www.conteudojuridico.com.br

HUGO LEONARDO MENDES BATALHA

O CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A DEFESA DA POSSE DE IMÓVEIS PÚBLICOS

FACULDADE DE DIREITO DE SOROCABA

SOROCABA

2016

HUGO LEONARDO MENDES BATALHA

O CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A DEFESA DA POSSE DE IMÓVEIS PÚBLICOS

Monografia apresentada à Faculdade de Direito de Sorocaba para aprovação no Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil

Orientador: Prof. Gilberto Carlos Maistro Júnior

FACULDADE DE DIREITO DE SOROCABA

SOROCABA

2016

HUGO LEONARDO MENDES BATALHA

O CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A DEFESA DA POSSE DE IMÓVEIS PÚBLICOS

PROFESSOR ORIENTADOR: GILBERTO CARLOS MAISTRO JÚNIOR

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE ESPECIALISTA EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Nota e considerações:

SOROCABA ____/____/_____

Batalha, Hugo Leonardo Mendes
O controle jurisdicional da Administração Pública e a defesa da posse de imóveis públicos
Batalha, Hugo Leonardo Mendes, 2016.
57 p
Trabalho de conclusão do curso de especialização em Direito Processual Civil
Orientador: Gilberto Carlos Maistro Júnior
(Direito Processual Civil – Posse e ações possessórias - controle jurisdicional da Administração Pública - Inafastabilidade da jurisdição – Parecer AJG 193/2016 da PGE/SP

Dedico este trabalho a minha filha Alice Städler Batalha, nascida dia 10 de março de 2015, poucos dias após o início do curso de especialização e à minha esposa Beatriz Städler Casali Batalha, anjos em minha vida.

Agradeço as pessoas que me ajudaram a chegar até aqui e cumprir esse desafio, em especial à minha esposa pelo seu incentivo e ao meu orientador pela generosidade em compartilhar o conhecimento.

A voz do conformismo, não obstante sua força alienante, tem limites na própria realidade que busca conservar.
(José Damião de Lima Trindade)

SUMÁRIO

RESUMO 7
ABSTRACT 8
INTRODUÇÃO 9
1. DA POSSE 11
1.1. Conceitos de posse 11
1.2. Teoria subjetiva 12
1.3. Teoria objetiva 13
1.4. Teoria da função social da posse 14
1.5. Classificações da posse 14
1.6. Da posse de imóveis públicos 16
1.7. A propriedade e a posse na Constituição Federal de 1988 18
1.8. Da defesa da posse 20
2. PARECER AJG 193/2016 23
2.1. Aspectos jurídicos 23
2.2. Contexto histórico e jurídico do parecer AJG 193/2016 24
3. O CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 28
3.1. Origem histórica da separação dos poderes 28
3.2. A separação dos Poderes como fundamento do estado de direito 29
3.3. O sistema de freios e contrapesos 30
3.4. Evolução do controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário 32
4. O DIREITO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL 35
4.1. Conceito de direito administrativo 35
4.2. Ato administrativo 36
4.3. Autoexecutoriedade/executoriedade do ato administrativo 37
4.4. Do princípio da legalidade estrita 38
5. DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL 40
5.1. Origem histórica 40
5.2. Breve histórico das tutelas provisórias 41
5.3. Da vedação legal de tutelas provisórias contra o Poder Público 43
5.4. Liminares em interditos possessórios 45
CONCLUSÃO 48
REFERÊNCIAS 50

RESUMO

O presente trabalho destina-se a examinar a tutela da posse de bens públicos imóveis à luz do parecer da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo AJG 193/2016 aprovado pela Secretária de Estado de Justiça de São Paulo que autoriza a reintegração de posse em imóveis públicos por meio de força própria, a *manu militari,* independentemente do tempo do esbulho ou da turbação da posse, bem como as implicações a preceitos constitucionais de direito processual como o princípio da inafastabilidade da jurisdição e o controle jurisdicional da administração pública. É apresentada uma visão panorâmica do controle externo da Administração Pública pelo judiciário embasado na construção histórica da tripartição das principais funções do estado por meio de poderes organicamente constituídos, estruturada em um sistema de freios e contrapesos e interdependência entre si. Por fim conclui-se pela impossibilidade de um ato administrativo afastar o controle externo da administração pública pelo Poder Judiciário, sob pena de constituir um atentado contra a separação dos poderes, uma ruptura no sistema de freios e contrapesos e uma violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, que constitui a gênese do estado de direito.

Palavras-chave: tutela da posse, imóveis públicos, controle jurisdicional da administração pública, autoexecutoriedade, inafastabilidade da jurisdição, parecer AJG 193/2016.

ABSTRACT

The present study aims to examine the ownership from public property according the opinion of the Attorney General of the State of São Paulo AJG 193/2016, approved by Secretary of State for Justice from state of São Paulo, which authorizes the reinstatement of possession from public property by own strength, *manu military,* independently the time from divestment or event of trespass, and also about the implications of the constitutional precepts of procedural law such as the non-obviation of jurisdiction and the jurisdictional control of public administration. It is presented an overview of external control of Public Administration by the judiciary based on the historical construction of three-way split of the main functions of the State by powers organically composed, structured on a system of checks and balances and interdependence among the three powers. Finally, it is concluded that it is impossible to make an administrative act move external control of public administration by the Judiciary, under penalty of constitute an assault against the division of powers, a rupture in the system of checks and balances, and a violation of the principle of non-obviation of jurisdiction, which is the genesis of the rule of law.

Keywords: possession potection, real estate, jurisdictional control of public administration, self enforceability, non-obviation of jurisdiction, assent AJG 193/2016.

INTRODUÇÃO

O Brasil vive um momento histórico de grande efervescência política e ao mesmo tempo descrédito em relação às instituições públicas, com repulsa ao sistema político representativo, identificado esse sintoma pelas numerosas manifestações a favor da cassação do mandato da presidente da República e pelo crescimento vertiginoso de abstenções e votos inválidos (brancos e nulos) nas eleições de 2016. Somente na capital paulista as abstenções somadas aos votos inválidos (nulos e brancos) atingiu a incrível marca de 3.096.304 (três milhões noventa e seis mil e trezentos e quatro votos) que representa 38,48% dos eleitores, mais do que os votos que o candidato eleito recebeu.[1]

A partir de junho de 2013 movimentos populares da juventude tomaram as ruas de todo o país e iniciaram um profundo debate sobre os limites da democracia e da liberdade de manifestação, revelando resquícios de um regime antidemocrático que governou o país por mais de duas décadas.

O mundo do direito não ficou alheio a toda essa movimentação, de modo que os limites das manifestações populares foram objeto de intensa discussão no meio jurídico nesse último período, notadamente no tocante aos protestos realizados por meio de ocupação de prédios públicos, objeto de ações judiciais de reintegração de posse e interditos proibitórios julgados pelo Tribunal de Justiça do estado de São Paulo.

Após sucessivas derrotas pela via judicial, o então Secretário de Estado de Justiça de São Paulo solicitou e aprovou o parecer da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo AJG 193/2016 autorizando a reintegração de posse em imóveis públicos por meio de força própria, a *manu militari,* independentemente do tempo do esbulho ou da turbação, prescindido de ordem judicial.

---

[1] No último domingo (2), 1.155.850 eleitores da capital paulista, 16,6% dos que foram votar, estiveram diante da urna eletrônica, mas não optaram por nenhum dos 11 candidatos à prefeitura.
O número representa aumento de 30% em relação a 2012, que teve 12,8% de brancos e nulos e é o mais alto desde a redemocratização.
É um contingente maior que a votação do segundo colocado na eleição, o prefeito Fernando Haddad, do PT, que recebeu 967.160 votos -João Doria (PSDB) foi eleito com mais de 3 milhões de votos.
O exemplo de São Paulo se repetiu em outras capitais (ver quadro ao lado) e, segundo especialistas, é sintoma do descontentamento do eleitor com a classe política.
Para o cientista político Aldo Fornazieri, professor da Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, a combinação de duas crises resultou no alto número de votos inválidos. "Nem os políticos nem os partidos deram respostas aos cidadãos sobre a crise da corrupção e nem sobre a crise do estado que não funciona", diz Fornazieri.
Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/poder/eleicoes-2016/2016/10/1819619-percentual-de-votos-nulos-brancos-e-abstencoes-aumenta-e-desperta-debate.shtml acesso em 13/10/2016

O presente trabalho visa desvendar os aspectos jurídicos do conceito de posse, investigar os diversos conceitos de posse fornecidos pelo direito material, adotando como marco teórico a teoria objetiva da posse cujo conceito foi originalmente dado por Rudolf von Ihering.

O trabalho também aborda o tratamento constitucional dado à propriedade e à posse, e discute a possibilidade ou não de existir posse de bens públicos por particulares ou se apenas constitui mera detenção.

É feita a análise do parecer AJG 193/2016 da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo abordando os fundamentos jurídicos que embasam a dispensa da tutela jurisdicional para promoção de reintegração de posse em imóveis públicos, assim como o histórico que antecedeu a confecção e aprovação do referido parecer e suas consequências ao estado de direito.

São estudados os atributos dos atos administrativos, notadamente a autoexecutoriedade e as limitações constitucionais à Administração Pública bem como sua submissão ao controle jurisdicional no estado democrático de direito. Foi adotado como marco teórico o conceito de Justen Filho sobre a autoexecutoriedade dos atos administrativos, que exige a conjugação de dois princípios constitucionais: estrita legalidade e proporcionalidade.

É apresentada uma visão panorâmica do controle externo da Administração Pública pelo judiciário embasado na construção da tripartição das principais funções do estado por meio de poderes organicamente estruturados de forma autônoma num sistema de freios e contrapesos com interdependência entre si.

Por fim, aborda-se a possibilidade de um ato administrativo afastar o controle externo da administração pública pelo Poder Judiciário e as implicações em relação ao princípio da separação dos poderes, ao sistema de freios e contrapesos e ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, fundamentos de qualquer estado de direito.

1. DA POSSE

1.1. Conceitos de posse

Para o estudo do tema proposto é fundamental o domínio de conceitos do direito material, sendo a posse o mais elementar dos institutos para o desenvolvimento do presente trabalho. Quando se fala em posse dois elementos são indispensáveis conhecer: o *corpus e o animus*. O *corpus* pode ser entendido como a relação material do ser humano com a coisa, realçando a função econômica ou de poder sobre a coisa. O *animus* é o elemento subjetivo, é a intenção de se apropriar da coisa como se fosse o proprietário dela.

A posse pode ser fundada no direito de propriedade, sendo chamado de *ius possidendi* (direito de possuir). Nesse caso, a posse é o objeto de um direito real, fundada em uma situação jurídica preexistente. A posse fundada em si mesma é chamada de *ius possessionis* (direito a posse), situação em que o possuidor não é necessariamente o titular do domínio, mas mesmo assim exerce a posse.

A posse é tida como aparência do direito de propriedade, um estado de fato que revela o poder exercido sobre uma coisa sem que o titular seja necessariamente proprietário do bem, ou seja, há uma separação do direito de propriedade. Ocorre que, nem todo poder exercido sobre uma coisa constituirá posse: existem situações em que será considerada mera detenção.

É altamente relevante para o presente trabalho diferenciar a posse da mera detenção, eis que somente a primeira é protegida pelo direito. É o que explica Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

> O possuidor pode se valer dos interditos possessórios, usucapir, fazer seus os frutos colhidos enquanto estiver de boa-fé, e haver indenização por benfeitorias, na forma da lei civil. O detentor não recebe a mesma proteção. Daí a necessidade de que fiquem aclarados os lindes que distinguem os institutos.[2]

Um desafio antigo é delimitar quais os elementos necessários para verificar a existência da posse. Existem três grandes teorias para explicar os elementos da posse:

(i) teoria subjetiva de Friedrich Carl Von Savigny;

(ii) teoria objetiva de Rudolf von Ihering;

(iii) teoria social da posse de Raymond Saleilles.

[2] *Novo curso de direito processual civil*, volume 2. Processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p 187.

1.2. Teoria subjetiva

A teoria desenvolvida por Friedrich Carl Von Savigny entende ser indispensável a conjugação dos elementos *corpus e animus* para configuração da posse, sob pena deste fato ser classificado como mera detenção, hipótese que não possibilita o uso dos interditos possessórios. O autor Flávio Tartuce explica o conceito de posse proposto por Savigny:

> Para a teoria subjetivista ou subjetiva, cujo principal defensor foi Savigny, a posse poderia ser conceituada como o poder direto ou imediato que tem a pessoa de dispor fisicamente de um bem com a intenção de tê-lo para si e de defendê-lo contra a intervenção ou agressão de quem quer que seja. [3]

A teoria subjetiva entende que para a existência da posse são imprescindíveis dois elementos: (i) elemento material, poder físico ou disponibilidade da coisa; (ii) elemento subjetivo, que consiste na intenção de ter para si a coisa, comportamento de dono.

Para a teoria subjetiva da posse é indispensável a existência do *animus rem sibi habendi,* ou seja, o ânimo de ter a coisa como sua, sob pena de configurar mera detenção. Nesse sentido explica Fábio Ulhoa Coelho:

> A teoria subjetiva, portanto, diferencia a simples detenção da posse, a partir da qualidade da vontade do detentor. Se o detentor quer exercer o direito de propriedade alheio ao deter a coisa, trata-se de simples detenção, que não é fundamento de nenhum direito; se o detentor, ao contrário, quer exercer o seu próprio direito de propriedade ao deter a coisa. Trata-se de posse, fundamento de certos direitos. Nesse último caso, o *animus possidendi* nada mais é que o *animus domini.*[4]

Assim, pela teoria subjetiva da posse, o locatário e comodatário, por exemplo, não são possuidores, seriam meros detentores de coisa alheia, e, assim sendo, não teriam ao seu alcance interditos possessórios. O Código Civil de 2002 não adotou essa teoria, haja vista que considera o locatário e o comodatário como possuidores. No entanto, quando se trata da posse para fins de usucapião para a caracterização da posse *ad usucapionem* o Código Civil adota a teoria subjetiva da posse, pois importa ao possuidor provar o *animus rem sibi habendi*, ou seja, o elemento subjetivo consistente na vontade de possuir a coisa para si como se dono fosse.

---

[3] *A função social da posse e da propriedade e o direito civil constitucional,* Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 900, 20 dez. 2005. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/7719. Acesso em: 29/06/2016.

4 *Dos elementos da posse no direito comparado*. São Paulo: Revista Justitia. jul. 1984. Disponível em: http://www.revistajustitia.com.br/revistas/30dc99.pdf. Acesso em 01 de julho de 2016.

1.3. Teoria objetiva

Pela teoria objetiva desenvolvida por Rudolf von Ihering, para que se constitua posse basta a presença do elemento objetivo *corpus*, sendo prescindível o elemento subjetivo. Essa teoria, também chamada de teoria simplificada da posse, Ihering ataca frontalmente a teoria subjetiva que é derivada do Direito Romano:

> Para que haja posse, diz ela, é preciso que na pessoa do possuidor exista a mesma vontade que na do proprietário (*animus domini*). Essa vontade existe no proprietário real e também no putativo e no pretenso proprietário, isto é, naquele que, depreciando a propriedade, apoderou-se da coisa alheia, tal como o ladrão, o bandido e, com relação a imóveis, o *dejiciens*. [5]

Rudolf von IIhering[6] explora a incoerência da teoria subjetiva da posse ao negar a existência de posse ao colono ou locatário e ao mesmo tempo reconhecer sua existência ao possuidor injusto. A defesa da posse se reveste como um instrumento de defesa da propriedade e da exploração econômica do bem, é o que afirma Ihering:

> Partindo-se da definição de que "os direitos são os interesses juridicamente protegidos", não pode haver a menor dúvida de que é necessário reconhecer o caráter de direito à posse. Expusemos anteriormente o interesse que implica a posse: ela constitui a condição da utilização econômica da coisa. [7]

Joel Dias Figueira Júnior explica que Ihering critica frontalmente a teoria proposta por Savigny:

> Considera que a posse é a condição do exercício da propriedade. Critica veementemente Savigny, para ele a distinção entre corpus e animus é irrelevante, pois a noção de animus já se encontra na de corpus, sendo a maneira como o proprietário age em face da coisa de que é possuidor.
> A lei protege todo aquele que age sobre a coisa como se fosse o proprietário, explorando-a, dando-lhe o destino para que economicamente foi feita. Em geral, quem assim atua é o proprietário, de modo que, protegendo o possuidor, quase sempre o legislador está protegendo o proprietário. [8]

A legislação brasileira adota a teoria objetiva da posse, conforme redação do artigo 485 do Código Civil de 1916 , ora revogado, em que considera possuidor "todo aquele que tem de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio ou propriedade". Da mesma forma o Código Civil de 2002 contempla disposição idêntica no artigo 1.116, não deixando qualquer dúvida da prescindibilidade do elemento subjetivo para configuração da posse.

---

[5] *Teoria simplificada da posse*; tradutor Fernando Bragança. Belo Horizonte: Líder, 2004, p. 20.
[6] *Teoria simplificada da posse*; tradutor Fernando Bragança. Belo Horizonte: Líder, 2004, p. 23.
[7] *Teoria simplificada da posse*; tradutor Fernando Bragança. Belo Horizonte: Líder, 2004, p. 32.
[8] *Novo Código Civil Comentado*. Coordenador Ricardo Fiúza. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1095.

1.4. Teoria da função social da posse

Por fim, mas não menos importante, têm-se a teoria da função social da posse ou teoria sociológica da posse, cujo maior expoente é o francês Raymond Saleilles. Esta teoria surgiu de princípios consagrados na teoria objetiva, incorporando o objetivo social e econômico à posse. Raymond Saleilles, tal como Ihering, afirma que a posse prescinde de *animus domini*, ou seja, é dispensável o elemento subjetivo proposto por Savigny, entretanto, Saleilles vai mais adiante, incorpora ao conceito de posse a destinação econômica ou social do bem.

A teoria da função social da posse traz um elemento novo ao conceito de posse: o aspecto socioeconômico. A posse não é uma abstração, deve ser considerada um produto social, é o que explica Ana Rita Vieira Albuquerque: "a posse não é só o fato presente, ou um simples ato externo, que possa prescindir dos atos anteriores que a caracterizam, e da complexidade das relações sociais, já que o direito, em suas origens, é um produto do estado social e não uma abstração lógica". [9]

Raymond Saleilles rompe com a concepção estritamente individual da posse, concebendo a posse dentro do contexto das relações sociais e econômicas. A teoria proposta por Saleilles incorpora à posse o conceito de função social de institutos jurídicos trazidos pelas Constituições mexicana (1917), russa (1918) e de Weimar (1919).

Para Raymond Saleilles a posse só é legitima se não constituir um obstáculo ao desenvolvimento econômico e social da coletividade, essa teoria introduz a função social e econômica no conceito de posse.

O Código Civil de 2002 traz de forma implícita a função social da posse nos artigos 1.238, parágrafo único;1.242, parágrafo único e 1.228, §§ 4º e 5º, mas, ao menos na esfera normativa, a função social e econômica não constitui elemento para a caracterização da posse.

1.5. Classificações da posse

Há várias classificações para a posse e o estudo dos interditos possessórios importa saber se posse é justa ou injusta, eis que as ações possessórias somente tutelam a posse justa.

Lafayette Rodrigues Pereira conceitua "posse justa em sentido lato é aquela cuja aquisição não repugna ao Direito. Do caso contrário a posse se diz injusta. Em sentido restrito posse justa significa a que é isenta de alguns dos três vícios seguintes: violência,

[9] *Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p 125.

clandestinidade ou precariedade”[10]. O conceito de posse justa fornecido por Lafayette está previsto expressamente no Código Civil de 2002: “Art. 1.200. É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária”. Ocorre que o artigo 1.200 do Código Civil de 2002 não estanca as possibilidades de posse injusta como aponta Gonçalves:

> Esse rol não esgota as hipóteses em que a posse é injusta. Há casos de esbulho em que não se consegue classificar o vício entre os do art. 1.200. Imagine-se que alguém invada terreno alheio sem emprego de força ou grave ameaça, e sem ocultar-se. Não se enquadra essa situação entre aqueles mencionadas no art. 1.200. No entanto, é inegável que essa posse é injusta, porque por meios ilegítimos. Melhor seria que a lei brasileira tivesse se inspirado na alemã, que não enumerou os vícios da posse. Dispõe o § 858 do BGB: “quem, sem a vontade do possuidor, privá-lo da sua posse ou perturbá-lo na sua posse, procederá sempre que a lei não permitir privação ou perturbação, antijuridicamente (força proibida). A posse obtida por força própria proibida e viciosa. [11]

A posse é considerada injusta quando exercida mediante violência, de forma clandestina e com precariedade.

O texto legal não traz nenhuma distinção entre violência física ou moral, mas Humberto Teodoro Junior entende ser “mais plausível a tese daqueles que equiparam, na espécie, a violência física à violência mora, pois tanto se deve repelir a posse obtida com emprego de força material como de força psicológica.”[12]

A posse clandestina “é a que se adquire a ocultas. O possuidor a obtém usando de artifícios para iludir o que tem a posse, ou agindo às escondidas.”[13] A posse não clandestina é a posse que não é oculta, de conhecimento público.

Por fim, tem-se que a posse justa não pode ser precária. Entende-se como posse precária a inversão da *causa possessionis*, quando uma coisa é recebida com a obrigação de restituição e há recusa inequívoca em fazê-lo. Verifica-se que a precariedade está relacionada ao abuso de confiança, no momento da recusa há inversão do *animus*, passando a possuir como se dono fosse.

---

[10] *Direito das coisas. Coleção história do direito brasileiro. Direito civil: História do direito brasileiro. Direito civil 1. Direito das coisas*. Brasília: Fac-sim, 2004. p 46.

[11] *Novo curso de direito processual civil*, volume 2. Processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 192.

[12] *Curso de Direito Processual Civil. Procedimentos Especiais*. Vol. II, 50. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 108.

[13] GOMES, Orlando apud TEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Procedimentos Especiais*. Vol. II, 50. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p 108.

1.6. Da posse de imóveis públicos

Adotando como marco teórico o conceito de posse fornecido pela teoria objetiva, cujo principal referência é Rudolf von Ihering e ao mesmo tempo a teoria da função social da posse, uma vez que ambas teorias somente exigem o elemento *corpus* para a caracterização da posse, têm-se como possível a existência de posse de imóveis públicos por particulares, em que pese grande parte da jurisprudência pátria ter firmado entendimento em sentido contrário, que em se tratando de imóvel público os particulares podem apenas exercer a detenção.

Há quase consenso que o Código Civil de 2002 adotou a teoria objetiva da posse, além disso, não há dúvida que alguns dispositivos do Código Civil trouxeram o princípio implícito de função social da posse se aproximando da teoria da social da posse, de modo que para a caracterização da posse exige-se somente a presença do elemento objetivo. Somente quando se trata da prescrição aquisitiva da propriedade é que a lei exige o *animus*.

Em que pese o fato dos bens públicos não serem passíveis de aquisição originária pela usucapião em razão de expressa vedação pelo §3º do artigo 183 da Constituição da República de 1988, existem instrumentos normativos que protegem a posse de bens públicos tida por particulares, conforme previsão do artigo 183, § 1º da Constituição que traz a figura da concessão de uso.

A Lei 10.257/2001 (Estatuto das Cidades) foi aprovada contendo dispositivos para regular a concessão de imóvel público para fins de moradia, regulamentando o artigo 183, § 1º da Constituição da República, no entanto, todos os artigos (art. 15 ao art. 20) que dispunham da concessão de uso especial para fins de moradia foram vetados. O veto se deu basicamente por dois aspetos:

(i) o texto aprovado não fez ressalvas em relação aos imóveis públicos afetados ao uso comum do povo:

> Os arts. 15 a 20 do projeto de lei contrariam o interesse público sobretudo por não ressalvarem do direito à concessão de uso especial os imóveis públicos afetados ao uso comum do povo, como praças e ruas, assim como áreas urbanas de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental ou destinadas a obras públicas. Seria mais do que razoável, em caso de ocupação dessas áreas, possibilitar a satisfação do direito à moradia em outro local, como prevê o art. 17 em relação à ocupação de áreas de risco.[14]

(ii) por não ter estabelecido um limite temporal para a aquisição do direito à concessão de uso especial:

> O projeto não estabelece uma data-limite para a aquisição do direito à concessão de uso especial, o que torna permanente um instrumento só justificável pela

[14] Razões do veto a dispositivos da Lei 10.257/2001.

> necessidade imperiosa de solucionar o imenso passivo de ocupações irregulares gerado em décadas de urbanização desordenada.[15]

Não obstante todos os dispositivos que regulariam a concessão especial de uso para fins de moradia terem sido vetados, não foi invocada nenhuma inconstitucionalidade do instituto, até porque há previsão constitucional expressa no artigo 183, § 3º da Constituição Federal sobre a concessão de uso especial para fins de moradia, subentendendo-se que se trata de imóvel público. Tanto é verdade que três meses após o veto da lei 10.257/01 foi editada a Medida Provisória nº 2.220/2001 regulando a concessão de uso especial para fins de moradia que permanece em vigor até os dias atuais, haja vista ter sido editada antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 32 que alterou o regime das medidas provisórias e passou a exigir a conversão em lei para manutenção de sua eficácia.

Com a medida provisória nº 2.220/2011 tem-se então um instrumento normativo que assegura a posse de imóvel público por particulares, afastando por completo a aplicação da teoria subjetiva que classifica a posse de imóvel público como mera detenção, eis que é exercida sem *animus rem sibi habendi*.

A tese institucional 114 da Defensoria Pública do Estado de São Paulo afirma exatamente esse entendimento:

> TESE 114
> Proponentes: Luiza Lins Veloso, Marina Costa Craveiro Peixoto e Rafael de Paula Eduardo Faber
> Área: Cível/Fazenda Pública
> Súmula: É possível o exercício da posse de bem imóvel público por particular independentemente de consentimento do ente federado titular do domínio.
> (...) Verifica-se, portanto, a diversidade normativa que não só possibilita, como prevê o exercício da posse de imóvel público por particular – Constituição da República de 1988 (artigo 183, §1º); Medida Provisória nº 2.220/2001; Lei 11.481/2007; Lei 11.952/2009; Lei 11.977/2009. (...)[16]

Em que pese não seja possível a aquisição do domínio de imóvel público pelo decurso da posse através da usucapião, pela posse de imóvel público é possível obter o reconhecimento da concessão de uso especial para fins de moradia, de modo a não restar dúvida de que é possível o particular ter posse de imóvel público.

---

[15] Razões do veto a dispositivos da Lei 10.257/2001.
[16] Disponível em: http://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=65886&idModulo=9706. Acesso em 13/10/2016

1.7. A propriedade e a posse na Constituição Federal de 1988

A posse é entendida como um conceito dissociado da propriedade, com motivação própria para sua defesa. O autor Dilvanir José da Costa explica a influência da Constituição Mexicana de 1917, da Constituição Russa de 1918 e da Constituição de Weimar de 1919 no conceito e na defesa da posse no ordenamento pátrio a partir de Constituição de 1934:

> Em tese de concurso para a livre-docência de Direito Civil na UFMG, sob o título O fundamento da proteção possessória (Imprensa da Universidade, BHte., 1964), o professor Adriano de Azevedo Andrade defendeu a autonomia da posse como bem econômico e jurídico independente da propriedade, sob novo conceito e motivação própria para proteção. Refere-se ele à socialização e à democratização do direito neste século, a partir das ideias de Duguit (Função social dos direitos subjetivos privados), Josserand (Teoria do abuso dos direitos), Gaston Morin e Georges Ripert (Os novos direitos sociais). As Constituições mexicana de 1917, russa de 1918 e sobretudo a alemã de 1919 (Weimar) consagraram a função social da propriedade, seguida por todas as Constituições brasileiras a partir de 1934[17].

A Constituição Federal de 1988 elegeu como princípios da ordem econômica, a propriedade privada e a função social da propriedade. A função social é um limitador ao direito de propriedade, de modo que somente haverá direito de propriedade quando este atender sua função social. Qualquer estudo sobre a tutela da posse deve ser feito à luz do ordenamento constitucional, nesse sentido ensina o Fredie Didier Júnior:

> Não é possível, atualmente, estudar os procedimentos que servem à tutela da posse e dos direitos reais ignorando a existência desta norma constitucional, que, como será visto, estrutura todo o sistema infraconstitucional de proteção destas situações jurídicas.[18]

Desse modo, a posse sempre deve ser estudada à luz dos princípios constitucionais que buscam a efetividade da função social da propriedade e proteção da dignidade humana explica Natália Tavares Fernandes:

> Em última análise, a função social da posse vem ao encontro do princípio da igualdade, eleva o conceito da dignidade da pessoa humana, fortalece a ideia de Estado Democrático de Direito e ameniza as necessidades vitais da sociedade, como a moradia e o trabalho, além de outros valores sociais, como a vida, a saúde, a igualdade, a cidadania e a justiça. Vale dizer, que a função social do instituto da posse é estabelecida pela necessidade social, pela necessidade da terra para o trabalho, para a moradia, ou seja, para as necessidades básicas que pressupõem a dignidade do ser humano.[19]

---

[17] *O sistema da posse no Direito Civil*. Brasília Revista de Informação Legislativa. a. 35 n. 139 jul./set. 1998. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/391/r139-08.pdf?sequence=4. Acesso em 09/09/2016.

[18] *A função social da propriedade e a tutela processual da posse*. Revista de Processo. São Paulo. v. 33. n. 161. jul/2008. p. 2.

[19] *A Função Social da Posse como Instrumento Democratizador do Direito à Moradia*, Rio de Janeiro. 2011. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2011/trabalhos_12011/NataliaTavaresFernandes.pdf. Acesso em 13/10/2016.

Em suma, o ordenamento jurídico protege aquele que explora economicamente ou socialmente um bem, admitindo inclusive a aquisição da propriedade pela posse qualificada com redução no lapso temporal: usucapião especial urbana prevista no artigo 183 da Constituição Federal de 1988, usucapião especial rural e aquisição da propriedade pela chamada "posse-trabalho" prevista no artigo 1.228, § 4º do Código Civil de 2002.[20]

A consagração da função social como limitador do exercício do direito de propriedade produziu reflexos na tutela jurídica da posse. O Estado deve buscar meios de garantir que a propriedade atinja sua finalidade social, inclusive quando se trata de imóvel público, somente pela posse a propriedade poderá encontrar sua função social.

Segue o Dilvanir José da Costa afirmando que a *atividade* sobre o bem se sobrepõe sobre a titularidade da coisa em razão do novo conceito econômico e social do instituto:

> O novo conceito de posse leva em conta a atividade, e não a titularidade sobre a coisa. É a posse dinâmica em lugar do valor patrimonial estático que vigora no novo conceito econômico e social do instituto. E conclui que a posse não deve ser apenas *justa* (não ser vi, *clam aut precario*), mas deve cumprir sua função econômica de atender às necessidades individuais e sociais[21].

A função social da propriedade se apresenta como uma exigência de destinação econômica ao bem, uma limitação do direito individual em benefício da coletividade, é um limitador constitucional ao direito de propriedade sem fazer distinção entre bens particulares e públicos.

Conclui-se, portanto, que apesar de ser vedada a usucapião de bens públicos, é possível particulares terem a posse de imóveis públicos em razão do tratamento constitucional que limita a propriedade ao atendimento da função social e em atenção ao direito de

---

[20] Constituição Federal:
Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.
Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.
Código Civil de 2002:z
Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.
§ 4o O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

[21] *O sistema da posse no Direito Civil*. Brasília Revista de Informação Legislativa. a. 35 n. 139 jul./set. 1998. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/391/r139-08.pdf?sequence=4 acesso em 09/09/2016.

concessão de uso especial para fins de moradia previsto na Constituição e regulado pela Medida Provisória 2.220/2001.

1.8. Da defesa da posse

A proteção jurídica da posse é um mecanismo de defesa aos aparentes titulares de direitos, para conferir estabilidade e segurança jurídica às relações sociais. O Código de Processo Civil de 1973 já classificava a tutela jurisdicional da posse de acordo com a intensidade da agressão e essa classificação se manteve no Código de Processo Civil de 2015. Para a ameaça de lesão há o interdito proibitório; para a turbação, incômodo ao exercício da posse, tem-se a ação de manutenção de posse; e, para o esbulho possessório, entendido como perda da posse, há a ação de reintegração de posse. Raquel Heck Mariano Rocha ressalta que p Código Civil de 1973 prevê "outros procedimentos, como a ação de nunciação de obra nova (arts. 934 a 940) e os embargos de terceiro (arts. 1.040 a 1.054), podem ser utilizados na defesa da posse, mas não são exclusivamente voltados para a tutela possessória".[22]

Expressiva parte dos autores considera que a defesa da posse pelo Estado busca assegurar a paz social e manutenção das situações fáticas conferindo certa estabilidade às relações sociais, sendo um limitador da autotutela por particulares e reforçando o monopólio da jurisdição estatal. É o que observa Dilvanir José da Costa:

> A visão social da posse vê na sua defesa a interdição da violência, das vias de fato e da justiça privada, a consagração das vias de direito e o monopólio estatal da Justiça, visando à ordem, à estabilidade dos direitos subjetivos e à paz social.
> Assim, também a defesa da posse tem a justificá-la fundamentos individuais ou subjetivos e valores sociais ou objetivos. As correntes individualistas vêem na proteção possessória a garantia da inviolabilidade de um importante direito subjetivo da pessoa e, portanto, desta mesma. Sendo a posse um instrumento necessário da propriedade, a proteção àquela seria o cinturão de defesa desta última, inclusive de forma mais rápida, mediante os interditos, dotados de eficácia initio litis, o que não ocorre com as ações em defesa da propriedade.[23]

Rudolf von Ihering acredita que a defesa da posse é a defesa do uso econômico da coisa:

> Por que razão a posse protege-se pelo direito? Não é certamente para dar ao possuidor a grande satisfação de ter o poder físico sobre uma coisa, mas para tornar possível o uso econômico dela em relação às suas necessidades. A partir daqui tudo se esclarece. [24]

---

[22] *Das Ações Possessórias: (Comentários aos arts. 920 a 933 do CPC).* Disponível em http://www.tex.pro.br/home/artigos/71-artigos-nov-2007/6091-das-acoes-possessorias-comentarios-aos-arts-920-a-933-do-cpc. Acesso em 04/07/2016.

[23] *O sistema da posse no Direito Civil*. Brasília Revista de Informação Legislativa. a. 35 n. 139 jul./set. 1998. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/391/r139-08.pdf?sequence=4 acesso em 09/09/2016.

24 *Teoria simplificada da posse.* tradutor Fernando Bragança. Belo Horizonte: ed. Líder, 2004, p. 44.

A tutela possessória enquanto instrumento de pacificação social, defendendo o meio social contra instabilidades é uma visão defendida por grandes nomes do meio acadêmico. É o que afirma Francesco Carnelutti: "A posse é a situação de fato e uma componente da estabilidade social, se a posse muda de titular, tal mudança não pode resultar em desiquilíbrio social, em perturbação da ordem.[25]

Igualmente conclui Humberto Teodoro Junior: "(...) a posse é protegida pela lei porque assim o exige a paz social, que não subsiste num ambiente onde as situações fáticas estabelecidas possam ser alteradas por iniciativa de particulares, por meio da justiça das próprias mãos". [26]

Rudolf von Ihering rebatia essa ideia, afirmava que a tutela da posse era uma forma de proteção à propriedade, considerando o possuidor como "proprietário presuntivo", mostrando sua dificuldade de dissociar a posse da propriedade. Para ele a posse representa a propriedade "em seu estado normal - a posse é a exterioridade, a visibilidade da propriedade"[27].

Em regra, o ordenamento jurídico impede que os particulares defendam seus direitos com uso da própria força, esse constitui um fundamento do estado moderno, impedir que seja feita "justiça com as próprias mãos", transferindo ao estado do dever de solucionar conflitos, constituindo inclusive crime o uso da força, ainda que seja para tutelar direito legitimo conforme artigo 345 do Código Penal.[28] Quando há uso da força ou ameaça sem autorização legal, pode-se configurar crime de constrangimento ilegal, também previsto no Código Penal.[29] A prática de um ato coercitivo por um agente público, sem amparo legal, ainda pode também configurar abuso de autoridade previsto na lei 4.898/65.[30]

---

[25] *Sistema del diritto processuale civile apud* TEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - Procedimentos Especiais.* Vol. II, 50. Ed. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p 99.
[26] *Curso de Direito Processual Civil - Procedimentos Especiais.* Vol. II, 50. Ed. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. P 102.
[27]*Teoria simplificada da posse*; tradutor Fernando Bragança. Belo Horizonte: Líder, 2004. p. 24.
[28] **Exercício arbitrário das próprias razões**
Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:
Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.
[29] **Constrangimento ilegal**
Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:
Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.
[30] **Abuso de autoridade**
Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:
a) à liberdade de locomoção;
b) à inviolabilidade do domicílio;
c) ao sigilo da correspondência;
d) à liberdade de consciência e de crença;
e) ao livre exercício do culto religioso;
f) à liberdade de associação;

No tocante a posse, existe um permissivo legal para que o titular exerça a autodefesa da posse, constituindo uma exceção ao ordenamento jurídico que, em regra, veda o uso de força própria. De acordo com artigo 1.210, § 1º do Código Civil de 2002 a defesa da posse pode ser feita com uso da própria força para repelir agressão imediata.[31]

Percebe-se que esse permissivo legal constitui uma exceção ao ordenamento jurídico que impede o uso da força para a defesa de um direito. No entanto, a autodefesa da posse somente pode ser feita imediatamente ao ato de turbação ou esbulho possessório, do contrário o titular do direito terá que se valer dos interditos possessórios.

---

g) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto;
h) ao direito de reunião;
i) à incolumidade física do indivíduo;
j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional.
Art. 4º Constitui também abuso de autoridade:
a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder;
b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;
c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa;
d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada;
e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei;
f) cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie quer quanto ao seu valor;
g) recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa;
h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal;
i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade. (Incluído pela Lei nº 7.960, de 21/12/89).

[31] Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.
§ 1º - O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

2. PARECER AJG 193/2016

2.1. Aspectos jurídicos

O Parecer AJG 193/2016 elaborado pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo e aprovado pela Secretaria de Estado de Justiça [32] sustenta a constitucionalidade e a legalidade do ato administrativo de reintegração de posse de imóveis públicos via *manu militari*, ou seja, prescindindo de prestação jurisdicional a qualquer tempo, ou seja, independentemente do requisito temporal previsto no artigo 1.210, § 1º do Código Civil de 2002.

O parecer é dividido em duas partes: na primeira são expostos os fundamentos jurídicos para uso da força própria para desocupação de imóveis públicos; na segunda parte do parecer é feita uma breve contextualização dos fatos que ensejaram o parecer, assim como instruções para desocupação de imóveis públicos sem ordem judicial.

O parecer traz a classificação de bens públicos quanto à sua destinação[33] e afirma que em razão dos bens de uso especial se submeterem ao regramento de direito público e por esse motivo atraem todos os atributos do ato administrativo, notadamente a autoexecutoriedade, e, por conseguinte, a defesa da posse desses bens prescindiria de tutela jurisdicional, mesmo quando realizada após o limite temporal previsto no artigo 1.210, § 1º do Código Civil. Em seguida são colacionados julgados e citações de autores que corroboram esse entendimento.

Na ADPF 412 ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade perante o Supremo Tribunal Federal se busca a declaração de violação de preceito fundamental pelo Estado de São Paulo, ao adotar o Parecer AJG 193 da PGE como instrumento normativo para alicerçar a promoção de reintegração de posse em imóveis públicos sem ordem judicial:

> A presente ação não é um mero exercício dialético acerca de um parecer jurídico, mas prende-se a repercussão nefasta de tal parecer e a disseminação de suas orientações, que inovaram no ordenamento jurídico e culminaram em atos de cumprimento, pelos demais órgão do Estado, dos juízos emitidos - notadamente os órgãos estaduais ligados a segurança pública.[34]

Como aponta Ari Marcelo Solon na ADPF 412, o parecer está baseado em construções jurídicas do regime militar que não correspondem ao modelo constitucional inaugurado pela Constituição de 1988, mas que ainda produzem ecos até os dias atuais:

---

[32] Disponível em: http://s.conjur.com.br/dl/estado-retomar-imovel-ocupado.pdf Acesso em 13/10/2016.

[33] (i) bens de uso comum; (ii) bens de uso especial; (iii) bens dominicais conforme artigo 99 do Código Civil, texto extraído do Parecer AJG 193/2016 disponível em

[34] ADPF 412 ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade perante o STF em face do Parecer AJD 193/2016 da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo aprovado pelo Secretário de Estado de Justiça. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=412&processo=412 acesso em 13/10/2016.

> colaciona julgados e textos doutrinários favoráveis à autotutela dominial da Administração. Entre esses textos, estão o artigo "Da Autotutela Administrativa", escrito por José Cretella Júnior em 1972 – auge da Ditadura Militar que governou o país entre 1964 e 1985 – e um trecho do manual de Direito Administrativo de Marcello José das Neves Alves Caetano, proeminente jurista português ligado ao regime salazarista. [35]

Na ADPF 412 é destacado um relevante aspecto do Parecer AJG 193, consistente na interferência indevida da Administração Pública nas atribuições do Ministério Público (art. 129, VII CF) no que concerne ao controle externo da atividade policial e do Conselho Tutetar ao tornar dispensável a intervenção dos referidos órgãos no cumprimento de reintegrações de posse em bens públicos a *manu militari:*

> Outro ponto que chama atenção na parte final do Parecer é a prescindibilidade da presença do Ministério Público e dos Conselhos Tutelares no acompanhamento da operação, mesmo se tratando de ocupações feitas por estudantes menores de idade: "O modo de operacionalização do apoio da força policial deve ser encontrado, de forma conjunta, em deliberação das autoridades da Secretaria afetada pelas ocupações e da Secretaria de Segurança Pública, em que avultam as atribuições do Comando da Polícia Militar. Se não houver prejuízo à efetividade das medidas de desocupação, é conveniente que sejam acompanhadas por representantes dos Conselhos Tutelares e do Ministério Público, quando, dentre os ocupantes, existam menores de idade. (p. 28 do Parecer AJG nº 193/2016)

Por fim, o parecer colaciona julgados e textos doutrinários favoráveis que conduzem à conclusão de que todo ato administrativo está revestido de autoexecutoriedade e, como tal, pode ser determinada a reintegração de posse pela via administrativa independentemente de ordem judicial.

2.2. Contexto histórico e jurídico do parecer AJG 193/2016

Em junho de 2013, grandes manifestações populares da juventude tomaram as ruas nas principais cidades no Brasil para protestar contra a falta de políticas públicas voltadas à juventude, entre dezenas de outras reivindicações, ficando conhecido como "jornadas de junho".[36]

O aumento da tarifa de transporte público nas principais capitais do país levou às ruas centenas de jovens. O estopim para que as manifestações reunissem milhares de pessoas foi

[35] Em 08/06/2016 Ari Marcelo Solon em nome do Partido Socialismo e Liberdade ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº412 para impugnar o Parecer AJD 193/2016 da Procuradoria Geral do estado de São Paulo. O referido parecer está sendo usado como fundamento jurídico para promover a reintegração de posse sem ordem judicial em imóveis públicos que foram ocupados por manifestantes. "Na manhã desta sexta-feira (13), a Etesp (Escola Técnica Estadual de São Paulo) e três órgãos regionais de ensino foram desocupados pela PM (Polícia Militar) sem que ela tivesse autorização da Justiça. Tudo foi feito com base num parecer da PGE (Procuradoria Geral do Estado) que deu embasamento jurídico para a ação. Disponível em http://educacao.uol.com.br/noticias/2016/05/13/sp-qualquer-escola-publica-pode-ser-desocupada-sem-ordem-judicial-diz-pge.htm

[36] Disponível em https://pt.wikipedia.org/wiki/Protestos_no_Brasil_em_2013. Acesso em 07/07/2016.

uso excessivo da força pela polícia militar na cidade de São Paulo, que reprimiu com violência pequenos protestos nos dias 6, 7 e 11 de junho de 2013, conforme aponta o desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo Magalhães Coelho em sua Declaração de Voto Vencedor: "Não vai longe o dia em que a insensibilidade e o autoritarismo dos governantes, a incentivar o excesso de repressão policial, levou o país à perplexidade com os movimentos sociais e junho de 2.013."[37]

O excesso de repressão policial provocou uma progressão geométrica a cada nova manifestação, no ápice do movimento estima-se que quase 1,4 milhão de pessoas tomaram as ruas para protestar: "no dia 20 de junho, houve um pico de mais de 1,4 milhões de pessoas nas ruas em mais de 120 cidades pelo Brasil, mesmo depois das reduções dos valores das passagens anunciadas em várias cidades". [38]

As "jornadas de junho" reuniram mais pessoas que o movimento "fora Collor" no início da década de 90, até então o maior movimento popular da histórica democrática nacional. Todo esse movimento provocou o alargamento dos limites da participação popular e do direito de manifestação, de modo que nos anos seguintes, manifestações massivas tiveram presença constante no cenário nacional.

Em 23 de setembro de 2015, a Administração Pública estadual deu início ao projeto que chamou de nova organização escolar ou "reorganização escolar". Na prática a proposta acarretaria no fechamento de 94 escolas estaduais, no fechamento de salas de aula em 1.464 escolas, importando na transferência de 311 mil alunos e de 74 mil professores[39]. A iniciativa, naturalmente, recebeu muitas críticas da opinião pública e resistência do corpo docente e discente por todo o Estado de São Paulo, notadamente na grande São Paulo e no município de Sorocaba, dando início a uma intensa jornada de lutas contra a chamada "reorganização escolar".

Além de passeatas e outras formas de protestos, em 9 de novembro de 2015 os estudantes adotaram como tática a ocupação das escolas que teriam salas de aulas fechadas e das escolas que seriam fechadas. No apogeu do movimento 213 escolas foram ocupadas por todo o estado de São Paulo, somente em Sorocaba foram 22 escolas ocupadas. [40]

---

[37] Voto nº 31.637 no Agravo de Instrumento nº 2243232-25.2015.8.26.0000 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

[38] Revista Época núm.787 de 24 de junho de 2013, páginas 36 e 27.

[39] Notícia disponível em http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/10/reorganizacao-escolar-em-sp-tem-94-escolas-que-serao-disponibilizadas.html acessado em 06/07/2016.

[40] Conforme levantamento da Secretaria estadual de Educação e do Sindicato dos Professores disponível em http://especiais.g1.globo.com/sao-paulo/2015/escolas-ocupadas-em-sao-paulo/ acessado em 06/07/2016

A tomada da posse de escolas públicas estaduais por estudantes como forma de protestar contra o retrocesso de direitos sociais, que é vedado por tratados internacionais de direitos humanos, levantou um controvertido debate entre o esbulho possessório versus o direito de manifestação.

No interdito proibitório nº 1045195-07.2015.8.26.0053 ajuizado pela Fazenda Pública Estadual foi concedida inicialmente liminar de reintegração de posse para desocupação de dezenas de escolas, no entanto, em seguida a ordem foi revogada pelo próprio julgador com fundamento que o esbulho possessório era uma decorrência do direito de manifestação contra uma política pública autoritária que estava sendo implantada e constitui uma forma de protesto, *in verbis*:

> Tudo isso levou à conclusão de que as ocupações – realizadas majoritariamente pelos estudantes das próprias escolas [fato esse que também motivou a reconsideração das decisões anteriores, como se explicará em sequência] - revestem-se de caráter eminentemente protestante. Visa-se, pois, não à inversão da posse, a merecer proteção nesta via da ação possessória, mas sim à oitiva de uma pauta reivindicatória que busca maior participação da comunidade no processo decisório da gestão escolar. Conforme explanado pelo Ministério Público – e aqui não pretendo julgar tal fato, porque estranho ao processo -, busca-se maior envolvimento da população nas decisões de remanejamento de alunos, turnos escolares etc., o que se constitui num fundamento, em princípio, razoável.
> Com isso quero dizer que o cerne desta lide possessória não é a proteção da posse, mas uma questão de política pública, funcionando as ordens de reintegração como a proteção jurisdicional de uma decisão estatal que, em tese, haveria de melhor ser discutida com a população.
> Repito: objetivamente, tem-se esbulho de um bem público; mas a solução da questão foge, e muito, da simples tutela possessória. A questão é mais ampla e profunda, a merecer melhor atenção do Executivo.
> Há, ainda, um outro problema: caso mantidas as ordens, há a chance de se tornarem inócuos os comandos jurisdicionais futuros. A cada dia, uma nova escola pode ser invadida; expede-se, na sequência, a reintegração de posse, é ela cumprida e o ciclo se repete, com a possibilidade, inclusive, de existir a reocupação de uma escola já liberada. Ora, de que adianta a jurisdição, nesse caso, se não estará a promover a solução do caso concreto, com a pacificação social? Permanecerá tratando um problema com comandos dissonantes aos necessários, até porque não há como se proteger, com policiais, o conjunto todo de escolas, evitando novas invasões. Toda essa argumentação reforça a ideia de que não se está a tratar de posse, mas de uma questão de política pública.[41]

No mesmo sentido se manifestou a 7ª Câmara de Direito Público ao julgar o Agravo de Instrumento nº 2243232-25.2015.8.26.0000:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. Alegada invasão de prédios escolares. Pretensão à emissão de ordem liminar de reintegração de posse. Inadmissibilidade, por não se ver claramente presente a intenção de despojar o Estado da posse, mas, antes, atos de desobediência civil praticados no bojo de reestruturação do ensino oficial do Estado

[41] Processo eletrônico disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1H0008J760000&processo.foro=53&uuidCaptcha=sajcaptcha_74aaef37c3fd4a37a1b7b7a087acd503. Acesso em 06/07/2016.

> objetivando discussão da matéria. Antecipação de tutela recursal denegada, processando- e o recurso.[42]

A Administração Pública estadual acabou abortando o projeto de "reorganização escolar" após o Ministério Público Estadual e a Defensoria Pública Estadual terem obtido antecipação dos efeitos da tutela para suspender a "reorganização escolar" na Ação Civil Pública nº 1049683-05.2015.8.26.0053, em trâmite perante 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo.

Em 2016 surgiram novos protestos, dessa vez, motivados pelas denúncias de corrupção na compra de produtos da merenda escolar envolvendo alto escalão do poder executivo estadual, o presidente da Assembleia Legislativa de São Paulo e mais de 22 municípios do Estado, denúncias estas apuradas pela Polícia Civil na chamada "Operação Alba Branca". Além disso, a falta de merenda escolar nas escolas técnicas estaduais e na Fatecs e, os cortes nos repasses para a educação deram musculatura aos protestos.[43]

Como forma de protesto estudantes ocuparam o Centro Paula Souza e o plenário da Assembleia Legislativa[44]. Novamente a discussão sobre a posse de imóveis públicos é levada ao Poder Judiciário nas ações de reintegração de posse nº 1019463-87.2016.8.26.0053 e na ação nº 1020119-44.2016.8.26.0053.

Em decorrência de todos esses precedentes judiciais, por determinação do então Secretário Estadual de Justiça, a Procuradoria Geral do Estado confeccionou o Parecer AJG 193/2016 afirmando a possibilidade da retomada da posse de imóveis públicos sem a necessidade de ordem judicial.

---

[42] Processo eletrônico disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/show.do?processo.codigo=RI0032WUQ0000. Acesso em 06/07/2016.

[43] Fonte: http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/05/estudantes-ocupam-o-centro-paula-souza-em-sp-pelo-sexto-dia.html, Acesso em 07/07/2016.

[44] Fonte: http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/05/estudantes-ocupam-assembleia-legislativa-de-sao-paulo-ha-36-horas.html Acesso em 07/07/2016.

3. O CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1. Origem histórica da separação dos poderes

É indispensável analisar os fundamentos do estado de direito, estruturados na divisão dos poderes e no controle externo da Administração Pública. O fim do estado absolutista abriu espaço para que a separação dos poderes fosse uma condição de existência do estado de direito. A separação dos poderes tornou-se um princípio, uma construção teórica orientada para impedir a concentração de poderes políticos e funções em apenas uma estrutura organizacional, criando um sistema de controle das estruturas por um sistema de freios e contrapesos para que "o poder controle o próprio poder".[45]

Atribui-se a Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de Montesquieu, conhecido apenas como Montesquieu, cujos trabalhos data primeira metade do século XVIII, os primeiros estudos sobre as funções do Estado. Entretanto, autores muito mais remotos como Aristóteles, cujas obras datam do século III a.C já discorriam sobre as diferentes funções do Estado, no entanto, Aristóteles não chegou a formular uma teoria de distribuição das funções do estado para diferentes órgãos estatais, tal como Montesquieu.

Na obra *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*[46] publicada em 1681 John Locke propõe no capítulo XII a tripartição das funções do estado: poder legislativo, executivo e federativo da comunidade civil e após a revolução inglesa as ideias de Locke tomaram projeção, não se concebendo mais a concentração das funções executiva e legislativa na figura do rei.

Monstequieu em 1748 trouxe de forma sistematizada a divisão das funções do estado na obra o Espírito das Leis (*De L'Espirit des Lois)*, separando na função executiva, legislativa e judiciária. Há quem diga que Monstesquieu inaugurou o sistema de freios e contrapesos, no entanto, a concepção contemporânea do referido sistema em nada se assemelha às formulações de Montesquieu. Para Monstesquieu, o Poder Judiciário era reduzido a condição de irrelevância quase completa, chegando a ponto de considerá-lo quase nulo: "Dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de alguma forma, nulo".[47]

---

[45] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p 115

[46] O título original da obra de John Locke em inglês é "Two Treatises of Government".

[47] MONTESQUIEU, Charles de Le Secondat, Baron de. *Do espírito das Leis*, apresentação Renato Janine Ribeiro, tradução Cristina Murachco, São Paulo: Martins Fontes, 1996. p 172.

Igualmente, Montesquieu reduz o papel do poder legislativo, considerando não ser possível o Poder Legislativo limitar o Poder Executivo:

> Se o poder executivo não tiver o direito de limitar as iniciativas do corpo legislativo, este será despótico; pois, como ele poderá outorgar-se todo o poder que puder imaginar, anulará os outros poderes.
> Mas não é preciso que o poder legislativo tenha reciprocamente a faculdade de limitar o poder executivo. Pois, sendo a execução limitada por natureza, é inútil limitá-la: além do que o poder executivo exerce-se sempre sobre coisas momentâneas. E o poder dos tribunos de Roma era vicioso, enquanto não somente limitava a legislação como também a própria execução, o que causava grandes males.
> Mas, se, num Estado livre, o poder legislativo não deve ter o direito de frear o poder executivo, tem o, direito e deve ter a faculdade de examinar de que maneira as leis que criou foram executadas (...)"; (original sem destaque)

De fato, a contribuição de Montesquieu para a teoria do estado reside na tripartição das funções do estado de forma sistematizada e orgânica e não na elaboração do sistema de controle recíproco e equilibrado entre os três órgãos que exercem as principais funções do estado.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brazil de 1891 foi a primeira Carta Magna pátria a adotar o clássico modelo de tripartição das funções do estado, quando dispôs no "art. 15. São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si".

As demais constituições que se seguiram reproduziram o mesmo modelo e assim como a Constituição de 1988: "art. 2º - São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

3.2. A separação dos Poderes como fundamento do estado de direito

É possível dizer que a Revolução Francesa de 1789 recebeu forte influência das formulações teóricas do barão de Montesquieu a respeito da organização e divisão das funções do estado. A influência de se deu a tal ponto que consta na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789[48], como condição de existência de um estado constitucional, a separação dos poderes no "art. 16 – A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição".

A Revolução Francesa foi determinante para a formação da sociedade contemporânea ocidental, tanto que inaugurou divisão de um novo período histórico que se convencionou em

[48] Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html. Acesso em 28/09/2016.

denominar de idade contemporânea que perdura até os dias atuais. A tripartição das funções do estado irradiada pela Revolução Francesa é presente em praticamente todos os estados do mundo ocidental.

A teoria clássica de tripartição dos poderes compreende (i) existência de estruturas organizacionais autônomas em relação as outras e interdependentes, que convencionou-se denominar de *Poderes;* (ii) a separação das funções do estado de acordo com seu conteúdo; e (iii) atribuição a cada Poder de um tipo de função precípua. Observa-se que não há separação absoluta dos Poderes, apenas uma autonomia e tampouco há separação absoluta de funções, eis que cada poder exerce em maior ou menor grau funções típicas dos outros poderes.

Não obstante a simples separação dos Poderes é insuficiente para um Estado ser qualificado como democrático de direito, o respeito a princípios gerais do direito como a ampla defesa, contraditório, legalidade, respeito aos direitos e garantias individuais, o pluralismo político, acesso à justiça são indissociáveis do conceito de estado de direito.

3.3. O sistema de freios e contrapesos

Cada Poder, conceito entendido como estrutura organizacional autônoma, detém uma função precípua ou predominante, diz-se precípua porque invariavelmente acaba desenvolvendo, de forma secundária as funções típicas dos outros poderes.

O Poder Executivo administra o orçamento e executa políticas públicas, competindo-lhe atos de chefia do estado e de governo (art. 84 CF). No entanto, quando instaura um processo administrativo disciplinar em face de um servidor público está o Poder Executivo exercendo função jurisdicional, típica do Poder Judiciário. Por outro lado, quando edita uma medida provisória (art. 62 CF) ou lei delegada (art. 68 CF) está o Poder Executivo promovendo inovação jurídica, função típica do Poder Legislativo.

O Poder Legislativo tem duas funções precípuas: (i) inovação legislativa por meio de emendas constitucionais em decorrência do poder constituinte derivado e por meio de leis em sentido estrito. Lei em sentido estrito pode ser entendida como "o instrumento de que se utiliza o legislador, para atribuir efeitos jurídicos aos atos e fatos, segundo valores socioculturais por ele adotados"[49]; (ii) função de fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial da Administração Pública (art. 70 CF).

---

[49] SCHMIEGUEL, Carlos. *Conceito de Lei em sentido jurídico.* Ágora: Revista Divulg. Cient., ISSN 2237-9010, Mafra, v. 17, n. 1, 2010, disponível em: http://www.periodicos.unc.br/index.php/agora/article/viewFile/55/162. Acesso em 28/09/2016.

Entretanto, o Poder Legislativo desempenha função de natureza executiva quando realiza um concurso público de provas e títulos para preenchimento de cargos internos ou quando realiza uma licitação. Quando julga o presidente da República por crime de responsabilidade está o Poder Legislativo desempenhando uma função típica do Poder Judiciário.

O Poder Judiciário deve exercer a função jurisdicional, julgando as ações que lhe são submetidas. Alguns autores afirmam que o Poder Judiciário aplica a lei ao caso concreto, mas esse não é o conceito mais adequado, pois não engloba as ações de controle de abstrato de constitucionalidade como a Ação Direita de Inconstitucionalidade ou a Arguição de Descumprimento de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Quando o Poder Judiciário realiza um concurso público ou faz uma licitação, tal como o Poder Legislativo no exemplo acima, está desempenhando função executiva e quando edita seu próprio Regimento Interno (art. 96, "a" CF) está desempenhando função legislativa.

Observa-se, portanto, que os três poderes exercem a todo momento funções atípicas que devem ser exercidas no plano secundário. No entanto, na história recente foram registradas algumas distorções que comprometeram o próprio equilíbrio do modelo constitucional. Até a edição da Emenda Constitucional 32 (que dentre outras medidas reformulou o instituto da medida provisória) foram editadas mais medidas provisórias do que leis aprovadas pelo Congresso Nacional, somando a impressionante marca de 40 medidas provisórias por mês como aponta Kildare Gonçalves Carvalho "Até setembro de 2001, quando entrou em vigor a Emenda Constitucional nº 32/2001, foram editadas 6.109 medidas provisórias, uma média que beira a 40 ao mês".[50]

O sistema de freios e contrapesos busca a viabilização de um sistema autônomo e interdependente entre os três Poderes, estabelecendo-se um equilíbrio.

A atuação do Poder Executivo está limitada pelo ordenamento jurídico aprovado pelo Poder Legislativo e ambos estão sujeitos ao controle pelo Poder Judiciário. Verifica-se que para perfeita harmonia um poder não pode invadir a esfera de atribuições dos outros poderes ou esvaziar suas atribuições de modo a provocar um desequilíbrio no sistema de autocontrole.

[50] *Direito constitucional: teoria do Estado e da constituição; direito constitucional positivo*. 15. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. P. 1543

3.4. Evolução do controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário

A separação dos poderes do Estado surgiu com o constitucionalismo e tem raízes nas lutas sociais contra a opressão praticada pelo estado contra os particulares, ou seja, a separação dos poderes tem raízes na limitação do estado absolutista.

No estado absolutista em que não havia partição dos poderes, era adotada a teoria da irresponsabilidade, em que não havia mecanismos para controle dos abusos e desvios cometidos pelo chefe do governo. Somente com a constitucionalização e submissão do soberano ao império da lei é que iniciou-se a limitação da discricionariedade e arbitrariedade do Poder Executivo.

No entanto, a limitação do Poder executivo se restringia à observância da legalidade, a visão de Montesquieu, que influenciou sobremaneira a Revolução Francesa, sobre o papel quase irrelevante do Poder Judiciário fez com que o controle jurisdicional dos atos administrativos fosse um fenômeno recente.

O controle jurisdicional da Administração Pública se iniciou com a verificação dos aspectos formais dos atos administrativos, quais sejam: competência e forma. Somente com o desenvolvimento da "teoria dos motivos determinantes" e da "teoria do desvio do poder" que outros elementos do ato administrativo passaram a ser objeto de controle jurisdicional.

A teoria dos motivos determinantes vincula a legalidade do ato administrativo à confirmação dos motivos que o justificaram, ainda que ambos sejam lícitos será ilícito ao ato administrativo baseado em um motivo para alcançar outro motivo oculto pelo administrador.

A teoria do desvio do poder determina que um ato administrativo é nulo quando busca fim diverso do pretendido pela lei na regra de competência. A expressão "desvio de poder" também é conhecida como excesso de poder, abuso de poder e desvio de finalidade. O desvio de finalidade ocorre com o distanciamento do ato administrativo da finalidade almejada pela lei. Essas duas teorias iniciaram o controle jurisdicional dos aspectos materiais dos atos administrativos, ou seja, a autoridade, que tem competência ou poder para a edição de determinado ato, manifesta sua vontade, praticando o ato administrativo, mas, se nessa operação erra afastando-se do fim colimado para perseguir finalidade diversa, incide no desvio de poder.

O mérito do ato administrativo é entendido como o juízo de oportunidade e conveniência para a prática de determinado ato. Celso Antônio Bandeira de Mello entende a discricionariedade como:

> a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso

> concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal. [51]

O excesso de discricionariedade é um mau que vem sendo combatido em todos os Poderes. No Poder Judiciário o julgamento de questões idênticas que são dadas soluções jurisdicionais díspares foi objeto de intensa discussão na formulação do Código de Processo Civil aprovado em 2015. A tentativa de uniformização da jurisprudência e a criação do sistema de precedentes vinculando o julgador (art. 927 do CPC/15) a fim de evitar decisões conflitantes e contraditórias sem dúvida retira uma boa margem de discricionariedade do julgador, criando um sistema uniforme, verticalizado e com mais previsibilidade.

Para Maria Sylvia Di Pietro discricionariedade é a "faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito" [52].

A outorga da discricionariedade costuma ser criada por uma margem indeterminada de conceitos legais, criada propositalmente para assegurar a discricionariedade do ato administrativo é o que observar Edmir Netto de Araújo: "a lei, propositadamente, deixou este aspecto indeterminado, para que o administrador integre a vontade da lei com sua participação direta, ao decidir qual o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa realizar". [53]

Há de se observar que o Poder Executivo participa juridicamente do processo legislativo, tanto deflagrando o processo por meio da iniciativa de projetos de lei, seja como pela sanção ou veto de projeto aprovado pelo parlamento, de modo que, possui mecanismos de influenciar o processo legislativo para manter-se com ampla margem legal de discricionariedade.

Por outro lado, o Poder Executivo participa do processo legislativo com orientações políticas para sua base de sustentação no parlamento através do líder de governo, figura inclusive prevista no Regimento Interno do Senado (art. 66-A do Regimento Interno) e da Câmara dos Deputados (art. 11 do regimento Interno), assim como compondo sua equipe de governo e ministérios de acordo com a representação de partidos no congresso nacional para obtenção a famigerada "governabilidade". De modo ser uma falácia a afirmação que o Poder Legislativo conserva autonomia em relação ao Poder Executivo na elaboração de leis a serem

---

[51] *Curso de Direito Administrativo.* 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p 414
[52] *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 67.
[53] *Curso de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p 450.

executados pela Administração Pública, sendo conferida pela lei discricionariedade de forma demasiada a fim de afastar o controle jurisdicional do estado.

O Poder Judiciário detém o monopólio da jurisdição estatal e deve prestar a tutela jurisdicional na busca pelas soluções de conflitos, notadamente impondo à Administração Pública os limites e contornos constitucionais na realização de seu mister.

A jurisdição pode ser definida como "a atividade dos órgãos do Estado destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica"[54]. Por força de dispositivo constitucional, no Brasil essa atividade é privativa do Poder Judiciário, único órgão apto a formular decisões dotadas da força da coisa julgada.

[54] SOUSA, José Franklin de. *Coisa julgada individual e coletiva.* São Paulo: 2013. p. 40

4. O DIREITO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL

4.1. Conceito de direito administrativo

Como se viu, no Brasil foi adotado o sistema tripartite, em que as principais funções públicas (administração, legislação e a jurisdição) são atribuídas às estruturas organizacionais distintas: executivo, legislativo e judiciário. Acreditava-se que apenas limitar o poder do estado e submetê-lo ao direito era suficiente para a construção de um estado de direito, no entanto, o acúmulo de riqueza e o aprofundamento das desigualdades sociais, econômicas e culturais passaram a exigir mais do Estado. Desse modo, o direito administrativo passou a sofrer influência de uma nova concepção de estado de direito, Marçal Justen Filho apresenta um conceito de direito administrativo que serve como exemplo disto:

> Direito administrativo é definido como o conjunto de normas jurídicas de direito público que disciplinam a atividade administrativa pública necessária à realização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho."[55] (original sem destaque)

Do conceito de Marçal Justen Filho se extrai um elemento indispensável para o presente trabalho: dentre as finalidades do direito administrativo está a satisfação dos direitos fundamentais.

O direito administrativo deve analisado sob duas perspectivas: (i) limitar o poder do estado, visando evitar concentração de poder político e econômico; (ii) perseguir a satisfação dos direitos fundamentais, é o que justifica a existência do estado moderno.

Como aponta Celso Antonio Bandeira de Melo "existe uma impressão, quando menos difusa, fluida, mas nem por isto menos efetiva, de que o Direito Administrativo é um Direito concebido em favor do Poder, a fim de que ele possa vergar os administrados. Conquanto profundamente equivocada e antiética à razão de existir do Direito Administrativo, está é a suposição que de algum modo repousa na mente das pessoas" [56].

Há sem dúvida um sentimento de que o Estado brasileiro encontra em si mesmo a justificação para sua existência, servindo as prerrogativas administrativas como privilégios em benefício de alguns. Esse sentimento é fruto do longo período que o cidadão esteve totalmente apartado do centro das decisões em um regime militar que perseguiu e torturou seus opositores por meios lícitos ou não durante mais de 20 anos. Apesar da redemocratização do país com a Constituição Federal de 1988, ainda nos dias atuais há uma grande resistência para a participação popular, situação que reforça essa impressão apontada por Bandeira de Mello.

---

[55] *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 90.
[56] *Curso de Direito Administrativo.* 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p 43.

Marçal Justen Filho afirma que "é fundamental eliminar o preconceito de que as organizações estatais possuem justificativas de existência em si mesmas. O Estado existe não para satisfazer as suas estruturas burocráticas internas nem para realizar interesses exclusivos de alguma classe dominante (qualquer que seja ela).[57]

Apenas a limitação do poder do estado e sua submissão ao direito não são suficientes para assegurar o pleno desenvolvimento do ser humano. Marçal Justen Filho entende que "é necessário que o Estado seja um instrumento de promoção do desenvolvimento econômico e social. Impõe-se a existência de um Estado intervencionista, cuja atuação seja voltada a obter a concretização dos valores fundamentais"[58]. Observa-se que o direito administrativo atual exige como justificação para existência do estado a busca pela efetivação dos direitos fundamentais.

4.2. Ato administrativo

Para estudar a necessidade ou não da prestação jurisdicional do estado para a tutela da posse de imóvel público é fundamental ter domínio de institutos do direito administrativo.

É preciso delimitar o conceito de ato administrativo. Antonio Bandeira de Mello conceitua ato administrativo como "declaração do estado (ou que lhe faça as vezes- como por exemplo, um concessionário de serviço público) no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providencias jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional"[59].

Marçal Justen filho por sua vez afirma que ato administrativo é "uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício de função administrativa"[60]. O conceito fornecido por Marçal Justen Filho traz quatro elementos para caracterização do ato administrativo: (i) manifestação de vontade: é a exteriorização da vontade de um sujeito dirigida a uma finalidade; (ii) exige qualificação especial da manifestação da vontade, tem que ser vinculada à satisfação das necessidades coletivas; (iii) apta a gerar efeitos jurídicos; (iv) produzida no exercício da função administrativa;

---

[57] *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p 93.
[58] *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p 103.
[59] *Curso de Direito Administrativo.* 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p 378.
[60] *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p 383.

4.3. Autoexecutoriedade/executoriedade do ato administrativo

Os atos administrativos possuem atributos que exorbitam aqueles encontrados nas relações privadas. O principal atributo do ato administrativo para o estudo em tela é a "autoexecutoriedade" ou como alguns autores como Celso Antonio Bandeira de Mello chamam simplesmente "executoriedade" e, que são invocados no parecer AJG 193/2016 para autorizar desocupação de imóveis públicos via *manu militari.*

Apenas em situações especiais, a Administração Pública está autorizada a utilizar os meios necessários para a implementação de suas determinações, usando da supremacia de poder e do uso da força para fazer sua vontade. Antonio Bandeira de Mello explica que "a executoriedade não se confunde com a exigibilidade, pois esta não garante, só por si, a possibilidade de coação material, de execução do ato. Assim, há atos dotados de exigibilidade, mas que não possuem executoriedade."[61]

Marçal Justen Filho considera a autoexecutoriedade como a "possibilidade de a Administração Pública obter a satisfação de um direito ou dirimir um litígio de que participa sem a intervenção do Poder Judiciário, produzindo os atos materiais necessários a obter o bem da vida buscado."[62]

Importa então saber quando o ato administrativo poderá ser dotado de autoexecutoriedade. Celso Antonio Bandeira de Mello defende que cabe executoriedade em duas situações: (i) "quando a lei prevê expressamente"; (ii) quando a executoriedade é condição indispensável à eficaz garantia do interesse público confiado pela lei à Administração Pública (...) Isto ocorre nos casos em que a medida é urgente e não há via jurídica de igual eficácia à disposição da Administração Pública para atingir o fim tutelado pelo direito, sendo impossível, pena de frustração dele, aguardar a tramitação de uma medida judicial".[63]

A segunda hipótese de cabimento da executoriedade trazida por Antonio Bandeira de Mello dispensa a autorização de lei em sentido estrito e baseia-se em dois conceitos indeterminados: "medida urgente" e "eficaz garantia do interesse público". Ao atribuir autoexecutoriedade, apenas por ser considerada pela Administração Pública uma medida urgente e que a via judicial não seja tão eficaz quanto a via administrativa, permite-se que uma infinidade de atos administrativos fujam ao controle jurisdicional e a exceção se torna a regra na Administração Pública. Condicionar a autoexecutoriedade tão-somente a urgência ou

---

[61] *Curso de Direito Administrativo.* 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p 411.
[62] *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p 413.
[63] *Curso de Direito Administrativo.* 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p 413.

eficácia da medida constitui verdadeira cláusula geral, eis que a prestação jurisdicional nunca será tão eficiente quando a autoexecutoriedade. Mais adequado à realidade nacional é o que afirma Marçal Justen Filho:

> A autoexecutoriedade do ato administrativo obedece estritamente aos princípios da legalidade e da proporcionalidade. Portanto não há autoexecutoriedade sem lei que assim o preveja. Mas, ainda quando a lei a tenha autorizado, a execução compulsória do ato administrativo por parte da própria Administração será admitida apenas quando não existir alternativa menos lesiva, sendo o uso da força a solução necessária para preservar a ordem jurídica e impor a realização dos direitos fundamentais.[64] (original sem grifo)

Adotando como marco teórico o conceito fornecido por Marçal Justen Filho, a autoexecutoriedade dos atos administrativos somente se verifica com a conjugação de dois princípios constitucionais: estrita legalidade e proporcionalidade. De modo que, para atribuir autoexecutoriedade aos atos administrativos que importam em reintegração de posse a *manu militari* é indispensável a promulgação de lei em sentido estrito, fato que não aconteceu.

Por outro lado, há também ausência de proporcionalidade em uma lei ou ato normativo atribuir à um ato administrativo autoexecutoriedade com base na morosidade do Poder Judiciário, pois o Poder Público se submete às mesmas barreiras de acesso à justiça que os particulares, não podendo invocar a supremacia do interesse público para afastar garantias constitucionais. Autorizar a reintegração de posse, sem ordem judicial, em razão da crônica morosidade do julgamento de ações judiciais é demasiadamente desproporcional ao fim almejado.

4.4. Do princípio da legalidade estrita

Como se viu, pela teoria objetiva da posse, adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, é possível particulares deterem a posse de imóveis públicos, tanto que pela posse podem obter o reconhecimento da concessão de uso especial para fins de moradia prevista na MP 2.220/2001.

A autoexecutoriedade dos atos administrativos prescinde de lei em sentido estrito que lhe confira esse atributo, lei compreendida no conceito de norma fruto do processo legislativo regular. No caso sob análise sequer há lei que atribua esse efeito ao Parecer AJG 193/2016.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ensina que a autoexecutoriedade não existe em todos os atos administrativos; ela só é possível "quando expressamente prevista em lei" ou "quando

[64] *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014p 413.

se trata de medida urgente que, caso não adotada de imediato, possa ocasionar prejuízo maior para o interesse público"[65]

A necessidade de previsão legal como requisito da autoexecutoriedade dos atos administrativos decorre do princípio da legalidade, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição.

Quando se trata de Administração Pública só lhe é permitido fazer o que a lei expressamente autoriza, na ausência de autorização legislativa tem-se uma conduta vedada Há de se observar que a inobservância do princípio da legalidade estrito pode conduzir inclusive a possibilidade crime de responsabilidade pelo agente político, haja vista recente decisão do Senado Federal que fundamentou a cassação do mandato da presidente da República com base na edição de três decretos para abertura de crédito suplementar sem autorização legislativa entre outros fundamentos[66]. É de rigor destacar, o princípio da legalidade e o princípio do controle externo da Administração constituem fundamentos do estado de direito.

---

[65] *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 202.

[66] Disponível em http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/08/31/dilma-rousseff-perde-o-mandato-e-temer-e-confirmado-presidente acessado em 13/10/2016

5. DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL

5.1. Origem histórica

A garantia de funcionamento mínimo do sistema de freios e contrapesos reside justamente em impedir que uma estrutura organizacional tente esvaziar as atribuições de outra estrutura. A função exercida pelo parlamento de inovação legislativa não pode afastar o controle jurisdicional, ainda que por alteração constitucional decorrente do poder constituinte derivado, da mesma forma que a atividade administrativa não pode criar subterfúgios para fugir ao controle jurisdicional, motivo pelo qual o encontra-se insculpido no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional do estado nos seguintes termos: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Essa garantia foi prevista pela primeira vez no ordenamento pátrio na Constituição Federal de 1946.[67]

O destinatário principal da norma é o legislador, a fim e de impedir que a lei exclua do judiciário a apreciação de um direito. Trata-se de um comando com duplo efeito, por um lado constitui um direito do cidadão de obter do estado uma ordem jurisdicional, também denominado de direito de ação, por outro lado impõe à todos, inclusive às estruturas organizacionais do Estado, uma limitação a autodefesa, submetendo todos ao monopólio da jurisdição estatal.

Nelson Nery Junior ensina que o conteúdo do princípio do acesso à justiça "embora o destinatário principal desta norma seja o legislador o legislador o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer que não pode o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão."[68]

Segue o autor sustentando que o poder constituinte derivado não detém poderes sequer para excluir o controle jurisdicional do estado, citando um acontecimento na história recente do Brasil que constituiu grave violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição:

> Em passado recente tivemos episódio histórico que envergonhou o direito brasileiro, a exemplo do que ocorreu no sistema jurídico dos estados totalitários da primeira metade deste século, que proibiam o acesso à justiça por questões raciais.[69] Trata-se da edição do Ato Institucional nº 5/68, de 13/12/1968, outorgado pelo Presidente da República – que para tanto não tinha legitimidade -, que em seu art. 11 dizia: "Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com

---

[67] Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
§ 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

[68] *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 98.

[69] Nelson Nery cita em nota de rodapé "Sobre o tema ver CAPPELLETTI, Mauro, VIGORITI, Vicenzo, I diritti constizionali dele parti nel processo civile italiano, Riv. Dir.Proc.. XXVI (1971), § 8º. p 622.

> este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos. [70]

Segue o autor afirmando que:

> Este AI 5 violou o art. 150, § 4º da CF de 1967, cuja redação foi repetida pela EC 1/69. Por essa emenda, entretanto, o AI 5 foi "constitucionalizado", pois os arts. 181 e 182 da CF de 1969 (EC 1/69 à CF de 1967) diziam excluírem-se da apreciação do Poder Judiciário todos os atos praticados pelo comando da revolução de 31.03.1964, reafirmada a vigência do AI 5 (art. 182, CF de 1969).
> Nada obstante os arts. 181 e 182 da CF de 1969 mencionarem a exclusão de apreciação, pelo Poder Judiciário, de atos praticados com fundamento no AI 5 e demais atos institucionais, complementares e adicionais, praticados pelo comando da revolução, estas duas normas eram *inconstitucionais*[71]. Isto porque ilegítimas, já que outorgadas por quem tinha competência para modificar a Constituição, estavam em contradição com normas constitucionais de grau superior (direitos e garantias individuais) e infringiam direito supralegal positivado no texto constitucional (direito de ação)[72].

A inafastabilidade do controle jurisdicional, constitui, um sustentáculo para assegurar harmonia e independência entre as três funções do estado, medida indispensável para a existência do sistema de pesos e contrapesos e para o controle externo da Administração Pública.

5.2. Breve histórico das tutelas provisórias

De longa data a tutela provisória têm despertado acalorados debates no mundo acadêmico, em grande medida a preocupação da doutrina reside na crônica morosidade do judiciário que por vezes afasta a efetividade da prestação jurisdicional do Estado.

> A problemática da efetividade do processo está ligada ao fator tempo, pois não são raras as vezes que a demora do processo acaba por não permitir a tutela efetiva do direito. Entretanto, se o Estado proibiu a autotutela não pode apontar o tempo como

---

[70] *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. it.

[71] O autor cita em nota de rodapé "Sobre a existência de normas inconstitucional que se encontram no corpo da Constituição, ver o magnífico estudo de BACHOF, Otto. *Verfassungsnormen?* Tübingen, 1951, *passim,* tornado público como aula inaugural na Universidade de Heidelberg, em 20.07.1951. Há tradução portuguesa de José Manuel M. Cardoso da Costa (*Normas constitucionais inconstitucionais?,* Coimbra, 1977). O autor fala expressamente em normas que a despeito de poderem estar *formalmente* no corpo da Constituição, são inconstitucionais, exemplificando com a infração de direito supralegal positivado na lei constitucional (pena de morte em contraposição ao direito *natural* à vida) (BACHOF, Ott. *Normas constitucionais inconstitucionais?, cit. p 63).*

[72] Nery Junior cita em nota de rodapé "BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*, *cit. p. 52 et seq.* Modernamente tem-se entendido não ser possível a existência de conflito entre princípios constitucionais. Devem ser harmonizados e compatibilizados entre si (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional.* 5 ed. Coimbra, 1991, p 174. No mesmo sentido: CANOTILHO, José Joaquim Comes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 3 ed. Coimbra, 1999, p 1.107 *et seq.)* Como os arts. 181 e 182 da CF de 1969 eram incompatíveis com o princípio do direito de ação, este deveria prevalecer sobre aquelas regras de exceção.

> desculpa para se desonerar do grave compromisso de tutelar de forma pronta e adequada os vários casos conflitivos concretos."[73]

José Roberto dos Santos Bedaque conceitua liminar como uma decisão proferida no início da demanda, nota-se que liminar não está condicionada a concessão sem oitiva da parte contrária (*inaudita altera parte*):

> Merece a denominação de "liminar" toda a decisão que é prolatada *in limine litis,* isto é, no início da demanda – independentemente de seu objeto, podendo ela, assim, eventualmente, caso estejam presentes os respectivos requisitos autorizadores, antecipar os efeitos da tutela principal ou da tutela cautelar, conforme as circunstâncias do caso concreto.[74]

Para Alexandre Freitas Câmara a liminar tem natureza processual de tutela antecipada, que a partir de da reforma processual de 1994 passou a ser um instrumento aplicável a qualquer procedimento:

> A tutela jurisdicional antecipada é um dos temas que mais têm chamado a atenção dos processualistas brasileiros ultimamente. Instituto conhecido da doutrina há bastante tempo, e presente no ordenamento brasileiro em normas espaçadas, como as que preveem a reintegração liminar na posse, o despejo liminar e o aluguel provisório, passou a merecer mais atenção dos doutos depois que o movimento conhecido como "a reforma do CPC" alterou a redação do art. 273 daquele Código para, assim, criar norma genérica, aplicável em princípio a todos os processos. [75]

Com a publicação da lei 8.952/94 passou a ser aplicável a antecipação da tutela à praticamente todos os procedimentos, desde que preenchidos os requisitos legais: probabilidade do direito e urgência da medida.

> É de se notar que tal tutela jurisdicional, consistente em permitir a produção dos efeitos (ou, ao menos, de alguns deles) da sentença de procedência do pedido do autor desde o início do processo (ou desde o momento em que o juiz tenha se convencido da probabilidade de existência do direito afirmado pelo demandante), exige alguns requisitos para sua concessão. Não basta estar presente a probabilidade de existência do direito alegado, fazendo-se necessário que haja uma situação capaz de gerar fundado receio de dano grave, de difícil ou impossível reparação, ou que tenha ocorrido abuso do direito de defesa por parte do demandado (art. 273, I e II, CPC). [76]

Até a reforma do Código de Processo Civil de 1973, trazida pela Lei nº 8.952/94, somente poderia se falar em medida liminar quando se tratasse de procedimentos que expressamente previssem esse instrumento processual, tal como as ações possessórias (art. 924 c.c. o art. 928 ambos do CPC), ação de nunciação de obra nova (art. 937 do CPC),

---

[73] MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar tutela antecipatória urgente e tutela antecipatória*, Revista Eletrônica da AJURIS, n. 61, Julho/1994. p. 1.
[74] *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 13.
[75] *Lições de Direito Processual Civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p 92.
[76] *Lições de Direito Processual Civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p 93.

embargos de terceiro (art. 1.051 do CPC), ação baseada em venda com reserva de domínio (art. 1.071 do CPC), ação de despejo (artigo 59, § 1º da lei 8.245/91), mandado de segurança (art. 7º, inciso II lei 1.533/51 – revogada pela lei 12.016/2009), ação popular (art. 5º, § 4º da Lei 4.717/65), ações decorrente de relação de consumo (art. 84, § 3º da lei 8.078/90), ação civil pública (art. 12 da lei 7.343/85), entre outras previsões esparsas na legislação.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe um livro inteiramente dedicado à tutela provisória, do artigo 294 ao artigo 311 é trabalhado com detalhes o tema. Pela primeira vez, o texto normativo distingue expressamente a tutela de urgência da tutela de evidência (art. 294 CPC/2015) e classifica a tutela provisória de urgência em cautelar ou antecipada, antecedente ou incidental. No livro das tutelas provisórias o Código de Processo Civil de 2015 trouxe ainda uma inovação, a possibilidade de obter tutela provisória de urgência em caráter e famigerada estabilização da tutela.

5.3. Da vedação legal de tutelas provisórias contra o Poder Público

A primeira lei a vedar a concessão de liminar contra o Poder Público foi a Lei 2.770/56 que diz respeito à liberação de bens, mercadorias e coisas de procedência estrangeira e o Supremo Tribunal editou a Súmula 262 confirmando esse impedimento geral previsto na lei: "SÚMULA 262 STF: Não cabe medida possessória liminar para liberação alfandegária de automóvel".

A lei 4.348/64 também impedia a concessão de liminar contra a Fazenda Pública e, se tratando de mandado de segurança, impedindo inclusive a execução provisória da sentença antes do transito em julgado.[77]

A Lei 5.021/66 também vedou a concessão de liminar em Mandado de Segurança contra a Fazenda Pública em ações movidas por servidores públicos para recebimento de vencimentos e vantagens pecuniárias.[78]

Em 1990 foi editada a Lei 8.076 que vedou a concessão de liminares em ações ajuizadas contra as leis que sustentavam o "plano econômico Collor". Em seguida foi a vez da

---

[77] Art. 5º Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens".
Parágrafo único. Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença.

[78] Art. 1º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, sòmente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.
§ 4º Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.

Lei 8.437/92 vedar a concessão de liminar em ações contra o Poder Público. A Lei 9.494/*estendeu* à antecipação de tutela as mesmas restrições já existentes da tutela de urgência em mandado de segurança e ação cautelar. De forma concisa essas são as principais leis que restringem à concessão da tutela de provisória em desfavor da Fazenda Pública.

Dentro desse contexto, a constitucionalidade dessas leis e medidas provisórias que vedavam a concessão de tutela de urgência em ações contra o Poder Público passou a ser objeto de intenso trabalho acadêmico e jurisprudencial, tendo sido inclusive objeto de dezenas de teses no XXIV da 2ª Comissão especial do Congresso Nacional de Procuradores do Estado[79] que obviamente sustenta-se a constitucionalidade da vedação.

O alcance do princípio da inafastabilidade da jurisdição previsto no artigo 5º XXXV da Constituição Federal dividiu o meio acadêmico em duas posições: a (i) uma afirmando que o princípio de inafastabilidade da jurisdição se limita a apenas à tutela definitiva; (ii) a segunda afirmando que alcança também as tutelas provisórias, em razão da efetividade do provimento, nesse sentido defende Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

> Tutela Antecipatória contra a Fazenda Pública. Existem restrições, no plano infraconstitucional, à concessão da tutela antecipatória contra a Fazenda Pública [...]. Essas restrições, contudo, não tem o condão de excluir o cabimento de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. São inconstitucionais. Frise-se que o direito de ação, compreendido como o direito à técnica processual adequada, não depende do reconhecimento do direito material. O direito de ação exige técnica antecipatória para a viabilidade do reconhecimento da verossimilhança do direito e do fundado receio de dano, sentença idônea para a hipótese de sentença de procedência e meio executivo adequado a ambas as hipóteses. Se o direito não for reconhecido como suficiente para a concessão da antecipação da tutela ou da tutela final, não há sequer como pensar em tais técnicas processuais. A norma do art. 5º, XXXV, CRFB, ao contrário das normas constitucionais anteriores que garantiam o direito de ação, afirmou que a lei, além de não poder excluir lesão, será proibida de excluir "ameaça de lesão" da apreciação jurisdicional. O objetivo do art. 5º, XXXV, CRFB, neste particular, foi deixar expresso que o direito de ação deve poder propiciar a tutela inibitória e ter a sua disposição técnicas processuais capazes de permitir a antecipação da tutela[80].

Os autores seguem afirmando que uma lei que impede o julgador de utilizar os mecanismos processuais para assegurar a efetividade da tutela do direito material importa em violação da inafastabilidade da jurisdição, de modo que, a prestação jurisdicional definitiva pode tornar-se inútil:

> Uma lei que proíbe a aferição dos pressupostos necessários à concessão de liminar obviamente nega ao juiz a possibilidade de utilizar instrumentos imprescindíveis ao

[79] Teses do Congresso da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo disponível em http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/Congresso/2comis.htm acessado em 27/09/2016

[80] *Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p. 35

> adequado exercício do seu poder. E, ao mesmo tempo, viola o direito fundamental à viabilidade da obtenção da efetiva tutela do direito material[81].

Nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da tutela jurisdicional e a vedação de liminar ou antecipação dos efeitos da tutela importa em ausência de prestação jurisdicional efetiva, uma vez que a concessão da medida de urgência reside justamente na urgência da medida e na possibilidade de ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação. Nesse sentido leciona Luiz Guilherme Marinoni:

> Efetivamente é por demais evidente que determinadas pretensões somente se compatibilizam com tutelas de urgência. E as liminares e as ações urgentes, para estes casos, são os instrumentos que concretizam o direito à adequada tutela jurisdicional. A restrição do uso da liminar, portanto, significa lesão ao princípio da inafastabilidade. [82]

O princípio da inafastabilidade da jurisdição edificou uma muralha intransponível ao legislador que tentou vedar a concessão de tutela de urgência em face do Poder Público.

A mesma hermenêutica deve ser usada para tentativa de a Administração Pública promover reintegração de posse em bens públicos a *manu militari* sem a presença do elemento temporal que autorize o desforço imediato em defesa da posse, constituindo uma flagrante tentativa de afastar o princípio do controle jurisdicional previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal.

5.4. Liminares em interditos possessórios

Tanto o artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973 como os demais dispositivos em que eram previstas a figura da liminar, para sua concessão exigia-se o preenchimento de basicamente dois requisitos: probabilidade do direito, também chamado em latim de *fumus boni jures* e urgência da medida, em latim *periculum in mora.*

No entanto, quando se trata de interditos possessórios, para a concessão da liminar, a lei processual exige apenas um dos requisitos: probabilidade do direito. Ao mesmo tempo em que se dispensa o requisito "urgência da medida" a lei estabelece como requisito para obtenção da liminar um lapso temporal do esbulho ou turbação da posse, motivo pelo qual, é fundamental classificar a turbação ou o esbulho possessório de acordo com o transcurso do tempo.

A agressão à posse cometida há menos de ano e dia chama-se de força nova ou posse nova, enquanto a agressão ocorrida há mais de ano e dia chama-se de força velha ou

---

[81] *Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.38
[82] *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p.96.

simplesmente posse velha. De acordo com o artigo 924 do Código de Processo Civil de 1973 e artigo 558 do Código de Processo Civil de 2015, quando a ação de reintegração ou manutenção de posse for ajuizada dentro de ano e dia da data que ocorreu o esbulho ou turbação seguirá o procedimento especial, em que se admite a concessão de liminar *inaudita altera parte.*[83]

Observa-se que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe apenas uma alteração de redação, sem implicar em modificação do conteúdo do comando legal. Desse modo, quando a ação de reintegração ou manutenção de posse for ajuizada dentro do prazo de ano e dia do esbulho ou turbação haverá uma presunção *iure et de iure* (presunção absoluta) da urgência da medida. Nota-se que o Código de Processo Civil não trouxe alteração nesse aspecto.[84]

Assim, em se tratando de força nova poderá ser concedida liminar *inaudita altera parte,* ou seja, se instaura contraditório diferido, a medida que o réu irá tomar conhecimento da existência da ação no momento do cumprimento do mandado de reintegração/manutenção da posse.

O legislador conferiu a tutela da posse em sede de liminar, diferindo daquela aplicável aos demais procedimentos, eis que para se obter liminar em ação possessória baseada em força nova será necessário apenas apresentar elementos que comprovem a probabilidade do direito sendo desnecessário provar a urgência da medida pleiteada. Observa-se, portanto, que os interditos possessórios receberam tratamento especial pela lei no tocante ao regime das liminares, presumindo a urgência da medida na hipótese de esbulho ou turbação baseada em força nova (menos de ano e dia). Portanto, se há um procedimento que pode ser considerado célere no direito processual são os interditos possessórios baseados em força nova, de modo que promover desocupação de prédios públicos a *manu militari*, com fundamento em suposta

---

[83] **Código de Processo Civil de 1973**
Art. 924. Regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da seção seguinte, quando intentado dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho; passado esse prazo, será ordinário, não perdendo, contudo, o caráter possessório.
Código de Processo Civil de 2015
Art. 558. Regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da Seção II deste Capítulo quando a ação for proposta dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho afirmado na petição inicial.
[84] **Código de Processo Civil de 1973**
Art. 928. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.
Código de Processo Civil de 2015
Art. 562. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

demora da prestação jurisdicional é uma falácia que visa ocultar a verdadeira finalidade dessa medida.

CONCLUSÃO

Pela teoria objetiva da posse adotada pelo Código Civil de 2002, associada ao conceito de função social da propriedade, que alcança bens públicos e os dispositivos previstos no Estatuto das Cidades e na Medida Provisória 2.220/2001, é possível afirmar que bens públicos são suscetíveis de esbulho possessório e tomada da posse por terceiros, não constituindo mera detenção.

A defesa da posse pode ser feita mediante uso de força própria, também chamado de desforço imediato em defesa da posse, no entanto, exige-se um aspecto temporal, que a defesa seja, para repelir imediata agressão à posse, sob pena de caracterizar crime de "exercício arbitrário das próprias razões", "constrangimento ilegal" ou "abuso de autoridade".

Não sendo cabível o desforço imediato a defesa da posse somente poderá obtida a tutela da posse mediante prestação jurisdicional do Estado.

O parecer AJG 193/2016 da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo autoriza o uso da força própria a *manu militari* para reintegração da posse de bens públicos mesmo quando ausente o aspecto temporal previsto no artigo 1.210, § 1º do Código Civil baseando-se em suposta morosidade da prestação jurisdicional e autoexecutoriedade dos atos administrativos e autotutela que viola o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Após grandes derrotas judiciais da Administração Pública estadual na tentativa de obter a reintegração de posse de bens públicos tomados por manifestantes foi editado e aprovado pela Administração Pública Estadual o parecer AJG 193/2016 de modo a subtrair do Judiciário o controle e a limitação de seus atos, tornando inclusive prescindível a intervenção do Ministério Público e do Conselho Tutelar ainda que envolva interesses de adolescentes.

No sistema constitucional de tripartição dos poderes alicerçado no sistema de freios e contrapesos é vedado a qualquer poder afastar o controle externo exercido por outros poderes. A Administração Pública não encontra fundamento de existência em si mesma, sua razão de existência é a busca pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais e não pode criar subterfúgios para elidir o controle jurisdicional de seus atos.

Um parecer emitido pela advocacia pública que defende o interesse público primário e ao mesmo tempo o interesse público secundário não tem o condão de afastar o controle jurisdicional dos atos administrativos.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição não pode ser elidido sequer por emenda Constitucional com se viu na discussão da vedação genérica de liminares em ações judiciais contra o Poder Público.

As barreiras do acesso à justiça e a eventual morosidade da prestação jurisdicional não servem de fundamento para violação do princípio da inafastabilidade da jurisdição, notadamente porque está ao alcance da Administração Pública os mesmos mecanismos de tutela de urgência que os particulares dispõem, que permitem inclusive a obtenção de medida antecipatória *inaudita altera parte* e o interdito proibitório.

A defesa da posse bem público ocupado por manifestantes em atos de protestos deve obedecer aos estritos limites legais, notadamente no que concerne ao limite temporal para a prática de atos de defesa da posse por imediata da posse uso de força própria.

A autoexecutoriedade ou executoriedade não é atributo de todo ato e qualquer administrativo, a executoriedade pressupõe a conjugação de dois elementos: previsão por lei em sentido estrito e observância do princípio da proporcionalidade.

Por todos esses aspectos é que se aponta a inconstitucionalidade e ilegalidade das conclusões do parecer AJG 193/2016 da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo aprovado pela Secretaria de Estado de Justiça que autoriza a *manu militari* (sem ordem judicial), o cumprimento de reintegração da posse de bens públicos quando ausente o aspecto temporal previsto no artigo 1.210, § 1º do Código Civil.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo.* 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Visão geral do(s) projeto(s) de novo código de processo civil.* Revista dos Tribunais. Revista de Processo vol. 235/2014. p. 353/378. Set/2014, DTR\2014\9801.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAMARGO DE AZEVEDO, Júlio. *O microssistema de processo coletivo brasileiro: uma análise feita à luz das tendências codificadoras*. 2012. Disponível em http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/43/26 acesso em 10/10/2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da constituição; direito constitucional positivo*. 15. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Dos elementos da posse no direito comparado*. São Paulo: Revista Justitia. jul. 1984. Disponível em: http://www.revistajustitia.com.br/revistas/30dc99.pdf. Acesso em 01 de julho de 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade.* Disponível em http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm acesso em 07/08/2016.

COSTA, Dilvanir José da. *O sistema da posse no Direito Civil*. Brasília Revista de Informação Legislativa. a. 35 n. 139 jul./set. 1998. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/391/r139-08.pdf?sequence=4 acesso em 09/09/2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *A função social da propriedade e a tutela processual da posse*. Revista de Processo. São Paulo. v. 33. n. 161. jul/2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Volume 1. 14. ed. Salvador: Podium, 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil processo coletivo*. 4. Ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

FERNANDES, Natália Tavares. *A Função Social da Posse como Instrumento Democratizador do Direito à Moradia*, Rio de Janeiro. 2011. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2011/trabalhos_12011/NataliaTavaresFernandes.pdf. Acesso em 13/10/2016.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Novo Código Civil Comentado*. Coordenador Ricardo Fiúza. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*, volume 2. Processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Sérgio Luiz. *A função social da posse e da propriedade nos direitos reais enquanto instrumento de efetivação dos direitos fundamentais.* 2012. Disponível em: http://www.univali.br/default.aspx?p=2451. Acesso em 10/07/2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

IHERING, Rudolf von. *Teoria simplificada da posse*; tradutor Fernando Bragança. Belo Horizonte: Líder, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LEÇA, Laíse Nunes Mariz. *O princípio do contraditório como garantia de influência e não surpresa no Projeto do Novo Código de Processo Civil.* Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11664.

MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. *Tutela Cautelar tutela antecipatória urgente e tutela antecipatória*, Revista Eletrônica da AJURIS, n. 61, Julho/1994.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MERÇON-VARGAS, Sarah. *Meios Alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais*, São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012 disponível em http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06032013-091823/pt-br.php. Acesso em 28/06/2016.

MONTESQUIEU, Charles de Le Secondat, Baron de. *Do espírito das Leis*, apresentação Renato Janine Ribeiro, tradução Cristina Murachco, São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; CÂMARA, Bernardo Ribeiro, *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*; prefácio de Sálvio de Figueiredo. *Coleção história do direito brasileiro. Direito civil: História do direito brasileiro. Direito civil 1. Direito das coisas*. Brasília: Fac-sim, 2004.

ROCHA, Raquel Heck Mariano. *Das Ações Possessórias: (Comentários aos arts. 920 a 933 do CPC).* Disponível em http://www.tex.pro.br/home/artigos/71-artigos-nov-2007/6091-das-acoes-possessorias-comentarios-aos-arts-920-a-933-do-cpc. Acesso em 04/07/2016.

SCHMIEGUEL, Carlos. *Conceito de Lei em sentido jurídico.* Ágora: Revista Divulg. Cient., ISSN 2237-9010, Mafra, v. 17, n. 1, 2010, disponível em: http://www.periodicos.unc.br/index.php/agora/article/viewFile/55/162. Acesso em 28/09/2016.

STROZAKE, Juvelino José. *A questão agrária e a justiça.* São Paulo: RT, 2000.

SOUSA, José Franklin de. *Coisa julgada individual e coletiva.* São Paulo: 2013.

TARTUCE, Flávio. *A função social da posse e da propriedade e o direito civil constitucional,* Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 900, 20 dez. 2005. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/7719. Acesso em: 29/06/2016.

TRINDADE, José Damião de Lima. *História Social dos direitos humanos.* 3. ed. São Paulo: Peirópolis, 2011.

TEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Procedimentos Especiais*. Vol. II, 50. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.