

Por sua vez, o referido Decreto-lei n.º 81/75 dispõe na íntegra:

“O Governador do Estado do Rio de Janeiro, no uso das atribuições que lhe confere o § 1.º do art. 3.º, da Lei Complementar n.º 20, de 1.º de julho de 1974, decreta:

Art. 1.º. Até que sejam criados os cargos efetivos do Quadro I (Permanente), e iniciados os respectivos provimentos na forma e condições estabelecidas no Título V, Capítulo I, do Decreto-lei n.º 1, de 15 de março de 1975, poderá haver, em caráter excepcional e no âmbito do Poder Judiciário, provimento de cargos de classes iniciais de série de classes ou de carreiras e isolados, sob o regime estatutário, e empregos de contratados, sob o regime da C.L.T., dos Quadros Suplementares II e III de que trata o referido Decreto-lei, desde que observadas as seguintes condições:

I) que os cargos sob regime estatutário, ou empregos sob regime da C.L.T., tenham sido criados anteriormente e, não obstante, mantidos vagos em 14 de março de 1975;

II) que haja recursos orçamentários disponíveis para o atendimento das despesas conseqüentes, admitida a suplementação de verbas, mediante o cancelamento de dotações julgadas não necessárias, no orçamento próprio, se for o caso;

III) que seja observada, para efeito de recrutamento ou seleção, a legislação específica pertinente;

IV) que haja, em cada caso, prévia e expressa autorização do Governador, mediante exposição devidamente justificada e fundamentada.

Art. 2.º Os aprovados em concursos para o Poder Judiciário, cujo prazo de validade começou a fluir, de acordo com o disposto no art. 31 da Lei Complementar n.º 20, de 1 de julho de 1974 deverão ser aproveitados nos provimentos de que trata o artigo anterior.

Art. 3.º Este Decreto-lei entra em vigor na data de sua publicação e deixará de vigorar com o primeiro provimento de qualquer cargo efetivo do Quadro I (Permanente).”

Nessas circunstâncias, nada impede a nosso ver a nomeação do requerente, com validade a partir da publicação do ato respectivo e, por conseguinte, sem a produção de efeitos pretéritos.

É o nosso parecer, s. m. j.

Rio de Janeiro, 14 de julho de 1975. — PEDRO AUGUSTO GUIMARÃES,
Procurador do Estado.

LOGRADOURO: RECONHECIMENTO

O processo epigrafado contém, até aqui, o resultado de uma série de diligência administrativa, impostas pelo *interesse de particulares* em provocar, da Administração Estadual, a realização de um ato administrativo de reconhecimento de logradouro.

Em termos de viabilidade urbanística, do pedido, o processo caminhou sem obstáculos, eis que a D.A.P. da SOP, órgão competente, chegou até a materializar levantamentos e croquis necessários à medida, cuja *possibilidade*, circunscrita pela competência, endossa. Dúvida surgiu sobre a viabilidade jurídica do provimento — razão de audiência inicial desta Procuradoria-Geral do Estado.

E foi no sentido, não só de sanar a dúvida, como também de possibilitar eficácia jurídica, probante, para as medidas administrativas necessárias, que a PG-8 comandou as diligências que culminaram com a identificação, documentável, de uma data bastante exata para materializar, no tempo, a *ação pública, oficial*, sobre o bem imóvel considerado: ação essa de capital importância no desate da questão.

O reconhecimento de logradouro que se pretende, sendo *de iniciativa* privada, sendo *motivado* por interesses particulares, fica colocado extrapoladamente face aos critérios administrativos, em *termos* de oportunidade e, principalmente por seus antecedentes históricos, se *torna singular*, pelo fato de que a formal caracterização da faixa imobiliária como bem público repousaria numa situação material, anterior, histórica mesmo, irregular. O que suscitou para nós, e para a Administração, d. v., a contingente necessidade de *reexame* das posições anteriormente adotadas no trato de situações similares.

Não que se identificassem ainda dúvidas quanto ao *poder* administrativo exercitável para destinar o bem, declaradamente, ao atendimento de parcela de interesse coletivo. Mas, sim, quanto aos ônus econômicos, financeiros afinal, em termos *indenizatórios*, acarretados pelo reconhecimento formal do logradouro.

É que o *uso público* (mais: a obra pública realizada) se afigura, no caso, como um *fato* administrativo da maior significação, sob esse pris-

ma, quiçá inexistente nos precedentes examinados nesta PRG, que *concluíram pela impossibilidade de o uso pelo público se constituir em fato-base de prescrição aquisitiva a favor do Estado, entidade pública, pessoa jurídica; vale dizer se constituir nada desobriga de pagar.*

Efetivamente, quando dos resultados razoavelmente positivos das diligências instrutórias ordenadas, o entendimento contido nos Pareceres visados nesta PRG levariam à solução de responder-se, no presente caso, afirmativamente à possibilidade de declaração do bem como público; e afirmativamente, também, quanto à obrigação de indenizar, pela via da desapropriação indireta — ou transação.

Haja vista os doutos termos em que, em repasse, foi analisado — e resolvido — caso mais recente sob vistas da PG-8 e aprovado por V. Exa. São do Parecer, sempre elevado tomo, pelo seu autor, 61/73-RPF, as seguintes expressões que precisamente registram o entendimento prevalente:

“Como já se disse, em outra assentada (m/Ofício n.º 17/67, no proc. 07/169 075/65, referente a uma passagem entre as ruas Borborema e Tapajós, em Madureira), não se tratando de imóvel que o Estado venha ocupando e usando por si próprio, com instalações e serviços seus, mas sim sendo usado por particulares, os cidadãos que por ali transitam, não lhe assiste o direito a pleitear o usucapião.

É verdade que naquele caso reforçava minha argumentação com o fato — que não ocorre aqui neste — de nem sequer a passagem pública ter sido objeto de reconhecimento, ou projeto algum da Administração. Mas é bem de ver que terminava assim meu parecer:

“Estou, portanto, de acordo com o ilustrado colega Paulo Barros de Araújo Lima, que em parecer publicado na nossa Revista, vol. 13, pág. 371, opinando em caso algo diferente deste, porque o terreno já teria sido ocupado por logradouro público, conclui pela inadmissibilidade do usucapião de bens particulares ocupados pelo Estado como bens de uso comum do povo, porque estes, “conquanto tidos pela generalidade dos autores como de propriedade do Estado, têm características que escapam inteiramente aos elementos peculiares à propriedade, tal como conceituada no direito civil, desde que sobre eles exerce o Estado apenas um poder regulamentar de polícia, cujo conteúdo difere totalmente dos atos de domínio que se conhecem do direito privado (Themistocles Caval-

canti, *Trat. de Dir. Adm.* v. pág. 48; Rafael Bielsa, *Derecho Administrativo*, vol. 3, p. 4).”

Concluo finalmente:

1 — O Estado não pode impor obediência a seu simples PA tardiamente baixado com atentado à propriedade particular;

2 — Se tem a passagem de pedestres como absolutamente necessária, pode desapropriar a respectiva faixa (domínio útil) à requerente.

Atenciosas saudações.”

Por isso é que, subordinados, na época, à Chefia de um dos ilustres colegas assim pré-opinantes, nos abalançamos, com a concordância hierárquica extraproceto e mesmo em face do “visto” de V. Exa., *retro*, a coligir dados e a amadurecer razões que nos possibilitassem propor à superior deliberação governamental opinião de teor divergente. Essa diretiva, que nos foi possível manter nas honrosas substituições eventuais que desempenhamos na Chefia da PG-8, foi corroborada pela atual administração. Razão pela qual, mesmo exercendo funções no Gabinete desta PRG, prosseguimos no cotejo pessoal de dados que pudessem interessar à tese e, com a complementação da pesquisa direta por nós solicitada à Procuradoria do Estado da Guanabara em Brasília, junto ao Supremo Tribunal Federal, podemos levar à sua alta apreciação a opinião de que o Estado pode, já hoje, se lhe convier, reconhecer toda a área mapeada a fls., como logradouro público, baixando o necessário decreto, e dispor de dados e razões jurídicas para se eximir do pagamento indenizatório, eis que a ele cabe invocar *prescrição aquisitiva*, para que o usucapião lhe sirva de título, se contestada a medida, à legítima incorporação do bem ao patrimônio público local. Ou poderá argüir prescrição do direito de ação, mesmo real, irtentada contra a Administração Pública.

Assim, ao invés de o presente processo constituir normalmente acervo da PG-8, quando da última diligência cumprida, ficou a nós cometido o opinamento discrepante do até então assente, como atribuição funcional pessoal, prevista regularmente, que procuramos desempenhar cumulativamente com os encargos agravados que V. Exa. sabe têm sido cometidos a este Gabinete; donde a maior permanência do processo, sob estudo, nesta PRG. Vale o registro, *sub censura*, como assentamento das razões que resultam no presente Ofício, só nesta data expedido, e como justificativa da oportunidade, assim criada, de cotejo de tese da mais alta valia para

o Governo, não fora a busca de economia na aquisição legítima do bem bastante a recomendá-la, circunstancialmente.

Embora transcrita a grande gleba onde se insere o prolongamento da Rua Carlos Seidl, e esta mesma, no Registro Geral de Imóveis em nome da Venerável Ordem Terceira dos Mínimos de São Francisco de Paula, *seguindo traçado* e aperfeiçoando *o uso*, pelos moradores locais, fez o Estado da Guanabara, usando verbas especiais do “Ponto IV”, sob sua gestão, obras típicas, de calçamento, coleta de águas pluviais, passeio e iluminação públicos, modernizou praça e *implantou escola* em tais terrenos.

As fls. 45 do processo estão dados bastantes para enunciação de prova judicial, a respeito.

Assim, ao uso público continuado, de longuíssima data (o levantamento aerofotogramétrico da Cruzeiro do Sul pode vir a ser dado utilíssimo no estabelecer o remoto desse uso) seguiu-se *não-ortodoxa* apropriação da faixa de terra como base de obra pública que, por si só e incontinenti, justificaria indenização por desapropriação, dita indireta.

O decreto declaratório do reconhecimento do bem como logradouro público, entretanto, poderia ser tido, ainda agora, pelos interessados, como *inicio* de um prazo prescricional que lhe fosse favorável no reivindicar compensações financeiras. Esse o nosso cuidado: o ato formal de reconhecimento do logradouro, se caracterizada fosse como o último ato de um procedimento administrativo complexo — ensejaria, quiçá, a eclosão do argumento de que a inação do particular, até então, se colocaria como ato de mera tolerância, (eis que as áreas adjacentes *não poderiam ter utilização legítima*), não de renúncia. Valeria recordar que, em casos conexos, de reversão ao domínio particular de *áreas de loteamento* destinadas a logradouros, por desistência do particular — loteador, é esse, o reconhecimento por decreto, tomado seguidamente como *marco final* do processo de aquisição de áreas públicas; no que se caracterizou, longamente nesta Casa, como uma doação modal, sob condição não-ocorrida. Tese essa que teve aceitação, inclusive, do Tribunal de Contas do Estado, a quem se atribuía, na época, a competência registrária absoluta em casos que tais.

Sendo certo que a obra pública torna irreversível o uso do bem a componente de domínio privado, valendo como *afetação* inafastável — porque unilateralmente impositivo pelo Estado — impossível seria desconhecer (já que o bem, com todas as suas qualidades jurídicas características, se trasladou do domínio privado para o público) que, à au-

sência de título desonerador, estaria havendo virtual confisco da propriedade privada, se ao aumento do patrimônio público não correspondesse recompletamento indenizatório do patrimônio privado, assim desfalcado. Seria fastidioso enumerar, às dezenas, os julgados locais condenando o Estado, como a antiga PDF, a tais onerosas, porque acrescidos pelo fato judicial, reparações.

Diante dessas injunções administrativas e judiciárias e à falta de prova imobiliária de formal transação de que participasse o proprietário, quanto ao ponto — ou de liberalidade sua expressa — seria razoável, pela espécie, se procurasse na *posse, civilmente considerada*, tal como posta nos registros do processo, motivo legal para a não-indenizibilidade do empreendimento oficial. Tarefa essa que, d.v., entendemos como de estrito dever funcional, na preservação econômica dos interesses públicos — desnecessário enfatizar — sem qualquer parcela de busca, em emulação, a uma artificiosa lesão aos direitos do particular alcançado pela medida.

Assim, em termos de posse que fosse visto o assunto (“A Situação possessória, já no mundo factivo, é real”, Pontes de Miranda, *Tratado*, 1.º, 73), desde que se anuisse em que as servidões de trânsito não-tituladas mas permanentes têm proteção possessória (*Revista Forense*, volume 208, pág. 291 — Súmula 415 do Supremo Tribunal Federal), — destaque feito para a natureza das obras, no caso — ou desde que, também, se aceite que “a lei não veda que pessoa jurídica de direito público invoque o usucapião, seja para adquirir título dominial sobre bem público dominial ou de uso comum, seja para corrigir as imperfeições dos respectivos títulos. (Ac. unânime — 6.ª Câmara Cível, SP, *Revista Forense*, volume 223, p. 184). Certo é que haveria o que considerar, de útil no caso, *data venia*, não apenas em termos de características diferenciais, na propriedade pública, com relação àquela conceituada no direito civil (v. cf. citado), restritas essas ao exercício, tão-só, de um poder regulamentar de polícia com conteúdo totalmente diferente dos atos de domínio que se conhecem no direito privado. Advocaticamente, *pelo menos*, merece ponderada a opinião de Pontes de Miranda, no *Tratado de Direito Privado* que (vol. 11, pag. 210) coloca as servidões de trânsito como de direito real, restrição administrativa, não mera limitação administrativa.

Tudo a abrir ensancha à proteção possessória, melhor e principalmente, à aquisição pela via da posse e à colocação do problema em termos de prescrição real; decerto, já agora, *pelo tempo decorrido*, argüível seguramente, sem os riscos de embate contra a dominante corrente jurisprudencial que não admite a quinquenal em matéria expropriatória.

Efetivamente, a rua Carlos Seidl, na parte urbanizada pelo menos, não podendo ser rotulada, em absoluto, de mero atravessadouro, caracterizada esta como estrada que se revela apenas eventualmente à passagem do viandante (*Revista dos Tribunais*, vol. 412, p. 405); não podendo de modo algum, ser tipificada como base fáctica de servidão descontinua por ausência de sinais e obras (T.S.D.P., *Revista dos Tribunais*, vol. 164), e resultando de ação de vulto, material (obras de engenharia urbanística), de quem evidentemente a houve para assim edificá-la com *ânimo de dono*, permitira porém fosse vista como resultado de uma série de fatos, administrativa e civilmente expressivos, que a trariam (a rua Carlos Seidl) como bem público, ao patrimônio do Estado, *independentemente de transcrição*.

Vem a pêlo, então, trazer à sua elevada apreciação o fundamento doutrinário que se nos afigura como o ponto nodal de nosso articulado, a tese central de nossa exposição. Para nos contrapormos à idéia de que vincula o domínio público à idéa de soberania do Estado em *jus imperii* revelados em direitos e tutela e fiscalização (velharia, no dizer de J. Guimarães Menegale, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, 2a. edição, 2.º vol. fls. 20 e seguintes) socorremo-nos de tal trecho lapidar da doutrina nacional, que nos foi, inclusive, lembrado pelo D. Procurador do Estado Dr. Newton Barroca:

“Encerram-se no instituto da propriedade três elementos:

- o *usus*;
- o *fructus*;
- o *abusus*.

Ora, conclui-se, o Estado não tem o *jus utendi et abutendi* e só excepcionalmente tem o *jus fruendi*; logo, não exerce direito de propriedade. A objeção, impressionante ao primeiro lance, é assim confutável:

- 1.º — O uso público é só uma função do domínio público.
- 2.º — O *jus utendi* não é elemento essencial e irreduzível do direito de propriedade, em sentido geral.
- 3.º — Plena ou limitada, a propriedade é una em seu conceito.
- 4.º — Em outros termos, a propriedade não é uma seriação de faculdades determinadas *in abstracto*, mas — para recordar de Ruggiero — “a unidade de todos os poderes conferidos ao titular”, e, no sentido de sua origem, um direito potencial, cuja exterioriza-

ção não é, pois, predeterminada quantitativamente. Por conseguinte, o exercício do direito de propriedade tem um *maximum*, sem ter um *minimum* de expansão determinado. Ainda mais: uma parte desse exercício pode caber a outrem, — e mesmo, muitas vezes, todo o exercício, todo o conteúdo da propriedade, — sem que o direito potencial sucumba. Que estranharmos, portanto, se um atributo da propriedade do domínio público, o *usus*, que não lhe é, de resto, positivamente, a substância, se transfere a outros, ou seja, à coletividade?

Incongruente não é associar a idéia de propriedade à de inalienabilidade; ao contrário, só é iralienável o que é apropriável e o domínio público é constituído de bens que o Estado apropriou. Visto que são inapropriáveis, não diremos que são inalienáveis a luz do dia ou o ar que respiramos. Teoria incôgrua é, antes, a que, rejeitando a propriedade do domínio público, lhe declara a inalienabilidade e a imprescritibilidade, regras somente aplicáveis ao que hipoteticamente se poderia alienar ou adquirir.

É velharia a doutrina que atribui o direito sobre o domínio público à soberania do Estado ou das entidades estatais, um *jus imperii*, relevado em direitos de tutela e fiscalização, direitos — tal como acentua Cunha Gonçalves — que são antes deveres, direitos, em suma, incorporados no direito geral de soberania, que pertence ao Estado exercitar. Pois que o domínio público — admitem todos — não é *res nullius*, só nos resta optar por uma das duas versões da teoria da propriedade do domínio público.

— ou a propriedade do domínio público é idêntica à do direito privado;

— ou se trata de propriedade de direito público.

Liminarmente: é de todo cabível reconhecer, em princípio, a índole civil da propriedade do domínio público, uma vez que é o direito civil que a rege. Agora vejamos. Sem embargo de lhe rejeitarmos em conjunto a doutrina, acode razão a Bérthélémy na forma como condena o conceito de propriedade pública, pois, de fato, após-se ao instituto o qualificativo com o ânimo de resolver lexicologicamente uma questão medular.

Exposição cabal da propriedade pública é a que faz Meucci, dissertando sobre o conceito geral, a história de suas formas, sua natureza e classificação, relações entre a propriedade pública e

privada e seu regime jurídico-administrativo. Sumariando-lhe a doutrina, encontramos que o Estado não é uma abstração, senão uma realidade; não é sequer seu Governo ou sua representação, mas o povo governado e representado. As hierarquias estatais, as diversas ordens constituem elementos pelos quais um povo é Estado, mas a substância, o conteúdo do Estado é o povo, a saber, os próprios cidadãos. De onde, o Estado é o verdadeiro sujeito da propriedade pública, devendo-se, porém, entender que não é a hierarquia ou a representação, não uma ficção ou uma abstração, e sim os cidadãos, os homens — homens mais homens, traduziríamos — os que formam a sociedade legal, em suma, o povo. O Estado legal e hierárquico é o que permite ao povo ser proprietário, não é o proprietário.

Sujeito da propriedade pública, o povo o é, também, do uso e gozo. Não há distinguir, pois, entre povo *uti universi* e povo *uti singuli*, conforme se trate de sujeito de bens dominiais ou de patrimoniais. Coisas de fato, não podem o *usus* e o *fructus* residir em entes abstratos e morais, mas somente em físicos e concretos. Entende-se que o direito, como tal, caiba a uma unidade abstrata, mas o uso e o gozo, nunca. Pode o direito exercer-se pela representação; como, porém, representar-se no uso e gozo das coisas? Assim, portanto, reúnem-se no mesmo sujeito — o povo — a propriedade e a fruição dos bens dominiais.

Quanto, porém, aos bens patrimoniais, quem é o verdadeiro sujeito? Não já o povo, respondem, senão o Estado, o *corpus*, a unidade. Erro, e muito erro, porque ou o Estado é aí a abstração, e como tal é incapaz de gozar, ou se considera “em sua concreta verdade”, e é sempre o povo. De fato, é o povo e não outro que goza dos serviços em cujas despesas inverte as rendas patrimoniais. Por conseqüência, sujeito ativo e frutivo da propriedade pública é, em todos os casos, o povo, com a só diferença de que, nos bens dominiais, o povo desfruta a utilidade imediata, ao passo que, nos patrimoniais, goza a utilidade mediata; em outros termos, naqueles o valor de uso, nos segundos o valor de câmbio.

Se reputássemos o *corpus* incapaz de fruir, para recusar a existência de propriedade ao domínio público, teríamos de recusá-la igualmente ao domínio privado. Aboliríamos, então, por completo, a noção de propriedade pública.

Chegamos a esta altura ao ponto de cristalização da teoria de Meucci. Uno é o sujeito da propriedade dominial e da propriedade patrimonial — o povo; e só acidentalmente o sujeito da propriedade pública nos apresenta duas faces: em relação à propriedade, que é direito, é povo considerado comunidade abstrata; em relação ao uso, que é um fato, entende-se como coletividade concreta. Isso, no entanto, não autoriza a criação de outros sujeitos e a negação da propriedade dominial. A própria ficção jurídica, necessária para considerar o povo como pessoa jurídica, serve para considerá-lo como sujeito de propriedade.

Deduz-se, em resumo, da exposição de Meucci:

1.º — O domínio público é objeto de propriedade, — a propriedade pública.

2.º — O titular do direito de propriedade pública é o povo, identificado com o Estado.

Compete-nos explicar como e por que aplaudimos a impugnação de Bérthélémy à expressão “propriedade pública”, uma vez que aceitamos a doutrina da propriedade pública de Meucci. Não é sutileza logomáquica, mas consideramos que o qualificativo: “pública” — tal como assinala o autor francês — não é suficiente para decidir de uma questão de fundo, como seja essa, tão relevante, da propriedade dos bens dominiais. Agora, se viermos a reconhecer, com fundamentos racionais, que o domínio público é objeto de propriedade, não por mera adjetivação (que é o que Bérthélémy respulsa), senão substantivamente, então não é de censurar que, para caracterizá-la, para identificá-la, vamos dizer fisiognomonicamente, adotemos um sobrenome — propriedade pública, em contraste com propriedade privada. Eis ao que chega Meucci.

Cerremos, entretanto, a dialética, de forma a desmanchar por antecipação quaisquer dúvidas que se levantem em referência a este ponto. O termo de relação econômica, — destino dado às coisas em ordem às necessidades humanas, — é a propriedade. Como não se cogite de uma relação de fato, senão de uma relação jurídica, tanto que é juridicamente protegida, segue-se que a propriedade é um instituto de direito. Quais são os dois dados que se integram no instituto da propriedade? O da coisa e o do sujeito. Quando as duas figuras, no plano real, entram em contato, para estabelecer aquela relação, temos criado a propriedade. O sujeito,

pessoa real, não pode dispensar os recursos econômicos, objeto da relação, cuja apropriação, conforme se exprime Ihering, compreende a legítima defesa da personalidade física. Semelhantemente, o Estado, como pessoa de direito, representando a pessoa povo, ou sociedade, — pois que se identificam, — não pode abrir mão dos recursos econômicos para realizar seus fins e nesse ato de apropriação e utilização de coisas para fins econômicos é que exatamente consiste a função da propriedade.

Assim conceituado em esfera filosófica, ressalta a unidade interna do instituto da propriedade. Já, porém, que indicamos serem duas as pessoas possivelmente interessadas na relação econômica em estudo, ou seja, a personalidade física e o Estado, representante da sociedade ou povo, concluímos que adjetivamente a propriedade, que é *genus*, tem duas espécies — a propriedade privada e a propriedade pública. Basta abstrairmos o sujeito da propriedade analisando objetivamente a relação, quer dizer, encarando só a coisa, para encontrarmos o fato jurídico aí caracterizado: sabemos que há aí o fato da propriedade, porque a coisa foi apropriada e utilizada para fins econômicos. Passando a averiguar quem é o sujeito, descobriremos, ertão, indistintamente, a pessoa física ou o Estado; mas já havíamos identificado o fato, e a qualidade do sujeito não tem a virtude de lhe alterar a existêrcia e o conteúdo.

Podemos, pois, concluir:

- 1.º O domínio público, que não é *res nullius*, é objeto de propriedade.
- 2.º A propriedade é o termo de relação econômica do destino das coisas com as necessidades humanas.
- 3.º Nessa relação, objeto é a coisa e o sujeito é a pessoa.
- 4.º O Estado, como pessoa, estabelece relação econômica com a coisa e é, pois, sujeito da propriedade.
- 5.º Desde que permanece o conteúdo da relação, seja qual for o sujeito, a propriedade é juridicamente una.
- 6.º A exteriorização da relação é que é variável e, atendendo aos caracteres diferenciais, segundo a zona do direito em que se encontra, é propriedade privada ou pública.”

E mais: (Pontes de Miranda — *Tratado de Direito Privado* — Vol. 10, págs. 192 e 195):

“Foi bom que o fizesse, porque era discutido se, não sendo negócio jurídico a aquisição da posse, seria possível representação negocial (afirmativamente, H. Dernburg, *Das Buegerliche Recht*, I, 3.ª ed., 470; contra F. Endemann, *Lehrbuch*, I, 5.ª ed. 339 s.); e alguns pensavam que representação, em matéria de posse, somente poderia consistir em relação de poder, portanto fáctico (Fr. Leonhard, *Vertretung beim Fahrnisserwerb*, 64). Ora, não se haveria, nem se há de pensar em esquema, mesmo porque a aquisição da posse não é de uma só espécie; nem se pode abstrair da concepção da vida, lá fora, no mundo dos fatos; nem se há de reduzir a representação àquelas espécies em que o representante se faz possuidor imediato e adquire para o outro a posse mediata. Porém é eliminar a sutileza do órgão, em seu conceito científico e imprescindível, dizer-se que a posse, que a pessoa jurídica adquire, por seus órgãos, é posse adquirida com base no art. 494, II; por seus órgãos, a pessoa jurídica, como, por seus servidores da posse, a pessoa física, ou a jurídica, adquire sem intermediário representante ou procurador: é a própria pessoa que adquire (portanto, com base no art. 494, I).”

.....
“A posse imediata adquirida pelo órgão da pessoa jurídica, seja de direito público seja de direito privado, é posse adquirida “pela própria pessoa que a pretende” (art. 494, I). O órgão não é representante, nem procurador; é a semelhança do servidor da posse.

Considerar-se a aquisição pelo órgão da pessoa jurídica como aquisição por seu representante (e. g., H. Geissler, *Der Besitz des gesetzlichen Vertreters*, 21; H. Isay, *Die Geschäftsführung*, 25s.) é de todo inadmissível. Ou se dilata o conceito de servidor, para que se assimile a esse o órgão (servidor — servidor *stricto sensu* + órgão), o que seria “inofensivo” (a expressão é de Martin Wolff, *Lehrbuch*, III, 16, nota 1); ou se diz que a aquisição pelo órgão é pela pessoa jurídica mesma, sem servitude de posse e, *a fortiori*, sem representação.”

Não nos parece, assim, aberração jurídica, afirmar que o uso da área considerada, pelo Povo, artes e após a obra pública ali realizada, seja e tenha sido esse *uso de dono*: e que se ele é contínuo, *longuissime temporis*; se ele é sem oposição e, mais, se se constitui em base de fato para um uso administrativo irreversível, ele é *bastante* para romper a

propriedade particular, *da mesmíssima maneira* pela qual o uso por um particular não-titulado o faz, nas condições da lei. Não se identifica para nós, d.v., qualquer empecilho técnico, legal ou doutrinário inconcusso à afirmação de que Povo (que é o Estado dominialmente) e indivíduo se qualificam igualmente quando, por enumeráveis atos — fatos — jurídicos, no tempo, fazem valer um mesmo dado social que se contrapõe a um interesse meramente jurídico, para obter uma mutação patrimonial. O dado social — o uso produtivo; o interesse, o do dono que pode prescindir do bem na sua força econômica.

Em termos de posse, estamos na força do excepcional, que quebrando sistemas, faz a prevalência do coletivo sobre o particular; este, em termos, meramente preservável, *se et in quantum*.

“Posse é o poder fático sobre a coisa. Passa-se ela, portanto, no mundo fático; e os sistemas jurídicos, evitam, quando podem (= lhes parece conveniente), que os fatos possessórios se tornem fatos jurídicos: o mundo jurídico repele-os, veda-lhes entrada, salvo para não se violar o princípio da conservação do fático, enquanto não há razão jurídica para a mudança, ou, para se assegurar o princípio do primado do jurídico, onde se verificou que a posse o feria, ou feriria. Tudo que é concernente à posse e interessa ao direito, ocorre, como se percebe, nas linhas que separam o mundo fático e o mundo jurídico. “Considera-se possuidor”, diz o Código Civil, art. 485, “todo aquele que tem de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade”. No Código Civil alemão, § 854, estatui-se: “A posse de uma coisa adquire-se pela obtenção do poder fático (*die tatsächliche Gewalt*) sobre a coisa”. No Código Civil suíço, art. 919, é possuidor o que tem o poder fático, “*die tatsächliche Gewalt*”, “*la maîtrise effective*”, “*colui che la tiene effettivamente in suo potere*”, conforme o texto trilingüe. Poder fático é a melhor expressão, não só porque corresponde ao termo alemão, preciso, como porque “poder” e “fático” são termos de linguagem científica. O poder jurídico sobre a coisa é o que enche o direito real, ou o direito do que tem a posse mediata, ou a imediata, isto é, a posse que alguém exerce sobre coisa que outrem possui como própria.” (Ob. cit. pág. 71)

Para nós, quando o interesse social permite se faça cessar a propriedade imobiliária (quando há sucessão, é bem de ver-se — não que o

usucapião não possa ser forma originária — aquisitiva) por quem a abandone, em presença do uso produtivo de terceiros, (no plural) o que se vê é que a tolerância do proprietário, (a quem se dá toda a proteção fundamental à preservação dos patrimônios, base de estabilidade social) como dado de bem-estar social foi de tal ordem, adquiriu tal grandeza que permitiu a caracterização da *disponibilidade* desse bem, em face desse mesmo universo patrimonial particular — doutra forma tão rigidamente protegido pela Constituição, pela lei e pelos costumes.

Não há, assim, *data venia*, se esse for o elemento crucial à pesquisa na apuração de aquisição pela via ordinária de prescrição, como estabelecer uma relação diferencial entre o uso de um e o uso de uns, ou de todos, que se contrapõem ao uso do dono, não socialmente necessário.

Por isso, haveria no processo epigrafado, dados que permitiriam provar que houve posse capaz de permitir a aquisição por usucapião da faixa reconhecida como logradouro, a qualquer momento e independente do fato de seu atual pelo reconhecimento do bem como logradouro público.

Haveria, também, entretanto, que ser ponderada a D. opinião desta Casa — e o precedente é invocado no D. Parecer já visado por V. Exa. — estabelecendo, com base na melhor doutrina, para caso não-idêntico mas semelhante, que:

“5. Fixada a doutrina da servidão administrativa, cujos traços essenciais não sofrem contradita, forte crítica se ergueu contra a inclusão, nessa categoria, das passagens particulares de uso comum ou público. Fritz Fleiner observa que uma servidão pública de passagem tem em comum com a privada apenas o nome. A nota tônica da configuração do instituto desloca-se do conceito da servidão para o da afetação. Enquanto para Otto Mayer havia, na afetação, um vínculo de sujeição da coisa ao serviço público, de caráter derivado, para a doutrina que lhe sucedeu, recebendo nova intensidade, passou para o plano principal. Não é o puro fato de utilizar-se a comunidade de um caminho que lhe dá caráter público, senão a afetação, que obedece a um título, inconfundível com a tolerância revogável a qualquer tempo (*Instituciones de Derecho Administrativo*, Barcelona, 1933, páginas 295 e 296). Este título será a lei, a doação, a entrega do bem ao Estado para que o público dele se utilize etc. A autoridade administrativa está confiada, pela natureza de seus poderes, a proteção do uso público, contra os particulares ou o proprietário, que queiram turbá-lo.

Na realidade, a servidão administrativa é inseparável do serviço público, a que se subordina. Somente com o vínculo direto estabelecido entre a coisa e a atividade pública, ela se caracteriza. Assim, servidão seria o aqueduto, a de fios telegráficos, a das zonas de salubridade em torno dos cemitérios, etc. Projetado o fim do instituto para fora dessa relação, em que não se favorecem as pessoas de direito público, nas suas atividades imediatas, mas a população em geral, de servidão não se cogita. A coisa não assume o aspecto de prédio serviente, senão que é afetada ao uso comum. A afetação se dirige ao imóvel, cabendo ao Estado, por força desse ato, geri-lo, de acordo com seu destino. Não há destinatários, que assumam direitos com ela, ou que possam reclamar as restrições impostas ao tráfego. Independe, ademais, de forma, podendo operar-se de modo tácito. No seu conteúdo desdobra-se em duas ações: na manifestação de vontade, expressa ou tácita, do Estado e no ato real de entregar a coisa ao público. Procedem o título, que é a lei, o decreto, o costume, o ato administrativo, a cessão da coisa, o negócio jurídico, a liberalidade do particular, etc. (E. Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 1961, págs. 332 e segs.; S. Adamovich, *Handbuch des Oesterreichisches Verwaltungsrechts*, 1953, t. II, p. 90 e seg.; Turegg Kraus, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 1962, p. 592; H. J. Wolff, *Verwaltungsrechts*, t. I, 1963, p. 319 e segs.)”

(Raymundo Faoro, *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado*, vol. 14 — p. 249 e 250).

A esse douto teor de considerações poder-se-ia atribuir qualidade que infirmasse uma aproximação meramente possessória, na defesa do Estado, em não indenizar. Verdadeiramente, se se trata, no caso, de afetação tacitamente instituída (à falta de um negócio imobiliário prévio que afastasse a indenizabilidade do apossamento pela expropriação indireta então configurada no processo) ter-se-ia uma mera servidão de passagem no trecho da rua a reconhecer: mero direito real sobre domínio alheio.

O que também seria uma meia-solução para o caso, eis que o título a que estaria ligado o bem público, embora não-dominial, mero direito, não impediria nem o uso legítimo do bem, nem a própria transcrição imobiliária, se achada necessária; meia-solução, pois, restaria indenizar, proporcionalmente embora, o ônus instituído sobre bem alheio.

Mas ainda assim, d.v., haveria o que oferecer a favor, em boa doutrina, da aquisição *prescricional* de afetação, — com extrema adequação aos fatos do processo. É a lição de que nos servimos, transcrevendo José Cretela Junior, *Dos Bens Públicos*, págs. 102 e 103:

“69. Afetação por prescrição.

Tratando-se dos bens artificiais, a afetação pode concretizar-se por fatos, e, entre estes, mediante um uso público ininterrupto, sempre que a isso não se oponha a administração, mas ao contrário se manifeste de modo expresso ou tácito.

Tal uso ininterrupto pode dar lugar à aquisição do bem e à sua respectiva afetação por dois caminhos: a *praescriptio longissimi temporis* e a *vetustas*, isto é, a prescrição por tempo muito longo e o uso imemorial.

Para que o Estado adquira propriedade de um bem privado mediante a prescrição e a afete ao uso público, como dependência dominial, é preciso que, nesse desiderato, realize atos idôneos para tanto, como a manutenção da coisa e a sua tutela, através de meios peculiares à polícia dominial.

Não é preciso nestes casos, o pagamento de impostos e contribuição territorial, por parte do Estado, exigência apenas concebível, no instituto paralelo do direito privado, quando o titular é um particular, vinculado àquela exigência, estabelecida, em lei, como salvaguarda da seriedade da posse alegada.

70. Afetação por uso imemorial.

“No direito romano”, escreve Savigny, “os caminhos estabelecidos em sua origem sobre propriedades privadas, convertem-se em públicos quando desde tempo imemorial existiram como tais caminhos, revestindo a partir dessa época, no direito, o caráter de *publica via*. O tempo imemorial produz, pois, o efeito de atribuir ao domínio público um caminho privado, como se este caminho tivesse sido feito pelo Estado e sobre o terreno do Estado. Por conseguinte, não é neste caso a propriedade que serve de base ao estabelecimento do direito e, assim, este direito não é um direito privado.”

A afetação ao uso público pelo da coletividade deste tempo imemorial é uma das formas tradicionais; já existia em Roma, com relação aos caminhos públicos.

O uso gera a afetação ao domínio público. Assim, pode uma coisa passar do domínio privado para o domínio público, como passaria do domínio privado de seu titular a outro particular, mediante a prescrição. Nada se opõe à aplicação do princípio em favor da coletividade, representada pela entidade pública, relativamente à qual poderia ainda agregar-se, ao fundamento da prescrição aquisitiva, a utilidade pública.

A prescrição aquisitiva, escreve D'Alessio, não encontra, em geral, aplicação no campo do direito administrativo, sendo, porém, admitida em um caso: quando se trata de prescrição *ab immemorabili*, isto é, de prescrição que se estende por várias gerações e cuja origem se perde na noite dos tempos passados. Deve tratar-se de um estado de coisas existentes num tempo *cuius memoria non extat*, de modo que seja impossível estabelecer se teria sido legítimo, na origem. O imemorial, mais do que criar uma nova situação jurídica, cria uma simples presunção de legitimidade do estado existente.

Quando, pela natureza da relação ou por outro motivo, o instituto da prescrição não pudesse ser aplicado e, sempre que a situação de fato durasse por tanto tempo que ninguém mais se lembrasse de seu início, era mister recorrer-se a um instituto do imemorial. Segundo alguns autores, teria ele a mesma natureza e o mesmo fundamento da prescrição, mas parece mais correta a opinião que atribui ao imemorial a função de estabelecer uma simples presunção de legitimidade: a posse imemorial de um dado direito faz presunção que este tenha tido origem num título legítimo.

Enfim, bens públicos, como as vias de comunicação de qualquer espécie, quando incorporadas ao uso e gozo comum com consentimento das autoridades públicas e dos proprietários desde tempo imemorial, transformam-se em bens do domínio público.

O contrário, porém, não se verifica, ou seja, a prescrição imemorial de bem público, a saber a de uma estrada pública, que não prescreve nunca, posto que o povo não passa por ela cem anos.

Com efeito, se o bem de uso comum é o serviço mesmo prestado ao público pela administração, não se compreenderia que se interrompesse tal prestação que, na estrada pública, se consubstancia em parte principal."

Com esta soma de razões, então, em conclusão, opinamos no sentido de que pode ser reconhecido como logradouro público a área delimitada no processo, abrangendo a rua em sua parte urbanizada e a praça pública construída (sem perspectiva da necessidade de indenização), bem como o prolongamento programado. Este, indenizavelmente, se não houver *prova* disponível de seu uso imemorial ou pelo menos trintenário.

Conviria, para melhor referência às razões originárias do ato, que o decreto de reconhecimento dissesse expressamente que é editado "à vista do que se contém no processo n.º 07/612 149/69".

Em cópia, *data venia*, faço juntar a este meu ofício, como repositório, excertos do *Manual de Direito Administrativo*, tomo II, Forense, 1970, de Marcelo Caetano; da obra *Derecho Administrativo*, 4.ª ed., Buenos Aires, 1947, tomo II, de R. Bielsa, que por indicação doutra do Procurador Dr. Sergio Ferraz, permitem reforço de tomo à nossa tese. Bem como doutrina correlata, publicada na RT, de lavra do Dr. Diniz Junqueira, específica do enfoque prescricional, transcrita de RT 149 e 113, bastante útil na instrução do processo.

Sub censura.

Em 11 de julho de 1974. — CÉLIO ALBERTO SHOLL FERREIRA, Procurador do Estado, Assistente do Procurador-Geral.

PENSÃO INSTITUÍDA EM FAVOR DE VIÚVA DE GOVERNADOR DO ANTIGO ESTADO DO RIO DE JANEIRO CORRESPONDENTE AO QUE PERCEBESSE COMO SUBSÍDIO O GOVERNADOR EM EXERCÍCIO (LEI N.º 4.610, DE 13, PUBLICADA A 14 DE MARÇO DE 1961)

O de que se cuida no processo n.º 22.061, protocolizado em 23 de julho transato na Representação em Niterói da Secretaria de Estado de Administração, e do interesse de D. Ismélia Saad Silveira, é saber-se se tem amparo legal sua pretensão de ter atualizada nos termos do art. 1.º do Decreto-lei federal n.º 1.805, de 11, publicado a 12 de março próximo passado, que fixou a remuneração do Governador do atual Estado do Rio de Janeiro, a pensão que em seu prol foi instituída por decreto legislativo do extinto Estado do Rio de Janeiro.

2. Por morte do Governador Roberto Teixeira Silveira, falecido prematuramente em acidente aviatório ocorrido na cidade de Petrópolis no dia 1.º de março de 1961, evento que, na época, causou intensa emoção