oggettiva dell' interesse ad agire ed il quesito sulla sua appartenenza soggettiva. Quando l'art. 100 Cod. Proc. Civ. dispone che "per proporre una domanda in giudizio è necessario avervi interesse", indica chiaramente che l'interesse ad agire non solo deve esistere, ma deve anche esistere precisamente in capo a colui che propone la domanda: un estraneo non può validamente far valere l'altrui interesse ad agire."

O ínclito José Carlos de Moraes Salles (in "A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência" - 3ª ed. - pág. 372 - Ed. Revista dos Tribunais), com a proficiência reconhecida, leciona

*"No feito expropriatório, questões como as da incompetência absoluta, inépcia da inicial, litispendência, coisa julgada, **incapacidade da parte ou defeito de representação** podem dar lugar à extinção do processo, com fundamento no art. 267 do C.P.C."*

Por outro lado, a existência de causa que determina a impossibilidade jurídica do pedido de desapropriação, a falta de interesse processual para a ação de desapropriação ou a ilegitimidade 'ad causam' poderão ser também fatores determinantes da extinção do processo expropriatório, com fundamento no art. 267 do C.P.C."

Logo, MM. Juiz, a **extinção da Ação** se impõe porque falta legitimidade para a universalidade denominada **CONDOMÍNIO** pleitear em nome próprio direito exclusivo de cada um dos proprietários das unidades que o compõem, já que o condomínio não tem propriedade sobre as partes comuns, estas pertencem proporcionalmente a cada uma das unidades. Tese esta defendida com brilhantismo pelo nobre e culto José Carlos Moraes Salles na obra citada, no item 3.1.3.

Entretanto, se assim não entender V. Exa., então no

MÉRITO

A Ação improcede, pois o Autor faz *pedido certo*, que não permite alteração, posto que

Alegando a instituição de uma servidão pede indenização integral da área utilizada.

INADEQUAÇÃO DO MÉTODO INDENIZATÓRIO

Com efeito, *SERVIDÃO ADMINISTRATIVA* ou *PÚBLICA* é, na definição de Hely Lopes Meirelles, "o *ônus real de uso, imposto pela Administração à propriedade particular, para assegurar a realização e conservação de obras e serviços públicos ou de utilidade pública, mediante indenização dos prejuízos efetivamente suportados pelo proprietário*".

Ora, o Autor, a par de não estar legitimado para propor a presente Ação, não provou os **prejuízos efetivos** causados pelo estabelecimento da viela sanitária; isto porque

A segunda parte do art. 695 do Código Civil deixa claro que "por ela perde o proprietário do prédio serviente o exercício de alguns de seus direitos dominicais, ou fica obrigado a tolerar que dele se utilize, para certo fim, o dono do prédio dominante".

Hely Lopes Meirelles, em "Direito Administrativo Brasileiro" (2ª edição - pág. 513), define: "a servidão administrativa é um *ônus real de uso, imposto pela Administração a determinados imóveis particulares, para possibilitar a realização de obras e serviços públicos*", isto é, **a servidão administrativa impõe um ônus de suportar que se faça e incide sobre a propriedade.**

O Mestre lembra que a servidão administrativa não se confunde com a desapropriação, **como quer o autor**, pois que esta retira a propriedade do particular, ao passo que a **SERVIDÃO CONSERVA A PROPRIEDADE COM O PARTICULAR E LHE IMPÕE O ÔNUS DE SUPORTAR UM USO PÚBLICO.**

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Esta imposição de suportar o uso público de bem de propriedade do particular foi acolhido na Constituição Federal vigente ao atribuir função social à propriedade, isto porque

A Constituição Federal já não vê a propriedade segundo a visão liberal, atribuindo-lhe função social; não é menos certo que Ela garantiu o direito de propriedade, como direito fundamental do homem tal qual previra a Declaração de 1789, tanto que o “caput” do art. 5º da Constituição Federal garante entre outros direitos o de **propriedade**; entretanto

Como ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho em seus “Comentários...” (pág. 46 - 1º vol.): *“Daí ser lição corrente na doutrina que, referindo-se à propriedade, quis o constituinte dizer direito de conteúdo econômico, direito patrimonial. Assim, no texto em exame, a Constituição consagra o direito fundamental de não ser alguém despojado de direito de seu patrimônio sem justa indenização”.*

“A propriedade, todavia, consagrada pela Constituição, não é a de concepção absoluta, romanística, e sim a propriedade encarada como uma função eminentemente social... Reconhecendo a função social da propriedade, a Constituição não nega o direito exclusivo do dono sobre a coisa, mas exige que o uso desta seja condicionado ao bem estar geral. Não ficou, portanto, o constituinte longe da concepção tomista, segundo a qual o proprietário é um procurador da comunidade para a gestão de bens destinados a servir a todos, embora pertençam a um só. A preocupação com a função social da propriedade é que inspira a expropriação por interesse social prevista no art. 5º, XXIV.”

Porém, a propriedade, sendo urbana e dada sua função social, tende a sofrer orientação para atender ordenação urbanística das cidades, implicando isso uma restrição ao direito patrimonial do seu proprietário.

Disso deflui que a função social da propriedade urbana *constitui um equilíbrio entre o interesse privado e o interesse público que orienta a utilização do bem e predetermina seus usos, de sorte que se pode obter, nos modos de vida e nas condições de moradia dos indivíduos, um desenvolvimento da personalidade.*

Ora, MM. Juiz

A citada Lei n.º 8.940, de 10 de julho de 1979, invocada pelo Autor para amparar-lhe o direito à indenização, nada mais significou senão a aprovação do traçado de faixa de terreno em substituição ao estabelecido pela Lei nº 5.879/61, para nela ser instalada a viela sanitária; dessarte, tal diploma visou tão somente expor o interesse social sobre a área, e com isso estabelecer um equilíbrio entre o interesse privado do Autor e o interesse público de orientar a utilização do bem; de vez que

NÃO CARACTERIZAÇÃO DE PERDA DE ÁREA E INTEGRAL APROVEITAMENTO ECONÔMICO

A área utilizada para a instituição da servidão e versada no pedido não restringiu o direito de serem edificadas os Condomínios ENCOSTA DO SOL, MARESIAS I, MARESIAS II e SANTA CLARA, como bem demonstram os documentos de fls. 14/47, 71/96 e 89/12, que se valeram de toda a área adquirida pelos empreendedores, tanto que as respectivas descrições das áreas demonstram que ditos edifícios são limitrofes um do outro. Quer dizer, cada um dos Edifícios componentes dos mencionados condomínios foi construído e utilizado como parâmetro, como limitação da área construída a proporção decorrente da **área original**; no caso específico do Autor foi utilizada a área adquirida, em 29/11/73, pela Empreendedora (BAÚ CONSTRUTORA LTDA.) de 3.500m² - fls. 15 - item II.

Mais, a BAÚ obteve Alvará de Construção do citado conjunto residencial em 7/2/75, apostilado posteriormente em 3/9/75 e 1/12/76, apostilamentos esses que não significaram diminuição da área, ou modificação do projeto inicial em virtude da restrição imposta pela **SERVIDÃO ADMINISTRATIVA**; dessarte, o local já possuía a configuração atual desde os idos de 1975; a Lei nº 8.940/79 não impingiu ao Condomínio ou a seus condôminos maior ônus do que aquele restritivo datado de 30 de novembro de 1961, expresso pela Lei nº 5879, tanto que as fotografias acostadas à inicial demonstram que as paredes das garagens do Condomínio obedecem os limites impostos pela restrição, disto resulta que o aproveitamento econômico da área sobre a qual se erigem os Edifícios componentes do

Condomínio Autor foi integral, segundo o Alvará de Construção, segundo o seu Memorial de Incorporação e Especificação, do que decorre a

INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO que, na lição de Hely Lopes Meirelles, importaria o dever de indenizar; falta de prejuízo, a consequência lógica é a improcedência da Ação; não bastasse isso,

DA PRESCRIÇÃO

É de ser ponderado que, tendo ocorrido a construção aprovada na sua configuração atual, nos idos de FEVEREIRO DE 1975, forçoso reconhecer que o direito a qualquer indenização por pretensão de prejuízo está **PRESCRITO**, nos termos do art. 177 do Código Civil.

Entretanto, se assim não entender V. Exa., então a **IMPROCEDÊNCIA** da Ação se impõe; porque

O Autor, conquanto não seja proprietário da área dita ocupada, alega restrição de uso pela instituição sobre a mesma de uma **SERVIDÃO** e pede indenização como se desapropriação houvesse, embora os institutos não se confundam.

A indenização por **SERVIDÃO**, face ao conceito social da propriedade e ao fim a que se destinou, deve ser mitigada, mormente porque

CONCURSO VOLUNTÁRIO

Ao ser promovida a especificação do condomínio, obtido o Alvará de Construção, foi respeitada a restrição que lhe fora imposta pela Lei 5.879/61 e, não reclamando a indenização tempestivamente, houve um concurso voluntário dos proprietários, para que o benefício lhes fosse proveitoso, ou ao menos omitiram-se no pedido indenizatório, pelo que

Não pode agora ser pleiteada a indenização, pois

Resta implícito ter havido abandono da área, por não haver qualquer defesa da posse exercida sobre o bem mencionado na inicial, defesa contra a ocupação do terreno para implantação de uma via sanitária.

Deixa claro que as obras foram realizadas com anuência da BAÚ CONSTRUTORA LTDA. e seus sucessores, logo, é de ser concluído que o imóvel não teria a configuração atual não fosse a *concordância* deles; por conseguinte

A improcedência da Ação se impõe como medida de Justiça.

Entretanto, *ad cautelam*

Pondera a Ré que somente a perícia poderá averiguar a veracidade das afirmações do Autor, quantificando a área dita como onerada pela servidão, seu valor, e data da obra da *viela sanitária*, bem como qual era a destinação dada ao bem antes da alegada obra, sua exata dimensão.

Ademais, admitida "*ad argumentandum*" a razão do Autor, a indenização deverá ser arbitrada pelo método menos gravoso ao Poder Público, e as verbas acessórias deverão obedecer à Lei e à Jurisprudência.

Protestando por todos os meios de prova em direito admitidos,

Protesta, ainda, por apresentar no prazo legal seus quesitos para serem respondidos pela Perícia e indicar seu Assistente Técnico.

Termos em que,

J. esta aos Autos,

P. Deferimento.

São Paulo, 21 de agosto de 1996

ANTONIO FURTADO DA ROCHA FROTA
Procurador - DESAP. 22 - O.A.B. 21.754