

Retomada de bem público fora da via judicial

MARIA IZABEL VIEIRA DE BRITO
PROCURADORA DO MUNICÍPIO

*PARECER PG/PPD/Nº 008/95-MIVB
Em 12 de dezembro de 1995*

Ocupação de área em bem público de uso especial. Ausência de título jurídico que a legitime. Mera tolerância da Administração. Precede da via judicial para a efetivação da retomada. Auto-executoriedade da Administração Pública.

Senhor Procurador Chefe:

A FUNDAÇÃO PLANETÁRIO DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO, através do Ofício nº 157/95, de 10 de outubro de 1995, constante do processo administrativo nº 12/600.245/95, solicita orientação para a remoção do Sr. ADEMAR OLÍMPIO DA SILVA, conhecido como "Papalégua", que vem ocupando irregularmente um quiosque no varandão do Planetário.

A Assessoria Jurídica do Planetário enviou-nos cópias dos seguintes documentos:

I - TERMO DE CESSÃO DE USO DO IMÓVEL, onde está localizado o Planetário, que celebraram a COMPANHIA ESTADUAL DE HABITAÇÃO DO RIO DE JANEIRO - CEHAB-RJ, e o MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, em 13.03.87;

II - TERMO DE ENTREGA E RECEBIMENTO DE IMÓVEL PRÓPRIO MUNICIPAL lavrado entre a DIRETORIA DE PATRIMÔNIO DA SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA e a SECRETARIA MUNICIPAL DE CULTURA, em 05-07-87;

III - Lei nº 1.932 de 28.12.92, que autorizou o Poder Executivo a instituir a Fundação Planetário;

IV - Decreto nº 11.966 de 15.03.93, que instituiu a Fundação Planetário da Cidade do Rio de Janeiro e aprovou seu Estatuto;

A Fundação Planetário é **pessoa jurídica de direito público**, vinculada à Secretaria Municipal de Cultura, conforme dispõe o art. 1º de seu Estatuto, o que obviamente, faz com que o regime jurídico dos bens integrantes de seu patrimônio, seja de direito público.

O Sr. Ademar celebrou com a ASSOCIAÇÃO NICOLAU COPÉRNICO, no dia 01.04.88, um contrato de LOCAÇÃO, tendo por objeto um quiosque localizado no varandão do Planetário, onde venderia seus livros.

O Planetário, nessa época, não possuía personalidade jurídica própria, integrando a estrutura da Secretaria de Cultura, que em momento algum autorizou a Associação Nicolau Copérnico, sociedade civil de direito privado, a celebrar esse contrato que previa a utilização privativa de espaço em bem público.

A Associação, portanto, não tinha poder nem legitimidade para firmar esse acordo.

Impróprio, também, o instituto escolhido pois a LOCAÇÃO, instituto de direito privado, é instrumento totalmente inadequado para a transferência de uso privativo de bem de uso especial, como é o caso do Planetário.

O Decreto nº 3.221 de 18.09.81, que aprovou o RGCAF (Regulamento Geral do Código de Administração Financeira e Contabilidade Pública do Município do Rio de Janeiro), inclusive, não prevê o Instituto LOCAÇÃO como forma de utilização de bens públicos por terceiros.

A locação foi estipulada pelo prazo de um ano.

A Associação Nicolau Copérnico extinguiu-se em 1982.

O Sr. Ademar permanece no Planetário até a presente data.

Importante mencionar que nem o Planetário, enquanto pertencente à Secretaria de Cultura, nem a Fundação Planetário recebeu em momento algum qualquer pagamento por parte do Sr. Ademar a título de aluguel.

Observamos, ainda, que embora conste, na parte final do referido contrato, o carimbo da Diretora do Planetário à época, Sra. Leila de Almeida Gonçalves, a assinatura é de Ana Maria Garcia que, segundo informações da Fundação, nunca esteve lotada no Planetário.

Não pertencendo aos quadros da instituição, não podia a Sra. Ana Maria ter poderes para assinar o rogo da Diretora do Planetário, seu ato carece, dessa forma, de validade jurídica.

Diante dessas ponderações, entendemos que o contrato de locação não pode ser oposto à Fundação Planetário.

Não há dúvida de que houve **tolerância** da parte do Planetário em que o Sr. Ademar ocupasse o espaço do quiosque.

A nova Presidência do Planetário, desejosa de regularizar a situação do Sr. Ademar, convidou-o a participar de licitação pública, sob a modalidade carta-convite, para a outorga de permissão de uso de espaço destinado a venda de livros no Planetário.

O Sr. Ademar, entretanto, não se mostrou interessado em concorrer, não havendo participado do certame licitatório.

Como a indevida ocupação de espaço público com a respectiva exploração comercial prosseguia, a Presidência tentou entrar em acordo com o Sr. Ademar para que ele se retirasse amigavelmente da instituição, conforme elementos de fls. 03, 10, 19 e 20.

Essas tentativas, no entanto, mostraram-se inúteis.

O Sr. Ademar permanece no Planetário sem possuir qualquer título que legitime esse fato, sem efetuar pagamento e sem possuir os documentos exigidos para a participação do certame licitatório, como registro comercial, prova de inscrição no cadastro geral dos contribuintes, no cadastro de contribuintes estadual e outros.

Cumpre, ainda, informar que o Sr. Ademar, certamente consciente da precariedade de sua situação, intuindo que a Fundação não poderia continuar a tolerar sua permanência irregular dentro da instituição, conseguiu mobilizar vereadores, deputados estaduais e algumas personalidades da vida cultural da cidade a assinarem dois abaixo-assinados pedindo que a Presidência permitisse que continuasse a vender seus livros dentro do Planetário.

Entendemos que, caso esses ilustres cidadãos conheçam dos fatos aqui narrados, reconsiderarão seu posicionamento, entendendo não poder a Presidência da Fundação privilegiar uma pessoa em detrimento de outros interessados, o que conflitaria com o princípio constitucional de tratamento isonômico para com os administrados.

A licitação pública é a forma legal e, desse modo, mais correta e justa que tem o Administrador para outorgar a utilização de bem público.

Diante dessas manifestações, entendeu a ilustre Presidente da Fundação Planetário questionar a Procuradoria Geral do Município sobre a melhor atitude a ser tomada.

Do que consta do presente processo administrativo, depreende-se que o Sr. Ademar não possui título jurídico algum que lhe assegure o direito de permanecer utilizando-se do espaço no Planetário.

Sua permanência, até hoje, deu-se por **mera tolerância** das administrações anteriores.

Os atos de mera tolerância, dispõe o art. 497 do Código Civil, **NÃO INDUZEM POSSE**.

Dessa maneira, entendemos **não ser o caso de propositura de ação de reintegração de posse** para retomar o espaço em questão.

Tratando-se de bem público de uso especial e estando configurada a **OCUPAÇÃO SEM CAUSA JURÍDICA**, à Administração é possível, com base na auto-executoriedade, recuperar o imóvel ocupado ilegalmente por terceiro.

Atente-se, ainda, para o fato de que ainda se o Sr. Ademar possuísse título jurídico que o legitimasse a permanecer no local, não poderia ele querer sobrepor o seu interesse particular ao interesse

público da Administração, sendo obrigatória a observância do consagrado princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

O Sr. Ademar possui apenas um contrato de locação firmado com prazo de duração de um ano e assinado por pessoas não legitimadas para outorga de utilização de espaço em bem público. Não possui nenhum dos títulos legalmente elencados para a legítima utilização por terceiros de bens públicos.

Vejam as formas previstas na Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro para a utilização de uso privativo de bens públicos:

“Art. 239 – Admitir-se-á o uso de bens imóveis do Município por terceiros, mediante concessão, cessão ou permissão, na forma da lei.”

O Poder Público pode, portanto, deferir um uso exclusivo sobre partes das áreas de bens de uso especial aos administrados mediante a utilização de um desses institutos.

Essa utilização terá sempre um caráter transitório, sendo imprescindível a existência de um interesse público a legitimar-lhe.

A característica comum em todos os institutos que concedem a utilização de bens públicos por particulares é o seu caráter precário em maior ou menor grau.

Consoante nos ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no seu livro (*Uso Privativo de bem Público por Particular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983), *in verbis*:

“O que não existe, em qualquer das modalidades de uso privativo – autorizado, permitido ou consentido – é a possibilidade de opor-se, o usuário, à revogação legítima do ato quando a utilização revelar-se contrária ao interesse público.”

“... mesmo nas hipóteses em que o uso é permitido ou concedido com prazo certo, a revogação é sempre possível, por estar o interesse particular subordinado ao interesse público.”

É esta também a lição de J. Cretela Júnior, in *Revista de Direito Administrativo*, v. I, *in verbis*:

“Diante dos altos interesses do Estado, qualquer tipo de outorga de utilização privativa do bem público é revogável, a qualquer tempo, em virtude mesmo do traço de precariedade inerente a todos os institutos autorizados, permissivos ou concessivos.”

Verificamos que mesmo quando a utilização do bem público por particular ocorre mediante instrumento jurídico adequado, previsto legalmente, essa utilização cessará de imediato, caso o interesse público assim o exija.

O Sr. Ademar, dessa forma, não possuindo título jurídico regular que lhe permita utilizar-se do espaço no bem público, não encontra-se investido em direito subjetivo algum oponível à Administração.

Atentemos, ainda, para o que diz a respeito Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na sua obra já referida, *in verbis*:

“Não se incluem no conceito de uso privativo aquelas formas de utilização que, embora em contraste com a destinação do bem, são toleradas pela Administração, sem outorga de título formal. Nesses casos, não se pode falar em exclusividade de uso.

Para que exista o uso privativo, é mister que seja consentido com exclusividade e mediante título jurídico individual.”

“Inexiste, como decorrência de simples tolerância da Administração, uso privativo de bem público, assim entendido aquele que dá ao usuário o poder de excluir terceiros de igual uso sobre a mesma parcela dominial; a tolerância corresponde a uma situação de passividade, incompatível com a oponibilidade a terceiros, inerente ao uso privativo; esse direito somente se exerce mediante outorga de título constitutivo e nos limites nele traçados.”

“Na lição de Tito Fulgêncio, “estes atos tolerados ou meramente permitidos constituem outras formas de precariedade no sentido romano de concessão bené-

vola e revogável e não induzem posse, como adverte Paulo, por faltar no exercitante a affectio tenendi da posse ad interdicta, e o animus domini, acrescentamos, da posse ad usucapionem, uma vez que ele implicitamente reconhece que não tem direito próprio sobre a coisa.” (grifos nossos).

Assim sendo, se o mero ocupante sequer possui ação possessória contra terceiros, que dirá contra o ente público.

Cabe mencionar que os nossos Tribunais já têm decidido em conformidade com o entendimento esposado nesse parecer, damos notícias de decisão proferida por unanimidade em sessão da 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça de Brasília publicada no Diário de Justiça da União de 09 de março de 1993, dispondo que, *in verbis*:

“Não se tratando de bem público de uso especial ou de uso comum, à Administração é vedado, a pretexto de exercitar o poder de polícia, recuperar o imóvel ocupado por terceiro. A reintegração de posse só poderá efetivar-se em cumprimento de ordem judicial lançada em processo regular.”

Dessa maneira, verificamos que se o bem objeto de esbulho for de uso comum ou de uso especial, cabe a retomada auto-executória por parte da Administração Pública sua proprietária, independentemente, portanto, de título fornecido pelo Poder Judiciário, em virtude do princípio da autotutela administrativa, que informa todo o ramo do direito administrativo.

Se a lei permite que o Administrador visando resguardar o interesse público revogue uma regular permissão de uso auto-executoriamente, não seria razoável exigir que no caso de mera tolerância na utilização do bem público a Administração não dispusesse do poder de autotutela pois, obviamente, quem pode o mais, pode o menos, conforme reconhecido no consagrado axioma.

Fica patente que o exercício da auto-executoriedade é pertinente ao caso em tela, diante da legitimidade de se extinguir o irregular uso privativo de bem público de uso especial.

Contudo, cabe por fim ressaltar que a matéria é controvertida existindo vozes divergentes entendendo ser necessária a propositura de ação de reintegração de posse para somente após a concessão do título fornecido pelo Judiciário efetuar-se a retomada do bem objeto de esbulho.

Essa posição, *data venia*, não nos parece a mais adequada, pois o caso em tela caracteriza mera tolerância, não havendo posse a ser defendida.

Por fim, informamos que a tese do exercício da auto-executoriedade para efetuar a retomada de bem público ocupado por terceiros não é inédita, já tendo sido brilhantemente defendida em parecer da douta Procuradoria Geral do Estado, proferido pelo ilustre Procurador Luiz Carlos Guimarães Castro, publicado na Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, n. 43, 1991, *in verbis*:

"Finalmente, quanto à execução de uma medida reintegratória na posse do imóvel, entendo que, a rigor, proclamado unilateralmente o interesse público prevalente para a rescisão da cessão de uso, nada impediria o Estado de executar, também de forma unilateral e mediante um ato de polícia, esta reintegração, se a tanto o interesse público assim o indicasse."

Ressaltamos que casos existem em que a auto-executoriedade da Administração na retomada do bem público ocupado por terceiros é vedada diante da existência do princípio constitucional da inviolabilidade do domicílio, que exige o recurso à via judicial, mesmo nos casos em que o bem for de uso comum do povo ou de uso especial. Este, no entanto, não é o caso em tela, não podendo o Sr. Ademar querer valer-se dessa garantia tendo em vista que a utilização do espaço no Planetário tem por objeto atividade comercial e não uso residencial.

A Administração, s.m.j., pode e deve utilizar-se da auto-executoriedade quando assim lhe seja permitido embora, por vezes, mostre-se tímida em utilizar-se desse poder.

Não cabe à Administração pleitear em juízo algo que pode executar por seus próprios meios, sob pena de ter sua pretensão rejeitada liminarmente pela ausência de um dos requisitos para o regular exercício do direito de ação, qual seja, o interesse processual.

Atentemos para o fato de que a atividade da Administração em nada prejudicará o particular que achando-se ofendido em seu direito poderá sempre recorrer ao Judiciário, cabendo, aí sim, à Administração ir à juízo defender a legitimidade de seu ato.

Procuramos apresentar no presente parecer ambas as posições existentes para o caso em questão, sendo que opinamos pela prevalência da auto-executoriedade, por acharmos a mais acertada e também menos onerosa, mais rápida e segura.

Lembramos que no caso de escolha pela via judicial incerta será a época em que ocorrerá a determinação para a retirada do Sr. Ademar, o que poderá gerar prejuízos aos interesses do Planetário.

Enviamos, em anexo, proposta de MINUTA DE NOTIFICAÇÃO ADMINISTRATIVA para no caso de optar-se pela via administrativa ser entregue ao Sr. Ademar concedendo-lhe um prazo de 30 (trinta) dias para desocupar o quiosque, findo os quais a Presidência do Planetário deverá, utilizando-se da auto-executoriedade, recolher os seus pertences.

À superior consideração.

MARIA IZABEL VIEIRA DE BRITO

Procuradora do Município

Visto. Ratifico o teor do parecer PG/PPD/008/95-MIVB, da lavra da I. Procuradora Maria Izabel Vieira de Brito, notadamente quanto a possibilidade do exercício da autotutela por parte da Fundação Planetário da Cidade do Rio de Janeiro (ente com personalidade de direito público que é, nos termos do art. 1º do Decreto 11.966/93), no que tange a desocupação integral do quiosque instalado no varandão de seu prédio principal, viabilizando uma atuação célere e eficiente da administração da entidade (até pela simplicidade da remoção), sem necessidade de provocação da estrutura já sobrecarregada e morosa do Poder Judiciário.

Por oportuno, ressalto que o procedimento supra referido deverá obedecer à seguinte seqüência:

1º - Expedição da notificação em anexo;

2º - Havendo a desocupação voluntária, materialização da informação nos presentes autos e seu posterior arquivamento. Não havendo a desocupação voluntária, a Fundação, por meios próprios, removerá os materiais resultantes da ocupação indevida, entregando os mesmos ao titular, Sr. Ademar Olímpio da Silva, mediante termo (recibo) de tal entrega;

3º - Na hipótese de recusa do Sr. Ademar quanto ao recebimento dos materiais, dever-se-á lavrar um termo de inventário dos bens recolhidos, que ficarão armazenados em local próprio e sob a responsabilidade da Fundação;

4º - Uma via do termo de inventário será entregue ao Sr. Ademar, com a informação de que os bens encontram-se disponíveis para imediata retirada, sendo certo que em caso de recusa quanto ao recebimento do aludido termo, tal circunstância deverá ser certificada por mais um Servidor da Fundação, com o entranhamento desta informação nos presentes autos.

Finalmente, cabe aduzir que, na hipótese de obstáculos intransponíveis à implementação do *modus operandi* supra mencionado, os presentes autos deverão retornar à P.G.M., com a comprovação dos respectivos obstáculos, para o pertinente acionamento do Poder Judiciário.

À superior consideração.

Em 14 de dezembro de 1995

ALBERTO GUIMARÃES JUNIOR
Procurador-Chefe da PG/PPD

Encaminhe-se o PARECER PG/PPD/008/95-MIVB, ratificado pelo visto da d. Chefia da Procuradoria de Patrimônio e Desapropriações desta Casa, à Ilustrada Presidência da Fundação Planetário da Cidade do Rio de Janeiro.

Rio de Janeiro, 09 de janeiro de 1996.

José Luiz Cunha de Vasconcelos
Procurador Chefe de Gabinete
da Procuradoria Geral do Município

Cessão de Uso para Organização não Governamental

PAULO MAURÍCIO FERNANDES ROCHA
PROCURADOR DO MUNICÍPIO

PROMOÇÃO PG/PPD/011/97-PMFR

Em, 18 de setembro de 1997.

Ilmo. Sr. Procurador Chefe,

Trata-se de processo consultivo, através do que instada esta Procuradoria Especializada para opinamento acerca da proposta veiculada pela instituição privada PRÉ-VESTIBULAR ALTERNATIVO PARA NEGROS E CARENTES (fls. 03 e 07), pretendendo-se a utilização de espaços nas dependências do CIEP Thomas Jefferson, em dias e horários enquanto ociosos à efetiva e regular prestação do ensino, e visando-se o oferecimento gracioso de reforço educacional à comunidade, para a preparação do aluno ao concurso vestibular.

Delimitou-se o pedido à ocupação por aproximadamente cinquenta interessados (fls. 05), no período corrente até o final do mês de dezembro próximo e, exclusivamente, no salão reservado ao refeitório e ambientes de higiene, trânsito e apoio.

Cingir-se-á o presente enfrentamento, por óbvio, à apreciação quanto aos aspectos de legalidade, viabilidade e adequação jurídica, não se pretendendo, sequer desavisadamente, o furto a qualquer juízo discricionário ou de valor.