

AÇÕES POSSESSÓRIAS CONTRA ATO ADMINISTRATIVO

Antônio Carlos Alencar Carvalho

Procurador do Distrito Federal e Advogado

Tema digno de nota que freqüentemente tem chegado à discussão junto aos Tribunais é o da propositura de ações possessórias por particulares contra atos administrativos típicos, expressivos do regular exercício do poder de polícia do Estado. Nessas hipóteses, é viável a invocação dos interditos possessórios?

O exemplo clássico é o de particular que não cumpre o seu dever de licenciamento de construção junto ao Poder Público e, quando notificada ou embargada a obra irregular, em vez de providenciar junto aos órgãos administrativos competentes os devidos alvará de construção e carta de habite-se, resolve aforar ações de interdito proibitório ou de manutenção de posse contra o Estado, a fim de impedir que os agentes públicos exercitem o poder-dever de fiscalização de edificações no território do Município ou do Distrito Federal.

As ações possessórias seguem procedimento especial elencado nos artigos 920 a 933 do Código de Processo Civil: três são as ações possessórias previstas no CPC, nomeadas como interditos possessórios: interdito proibitório, manutenção e reintegração de posse, conquanto a defesa da posse possa ser articulada em sede de embargos de terceiro e de ação de nunciação de obra nova, como anota o professor Humberto Theodoro Júnior¹: “A ação de nunciação de obra nova e os embargos de terceiro podem ser utilizados na defesa da posse, mas não são exclusivamente voltados para a tutela possessória.”

¹ Curso de Direito Processual Civil - Procedimentos Especiais, vol. III, 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, pág. 141.

No caso dos interditos proibitórios, o artigo 932 do Código de Processo Civil prescreve: “*Art. 932. O possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito*”.

Exige-se, para fins de tutela de interdito proibitório, que se cuide de possuidor e que este tenha justo receio de ser molestado na posse, por ameaça de turbação ou esbulho iminente, podendo ser pleiteada a expedição de mandado proibitório e com preceito cominatório contra o requerido, para que não moleste a posse do requerente da demanda possessória.

As ações de manutenção e de reintegração de posse deverão obedecer aos requisitos expressos nos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil:

“Art. 926. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no de esbulho.”

“Art. 927. Incumbe ao autor provar:

- I – a sua posse;
- II – a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;
- III – a data da turbação ou do esbulho;
- IV – a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção de posse; a perda da posse, na ação de reintegração.”

A previsão é a mesma do Código Civil: “Art. 499. O possuidor tem direito a ser mantido na posse, em caso de turbação, e restituído, no de esbulho.”

Sobressaem dos quesitos legais ensejadores, tanto do interdito proibitório como da reintegração ou manutenção de posse, as figuras do esbulho ou da turbação. No interdito, o possuidor invoca a proteção judicial em face de ostentar justo receio de sofrer turbação ou esbulho, enquanto

na manutenção houve turbação, porém não o esbulho, ao passo que, no caso da reintegratória, o esbulho já se consumou, estando o possuidor despojado de sua posse.

Pois bem: é de extremo relevo perquirir sobre o conceito de turbação e o seu paralelo, o de esbulho, para se examinar a viabilidade ou não das ações possessórias quando ajuizadas contra o Município ou o Distrito Federal, em caso de fiscalização de obras ou atos administrativos típicos.

Sobre a idéia de turbação, leciona o clássico civilista Tito Fulgêncio²

Finalmente, cumpre observar que, para ser um ato considerado turbação de posse, é mister que seja uma via de fato ilícito, a dizer, que o seu autor tenha agido ilegalmente. Não o diz expressamente o nosso Código, como o faz o alemão (art. 858), mas é do sistema.

Humberto Theodoro Júnior conceitua esbulho³:

Por esbulho deve-se entender a injusta e total privação da posse, sofrida por alguém que a vinha exercendo.

Das lições colecionadas, segue o pressuposto inerente ao interdito proibitório e às possessórias em geral: a prática pelo requerido de uma via de fato ilícita, ilegal, contrária ao direito, que possa ser classificada como turbação ou esbulho.

O problema que se impõe, destarte, é saber se o ato administrativo típico, fundamentado no poder de império estatal, caracterizaria atentado à posse defendida, ao que responde Antônio Martelozzo:

² Da Posse e das Ações Possessórias, vol. I, 9º ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, pág. 104.

³ Obra citada, p. 142.

Tem-se entendido que, sendo o ato administrativo legal, não pode ser impedido, evitado pelos meios judiciais. Para Câmara Leal, ‘o interdito proibitório pode ser intentado contra a Administração Pública, uma vez que se verifiquem as seguintes condições: a) que haja a ameaça de ser praticado por algum de seus órgãos ato ofensivo à posse do autor; b) que esse ato não representa o exercício do *jus imperii*, e não tenha legítimo fundamento legal.

A doutrina alumia o tema: as ações possessórias **não** podem ser ajuizadas contra ato administrativo quando este: 1) não ameaça a posse; 2) representa o exercício do *jus imperii*; 3) tem fundamento legal.

Assim sendo, retorne-se ao problema do ajuizamento de demanda possessória contra o Distrito Federal ou o Município: o particular, que edificou sem alvará de construção, é notificado pelo Poder Público competente para regularizar a empreitada clandestina, às vezes mesmo com o embargo da obra. Pode o administrado invocar proteção possessória em juízo, sob o argumento de que sua posse está ameaçada ou foi turbada, visando a obstar a fiscalização administrativa, que, ao ver do requerente, representaria risco de turbação ou esbulho?

A resposta negativa se impõe. Como as demandas possessórias exigem a presença de turbação ou esbulho (evidenciados quando o requerido pratica um ato ilegal), não caberia a invocação de interdito possessório quando quem pratica a ilegalidade é o próprio requerente da tutela possessória. Se o ato praticado pelo Poder Público é absolutamente legal, animado do escopo de promover a observância dos regulamentos administrativos e da lei, no exercício legítimo regular do poder de polícia contra a atividade particular ilícita, não ocorre turbação nem esbulho da parte do Distrito Federal ou do Município e, por conseguinte, na ausência dos pressupostos autorizadores, torna-se inviável o aforamento de ações de interdito proibitório, manutenção ou reintegração de posse.

Na verdade, se o particular tinha o dever de licenciar a obra, por força de dispositivo legal que resta violado pelo administrado, quem age ilegalmente é o próprio requerente da possessória, que, logo, não pode sofrer turbação ou esbulho enquanto vias de fato ilícitas, haja vista a legalidade do ato administrativo de notificação/embargo da construção irregular.

Outro ponto digno de nota é que, no excerto doutrinário citado sobre os requisitos para a propositura de ação possessória contra ato administrativo, se exige, por evidente, que: “ **haja a ameaça de ser praticado por algum de seus órgãos ato ofensivo à posse do autor**”. As notificações e embargos remetidos aos particulares para a regularização de obras não constituem ato ofensivo à posse, porquanto o Estado não tem o intento de turbar/esbulhar o dito possuidor. O escopo do Poder Público cinge-se a admoestar o administrado de que as construções, enquanto atividades individuais sujeitas ao poder de polícia estatal, só podem ser erigidas após licenciadas pelos órgãos competentes.

Incontestável que, quando o Poder Público notifica ou embarga construção de casa de caseiro, churrasqueira, telhado ou muro divisório erigidos em desconformidade com os padrões urbanísticos de regência ou mesmo sem qualquer licenciamento prévio, não há que se falar de ameaça a posse, mesmo porque o Município ou o Distrito Federal não age com o fim de subtrair a posse do administrado, mas simplesmente com vistas a zelar pela obediência do particular ao dever de regularizar obra clandestina.

É a hipótese do exercício do poder de polícia, que vem delineado no artigo 78 do Código Tributário Nacional (conceito e fundamento legal do poder de polícia):

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão do interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades

econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.”

Leciona o emérito administrativista Hely Lopes Meirelles⁴ :

Poder de Polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado(...) A razão do poder de polícia é o interesse social e o seu fundamento está na supremacia geral que o Estado exerce em seu território sobre todas as pessoas, bens e atividades, supremacia que se revela nos mandamentos constitucionais e nas normas de ordem pública, que a cada passo opõem condicionamentos e restrições aos direitos individuais em favor da coletividade, incumbindo ao Poder Público o seu policiamento administrativo.

Aduz o professor Celso Antônio Bandeira de Mello⁵ :

“Dado que o Poder de Polícia Administrativa tem em mira cingir a livre atividade dos particulares, a fim de evitar uma conseqüência anti-social que dela poderia derivar, o condicionamento que impõe requer freqüentemente a prévia demonstração de sujeição do particular aos ditames legais. Assim, este pode se encontrar na obrigação de não fazer alguma coisa até que a Administração verifique que a atividade por ele pretendida se realizará segundo padrões legalmente permitidos (...) Com isto o Poder Público previamente se assegura de que não resultará um dano social, como conseqüência da ação individual. **É O CASO DA**

⁴ Direito Administrativo Brasileiro, 21^a. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996, págs. 115 e 117.

⁵ Curso de Direito Administrativo, 4^a. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1993, pág. 357.

LICENÇA PARA EDIFICAR. O ADMINISTRADO DEVE EXIBIR PLANTA DA FUTURA CONSTRUÇÃO SOLICITANDO LICENÇA PARA TAL. A ADMINISTRAÇÃO, VERIFICANDO A SUA CONFORMIDADE COM AS EXIGÊNCIAS DA LEGISLAÇÃO EDILÍCIA, EXPEDIRÁ ATO VINCULADO FACULTANDO-LHE O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE.”

Por conseguinte, percebe-se que o fundamento jurídico do poder de polícia reside justamente no imperativo de o Estado controlar e mesmo reprimir, quando necessário, as atividades dos particulares que afrontem o interesse público, as leis e os regulamentos administrativos e o bem-estar da coletividade, sem que possa aduzir qualquer propósito possessório na conduta do Poder Público.

Incabível, pois, o processamento de interdito possessório se a pretensão formulada pelo requerente não se reveste de conteúdo realmente possessório, eis que a ação do Poder Público requerido não se enquadraria como turbação ou esbulho, porquanto estritamente orientada para assegurar a observância dos regulamentos administrativos e da lei, no que seria legal, fulcrada no legítimo exercício do poder de polícia contra a ação do particular notificado por edificar sem prévio alvará de construção.

O Município ou o Distrito Federal não voltariam os olhos, nesse caso, para a posse do terreno onde se ergue a obra, ainda que clandestina. Não haveria, portanto, móvel possessório na fiscalização de obras particulares, mas, sim, o controle de edificações, sempre inspirado na legalidade e no interesse público superior, de maneira que é indevido o manejo de ação possessória contra ato estatal típico do poder de polícia enquanto expressão do poder de império do Estado. Porquanto ausente ameaça real a posse, terminam descabidos os interditos possessórios, como acentua Tito Fulgêncio⁶:

⁶ Obra citada, pág. 102.

Mais claramente, é necessário que o ato contenha a manifestação do propósito de substituir pela sua própria a posse de outrem, total ou parcialmente, de negar ao possuidor a plenitude de seu direito, de exercer um direito próprio sobre a coisa por outrem possuída; sem isto, o fato poderá revestir os caracteres e efeitos de dano, não, porém, de uma turbação.

É nítida a inexistência de pretensão de esbulho/turbação quando o Estado age no exercício do seu poder de polícia, visto que não há o escopo de despojar o administrado possuidor da sua posse, mas sim forçá-lo, com fundamento legal, a cumprir dever de observância de preceitos legais ou regulamentares cuja observância é de interesse público. *Mutatis mutandis, verbi gratia*, constata-se, de plano, o descabimento de ações possessórias movidas por supermercados contra o Poder Público, para impedir a fiscalização de saúde de examinar e apreender alimentos adulterados ou deteriorados ofertados aos consumidores locais, haja vista que a demanda possessória seria fundada no argumento do particular autor de que o Estado, no exercício do poder de polícia, estaria a lhe molestar a posse sobre o seu estabelecimento, o que não procede, a toda evidência.

Verifica-se a mesma situação no caso de obras notificadas ou embargadas por ausência de licenciamento para construir. Não pode o administrado invocar os interditos possessórios contra o Distrito Federal ou Município como meio de impedir a fiscalização administrativa e o exercício do poder de polícia, visto que, se assim fosse, o particular estaria empregando as ações possessórias não com o fito de proteger posse, mas sim de assegurar a pretensão de desobediência civil a normas legais e regulamentares.

Por absurdo, liminares proferidas em ações possessórias teriam o condão de permitir aos supermercados a venda de alimentos putrefatos à população ou então autorizariam a edificação clandestina de prédios de dez andares, com o risco de desabamento em via pública, impedindo o Estado de exercitar o seu poder de polícia, o que não é admissível.

O objeto e o fundamento de notificações/embargos não se volta para a discussão de qualquer posse, mas sim sobre para a regularidade da obra fiscalizada. O ato administrativo, expressão do exercício do poder de polícia contra construção clandestina, não se confunde, *mutatis mutandis*, com o caso de uma invasão de sem-terras contra uma fazenda. O Estado somente fiscaliza a regularidade das construções, mas não deseja assenhorear-se da terra, para manter posse, como é o caso dos invasores. É nítida a diferença. É muito diverso, ainda, da hipótese de um vizinho que almeja apoderar-se de parte das terras do seu confinante: o primeiro pretende esbulhar o segundo, com todo o propósito possessório, totalmente diverso da postura estatal, que apenas busca conformar a atividade do particular aos ditames dos regulamentos administrativos e do direito, no sentido de que as obras sejam licenciadas previamente.

A questão terminou pacificada na jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que já consolidou o entendimento de que não cabem interditos ou ações possessórias contra o exercício do poder de polícia estatal, como se depreende da ementa do v. acórdão prolatado na Apelação Cível nº 41.626/96, 1ª Turma Cível, relator Desembargador Eduardo de Moraes Oliveira:

PROCESSUAL CIVIL. INTERDITO PROIBITÓRIO. CARÊNCIA DE AÇÃO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. UNÂNIME.

O expediente notificatório sobre licenciamento e fiscalização de obras, no exercício regular do Poder de Polícia da Administração, não constitui, por si, ameaça contra a posse a justificar a interposição interdital. O autor, nesse caso, é, sem dúvida, carecedor da ação.

A 1ª Turma Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios assim decidiu em caso análogo(AGI nº. 5129, relator o Desembargador José Hilário de Vasconcelos, DJ de 21.06.1995, s. 3, pág. 8558):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDEFERIMENTO DE LIMINAR. CONDOMÍNIO IRREGULAR. DERRUBADA DE CERCAS. EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. A Administração Pública, ao determinar a derrubada de cercas e apreensão de tratores em serviços de arruamento em condomínio considerado irregular, atua com apoio no poder de polícia, com vistas a fazer com que a atividade do particular se ajuste às determinações legais e às prescrições administrativas pertinentes à espécie. A conduta da Administração, com essa conotação, não traduz vulneração de posse. Por isso, afirma-se que o ato resultante do exercício do poder de polícia não é impugnável por meio dos interditos possessórios. O ato administrativo praticado em decorrência do poder de polícia, por gozar de privilégio da auto-executoriedade, pode ser executado pelos próprios meios da Administração. Agravo conhecido e improvido, à unanimidade.

A carência de ação possessória contra administrativo expressivo do poder de polícia estatal deriva do insucesso do autor em provar a turbação ou esbulho (ou a ameaça deles no caso do interdito proibitório), na forma do disposto no artigo 927, inciso II, do Código de Processo Civil: “Art. 927. Incumbe ao autor provar: II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu.” Como não demonstrada a turbação, sucumbe o pleito ao interdito possessório.

Último aspecto a se considerar é que, como alinhavado na doutrina, se o ato administrativo tem fundamento legal, descabe o seu combate via interditos possessórios.

O controle das construções em seu território compete ao Município e ao Distrito Federal (o DF dispõe dessa competência por interpretação lógico-sistemática e extensiva dos artigos 32, § 1, c/c art. 30, VIII, da Constituição Federal de 1988), inclusive pela interpretação sistemática do direito positivo,

quando se comete às Prefeituras e ao Distrito Federal competência para aprovar projeto de loteamento urbano (Lei Federal 6.766/79, art. 12). A própria Lei Maior da República limita a garantia constitucional da propriedade quando determina que ela atenda a sua função social (art. 5º, XXIII, Constituição Federal de 1988).

De fato, compete aos Municípios (também ao Distrito Federal), nos termos do art. 30, VIII, da Constituição Federal de 1988: “ VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso do solo urbano”. Essa prerrogativa compreende a fiscalização de obras, decerto, sem embargo das demais atividades privadas a esse teor.

O Código Civil em vigor estabelece: “ Art. 572 - “ O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos “. O direito de construir não é mais absoluto, nem uma prerrogativa privada, mas função social do titular da propriedade, que deverá sempre respeitar as normas urbanísticas de regência, e não intentar evadir-se da eficácia delas mediante o manejo de ações possessórias.

Estabelece a Lei Orgânica do Distrito Federal:

Art. 15 – Compete ao Distrito Federal:

.....
XIV - exercer o poder de polícia administrativa;

.....
XXV: licenciar a construção de qualquer obra.

A Lei Distrital nº 2.105, de 8 de outubro de 1998 (Código de Edificações do Distrito Federal), preceitua:

Art. 16. Cabe à Administração Regional, por meio de suas unidades orgânicas competentes, aprovar ou visar projetos de arquitetura, licenciar e fiscalizar a execução das obras e

a manutenção de edificações e expedir certificado de conclusão, garantida a observância das disposições desta Lei e da legislação de uso e ocupação do solo.

Art. 17. No exercício da vigilância do território de sua circunscrição administrativa, tem o responsável pela fiscalização poder de polícia para vistoriar, fiscalizar, notificar, autuar, embargar, interditar e demolir obras de que trata este Código, e apreender materiais, equipamentos, documentos, ferramentas e quaisquer meios de produção utilizados em construções irregulares ou que constituam prova material de irregularidade, obedecidos os trâmites estabelecidos nesta Lei.

Portanto, sendo o ato administrativo fundamentado estritamente na lei de posturas e edificações local, a fiscalização contra edificação clandestina não poderá ensejar ao particular a invocação de interdito possessório, a par de os atos praticados pelo Poder Público gozarem de atributos especiais: imperatividade, presunção de legitimidade e auto-executoriedade, o que ainda inverte o ônus da prova da ilegalidade ou ilegitimidade para o administrado; este deve demonstrar os supostos vícios dos atos administrativos, e não o Poder Público provar que se cuida de ato legítimo e legal, dada a militância da presunção de validade favorável ao ato estatal.

Por corolário, quando se tratar de ato administrativo que represente legítimo e legal exercício do poder de polícia, o administrado não poderá se socorrer das ações possessórias, visto que não se trata de ameaça nem de turbação ou esbulho contra a posse do particular, a quem competiria adotar outros remédios processuais, desde que pudesse demonstrar vício de ilegalidade na conduta estatal, não porém eleger a via dos interditos possessórios para se subtrair à observância de normas condicionadoras do direito de construir ou das demais atividades privadas sujeitas ao poder de império estatal.