

tempo, até que se torne necessária a desocupação. Ainda assim, e não obstante serem remuneradas essas cessões do uso, uma sábia e constante jurisprudência dos tribunais reconhece tratar-se de situação específica, que se não confunde com a locação.

Além dessas autorizações e concessões a *título precário*, que são as mais freqüentes, outorgadas por pessoas jurídicas de direito público, outras há, pactuadas entre pessoas de direito privado. Recordem-se, entre outras, as autorizações para o uso de águas particulares, bem como as concedidas para a abertura de janelas ou vãos, subordinadas, em ambos os casos, à ressalva de que “não constituirão servidão”, podendo ser revogadas pelo concedente, a qualquer tempo.

Em todos os casos apontados, as expressões “a título precário” têm sentido unívoco: o ato é revogável a qualquer tempo, discricionariamente. O direito, por êsse ato atribuído ao beneficiário da autorização ou da concessão, é mais restrito do que aquele que lhe caberia, sem a aludida ressalva. Não se trata, portanto, de “condição potestativa” (Cód. Civil, art. 115), isto é, de declaração acessória da vontade aposta a outra, principal. Trata-se de modalidade específica da própria vontade declarada.

3. Do exposto se depreende que o vocábulo “precário” é usado em dois sentidos diversos: como adjetivo, indica um *vício* (ou, mais exatamente, uma *qualidade*) da posse; como substantivo, designa um contrato que, apesar de não expressamente disciplinado pelo Código Civil, é lícito e de uso freqüente.

O contrato de precário — ou, como o denominou V. SCIALOJA, contrato constitutivo do precário — quando tem por objeto coisa infungível, aproxima-se, conforme é gratuito ou remunerado, do comodato e da locação, mas destes se distingue por essa nota específica — a revogabilidade *ad nutum*. Não se lhe aplicam, por exemplo, os arts. 1.250 (referente ao comodato), e 1.200 e 1.909 (referentes à locação) do Código Civil, bem como as denominadas Leis do Inquilinato.

Não se confunde êsse contrato com os chamados “atos de mera permissão ou tolerância”, que não induzem posse (Cód. Civil, art. 497). O precarista é possuidor e sua posse torna-se injusta quando se recusa êle, violando o contrato, a restituí-la. Supõe-se, no vício da precariedade, o ter-se mudado a causa da posse (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, vol. X, § 1.077, 4).

A concessão do uso a título precário configura-se, portanto, como categoria contratual autônoma, que, em sua feição moderna, muito difere do *precarium* romano. Ê, sem dúvida, contrato válido, por ser lícito e possível o seu objeto. E, não havendo recebido disciplina especial nas legislações civis dos diversos países — apesar de sua freqüente aplicação prática — aplicam-se-lhe, ressalvadas as suas características, as normas gerais reitoras dos contratos que mais se lhe assemelham.

Releva ainda ponderar que o contrato de precário, quando outorgado por pessoa jurídica de direito público, é disciplinado pelo direito administrativo e, apenas subsidiariamente, pelo direito civil.

A conceituação e a disciplina jurídica do precário, instituto jurídico de ampla e quotidiana aplicação, não têm merecido da doutrina pátria o estudo amplo e profundo que lhes é devido, pela enorme importância prática dêsse instituto. A jurisprudência dos tribunais, mais sensível às exigências de ordem prática, tem suprido essa deficiência da doutrina, na aplicação do direito a cada caso ocorrente.

As insuficientes e desautorizadas considerações constantes dêste parecer visam apenas a justificar a conclusão de que, em tese e sob o aspecto legal, nada impede o deferimento do pedido formulado pelos requerentes.

Rio de Janeiro, 29 de novembro de 1963.

LUIZ DE MACEDO SOARES MACHADO GUIMARÃES
Consultor Jurídico da Presidência da SURSAN

BEM PÚBLICO DE USO COMUM. OCUPAÇÃO PRIVADA A TÍTULO PRECÁRIO

Devolvemos o processo epigrafado, submetido a esta Procuradoria, nos termos da consulta dessa Secretaria.

Refere-se à pretensão da proprietária do imóvel da Rua Barão do Bom Retiro, n.º 606, de construir, no local, um prédio cujo projeto inclui o capeamento de rio, lindeiro à direita, com o propósito principal de utilização privada, pelo prédio construível, da área capeável e, também, abertura de vãos de acesso, sobre essa área.

Essa Secretaria afirma que “não há nenhum inconveniente técnico na abertura de vãos sobre a área do rio, assim como no uso do capeamento para acesso ao estacionamento do edifício”.

A questão, de fato e de direito, entretanto, oferece dificuldades.

De fato, o atendimento do pedido resultará:

- A) na utilização, privada, da área capeada;
- B) na abertura, para essa mesma área, de vãos de acesso que implicarão dispositivos, dificilmente removíveis, após a construção, e de harmonização, da mesma, com o acesso.

A Constituição Federal diz, *in verbis*:

“Art. 35 — Incluem-se entre os bens do Estado os lagos e rios em terrenos de seu domínio e os que têm nascente e foz no território estadual” (o grifo é nosso).

O Rio Cabuçu (capeável), confrontante que é do imóvel em caso, não se inclui em área de domínio privado, sendo, ademais, rio de “nascente e foz no território estadual”.

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 acórdão de vontades, não podendo o Estado, unilateralmente, obrigar ao proprietário a aceitá-la.