

LOCAÇÃO COMERCIAL — AÇÃO NEGATÓRIA E RENOVATÓRIA CONEXAS — RETOMADA PARA CONSTRUÇÃO — LICENCIAMENTO — CUSTAS E HONORÁRIOS

I — Locação comercial — Ação negat6ria e ação renovat6ria conexas — Retomada para reconstru73o — Deve ser reconhecido ao propriet6rio o direito da retomada para edifica73o com maior capacidade de utiliza73o, desde que prove a aprova73o do projeto e seu licenciamento. Essa prova pode ser feita mesmo no curso do processo, em raz3o do atendimento pelo julgador dos fatos jur6dicos supervenientes 3 propositura da a73o.

II — A Lei estadual n.º 242, de 1948, e o Decreto n.º 9.605, de 1949, que a regulamentou, n3o proíbem o licenciamento de constru73o de edif6cios de mais de tr6s andares sem pr6vios trabalhos de prospec73o, mas apenas obstam a que se inicie a edifica73o sem que 6les sejam comprovados.

III — Processo Civil — Custas e honor6rios — Por aplica73o do § 2.º do art. 64 do C3digo de Processo Civil, se o propriet6rio s3o em Superior Inst3ncia comprovou o licenciamento da constru73o pretendida, mostrando que era fundada a oposi73o do locat6rio em Primeira Inst3ncia, deve-se repartir a responsabilidade pelas custas e reduzir os honor6rios fixados para o vencedor.

Tribunal de Justi73a do Estado da Guanabara (4.º Grupo de C3maras C6veis)

Embargos de Nulidade e Infringentes na Apela73o C6vel n.º 58.085

Luiz Severiano Ribeiro S/A versus Paulino Ribeiro Campos. Relator: Des. Jo3o Coelho Branco.

AC3RD3O

Vistos, relatados e discutidos 6stes autos dos Embargos de Nulidade e Infringentes na Apela73o C6vel n.º 58.085, em que 6 embargante Luiz Severiano Ribeiro S/A. e embargado Paulino Ribeiro Campos:

1 — A sociedade embargante, na qualidade de locat6ria do pavimento t6rreo do pr6dio n6mero 51 da Pra73a Floriano, onde tem instalado o Cinema Capit3lio, prop3o a73o renovat6ria do contrato contra o propriet6rio, ora embargado, o qual, a seu turno, ajuizou a73o negat6ria, alegando necessitar do im3vel para reconstruir edif6cio de maior capacidade de utiliza73o.

As a73es tiveram curso conjunto perante o Juízo da 18.ª Vara C6vel, cujo titular, depois de feita prova do indeferimento do projeto de constru73o, denegou a retomada e julgou procedente a a73o renovat6ria, fixando n3o aluguel e nova base para o seguro.

Mas a E. Oitava C3mara C6vel, pela maioria de votos dos Desem-

bargadores Ivan Araújo, relator e Amílcar Laurindo, deu provimento à apelação do proprietário para deferir a retomada, considerando que o mesmo locador trouxera posteriormente aos autos comprovação do deferimento do pedido de reconstrução, ficando, porém, vencido o Desembargador Clóvis Rodrigues, que confirmava a sentença recorrida, não só porque a licença concedida para a edificação era condicional, como também porque considerava insincero o pedido, consoante tudo se lê no v. acórdão de fls. 150 a 153.

Com base nesse voto vencido, ofereceu a sociedade locatária embargos de nulidade, em que sustenta que a prova de licenciamento da reconstrução não podia ser oferecida depois de encerrado o período probatório em primeira instância, como ainda que a licença era condicional e não definitiva, sendo o pedido de inegável insinceridade (fls. 155/162).

Os embargos foram impugnados (fls. 165 a 172).

O embargado ofereceu a certidão de fls. 175 do Departamento de Edificações, sobre a qual se pronunciou a embargante no prazo legal que lhe foi concedido (fls. 177).

2 — Questão que deu lugar a largos debates doutrinários e profundas divergências em nossos Tribunais foi a de saber se lícito era ao proprietário afastar a renovação do contrato de locação comercial ou industrial, por via da retomada para demolição e reconstrução voluntária, de vez que a má redação da letra *d* do parágrafo único do artigo 8.º do Decreto n.º 24.150 levava muitos à conclusão de que no dispositivo só se previu a hipótese de reconstrução compulsória imposta pelo poder público.

Acabou, porém, prevalecendo a exegese segundo a qual pode o locador retomar o imóvel, não só quando estiver obrigado, por determinação da autoridade pública, a realizar obras que importem na radical transformação do prédio, mas ainda quando pretender nêle introduzir profundas modificações que lhe alterem a natureza e o valor. (*Goulart de Oliveira, Renovação de Con-*

trato, 1942, vol. II, n.º 746, pág. 326; *Philadelpho Azevedo, Um Triênio de Judicatura*, vol. III, n.º 409, página 220-223; *Darcy Bessone, Do Direito do Comerciante à Renovação do Arrendamento*, 1940, pág. 109; *Alfredo Buzaid, Da Ação Renovatória*, 1958, ns. 193 e 194, pág. 293 e segs.; *Espinola Filho, A Locação Residencial e Comercial*, 3.ª ed. 1956, vol. II, n.º 57, pág. 850 e segs.; *Oswaldo Opitz, Problemas de Locação Comercial e Industrial*, 1963, pág. 184 e segs.; *J. Nascimento Franco e Nisóke Gondo, Ação Renovatória e Ação Revisional de Aluguel*, 1.ª ed., 1968, ns. 145 e segs., pág. 197 e segs. Em sentido contrário, vide *Pontes de Miranda, Tratado de Direito Predial*, 1953, vol V, pág. 161 e *Tratado de Direito Privado*, 1962, T. XLI, pág. 225).

E o E. Supremo Tribunal Federal já reconheceu o princípio, inserindo-o na *Súmula* n.º 374: “Na retomada para construção mais útil, não é necessário que a obra tenha sido ordenada pela autoridade pública.”

3 — O voto vencido, em que se firmam os embargos, não nega êsse princípio; sustenta apenas, para denegar a retomada, que o *dominus* não fez prova de licenciamento regular para a pretendida reconstrução e que o pedido era insincero, porque não havia prova de despejo das demais unidades locatárias do edifício, acrescentando o embargante não ser lícito produzir-se, em segunda instância, a comprovação da licença para a obra.

É inegável que, tratando-se, como se trata, *in casu*, de nova edificação voluntária, a prova de aprovação e de licença dela pelas autoridades administrativas é prescindível, porque, com ela, mais do que a necessidade e a sinceridade da defesa feita, comprova o proprietário a possibilidade e a exequibilidade da edificação projetada. Mesmo quando se trata de obra compulsória, exige a lei que a contestação do *dominus*, além da notificação da autoridade, seja comprovada com relatório minucioso e pormenorizado, com estimativas parceladas e devidamente

justificadas, assinado por engenheiro construtor, legalmente habilitado (art. 8.º, § único, letra *d*). Do mesmo modo, em relação ao inquilinato comum, exige a lei emergencial prova de estar a edificação projetada devidamente licenciada (Lei n.º 4.494, de 25 de novembro de 1964, art. 11, n.º VIII).

Mas, ao contrário do que sustenta o embargante, essa prova pode ser feita no curso do processo. É que, com fundamento na doutrina da economia dos juízos, domina o direito processual moderno o princípio da *causa superveniens*, do *ius superveniens*, segundo o qual o juiz, ao sentenciar, deve considerar os fatos constitutivos ou extintivos do direito verificado no curso da demanda. Chiovenda justifica-o plenamente, asserindo: “A aplicação rigorosa do princípio de que “deve atuar-se a lei como se isso ocorresse no momento de demanda” conduziria as duas conseqüências práticas: a) que o Juiz não deveria levar em conta fatos extintivos do direito posteriores à demanda; b) que não deveria ter em apêço fatos constitutivos do direito e da ação posteriores à demanda. Dêsse rigor em ambas as aplicações conservam-se traços no direito romano clássico. Já no direito moderno, é temperado pelo princípio da economia dos processos. Conseqüentemente, o Juiz decide baseado no que se apura no encerramento da discussão, e portanto: a) Absolve o réu, se o direito extinguiu-se durante a lide (era já a máxima dos sabinianos: *omnia iudicia esse nō solutoria*). Nesse caso, não se podendo declarar infundado o pedido, motiva-se a absolvição com a cessação da matéria da contenda; b) recebe o pedido, se o fato, em que se fundava, se verificou durante a lide (*ius superveniens*). Neste segundo caso, impõe-se, porém, que não se trate de demanda nova, conforme os princípios da identificação das ações (adiante, § 14); a proibição, pois, de mudar o pedido no curso da lide e, por conseqüência, de mudar a *causa petendi*, não inclui que se possa fazer valer uma causa superveniens, quando seja o próprio fato ju-

rídico afirmado como existente na demanda judicial e que, naquele momento, ainda não existia. Assim, na reivindicação, a posse, do réu; na ação hereditária, a morte do *de cuius*; a necessidade na ação alimentar, e semelhantes (*Instituições de Direito Processual Civil*, trad. brasil. de Guimarães Menegale, 1942, vol. I, n.º 38, pág. 257, e, ainda números 21 e III, pág. 113 e 497; idem, *Princípios de Derecho Procesal*, trad. de Santaló, t. I, págs. 194-195).

Esse princípio foi reconhecido e proclamado entre nós por autorizadas vozes, como as de *Pontes de Miranda* (*Comentários*, 2.ª ed., 1958, T. II, pág. 411); *Pedro Batista Martins* (*Comentários*, 1942, vol. III, n.º 225, página 281); *Pereira Braga* (*Exegese do Código de Processo Civil*, vol. II, T. II, página 248) e *Lopes da Costa* (*Direito Proc. Civil*, vol. I, n.º 95, pág. 128).

O Prof. *Alberto dos Reis*, fixando os limites de aplicação do art. 663 do Código Português, que consagrou a regra da atendibilidade dos fatos jurídicos supervenientes, esclarece: “A outra limitação que resulta do artigo 663 é esta: o fato superveniente há de ser alegado até o encerramento da discussão; o tribunal só pode tomá-lo em conta se fôr invocado até esse momento. Mas por encerramento da discussão entende-se tanto o que se verifica na 1.ª instância, como o que se verifica na 2.ª instância. Suponhamos que o fato ocorre depois de encerrada a discussão na 1.ª instância; já não pode ser atendida a sentença. Mas, se houver recurso, pode o fato ser alegado perante a relação, contanto que o seja até ao encerramento da discussão neste Tribunal. Se ocorrer ou fôr invocado depois de encerrada a discussão na 2.ª instância, já não pode ser considerado, ainda que se interponha recurso para o Supremo, visto este Tribunal não conhecer da matéria de fato” (*Código de Processo Civil Anotado*, 1952, vol. V, pág. 85).

O salutar princípio já perfilhou o Anteprojeto de Código de Processo Civil de *Alfredo Buzaid*, em cujo artigo 502 se lê: “Se, depois da propositura da ação, algum fato constitu-

tivo, modificativo ou extintivo do direito influir sobre a decisão da lide, caberá ao Juiz tomá-lo em consideração de officio ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.”

O próprio legislador já o adotou e sancionou na Lei n.º 4.632, de 18 de maio de 1965, que, alterando o art. 64 do Código de Processo Civil, lhe editou o seguinte parágrafo segundo: “Se a sentença se basear em fato ou direito superveniente, o Juiz levará em conta essa circunstância para o efeito da condenação nas custas e nos honorários.”

A fonte dessa norma é, sem dúvida, o artigo 663 do Código de Processo Civil Português, em cujo segundo período se lê: “A circunstância de o fato jurídico ter surgido ou desaparecido no decurso do processo será levada em conta para o efeito da condenação em custas.”

Essa norma é reafirmada no artigo 459, que, tratando da repartição do encargo das custas, estabelece: “Se a posição do réu ora fundada no momento em que foi deduzida e deixou de ser por circunstâncias supervenientes, cada uma das partes pagará as custas relativas aos atos praticados durante o período em que exerceu no processo uma atividade injustificada.”

Isso quer dizer, no autorizado sentir de *Alberto dos Reis*, que “o autor tem de pagar as custas correspondentes à fase do processo que decorreu até ao momento em que se produzir o fato constitutivo do seu direito; o réu tem de pagar as custas concernentes à fase do processo posterior à produção do fato constitutivo do direito no autor, se mantiver durante essa a sua oposição. (Ob. cit., vol. II, págs. 235-237).”

4 — No caso *sub-indice*, o proprietário não trouxe aos autos, com a inicial da ação negatória, nem na contestação da ação renovatória, a prova da aprovação do projeto e do licenciamento da reconstrução pretendida.

Na fase probatória, certificaram os peritos, à vista das plantas juntas e de elementos outros extraídos do processo em curso no Departamento de Edificações, que o mesmo compreendia a transformação do atual “Edifício Capitólio” de seis (6) andares e em cujo pavimento térreo está instalado o cinema da locatária, em um novo edifício de 22 pavimentos, 2 sobre-lojas e um subsolo, concorrendo não só para maior valor de aproveitamento da propriedade, como também para progresso e modernização da Cinelândia.

Mas os peritos atestaram também que o projeto não fôra aprovado nem a licença concedida, porque o locador não atendera ao disposto no art. 2.º da Lei n.º 688, de 21-12-1951, segundo o qual, na zona teatral, não será permitida a construção de edifícios de mais de dez andares, sem que do respectivo projeto conste um teatro com, pelo menos, quinhentos lugares.

Essa a razão, em virtude da qual o Dr. Juiz *a quo* repeliu a ação negatória e julgou procedente a renovatória.

Nesta Superior Instância, porém, apresentou o proprietário apelante prova de que o projeto fôra aprovado e a obra licenciada, embora com a restrição da Lei n.º 242 de 23-11-1948, segundo a qual não poderá ser concedido licenciamento de prédio de mais de três pavimentos, sem que seja instruído o respectivo processo com prova documental de estudo da natureza e constituição do sub-solo, e apresentação de gráfico dos estudos geológicos e do sistema de fundação projetada. (fls. 142).

A maioria da E. Oitava Câmara aceitou a prova do licenciamento, por considerar que “a exigência da Lei n.º 242 deve ser atendida de maneira a não tornar impraticável o direito de retomada para obra de maior vulto.” O voto vencido, todavia, entendeu que “não se pode opor ao direito do locatário, terceiro, licença concedida sem apóio na lei.”

A conclusão do v. acórdão encontra alicerce seguro no próprio Decreto n.º 9.605, de 21-2-1949, baixado para regulamentar a referida Lei n.º 242 e que, reconhecendo que, “em regra geral, os trabalhos de prospecção só podem ser feitos es-

tando o terreno desocupado, tornando-se, pois, indispensável, para executá-los, demolir previamente as construções porventura existentes no terreno,” estatuiu, no art. 6.º: “No caso em que a construção de que trata o art. 1.º tiver de ser feita em terreno ocupado por edifício habitado, a licença poderá ser expedida independentemente das exigências constantes do mesmo artigo, mas as obras de fundações só poderão ter início depois de estarem satisfeitas as referidas exigências.”

Assim, o decreto regulador da lei, reconhecendo que os trabalhos de prospecção por ela exigidos só podem ser realizados depois de desocupado e demolido o edifício, logicamente denuncia e indica ao proprietário a via legal da retomada do imóvel. É o que acentua a nova certidão da Secretaria de Obras trazida aos autos pelo embargado a fls. 175 e onde se lê: “Esta licença foi concedida com restrição da Lei n.º 242, que diz que as obras só poderão ser iniciadas após a apresentação da planta das fundações, o que só poderá se dar com a demolição do prédio existente no local.”

Não é a primeira vez que surge neste Tribunal tal *quaestio iuris*. Dois arestos unânimes da E. Primeira Câmara Cível, de que foi relator o que o presente subscreve, a dirimiram. No primeiro, de 23-12-1953, na Apelação Cível n.º 25.057, já se concluiu não ser a licença *condicional*, por isso que ela apenas subordina o início da construção ao prévio trabalho das fundações e das sondagens, exigência comum a toda edificação de mais de três pavimentos. E no segundo, de 18-5-1955, na Apelação Cível n.º 31.310, repelindo a oposição do locatário, por depender a obra do resultado de sondagens no terreno, assertava que a falta delas não podia obstar a retomada, por isso que, em boa técnica, só podem ser realizadas depois da desocupação do imóvel, dada a insegurança que produzem para os moradores, que não podiam mesmo ser obrigados a nelas assentir (Diário de Justiça, de 1-9-1955, pag. 3.061).

Impõe-se, portanto, como já o fêz o v. acórdão embargado, o reconhecimento do direito de retomada, em que se conciliam, ao mesmo passo, interesses privados e públicos, tanto mais quanto a alegada insinceridade do pedido não encontra nenhum apoio na prova dos autos, nos quais, ao contrário, se verifica que parte do edifício já está desocupado e sobre a outra parte pendem ações de despejo.

Em hipóteses como a presente, a renovação contratual deve sobrepor-se a retomada, que não atende apenas ao interesse particular do proprietário, porque reflete também as conveniências coletivas. Bem entenderam os Tribunais que, em face dos próprios termos do art. 8.º do Decreto n.º 24.150, só a contestação fundada em matéria de fato estava adstrita aos casos nêle enumerados, já que havia ressalva expressa à defesa de direitos, regulável pelos princípios gerais, na qual, dentro dos limites constitucionais, não se poderia deixar de aceitar a que se ajustasse ao princípio inscrito no artigo 157, III, da Lei Magna, que preconiza, na ordem econômica, a função social da propriedade, (*Arquivo Judiciário*, 37-443 e 49/80).

Assim, como dizia *Philadelpho Azevedo*, “criou-se uma jurisprudência a par da lei, *praeter legem*, como corolário do direito de propriedade, não expressamente excluído.” (*Um Triênio de Judicatura*, vol. III, n.º 409, págs. 220-223).

E, como bem observam *Nascimento Franco* e *Nisseke Gondo*, desde que o locador demonstre preencher as condições legais para retomar, não cabe ao locatário argüir a sua inidoneidade financeira para a realização das obras programadas, visto que pode inclusive obter financiamentos, solicitar empréstimos, enfim realizar as operações de crédito que a seu exclusivo arbítrio se tornem necessário para lastrear financeiramente o empreendimento.” (*Ob. Cit.*, n.º 146, pag. 201).

5 — Impõe-se, contudo, pela sanção da citada norma do § 2.º do artigo 64 do Código de Processo, a re-

partição das custas, em partes iguais, entre os litigantes e a redução da taxa de honorários do vencedor, porque o embargado exerceu durante a primeira instância, atividade processual injustificada, estava em Juízo sem ter direito, já que lhe fôra negada licença para a edificação, e a embargante, por seu lado, ofereceu, na segunda instância, resistência injusta, apesar de saber que o embargado já tinha razão, pois já tinha conhecimento da ocorrência do fato constitutivo do direito do *dominus*.

6 — Em razão do exposto, *acordam* os Desembargadores do Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, em decisão unânime, receber em parte os embargos para, de acôrdo com o § 2.º do art. 64 do C. P. Civil, determinar a repartição das custas, em partes iguais, entre os litigantes e reduzir para 5% a taxa de honorários fixados em favor do embargado.

Rio de Janeiro, 11 de dezembro de 1968. — *João Coelho Branco*, Presidente e Relator.