

É, por isso, um rio de domínio dêste Estado, portanto, um bem público. É, como tal, bem de uso comum do povo, pois assim o define o Código Civil, *in verbis*:

“Art. 66 — Os bens públicos são:

I — Os de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças” (o grifo é nosso).

E o art. 67 do mesmo Código declara que “os bens de que trata o artigo antecedente só perderão a inalienabilidade que lhes é peculiar nos casos e forma que a lei prescrever”.

Assim, simples capeamento do rio não lhe retiraria, mesmo em exclusiva relação com o trecho capeado, a sua destinação, comum, para uso do povo.

Se isso importa em alienação, em favor do prédio construído, que o capeou, então somente a lei poderá autorizá-la.

A Constituição Estadual (art. 6.º, item V, letra b) estipula que:

“Compete à Assembléia Legislativa, com a sanção do Governador: estabelecer as condições segundo as quais o Poder Executivo poderá: alienar, ceder, arrendar, adquirir ou desapropriar imóveis”.

O que aqui se cogita está, entretanto, restrito à utilização da área capeada sem sobrebenfeitoria, ou seja, a cessão de sua ocupação, mas em área livre.

De qualquer forma, inequívocas dificuldades legais existem para a solução, *que dependeria, se definitiva, de legislação especial consentindo-a*.

Além disso, há que se prevenir, também, as conseqüências do licenciamento de determinada estruturação, interna-externa, do imóvel *em função de tal uso*.

Nestas condições, já que, competentemente, se afirma o fato de não haver impedimentos técnicos ao capeamento e à abertura de vãos sobre o mesmo, opinamos pela licença do capeamento e abertura dos vãos, necessários para o mesmo, mediante assinatura de Termo de Responsabilidade, onde, entre o mais que contiver, fique prevenido:

A) a edificação somente ocupará, respeitados, ainda, os recuos e afastamentos devidos, a área do imóvel de que a requerente seja proprietária;

B) a ocupação, privada, *a título precário*, meramente pessoal, da área capeável, desde que a requerente reconheça o direito do Estado, em qualquer tempo em que o interesse coletivo o exigir, extinguir essa ocupação, independentemente de qualquer notificação, interpelação, reivindicação, retenção ou indenização, sejam estas de que natureza forem, por parte da requerente ou outros ocupantes quaisquer;

C) a permissão de abertura dos vãos, para a mesma, na nova edificação, desde que a requerente, igualmente, renuncie, desde logo, no caso de extinção da ocupação privada do capeamento, a qualquer notificação, interpelação, reivindicação, retenção ou indenização pelo dano, eventual, disso decorrente;

D) serem essas obrigações, e demais que couberem, no interesse do Estado, na formalização do termo, extensivas aos herdeiros ou sucessores do obrigado, igualmente extensivas aos efeitos da evicção.

A solução a título precário, em nosso entender, se apresenta como a única possível, ex-vi do art. 30, inciso XII, da Constituição Estadual, que atribui ao Governador dêste Estado, poderes para:

“praticar quaisquer atos no interesse do Estado, desde que não estejam explícita ou implicitamente reservados a outro poder, pela Constituição Federal, por esta Constituição ou pela lei”.

Como as vinculações administrativas, *a título precário*, não se incluem como prerrogativas específicas de outros poderes, e como essa solução, sem prejudicar o interesse do contribuinte, previne o interesse do Estado, inclusive o tributário, pela maior área útil, tributável, que o imóvel a ser construído apresentará, assim pensamos atendida a consulta.

É o nosso parecer, salvo melhor julgamento.

Rio de Janeiro, 21 de agosto de 1963.

NYVON CAMPOS
Procurador do Estado

DESAPROPRIAÇÃO. ÁREA REMANESCENTE ENCRAVADA. CONSTITUIÇÃO DE SERVIDÃO

Desapropriada judicialmente a área de 36.130,80m², conforme sugerido pelo DAA, o remanescente ficará encravado, e sem acesso a logradouro público. Haverá, assim, uma enorme desvalorização do aludido remanescente, o que aumentará de muito o valor da indenização, podendo até ensejar um pedido de “extensão”, isto é, um requerimento do proprietário ao Juiz para que na transferência do imóvel parcialmente desapropriado seja incluída a área restante, por se ter tornado inútil ou de difícil aproveitamento (cf. EURICO SODRÉ, *A Desapropriação*, 3.ª ed., 1955, págs. 158 e 209, ns. 389 e segs. e 537 e segs.).

A constituição de *servidão* em favor do expropriado, conforme sugestão aventada pela fiscalização da obra, não elimina, por si, essas dificuldades. Para instituir servidões, é necessário o acôrdo de vontades, não podendo o Estado, unilateralmente, obrigar ao proprietário a aceitá-la.

É certo que o proprietário sugere, éle próprio, a constituição da aludida servidão, mas, obviamente, desde que sejam aceitas tôdas as suas outras imposições. Em outras palavras: nas condições que apresenta, o proprietário aceita a servidão; fora dessas condições, tudo indica que não concordará com a mesma, preferindo optar pela indenização maior, ou pela extensão da desapropriação ao remanescente, ficando ao critério do Juiz a decisão final a respeito.

Por tudo isso, parece-me conveniente examinar-se a possibilidade de se solucionar o problema criado pela intransigência do proprietário, de maneira diferente.

De acôrdo com a planta junta ao processo, o terreno do Sr. José Augusto Marx Filho será atravessado, oblíquamente, pela "ponte canal" da adutora do Guandu. Será atingido, também, pela perfuração do túnel por onde correrá dita adutora.

O Código de Águas, nos seus artigos 117 e segs., prevê a constituição de "*servidão legal de aqueduto*", quando se trate de canalização de águas para as primeiras necessidades da vida (art. 117, letra *a*). O art. 40 do Dec.-lei 3.365, de 21-7-1941 (Lei das Desapropriações), por sua vez, autoriza o expropriante a constituir servidões, mediante indenização.

Esclareça-se que a servidão de aqueduto nada tem a ver com a servidão de passagem, de que até agora se vinha tratando. A servidão de passagem teria por objeto uma eventual estrada que passaria pelo terreno do Estado, para ligar o remanescente ao logradouro público. É uma modalidade de servidão prevista no Direito Civil, e, como vimos, exige acôrdo das partes para ser instituída.

A servidão legal de aqueduto está prevista no Código de Águas. Por intermédio dela o Estado poderá *compelir* o proprietário a deixar passar a adutora do Guandu pelo seu terreno, indenizando-o, judicialmente, tão só pelo uso da área que fôr percorrida pela adutora.

Para a constituição da servidão legal de aqueduto seria necessário um decreto do executivo nesse sentido, e a avaliação do prejuízo que o proprietário sofreria com a perda de certos direitos sôbre a área atravessada pela adutora. O proprietário não perderia o domínio da referida área, mas, tão sômente, ficaria obrigado a não estorvar a passagem da adutora. Com isso poder-se-ia obter, amigável ou judicialmente, uma indenização bem menor, reduzindo-se de muito as despesas do Estado.

Caso convenha ao Estado, dada a natureza das obras, o domínio, e não a servidão, das áreas necessárias à construção da adutora, pode-se cogitar, também, da desapropriação parcial, *tão sômente da faixa* por onde passará a "ponte canal". Far-se-ia, nessa hipótese, a desapropriação da parte do terreno atravessada pela adutora, reservando-se, à margem, o espaço necessário às obras de construção e conservação da mesma.

Como o proprietário do terreno tenha feito inúmeras exigências, consideradas *absurdas*, pela fiscalização das obras, cumpre, por último, lembrar aqui alguns dispositivos da Lei das Desapropriações, para que o DAA possa avaliar devidamente os poderes de que dispõe, demonstrando, inclusive, ao Sr. José Marx que, para éle, é de tôda conveniência um acôrdo,

uma vez que dispomos de meios necessários a fazê-lo aceitar as nossas condições.

O art. 1.º, § 1.º, da lei diz o seguinte:

"A desapropriação do espaço aéreo ou do subsolo só se tornará necessária quando de sua utilização resultar prejuízo patrimonial do proprietário do solo".

Isto significa que, no que se refere à área para construção do túnel, não é necessária desapropriação do subsolo para efeito de utilização da mesma, desde que o túnel fique situado a profundidade tal que não cause prejuízo às atividades *normais* do proprietário. Poder-se-ia, até, dar a mesma interpretação para a área de espaço aéreo abrangida pela "ponte canal", embora, no caso concreto, isso talvez não seja possível, dada a necessidade de fundações, e a própria altitude da ponte. É, contudo, um caso a se estudar.

Quanto às áreas contíguas às obras, necessárias à realização das mesmas, e que o proprietário pretende "arrendar", em termos que lhe são muito favoráveis, o art. 36 da Lei prevê a hipótese, dispondo, *in verbis*:

"É permitida a ocupação temporária, que será indenizada, afinal, por ação própria, de terrenos não edificados, vizinhos às obras e necessários à sua realização".

O poder público pode, portanto, ocupar, durante o tempo indispensável à conclusão da obra, as áreas contíguas à adutora, mediante indenização amigável, ou a ser pleiteada por éle, em ação judicial própria.

O importante é frisar que, com ou sem a concordância do proprietário, as áreas adjacentes à obra podem ser ocupadas pela administração, bastando, exclusivamente, ato unilateral seu.

Comentando êsse dispositivo, diz SEABRA FAGUNDES (*Da desapropriação no direito brasileiro*, pág. 425):

"A ocupação temporária, como é bem de ver, não constitui desapropriação. Por ela o expropriante apenas chama a si o uso temporário da coisa, sendo certo que a restituirá dentro de certo tempo".

Mais adiante, relaciona os requisitos para a ocupação temporária:

"a) é preciso que a administração esteja realizando alguma obra;

b) é preciso que, para sua realização, seja necessária a ocupação de terreno contínuo;

c) é preciso que o terreno a ocupar não esteja edificado".

Quanto ao modo pelo qual se exerce a ocupação, diz o mesmo autor:

“A ocupação se exerce *ex-officio*, pela Administração. Isto é, independentemente de qualquer interferência da autoridade judiciária, podendo a autoridade administrativa, para realizá-la, recorrer até, se preciso fôr, ao emprêgo de força física”.

O direito que tem o proprietário é de exigir que o poder expropriante preste *caução* pela ocupação, a qual servirá para garantir os possíveis danos que êle venha a sofrer.

Como se vê, o proprietário do terreno, face aos têrmos positivos da lei, não está em posição de fazer exigências descabidas. Nem a administração precisa ameaçá-lo com desapropriações de área maior do que a necessária, para compeli-lo a ceder. Estamos habilitados, legalmente, a obter a área, por preço razoavelmente mais barato do que o resultante da proposta do proprietário, ou da desapropriação da área de 36.130,80m².

Finalizando, é preciso ressaltar que qualquer uma das soluções acima aventadas dependerá de um exame conjunto, por parte da engenharia e da Divisão Legal, da *situação de fato existente*, pois só face a ela poderá ser escolhido um dos caminhos apontados. Se nenhum dêles fôr possível, dadas as circunstâncias e características da obra, promover-se-á a desapropriação, como inicialmente proposto.

Em conclusão

1) A desapropriação parcial pode ocasionar uma desvalorização muito grande do remanescente, o que determinará um aumento do valor da indenização (art. 27 da lei), e poderá justificar do proprietário o pedido de extensão da desapropriação ao remanescente.

2) A servidão de passagem sugerida não pode ser imposta ao proprietário: êle aceitá-la-á, ou não. No caso de não aceitar, o Estado poderia vir a ser compelido a construir logradouro público dando acesso ao remanescente.

3) Se as circunstâncias de fato o permitirem, poderá: *a)* ser decretada uma servidão legal de aqueduto em favor do Estado (arts. 117 do Código de Águas e 40 da Lei de Desapropriações); *b)* ser desapropriada tão somente a faixa necessária à realização da obra.

4) Para se ter a exata noção da aplicabilidade de uma das hipóteses acima aventadas, é necessário um entendimento conjunto da engenharia com a Divisão Legal, a fim de que, estudada a situação de fato existente, possa se cogitar da solução jurídica que melhor convenha.

LETÁCIO JANSEN JUNIOR
Procurador do Estado

DESAPROPRIAÇÃO. IMÓVEL LOCADO. FUNDO DE COMÉRCIO

1. Fácil de resumir, embora não tão fácil de resolver, a questão de direito suscitada no presente processo: no caso de desapropriação de imóvel locado para fim comercial, tem o locatário direito a ser indenizado, pelo expropriante, do valor do fundo de comércio? No silêncio da legislação específica, as respostas têm variado, quer na doutrina, quer na jurisprudência. De tal desacôrdo dá notícia minuciosa o bem lançado parecer do Dr. RENATO GALVÃO DO RIO APA, Consultor Jurídico do DER.

No plano doutrinário, arrolam-se ali as opiniões de J. OLIVEIRA CRUZ, GOULART DE OLIVEIRA e F. WHITAKER, contrárias à indenizabilidade; de SEABRA FAGUNDES e ILDEFONSO MASCARENHAS DA SILVA, favoráveis a ela. Também neste segundo sentido, poder-se-iam acrescentar os pronunciamentos, sobretudo valiosos, de PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Privado*, tomo XIV, 2.^a ed., págs. 181, 228-9, 237) e de ALFREDO BUZAID (*Da ação renovatória*, págs. 345-7).

PONTES DE MIRANDA é categórico:

“O valor do fundo de comércio é indenizável. (...) A Constituição de 1946, art. 141, § 16, 1.^a parte, *in fine*, estaria ferida se o desapropriante não indenizasse o locatário ou outro possuidor” (ob. cit., pág. 181).

Argumenta, por seu turno, ALFREDO BUZAID:

“Negar ao locatário o direito à indenização equivale a permitir que o poder público ofenda impunemente o patrimônio alheio, precisamente naquela esfera jurídica para a qual a lei dispensa tutela especial” (ob. cit., pág. 346).

Nos tribunais, a tese da indenizabilidade do fundo de comércio tem sido consagrada em numerosas decisões. Menciona duas o ilustrado Consultor Jurídico do DER: uma do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 23-10-1951; outra, unânime, da 1.^a Turma do Supremo Tribunal Federal, relatada pelo Ministro NÉLSON HUNGRIA, em 25-10-1951. Vejam-se ainda estas outras, também da mais alta Côrte paulista:

“O locatário do prédio expropriado, ainda que com fundo de comércio protegível, não tem direito a embarçar a imissão de posse do expropriante no prédio. O fundo de comércio não faz parte da coisa, mas somente pode aumentar-lhe o valor. *Jurídico é que o seu titular seja indenizado*, mas esta indenização não se discute nem se fixa no processo de desapropriação, que visa unicamente a coisa pretendida pelo poder público”