

BENS PÚBLICOS — OCUPAÇÃO — LOCAÇÃO

— *A concessão do uso de bens públicos não se equipara à locação, regida pelo direito civil.*

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Elide Lopes de Sousa *versus* Prefeitura Municipal de São Paulo
Apelação cível n.º 108.898 — Relator: Sr. Desembargador
BARROS MONTEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação n.º 108.898, da comarca de São Paulo, em que é apelante Elide Lopes de Castro e apelada a Prefeitura Municipal de São Paulo: Acordam, em Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria de votos, adotado como parte integrante dêste, o relatório de fls., dar provimento, em parte à apelação, para o fim abaixo declarado, pagas as custas como determina a lei.

Em que pese o esforço desenvolvido pelo nobre patrono da apelante, indubitável que, pelo voto dos julgadores, em maioria, concluiu com acêrto a sentença inferior, em sua parte substancial, dando pela procedência da ação intentada.

Nova não é a questão tratada nos autos, tendo sido a mesma objeto de vários pronunciamentos dêste egrégio Tribunal.

Já no rumoroso caso dos chamados "atravessadores" (*Revista dos Tribu-*

mais, vol. 220, pág. 273), decidiu o egrégio Tribunal Pleno, por larga maioria de votos, que, “fazendo os mercados parte do domínio público” e a lição se aplica a acomodação para a instalação de um bar no “abrigo” de propriedade da apelada “e destinando-se ao abastecimento de gêneros às populações das cidades, tem-se que admitir precariedade da ocupação de suas áreas e compartimentos, como decorrência daquele regime especial a que estão sujeitos”. “O ato administrativo, em princípio, prossegue a ementa daquele julgado, goza do privilégio da execução prévia, especialmente no caso em que se acha esta prevista em lei.”

Pelo mesmo diapasão se afina o venerando acórdão da egrégia Quinta Câmara Civil, oferecido por certidão a fls., onde se julgou que “a concessão pela Municipalidade do uso de lojas ou compartimentos em edifícios de sua propriedade, para a exploração de negócio por ela impósto, ainda deferida mediante aluguel, não constitui um contrato de locação de coisa, governado pelas normas de Direito Civil, mas uma concessão de uso, submetida ao regime especial de Direito Administrativo, prevalecendo essa conceituação ainda que no contrato venha denominada como locação” (fls.).

É certo que, em determinada oportunidade, decidiu esta egrégia Câmara em sentido contrário, entendendo que “a locação de box no mercado municipal, por agência bancária, não se equipara à concessão feita pela Municipalidade de compartimento para o comércio de gêneros, legumes, flôres, etc.” (*Revista dos Tribunais*, vol. 271, pág. 186).

Não foi unânime, todavia, essa decisão e o voto do ilustre Des. Cantidiano de Almeida, que nela vencido, veio, afinal, a prevalecer no egrégio Supremo Tribunal Federal.

Mereceu provimento parcial, entretanto, o recurso interposto, tão-só para o efeito de cancelar-se da condenação a verba para honorários de advogado.

Isso dada a peculiaridade do caso e, principalmente, atenta a circunstância de que deixou a recorrente a acomodação no “abrigo”, de que tratam os autos sem aguardar o cumprimento do mandado de reintegração de posse, concedido, *initio litis*, em favor da Municipalidade.

São Paulo, 6 de julho de 1961 — R. F. Ferraz de Sampaio, Presidente com voto — Rafael de Barros Monteiro, Relator — Prado Fraga, vencido, pois dava inequal provimento ao apêlo, a fim de julgar a autora carecedora de ação, de acórdo com a seguinte declaração de voto: Diz o art. 1.188, do Código Civil: “Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder a outra, por tempo determinado ou não, uso de coisa não fungível, mediante certa retribuição”.

Atendendo a êsse caracteres distintivos do contrato de locação de coisa, é inquestionável que o contrato celebrado entre a autora e a ré, não só pela sua denominação como principalmente pelos seus elementos constitutivos é um típico contrato de locação de coisas, compreensivo de direitos e obrigações recíprocas, entre as partes contratantes, com tal evidência que na cláusula XVI, ficou estabelecido que: “A parte que violar qualquer cláusula deste contrato incidirá na multa de Cr\$ 48.000,00 exigível, integralmente, qualquer que seja o tempo decorrido, ficando eleito o fóro desta Capital, para se dirimir qualquer ação oriunda deste contrato”.

Já na cláusula III, ficou estipulado que: “Para garantia do fiel cumprimento deste contrato, e nos termos do parágrafo único do art. 12, do Decreto-lei federal nº 9.669, de 29 de agosto de 1946 a locatária depositou na Caixa Econômica Federal, uma caução na importância de Cr\$ 11.520,00, correspondente a 10%, do valor do contrato, caução essa que somente será devolvida à locatária quando, findo o contrato, forem os imóveis entregues à Municipalidade nas condições estabelecidas”.

Como se vê, os imóveis deveriam ser entregues à Municipalidade, findo o contrato.

Portanto, para dirimir qualquer questão existente entre as partes, é preciso que se valha da ação do contrato.

É a lição de Teixeira de Freitas dizendo que: "Nas ações derivadas *ex contractu* temos a inexecução de obrigação, e nada mais" (*Introdução à Consolidação das Leis Civis*, pág. 162).

E ao redigir o art. 4.034, nº I, do Esbôço, estatuiu o grande Mestre: "Não compete a ação de esbulho: a possuidor de imóveis, que perdeu sua posse por outro meio que não seja esbulho (art. 3.718 e 3.723), ainda que a perca por violência cometida em contrato (arts. 487 a 500), ou em tradição (art. 3.757).

Tratando da liberdade contratual, declara Gaston Morin, segundo o Código Civil francês: "*La liberté existe pour y entrer, et non pour en sortir* (*La Révolte des Faits contre le Code*, pág. 15).

E Saleilles esclarece que: "Todo contrato cria garantias, e delimita faculdades permitidas, o qual basta para constituir sobre a coisa uma esfera de poder independente (*La Possession*, trad. cast., de J. M. Navarro de Palencia, 190, pág. 357).

Não podia, portanto, a autora, por meio de uma simples notificação, dar por rescindido o contrato, e requerer, pura e simplesmente, a reintegração na posse da coisa, por ela locada à ré, em virtude de contrato que se achava em vigor.

Não modifica a situação o fato de se tratar de contrato administrativo, pois, segundo informa Djacir Menezes, o art. 766 do Código de Contabilidade Pública dispõe que: "Os contratos administrativos regulam-se pelos mesmos princípios gerais que regem os contratos de direito comum, no que concerne ao acôrdo das vontades e a o objeto, observadas, porém, quanto à sua estipulação, aprovação e execução, as normas prescritas no presente capítulo."

Duguit é um dos defensores da distinção radical entre as duas espécies de contrato, quando escreve: "*Il n'y a pas de différence quant au fond entre un contrat civil et un contrat administratif*" (*Direito Administrativo Moderno*, 1943, pág. 161).

No mesmo sentido se pronunciam consagrados mestres de direito administrativo.

Com efeito: Distinguindo a autorização para o simples estacionamento em terreno público e a concessão de ocupação, dizem Paul Duez e Guy Debeyre que: "A concessão de ocupação do domínio público tem um caráter contratual..." (*Traité de Droit Administratif*, 1952, nº 1.104, pág. 800).

Marcel Waline declara que: "Não se trata mais de autorizações unilaterais, mas de contratos debatidos e assinados, que fazem de certo modo a lei das partes. O concessionário de uma tal ocupação está pois numa situação mais forte que o titular de uma simples permissão, no sentido de que a retirada de uma autorização incluída em um contrato, lesando um contratante, não se pode operar sem indenização" (*Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 5ª ed., pág. 498).

Tratando, igualmente, da distinção entre concessão e permissão, diz Bielsa que: "A concessão tem forma contratual" (*Compêndio de Derecho Público*, vol. II, Derecho Administrativo, 1952, pág. 227).

E, desde que o Poder Público vem a Juízo, invocando um remédio do direito privado, há que se sujeitar às exigências processuais da medida pleiteada.

Ora, conforme ensina Eduardo Espínola Filho: "A ação de despejo é o procedimento judicial assegurado ao senhorio, locador ou sublocador, para reaver o prédio locado, despedindo o locatário, ou sublocação, por ter este infringido a lei ou o contrato, por imposta a rescisão em razão de exigências de or-

dem pública, por exercício de retomada” (*A Locação*, 1951, nº 81, pág. 284).

Não se tratando de posse violenta, clandestina ou precária, mas sim de posse obtida em virtude de contrato regularmente firmado entre as partes, não há clima para as ações possessórias.

É isto é certo, tanto para a teoria subjetiva de posse, como se vê em Savigny (*Traité de la Possession*, 4ª ed., pág. 381) como para a teoria objetiva (cf. Ihering, *Du Role de la Volonté dans la Possession*, trad. de Meulenaere, 1891, pág. 110).

No mesmo sentido se manifestam Zacharias & Crome (*Manuale del Diritto Civile Francese*, traduzione con note del Prof. Ludovico Barassi, vol. I, 1907, § 162, págs. 443/444), Charles Appleton

(*De la Possession et des Actions Possessoires*, 1871, § 399, pág. 400), Consolo (*Trattato Teorico Pratico del Possesso e dell’Azioni Possessorie*, 1915, nº 334, pág. 526).

Por conseguinte, havendo a autora cedido, voluntariamente, à ré a posse da coisa, em questão, para recuperá-la, terá que, prévia e judicialmente, rescindir o contrato, em virtude do qual foi a posse transferida.

Em face do exposto, dava provimento à apelação, para reformar a respeitável sentença apelada, a fim de julgar a autora carecedora da ação, revogado o mandado de reintegração e devolvida à ré a posse da coisa locada.

Assim votei.