

relação a um de seus trechos, justamente onde aquele ínclito magistrado entende se encontrar um argumento irrespondível.

Lê-se, no final de fls. 8 e início de fls. 9:

“Pergunta-se, então, onde estão incluídos? Se a lei não se refere também a eles quem lhes pagaria os proventos? A Lei Santiago Dantas não criou nenhuma outra forma de pagamento, seja para servidor na atividade ou na inatividade, senão as dos parágrafos 2º e 4.º do artigo 3.º. Ante esse argumento, *data venia*, irrespondível, nenhuma dúvida subsiste de que a distinção que se pretende fazer é forçada e não cabe ao intérprete distinguir onde a lei não distingue tanto mais que a distinção estabeleceria uma espécie de servidor que ficaria no vácuo, porque não está mencionada na lei.”

Esse argumento poderia impressionar, porque não seria crível ficassem numerosos servidores no vácuo, sem receber proventos. Mas acontece que nada disso ocorre. O autor, como todos os aposentados pela União, continua, mês a mês, a dela receber os seus proventos, que são atualizados todas as vezes que os funcionários federais são aumentados. Todos os servidores federais têm o mesmo tratamento, e não há porque se cogitar de tratamento diverso para alguns deles, pelo simples fato de que depois de a União tê-los aposentado, um outro Estado na Federação ter sido criado, e para ele se transferido alguns *serviços* que eram federais, e alguns servidores *que neles eram lotados*.

Resulta incontestemente, diante do exaustivo exame ora feito dos textos pertinentes, que não pode o autor, que nunca foi funcionário estadual, pretender vantagens remuneratórias concedidas pelo Estado a seus funcionários e a seus servidores aposentados. Falta ao autor “*legitimatío ad causam*” para pleitear com base em leis estaduais, que não lhe dizem respeito, não lhe podendo criar qualquer direito subjetivo.

Certo está o Estado da Guanabara que o Egrégio Supremo Tribunal Federal, na esteira de seus últimos pronunciamentos, dê provimento ao presente recurso.

ITA SPERATUR.

Rio de Janeiro, 23 de junho de 1969. — ANTÔNIO CARLOS CAVALCANTI MAIA, Procurador do Estado.

LIMINAR EM AÇÃO POSSESSÓRIA: MANDADO DE SEGURANÇA. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

EGRÉGIO TRIBUNAL:

O Mandado de Segurança nº 3.496 tem por objetivo cancelar o despacho do MM. Dr. Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública, que concedeu medida liminar em ação possessória requerida pelo Clube de Regatas Vasco da Gama para reintegrar-se em imóvel situado na confluência da rua dos Andradas e Avenida Presidente Vargas, ocupado com obras do Metropolitan do Rio de Janeiro, como é público e notório.

Pretende o Clube de Regatas Vasco da Gama sua intervenção no feito, na qualidade de litisconsorte necessário passivo.

Demonstrar, em curta síntese, os fatos que ditaram a atuação do Estado da Guanabara; a ilegitimidade *ad causam* de entidade particular para participar, na qualidade de litisconsorte passivo, em mandado de segurança; o cabimento e a procedência do “writ”, é a finalidade do presente memorial.

I

INADMISSIBILIDADE DA INTERVENÇÃO DO CLUBE DE REGATAS VASCO DA GAMA COMO LITISCONSORTE OU ASSISTENTE PASSIVO

Está a ressumbrar, do simples exame da figura do litisconsórcio, o descabimento da pretensão de particular intervir como *parte passiva* em mandado de segurança.

A “*comunhão de interesses*”, referida no art. 88 do Código de Processo Civil, único fundamento a que se poderia apegar o interessado, tem sido entendida pelos processualistas como “*comunhão de direito*” ou, mais exatamente, “*comunhão de direito no objeto da demanda*” (Machado Guimarães, *Estudos de Direito Processual Civil*, pág. 206; José Carlos Barbosa Moreira, *Direito Processual Civil*, pág. 41).

Ora, não há “*comunhão de direito*” entre o Juiz que profere um despacho e a parte favorecida por esse mesmo despacho; não há nem pode haver u’a mesma relação jurídica partilhada entre o órgão jurisdicional e o particular, nem este poderia ser *parte passiva* em mandado de segurança (e litisconsorte é *parte!*), remédio processual que tem como

pressuposto necessário a sua utilização estrita contra *autoridade*, seja de que categoria for (artigo 1º, Lei nº 1.533, de 31.12.1951).

Neste sentido aliás existem várias decisões, valendo citar ao acaso: *Arquivo Judiciário*, vol. 86, págs. 142 e seguintes, S.T.F., Relator Ministro Annibal Freire; *Revista Forense*, vol. 192, pág. 178, T.F.R., Relator Elmano Cruz; *Revista Forense*, vol. 126, pág. 63; Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal, Mandado de Segurança nº 6.420, 21.11.1949, in *Jurisprudência Mineira*, vol. III, pág. 547.

Se inadmissível a intervenção litisconsorcial passiva no "writ", com maiores razões descabe a intervenção do particular como *assistente passivo equiparado ao litisconsorte*, porquanto entre o Juiz que proferiu o despacho, e a parte interessada, *não há* qualquer relação jurídica que possa sofrer a influência da decisão da segurança, traço essencial e característico da *assistência* (art. 98, Cód. Proc. Civil; Ulderico Pires dos Santos, *Mandado de Segurança na Doutrina e Jurisprudência*, ed. 1973, págs. 228/229; acórdão do Tribunal de Alçada de São Paulo, *Revista Forense*, vol. 216, págs. 165/168, ano 1966).

II

DO CABIMENTO DA SEGURANÇA CONTRA DESPACHO LIMINAR EM POSSESSÓRIA

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é remansosa quanto ao cabimento, em tese, do mandado de segurança contra despacho judicial que concede a medida liminar em possessória:

"Segurança concedida para cassar despacho de reintegração liminar de posse. Recurso extraordinário conhecido mas não provido" (R. E. 58.839, STF, acórdão de 21.10.1966, Rel. Min. Luiz Gallotti, *RTJ* 41, págs. 422, 425).

"Mandado de segurança é cabível contra despacho que concede liminar em ação de reintegração de posse. Recurso extraordinário conhecido mas não provido" (R. E. 65.049, STF, Rel. Min. Amaral Santos, acórdão de 26.9.1969, *RTJ* 54, págs. 681, 682).

"Restituição possessória *initio litis*. Comporta em tese ataque através do mandado de segurança" (Rec. de Mand. de Seg. 18.597, STF, Rel. Min. Thompson Flores, acórdão de 29.11.1968, *RTJ* 48, págs. 423/424).

"Mandado de Segurança. Impetração contra despacho que concede reintegração liminar de posse. Admissibilidade" (Agr. nº 42.791, STF, Rel. Min. Djaci Falcão, acórdão de 2.4.1968, *Rev. dos Tribunais*, vol. 397, pág. 379).

"Cabe em tese mandado de segurança contra decisão que concede a medida liminar em possessória" (Rec. em mand. de seg. nº 18.898, STF, Rel. Ministro Barros Monteiro, acórdão de 23.9.68, *Rev. Tribunais*, vol. 411, pág. 408).

A matéria, *concessa venia*, não mais permite vacilações. Esse Egrégio Tribunal de Justiça reiteradamente tem conhecido da segurança genericamente *quando da decisão judicial não caiba recurso*, tal como ocorre com a liminar impugnada (cf. Mand. Seg. 2.736, Tribunal Pleno, Rel. Faria Coelho, Ementário 176, D.J. 2.7.70, Reg. 31.10.69; no mesmo sentido os Mandados de Segurança n.ºs 2.736, Ementário 176, D.J. 2.7.70; n.ºs 3.308, Ementário nº 65, D.J. 18.1.1973; n.ºs 3.310, Ementário 82, D.J. 9.8.1973; *Revista de Jurisprudência do TJGB*, vol. 25, pág. 105). *E especificamente quanto ao seu cabimento contra liminar em possessória* confira-se o Mandado de Segurança nº 3.239, Reg. 28.7.1972, 4ª C. Cível, Rel. Salvador Pinto, D.J. de 21.12.1972, Ementário 77; *Revista de Jurisprudência do TJGB*, vol. 24, pág. 124, 8ª C. Cível, Ementário 124, D.J. de 7.5.1970.

Em outros Tribunais do país também a messe é farta, bastando a conferência ao acaso da *Revista dos Tribunais*: volumes 369/86, 380/168, 384/184, 402/303, 406/257, 410/138, 413/343, 421/115...

III

DO DESPACHO JUDICIAL IMPUGNADO. CONFIGURAÇÃO DE SUA ILEGITIMIDADE E DO ABUSO DE PODER

1. Os fatos

Embora a circunstância do terreno em causa estar afetado a obra pública, em plena execução, seja inelutável que sobreleva a tudo, e transforma necessariamente qualquer pretensão possessória em perdas e danos, cumpre destacar vigorosamente as razões que determinaram o procedimento do Estado da Guanabara, à vista das aleivosias instiladas pela entidade particular interessada no feito.

Evidentemente o Clube de Regatas Vasco da Gama, entidade esportiva de prestígio internacional, e merecedora de todo o apreço e louvor do Estado da Guanabara, absolutamente não se identifica com a atuação temerária de seus Diretores, que planejaram e levaram a cabo indecoroso atentado contra o patrimônio imobiliário estadual, prevalecendo-se da defasagem no trato de assuntos de interesse público que a descontinuidade administrativa eventualmente pode ensejar.

De qualquer maneira, a pretexto do pagamento de *discutível dívida já prescrita*, aquela entidade logrou locupletar-se, injusta e ilicitamente, às custas da Fazenda Pública, através de transação imobiliária nula de pleno direito, tal como se demonstrará.

Sob a justificativa da compensação pela perda de terrenos acrescidos de marinha, *que por volta de 1930 ocupava juntamente com outras entidades esportivas*, o Clube de Regatas Vasco da Gama pleiteou e obteve da antiga Prefeitura do Distrito Federal os seguintes imóveis:

a) área situada na esquina das ruas Alexandre Ferreira, General Tasso Fragoso, e Avenida Borges de Medeiros, na Lagoa Rodrigo de Freitas, onde hoje está localizada a sua sede náutica — locação a título precário, por seis meses, em 4.7.1947, mediante o aluguel mensal de Cr\$ 3,32, logo reduzido para Cr\$ 0,10, condições que até hoje persistem;

b) área situada no aterro do Calabouço, ocupada a título precário, por seis meses, a partir de 8.3.1951, sem aluguel, utilizada com instalações do Clube desde então.

Esses terrenos que prosseguem ocupados tranqüilamente pelo Clube de Regatas Vasco da Gama têm valor reconhecidamente mais elevado do que o terreno que se diz perdido por aquela entidade nos idos de 1930.

Aproveitando-se das demarches promovidas pelos demais clubes esportivos que ocupavam a antiga área, e que até então nada haviam obtido como compensação, a Diretoria Vascaína voltou a pleitear novo terreno, tendo o cuidado de assinalar que o imóvel deveria estar localizado no centro da cidade; com o que evitava o acerto através de pura e simples cessão do imóvel que ocupava na Lagoa Rodrigo de Freitas por preço simbólico...

E finalmente viu consagradas suas pretensões através da Lei 905, de 16.12.1957, que autorizou a *dação em pagamento do novo imóvel no*

centro da cidade, sempre como compensação da antiga dívida, decorrente da perda do terreno do Calabouço (*Anexo V*).

Se essa lei não foi feliz, a sua execução foi simplesmente ruínosa para o patrimônio público. Mas já aí a voracidade imobiliária dos dirigentes vascaínos pôs tudo a perder, porquanto não atentaram para a absoluta nulidade em que consistiu a *dação em pagamento*, que engendraram e alcançaram obter em fim de governo, sob a pressão de próximas eleições.

Efetivamente o termo de dação em pagamento, firmado em 4.11.65, violentou os limites da autorização contida na Lei 905/57, de forma chocante: *sempre a pretexto da liquidação da antiga dívida, avaliada em Cr\$ 387.300,00, o Estado da Guanabara entregou imóveis situados na Avenida Presidente Vargas no valor de Cr\$ 1.286.000,00, excedendo portanto em 300% o valor do débito que se pretendia subsistente (Anexo VI)*.

Esses valores confrontados são *insuspeitíssimos*, pois resultam de minucioso laudo elaborado na mesma época, e foram transcritos no próprio termo de dação em pagamento (*Anexo VII*). E diante do gritante escândalo em que se constituía a liberalidade, foi inserida no respectivo termo cláusula dispensando o Clube de Regatas Vasco da Gama de recolher a diferença entre os valores encontrados para o terreno (*Anexo VI, cláusula quinta*).

Falhou em momento crucial a assessoria vascaína, ao inspirar a *ilegalíssima declaração* de que estava o Vasco da Gama (com apoio em que texto de lei?) dispensado de efetuar a reposição da diferença, face a sua natureza de Clube esportivo... e o que é pior, reconheceu e admitiu a existência de rombudo prejuízo ao patrimônio do Estado da Guanabara, sem qualquer compensação suficiente, quer prevista no próprio termo, como imprópria dação modal, quer a ser acertada oportunamente através de encargos de utilidade social.

Limitando-se a autorização legislativa a ensejar exclusivamente a transferência de imóvel ao Vasco da Gama, para fins de *extinguir a dívida*, sendo o valor desse imóvel superior ao montante do débito em mais de 300%, é certo que o negócio jurídico está inquinado de irremediável nulidade, eis que a diferença de preço importou em *doação sem autorização legislativa*.

Entretanto há mais: obtido o imóvel ficou o Clube de Regatas Vasco da Gama inerte por mais de seis anos, sem executar as obras que se propunha a iniciar no prazo de seis meses, sob a cominação de reverter

o domínio ao Estado, consoante cláusula resolutiva expressa no termo de dação em pagamento (*Anexo VI*, cláusula quarta).

Sempre sob a evasiva de que seria indispensável a transcrição do terreno no Registro Geral de Imóveis, para obter a licença e aprovação do projeto de construção, *jamais tentada ou requerida*, aquela entidade passou simplesmente a explorar o terreno como estacionamento pago, para automóveis particulares, mediante arrendamento a terceiro.

2. O direito

A área em apreço é abrangida pelo traçado do Metropolitano, consoante os Decretos "E" 4.927, de 11.6.1971 e 5.340, de 2.2.1972, que aprovaram o Projeto nº 8.892, referente à execução da linha prioritária; e houve necessidade impreterível de imediata execução de obras no local, sem as quais seria gravemente retardado o empreendimento.

Diante da perspectiva de ter que expropriar o imóvel alienado ilegítimamente, tornando irreversíveis as irregularidades anteriores, ponderou o Estado, entretanto, que na realidade o imóvel jamais havia deixado o patrimônio público, quer diante da nulidade *pleno iure* que inquinou a dação em pagamento, tornando-a inexistente para todos os efeitos de direito, quer à vista do desfazimento desse negócio jurídico, pela realização de condição resolutiva que tem operatividade *ex tunc* (Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*, vol. I, pág. 241, ed. 1962).

No caso trata-se de bem estadual *afetado* a determinada obra de interesse público. Na hipótese, pois, é incontornável dever da Administração o exercício da *autotutela*, tendo como propósito preservar o aludido imóvel e assegurar a finalidade a que foi destinado. Pelo instituto da *autotutela* a Administração Pública, dispensando a existência de texto de lei especial autorizativo, ou de título hábil emitido pelo juiz, *age diretamente*, valendo-se dos meios comuns de defesa da propriedade para a proteção da coisa pública.

A peculiaridade do regime consiste no fato de que, enquanto os sujeitos privados tutelam a propriedade privada apenas por meio da ação judiciária, o Estado, ao contrário, tutela a propriedade dominial *de maneira direta*, mediante a atividade administrativa, pela polícia, ou melhor, pela polícia dos bens dominiais (Alessi, *Sistema Istituzionale*, 1953, pág. 405; Alfonso Tesauro, *Istituzioni*, 1951, vol. II, pág. 448; Roger Bonnard, *Précis*, 1935, pág. 440, referidos por Cretella Jr., ob. cit., pág. 66, nota 45; Luiz Machado Guimarães, *Com. ao Cód. de Proc. Civil*, vol. IV,

pág. 217 a 222; Ingresso, *Demanio em Nuovo Digesto Italiano*, T. 4, pág. 694; citado por Manuel Maria Diez, *Dominio Público*, pág. 460, nota 5, ed. 1940).

Pacífica é hoje a tese de que, se a Administração praticou ato ilegal pode invalidá-lo tão logo verifique a sua ilegitimidade (Súmulas S.T.F. 346, 473; Hely Lopes Meirelles, *Dir. Adm. Brasileiro*, ed. 1966, págs. 213, 214).

E isto foi feito através do processo administrativo 14/001.431/70, com a aprovação do Exmo. Sr. Governador do Estado da Guanabara ao parecer da Procuradoria Geral do Estado, que examinou a matéria e concluiu pela flagrante nulidade da dação em pagamento (*Anexo XVIII*).

A fim de esclarecer a sua posição, demonstrar a ocupação do imóvel não constituía ato arbitrário, mas sim diligência indispensável à preservação do patrimônio público, o Estado da Guanabara alertou o MM. Juiz *a quo*, através da petição de 16.8.1973 onde, após historiar esses fatos concluiu destacando, *já então*, a própria impossibilidade jurídica do deferimento da possessória, à vista da obra pública instalada no local com o que, quando menos, teria ocorrido a *desapropriação indireta do imóvel* (*Anexo IV*).

3. O despacho impugnado — a intangibilidade dos serviços públicos — o interesse coletivo

Pois bem, apesar de conhecer todos esses fatos, o MM. Juiz *a quo* deferiu o pedido da liminar na possessória, com visível abuso de poder, ilegítimamente, descumprindo o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, quando dispõe que "na aplicação da lei o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige, e às exigências do bem comum".

É princípio assente de Direito Administrativo a *intangibilidade dos serviços públicos*. A instituição da desapropriação indireta, ou do desapossamento administrativo, tem sua origem básica neste princípio, que suporta até mesmo a consequência grave de extinguir a *propriedade privada*, embora *ressarcida a posteriori*.

Inaceitável, pois, *data venia*, seja o Estado destituído da simples *posse* de um bem imóvel no qual executa obra pública, quando iterativa jurisprudência reconhece, diariamente, em centenas de acórdãos, a própria extinção do domínio, em função do mesmo princípio (cf. *Revista dos Tribunais*, vols. 175/632, 178/156, 190/935, 193/254, 200/236, 232/93, 236/200, 237/306, 239/285, 241/695, 244/220, 264/381, 280/205; *Revista Forense*, vols. 146/192:..).

Ninguém discute seja a *desapropriação* indireta um ilícito administrativo, que deve resolver-se em perdas e danos. A incorporação da coisa ao patrimônio público, bem ou mal processada é definitiva. Como dito alhures, não sofre dúvida que esse é um chocante limite posto aos direitos individuais afetados pela desapropriação, explicado contudo pelo interesse público de evitar graves transtornos à Administração.

Quando o Impetrante a ela se refere, na realidade, tal como ressaltado, quer significar que, *mesmo na pior das hipóteses*, a estar o ente privado coberto de razões — o que não ocorre — ainda assim a restituição do bem não poderia fazer-se *in natura*.

Ora, dentro dessa perspectiva a ocorrência de desapropriação indireta é preliminar necessária que deve ser examinada e reconhecida antes de conceder-se a reintegração na posse. Por isso mesmo o art. 371, parágrafo único, do Código de Processo Civil, determina que não seja realizada a reintegração *in limine* sem audiência dos representantes da União, Estados ou Municípios. Exatamente por reconhecer-se que o Juiz deve apreciar, quando se trata do Poder Público, os reflexos da decisão sobre o interesse comum, é que foi expressamente criado esse privilégio para a Fazenda Pública, derogado o artigo 506 do Código Civil — sem esse entendimento a norma não faria qualquer sentido.

4. *A desapropriação indireta*

Por mais ojeriza que se possa ter ao nome “desapropriação indireta”, na verdade mero apossamento administrativo; mesmo que o fenômeno seja classificado como ilícito administrativo; ainda que se tenha como simples expediente da jurisprudência — em busca do bem comum e da perfeição da Justiça — mesmo que não se trate de “desapropriação”, nem de “indireta”; com tudo isto ela *existe* e tem sido reconhecida amplamente na jurisprudência e doutrina, inclusive em países de tradição mais privatista que o Brasil.

Na França o instituto é conhecido desde 1810, mesmo sob a concepção absolutista da propriedade, e sobreviveu às influências do Código de Napoleão (Paul Duez, Guy Debeyre, *Traité de Droit Administratif*, ed. 1952, pág. 857). Perlustrando os autores estrangeiros não se encontra caso em que uma vez aplicado o bem a obra ou serviço público, ocorra a sua devolução ao particular, ou a destituição do Poder Público da posse do imóvel (Laubadère, *Traité*, ed. 1957, págs. 303, 787; Bielsa, *Derecho Administrativo*, ed. 1956, págs. 384/388; Duez, ob. cit., págs.

855/856; José Canasi, *Tratado Teórico Prático de la Expropiación Pública*, vol. II, págs. 871 a 881). E à semelhança não discrepam autores nacionais (Cretella Jr., *Comentários às Leis de Desapropriação*, pág. 274; *Dir. Adm. do Brasil*, vol. IV, págs. 166/167; Eurico Sodré, *A Desapropriação*, pág. 94).

Negar esse princípio é negar o próprio Direito Administrativo no que tem de mais característico:

“Les theories juridiques spéciales qui constituent le droit administratif, écrit Jèze, ont toutes pour objet de faciliter le fonctionnement *regulier* et *continu* du service public, de donner le plus rapidement et le plus complètement possible, satisfaction aux besoins d'intérêt general” (in Laubadère, ob. cit., pág. 39).

Se se pretende mais clareza ela está na jurisprudência:

“Converte-se em ação de indenização ação possessória tendo por objeto área ocupada pelo Poder Público para realização de obra de utilidade pública, independentemente de processo expropriatório regular” (Ap. 68.074, rel. Des. Justino Pinheiro, TJSP, *Rev. dos Trib.*, vol. 232, pág. 93).

“Converte-se em ação de desapropriação indireta a ação possessória ajuizada contra o Departamento de Estradas de Rodagem, tendo por objeto área por ele ocupada e utilizada para a construção de rodovia” (Ap. nº 73.103, Rel. Prado Fraga, TJSP, *Rev. dos Tribunais*, vol. 244, pág. 221).

“Terreno ocupado com instalações de serviços de interesse público. Verificado em ação possessória que é a área de propriedade do autor da mesma, a reintegração só se resolve em paga e danos pela turbadora” (Ap. Civ. 13.027, GB-TFR, Rel. Djalma Cunha Mello, *D.J.* 22.7.1964, pág. 2.458).

Acentue-se que jamais foi intenção do Estado da Guanabara substituir a desapropriação regular pelo apossamento administrativo. A sua atuação se fez sobre bem do patrimônio estadual, e a alusão à desapropriação indireta surge apenas diante do surpreendente despacho judicial que concedeu a possessória, *data venia* insensível aos princípios mais caros ao Direito Público.

A hipótese é peculiaríssima, e jamais poderia constituir precedente genérico para a atuação do Estado, quando se sabe, ademais, que têm sido regularmente expropriadas, com o prévio pagamento do preço, *todas* as propriedades privadas abrangidas pelo projeto do Metropolitano.

O caso portanto é isolado, e não seria por mero capricho que o Estado se animaria a enfrentar o prestígio popular da entidade esportiva interessada, sem fundas e sérias razões para isto.

Entretanto, nem o MM. Juiz, nem o Clube de Regatas Vasco da Gama, *permissa venia*, enfrentaram diretamente a *ultima ratio* apresentada pelo Estado da Guanabara para sua permanência no imóvel. Apenas o Exmo. Sr. Desembargador Relator da presente segurança percebeu a importância da obra pública instalada no imóvel, considerou o conjunto de circunstâncias, ao invés de se limitar ao fato individual, e despachou lúcida e cumpridamente:

“Concedo a liminar por ser relevante o fundamento jurídico e ocorrer o perigo de paralização de obra pública irremediável. Oficie-se para suspensão do ato, sejam juntadas as informações na forma da lei.”

Até o momento ninguém se atreveu a contestar a utilização do terreno para a instalação do Metropolitano, fato público e notório, noticiado com frequência pela imprensa local. A sua afetação a essas obras de interesse público consta dos Decretos “E” 4.927, de 11.6.1971, e “E” 5.340, de 2.2.1972, com a aprovação do Projeto nº 8.982, que instrui o primeiro diploma em referência. Os serviços estão em *pleno andamento*, obedecendo a rigoroso cronograma; o próprio interessado admite que estão sendo feitas obras no local, e se insurge contra a liminar do mandado de segurança que precisamente garantiu, de forma expressa, a sua continuidade; contra essas mesmas obras foi apresentada petição de atentado, perante a 3ª Vara da Fazenda Pública, até esta data não decidida, e onde se procura, em solerte manobra, descumprir a liminar concedida, em muito boa hora, pelo Egrégio Tribunal de Justiça.

O fato, pois, é que as obras lá estão, prosseguem em ritmo acelerado, e as escavações feitas, e tubulações instaladas irreversivelmente, tornam o imóvel inútil para qualquer outra finalidade, a menos que se destrua tudo que lá está.

Se assim é, e isto desde o ajuizamento da possessória, como imaginar-se a restituição *in natura*? Com qual finalidade? Represália ao Estado?

Punir a Administração, às custas da Comunidade, com a paralisação de obra pública? Ou simplesmente evitar que se discuta nos autos da ação ordinária, em curso na mesma 3ª Vara da Fazenda Pública, a legitimidade dos atos que favoreceram graciosamente o particular?

Ninguém tenha dúvida quanto às razões do bem ensaiado desespero do Clube de Regatas Vasco da Gama: não vê forma nem meio de contornar a discussão judicial da famigerada *dação em pagamento*, “modal” e “com encargos” (...), negócio jurídico teratológico que estaria definitivamente consumado, caso o Estado da Guanabara tivesse promovido a expropriação de seu *próprio imóvel*, com o depósito prévio para a imissão na posse, e o seu imediato levantamento pelo interessado...

Não se diga que o Impetrante pretende propugnar a desapropriação indireta. Nem o fez a doutrina (Laubadère, Eurico Sodré, Cretella Jr., referidos). O que se diz, e forte nestes autores, é que, consumado o apossamento e utilizado o imóvel em obra pública, não mais ocorre a possibilidade jurídica de restituição do bem, já que esta medida implicaria em graves prejuízos para o interesse geral.

Repita-se mais uma vez: o Estado limitou-se a exercer a autotutela sobre bem que entende de seu patrimônio. Mas para demonstrar, *ultima ratio*, que dele não pode ser destituído, alertou que, *quando menos*, haveria a desapropriação indireta a impedir a devolução do terreno.

Vale a pena fazer uma ablução lustral nas águas claras da obra de Carlos Maximilliano, para repor a questão em seus devidos termos:

“O Direito suscita de modo indireto e diretamente ampara a atividade produtiva, tutela a vida, facilita e assegura o progresso; não embaraça o esforço honesto, o labor benéfico, a evolução geral. *Nasce na sociedade e para a sociedade; não pode deixar de ser um fator do desenvolvimento da mesma. Para ele não é indiferente a ruína ou a prosperidade, a saúde ou a moléstia, o bem-estar ou a desgraça. Para isso, até mesmo no campo do Direito Privado, encontra hoje difícil acolhida, tolerada apenas em sentido restrito, nos casos excepcionais de disposições claríssimas, a antiga parêmia, varrida há muito do Direito Público, e filha primogênita da exegese tradicional, rígida, geométrica, silogística — “Fiat justitia, pereat mundus”: “Faça-se justiça, ainda que o mundo pereça.” (Hermenêutica e Aplicação do Direito, ed. 1965, págs. 180/181).*”

Ora, pondere-se que não é possível hesitar, *data venia*, entre a devolução do imóvel *in natura*, com todas as suas conseqüências ruinosas, e a possibilidade — aceita por doutrina e jurisprudência — de converter a reintegração de posse em perdas e danos, com amplo ressarcimento do prejudicado afinal, se for o caso.

Somente a dúvida quanto ao resultado de uma tal ação, com a prevalência das razões sustentadas pelo Estado, é que poderia conduzir a pleitear-se, a todo custo, contra tudo e contra todos, a devolução de imóvel que a esta altura não tem nem terá qualquer serventia para o Clube; simples forma de forçar acordo, obter a renúncia ao exame judicial de atos profundamente lesivos ao patrimônio público.

Atendendo a essa pretensão, o digno Magistrado infringiu direito inviolável, líquido e certo, inerente à Administração, e à Comunidade, de prosseguir a execução de serviços públicos indispensáveis e urgentes programados para o local; em detrimento do interesse público, pois, favoreceu interessé estritamente individual, cuja composição poderia ser feita oportunamente por outros meios e modos, sem prejuízo para quem quer que fosse.

IV

CONCLUSÃO

O Direito deve ser interpretado inteligentemente, buscando um sentido equitativo, lógico e acorde com o sentir geral e o bem presente e futuro da Comunidade (Maximiliano, ob. cit., págs. 177/179). Prefere-se o sentido conducente ao resultado mais razoável, à melhor conseqüência para a coletividade, sem prejuízo de constatar que o direito individual não ficará ao desabrigo.

O Estado da Guanabara, pois, tem confiança em que esses sempre foram os princípios que inspiraram esse Egrégio Tribunal, e conseqüentemente espera com tranqüilidade seja feita a verdadeira *Justiça*.

Rio de Janeiro, GB, 10 de outubro de 1973. — JOSÉ EDUARDO SANTOS NEVES, Procurador do Estado.

ANEXO I

PETIÇÃO INICIAL DO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 3.496

Excelentíssimo Senhor Desembargador Relator do Mandado de Segurança nº 3.496

O Estado da Guanabara, por seus Procuradores abaixo assinados, nos termos da Lei nº 1.533, de 31.12.1951 (artigos 1º e 5º, nº II), vem impetrar Mandado de Segurança contra o despacho do MM. Dr. Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública, que concedeu *in limine* a reintegração de posse do Clube de Regatas Vasco da Gama em área ocupada por obras do Metropolitano do Rio de Janeiro, sob as seguintes razões e fundamentos:

DO CABIMENTO DO "WRIT" CONTRA DESPACHO LIMINAR EM POSSESSÓRIA

1. Tranqüila em jurisprudência e doutrina a possibilidade de ser impetrado Mandado de Segurança contra atos judiciais irrecuráveis, conclusão que deflui do artigo 5º, nº II, da Lei nº 1.533/51, consagrada a *contrario sensu* na Súmula 267 do Supremo Tribunal Federal.

E especificamente quanto ao cabimento da segurança em tese, contra despacho que concede liminar em reintegração de posse, a matéria dispensa quaisquer delongas, face o compacto entendimento da jurisprudência a respeito (S.T.F., *Rev. Trim. de Jur.*, vol. 48, pág. 423; vol. 54, pág. 681).

DOS FATOS

O Estado da Guanabara, na certeza de pertencer ao domínio público o imóvel situado na confluência da Avenida Presidente Vargas com a Rua dos Andradas, autorizou a ocupação da área com obras do Metropolitano do Rio de Janeiro, empreendimento de prioritário e urgente interesse público para a cidade.

E em seqüência ajuizou ação ordinária de nulidade de dação em pagamento, cancelamento de transcrição imobiliária e perdas e danos, perante a 3ª Vara da Fazenda Pública, onde pretende ter cumpridamente demonstrado que (*documento 1*):

a) o termo de dação em pagamento, que favoreceu o Clube de Regatas Vasco da Gama é *absolutamente* nulo, não só pelo favorecimento injustificado e imoderado de entidade particular, a

pretexto de liquidação de débito nunca suficientemente compensado, como à vista dos vícios e irregularidades que o maculam;

b) quando menos o termo de dação em pagamento foi desfeito pelo implemento de condição resolutiva expressa, consubstanciada nos encargos não satisfeitos oportunamente por aquele Clube.

3. Apesar de já ajuizada a ação, onde na oportunidade própria serão perquiridas todas as indagações a respeito do suposto domínio particular sobre a área em apreço, o Clube de Regatas Vasco da Gama promoveu, posteriormente, perante a 4ª Vara da Fazenda Pública, ação de reintegração de posse, na qual requereu a concessão da medida *in limine litis*.

4. O MM. Dr. Juiz da 4ª Vara da Fazenda Pública, constatando a íntima relação entre as duas ações, inclusive porque a posse é pretendida pelo C. R. Vasco da Gama a título de proprietário, declinou de sua competência para o Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública, onde transcorre a ação ordinária precedente.

A atuação do Executivo, assim, já se encontrava, por sua própria iniciativa, submetida à apreciação do Judiciário, muito embora a *autotutela* que exerceu sobre esse bem dispense a intervenção judiciária (Alessi, *Sistema Istituzionale*, 1953, pág. 405; Alfonso Tesauero, *Istituzioni*, 1951, vol. II, pág. 448; Roger Bonnard, *Précis*, 1935, pág. 440; referidos por Cretella Jr., *Dos Bens Públicos Brasileiros*, pág. 66, nota 45; Luiz Machado Guimarães, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV, pág. 217 a 222; Ingresso, *Demanio*, em *Nuovo Digesto Italiano*, T. 4, pág. 460, nota 5, ed. 1940).

4. Embora a ação de reintegração de posse tenha encontrado verdadeira situação de litispêndência, com a citação do C. R. Vasco da Gama *já consumada*; apesar da exuberante prova feita pelo Estado da Guanabara, da imediata utilização do referido imóvel nas obras do Metropolitan, de maneira definitiva e irreversível; malgrado a minuciosa demonstração, por ocasião da justificação de posse levada a efeito, de que a interrupção das obras existentes no local poderá conduzir a prejuízos irremediáveis, para empreendimento essencial à Cidade: o MM. Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública, *concessa venia*, concedeu a reintegração da posse *in limine* (documento 2), esquecido das normas de direito público que regem a matéria.

O DIREITO

5. Mesmo que não se admita como certa a atuação do Estado da Guanabara, a verdade é que, *na data da concessão da liminar, já havia obra pública, destinada a serviços públicos, instalada e em plena execução nos terrenos!*

Esse o único fato relevante a ser considerado; pois se o particular foi prejudicado, se a Administração procedeu com arbítrio, sempre será possível ressarcir-lo amplamente afinal; enquanto que a interrupção de obras de interesse público no momento causará prejuízos irremediáveis e imprevisíveis, não somente de âmbito econômico, mas afetando a médio prazo a vida regular da Cidade, que depende, de forma indiscutível, do seu sistema de transportes urbanos.

E mais: as obras públicas específicas que no momento se estão realizando no local são as de remanejamento das redes de serviços de utilidade pública (energia elétrica, telefones, telégrafos, dutos de água e esgoto). Conseqüentemente, a interrupção dos mesmos importará imediatamente no colapso desses serviços em vasta área do centro da Cidade, com graves e incalculáveis repercussões quanto à segurança e à saúde públicas.

6. Não é difícil demonstrar que o MM. Dr. Juiz *a quo, data venia*, agiu com *abuso de poder*, bastando considerar o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, *in expressis verbis*:

“Na aplicação da lei o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

Ora, não é possível ignorar, *datissima venia*, que a concessão da liminar no caso, *ad argumentandum*, mesmo correta em tese, e fazendo justiça ao C. R. Vasco da Gama, prejudicará funda e gravemente obra pública em plena execução! Como não é possível admitir que entre o deferimento da devolução do imóvel *in natura*, e a possibilidade de converter a reintegração de posse em perdas e danos, se possa preferir a opção mais onerosa para a Coletividade, sem nenhuma vantagem adicional para o particular litigante.

7. Essas considerações de senso comum estão amplamente consagradas em doutrina e jurisprudência pelo menos desde 1810 (Paul Duez e Guy Debeyre, *Traité*, ed. 1952, pág. 857, nota 1).

Em hipóteses semelhantes já têm decidido os mais respeitáveis Tribunais do País, inclusive o próprio Supremo Tribunal Federal, que os bens particulares aproveitados para fins de necessidade ou utilidade pública, ou de interesse social, *não podem ser reavidos "in natura"*. Consumado o apossamento dos bens, e integrados no domínio público, *tornam-se, daí por diante, insuscetíveis de reintegração ou de reivindicação, restando ao particular espoliado haver a indenização correspondente* (Rev. Trim. de Jur., vol. 43, pág. 454; vol. 61, pág. 384; S.T.F., 1ª T., RE 14.007, Relator Ribeiro da Costa, Rev. Forense, vol. 59; Rev. Forense, vol. 12; Rev. dos Tribunais, vols. 175/632, 178/156, 190/935, 193/254, 200/286, 232/93, 236/209, 237/306, 293/522, 241/695, 244/381; e finalmente Apelação 68.074, T. J. de S. Paulo, 6ª Câmara, rel. Des. Justino Pinheiro; Hely Lopes Meirelles, Dir. Adm. Brasileiro, ed. 1966, pág. 493; Cretella Jr., Comentários às Leis de Desapropriação, pág. 274; Franco Sobrinho, Desapropriação, pág. 148).

E isto não só porque o interesse público sobreleva a tudo, como porque, para o particular, na realidade, não haverá qualquer prejuízo; se efetivamente seu direito existe, sempre poderá ser reconhecido e ressarcido afinal, através de perdas e danos, vez que absolutamente inviável a restituição do bem *in natura*.

De fato, presentemente seria excessivo formalismo pretender que o Estado deve ser desapossado do bem, quando é certo que o particular interessado jamais poderá retê-lo ou aproveitá-lo, porquanto indispensável à execução de obra pública. E forçar a desapropriação judicial do terreno, desatendendo inclusive à economia processual, nesta fase, nada mais seria do que artificialmente excluir o exame da *dação em pagamento*, expediente abstruso que favoreceu irregularmente àquele Clube e que merece ser examinado pelo Judiciário, salutar e exemplarmente.

8. Não há malabarismo nem sequer originalidade na conversão da possessória em ressarcimento de perdas e danos. É a simples força do bom-senso, a prevalecer e a reger o *summum jus*, atenta ao bem comum!

O fundamento jurídico da legitimação desse desapossamento é o princípio de Direito Administrativo que prescreve a *intangibilidade dos serviços públicos*. Não podendo o Judiciário interromper ou desfazer obras de interesse público, é decorrência inelutável, que o proprietário fica obrigado a aceitar a situação de fato e a receber a indenização que for arbitrada.

Explica-o Laubadère, citado por Eurico Sodré:

“É um modo muito particular — de resto muito excepcional — de aquisição forçada de um imóvel pela Administração. Para compreendê-la é de precisar que se trata de expediente imaginado pela jurisprudência do Conselho Administrativo para resolver certas situações anormais. Esta situação aparece quando a Administração “*au cours d'une opération administrative régulière (par exemple une opération de travaux publics) a été amendée à prendre possession irrégulièrement d'un immeuble privé et que par ailleurs cette prise de possession étant nécessaire au service public apparaît comme devant être maintenue.*”

(Eurico Sodré, Desapropriação, pág. 95, citando André de Laubadère, Traité de Droit. Adm.).

9. Com muita oportunidade, preleciona o mesmo Eurico Sodré a respeito:

“Por via de regra o desapossamento administrativo raramente deverá ocorrer pois se presume no Poder Público um alto respeito pelos direitos alheios e espírito de continência ante a prática de atos violentos ou tirânicos. Por isto, o apossamento administrativo somente se justificará quando praticado sem dolo, *ainda que com culpa*.

Em circunstâncias especiais, uma ocupação provisória se tornará definitiva; um erro de planta ou de execução de obra pública determinará a utilização de imóvel não desapropriado; *a suposição de se tratar de terreno devoluto ou do domínio público patrimonial, levará à ocupação de um bem particular*.

Nessas hipóteses, e em outras que tais, ter-se-á verificado o apossamento administrativo.”

(Eurico Sodré, A Desapropriação, pág. 94 — grifos nossos).

Ora, no caso o Estado da Guanabara não desapropriou o imóvel simplesmente porque não poderia desapropriar bem que tinha e tem como *pertencente ao patrimônio público*. Insistir nessa solução seria consumir de maneira definitiva enriquecimento injusto e sem causa, e comprometer a sua defesa judicial no momento em que pretendesse reaver imóvel de seu patrimônio.

O caso versado é hipótese particularíssima, com peculiaridades que dificilmente se repetirão: bem público objeto de alienação nula *pleno iure*, e cuja utilização imediata é exigida por obra pública prioritária. Não se impressione pois o Judiciário, porquanto a ocupação desse imóvel, ditada pelo interesse público, jamais poderia constituir precedente caprichoso para demonstrações de arbítrio; inclusive porque o Estado da Guanabara tem diuturnamente comprovado sua lisura e respeito ao expropriar de forma regular, pagando o justo preço, *todas* as propriedades particulares indispensáveis às obras do Metropolitano.

10. Examine-se mais com Cretella Jr., os fundamentos da desapropriação indireta, onde o princípio dominante é a aceitação e o respeito ao desapossamento, *porque é imprescindível para a execução de operação administrativa regular*:

“A *desapropriação indireta*, modo muito particular, e, aliás, excepcional de aquisição forçada da propriedade imobiliária, pode ser definida como “o fato de apropriar-se a Administração dos bens de um particular sem o emprego dos processos legais”. Resulta de uma *emprise* (apropriação, apoderamento) cometida por erro no decorrer de uma operação de trabalhos públicos.

Alguns autores fazem entrar no âmbito de desapropriação indireta todos os casos de desapossamento do proprietário que se concretizam sem observação das formalidades protetoras previstas pelas leis fundamentais do instituto da desapropriação.

A desapropriação indireta entra na categoria das cessões forçadas de imóveis em benefício do domínio público, tendo de particular o seguinte: verifica-se como consequência forçada duma certa tomada de posse pela Administração.

Esta tomada de posse tem por caráter ter sido efetuada sem autorização legislativa ou administrativa no decorrer duma operação administrativa regular e como necessária a essa operação, *sendo considerada legítima e aceita como definitiva porque é imprescindível para a execução da mencionada operação administrativa regular e se tenha verificado sem autorização*.

Dado o caráter definitivo da posse em apreço, é preciso transferir, necessariamente, a propriedade à Administração e conceder uma indenização ao proprietário.”

(José Cretella Jr., *Desapropriação direta e indireta*, págs. 166/167 — *in Dir. Adm. do Brasil*, vol. IV).

DAS PROVAS. REQUISIÇÃO DO PROCESSO

11. A urgência na impetração da segurança, tão logo conhecida a concessão da liminar na possessória, e a dificuldade de acesso aos autos, tornam impossível a juntada dos documentos que instruem o processo, e que, complementados na audiência de justificação pelas informações de técnicos e engenheiros categorizados, demonstram a existência da obra no local, e sua inquestionável urgência: a tal ponto que — prevê-se — seu retardamento nessa fase da execução do projeto poderia acarretar um atraso de 2 (dois) anos na conclusão da obra!

A fim de ser bem apreciada a matéria pela Egrégia Câmara, requer o Impetrante se digne Vossa Excelência determinar a requisição dos autos da reintegração de posse, requerida pelo C. R. Vasco da Gama perante a 3ª Vara da Fazenda Pública, nos termos do artigo 6º, parágrafo único, da Lei nº 1.533, de 31.12.1951.

DO PEDIDO DA CONCESSÃO DE LIMINAR

12. Ante o exposto, e comprovado de plano o fato da efetiva violação do *direito líquido e certo* que tem a Administração Pública, e a Comunidade, de não ver paralisada obra pública essencial, o Impetrante requer a Vossa Excelência se digne conceder *liminarmente* a segurança, em face dos relevantes fundamentos justificativos do pedido, e de premência em que se encontra em não ver interrompidas as obras do Metropolitano.

13. Recorde-se que para a concessão da liminar não é apreciado o mérito da segurança: basta constatar-se, como ocorre, que o fundamento é relevante, e que, caso não suspenso o indigitado despacho impugnado, *ocorrerá o retardamento da obra* — que se pretende evitar a todo custo —, *o que resultaria finalmente em ineficácia da segurança se deferida a final* (art. 7º, nº II, Lei nº 1.533/51; Celso Agrícola Barbi, *Do Mandado de Segurança*, 1ª ed., pág. 114).

14. Espera, finalmente, seja concedida a segurança, para ser definitivamente cassado o despacho que concedeu a liminar, convertendo-se a ação possessória em ação de perdas e danos, com os seus consectários.

Requer, pois, a Vossa Excelência se digne determinar a notificação do MM. Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública a fim de que, no prazo legal, preste as informações que reputar necessárias, e mais:

a) suspenda o cumprimento do despacho concedido *in limine* da reportada ação;

b) remeta o processo a esse Egregio Tribunal de Justiça, onde serão copiadas as peças que interessarem à defesa do Impetrante.

Requerendo o processamento da presente para os devidos efeitos e dando à causa o valor de Cr\$ 200.000,00 para os efeitos fiscais,

P. e E. deferimento.

Rio de Janeiro, GB, 23 de agosto de 1973. — JOSÉ EDUARDO SANTOS NEVES, Procurador do Estado. — DIRCEU DE OLIVEIRA E SILVA, Procurador do Estado.

ANEXO II

PETIÇÃO APRESENTADA EM 8.10.1973 NOS AUTOS DO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 3.496

Excelentíssimo Senhor Relator do Mandado de Segurança nº 3.496

O Estado da Guanabara, por seus Procuradores abaixo assinados, nos autos do Mandado de Segurança nº 3.496, impetrado contra despacho do MM. Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública, que concedeu medida liminar em ação possessória requerida pelo Clube de Regatas Vasco da Gama, à vista do r. despacho de fls. 126, vem expor e requerer a V. Exa. o seguinte:

I

INADMISSIBILIDADE DA INTERVENÇÃO DO CLUBE DE REGATAS VASCO DA GAMA COMO LITISCONSORTE OU ASSISTENTE PASSIVO

1. Pretende o requerente de fls. 126 a sua admissão no feito na condição de litisconsorte do impetrado, fundamentando-se em isolada decisão do Supremo Tribunal Federal, que teria sido publicada no *Diário da Justiça* de 22.12.1949.

O Impetrante admite que efetivamente não logrou localizar o *Diário da Justiça* referido, que data de *mais de vinte anos*, não podendo assim apreciar as razões que teriam levado o excelso Pretório àquela decisão.

Entretanto o simples exame da figura do litisconsórcio demonstrará a inadmissibilidade da pretensão, nos termos em que foi colocada.

Ora, o Código de Processo Civil estabelece como fundamentos justificativos da ocorrência de litisconsórcio a “*comunhão de interesses*”, a “*conexão de causas*” e a “*afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito*” (art. 88).

As duas últimas hipóteses podem ser afastadas *de plano*, pois tratam de “*litisconsórcio facultativo*”, não existindo *causas* ou *questões* paralelas ou semelhantes, a serem perquiridas como pressupostos da intervenção.

Resta pois examinar se haveria “*comunhão de interesses*”, a fundamentar a intervenção litisconsorcial entre o particular e o Juiz prolator do despacho judicial impugnado através do “*writ*”.

A expressão “*comunhão de interesses*” tem sido entendida pelos processualistas como “*comunhão de direitos*”, ou mais exatamente “*comunhão de direito no objeto da demanda*” (Machado Guimarães, *Estudos de Direito Processual Civil*, pág. 206; José Carlos Barbosa Moreira, *Direito Processual Civil*, pág. 41); exigindo-se, sempre, para que ocorra *litisconsórcio*, a existência de uma *relação jurídica* de que o *litisconsorte* seja titular *em comum com seus companheiro de processo*.

O assunto, como se vê, dispensa maiores considerações, pois não há “*comunhão de direito*” entre o Juiz que profere um despacho e a parte favorecida por este mesmo despacho; não há nem pode haver u’a mesma relação jurídica partilhada entre o órgão jurisdicional e o particular, nem este poderia ser *parte passiva*.

2. De fato, deixando-se de lado as dúvidas sobre se a *parte passiva* na segurança é a *pessoa jurídica de direito público* a cujos quadros pertence a autoridade apontada como coatora (cf Celso Agrícola Barbi, Seabra Fagundes, Themistocles Cavalcanti, Castro Nunes), o *órgão público* que praticou o ato impugnado (Pontes de Miranda), a *própria autoridade coatora* (Sebastião de Souza, Lopes da Costa, Hamilton Moraes e Barros), a realidade é que a natureza específica do mandado de segurança, voltado *apenas* contra a *autoridade*, seja de que categoria for (art. 1º, Lei nº 1.533, de 31.12.1951), exclui a presença de *particular*, como *parte passiva* nesse remédio processual, mesmo na condição de litisconsorte ou assistente equiparado ao litisconsorte.

Neste sentido aliás existem várias decisões, valendo citar ao acaso: *Arquivo Judiciário*, vol. 86, págs. 142 e seguintes, STF, Rel. Annibal

Freire; *Revista Forense*, vol. 192, pág. 178, TFR, Rel. Elmano Cruz; Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal, Mandado de Segurança nº 6.420, 21.11.49, referido por Celso Agrícola Barbi *in Do Mandado de Segurança*, pág. 112.

É certo que esse último autor sustenta a possibilidade da intervenção de particular, como litisconsorte passivo no mandado de segurança, contra ato judicial em que tenha interesse. Mas trata-se de *jus in fieri*, e todos os seus argumentos são de ordem prática, fisiológica, versando apenas sobre a *conveniência* desse entendimento. Interpretação que, embora respeitável, não se integra ao sistema processual em vigor, impossibilitando pois qualquer “habilidosa” construção jurisprudencial a respeito. Matéria, enfim, que deverá aguardar seja reformulado o instituto do mandado de segurança pois o mesmo, tal como ora se apresenta, não abriga a tese proposta.

§. Se inadmissível a intervenção litisconsorcial passiva no “*writ*”, com maiores razões descabe a intervenção do particular como *assistente passivo equiparado ao litisconsorte*, porquanto entre o Juiz que proferiu o despacho e a parte interessada não há qualquer relação jurídica que possa sofrer a influência da decisão da segurança, traço essencial e característico da *assistência* (art. 93, Cód. Proc. Civil).

A respeito, o entendimento de Ulderico Pires dos Santos:

“Dada uma noção geral do litisconsórcio, convém salientar que os Tribunais têm admitido, em mandado de segurança, a intervenção de *assistentes equiparados aos litisconsortes* após estabelecida a relação processual depois da prestação das informações.

Mas é preciso que se note que no caso específico do mandado de segurança isto só é possível em se tratando de assistentes equiparados a litisconsortes do impetrante, porquanto que, em relação ao impetrado, tal assistência é incabível. Não se compreende que, sendo de direito público a autoridade apontada como coatora, possa ser ela assistida por particulares. Se a autoridade pratica ato administrativo próprio, se a concessão do *writ* é no sentido de obrigá-la a por fim à coação ou a *abuso de poder*, impossível será estender tais obrigações a particulares que não participaram da ilegalidade de que se queixa o impetrante” —

o qual, corroborando a sua opinião, reporta-se a candente acórdão:

“A Lei nº 1.533, de 1951, que disciplina o mandado de segurança, não permite a assistência de particulares às autoridades públicas, e vice-versa, em indesejável simbiose que repugna à própria construção do instituto.”

“... Preliminarmente, há que se solucionar o pedido de fls. em que os bancários Alberto Aguilar e Ilírio Pereira da Silva requereram fossem admitidos intervir no feito, na qualidade de assistentes equiparados a litisconsortes. E o faço pelo indeferimento...”

“... É sabido, até por disposição legal (art. 88 do Cód. de Proc. Civil), que o litisconsórcio é ativo ou passivo.

Mas, como arremataram o pedido pleiteando a denegação da segurança impetrada, tudo indica que a pretensão se dirija à assistência ao impetrado. E nesse particular ela é incabível. A autoridade apontada como coatora é de direito público; seu ato é administrativo próprio; assim, pois, de direito privado, e sem possibilidade prática de ato administrativo próprio, possam se arvorar com comunhão de interesses de modo a pleitearem a sorte comum na demanda contra aquela autoridade. Acresce notar que na eventualidade da concessão da medida extrema aos pretendidos “litisconsortes”, nada restaria providenciar, pois o andamento seria para cessar coação de que não participaram como agentes ou equiparados a tanto.

Se bem examinada a Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, que rege o mandado de segurança, se conclui que o disposto no art. 19, ao estender os dispositivos sobre litisconsórcio ao respectivo processo especial, tinha em vista direito ameaçado ou violado (art. 1º, § 2º, da Lei nº 1.533) ou das autoridades públicas coautoras de uma mesma ameaça ou violação de direito líquido e certo. Nunca a assistência de particulares, às autoridades públicas, ou vice-versa, numa indesejável para não dizer esdrúxula simbiose que repugna à própria construção do instituto em exame” (.....)

(Trecho do acórdão no Agravo de Petição em Mandado de Segurança 71.663, *Trib. de Alçada de S. Paulo*, 6ª C. Cível, Rel. Cavalcanti Silva, *in Rev. Forense*, vol. 216, págs. 165/168, ano 1966).

A vista do exposto, requer o Impetrante seja indeferido o pedido de intervenção do Clube de Regatas Vasco da Gama, como litisconsorte passivo no presente mandado de segurança, vez que não há fundamento legal para o pedido; conseqüentemente, desentranhando-se a petição de fls. 105 a 114 e 126 a 165, cumpridas as formalidades legais.

Mas, se assim não for entendido, desde logo deseja o Impetrante demonstrar que, *data venia*, im procedem os argumentos desenvolvidos pelo Requerente naquelas petições.

É o que fará a seguir.

II

DO CABIMENTO DA SEGURANÇA CONTRA DESPACHO LIMINAR EM POSSESSÓRIA

4. A matéria em epígrafe foi abordada *en passant* a fls. 3/4, com a inicial, porquanto tranqüilla a jurisprudência predominante a respeito, inclusive desse mesmo Egrégio Tribunal de Justiça.

Aliás é evidente a dificuldade encontrada pelo Requerente a fls. 106/107, para coligir alguma jurisprudência favorável ao ponto de vista contrário. Assim é que *todos* os acórdãos mencionados são anteriores a 1955, e deles talvez apenas o do Supremo Tribunal Federal, rel. Ministro Luiz Gallotti, em 1953, e do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 1950, tenham alguma relação com a matéria visada nos autos.

Trata-se claramente de jurisprudência rara e esparsa, à qual se contrapõe abundante, firme e recente jurisprudência em sentido oposto, a seguir referida; e vale salientar, o primeiro acórdão transcrito tem precisamente o insigne Ministro Luiz Gallotti como Relator:

“Segurança concedida para cassar despacho de reintegração liminar de posse. Recurso extraordinário conhecido mas não provido” (R. E. 58.839, STF, acórdão de 21.10.1966, Rel. Min. Luiz Gallotti, *RTJ* 41, págs. 422, 425).

“Mandado de segurança é cabível contra despacho que concede liminar em ação de reintegração de posse. Recurso extraordinário conhecido mas não provido” (R.E. 65.049, STF, Rel. Min. Amaral Santos, acórdão de 26.9.1969, *RTJ* 54, págs. 681, 682).

“Restituição possessória *in initio litis*. Comporta em tese ataque através de mandado de segurança” (Rec. de Mand. de Seg. 18.597,

STF, Rel. Min. Thompson Flores, acórdão de 29.11.1968, *RTJ* 48, págs. 423/424).

“Mandado de Segurança. Impetração contra despacho que concede reintegração liminar de posse. Admissibilidade” (Agr. 42.791, STF, Rel. Min. Djaci Falcão, acórdão de 2.4.1968, *Rev. dos Tribunais*, vol. 397, pág. 379).

“Cabe em tese mandado de segurança contra decisão que concede a medida liminar em possessória” (Rec. em mand. de seg. 18.898, STF, Rel. Ministro Barros Monteiro, acórdão de 23.9.1968, *Rev. Trib.*, vol. 411, pág. 408).

5. A matéria, *concessa venia*, não mais permite vacilações. Esse Egrégio Tribunal de Justiça reiteradamente tem conhecimento da segurança genericamente *quando da decisão judicial não caiba recurso*, tal como ocorre com a liminar impugnada (cf. Mand. Seg. 2.736, Tribunal Pleno, Rel. Faria Coelho, Ementário 176, D.J. 2.7.70, Reg. 31.10.69; no mesmo sentido os Mandados de Segurança n.ºs 2.736, Ementário 176, D.J. 2.7.70; n.ºs 3.308, Ementário n.º 65, D.J. 18.1.1973; n.º 3.310, Ementário n.º 82, D.J. 9.8.1973; *Revista de Jurisprudência do TJGB*, vol. 25, pág. 105). E especificamente quanto ao seu cabimento contra liminar em possessória confira-se o Mandado de Segurança 3.239, Reg. 28.7.1972, 4.ª C. Cível, Rel. Salvador Pinto, D.J. de 21.12.1972, Ementário n.º 77; *Revista de Jurisprudência do TJGB*, vol. 24, pág. 124, 8ª C. Cível, Ementário n.º 124, D.J. de 7.5.1970.

Em outros Tribunais do país também a messe é farta, bastando a conferência ao acaso da *Revista dos Tribunais*: volumes 396/86, 380/168, 384/184, 402/303, 406/257, 410/138, 413/343, 421/115...

Induvidoso, pois, o cabimento do mandado de segurança contra despacho judicial que concede a reintegração na posse *in limine litis*.

III

DO DESPACHO JUDICIAL IMPUGNADO. CONFIGURAÇÃO DA ILEGITIMIDADE E DO ABUSO DE PODER

1. *Os fatos*

6. À míngua de melhores argumentos pretende o litigante emprestar forte colorido emocional à atuação do Estado, apontando-a como atentado à propriedade privada e perigoso precedente a ser evitado.

Cumpra pois destacar, com vigor, tal como já foi feito na ação ordinária de nulidade — e não de anulação como entende a reportada petição a fls. 142 — em curso na 3ª Vara da Fazenda Pública, as razões que determinaram o procedimento do Estado, muito embora o seu exame, neste passo, seja desnecessário, porquanto, como já se disse e repetiu, *o fato do terreno estar afetado a obra pública, em plena execução, é inelutável preliminar que sobreleva a tudo, e transforma qualquer pretensão possessória em perdas e danos, porventura cabíveis.*

7. Evidentemente o Clube de Regatas Vasco da Gama, entidade esportiva de prestígio internacional, e merecedora de todo o apreço e louvor do Estado da Guanabara, absolutamente não se identifica com a atuação temerária de seus Diretores, que planejaram e levaram a cabo indecoroso atentado contra o patrimônio imobiliário estadual, prevalecendo-se da defasagem no trato de assuntos de interesse público que a descontinuidade administrativa eventualmente pode ensejar.

De qualquer maneira, a pretexto do pagamento de *discutível dívida já prescrita*, aquela entidade logrou locupletar-se, injusta e ilícitamente, às custas da Fazenda Pública, através de transação imobiliária nula de pleno direito, tal como se demonstrará.

8. Sob a justificativa de compensação pela perda de terrenos acrescidos de marinha, *que por volta de 1930 ocupava juntamente com outras entidades esportivas*, o Clube de Regatas Vasco da Gama pleiteou e obteve da antiga Prefeitura do Distrito Federal os seguintes imóveis:

- a) área situada na confluência das ruas Alexandre Ferreira, General Tasso Fragoso, e Avenida Borges de Medeiros, na Lagoa Rodrigo de Freitas, onde hoje está localizada a sua sede náutica — locação a título precário, por seis meses, em 4.7.1947, mediante o aluguel mensal de Cr\$ 3,32, logo reduzido para Cr\$ 0,10, condições que até hoje persistem;
- b) área situada no aterro do Calabouço, ocupada a título precário, por seis meses, a partir de 8.3.1951, sem aluguel, utilizada com instalações do Clube desde então.

Esses terrenos que prosseguem ocupados tranqüilamente pelo Clube de Regatas Vasco da Gama têm valor reconhecidamente mais elevado do que o terreno que se diz perdido por aquela entidade nos idos de 1930.

9. Aproveitando-se das demarches promovidas pelos demais clubes esportivos que ocupavam a antiga área, e que até então nada haviam obtido como compensação, a Diretoria vascaína voltou a pleitear novo terreno, tendo o cuidado de assinalar que o imóvel deveria estar localizado no centro da cidade: com o que evitava o acerto através de pura e simples cessão do imóvel que ocupava na Lagoa Rodrigo de Freitas por preço simbólico...

E finalmente viu consagradas suas pretensões através da Lei 905, de 16.12.1957, que autorizou a *dação em pagamento do novo imóvel no centro da cidade*, sempre como compensação da antiga dívida, decorrente da perda do terreno do Calabouço.

10. Se essa lei não foi feliz, a sua execução foi simplesmente ruínosa para o patrimônio público. Mas já aí a voracidade imobiliária dos dirigentes vascaínos pôs tudo a perder, porquanto não atentaram para a absoluta nulidade em que consistiu a *dação em pagamento*, que engendraram e alcançaram obter em fim de governo, sob a pressão de próximas eleições.

Efetivamente o termo de dação em pagamento, firmado em 4.11.65, violentou os limites da autorização contida na Lei n.º 905/57, de forma chocante: *sempre a pretexto da liquidação da antiga dívida, avaliada em Cr\$ 387.300,00, o Estado da Guanabara entregou imóveis situados na Avenida Presidente Vargas no valor de Cr\$ 1.286.000,00, excedendo portanto em 300% o valor do débito que se pretendia subsistente!*

Esses valores confrontados são *insuspeitíssimos*, pois resultam de minucioso laudo elaborado na mesma época, e foram transcritos no próprio termo de dação em pagamento. E diante do gritante escândalo em que se constituía a liberalidade, foi inserida no respectivo termo a seguinte cláusula:

“Quinta — Fica o Clube de Regatas Vasco da Gama dispensado de recolher aos cofres do “Estado” a diferença entre os valores encontrados para os terrenos, desde que a avaliação se fez por simples formalidade, pois se trata, não de uma operação com finalidade lucrativa, mas sim de ressarcimento devido ao Clube e reconhecimento de sua contribuição ao desenvolvimento do esporte no Estado da Guanabara, como aliás tem sido o objetivo do apoio dado pelo “Estado” a outros clubes esportivos, como Botafogo de Futebol e Regatas, Clube de Regatas do Flamengo, Fluminense Futebol Clube e Clube de Regatas Guanabara;”

Falhou em momento crucial a assessoria vascaína, ao inspirar a *ilegalíssima declaração* de que estava o Vasco da Gama (com apoio em que texto de lei?) dispensado de efetuar a reposição da diferença, face a sua natureza de Clube esportivo... e o que é pior, reconheceu e admitiu a existência de rombudo prejuízo ao patrimônio do Estado da Guanabara, sem qualquer compensação suficiente, quer prevista no próprio termo, como imprópria dação modal, quer a ser acertada oportunamente através de encargos de utilidade social.

11. A partir daí, a assertiva é fácil: uma vez existente ato legislativo permitindo a dação em pagamento de imóvel de propriedade do Estado para o fim de extinguir dívida desse último para com terceiros, é claro existir um *limite* para o valor do imóvel objeto dessa dação, limite esse que é o próprio *montante da dívida*, pois a autorização legislativa para essa operação jurídica teve por finalidade, como é manifesto, providenciar tão somente a *extinção da dívida* e não o incremento patrimonial do Clube de Regatas Vasco da Gama. Encontrando-se a Administração Pública perante o *dever legal* de emitir declaração de vontade *nitidamente vinculada* (a transferência de domínio objeto de autorização tinha por finalidade exclusiva o *adimplemento da obrigação* reconhecida por ato legislativo), o conteúdo dessa declaração extravasando os limites fixados em lei (isto é, o valor do imóvel superior ao "quantum" do crédito do Vasco da Gama) ultrapassou a *esfera de manifestação de vontade imposta* pelo Poder Legislativo ao Poder Executivo.

Ou em curta síntese, limitando-se a autorização legislativa a ensejar exclusivamente a transferência de imóvel ao Vasco da Gama, para fins de *extinguir a dívida*, sendo o valor desse imóvel superior ao montante do débito em mais de 300%, é certo que o negócio jurídico está inquinado de irremediável nulidade, eis que a diferença de preço importou em *dação sem autorização legislativa*.

12. Entretanto há mais: obtido o imóvel quedou o Clube de Regatas Vasco da Gama inerte por mais de seis anos, sem executar as obras que se propunha a iniciar no prazo de seis meses, sob a cominação de reverter o domínio ao Estado, consoante cláusula resolutive expressa no termo de dação em pagamento (fls. 91 nestes autos, cláusula quarta).

Sempre sob a evasiva de que seria indispensável a transcrição do terreno no Registro Geral de Imóveis, para obter a licença e aprovação do projeto de construção, *jámais tentada ou requerida*, aquela entidade passou simplesmente a explorar o terreno como estacionamento pago, para automóveis particulares, mediante arrendamento a terceiro.

2. O direito

13. Face a esses fatos, que estão amplamente descritos e comprovados nestes autos de fls. 27 a 102, e constatado o implemento da cláusula resolutive expressa, não poderia a Administração Pública compactuar com a negociata, tornar fato consumado transação profundamente lesiva à Fazenda Pública, ou mesmo renunciar à *reversão de domínio* já ocorrida em seu favor.

A área em apreço é abrangida pelo traçado do Metropolitano, consoante os Decretos "E" 4.927, de 11.6.1971 e 5.340, de 2.2.1972, que aprovaram o Projeto nº 8.892, referente à execução da linha prioritária; e houve necessidade impreterível de imediata execução de obras no local, sem as quais seria gravemente retardado o empreendimento.

Diante da perspectiva de ter que expropriar o imóvel alienado ilegítimamente, tornando irreversíveis as irregularidades anteriores, ponderou o Estado entretanto, que na realidade o imóvel jamais havia deixado o patrimônio público, quer diante da nulidade *pleno iure* que inquinou a dação em pagamento, tornando-a inexistente para todos os efeitos de direito, quer à vista do desfazimento desse negócio jurídico, pela realização de condição resolutive que tem operatividade *ex tunc* (Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*, vol. I, pág. 241, ed. 1962).

Ora, não tendo o imóvel *jámais deixado o patrimônio público*, porque absolutamente nulo o negócio jurídico que dele dispôs, e *despicienda* a transcrição imobiliária conseqüente, inclusive por estarem em causa as mesmas partes que anteriormente ajustaram a dação em pagamento impugnada, trata-se no caso de *bem público*, com todos os seus imanes consecutórios.

Assim, preliminarmente, como bem público que é, o seu ocupante *não tem nem pode ter posse*, limitando-se a sua ocupação a mera *detentio* — o poder de fato que o particular exerça sobre bem do Estado jamais se eleva à categoria de posse: falta-lhe o elemento negativo *n*, a que se refere Ihering, e que degrada a relação exterior a simples detenção (*Rev. Forense*, vol. 64, pág. 273, rel. Orozimbo Nonato; *Rev. do Supremo Tribunal*, vol. 59, pág. 91; *Rev. de Direito*, vol. 119, pág. 276; *Rev. Forense*, vol. 92, pág. 490; Cretella Jr., *Dos Bens Públicos Brasileiros*, pág. 33; e especialmente Tito Fulgêncio, *Da posse e das ações possessórias*, vol. I, págs. 56 e 57, ed. 1959, versando magistralmente sobre *objeto licito* como condição e validade da posse).

Tal circunstância, pois, por si só afastaria imediatamente a possibilidade da concessão da reintegração *in limine*, vez que o mérito do feito — posse — envolve a pesquisa do domínio, qualificada expressivamente pelos doutores como *probatio diabolica*, não podendo portanto o pedido ser decidido *de plano*, pela simples apreciação da justificação do art. 371, do Código de Processo Civil.

14. Mas o fato de estar em pauta bem público não se limita a privar o detentor da posse e de seus atributos.

No caso trata-se de bem estadual *afetado* a determinada obra de interesse público, através dos Decretos “E” 4.927, de 11.6.1971 e 5.340, de 2.2.72. Na hipótese, pois, é incontornável dever da Administração o exercício da *autotutela*, tendo como propósito preservar o aludido imóvel e assegurar a finalidade a que foi destinado. Pelo instituto da *autotutela* a Administração Pública, dispensando a existência de texto de lei especial autorizativo, ou de título hábil emitido pelo juiz, *age diretamente*, valendo-se dos meios comuns de defesa da propriedade para a proteção da coisa pública.

O domínio público para esse efeito é considerado como compreendendo todas as propriedades administrativas, móveis e imóveis, que são *afetados* diretamente a um serviço público determinado, para serem utilizados e consumidos por ele, a fim de assegurar-lhe o funcionamento (Roger Bonnard, *Précis de Droit Administratif*, 1935, pág. 433, referido por Cretella Jr., *ob. cit.*, pág. 66, nota 44).

A peculiaridade do regime consiste no fato de que, enquanto os sujeitos privados tutelam a propriedade privada apenas por meio da ação judiciária, o Estado, ao contrário, tutela a propriedade dominial *de maneira direta*, mediante a atividade administrativa, pela polícia, ou melhor, pela polícia dos bens dominiais (Alessi, *Sistema Istituzionale*, 1953, pág. 405; Alfonso Tesauero, *Istituzioni*, 1951, vol. II, pág. 448; Roger Bonnard, *Précis*, 1935, pág. 440, referidos por Cretella Jr., *ob. cit.*, pág. 66, nota 45; Luiz Machado Guimarães, *Com. ao Cód. Proc. Civil*, vol. IV, págs. 217 a 222; Ingrosso, *Demanio em Nuovo Digesto Italiano*, T. 4, pág. 694; citado por Manuel Maria Diez, *Dominio Público*, pág. 450, nota 5, ed. 1940).

A constatação da nulidade de dação em pagamento, portanto, conduz não só ao *poder/dever* da Administração proclamar a nulidade de seus próprios atos (Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, ed. 1966, págs. 213, 214; Súmula do STF, Ementas 346 e 473),

como igualmente ao *poder/dever* de exercer eficazmente a *autotutela* (Diez, Ingrosso, Cretella Jr., citado) sobre bem imóvel afetado a serviço público que, como se demonstrou, de direito jamais deixou o patrimônio do Estado, ao qual fora anteriormente incorporado através de desapropriação.

Pacífica é hoje a tese de que, se a Administração praticou ato ilegal pode invalidá-lo tão logo verifique a sua ilegitimidade. Para a anulação desses atos ilegais não se exigem formalidades especiais, nem há prazo determinado para a invalidação porque tais atos, sendo nulos por contrários à lei, não produzem efeitos válidos entre as partes, nem geram direitos subjetivos à sua manutenção. A faculdade de anular os atos ilegais é ampla para a Administração podendo ser exercida de ofício, pelo mesmo agente que o praticou, como por autoridade superior que venha a ter conhecimento da ilegalidade através de recurso interno ou mesmo por avocação, nos casos permitidos em lei.

E isto foi feito através do processo administrativo 14/001.431/70, com a aprovação do Exmo. Sr. Governador do Estado da Guanabara ao parecer da Procuradoria Geral do Estado, que examinou a matéria e concluiu pela flagrante nulidade da dação em pagamento (fls. 94).

15. Consumado o apossamento do bem imóvel pertencente ao patrimônio estadual, o Clube de Regatas Vasco da Gama propôs ação de reintegração de posse, distribuída à 3ª Vara da Fazenda Pública por dependência à ação ordinária de nulidade de dação em pagamento, cancelamento de transcrição imobiliária, e perdas e danos, então promovida pelo Estado da Guanabara, para reconhecimento judicial da *nulidade* — já proclamada em via administrativa — com vistas ao registro público e outros efeitos de direito (fls. 27 e seguintes).

Precisamente para esclarecer a sua posição, demonstrar que não se tratava de ato arbitrário, mas sim de diligência indispensável à preservação do patrimônio público, o Estado da Guanabara, com o devido respeito, alertou o MM. Juiz *a quo*, através da petição junta por cópia neste processo, às fls. 14 a 26, onde concluiu, destacando, *já então*, própria impossibilidade jurídica do deferimento da possessória, à vista da obra pública instalada no local, *in verbis*:

“O Estado da Guanabara deteve-se longamente sobre os principais aspectos de sua atuação, nesta fase, apenas em respeito à Justiça e a fim de desfazer as alevisias instiladas pelo Autor na inicial.

Na verdade existe um fato irreversível, *data venia*, que por si só elimina qualquer possibilidade de ser deferida a pretendida liminar: *no indigitado imóvel há obra pública, urgente e prioritária, em plena execução.*

A planta anexa (documento nº 3) figura a estação e linhas do Metropolitano, projetadas para o local; e o depoimento das testemunhas arroladas ao final, todos técnicos de capacidade profissional e idoneidade insuspeitáveis, esclarecerá à sociedade a importância das obras em curso e os imprevisíveis prejuízos que a sua interrupção, no atual estágio, acarretaria à execução do projeto.

Em hipóteses semelhantes já têm decidido os mais respeitáveis Tribunais do País, inclusive o próprio Supremo Tribunal Federal, que os bens particulares aproveitados para fins de necessidade ou utilidade pública, ou de interesse social, *não podem ser reavidos in natura*. Consumado o apossamento dos bens, e integrados no domínio público, *tornam-se, daí por diante, insuscetíveis de reintegração ou de reivindicação, restando ao particular espoliado haver a indenização correspondente* (*Rev. Trim. de Jurisprudência*, vol. 43, pág. 454; vol. 61, pág. 384; STF, 1ª T., RE nº 14.007, Rel. Ribeiro da Costa, *Rev. Forense*, vol. 59; *Rev. Forense*, vol. 12; *Rev. dos Tribunais*, vols. 175/632, 178/156, 190/935, 193/254, 200/236, 232/93, 236/200, 237/306, 293/285, 241/695, 244/381; e finalmente Apelação 68.074, T.J. de S. Paulo, 6ª Câmara, Rel. Des. Justino Pinheiro; Hely Lopes Meirelles, *Dir. Adm. Brasileiro*, ed. 1966, pág. 493; *Comentários às Leis de Desapropriação*, Cretella Jr., pág. 274; Franco Sobrinho, *Desapropriação*, pág. 148).

E isto não só porque o interesse público sobreleva a tudo, como porque, para o particular, na realidade, não haverá qualquer prejuízo; se efetivamente seu direito existe, sempre poderá ser reconhecido e ressarcido afinal, através de perdas e danos, vez que absolutamente inviável a restituição do bem *in natura*.

De fato, presentemente seria excessivo formalismo pretender que o Estado deve ser desapossado do bem, quando é certo que o particular interessado jamais poderá retê-lo ou aproveitá-lo, porquanto indispensável à execução de obra pública. E forçar a desapropriação judicial do terreno, desatendendo inclusive à economia processual, nesta fase, nada mais seria do que artificialmente excluir o exame da *dação em pagamento*, expediente abstruso que

favoreceu irregularmente o Autor, e que merece, neste processo como naquele já ajuizado, ser examinado pelo Judiciário, salutar e exemplarmente.”

3. *O despacho impugnado — a intangibilidade dos serviços públicos — o interesse coletivo*

16. Pois bem, apesar de conhecer todos esses fatos, o MM. Juiz *a quo* deferiu o pedido da liminar na possessória, com visível abuso de poder, ilegitimamente, descumprindo o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, quando dispõe que “na aplicação da lei o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige, e às exigências do bem comum”.

Evidentemente, e ninguém discute, poderia o emérito julgador não se convencer das razões aduzidas pelo Estado, nem se sensibilizar com o milagre da multiplicação dos bens públicos cedidos a uma entidade particular para substituir um único imóvel, de menor valor; poderia até mesmo achar perfeitamente razoável que o pagamento do suposto débito se fizesse por imóvel superior a 300% do valor a liquidar; o que não poderia ignorar, *permissa venia*, é a afetação desse terreno a obra pública essencial à Cidade, cuja interrupção seria clamorosa.

É princípio assente de Direito Administrativo a *intangibilidade dos serviços públicos*. A instituição da desapropriação indireta, ou do desapossamento administrativo, tem sua origem básica neste princípio, que suporta até mesmo a consequência grave de extinguir a *propriedade privada*, embora ressarcida *a posteriori*.

Inaceitável, pois, *data venia*, seja o Estado destituído da simples *posse* de um bem imóvel no qual executa obra pública, quando iterativa jurisprudência reconhece, diariamente, em centenas de acórdãos, a própria extinção do *domínio*, em função do mesmo princípio (cf. *Rev. dos Tribunais*, vols. 175/632, 178/156, 190/935, 193/254, 200/236, 232/93, 236/209, 237/306, 239/285, 241/695, 244/220, 264/381, 280/205; *Revista Forense*, vol. 146/192...). Ao assim agir, o digno Magistrado infringiu direito inviolável, líquido e certo, inerente à Administração, e à Comunidade de prosseguir a execução de serviços públicos indispensáveis e urgentes programados para o local; em detrimento do interesse público, favoreceu pois interesse estritamente individual, cuja composição poderia ser feita oportunamente por outros meios e modos, sem prejuízo para quem quer que fosse.

17. Ninguém discute, por outro lado, seja a *desapropriação indireta* um ilícito administrativo, que deve resolver-se em perdas e danos. A incorporação da coisa ao patrimônio público, bem ou mal processada é definitiva. Como dito alhures, não sofre dúvida que esse é um chocante limite posto aos direitos individuais afetados pela desapropriação, explicado contudo pelo interesse público de evitar graves transtornos à Administração.

Quando o Impetrante a ela se refere, na realidade, tal como ressaltado, quer significar que, *mesmo na pior das hipóteses*, a estar o ente privado coberto de razões — o que não ocorre — ainda assim a restituição do bem não poderia fazer-se *in natura*.

Ora, dentro dessa perspectiva a ocorrência de desapropriação indireta é preliminar necessária que deve ser examinada e reconhecida antes de conceder-se a reintegração na posse. Por isso mesmo o artigo 371, parágrafo único, do Código de Processo Civil, determina que não seja realizada a reintegração *in limine* sem audiência dos representantes da União, Estados ou Municípios. Exatamente por reconhecer que o Juiz deve apreciar, quando se trata do Poder Público, os reflexos da decisão sobre o interesse comum, é que foi expressamente criado esse privilégio para a Fazenda Pública, derogado o artigo 506 do Código Civil — sem esse entendimento e aplicação a norma não faria qualquer sentido.

18. O Estado da Guanabara expôs ao MM. Juiz, circunstanciadamente, através da petição cuja cópia está a fls. 14/26, as razões de direito que o levaram ao apossamento do terreno — e alertou o Julgador, imediatamente, quanto a impossibilidade jurídica do deferimento da liminar à vista da aplicação dada ao imóvel.

S. Exa., entretanto, após a justificação limitou-se a despachar:

“Concedo a medida *initio litis*, eis que estão presentes os elementos mencionados no art. 371, do Cód. de Proc. Civil. Notifique-se o Réu para ciência, e expeça-se mandado de reintegração.”

Quid inde?

O apossamento administrativo formalmente jamais foi negado! O que se fez foi apresentar razões dirimentes, que excluiria a concessão da liminar.

Ninguém pôs em dúvida, nem o MM. Juiz, nem o Autor da possessória, que o imóvel está afetado a obra pública prioritária para

a Cidade. E entretanto, no r. despacho impugnado, não há uma só palavra a respeito, pelo menos para esclarecer que tipo de considerações conduziram o Julgador a ignorar os fatos que foram levados ao seu conhecimento, documentadamente, pelo Estado.

19. Uma palavra final sobre desapropriação indireta.

Por mais ojeriza que se possa ter ao nome “desapropriação indireta”, na verdade mero apossamento administrativo; mesmo que o fenômeno seja classificado como ilícito administrativo; ainda que se tenha como simples expediente da jurisprudência — em busca do bem comum e da perfeição da Justiça — mesmo que não se trate de “desapropriação”, nem de “indireta”; com tudo isto ela *existe* e tem sido reconhecida amplamente na jurisprudência e doutrina, inclusive em países de tradição mais privatista que o Brasil.

Na França o instituto é conhecido desde 1810, mesmo sob a concepção absolutista da propriedade, e sobreviveu às influências do Código de Napoleão (Paul Duez, Guy Debeyre, *Traité de Droit Administratif*, ed. 1952, pág. 857). Perlustrando os autores estrangeiros não se encontra caso em que uma vez aplicado o bem a obra ou serviço público, ocorra a sua devolução ao particular, ou a destituição do Poder Público da posse do imóvel (Laubadère, *Traité*, ed. 1957, págs. 303, 787; Bielsa, *Derecho Administrativo*, ed. 1956, págs. 384/388; Duez, ob. cit., págs. 855/856; José Canasi, *Tratado Teorico Practico de la Expropiación Publica*, vol. II, págs. 871 a 881). E à semelhança não discrepam autores nacionais (Cretella Jr., *Comentários às Leis de Desapropriação*, pág. 274, *Direito Administrativo do Brasil*, vol. IV, págs. 166/167; Eurico Sodré, *A Desapropriação*, pág. 94).

Negar esse princípio é negar o próprio Direito Administrativo no que tem de mais característico:

“Les theories juridiques spéciales qui constituent le droit administratif, escrit Jèze, ont toutes pour objet de faciliter le fonctionnement *regulier et continu* du service public, de donner le plus rapidement et le plus complètement possible, satisfaction aux besoins d'interêt gneral” (*in Laubadère*, ob. cit., pág. 39).

Se se pretende mais clareza ela está na jurisprudência:

“Converte-se em ação de indenização ação possessória tendo por objeto área ocupada pelo Poder Público para realização de

obra de utilidade pública, independentemente de processo expropriatório regular” — (Ap. 68.074, rel. Des. Justino Pinheiro, TJSP, *Rev. dos Trib.*, vol. 232, pág. 93).

“Converte-se em ação de desapropriação indireta a ação possessória ajuizada contra o Departamento de Estradas de Rodagem, tendo por objeto área por ele ocupada e utilizada para a construção de rodovia” — (Ap. 73.103, rel. Prado Fraga, TJSP, *Rev. dos Tribunais*, vol. 244, pág. 221).

“Terreno ocupado com instalações de serviço de interesse público. Verificado em ação possessória que é a área de propriedade do autor da mesma, a reintegração só se resolve em paga e danos pela turbadora” (Ap. Civ. 13.027, GB-TFR, Rel. Djalma Cunha Mello, *DJ* 22.7.1964, pág. 2.458).

IV

CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE OS ARGUMENTOS EXPENDIDOS NA PETIÇÃO DO CLUBE DE REGATAS VASCO DA GAMA

20. A petição de fls. 126, troyejando civismo, assinala o precedente perigoso em que a atuação do Estado poderia se constituir, e num esforço de retórica implora ao Tribunal que se coloque na sua posição de desapossado.

Ora, preliminarmente jamais foi intenção do Estado da Guanabara substituir a desapropriação regular pelo apossamento administrativo. A sua atuação se fez sobre bem do patrimônio estadual, e a alusão à desapropriação indireta surge apenas diante do surpreendente despacho judicial que concedeu a possessória, *data venia* insensível aos princípios mais caros ao Direito Público.

A hipótese é peculiaríssima, e jamais poderia constituir precedente genérico para a atuação do Estado, quando se sabe, ademais, que têm sido regularmente expropriados, com o prévio pagamento do preço, todas as propriedades privadas abrangidas pelo projeto do Metropolitano.

O caso portanto é isolado, e não seria por mero capricho que o Estado se animaria a enfrentar o prestígio popular da entidade esportiva interessada, sem fundas e sérias razões para isto.

E o certo é que, toda vez que qualquer particular, a pretexto de receber dívida prescrita, se locupletar com imóvel pertencente ao patrimônio público, e equivalente a várias vezes o valor do débito liquidando, *o mínimo que poderá ocorrer é o desapossamento desse bem* (Constituição Federal, art. 153, § 11; Ato Complementar nº 42, de 27.1.1969, art. 1º).

Repita-se, mais uma vez, para que não haja dúvidas a respeito: não só *pode* como *deve* a Administração pôr termo a enriquecimento injustificado, ilícito ou sem causa, obtido por quem quer que seja às custas do patrimônio público, através de atos nulos de pleno direito.

Sob esse aspecto, *data venia*, é simplesmente desrespeitoso imaginar a possibilidade de ver os Eminentes Julgadores *em idêntica situação*...

21. A realidade, porém, é que nem o MM. Juiz, nem o Clube de Regatas Vasco da Gama, *permissa venia*, enfrentaram diretamente a *ultima ratio* apresentada pelo Estado da Guanabara para sua permanência no imóvel.

Até o momento ninguém se atreveu a contestar a utilização do terreno para a instalação do Metropolitano, fato público e notório, noticiado com freqüência pela imprensa local. A sua afetação a essas obras de interesse público consta dos Decretos “E” 4.927, de 11.6.1971, e “E” 5. 340, de 2.2.1972, com a aprovação do Projeto nº 8.982, que instrui o primeiro diploma em referência. Os serviços estão em *pleno andamento*, obedecendo a rigoroso cronograma; o próprio interessado admite que estão sendo feitas obras no local, e se insurge contra a liminar do mandado de segurança que precisamente garantiu, de forma expressa, a sua continuidade; contra essas mesmas obras foi apresentada petição de atentado, perante a 3ª Vara da Fazenda Pública, até esta data não decidida, e onde se procura, em solerte manobra, descumprir a liminar concedida, em muito boa hora, pelo Egrégio Tribunal de Justiça.

O fato, pois, é que as obras lá estão, prosseguem em ritmo acelerado, e as escavações feitas, e tubulações instaladas irreversivelmente, tornam o imóvel inútil para qualquer outra finalidade, a menos que se destrua tudo que lá está.

Se assim é, e isto desde o ajuizamento da possessória, como imaginar-se a restituição *in natura*? Com qual finalidade? Represália ao Estado? Punir a Administração, às custas da Comunidade, com a paralização de obra pública? Ou simplesmente evitar que se discuta nos autos da ação ordinária, em curso na mesma 3ª Vara da Fazenda Pública, a

legitimidade dos atos que favoreceram graciosamente o Clube de Regatas Vasco da Gama?

Ninguém tenha dúvida quanto às razões do bem ensaiado desespero do Requerente de fls. 126: não vê forma nem meio de contornar a discussão judicial da famigerada *dação em pagamento*, negócio jurídico teratológico que estaria irreversivelmente consumado, caso o Estado da Guanabara tivesse promovido a expropriação de seu *próprio imóvel*, com o depósito prévio para a imissão na posse, e o seu imediato levantamento pelo interessado...

A fls. 146 declara o ilustre patrono que o Estado bem poderia ter realizado a desapropriação, pois sendo o bem litigioso, o levantamento da quantia depositada não seria autorizado. Evidentemente isto é dito agora, e só agora, quando já consumados os fatos; mas é fácil imaginar os esforços e habilidades que seriam desenvolvidos para tentar o levantamento do preço. O argumento, aliás, prova demais: se o depósito *não seria levantado*, e portanto o preço somente seria recebido após a resolução do litígio sobre o bem imóvel, o resultado seria idêntico ao ressarcimento de danos em que necessariamente deverá se transformar a possessória ora em curso. Logo, qual o interesse em insistir na desapropriação? Obrigar, através da reintegração do bem *in natura*, o ajuizamento formal de expropriatória? Mas se os resultados serão os mesmos, porque interromper-se a obra pública? Até a economia processual está a aconselhar a conversão do interdito em simples ressarcimento de perdas e danos.

22. A fls. 144 se argumenta que Laubadère, Eurico Sodré e Cretella Jr. jamais propugnaram a desapropriação indireta.

Em contrapartida isto nunca foi afirmado pelo Impetrante!

O que foi dito, e forte nestes autores, é que, consumado o apossamento, e utilizado o imóvel em obra pública, não mais ocorre a possibilidade jurídica de restituição do bem, já que esta medida implicaria em graves prejuízos para o interesse geral.

Repita-se mais uma vez: o Estado limitou-se a exercer a autotutela sobre bem que entende de seu patrimônio. Mas para demonstrar, *ultima ratio*, que dele não pode ser destituído, alertou que, *quando menos*, haveria a desapropriação indireta a impedir a devolução do terreno.

23. Insiste o Requerente, a fls. 141, que a restituição do imóvel seria a realização do ideal de Justiça. Pouco importa se há obra pública: o terreno existe e continua no mesmo lugar, pois não houve terremoto (*sic*), logo, deve ser devolvido (fls. 146).

Na sua bem representada emoção proclama *Fiat Justitia, Pereat Mundus*, antiqualha já substituída pelo conceito *summum jus, summa injuria*.

Vale a pena fazer uma ablução lustral nas águas claras da obra de Carlos Maximiliano, para repor a questão em seus devidos termos:

“O Direito suscita de modo indireto e diretamente ampara a atividade produtiva, tutela a vida, facilita e assegura o progresso; não embaraça o esforço honesto, o labor benéfico, a evolução geral. *Nasce na sociedade e para a sociedade; não pode deixar de ser um fator do desenvolvimento da mesma. Para ele não é indiferente a ruína ou a prosperidade, a saúde ou a moléstia, o bem-estar ou a desgraça.* Para isso, até mesmo no campo do Direito Privado, encontra hoje difícil acolhida, tolerada apenas em sentido restrito, nos casos excepcionais de disposições claríssimas, a antiga parêmia, varrida há muito do Direito Público, e filha primogênita da exêgese tradicional, rígida, geométrica, silogística — *Fiat justitia, pereat mundus*: — “Faça-se justiça, ainda que o mundo pereça.”

A interpretação sociológica atende cada vez mais às *consequências* prováveis de um modo de entender e aplicar determinado texto; quanto possível busca uma conclusão benéfica e compatível com o bem geral e as idéias modernas de proteção aos fracos, de solidariedade humana. *Faça-se justiça, porém de tal sorte que o mundo prossiga o rumo de seus altos destinos.*

A frase vetusta e terrível passou a ser olhada com antipatia por muitos, com desconfiança, pelo maior número; alguns a repetem com ironia, outros em tom patético; raros a invocam ainda com um motivo de decisão, e nem como escusa merece apreço; decididamente perdeu a antiga popularidade.

.....
O Direito é um meio para atingir os fins colimados pelo homem em atividade; a sua função é eminentemente social, construtora; logo não mais prevalece o seu papel antigo de entidade cega, indiferente às ruínas que inconscientemente ou conscientemente possa espalhar.

Summum jus, summa injuria — “supremo direito, suprema injustiça”; “direito elevado ao máximo, injustiça em grau máximo resultante”. O excesso de *juridicidade* é contraproducente; afasta-se

do objetivo superior das leis; desvia os pretórios dos fins elevados para que foram instituídos; faça-se justiça, porém do modo mais humano possível, *de sorte que o mundo progrida, e jamais pereça.*

Constantemente a Corte Suprema do Brasil invoca, em seus arestos, argumentos sociais, incompatíveis com o brocardo bárbaro — *Fiat justitia, pereat mundus.*”

(*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, ed. 1965, págs. 180/181).

Ora, pondere-se que não é possível hesitar, *data venia*, entre a devolução do imóvel *in natura*, com todas as suas conseqüências ruinosas, e a possibilidade — aceita por doutrina e jurisprudência — de converter a reintegração de posse em perdas e danos, com amplo ressarcimento do prejudicado afinal, se for o caso.

Somente a dúvida quanto ao resultado de uma tal ação, com a prevalência das razões sustentadas pelo Estado, é que poderia conduzir a pleitear-se, a todo custo, contra tudo e contra todos, a devolução de imóvel que a esta altura não tem nem terá qualquer serventia para o Clube; simples forma de forçar acordo, obter a renúncia ao exame judicial de atos profundamente lesivos ao patrimônio público.

V

CONCLUSÃO

24. O Direito deve ser interpretado inteligentemente, buscando um sentido equitativo, lógico e acorde com o sentir geral e o bem presente e futuro da Comunidade (Maximiliano, ob. cit., págs. 177/179). Prefere-se o sentido conducente ao resultado mais razoável, à melhor conseqüência para a coletividade, sem prejuízo de constatar que o direito individual não ficará ao desabrigo.

O Estado da Guanabara, pois, tem confiança em que esses sempre foram os princípios que nortearam esse Egrégio Tribunal, e conseqüentemente espera com tranqüilidade seja feita a verdadeira *Justiça*.

Processada a presente, e apreciada a impugnação do pretendido litisconsórcio (itens I a 3),

Nestes termos

P. juntada e deferimento.

Rio de Janeiro, GB, 8 de outubro de 1973. — JOSÉ EDUARDO SANTOS NEVES, Procurador do Estado. — LUIZ CARLOS GUIMARÃES CASTRO, Procurador do Estado.

MANDADO DE SEGURANÇA N.º 3.408/72

Tribunal Pleno

MEMORIAL DO ESTADO DA GUANABARA

NULIDADE DE LICENÇA

1 — O FATO

1.1. A Autora obteve alvará para localizar sua atividade publicitária em zona reservada pela Administração Pública aos usos e lazeres familiares. Inspirada no erro daquele deferimento original, rebelou-se contra a ordem baixada com a finalidade de corrigi-lo, atribuindo-se, como fato do alvará, a patrimonialização de um interesse, a rigor inexistente mas que lhe mereceu a qualificação de direito líquido e certo.

1.2. Sob o pretexto de fazer a história de sua pretensão, elabora um elenco de circunstâncias sociais e econômicas, anotando, por derradeiro, que “mesmo que sua localização fosse em ZR-2, estaria amparada pela lei, como demonstra com o documento n.º 4”. A título de glosa explicativa, a ZR-2 é zona proibida ao comércio da Autora, e o doc. n.º 4 reproduz um dos anexos (Quadro n.º 1) ao Regulamento de Zoneamento aprovado pelo Dec. “E” 3.800, de 20 de abril de 1970. A exata percepção do ponto será alcançada em sua inteireza com a leitura de trecho das informações que o Exmo. Sr. Secretário de Justiça ofereceu a esse E. Tribunal:

“5. No que se refere ao item *c*, ainda aí não prospera o alegado pela impetrante, que até ocultou parte da verdade, *pro domo sua*, como vemos do próprio documento por ela juntado, ou seja o de n.º 4. Desse documento, que é uma reprodução do Quadro n.º 1 anexo ao Regulamento de Zoneamento aprovado pelo Dec. “E” n.º 3.800, de 20 de abril de 1970, se verifica que em ZR-2 são toleradas *atividades domésticas artísticas, em edificação unifamiliar, mas desde que exercidas apenas pelos moradores sem letreiro, vitrine ou qualquer outra indicação de que a edificação está sendo usada para outro fim que não o residencial*”.

1.3. Tem absoluta razão o Exmo. Sr. Secretário de Justiça. A licença concedida à Autora, para instalar-se com negócio de publicidade e planejamento, infringiu expressamente a aludida regra do Regulamento de