

Prerrogativas dos Bens Dominiais – Insuscetibilidade de Posse Civil

DESEMBARGADOR JOSÉ JULIO LEAL FAGUNDES

Professor da Universidade de Brasília

Os bens dominiais gozam das prerrogativas de inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade.

A *inalienabilidade* significa que os bens públicos não podem ser alienados pelas formas comuns, estão fora do comércio *privado* e só perdem êsse caráter peculiar, “nos casos e forma que a lei prescrever”, como reza o art. 67 do Código Civil, em advertência aos particulares.

Os bens são públicos por qualificação da lei, de forma que só a lei poderá desqualificá-los.

A *imprescritibilidade*, que é um corolário da inalienabilidade, quer dizer que os bens públicos não são suscetíveis de prescrição aquisitiva, isto é, não podem ser adquiridos por usucapião. O corolário está em que, a admitir-se a aquisição por usucapião, que é uma das formas de alienação, prevista no art. 530, item III, do Código Civil, admitida estaria a alienabilidade ou a apropriação particular de bens pertencentes à coletividade. Aliás, para coibir a cupidez e a falsa noção do que seja a coisa pública, o Governo Revolucionário de 1930 baixou Decreto (com força de lei) nº 22.785, de 31 de maio de 1933, que declara que “os bens públicos, seja qual for a sua natureza, não são sujeitos a usucapião”.

A *impenhorabilidade*, que também resulta da inalienabilidade, significa que os bens públicos são insuscetíveis de penhora, e o são porque os bens penhorados podem ser levados à praça, arrematados e, conseqüentemente, alienados.

O art. 942, item I, do Código de Processo Civil, dispõe, desenganaadamente, que “não poderão absolutamente ser penhorados os bens inalienáveis por força de lei”, o que é o caso dos bens públicos.

Justamente porque são impenhoráveis os bens públicos, a Constituição vigente (art. 117) e as anteriores proveram quanto “aos pagamentos devidos pela Fazenda federal, estadual ou municipal, em virtude de sentença judiciária”, os quais se farão mediante “precatórios

e à conta dos créditos respectivos”, cuja verba é de inclusão “obrigatória, no orçamento das entidades de direito público” e cujos “créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário” (§ 2º do art. 117 cit.).

Assim, mesmo que não expressa em lei a impenhorabilidade dos bens públicos, ela estaria implícita no dispositivo constitucional citado ou decorreria, logicamente, da inalienabilidade.

Outra prerrogativa dos bens dominiais, que convém acentuar, é a da insuscetibilidade de *posse civil*, ou seja, de posse de direito *privado*. Tal resguardo é óbvio, de consequência lógica, ante a disciplina daqueles bens *públicos* pelo direito *público*.

Todavia, infelizmente, seja por superação (e conseqüente deformação) dos currículos, seja pela insuficiência da nossa literatura jurídico-administrativa ou por qualquer outro motivo, é disseminado o mau vêzo de raciocinar-se em termos de Direito Civil sobre matéria administrativa, regulada pelo direito *público* e não *privado*.

O Professor LOUBADÈRE, da Faculdade de Direito de Paris, França (Pátria do Direito Administrativo), não deixa a mínima dúvida quando preleciona, no seu “Manuel de Droit Administratif”, que “le domaine public est soumis à un régime spécial de droit public comportant tout un arsenal de règles exorbitantes” (O domínio público é submetido a um *regime especial de direito público*, compreendendo todo um arsenal de regras exorbitantes — pág. 277 — Os grifos são do próprio original).

O mesmo LOUBADÈRE esclarece, mais adiante (pág. 316), que a idéia ou pretensão de que os ocupantes sejam titulares de *direitos reais* sobre o domínio público entra em conflito com “la règle de la *précarité* des occupations du domaine” (a regra da precariedade das ocupações do domínio), e, apreciando um Decreto-lei de 18 de junho de 1938, que atribui competência aos Tribunais Administrativos para “os litígios relativos aos contratos relativos a ocupação do domínio público, *qualquer que seja sua forma ou sua denominação*”, diz que essa lei “a éliminé la possibilité de location de droit privé pour les dépendances du domaine public” (eliminou a possibilidade de locação de direito privado para as pertenças do domínio público — págs. 314/5).

MARCELLO CAETANO é, até, mais incisivo, quando relata que foi muito discutido se o concessionário poderia “defender os seus direitos sobre o domínio público contra terceiros ou contra a Administração, pelos meios possessórios”, mas que o Supremo Tribunal português, por Acórdão de 8 de dezembro de 1925, consagrou “a doutrina da admissibilidade da exceção da dominiabilidade e da ineficácia dos meios possessórios para a defesa dos direitos reais administrativos”, acrescentando: “Mas a verdade é que, em primeira análise, se mostra não poder um direito de propriedade pública desdobrar-se em poderes que não sejam também de caráter público: *direitos reais administrativos*. Estando as coisas públicas fora do comércio privado, são insuscetíveis de posse civil pelos particulares e, como tal, indefensáveis pelos meios possessórios civis” (“Manual de D. Adm.”, 5ª ed., pág. 572).

Vale transcrever, por inteiro e por bem aplicável ao tema, o que diz mais o festejado mestre e estadista português, sob o título “Garantia Jurídica da Propriedade Pública”, *in ob. cit.*, págs. 573/4:

“Quanto à defesa das coisas públicas, por parte da Administração, contra turbações e esbulhos dos particulares, não é de aceitar, igualmente, que se faça pelo emprêgo dos meios possessórios.

É facto que, admitido o direito de propriedade pública, tem que se aceitar que êle envolva a posse, e não colhe, portanto, o argumento de que as coisas públicas não são susceptíveis de posse, princípio só verdadeiro nas relações jurídico-privadas e relativamente aos particulares e não para as pessoas de direito público.

Mas, em primeiro lugar, seria logicamente inadmissível a acção de restituição de posse de uma coisa dominial, pois que, de duas, uma: ou a coisa pertence ao domínio público e por lei a sua administração é da competência de uma pessoa colectiva de direito público ou seu concessionário; ou, então, se é susceptível de posse por particulares, já não é dominial.

Desde que a coisa pública está, por lei, na administração de uma certa autoridade, a competência desta não pode ser discutida nem reivindicado o seu exercício numa acção possessória. Quanto à acção de manutenção, menos ainda se compreende que as pessoas de direito público recorram aos meios civis para repelir ou fazer cessar os actos de turbação da sua posse.

Desde que tais pessoas tenham o exercício das prerrogativas de autoridade, isso implica a faculdade de tomar decisões executórias, que, depois de proferidas, só contenciosamente podem ser discutidas.

Tal prerrogativa exerce-se, em relação ao domínio, pela *polícia*, que mantém e, sendo necessário, reintegra mediante a execução directa a posse da Administração para que se cumpra a lei atributiva da competência e se preencham os fins de utilidade pública a que, pela afectação, a coisa está destinada.

Se é a própria qualidade dominial que se recusa à coisa, a autoridade resolverá a questão por um acto de *classificação*: se são os limites do domínio que originam a dúvida, esta dissipar-se-á pela *delimitação*.”

No mesmo sentido é o direito italiano, conforme depõe ZANOBINI (Professor de Direito Administrativo da Universidade de Roma), nos seguintes passos do seu “Corso di Diritto Amministrativo”, vol. 4, 4ª ed.: “A outra parte da atividade administrativa é constituída do exercício da polícia dominial. Esta compreende, em primeiro lugar, a vigilância sôbre o uso do bem dominial e sôbre a observância da norma relativa, legislativa e regulamentar. A atividade de polícia estende-se à tutela da integridade material do bem e do direito de propriedade do ente a que pertence: qualquer ocupação arbitrária e modificação

da coisa deve ser notificada verbalmente de contravenção e feita cessar com ordem imediatamente executória" (pág. 29).

Depois de historiar que, no passado, se discutiu se a Administração podia prover a tutela do bem dominial com tais meios de polícia e ainda com as ações possessórias e petições, afirma o Professor ZANOBINI que o novo Código, no art. 823, reconheceu expressamente este princípio: depois de haver afirmado que a tutela do bem dominial compete à autoridade administrativa, acrescenta: "essa tem a faculdade de assim proceder na via administrativa, bem como de valer-se dos meios ordinários para a defesa da propriedade e da posse, previstos neste Código" (pág. 30).

ALESSI (Professor de Direito Administrativo da Universidade de Parma), no seu "Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano", 2ª ed., págs. 447/8, também preleciona, sobre a peculiaridade do regime inerente à tutela da propriedade dominial, que tal regime consiste em que, "enquanto o sujeito privado pode defender a propriedade privada somente por meio de ação judiciária, o Estado, em defesa da propriedade dominial, pode proceder diretamente, mediante atividade administrativa: em particular, mediante a atividade de polícia (*polícia dos bens dominiais*). A tutela da integridade material do bem dominial obtem-se, essencialmente, mediante a atividade de *polícia dominial*, a qual tende a reprimir qualquer ocupação arbitrária ou modificação da coisa dominial".

GABINO FRAGA, também Professor de Direito Administrativo, na Faculdade de Direito da Universidade Nacional do México, depõe que: "A inalienabilidade implica a proibição de todo ato que signifique um desmembramento da propriedade, e, por isso, a lei não permite que sobre os bens do domínio público possa praticar-se embargo ou expropriação por causa de utilidade pública, nem constituir-se hipoteca, direito de usufruto, uso ou habitação em proveito exclusivo de particulares, nem que seja objeto de servidões passivas nos termos de direito comum, nem suscetíveis de ação reivindicatória ou de posse definitiva ou interina. Não é obstáculo a inalienabilidade para que possam estabelecer-se sobre os bens de domínio público certos benefícios exclusivos em favor de particulares, só que ditos benefícios unicamente podem ser outorgados por ato especial da Administração, que não cria para o interessado nenhum direito real, nem ação possessória (Lei de Bens Nacionais, art. 12)" — "Derecho Administrativo", 8ª ed., pág. 381.

OTTO MAYER, no seu Direito Administrativo Alemão, ed. argentina, também é incisivo, quando diz: "As coisas públicas não são, por si mesmas, mais que serviços públicos, antes de tudo, a presença da coisa pública — excludente, por sua natureza, do direito civil — entranha uma diferença de princípios com respeito a todos outros serviços públicos. Nesses outros serviços sempre se suscita a questão de saber se as utilidades que se concedem aos particulares não entram em algumas das formas do direito civil, para constituir direitos subjetivos em favor deles, direitos capazes até de gravar, em certa medida, as coisas, os imóveis afetados ao serviço. Pelo contrário, quando se trata de uso de uma coisa

pública, *abandona-se toda idéia de direito civil*; este uso poderá receber suas regras unicamente do direito público; a polícia da coisa pública, que subordina absolutamente os interesses privados ao interesse público, manterá dito uso dentro dos limites que se lhe traçaram” (págs. 229/30).

Diz mais o administrativista germânico, a merecer integral transcrição, porque de inteira aplicação ao tema:

“A proteção própria da coisa pública deriva da característica que é a essência de seu conceito, ou seja, de ser ela mesma uma manifestação direta da administração pública. Desde logo, a administração pública mantém sua integridade frente aos particulares com os recursos do poder público. O conjunto destas medidas cabe dentro da idéia geral da *polícia*, a qual, nesta aplicação especial, se chama *polícia da coisa pública* (pág. 150). Dêste modo, toda uma atmosfera policial envolve estas coisas; estes meios variados dispensam a administração de interpor recursos perante os tribunais civis para pôr essas coisas ao abrigo das dificuldades que puderam obstaculizar sua utilidade e para manter sua posse (pág. 151).

Por uma parte, a coisa que é de propriedade pública está *fora do direito civil*. O Estado, ao administrar o direito que tem sobre a coisa, não atua como *simplex particular*; em tal situação, tem em conta as conveniências e necessidades da administração pública; segue sendo aqui o que é por natureza o poder público; portanto, o que realiza e cumpre em tal qualidade não pode submeter-se ao direito civil. Em consequência, é impossível constituir contra esse poder direitos em favor de terceiros, direitos que estariam regidos pelas regras do direito civil. Mas a doutrina civilista, que durante tanto tempo se ocupou exclusivamente desta matéria, não conhece outros direitos que não os que dependem do direito civil; não conhece outro comércio que não aquele que está regulado por este mesmo direito. Ao não encontrar nada semelhante, resulta lógico declarar que aqui não há comércio e que não existe direito sobre a coisa; ela é *extra commercium* e *res nullius*. Mas fora da doutrina do direito civil há, todavia, direito; existem relações jurídicas e atos jurídicos que o direito civil ignora. Tal é a esfera do direito público, à qual pertence a propriedade pública.

Nós opomos, pois, à primeira proposição uma segunda, que é complemento necessário: *a propriedade pública se submete ao direito público*. Na esfera do direito público, estas coisas estão dentro do comércio. Podem alienar-se conforme as regras desse direito; toleram ônus de toda a espécie em benefício de terceiros assim como as restrições que lhe são próprias (pág. 155).

Sobre as coisas públicas há também direitos de gôzo concedidos aos *particulares* e que dependem do direito público, tais como o uso de todos, a autorização especial, a concessão de uso (pág. 162).

Estes direitos, à diferença dos direitos subjetivos da lei civil, também levam todos, em si mesmos, a condição necessária e bem garantida de ser compatíveis com o interesse público que a coisa deve representar em primeiro lugar. Tal é a razão de ser de ditas instituições; é esse, segundo nos parece, o interesse prático que existe para que se as conserve e distinga perfeitamente (pág. 163).

A autoridade administrativa não só se faz justiça por si mesma, quando se trata de defender uma coisa pública, e ainda ela diz, em forma igualmente soberana, o que, de fato, é coisa pública e o que deve reclamar-se para ela desta maneira. Assim, a autoridade administrativa nunca necessita apresentar-se como demandante por reivindicação ante o tribunal civil. Tão pouco necessita recorrer a uma ação possessória para lograr a situação que lhe convém. Por outra parte, seu adversário não pode inverter os papéis, começando por uma ação possessória com o fim de que os tribunais o mantenham ou reintegrem a posse da coisa (págs. 171/172).

A ação possessória do dono da coisa pública é inútil, graças à polícia desta coisa, mas isto não quer dizer que aquela seja impossível. A posse não tem o caráter de um direito formal do direito civil; é um fato que pode surtir seus efeitos tanto numa como noutra das duas grandes esferas do direito. De todos os modos, é preciso convir que uma administração que haja recorrido aos tribunais, em lugar de atuar por si mesma, como seria seu direito, demonstra sempre certa debilidade" (pág. 171).

Como se vê, dúvida não há, em países desenvolvidos, de que inexistente posse civil em bens públicos e de que a defesa de tais bens é exercida pela própria Administração, com sua própria autoridade e com a força executória dos seus próprios atos administrativos.

A objeção de que, na Europa ou noutros países, é assim, mas que, no Brasil, não o é ou não pode ser, responde-se que o direito administrativo brasileiro, há muito, reconhece que "a matéria de domínio público é regida por princípios de direito público administrativo: as relações jurídicas que regem os bens dominiais são reguladas por normas de direito público" e que "o ato administrativo, como emanação do poder público, produz efeito em virtude da sua própria força. O poder público, como se sabe, goza do privilégio conhecido pelo nome de *prerrogativa*; por isso a execução de todos os seus atos é independente e preliminar à ordem de qualquer juiz, ou intervenção de tribunais. Todas as decisões da administração pública são executórias por si mesmas, sem que haja necessidade de recorrer a tribunais para a obtenção do mandado executório" (ALCIDES CRUZ, "Direito Administrativo Brasileiro", págs. 206 e 40 respect., edição de 1914, anterior ao Código Civil).

Lei administrativa alguma reconhece ou admite a *posse civilista* de bem público, haja vista, por exemplo, o bem antigo Código de

Águas, que rechaça dita concepção privatista, inadmitindo, às expressas, “a ação possessória contra a Administração” (§ 3º do art. 60) e tão pouco “a ação possessória de um particular contra outro, se o mesmo não apresentar como título uma *concessão expressa* ou outro *título legítimo* equivalente” (idem, § 4º).

Também na lei administrativa de “Imóveis da União” (Dec.-lei nº 9.760/46), aplicável às autarquias federais, pelos institutos “da ocupação” e “da locação” (*pública* e não privada), únicos previstos para a utilização dos bens públicos pelos particulares, a “posse” desses particulares não tem os mesmos caracteres e garantias da “posse privada”, eis que o *uso* ou a *utilização* consentidos, na dominiabilidade pública, são *instáveis, precários, subordinados*, sempre, como é óbvio, às necessidades e conveniências coletivas, que preterem as conveniências dos indivíduos.

Tanto na “ocupação”, como na “locação” pública, a desocupação e a retomada são *sumárias* (Arts. 89 e 132 da lei cit.).

Também no Distrito Federal, a lei administrativa não rende ensancha à pretensiosa *posse civil* de bens públicos, ante o disposto no art. 24 da Lei nº 4.545, de 10 de dezembro de 1964, *verbis*:

“Art. 24 — A utilização de espaços em próprios da Prefeitura do Distrito Federal ou de emprêsas a ela vinculadas será feita em caráter precário, a juízo exclusivo do Prefeito e mediante pagamento de taxa de ocupação, reajustável na conformidade do critério estabelecido no art. 5º da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964.”

A *posse civil*, que é resguardada pelo desfôrço incontinente e pelos interditos possessórios, só seria admissível em bens do Estado, nos países que separam tais bens em: domínio público e *domínio privado do Estado*, o que não ocorre no Brasil, pois até mesmo o tão invocado Código Civil dispõe que todos os bens públicos são inalienáveis e fora de comércio privado (arts. 67 e 69), sem qualquer distinção de classe, inclusive, portanto, os chamados bens dominiais, que constituem o patrimônio, por assim dizer, *privado* das entidades públicas.

Em verdade, o Código Civil propondo-se a regular “os direitos e obrigações de *ordem privada* concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações” (art. 1º), não teve, nem poderia ter, a pretensão de regular coisas públicas, como o reconhecem os civilistas de respeito, haja vista o próprio autor daquele Código, o saudoso CLÓVIS BEVILACQUA, que deixa a entender que o mesmo Código visou a distinguir as coisas privadas das públicas até para que se reconhecessem os limites exatos da incidência da norma de direito privado, como se vê do seguinte passo do seu “Código Civil Comentado”:

“Esta classificação de bens públicos e particulares repousa no modo diverso, pelo qual se exerce sobre eles o direito dos respectivos proprietários. A classificação é feita não do ponto de vista dos proprietários, mas do ponto de vista do modo pelo qual se exerce o domínio sobre os bens.

Há, nesta classificação, de incontestável importância, no direito civil, uma acentuada influência do direito público sobre o privado. Como este, porém, é subordinado ao público, limita-se a receber-lhes os conceitos, sem procurar discipliná-los" (vol. I, págs. 239/40, ed. 11ª).

Assim, o Código Civil não regula, nem disciplina os bens públicos, apenas os distingue, repetindo conceitos de direito público do tempo da elaboração daquele Código.

O que há, realmente, quanto à utilização dos bens públicos pelos particulares, não é *posse civil*, mas *uso* (térmo que é utilizado e, portanto, distinguido no próprio Código Civil), que "pode ser gratuito ou retribuído" (art. 68 do Código cit.), *concessão, permissão, licença, ocupação e locação administrativa* (pública), institutos estes do Direito Administrativo, *de caráter precário*, à exceção da *concessão*, sobre a qual, entretanto, pende a possibilidade de *encampação*.

A *precariedade* da utilização dos bens públicos pelos particulares é decorrência natural da subordinação daqueles bens ao *interesse público* e às necessidades e *conveniências administrativas*, que não são estáveis e variam de ações, de acôrdo com o juízo de maior produção de utilidade das coisas.

O que é público, e que, em última análise, pertence a todos, não pode, evidentemente, ficar na mão de um ou de uns, com indisponibilidade coletiva a perder de vista, à mercê de finca-pé possessório civilista.

Ninguém admite a posse privada de um canhão do Exército, de um navio de guerra ou de uma dependência de repartição pública, ninguém estranharia o desapossamento imediato de tais bens, *manu propria* administrativa.

Ninguém deve ou pode estranhar, também, igual despejo incontinenti dos particulares das casas residenciais das vilas militares ou dos estabelecimentos agrícolas, ou ainda dos apartamentos públicos de Brasília, uma vez extinto o prazo de uso ou ocupação permitidos, ou nos casos de invasões ou de ocupações clandestinas, eis que aquêles bens são tão públicos (e gozam das mesmas prerrogativas) quanto os aludidos canhões, navios de guerra e prédios de repartições.

Quaisquer reivindicações particulares sobre coisas dominiais serão resolvidas em juízo petitório e nunca possessório, portanto, à vista da prerrogativa *consequência*, mas, por vêzes, esquecida ou sobrepassada pelo raciocínio civilista, qual seja, a da insuscetibilidade de posse civil em bens dominiais, quaisquer que sejam.

Em conclusão, as ações possessórias, versando sobre bens públicos, propostas por particulares, estes são delas carecedores, por falta de legitimidade *ad causam*, e as de iniciativa do poder público, para alijar os particulares dos mesmos bens, são atestados de insegurança, de desconhecimento sobre a natureza e função das coisas públicas e, na expressão de OTTO MAYER, de "debilidade" da Administração.