BENS PÚBLICOS — USUCAPIÃO DE IMÓVEIS DOMINICAIS

— Os bens públicos estavam sujeitos a usucapião anteriormente à vigência do Código Civil.

PARECER

1. Atendendo à determinação de V. Exa., podemos reexaminar os argumentos apresentados, a fim de fixar, mais uma vez, a posição da Procuradoria no assunto e de lastreá-la na orientação legal, jurisprudencial e doutrinária, embora já anteriormente tivesse merecido a chancela das mais altas autoridades administrativas e do próprio Governador do Estado.

2. Tôda a argumentação do autor se fundamenta em dois pontos básicos que constituem ao mesmo tempo as premissas e as conclusões do seu trabalho: a caracterização dos imóveis situados nas sesmarias como bens de uso comum e a imprescritibilidade dos bens dominicais antes da entrada em vigor do Código Civil. Infelizmente, as duas premissas não correspondem ao entendimento dominante, manso e pacífico de nossa jurisprudência e não se coadunam nem com a letra, nem com o espírito da lei, de modo que os corolários extraídos pelo ilustre engenheiro não encontram, na realidade, o amparo do direito, e só poderiam ser aceitos se se pretendesse iniciar uma verdadeira lide temerária, o que não se coaduna com as tradições da Procuradoria do Estado e com a função que desempenha. Aliás, como já salientamos, o problema está superado na órbita administrativa, pois a decisão do Governador do Estado e a expedição do Decreto implicaram numa verdadeira preclusão, descabendo reapreciação da matéria a não ser para melhor elucidar uma posição já tomada definitivamente pela Procuradoria-Geral e que mereceu o *placet* do chefe do Govêrno.

Examinaremos sucessivamente os dois pontos feridos pelo Dr. Amoroso Teixeira de Castro para apontar a inviabilidade da orientação jurídica que pretende traçar.

a) *Da Caracterização dos Imóveis Situados nas Sesmarias como bens de uso público.*

3. A fls. 33 do presente processo esclarece o autor que:

"*As denominadas Sesmarias patrimoniais do Estado da Guanabara são bens de uso comum do povo porque foram doadas ao povo da cidade, (para todo o sempre), destinadas a pastos de gado e rocio do Conselho. Portanto, mesmo antes da vigência do Código Civil Brasileiro, a prescrição aquisitiva quarentenária ou o usucapião são inaplicáveis ao domínio (pleno ou direto) exercido pelo Estado (ou seus antecessores) sôbre os terrenos compreendidos nas áreas dessas Sesmarias patrimoniais. Os aforamentos instituídos pela Câmara (ou seus sucessores) não alterou essa característica de bem de uso comum do povo que permaneceu ligada ao domínio (pleno ou direto) exercido*

pela Câmara (ou seus sucessores) na qualidade de simples mandatária do povo da cidade; êsses aforamentos foram uma contingência da expansão urbana e contra êles nunca se opôs qualquer contradita; ao contrário, sua legitimidade sempre encontrou apoio nas ordens e alvarás régios, desde a fundação da cidade."

4. É clássica no direito pátrio a distinção entre bens de uso comum, bens públicos de uso especial e bens dominicais (art. 66 do Código Civil) esclarecendo a respeito, com sua incontestável autoridade, Clóvis Bevilacqua que os primeiros — bens de uso comum — "são os que pertencem a todos *(res communes omnium")* os segundos — bens de uso especial — "são propriedades da União, do Estado particular, ou do Município, porém, aplicadas a determinada ordem de serviço público" e os terceiros — dominicais — "são patrimoniais". (Clóvis Bevilacqua, Comentário ao Art. 66 do Código, In: *Código Civil Comentado* 8.ª edição, Rio, Livraria Francisco Alves, 1949, vol. I, página 316).

5. O que caracteriza, pois, os bens de uso público é o fato de serem utilizados por todos sem que a pessoa jurídica de direito público exerça sôbre os mesmos os atos correspondentes ao exercício da propriedade sôbre bens particulares. Como salienta Hely Lopes Meirelles, os bens dominicais são aquêles que "embora integrando o domínio público como os demais, dêles diferem pela possibilidade sempre presente de serem utilizados em qualquer fim, ou mesmo alienados pela Administração se assim o desejar. Daí porque recebem também a denominação de bens patrimoniais disponíveis (Rui Cirne de Lima) ou de bens do patrimônio fiscal (Veiga Filho). Tais bens integram o patrimônio do Estado como objeto de direito pessoal ou real, isto é, sôbre êles a Administração exerce podêres de proprietário..." (MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro Edição da Revista dos Tribunais*, 2.ª edição, São Paulo, 1966, pág. 437).

6. Evidentemente que no caso das sesmarias, os imóveis puderam ter inicialmente um uso comum, mas é incontestável que, com o decorrer do tempo, passaram a ser bens dominicais, tanto assim que foram dados em enfiteuse importando tal ato da Administração em descaracterizá-los de sua eventual qualidade de bens comuns e transformá-los em bens dominicais.

7. O assunto não merece que sôbre êle nos alonguemos mais e já foi tratado nos pareceres anteriores que exauriram a matéria. Assim, a fls. 48 dos presentes autos, pondera, com sua habitual clareza de exposição, o Procurador Roberto Pinto Fernandes, que abrilhante a Procuradoria Administrativa, que:

"Cedendo o domínio útil a particulares, e, retendo apenas o domínio direto, a outrora Cidade, depois Município e hoje Estado descaracterizou a antiga área de uso comum do povo (a não ser no tocante aos logradouros) em áreas enfiteuticadas, entregues ao domínio de particulares, e assim não mais de uso comum. O domínio direto daí resultante não pode deixar de se incluir na categoria de patrimonial. O que não é possível é a pretendida disjunção, pela qual, alienado o domínio útil, manteria o domínio direto o característico de uso comum."

E, concluiu o eminente Procurador, a fls. 51, numa brilhante síntese do seu argumento, afirmando que:

"O domínio direto alienável e fartamente alienado, que detém o Estado sôbre as áreas de suas sesmarias não constitui bem de uso comum do povo, depois que nelas se estabeleceu o regime enfitêutico, e como conseqüência dessa desafetação."

8. No mesmo sentido, se manifestou o eminente Procurador Rocha Lagoa, no parecer que consta a fls. 12 do pro-

cesso apenso n.º 14/000237/70, no item 20, no qual asseverou que:

"Portanto, ainda mesmo para os que entendam possuir o rócio da cidade a *categoria jurídica* de bem público de uso comum, a partir do momento em que se validou a prática dos atos de enfiteuse sôbre o dito rócio, inegàvelmente haveria ocorrido *desafetação*, perdendo êle esta qualidade e tornando-se *bem público patrimonial*. Assim sendo, em tal qualidade poderia ser tranqüilamente objeto de *usucapião quarentenário*, conforme o preceito da "Constitutio trigintavel quadraginta annorum", acima referida, que o nosso ilustre historiador do Direito até agora não procurou refutar... Nós, entretanto, vamos bem adiante, ainda mesmo durante o período em que a área da cidade instituída em rócio possuiu essa categoria jurídica era *lícito* o usucapião sôbre a mesma."

9. É, pois, incontestável que, por maior que possa ser — e é — a diligência da Procuradoria do Estado na defesa dos superiores interêsses do Estado, não poderia enveredar por um caminho no qual teria que desprezar as mais elementares noções de Direito, deixando o Estado em posição muito precária, numa verdadeira *aventura* jurídica, com os riscos decorrentes de pagamentos de honorários de advogado e de ressarcimento dos danos causados aos particulares, no caso de sucumbência.

10. Sendo os imóveis situados nas sesmarias conceituados como bens dominicais, resta saber se podiam ou não ser adquiridos por usucapião anteriormente ao Código Civil.

b) *Da Prescritibilidade dos Bens Dominicais antes do Código Civil.*

11. Afirma o engenheiro Maurício Amoroso Teixeira de Castro, que o usucapião é inaplicável ao domínio exercido pelo Estado sôbre os terrenos compreendidos nas áreas das sesmarias (fls. 34), mas tal afirmação, com a devida vênia, entra em choque com a letra da lei, a tradição do nosso direito, a jurisprudência mansa e pacífica do Supremo Tribunal Federal e a orientação da melhor doutrina.

12. Efetivamente, a Súmula n.º 340 do Supremo Tribunal Federal esclarece que:

"*Desde a vigência o Código Civil*, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião." (O grifo é nosso).

A contrario sensu, existia antes do Código Civil, a posibilidade de ocorrer usucapião em relação aos bens dominicais, pois, sòmente a partir de 1917, é que a lei tornou impossível tal prescrição aquisitiva.

13. Explicando a evolução histórica que ocorreu, Clóvis Bevilacqua lembra que:

"A fórmula do *Projecto primitivo* era a seguinte: *Os bens comuns, enquanto conservarem êsse caráter, não são alienáveis nem sujeitos a usucapião: os de uso especial e os patrimoniais podem ser alienados, de conformidade com as leis, que os regulam. O Projeto Revisto* estendeu a inalienabilidade aos bens de uso especial, o que é de boa doutrina. A Câmara pretendeu dar um passo além, considerando inalienáveis todos os bens públicos (art. 70 do seu *Projeto)*. A lei, porém, não pode forçar a natureza das coisas. A inteligência do art. 67 sòmente pode ser a que acima vai indicada.

Os bens públicos, em face do que prescreve o art. 67, são isentos de usucapião, porque não podem sair do patrimônio da pessoa jurídica de direito público, sendo pela forma, que a lei prescreve, e o usucapião presupõe um bem capaz de ser, livremente, alienado." (Clóvis Bevilacqua, Op. cit., vol. I, página 320).

14. Mesmo após o Código Civil, dúvidas foram suscitadas por parte da doutrina, liderada por Spencer Vampré, que entendia continuarem os bens públicos dominicais sujeitos ao usucapião. Respondeu-lhe, todavia, Clóvis Bevilacqua que "não sendo o usucapião forma prescrita em lei para a alienação dos bens públicos, não sendo êsse um caso especialmente previsto para a perda da inalienabilidade dos bens públicos, estão êles isentos de usucapião. Poderá não ser a melhor doutrina, mas é a da lei." (Clóvis Bevilacqua Obra e local citados).

15. Diante das dúvidas que permaneceram, o legislador explicitou o texto legal, baixando os Decretos n.os 19.924, de 27/4/1931, 22.785, de 31/5/1933, 710, de 17/9/1938 e 9.760, de 5/9/1946, que reiteraram a imprescritibilidade dos bens públicos "seja qual fôr a sua natureza". (art. 2.º do Decreto n.º..... 22.785).

16. A posição assumida pelo Código Civil na matéria modificou a tese anteriormente dominante que, ao contrário, admitia o usucapião em relação aos bens dominicais, como se verifica pela melhor doutrina então vigente. Carlos de Carvalho, em excelente memória apresentada ao Instituto da Ordem dos Advogados e intitulada O Patrimônio Territorial da Municipalidade do Rio de Janeiro e o Direito Emphyteutico (Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1893), teve o ensejo de ensinar a respeito que:

"Se os bens de uso público são imprescriptiveis, cousa inhabil para autorizar a usucapião, outra é a sorte dos bens patrimoniais ou do domínio privado da União ou dos Estados e dos Municípios.

Contra essas pessoas juridicas pode ser opposta a prescripção. No ultimo estado do Direito Romano foram fixadas as regras juridicas, prevalecendo a *proescriptio longi temporis*, creação do direito pretorio." Carlos de Carvalho, *O Patrimônio Territorial* Rio de Janeiro 1893, pág. 57).

17. Em estudo que fêz sôbre a matéria, quando no exercício da Procuradoria-Geral da República, Themístocles Cavalcanti que, pela sua formação publicista, não pode ser acusado de privatismo e que, nas hipótese, defendia os interêsses da União Federal, teve o ensejo de lembrar a evolução do nosso Direito na matéria, salientando que:

"As divergências doutrinárias que tiveram reflexo imediato sôbre a jurisprudência dos Tribunais, tomaram um sentido tão alarmante na falta de uma determinação legal que declarasse expressamente a imprescritibilidade dos bens públicos, que o Govêrno Provisório, em 1932, resolveu baixar um decreto declarando que não poderia correr a prescrição aquisitiva contra os bens públicos, qualquer que fôsse a sua natureza (Decreto n.º 22.785, de 31 de maio de 1933, art. 2.º: "Os bens públicos, seja qual fôr a sua natureza, não são sujeitos ao usucapião").

É que uma larga corrente doutrinária, e seguidos acórdãos dos nossos tribunais, declaravam que os bens públicos simplesmente patrimoniais poderiam ser adquiridos por usucapião, quando satisfeitas as exigências da nossa lei civil.

§ "Lafayette (In *Direito das Coisas*, 62) já ensinava: "Estão fora do comércio e, portanto, não se adquirem por prescrição:" 3.º. As coisas do domínio público, como os portos, os rios navegáveis, as ruas, praças e estradas públicas, os pátios e baldios dos Municípios e Paróquias, as que são diretamente empregadas pelo Estado em serviço de utilidade geral, como as fortalezas e praças de guerra.

Não entram nesta classe, e podem ser prescritas, as coisas do domínio do Estado, isto é, aquelas acêrca das quais o Estado é considerado como simples

proprietário: tais como as terras devolutas, as linhas formadas nos mares territoriais, os bens em que sucede, na falta de herdeiros legais do defunto."

Era essa a opinião dos autores mais antigos, como Coelho da Rocha *(Instituições de Direito Civil Português*, pág. 464), Almeida Oliveira *(Da Prescrição*, pág. 282), Lacerda de Almeida *(Direito das Coisas)*, Carlos de Carvalho *(Nova Consolidação das Leis Civis*, art. 431), e antes dêstes, Teixeira de Freitas *(Consolidação das Leis Civis)*, art. 1.332, nota 5) e Correia Teles (Doutrina das Ações).

Todos êsses autores, como nota Pereira Braga, em uma excelente monografia sôbre o assunto *(Revista de Direito*, vol. 52, pág. 262), baseavam-se em textos e disposições legais já antigas. Correia Teles e Coelho da Rocha fundavam-se exclusivamente no Direito Romano. Lafayette fundou-se em Coelho da Rocha e em Teixeira de Freitas. Almeida Oliveira no mesmo autor. E Carlos de Carvalho no Decreto n.º 36, de 1850, art. 80 e Decreto n.º 857, de 1851.

Teixeira de Freitas, por sua vez, baseia a sua opinião no Regimento da Fazenda de 17 de outubro de 1516, cap. 210, no Regimento das Contas de 3 de setembro de 1627, cap. 92, na Lei n.º 243, de 30 de novembro de 1841, art. 20, no Decreto n.º 736, de 20 de novembro de 1850, art. 80, e no Decreto n.º 857, de 1851, art. 9.º". *(Revista Forense*, Rio de Janeiro, janeiro de 1947, vol. 109 pág. 105).

18. Mesmo após a vigência do Código Civil, a doutrina e a jurisprudência se dividiram, entendendo alguns acórdãos que sòmente após a legislação especial de 1931 se poderia admitir a imprescritibilidade dos bens dominicais, pois a nova legislação só deveria ser admitida *ex nunc* e, assim sendo, as aquisições por usucapião já perfeitas antes de sua vigência deveriam ser respeitadas, sob pena de se atribuir à norma proibitiva um efeito retrooperante. Assim, entendeu o Supremo Tribunal Federal, ao decidir, em 17 de junho de 1943, o recurso extraordinário n.º 5.812, do qual foi relator o Ministro Barros Barreto e cuja ementa foi a seguinte:

"É possível o usucapião dos bens públicos na vigência do Código Civil, desde que consumado anteriormente a vigência do Decreto n.º 22.785, de 1933". *(Revista Forense*, vol. 96, página 51).

No mesmo sentido, decidiu o Excelso Pretório, no recurso extraordinário n.º 4.317, julgado em 22/10/1942, do qual foi relator o Ministro Filadelfo Azevedo e cuja ementa foi a seguinte:

"Até 1931, podiam as terras devolutas ser adquiridas por usucapião" (*Revista Forense*, vol. 93, p. 493).

19. A própria Súmula n.º 340 se refere aos acórdãos publicados, respectivamente, na *Revista Forense*, vol. 97, p. 353 e vol. 109, p. 105, que só admitiram a imprescritibilidade após a promulgação do Código Civil, por entenderem que os Decretos posteriores tinham caráter interpretativo. E a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece, expressamente, a possibilidade de usucapião dos bens dominicais anteriormente à vigência do Código Civil (Decisão da 2.ª Turma, de 19/9/1969, no recurso extraordinário n.º 52.723. *In*: *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 51, página 598).

20. Diante de uma jurisprudência consolidada durante mais de meio século pelo Supremo Tribunal Federal e hoje cristalizada em *Súmula*, fundamentada na letra e no espírito da lei civil, não vemos como poder sustentar a tese da imprescritibilidade dos bens públicos anteriormente ao Código Civil.

Arnold Wald, Procurador do Estado da Guanabara.