

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 termos 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, sobremodo 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”

(28-4-1953, 1.^a Câm. Civ., mand. seg. n.º 62.758, *Rev. For.*, vol. 152, pág. 253 — grifamos).

“O locatário do prédio que foi expropriado tem indiscutível direito à indenização dos prejuízos resultantes da desapropriação. O art. 141, § 16, da Constituição Federal de 1946, garante o direito de propriedade, referindo-se não somente à propriedade mobiliária e imobiliária, como também a todos e quaisquer direitos privados, patrimoniais, reais ou pessoais” (18-4-1958, 6.^a Câm. Civ., apel. n.º 79.239, *Rev. dos Trib.*, vol. 275, página 242).

“O locatário tem direito de ser indenizado dos prejuízos que lhe ocasionou, diretamente, a desapropriação do prédio arrendado, rompendo-lhe antecipadamente a locação escrita, por prazo certo e ainda vigente” (12-6-1959, 6.^a Câm. Civ., apel. n.º 79.194, *Rev. dos Trib.*, vol. 290, pág. 167).

Há, contudo, julgados no sentido oposto, além do que se menciona no parecer. Exemplificativamente:

“Nada pagará o desapropriante ao locatário, se o contrato deste não se acha transcrito para valer contra terceiros” (TJSP, 2.^a Câm. Civ., 3-7-1959, apel. n.º 89.285, *Rev. For.*, vol. 192, pág. 241).

“A desapropriação, já pelo seu caráter de alienação de propriedade, já pelo sentido de ordem pública de que se reveste, rompe a locação. Se o contrato de locação não tem cláusula de vigência no caso de alienação, levada a Registro Público, não tem o locatário direito a qualquer indenização por parte do poder público” (TJEG, 4.^o Grupo de Câm. Civ., 22-11-1961, emb. na apel. n.º 9.352, *Rev. de Jurispr.*, n.º 2, pág. 54).

Recentíssimamente, em sentença publicada a 27-12-1963, o MM. Juiz de Direito da 7.^a Vara da Fazenda Pública, Dr. OSWALDO GOULART PIRES, julgou carecedora de ação a Serralheria Artística Fabbri Ltda., que havia, na qualidade de locatária, demandado a SURSAN para desta haver indenização do fundo de comércio, conseqüentemente à desapropriação do imóvel onde se achava instalada.

2. Apesar das divergências, inegavelmente predomina, tanto no campo doutrinário como no jurisprudencial, a tese de que ao expropriante corre o dever de indenizar o fundo de comércio. É ponderável o argumento em que ela principalmente se apóia, a saber, o de que a norma constitucional do art. 141, § 16, no seu mais correto entendimento, tutela não apenas a “propriedade”, em sentido estrito, mas todo e qualquer direito patrimonial, seja real ou pessoal. Tanto mais quanto aqui se trata — como frisa ALFREDO BUZARD — de elemento do patrimônio do locatário que a ordem jurídica reputa merecedor de especial proteção. E, ainda no silêncio do

ius positum, seria razoável afirmar, em atenção ao princípio da justiça comutativa, que à supressão de um bem deve corresponder, em favor do prejudicado, uma compensação a cargo de quem pratique o ato supressivo — no caso, a entidade pública expropriante.

Para essa conclusão propenderíamos, talvez, se a questão nos fôsse proposta *in abstracto*, desinteressadamente, em puros termos doutrinários. Talvez — valha a ressalva — porque, apesar de tudo, valiosos argumentos podem ser também invocados a favor da não indenização do fundo de comércio. *De lege lata*, é bom que se note, a não ser pelo recurso à interpretação extensiva do dispositivo constitucional, impossível encontrar assento expresso para o dever de indenizar. O próprio SEABRA FAGUNDES não pôde deixar de reconhecê-lo, em trecho que contradiz afirmações feitas alhures pelo mesmo jurista:

“A lei vigente banuiu, em termos peremptórios, o sistema de indenização múltipla. A indenização será uma única, ressalvada, no interesse dos terceiros, a sub-rogação no preço de “quaisquer ônus ou direitos” incidentes sobre a coisa. De modo que, em se tratando de terceiro como o locatário, sem direito que recaia sobre o imóvel, mas apenas com o direito de utilizá-lo mediante retribuição convencionada, nenhum direito lhe reconhece a lei à indenização por parte da Fazenda Pública” (*Da desapropriação no direito brasileiro*, pág. 297 — grifo nosso).

Com efeito, o legislador só previu direito à indenização, *expressis verbis*, em prol dos prejudicados *diretos*: o proprietário e os eventuais titulares de algum *ius in re* (Dec.-lei n.º 3.365, arts. 26 e 31). Não dispensou o mesmo tratamento a outras pessoas cujos interesses venham a ser atingidos pelo ato expropriatório. Nem adiantaria — lícito que fôsse, havendo regras especiais sobre a matéria — recorrer às normas de direito comum, pois no Código Civil nenhum dispositivo se acharia do qual resultasse, inequívoca, a afirmação da responsabilidade do expropriante.

Mas, seja como fôr, o que aqui se pede é menos um pronunciamento teórico do que um conselho prático, uma orientação capaz de resguardar os interesses do Estado da Guanabara e dos órgãos da sua administração descentralizada, como o DER. Ora, conforme se mostrou, a matéria está longe de ser pacífica, e a tese mais favorável ao Poder Público tem por si apreciáveis subsídios doutrinários e o sufrágio parcial da jurisprudência, inclusive do Tribunal de Justiça local. Parece-nos que, em regra, o Estado não se acha adstrito a convir, administrativamente, em solução que importe detrimento para o erário, quando há possibilidade, e até probabilidade, de ser a questão, em Juízo, resolvida a seu favor. Importa à Administração, por certo, evitar procedimentos judiciais cujo remate desfavorável possa ser, de antemão, previsto com segurança; mas não é o que aqui ocorre. Em hipóteses análogas, segundo informações colhidas na Procuradoria de Desapropriações e na Divisão Legal da SURSAN, tem sido negada qual-

quer indenização ao locatário, e com o beneplácito dos Tribunais. Não há razão visível para que, neste caso isolado, se proceda diversamente.

3. Os elementos constantes do processado são assaz escassos no tocante à matéria de fato. Convém examinar dois pontos, capazes de ministrar, *ex abundantia*, argumentos que reforcem a opinião acima exposta:

a) *Tem o contrato de locação cláusula de vigência contra terceiros e está, porventura, registrado?*

Se não, enfraquece-se a posição do locatário, aumenta a probabilidade de ser negado em Juízo o direito à indenização do fundo de comércio. Os acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Tribunal de Justiça da Guanabara, antes citados, baseiam-se expressamente em tal consideração. E na doutrina, também, a circunstância tem sido levada em conta, *v.g.* por EURICO SODRÉ:

“Nada pagará, entretanto, o expropriante ao locatário se o contrato não estiver devidamente transcrito, porque, não valendo contra terceiro, rege-se o caso pelas regras correntes do motivo de força maior” (*A desapropriação*, 3.^a ed., pág. 184).

b) *Qual a data do decreto que declarou de utilidade pública, para fim de desapropriação, o imóvel em causa?*

Nada consta a respeito nos autos. A requerente diz apenas que a desapropriação “já foi feita” — informação, aliás, em conflito com a do engenheiro Marcio Marques Moreira: o imóvel “será desapropriado”. Em todo caso, é possível que aquela se esteja referindo ao decreto, e este à efetivação do ato expropriatório. Seja como fôr, em matéria de datas, fica-se *in albis*.

Ora, é bem possível que a locação seja posterior ao decreto, tanto mais que a requerente afirma só ter adquirido o negócio “cerca de dois anos atrás”. Mas, se assim fôr, de acôrdo com a melhor doutrina, excluído fica o dever de indenizar o fundo de comércio. Com efeito, não é razoável que o expropriante tenha de arcar com outros ônus além daqueles cuja razão de ser já exista ao tempo da publicação do decreto. Atos posteriormente praticados em relação ao bem não podem, em linha de princípio, gerar a responsabilidade da Administração. No caso, teria havido má-fé do locador e, na melhor hipótese, inescusável negligência do locatário, já que os decretos expropriatórios são publicados e presúmem-se conhecidos de todos. *Essa opinião é sustentada inclusive por autores favoráveis, em tese, à indenizabilidade*, como ALFREDO BUZAID (ob. cit., pág. 347) e SEABRA FAGUNDES (*Da desapropriação no direito brasileiro*, pág. 386: “Tratar-se-á, em tal hipótese, de inexecução da obrigação por dolo do devedor, só êle devendo por ela responder”).

4. Por outro lado, ainda que se aceite em princípio a indenizabilidade do fundo de comércio, a apuração concreta da responsabilidade do poder expropriante ficaria, em qualquer caso, condicionada à verificação de uma série de elementos de fato, que o Parecer do Consultor Jurídico do DER corretamente aponta. Não basta, é claro, que o locatário alegue ter fundo

de comércio protegível, nem se há de aceitar sem exame o valor que êle lhe atribua. Há toda uma atividade probatória a ser realizada, e parece-nos que a sede própria para isso, em sistemas jurídicos como o nosso, não é a administrativa, mas a judicial.

Observe-se que nem o processo de desapropriação, de âmbito limitado pela especificidade mesma do seu fim, será a via adequada à solução do problema. O locatário só poderá pleitear a indenização a que se julgue com direito mediante a propositura de ação distinta, autônoma — “direta”, se quisermos recorrer a uma terminologia equívoca mas corrente. Ai é que se há de apurar a existência do dever de indenizar e, se fôr o caso, o *quantum* devido. Tal o ensinamento de SEABRA FAGUNDES (*Da desapropriação no direito brasileiro*, pág. 385; *O contrôle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 3.^a ed., pág. 398), acolhido pela jurisprudência, como se vê do Acórdão paulista de 28-4-1953, acima citado.

5. Por todos êsses motivos, opinamos contrariamente ao atendimento administrativo da pretensão da requerente, insistindo, ademais, na conveniência de serem esclarecidos os aspectos a que nos referimos no número 3, tendo em vista a possibilidade de tornar mais tranqüila, com isso, a posição do expropriante.

Salvo melhor juízo.

Rio de Janeiro, 9 de março de 1964.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA
Procurador do Estado

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. REGISTRO DO IMÓVEL EM NOME DO ESTADO. CONDIÇÕES

Tendo em vista que o imóvel da Rua Capitão Barbosa, junto e antes do n.º 731, já foi ocupado por logradouro público e que, segundo se informa, o proprietário não paga impostos há mais de cinco anos (desde 1950), consulta a Divisão de Perícias e Avaliações se não seria o caso de usucapi-lo ao invés de promover-se a respectiva desapropriação.

Em primeiro lugar, parece-me de ponderar que, em rigor, não há que falar em usucapião de bens particulares ocupados pelo Estado, como bens de uso comum do povo.

De fato, o usucapião, instituto de direito civil, pressupõe uma propriedade tal como conceituada no direito civil e bem assim uma posse com *animus domini*, igualmente exercida nos moldes da lei privada.

Ora, os bens públicos de uso comum do povo, 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. Sobre êles o Estado exerce apenas um poder regulamentar de polícia, cujo conteúdo difere totalmente dos atos de domínio que se conhece do direito privado (TEMISTOCLES CAVALCANTI,