MERCADO PÚBLICO — ATO ADMINISTRATIVO — EXECUÇÃO PRÉVIA

— A ocupação de lugares nos mercados públicos obedece aos princípios do direito administrativo e nunca às regras da locação.

— O ato administrativo, expedido com fundamento legal, traz em si mesmo a executoriedade.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Impetrantes: Antônio Francisco Nicolau Gonzalez Rodrigues e outros
Mandado de segurança n.º 64.628 — Relator: Sr. Desembargador
RAFAEL DE BARROS MONTEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança n.º 64.628, da comarca de São Paulo, em que são impetrantes Antônio Francisco Nicolau Gonzales Rodrigues e outros, impetrado o Exmo. Sr. Prefeito Municipal:

Antônio Francisco Nicolau Gonzales Rodrigues e os demais duzentos e cinqüenta e seis impetrantes cujos nomes constam da inicial, são comissários e "atravessadores" no Entreposto Municipal de Verduras, e, nessa qualidade, recebem a mercadoria dos chacareiros e agricultores, pondo-a ao alcance dos consumidores, quer no próprio Entreposto, quer levando-a aos quitandeiros espalhados por tôda a cidade.

O Exmo. Sr. Prefeito Municipal, entretanto, pela Portaria n.º 53, de 21 de agôsto p.p., considerando que o uso de bancas e áreas de mercados e entrepostos municipais é a título precário, e que são públicas e notórias as reclamações contra aquêles comissários ou "atravessadores", que encarecem, desmedidamente os gêneros, e, finalmente, que é dever da administração pública evitar a especulação com gêneros de primeira necessidade, cassou as respectivas locações e permissões, a fim de que sejam as mesmas postas em concorrência pública (fls.), o que efetivamente foi feito, conforme se vê do Edital de 25 de agôsto seguinte (fls.).

Vendo-se impedidos, logo no dia da publicação daquela Portaria, que qualificam de *ucase* russo e de ato ditatorial, de entrar no Entreposto, contra a mesma impetram o presente mandado de segurança, em que, de início, procuram mostrar que sua ocupação de áreas daquele próprio municipal não é a título precário. Verdadeira locação, como se verifica dos recibos de aluguel de fls., todos referentes ao mês de agôsto p. findo, assim também se deve entender à vista da própria legislação municipal, onde os contratantes são considerados locatários e se institui, até, uma locação

vitalícia, transmissível por herança (Ato Muinicipal n.º 888, de 8 de julho de 1935, arts. 6/8, fls.; *Regulamento do Mercado Municipal*, ato n.º 415, de 9 de fevereiro de 1933, arts. 10, 11 e 14). E, a excluir, ainda, o caráter de precariedade daquela ocupação, lembram os requerentes que, podendo as locações no Entreposto ser feitas por dia ou por mês, elas sempre se realizam mediante o pagamento de uma taxa correspondente ao aluguel de doze meses (Lei Municipal, n.º 4.162, de 26 de dezembro de 1951).

Verdadeiras locações que são, pois, aquelas ocupações, acham-se os impetrantes, não só protegidos pela Lei do Inquilinato, como, aliás, já decidiu êste Tribunal em acórdão estampado na *Rev. dos Tribs.*, vol. 180, pág. 245, assegurada, pois, sua permanência na posse da coisa alugada, por tempo indeterminado, caso não incidam em qualquer das causas taxativamente enumeradas, de rescisão de locação, como estão garantidos pelas disposições do Regulamento do Mercado Municipal, não podendo, conseqüentemente, ser despejados senão depois de regularmente rescindido o contrato, mediante prova de algum dos motivos previstos em dito Regulamento. E, se não estivessem aquêles contratos amparados pela Lei do Inquilinato, não poderia a Municipalidade dar por finda a locação por ato unilateral, e, ainda nessa hipótese, não poderia ela ter atribuição de fazer justiça por suas próprias mãos, porque só ao Poder Judiciário cabe decretar a rescisão do contrato, mediante a alegação e prova de uma das causas indicadas no Ato Municipal n.º 415, no Código Civil e na Lei do Inquilinato.

Prosseguindo, procuram os requerentes mostrar a inanidade do segundo argumento em que se apoia o Sr. Prefeito Municipal ao baixar o ato impugnado: Num Estado jurìdicamente organizado, a atuação do Poder Público, objetivando a defesa dos interêsses da comunidade social, está sempre subordinada a normas pré-estabelecidas. Entre nós, chamou a União a si a defesa dos consumidores contra a especulação dos que negociam em gêneros alimentícios e artigos de primeira necessidade. Para isso, criou uma legislação penal e instituiu um organismo de intervenção no domínio econômico para prevenir e coibir a especulação. Se havia, pois, especulação no Entreposto de Verduras, tendo por objeto gêneros de primeira necessidade, cabia aos órgãos criados pela lei n.º 1.522, de 26 de dezembro de 1951, por ação conjugada, reprimir os abusos, enviando ao Poder Judiciário os elementos necessários para a instauração dos processos criminais contra os responsáveis pelos eventuais delitos contra a economia popular. Agindo, todavia, ao arrepio dessas normas, atentou a Portaria n.º 53, baixada pelo Exmo. Prefeito Municipal, contra a liberdade de comércio dos impetrantes, violando, frontalmente, o preceito do art. 141, § 14, da Constituição, bem assim os dos §§ 1.º e 2.º. É que, satisfeitos, pelos requerentes, os requisitos para o exercício de sua profissão, têm êles o direito de exercer sua atividade nos locais onde tenham se estabelecido. E o tratamento preferencial aos produtores, chacareiros e cooperativas, não só vem ferir o § 1.º do citado art. 141, que estabelece a igualdade de todos perante a lei, como vem modificar, completamente, a finalidade que a lei havia dado ao Entreposto de Verduras, o que só a Câmara Municipal poderia fazer, legislando a respeito.

Depois de outras considerações sôbre a licitude de sua atividade e acêrca do prejuízo que sofrerão com a privação do local onde se achavam estabelecidos e com a proibição do exercício dessa profissão, que difìcilmente poderá ser recomeçada, noutro ponto, criticam os requerentes, em extensa argumentação, sua substituição, no Entreposto, por um grupo de privilegiados, que amanhã serão tão comerciantes ou "atravessadores" como os impetrantes. Por fim, encarando a situação que se delineia nos autos como sendo a de uma concessão de serviço público de abastecimento da

Capital, desde que tal concessão corporifica sempre um contrato, onde se conjugam preceitos do direito privado e do direito público, não podia o mesmo ser rescindido por ato unilateral do poder concedente. E, ainda quando se tratasse de mero ato administrativo unilateral, não poderia o mesmo ser revogado por outro ato unilateral, consoante a lição dos juristas Seabra Fagundes e Miguel Reale, com o apoio do egrégio Supremo Tribunal Federal, no acórdão *in Rev. de Direito Administrativo*, vol. I, pág. 174.

Sustada parcialmente, pelo despacho de fls., a execução do ato impugnado, foram solicitadas informações do Sr. Prefeito Municipal, que as prestou a fls. Nessas informações, começa S. Exa. por definir o que seja "atravessador", isto é, aquêle que, recebendo a mercadoria a Cr$ 0,50, vende-a, depois, com 500% de lucro, sendo o consumidor obrigado a pagar um preço absurdo pelo produto. Verdadeira casta que se teria formado no Mercado Municipal, foi visando sanear o Entreposto, à vista de constantes reclamações do público e de várias entidades, é que foi baixada a Portaria impugnada. Lembra, em seguida, o Exmo. Prefeito Municipal ser incabível, no caso, o remédio do mandado de segurança, porque já foram desocupados os compartimentos e bancas do Mercado Municipal e dêles afastados, sumàriamente, os impetrantes. Aduzem, demais, as informações, competir ao Município zelar pelo seu peculiar interêsse (Lei Orgânica dos Municípios, art. 16, itens V, XVII, XX e § 3.º, itens I e III), pelo que, poderia a autoridade municipal restringir e até suprimir o comércio instalado em seus mercados, no caso de interêsse público e com apoio no poder de polícia, reconhecido pacìficamente pela jurisprudência. Relativamente à desocupação das bancas, diz o Sr. Prefeito Municipal que se trata de medida que tem amparo na lei e na jurisprudência, porque a ocupação de locais nos mercados públicos se rege pela permissão ou concessão e não pelas leis civis de locação. Não feriu, assim, a providência de interêsse público, determinada pelo ato impugnado, direito líquido e certo dos requerentes, que se achavam no mercado, a título precário. Nem infringiu a citada portaria o art. 141, §§ 1.º e 2.º da Constituição federal, porque a Lei Orgânica dos Municípios, em seu art. 16, declara caber ao município prover aos seus interêsses e ao bem-estar da população, dispondo, além disso, o item V do seu § 1.º caber-lhe, privativamente, a concessão de serviços públicos de caráter local e demais concernentes ao município, respeitado o interêsse geral do Estado e dos outros municípios. Continuando, invoca ainda o Exmo. Prefeito Municipal, em favor da legalidade da Portaria contestada, outros dispositivos da Lei Orgânica dos Municípios e as restrições impostas pela Constituição à liberdade de comércio, finalizando por asseverar que o seu ato, sôbre não haver violado direito líquido e certo dos requerentes, não ofendeu a lei e nem exorbitou de suas funções, tendo sido praticado, única e exclusivamente, em benefício da população, espoliada que vinha esta sendo pelos comissários e "atravessadores".

Calcada nesses mesmos princípios, com maior desenvolvimento de sua parte jurídica, acha-se vazada a contestação oferecida pela Municipalidade de São Paulo, que, a fls., interveio no processo como assistente.

Oficiando, afinal, no processo, a Procuradoria Geral da Justiça opinou pela denegação da segurança requerida.

Acêrca da questão preliminar de inadmissibilidade, no caso, da segurança requerida, aflorada pelo Sr. Prefeito Municipal em suas informações, embora até certo ponto pertinente no caso, não é a mesma de ser acolhida:

Porque já foram desocupados os compartimentos e bancas no Mercado Municipal e dêles afastados sumàriamente os requerentes, visaria a segurança impetrada, em última análise, a reintegração dos impetrantes na posse daquelas áreas e compartimentos. Se não passam os requerentes, conforme alegação sua, de-

inquilinos, e é pacífico na doutrina e na jurisprudência que, para a defesa de sua posse direta, têm os locatários direito ao uso dos interditos possessórios contra os atos turbativos e esbulhadores praticados mesmo pelos senhorios, de inquirir se, no caso, haveria lugar para a medida pleiteada, objetivando o ato do Prefeito Municipal, com a conseqüente reintegração dos impetrantes na posse das áreas e locais de que se dizem injustamente despojados.

Se, à primeira vista, pode impressionar aquela argumentação, não menos certo é que, bem examinada a hipótese em seus vários contornos, a conclusão que se impõe, desde logo, é que o pedido de segurança foi bem pôsto em juízo, visando os efeitos inicialmente pretendidos pelos requerentes.

Sôbre ser, até certo aspecto, acadêmica, na espécie, aquela questão, porque os impetrantes, com a sua volta ao Entreposto, também objetivam, com a medida requerida, a anulação da concorrência dos locais e *boxes* ùnicamente às pessoas e entidades mencionadas no Edital de fls., a verdade é que, como mostra Castro Nunes, é o interdito inadequado à solução das controvérsias entre o particular e o Estado, como poder público. "Meio inibitório", prossegue o ilustre jurista, "concedido a título provisório, antes de apurada a relação controvertida, desconhece prerrogativas legítimas da administração pública, cujos atos se hão de presumir legais até demonstração concludente em contrário" (*Do Mandado de Segurança*, n.º 113, pág. 227).

Passando ao mérito, vê-se da explanação feita, que sustentam os impetrantes, e essa é a alegação primacial em que fundam seu invocado direito, que como autênticos locatários que são das áreas e compartimentos por êles ocupados no Entreposto, acham-se protegidos pela Lei do Inquilinato. Devem, pois, ter assegurada sua permanência na posse da coisa alugada, por tempo indeterminado, caso não incidam em qualquer das causas taxativamente enumeradas de rescisão da locação.

O contrário afirmam o Sr. Prefeito Municipal e a Municipalidade assistente, para quem a premissão ou concessão, pelo Poder Público, do uso de compartimentos e locais em seus edifícios, para a exploração de negócio, não pode constituir um contrato de locação de coisas, regido pelas normas do direito civil. Simples concessão de uso, de caráter precário, submete-se a mesma ao regime especial do Direito Administrativo, prevalecendo essa conceituação, ainda que o contrato venha e denominar-se, erradamente, de locação.

Inquestionàvelmente, é êsse um ponto a respeito do qual ainda não se firmou a jurisprudência de nossos tribunais. Apontam Luís A. de Andrade e J. J. Marques Filho, que, aliás, diga-se de passagem, inclinam-se, com apoio em estudo publicado por Walmor Franke, *Rev. Forense*, vol. 133, pág. 595, para a tese defendida pelos requerentes, extensos números de julgados, num e noutro sentido. Observam os mesmos autores que tão dividida se encontra a jurisprudência, nesse particular, que, no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ora prevalece um ponto de vista, ora outro (*Locação Predial Urbana*, n.º 7, pág. 14).

Mesmo neste Tribunal já se verificou o dissídio, filiando-se a colenda Primeira Câmara Civil, à tese afirmada pelos impetrantes (*Rev. dos Tribs.*, vol. 180/245) e pugnando a egrégia Sexta Câmara Civil pela tese oposta (*Rev. dos Tribs.*, vol. 185/827).

É indubitável que divergência de tal monta acêrca de ponto tão substancial, em que assentam os impetrantes sua intenção, já está a demonstrar *prima facie*, que líquido e certo não pode ser o direito dos requerentes de verem sua ocupação dos locais e áreas do Entreposto Municipal de Verduras protegida pela legislação especial do inquilinato.

A verdade, entretanto, é que, no entendimento da maioria dos juízes que compõem o Tribunal de Justiça de São

Paulo, a melhor doutrina é a que se encontra na tese defendida pelo Sr. Prefeito Municipal e pela Municipalidade assistente.

É conhecido o largo debate que se trava na doutrina sôbre a natureza jurídica das relações entre o Estado e os bens públicos. Benjamin Basavilbaso, prestigioso especialista argentino da matéria, depois de observar quão irredutíveis são as opiniões dos autores a respeito, mostra que a discrepância nas soluções decorre, principalmente, do próprio conceito de domínio público, resultado de longo processo doutrinário, tendo a controvérsia que ainda perdura, suas origens no direito romano, que considerava o povo como proprietário da coisa pública (*Derecho Administrativo*, vol. IV, n.º 411, pág. 150).

Sem que se torne necessária dissertação acêrca das várias doutrinas a respeito, basta que se diga que, entre nós, a opinião geralmente seguida é aquela que considera o Estado como exercendo verdadeiro direito de propriedade sôbre bens públicos (Carvalho Santos, *Código Civil Interpretado*, vol. II, pág. 103; Temístocles Brandão Cavalcânti, *Instituições de Direito Administrativo*, vol. II, pág. 441), acrescentando Clóvis que aquêle exercício se opera segundo os preceitos do direito constitucional e do direito administrativo (*Código Civil Comentado*, vol. I, pág. 292).

Êsse caráter publicístico do direito do Estado sôbre os bens públicos é magnìficamente pôsto em destaque por D'Alessio, nestas palavras lapidares: "Il diritto dell'ente pubblico sul demanio é un dritto di natura pubblicistica, dell' intessa fondamentale natura del diritto di proprietà, in quanto questo diritto non si consideri nelle sue caratteristiche essenzialmente privatistiche, ma lo si consideri comune al diritto privato e al diritto pubblico con caratteri differenziali nell'uno e nell'altro campo" (*Istituzioni di Diritto Amministrativo*, vol. II, n.º 375, pág. 62).

E mostra Marcelo Caetano, autorizado e recente administrativista português, que o regime jurídico do uso e fruição, disposição e defesa, do domínio sôbre as coisas públicas é diverso do da propriedade privada, parecendo indicado a fazer a construção de um instituto novo, o da propriedade pública ou administrativa (*Manual de Direito Administrativo*, pág. 191).

Atento êsse caráter publicístico do direito de propriedade do Estado sôbre os bens públicos, de que dimana a inalienabilidade e a imprescritibilidade dêstes, não se torna difícil deduzir daí a impossibilidade de serem os mesmos objeto de um contrato de locação com os mesmos efeitos civis da locação comum.

Se fazem os mercados parte do domínio público e, ainda e principalmente, com uma finalidade vital ao organismo social, já que se destinam êles ao abastecimento de gêneros de primeira necessidade às populações das cidades, tem-se que admitir, sempre, a precariedade da ocupação de suas áreas e compartimentos, como decorrência daquele regime especial a que estão sujeitos e de sua inalienabilidade. É o que exaustivamente demonstra o Desembargador Antão de Morais em parecer que ofereceu sôbre a matéria e que se encontra apensado aos autos, com base na autorizada lição de Hauriou (*Précis de Droit Administratif*, pág. 739), mostrando o mesmo jurista que, ainda para aquêles autores, como Gaston Jézè, que consideram aquela ocupação como locação, não pode esta deixar de lado o interêsse público, regulando-se pelas normas do direito administrativo e servindo as regras de direito privado apenas de orientação geral, sem nunca prejudicar o caráter administrativo dessa situação jurídica (*Principes Généraux*, vol. III, pág. 297).

É exatamente êsse o regime que, em nossa legislação, vigora para as locações, em que o proprietário do prédio é a União Federal. Transcreve o Desembargador Espínola Filho, a respeito, o decreto-lei n.º 9.760, de 5 de setembro de 1946, que estatui sôbre os próprios

nacionais e cujo art. 87 dispõe, de modo expresso, que a locação de imóveis da União não fica sujeita a disposições de outras leis concernentes à locação. Interessante observar que, de acôrdo com aquêle decreto-lei, poderá a locação ser rescindida quando o imóvel fôr necessário a serviço público (art. 87, n.º III), o que poderá ocorrer a qualquer tempo, mediante simples ato administrativo da União e sem que fique esta obrigada ao pagamento de qualquer indenização ao locatário (art. 89, § 2.º) (*A Locação Residencial e Comercial*, n.º 76, págs. 258/265).

Frente a tais ensinamentos, parece evidente que não se poderia conceber que as áreas e compartimentos dos mercados municipais possam ser objeto de contrato de locação, com os mesmos efeitos civis dos contratos dessa natureza. Tal importaria, não só em mudança de sua destinação, como em ficar a Municipalidade coartada em seu poder de administração sôbre aquêle bem público. Importaria, sob certo aspecto, em mudança de seu destino, porque o fim de interêsse público, para que foram construídos os mercados, seria absorvido pela locação estabelecida entre os locatários e o poder público. E, prevalecendo êsse contrato, com todos os seus efeitos civis, impedida ficaria a administração municipal de regular, diversamente, sua ocupação, de estabelecer horários e formas para a sua utilização, impondo, de outra parte, normas de disciplina, higiene e outras.

Fazem os impetrantes, pelo seu ilustre patrono, grande alarde em tôrno do fato de conterem os recibos de fls., relativos aos emolumentos que pagam pela sua ocupação das áreas e compartimentos do Entreposto, referência a "renda de aluguel". Se aluguel, dizem êles, é o nome técnico da prestação a que o locatário está obrigado no contrato de locação e se a Prefeitura recebeu aluguel de cada um dos duzentos e cinqüenta e sete requerentes, é porque tem com êles um contrato dessa natureza.

Embora impressione à primeira vista, não pode ter aquêle fato a importância que se lhe pretende atribuir. Observe-se, antes de mais nada, que a circunstância de receber o poder público determinada soma em dinheiro pela ocupação daquelas áreas e compartimentos não altera a natureza jurídica do negócio. Como diz Luigi Abello, "il diritto dello Stato di percepire un determinato corrispettivo per il concesso uso della cosa dominiale e il correlativo obbligo dell' utente di pagarlo non mutano la figura particolare del negozio di diritto pubblico cui origina e fissa la natura speciale dei beni che ne sono oggetto in considerazione della imprescindibile destinazione che debbono avere" (*Trattato della Locazione*, vol. I, pág. 153).

De outra parte, ainda nesse particular, o parecer do Desembargador Antão de Morais esgota o assunto, mostrando com apoio em Valerius e outros autores que, embora considerando-se a contribuição pela ocupação como aluguel, e não taxa, não obstante essa denominação, a suposta locação do domínio público não tem as características de uma locação de direito privado. Outra não é a lição de André de Labaudére, o mais recente dos autores de direito administrativo, que, ao examinar a natureza e o regime da *rédévance* e respondendo, como assinala o Dr. Subprocurador Geral da Justiça em seu parecer, aos que nela pretendem ver um aluguel, assim se manifesta: "On a parfois voulu voir dans la rédévance imposés au permissionaire de voirie le prix d'un lieu (Bérthélemy, *Droit Administratif*, pág. 501). Cette conception a été généralement abandonée par la doctrine et la jurisprudence que voient dans la rédévance une taxe fiscale" (*Traité Elementaire de Droit Administratif*, pág. 786).

Aliás, para nós, no caso especial dos autos, perde aquêle principal argumento dos requerentes a importância que se lhe possa dar à primeira vista, porque a chamada Lei Orgânica dos Municípios — Lei n.º 1, de 18 de setembro de 1947 (*Rev. dos Tribs.*, 170/813) —, ao dispor

sôbre a receita dos municípios, estabelece que ela se constitui, entre outras, pelas taxas sôbre a localização de negociante em mercado, feira ou em logradouros públicos em geral (art. 68, n.º VIII).

Nem se queira enxergar no art. 11 do ato n.º 415, de 9 de fevereiro de 1933, ao prescrever que os contratos serão feitos por tempo indeterminado e findam com a morte do locatário, a locação vitalícia vislumbrada pelos requerentes. Está claro que daquela forma dispôs o legislador municipal no interêsse público, visando, com a continuidade da ocupação das bancas e locais do Mercado Municipal, maior estabilidade das mesmas. De manifesto, entretanto, que aquelas ocupações só terão fim com a morte do pseudo locatário se não ocorrer motivo para terminar antes. Demais, os próprios impetrantes, na inicial, aludem ao art. 7.º do ato n.º 888, de 8 de julho de 1935, que, regulando a utilização do Entreposto Municipal de Verduras, preceitua que as locações de suas áreas e compartimentos poderão ser mensais ou diárias.

Diante do exposto, não há senão que se concluir que a ocupação de locais e áreas naquele Entreposto não pode configurar, como entendem os requerentes, qualquer situação contratual de locação. E, se houvesse lugar para essa situação contratual, reger-se-ia a mesma pelos princípios do direito administrativo e nunca pelas regras de locação expostas na lei civil e com amparo da lei especial sôbre o inquilinato.

Mas, continuam os impetrantes, ainda quando não se queira ver na utilização das áreas e *boxes* do Entreposto uma situação contratual de locação protegida pela lei do inquilinato, e que, por isso, não poderia ser desfeita por ato unilateral do Sr. Prefeito Municipal, não poderiam os requerentes escapar da conceituação de concessionários de um serviço público, encarregados, como são, da execução do abastecimento da Capital. Se se formalizam as concessões mediante contrato, porque corporifica sempre a concessão de serviço público uma relação contratual, enquanto satisfizerem os requerentes as condições impostas pela Municipalidade ao ivesti-los naquela qualidade, têm direito ao uso permanente dos locais e áreas concedidas, dos quais não podem ficar privados por ato unilateral do poder municipal.

Demonstra o Ministro Orosimbo Nonato, todavia, em acórdão que se lê no *Arquivo Judiciário*, vol. 95, pág. 278, que a concessão de serviço público não pode ser paragonada a contrato de direito privado. A natureza jurídica da concessão de serviço público, continua o insigne Ministro e Professor de Direito, com apoio na lição do Desembargador Mário Masagão, é a de um contrato de direito público, sinalagmático e realizado *intuitu personae*, transcrevendo, a seguir, esta passagem de sua omnografia sôbre a matéria: "Jamais as normas de direito privado poderão regular a organização e o funcionamento do serviço público e, muito menos, o exercício dos poderes que aquêle funcionamento exige, e que se delegam, freqüentemente, ao concessionário, como os de desapropriação, fiscalização, percepção de tributo e até de polícia especial, dentro do âmbito do serviço concedido", princípios que o autor considera elementaríssimos, "sôbre coisas de si próprias evidentes" (*Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público*, págs. 83/85).

De mais a mais, como bem argumenta a Municipalidade assistente em sua contestação, não se deve confundir a permissão ou concessão de uso de bem público com a concessão de prestação de serviço público. Só esta, que importa na execução de um serviço público por particular, em virtude de delegação do poder público, pode corresponder a ato jurídico convencional, com a criação de direitos e deveres para as partes que nêle intervêm.

Não é essa, porém, a espécie em julgamento, em que, pròpriamente nenhum serviço público, explorado pela administração municipal, foi transferido aos impetrantes. Se se trata de utilização

de áreas e locais em mercados, não passa a mesma utilização de simples concessão ou permissão de uso de um bem público, que traz ínsita a idéia da precariedade, e, daí, a possibilidade de ser revogável a qualquer tempo, quando assim o exigir o interêsse público (D'Alessio, ob. cit., vol. II, n.º 381, pág. 73; Benjamin Basavilbaso, ob. cit., vol. IV, n.º 440, págs. 282/284; Ruggiero, *Instituições de Direito Civil*, vol. I, § 69, pág. 305).

E afina-se a legislação municipal com essa conclusão, diante do que dispõe o art. 27 do ato n.º 415, que reserva sempre ao Prefeito o direito de pôr em concorrência pública a locação de qualquer compartimento do mercado, quando tal lhe pareça conveniente ao interêsse público.

Conseguintemente, e resumindo, se a ocupação de áreas e compartimentos, no Entreposto Municipal de Verduras, pelos impetrantes, não se equipara à resultante de uma locação comum, regida e amparada pelas leis civis e pela legislação especial do inquilinato, nem decorre ela de uma concessão de serviço público que, pela sua natureza de ato jurídico convencional, cria direitos e obrigações para as partes que nêle intervêm; se, ao revés, a utilização daquelas áreas e compartimentos não passa de simples permissão de uso de bem público, situação que envolve a idéia da precariedade, líquido e certo não pode ser o direito dos requerentes de continuar a ocupá-los nem manifestamente ilegal, em tais condições, não tendo sido o ato do Exmo. Prefeito Municipal cassando aquelas permissões de uso e estabelecendo concorrência pública para a utilização do Entreposto apenas para as pessoas e entidades mencionadas no Edital de fls. Ao contrário, longe de encontrarem-se contaminados pela ilegalidade entrevista pelos requerentes, o que se pode dizer é que, à primeira vista, acham-se os atos impugnados incluídos entre aquêles que, por lei, são expressamente permitidos ao impetrado.

Realmente, dispõe a Lei Orgânica dos Municípios em seu art. 16, que compete ao Município prover aos seus interêsses e ao bem-estar da população, cabendo-lhe privativamente, de acôrdo com o § 1.º, n.º 17, do mesmo artigo, regulamentar e fiscalizar a produção e conservação, o comércio, o transporte e a manipulação de gêneros alimentícios destinados ao abastecimento público do Município, em particular do leite, de seus derivados, de frutas e verduras e da carne, provendo sôbre frigoríficos, matadouros, talhos, entrepostos, tendais, açougues, leiterias, feiras e mercados. E no n.º V do mesmo parágrafo acha-se expresso que também lhe cabe a concessão de serviços públicos de caráter local e dos demais concernentes ao município, respeitado o interêsse geral do Estado e dos outros municípios. E, não é só: Nas informações de fls., prestadas pelo Sr. Prefeito Municipal, outros preceitos da mesma Lei Orgânica dos Municípios são ainda invocados e nos quais S. Exa. procura fundamentar os atos contestados, que afirma terem sido praticados no interêsse da população. E, na contestação da Municipalidade assistente, fatos são apontados a justificar aquêles atos, fatos que, pela sua notoriedade, estão a dispensar prova regular a respeito.

Nem se alegue, como ainda o fazem os impetrantes, que os atos impugnados, sôbre serem da alçada de entidades criadas por leis federais, que regulamentaram a intervenção do Estado no domínio econômico, atentam contra a liberdade de comércio dos requerentes, violando, frontalmente, o preceito do art. 141, § 14 da Constituição federal, bem como os dos §§ 1.º e 2.º.

Não se pode dizer, de antemão, diante dos fatos alegados e dos dispositivos de lei mencionados, esteja o Sr. Prefeito Municipal se sobrepondo às comissões, encerregadas por lei, do contrôle de abastecimento de mercadorias. Com a medida drástica que tomou, outra coisa não fêz a autoridade municipal senão regular, de modo diverso, a forma de

abastecimento da população no Entreposto Municipal de Verduras, cuja finalidade, incontestàvelmente, vinha sendo desvirtuada pela atuação dos requerentes na sua qualidade de comissários e "atravessadores". Já observava Carvalho de Mendonça que os que concorrem às feiras e mercados não são, em regra, comerciantes, mas, ordinàriamente, os próprios produtores, os criadores, o pequeno lavrador, de um lado, e os consumidores, de outro (*Tratado de Direito Comercial*, vol. I, n.º 215, pág. 394). Essa a verdadeira finalidade das feiras e mercados, aproximando, diretamente, o pequeno produtor do consumidor, o que, entre nós, se desvirtuou, como é público e notório, com a criação de interminável legião de intermediários entre o produtor e o consumidor, com manifestos e evidentes prejuízos para a população.

Nem atenta a Portaria impugnada com a liberdade de comércio dos requerentes, porque não proibe ela que exerçam os requerentes sua profissão de comissários e "atravessadores". Assinale-se, todavia, de passagem, que se afirmam os requerentes haver a legislação municipal regulamentando sua atuação, como mediadores; já a municipalidade assistente, em sua defesa, citando dispositivos de lei, contesta a legitimidade daquela atuação dos intermediários no Entreposto Municipal de Verduras.

Por último, nem se pode recriminar o procedimento do Sr. Prefeito Municipal impedindo, logo no dia em que baixou a Portaria n.º 53, a entrada dos requerentes no Entreposto. Tal importaria, no entender dos impetrantes, em fazer justiça pelas próprias mãos, o que, desde o direito romano, é estritamente vedado a quem quer que seja.

E, hoje, contudo, ponto geralmente aceito, em direito administrativo, o que denomina o Desembargador Antão de Morais, em seu parecer, o privilégio da execução prévia que assiste à administração pública. Ou, por outras palavras, o ato administrativo, expedido com fundamento legal, traz em si mesmo a executoriedade.

Nem de outra forma poderia ser porque, como diz Seabra Fagundes, citando os ensinamentos de Hauriou e Bonnard, tendo em vista os superiores, impessoais e complexos interêsses que à administração cumpre satisfazer e tutelar, não seria possível equipará-la ao particular, no que concerne à atuação dos direitos subjetivos. As mais das vêzes, resultaria inútil a atividade administrativa e interêsses dos mais relevantes seriam preteridos irremediàvelmente, se, à simples oposição do sujeito passivo das obrigações públicas, carecesse o administrador de meios coercitivos imediatos a removê-la (*O Contrôle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, n.º 83-A, pág. 256).

Poder-se-á objetar, aquêle privilégio da execução prévia que assiste ao ato administrativo, com a possibilidade de ser ilegítimo êsse ato ou, de depender o mesmo, consoante a lição de Seabra Fagundes, acima citado, de expressa autorização legal (ob. e loc. cit., nota 2, pág. 257).

"Se o ato for ilegítimo", conclui o parecer em apenso, invocando as lições de Borsi, Raneletti, Pequignot e outros, "não ficam desarmados os particulares, que sempre poderão recorrer aos tribunais para impedi-lo, se ainda fôr possível, e quando não o fôr, para obter a necessária reparação". E, quanto à autorização expressa da lei, para que se reconheça a possibilidade da execução forçada por via administrativa, resulta ela, na espécie, do que se contém no art. 13 do ato n.º 888, de 8 de julho de 1945, que regulamentou o Entreposto Municipal de Gêneros (fls.). Realmente, se a utilização das áreas e locais, no Entreposto, não passa, como se viu, de simples permissão de uso de bem público, o que envolve a idéia de precariedade, podia o Exmo. Prefeito Municipal cassar aquela permissão quando assim o exigisse o interêsse público. E, uma vez cassada ou anulada dita permissão, podia a Prefeitura proceder

como procedeu, forçando os permissionários, até, à respectiva desocupação, nos têrmos do citado art. 13 do ato n.º 888.

Expostas, assim, as razões pelas quais, em substância, o ato do Sr. Prefeito Municipal, baixando a postaria contestada, não se apresenta como manifestamente contrário à lei, razões que, aliadas àquelas inicialmente desenvolvidas, afastam a liquidez e certeza do direito invocado pelos requerentes, impõe-se a denegação da segurança impetrada.

Isto pôsto: Acordam, em Sessão Plenária do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria de votos, em denegar a segurança requerida, pagas as custas como determina a lei.

São Paulo, 14 de outubro de 1953. — *Paulo Colombo*, Presidente. — *Rafael de Barros Monteiro*, Relator. — *J. M. Gonzaga*. — *Teodomiro Dias*. — *Paulo Costa*. — *Pinto do Amaral*. — *Prado Fraga*. — *Augusto Neri*. — *O. Costa Manso*. — *Clóvis de Morais Barros*. — *Trasíbulo de Albuquerque*. — *Elclides C. da Silveira*. — *Fernandes Martins*. — *R. F. Ferraz de Sampaio*. — *Vicente Sabino Júnior*. — *Edgar de Moura Bittencourt*. — *Djalma Pinheiro Franco*. — *Justino Pinheiro*. — *João M. C. Lacerda*. — *Camargo Aranha*. — *Pereira da Costa*. — *Joaquim de Silos Cintra*. — *Tomás Carvalhal*. — *Davi Filho*. — *Frederico Roberto*. — *Amorim Lima*. — *A. de Oliveira Lima*. — *Juarez Beserra*. — *Leme da Silva*, vencido nos têrmos das declarações já exaradas pelos Srs. Desembaragadores Pedro Chaves e Percival de Oliveira. — *Percival de Oliveira*, vencido nos têrmos e de acôrdo com a seguinte declaração de voto:

Concedi a segurança impetrada, pelos motivos adiante expostos.

Mantém a Prefeitura de São Paulo, um Entreposto Municipal de Gêneros, que se destina à armazenagem e comércio de gêneros de alimentação, trazidos para consumo da população do município da Capital, segundo diz o seu regulamento, baixado com o ato n.º 888, de 8 de julho de 1935.

De acôrdo com êsse regulamento, a utilização do entreposto será feita mediante locação de espaços, com a determinação da metragem por área ocupada, ou por volume de mercadoria. Tais locações poderão ser mensais ou diárias e, nos casos omissos, servirá subsidiàriamente, o regulamento do Mercado Municipal, baixado com o ato n.º 415, de 9 de fevereiro de 1933. Êste declara que as bancas do Mercado serão dadas em locação, por meio de contratos por tempo indeterminado (arts. 10 e 11). No art. 13, refere-se à cessão da locação e à sublocação, usando, ainda, das palavras locatários, contrato e aluguéis, nos arts. 14 a 23 e 27 a 31.

Tanto o Mercado como o Entreposto estavam ocupados por mecadores e comerciantes, de varejo e atacado, há muitos anos, quando, no dia 21 de agôsto do corrente ano, o Sr. Prefeito Municipal, declarando ser notório que os comerciantes, locatários do Entreposto, conhecidos na gíria municipal como comissários ou "atravessadores", estavam encarecendo os preços das verduras, baixou a portaria n.º 53, publicada no *Diário Oficial* do dia 22, a qual declarava cassadas as locações e permissões de comissários ou "atravessadores" do Entreposto. Por isso, seriam postas ditas locações em concorrência pública. A mesma portaria determinava que os comissários ou "atravessadores" desocupassem, imediatamente, os espaços locados, sob pena de prontas e enérgicas providências.

No dia seguinte, o Entreposto estava fechado, guardado com fôrça e os locatários impedidos de entrar. Dias depois, era publicado edital, abrindo concorrência pública para as novas locações, à qual, porém, só se poderiam inscrever chacareiros e cooperativas.

Sentindo-se prejudicados, impetraram os comissários ou "atravessadores" o presente mandado de segurança, por entenderem que, na qualidade de locatários, não poderiam ser postos na rua, arbitràriamente e despejados *manu militari*, sem nenhum motivo plausível,

apurado, ao menos, em simples sindicância. Tinham sido condenados, sem serem ouvidas, mais de duas centenas de pessoas.

Pediam, mais, que lhes fôsse assegurado o direito de tomar parte na concorrência, pois o edital contrariava o próprio regulamento municipal, que destina o Entreposto a comerciante e não a produtores.

Impugnando o pedido, disse a Municipalidade que os impetrantes não eram e nunca foram locatários. Na verdade, o regulamento fala em locação e locatários, em contratos e aluguéis, mas, tudo isso constituía mera impropriedade de linguagem. Se os legisladores municipais que o elaboraram e promulgaram conhecessem os princípios de Direito Administrativo, bem saberiam que não é possível a locação de bens públicos, porque são inalienáveis e a locação importa, ao menos, em alienação temporária do uso. Assim, onde, no regulamento, estiver escrito locação o que se deve ler é "permissão", tempo indeterminado quer dizer "precária", locatários é "permissionários" e aluguel é "taxa". Contrato nada significa. Em conseqüência, aquelas pessoas, que há tantos anos supunham ser locatárias, eram permissionárias a título precaríssimo. Uma vez revogada a permissão, o que o Prefeito podia fazer a qualquer momento e a seu juízo exclusivo, a execução também se deveria fazer administrativamente, em virtude do seu poder de polícia. Se os permissionários achassem que tinham algum direito, deveriam dirigir-se, posteriormente, aos tribunais, embora, na verdade, a nada tivessem direito. Em abono das suas teses, invocou larga cópia de autores estrangeiros e ofereceu erudito parecer.

Não é possível, porém, aplicar-se a doutrina estrangeira, para a solução de casos nossos, regulados diferentemente pelo direito brasileiro. No Brasil, a locação de bens públicos, conforme a sua destinação, é perfeitamente possível. A União possui lei especial, reguladora da matéria: o decreto-lei n.º 9.760, de 5 de setembro de 1946. Dá seus bens em aforamento, por lapso de tempo muito maior do que o das locações.

A doutrina estrangeira poderá condenar essa concepção, mas, quando existe direito expresso, num país soberano, não há remédio senão aplicar suas leis e os princípios delas decorrentes.

Dir-se-á que os legisladores municipais de São Paulo ignoravam os altos postulados do Direito Administrativo; que o próprio legislador federal os desconhecia, mas as leis aí estão e não será lícito derrogar suas disposições, em nome de princípios alheios.

Sejam, porém, os impetrantes locatários ou permissionários, o fato é que existe, entre êles e a Municipalidade, um contrato, um acôrdo de vontades, ainda que manifestado por simples adesão, valendo como cláusulas e condições, as disposições regulamentares.

Em virtude do regulamento, a locação podia ser feita por dia ou por mês.

Quando mensal, era considerada por tempo indeterminado, sendo previsto, até, a sua continuação com sucessores do locatário. As causas de rescisão da locação por tempo indeterminado constam do mesmo regulamento e uma delas foi invocada pela portaria n.º 53: os locatários estariam encarecendo o custo de vida, desobedecendo ao tabelamento de preços das verduras.

De um modo geral, não me enfileiro entre os que admitem a execução administrativa das decisões administrativas, em virtude do poder de polícia. Casos haverá em que tal execução será possível e até necessária, como os de perigo comum, de extrema urgência, ou de calamidade pública. Fora daí, é de se recordar a advertência de Montesquieu: se a função de julgar fôr entregue ao Poder Executivo, o juiz poderá ter a fôrça de um opressor.

O caso dos impetrantes é bem ilustrativo. Os impetrantes foram todos envolvidos na mesma acusação, de violadores da tabela de preços das verduras. Eram quase duzentas e cinqüenta pessoas e a falta foi a tôdas imputada,

sem exceção e sem receio de que uma, ao menos, entre elas, estivesse inocente. Não se fêz nenhuma sindicância. Os acusados não foram ouvidos. Alegou-se que o fato era notório. Na verdade, entretanto, não existira, pois, como alegaram insistentemente os impetrantes e não foram contestados, não poderiam êles ter desrespeitado a tabela de preços pela simples razão de não haver nenhuma tabela.

De todo o modo, porém, entendendo provado um dos motivos de rescisão das locações, não seria lícito atirar à rua, da noite para o dia, aquelas centenas de pessoas, que ali estavam há tantos anos e que ali tinham o seu ganha-pão, sem nenhum prazo para cuidarem de outra profissão, por uma única falta, nem sequer apurada.

Dir-se-á que o regulamento municipal não fixa prazo algum; que é omisso a respeito, mas, a solução se encontra na Lei de Introdução ao Código Civil, lei cujos princípios se aplicam a todos os ramos do Direito e que diz:

"Art. 4.º — Quando a lei fôr omissa, o juiz decidirá o caso de acôrdo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

Em primeiro lugar, está a analogia. No Brasil existe uma lei reguladora das locações administrativas: é o decreto-lei n.º 9.760, de 5 de setembro de 1946. Essa lei estabelece o prazo de noventa dias, para a desocupação da coisa locada, quando rescindidos os contratos de locação por tempo indeterminado. Tal prazo também está de acôrdo com os costumes, pois é o mesmo estabelecido pelas sucessivas leis reguladoras da locação de prédios urbanos, para a sua desocupação, quando a locação fôr por tempo indeterminado.

Os impetrantes tinham, portanto, direito ao prazo que pediam.

O pedido abrangia, porém, outra questão: a da concorrência aberta por edital que restringe a inscrição aos agricultores e às cooperativas.

Aqui, também, a meu ver, a razão está com os impetrantes. O regulamento do Entreposto, baixado com o ato n.º 888, de 8 de julho de 1935, diz o seguinte:

"Art. 1.º — O Entreposto Municipal de Gêneros se destina à armazenagem e comércio, por atacado, de gêneros de alimentação, trazidos para o consumo da população de município da Capital."

Quem exerce o comércio são comerciantes, de modo que, sem revogação do regulamento em vigor, não será possível excluí-los da concorrência e transformar agricultores em comerciantes atacadistas.

A competência para regulamentar o comércio de gêneros alimentícios, no município, é da Municipalidade, que a exerce por intermédio da Câmara Municipal. É o que diz o art. 32 da Lei Orgânica dos Municípios:

"Cabe à Câmara Municipal legislar, com a sanção do Prefeito, sôbre as matérias da competência do Município."

Não poderia, portanto, o Prefeito Municipal, por simples portaria sua, revogar regulamento, assumindo atribuições que são privativas da Câmara Municipal. — *Pedro Chaves*, vencido, de acôrdo com a seguinte declaração de voto:

Fiquei vencido no julgamento, pois concedi a segurança impetrada. Não há como negar a existência, na espécie, de uma relação contratual entre a Municipalidade de São Paulo, de um lado, e os impetrantes de outro lado. Tenho para mim que se trata de um contrato de locação, porque, além de ser essa a terminologia usada pela própria legislação municipal, peculiar ao caso, é o que resulta da natureza mesma do fato jurígeno. Aceito entretanto o nome que se pretenda emprestar ao contrato *sub judice*, mesmo ao arrepio de sua letra e da lei que o autorizou. Sem me filiar à corrente dos juristas de orientação nìtidamente publicista, não nego a influência do direito administrativo e de suas peculiaridades nos atos bilaterais em que a administração pública intervém como parte. Aceito ainda a teoria da revocabilidade dos atos administrativos,

com as restrições da doutrina, mas não posso me submeter sem abjuração dos mais rudimentares preceitos de direito, à executoriedade dos atos revocatórios, *ex proprio marte*, sem lei que autorize e em detrimento de direitos subjetivos oriundos do contrato legítimo, perfeito e acabado, como na espécie. A violência, o abuso da autoridade, o alardeado descumprimento das obrigações contratuais não se escudam na alegada e inexistente precariedade, porque não há que falar em precário quando a relação jurídica nasce de um contrato bilateral e ainda porque o precário não está fora da lei e não se presume nem em face da administração pública, nem no terreno possessório. — *H. da Silva Lima*, com a seguinte declaração de voto.

Também deneguei a segurança, porque não se me deparou no ato do Exmo. Sr. Prefeito Municipal uma ilegalidade manifesta, patente, capaz de ser corrigida pelo mandado que se buscou. E o Poder Judiciário só deve tolher a ação administrativa quando o ato é manifestamente ilegal. Desde que, em tese, contenha-se nos poderes legítimos e funde-se em textos de lei, e se tenha executado normalmente, sem, ao menos, na aparência, qualquer vestígio ou indício de arbítrio ou violência, deve ser mantido, salvo ao interessado o recurso à ação anulatória ou de invalidação do ato. Ora, conceder e cassar licenças para ocupação de espaços nos mercados é ato privativo da autoridade municipal, apontada como coatora. O uso dêsses espaços não constitui locação, porque se trata de matéria de direito administrativo, e não de direito civil (*Rev. dos Tribs.*, 185/827), estando, aliás, os mercados subordinados à fiscalização da autoridade administrativa (Cooley — *Const. Limitations*, págs. 743 e 744). A lei atribui ao Município não só o poder de construir senão também o de explorar os mercados, bem como o de fiscalizá-los para evitar o atravessamento, os monopólios, assegurando a observância dos requisitos de higiene (C. Martim Silva, *Direito Público Municipal*, pág. 195). Observa ainda êste mesmo ilustre escritor que as leis do inquilinato não se aplicam às de locações nos mercados (ob. cit., pág. 196). De resto, as leis de locações, do âmbito do direito civil, só se referem a imóveis e não a espaços nos mercados, tratados pelo Ato Municipal n.º 888, de 8 de julho de 1935. Finalmente, nas locações em que seja parte a pessoa jurídica de direito público, a jurisprudência tem repelido a aplicação da lei civil (*Rev. dos Tribs.*, 149/222). O decreto-lei n.º 9.669, de 1946, chegou mesmo a dispor, sem necessidade, que a lei de luvas não se aplicava às locações em que sejam partes as entidades do direito público interno (art. 28), e òbviamente, porque a locação de bens públicos rege-se por preceitos especiais (Voto meu na apelação n.º 47.848, de Rancharia; Amaro Cavalcânti, *Finanças*, pág. 118 e 485).

Também entendi que a autoridade municipal, que ordenou o ato, tinha, necessàriamente, competência para dar-lhe execução, porque esta decorre do poder de expedi-lo. Não há necessidade de recorrer à autoridade judiciária, que não exerce contrôle administrativo sôbre a primeira (A. Lentini, *La Giustizia Amministrativa*, pág. 68; Tito Prates da Fonseca, *Direito Administrativo*, pág. 363). O ato administrativo deve ser cumprido, em princípio, como nêle se contém (Matos Vasconcelos, *Direito Administrativo*, I, pág. 122).

Obrigar a autoridade administrativa a obter o assentimento, a aquiescência, o *nihil obstat* prévio do Poder Judiciário, para execução de seus atos, é violar o princípio da independência dos poderes, e produzir uma verdadeira revolução administrativa, determinando a paralisação dos serviços que lhe incumbem. Tomado o ato em forma regular, pela autoridade legítima, deve ser cumprido, deixando-se ao interessado o direito de discuti-lo pela ação própria ou pela indenização.