VIA PÚBLICA — USO COMUM

— Os bens públicos de uso comum do povo não são objeto de posse de particular, mas de simples detenção.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

José Januário Dias e outros *versus* Prefeitura Municipal de Belo Horizonte
Agravo de petição n.º 7.071 — Relator: Sr. Desembargador Cunha Peixoto

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 7.071, da comarca de Belo Horizonte, sendo agravantes, José Januário Dias e outros e agravada a Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, acordam os Juízes da Quinta Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por votação unânime e adotando o relatório de fls. como parte integrante dêste, negar provimento ao recurso para confirmar a sentença agravada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

I — José Januário Dias e outros, comerciantes, pleiteam, por meio dêste mandado de segurança que lhes assegure o direito de continuar a negociar no trecho da rua Goitacazes, ao lado do Mercado, eis que locaram à Prefeitura o trecho da via pública, onde estão localizados.

O Juiz, em magnífica sentença, cuja publicação se recomenda, negou a segurança.

II — Dois são os pressupostos a serem obedecidos para a concessão do mandado de segurança: existência de um direito líquido e certo e de um ato de autoridade que importe em ilegalidade ou abuso de poder.

Não forneceram os impetrantes elementos de certeza de seu direito. Dos autos não se pode concluir sejam êles comerciantes e locatários de "áreas" determinadas, localizadas naquele trecho da via pública, ao lado do Mercado Municipal. Os documentos de fls. 7 e 8 não provam locação. Sua cobrança diária, como bem acentuou a sentença recorrida, mostra que se trata de uma taxa e não do preço de aluguel.

Bastaria essa circunstância para que os recorrentes não lograssem êxito em suas pretensões.

IV — O segundo pressuposto do mandado de segurança é que seja contra ato de autoridade que importe em ilegalidade ou abuso de poder.

No caso *sub judice* não há, no ato da autoridade, nenhuma ilegalidade. Ao contrário, sua decisão comporta dentro dos podêres que lhe são conferidos pela lei, consistindo mesmo em reparar um êrro que, há muito, vinha sendo cometido por esta e passadas Administrações.

Com efeito, trata-se de uma rua e é sabido que os bens de uso comum do povo não podem ser suscetíveis de uma posse exclusiva. Carvalho dos Santos sustenta mesmo, que, embora os bens de uso comum do povo pertençam a pessoa de direito público em cuja administração se encontram, a concessão de posse exclusiva dêstes bens a determinada pessoa enseja, por parte do particular prejudicado, ação contra a Administração. Escreve o comentador do Código Civil: "se o indivíduo tem um incontestável direito ao uso das coisas do domínio público é claro que terá ação que o proteja, em face do terminante preceito do art. 76 dêste Código: a todo direito corresponde uma ação que o assegura. Não se lhe pode negar, portanto, o direito à ação popular para a tutela de uso sôbre a coisa comum do povo, desde que prove um interêsse direto e pessoal na conservação da coisa pública. A ação dos particulares pode

ser intentada contra a administração ou contra outros particulares" (*Código Civil Brasileiro Interpretado,* vol. II, pág. 153).

As ruas, bens de uso comum do povo, só perdem esta característica, se forem, por lei, mudada sua destinação. Enquanto tal não acontece não é possível atribuir, com exclusividade, sua ocupação a determinadas pessoas e, desta maneira, a Prefeitura, evitando que tal ocorresse, longe de praticar um ato abusivo se comportou no âmbito do direito e da lei.

V — Por outro lado, embora os bens públicos sejam normalmente franqueados ao público e de utilização gratuita, nada impede que esta gratuidade esteja sujeita a restrições. A cobrança pelo seu uso permite-o o Código Civil. Estabelece o artigo 68: "O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme as lei da União, dos Estados ou dos Municípios, a cuja administração pertencerem".

Entretanto, esta cobrança não concede ao particular nenhuma garantia, desde que os bens não percam sua característica de uso comum do povo, uma vez que a permissão de utilização tem sempre a característica de precariedade. Apadrinha nossa opinião Temístocles Cavalcânti: "Sendo inalienáveis e imprescritíveis os direitos dos Estados sôbre os bens públicos, de qualquer natureza, as concessões dadas para exploração ou ocupação dêsses bens devem ter sempre o caráter precário, isto é, não podem importar na transferência dêsses bens para o domínio privado. Estas concessões, mesmo, são precárias, no sentido de rescindíveis a qualquer tempo (*Tratado de Direito Administrativo,* vol. V, pág. 77).

Desta maneira, o particular não pode nunca exercer, com relação à área reservada ao uso comum do povo, ação possessória contra a Administração porque a sua posse, se se tratasse de posse, seria sempre precária em relação à administração. Os bens públicos de uso comum não estão sujeitos à posse pelo particular, mas à simples detenção.

Ora, se os impetrantes, antigos ocupantes da via pública, não tinham contra a Administração, pela sua desocupação, ação possessória, muito menos lhe ampararia o mandado de segurança.

Por isso é que, com muita propriedade, afirmou Amilcar de Castro, no acórdão proferido na apelação nº 7.170, da comarca de Belo Horizonte: "Não pode haver direito de comerciar no meio da rua, impedindo o trânsito público e emporcalhando as calçadas".

Belo Horizonte, 1º de outubro de 1959. — *Cunha Peixoto,* Presidente e Relator. — *Paula Andrade.* — *Pontes da Fonseca.*

RELATÓRIO

José Januário Dias e outros, comerciantes nas imediações do Mercado Municipal, impetraram mandado de segurança contra o ato do Exmo. Sr. Prefeito Municipal que determinou a retirada dos autores da área que vinham ocupando.

Aduziram, em prol de seu direito, haver o Departamento de Abastecimento da Prefeitura lhes dado em locação áreas variáveis para comerciar, tendo sido a concessão das locações procedidas após a matrícula dos impetrantes, nos têrmos das Leis Municipais.

A autoridade dita coatora prestou as informações de lei, nas quais, preliminarmente, sustenta não terem os impetrantes direito líquido e certo, uma vez que não apresentaram prova documental de serem comerciantes, seja no Mercado Municipal, seja em áreas adjacentes.

No mérito, afirma que na verdade, a Administração municipal depois do incêndio verificado nas imediações do Mercado Municipal, entendeu de evitar que os impetrantes se localizassem, com seus comércios, nas imediações do Mer-

cado, em vias públicas, mas que, assim procedeu, porque se trata de uma via pública, de uso comum do povo, de modo que o fato dêles pagarem taxa de ocupação ou aluguel diário ou que tenha havido uma tácita concordância da Administração pública, não lhes assegura direito ao uso exclusivo daquela via pública, como estavam fazendo. E que — acrescenta — "as ruas, bens públicos de uso comum do povo, são inalienáveis e estão fora do comércio, não podendo conseqüentemente ser entregues a um uso especial que lhes tire o destino legal. A sua ocupação com fins privados só se aceita como tolerância ou permissão revogável a qualquer momento, desde que seja compatível com o uso comum".

O MM. Juiz negou a segurança e os vencidos, oportunamente, agravaram, tendo o recurso sido contraminutado às fls. 128 v. e a decisão mantida pelo Juiz às fls. 134.

Ouvida a Procuradoria Geral do Estado, falou o Subprocurador, Dr. Luiz Franzen de Lima, que opinou no sentido de ser mantida a sentença. Remessa e preparo normais. Peço dia para julgamento.

Belo Horizonte, 19 de setembro de 1959. — *Cunha Peixoto.*

SENTENÇA

Vistos, etc.

José Januário Dias, José Amaro de Oliveira, José Lopes Medeiros, Otávio Emídio Machado, José Martins de Almeida Filho, Sebastião Carneiro de Andrade, Altamiro Lopes Ferreira, José Quintino de Andrade, Arami de Paula Rodrigues, José Nogueira de Castro, José Pedro da Silva, Heitor Fernandes Lobo, Paulo Malheiros, Antônio Vicente da Paixão, Geraldo Rodrigues Gomes, José Antônio Justino, Mauro Gomes de Oliveira, Gentil Paulino Maia, Francisco Leandro de Oliveira, Raimundo Nonato de Almeida, Raimundo Nogueira dos Santos, Belizário Araújo de Andrade, Raimundo Batista de Araújo, Pedro da Silva Maia, Sílvio José da Silva, Egídio Sotero dos Reis Chagas, José Quintino da Cruz, José Pinto Filho, Militão dos Santos, Ataíde Mendes Baião, José Gonçalves de Oliveira, Antônio Cândido de Rezende, — ao todo trinta e dois — brasileiros, casados uns e solteiros outros, comerciantes, impetraram o presente mandado de segurança contra ato do Sr. Prefeito Municipal desta Capital, para que possam voltar a comerciar nas áreas que lhes foram concedidas, segundo as normas legais e regulamentares do Mercado Municipal, situadas junto ao referido Mercado.

Alegam os impetrantes:

I — "Que o Departamento de Abastecimento da Prefeitura de Belo Horizonte lhes deu em locação áreas de dimensões variáveis para comerciarem junto ao Mercado Municipal";

II — "Que as locações foram concedidas depois das matrículas respectivas dos suplicantes, conforme preceitua o artigo 5º, § 1º, 2º e 3º da Lei municipal nº 49, de 14 de outubro de 1948";

III — "Que tornaram-se locadores, obedecendo ao mesmo conjunto de disposições que regem a locação dos cômodos, conforme estabelece o art. 40 da Lei nº 49, de 14 de outubro de 1948, que diz: "Os ocupantes da área estão sujeitos, no que lhes fôr aplicável, às disposições dêste Regulamento (Reg. do Mercado Municipal), referentes aos locatários";

IV — "Que o aluguel dêstes locais (áreas) é cobrado por m², conforme taxa fixada pela Prefeitura e conforme se vê nos comprovantes anexos (nº 1)".

Depois de transcreverem os artigos 23 e 24 do citado Regulamento, os impetrantes alegam que, segundo o mencionado art. 24, há um prazo para o arrendamento" ... são feitos pelo prazo de três anos, podendo ser prorrogados, se..."

Continuam:

VI — "Ora, esta mesma Prefeitura, esquecendo-se daqueles compromissos contratuais e regulamentares do Mercado, envia uma ordem verbal, acompanhada de Fôrça Policial, para que aquêles entreguem, dentro de 10 (dez) dias, as suas barracas e áreas e deixem de comerciar junto de suas locações no Mercado Municipal";

VII — "A ordem do Exmo. Sr. Prefeito vem de encontro às leis que regulam as locações: Decreto nº 24.150, de 20 de abril de 1934, e Lei nº 1.300, de 28 de dezembro de 1950".

Portanto, concluem:

"... é uma ordem ilegal.

E mais: é absurda, pelo acompanhamento ostensivo de Fôrça Policial, que antes mesmo de correrem os infundamentados 10 (dez) dias, já impede justamente aquêles que foram sacrificados com um recente e pavoroso incêndio (com prejuízos totais) de exercerem suas atividades em seus respectivos locais".

Ainda:

IX — "Agrava-se a situação contra o ato abusivo do Sr. Prefeito ao se saber que aquêles comerciantes pagam, além das taxas de aluguel de área, uma taxa de armazenamento, que responsabiliza a Prefeitura pelos danos causados por acidente.

Ao invés de receberem aquêles comerciantes a colaboração (que não é nada mais nada menos que obrigação contratual) da Prefeitura para sanar seus prejuízos, se vêem privados de seu sagrado direito de comerciar nos locais arrendados..."

Impetram, afinal, a segurança, com o objetivo já mencionado.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 6 e 7.

A autoridade impetrada prestou as informações de fls. 45 a 61 e ofereceu os documentos de fls. 62 a 94v.

Sustenta, de início, que os suplicantes não têm direito líquido e certo e não apresentaram qualquer prova documental de comerciantes, seja no Mercado Municipal, seja de locadores em áreas a êle próximas.

Afirma que os impetrantes se acham desaparelhados dos pressupostos de fato indispensáveis para o apêlo à via excepcional do "writt", além de, pela imprecisão do libelo — procurando dificultar a defesa — oferecer o caráter de inépcia do ponto-de-vista jurídico, com a conseqüência processual da absolvição de instância.

Releva acentuar — acrescenta — que os peticionários Militão dos Santos e Antônio Cândido de Rezende, não ocupando qualquer área, falta-lhes qualidade para ingressar em Juízo.

Continua:

"Ocorrendo o "recente e pavoroso incêndio" a que se refere a inicial, entendeu a administração municipal oportuno evitar que o fato se repetisse, aliando a essa razão de decidir, altos interêsses da cidade, fazendo desobstrução completa do local ocupado pelos barraqueiros entre os quais muitos dos impetrantes".

E ainda:

Daí o impedimento oposto a que se reconstruíssem barracas destruídas e a notificação para que os atuais ocupantes de áreas as abandonassem, sendo entretanto inverídico que isso se fizesse com fôrça policial.

O ato nada teve de arbitrário, fundado que foi em razões de interêsse público, como se depreende das informações do Serviço do Plano Diretor desta Prefeitura e da que foi fornecida, por nímia gentileza do Departamento de Polícia Técnica dêste Estado".

Depois de transcrever essas informações, acrescenta que os impetrantes, salvo Militão dos Santos e Antônio Cân-

dido de Rezende, são vendedores que se reúnem no trecho da rua Goitacazes, entre as ruas Curitiba, Santa Catarina e Avenida Amazonas, junto ao Mercado Municipal, utilizando-se de barracas de lona e madeira para o seu comércio.

Depois de fazer referência à situação dos chamados "barraqueiros", ajunta:

"Notório é que o trecho da rua Goitacazes onde pretendem conservar-se os impetrantes foi impedido por êles ao uso comum do povo, nada importando para lhes legitimar a ação que paguem taxa de ocupação ou aluguel diário, nem que tenha havido uma tácita concordância da administração pública".

"É que as ruas, bens públicos de uso comum do povo, são inalienáveis e estão fora do comércio, não podendo conseqüentemente ser entregues a um uso especial que lhes tire o destino legal. A sua ocupação com fins privados só se aceita como tolerância ou permissão revogável a qualquer momento, desde que seja compatível com o uso comum".

Após várias considerações pertinentes à doutrina aplicável ao caso, afirma:

"Ainda que estivessem estabelecidos em área do Mercado Municipal, não se lhes aplicaria o mesmo regime dos locadores daquele prédio público, de vez que dispõe a Lei municipal nº 49, de 14 de outubro de 1948, citada em seu artigo 2º, § 1º, que "nas áreas abertas centrais e laterais serão permitidas, a título precário, instalações de pequenas bancas e estrados para varêjo de legumes, hortaliças, raízes alimentícias, tubérculos, frutas frescas, flôres e ovos".

Assim acrescenta:

"... tivesse o trecho da rua Goitacazes perdido a sua destinação de uso comum, mesmo assim a localização dos impetrantes em áreas seria de caráter precário, o que vale dizer, revogável a qualquer momento, a critério da administração, sem qualquer direito a indenização".

Outras considerações foram feitas, inclusive citação de decisões prolatadas em casos semelhantes.

O representante do Ministério Público emitiu o parecer de fls. 102 a 105, no sentido de ser denegada a segurança pleiteada.

Isto pôsto:

Vê-se da leitura dos autos que José Januário Dias e outros, comerciantes no Mercado Municipal, matriculados na Prefeitura local, com exceção de dois — Militão dos Santos e Antônio Cândido de Rezende — ingressaram em juízo com a súplica de fls. 2 a 5, pretendendo opor-se, pela via excepcional do mandado de segurança, ao ato do Sr. Prefeito desta Capital, que determinou a retirada dêles das áreas que vinham ocupando nas imediações do referido centro de comércio, atingidas pelo incêndio que se propagou naquele local no dia 19 do mês de abril do corrente ano, pleiteando o retôrno de suas barracas aos lugares primitivos.

Da leitura da apresentação desenvolvida pelos impetrantes, ao cotejo das informações trazidas a Juízo pela autoridade impetrada, verifica-se que a medida extraordinária disputada não encontra fundeadouro na lei, na doutrina e muito menos na jurisprudência dos tribunais.

De feito, se o mandado de segurança é um processo de rito especial e sumaríssimo destinado ao amparo de direito líquido, certo e incontestável, violado ou ameaçado por ato do poder público, manifestamente ilegal, de direitos cuja demonstração evidente aconselha proteção imediata, e ainda, se certo e incontestável é sòmente aquêle direito que, ao ser invocado perante o Juiz, se apresenta com tôdas as características de evidência concreta, não necessitando ser provado através das formalidades processuais normais, — é de concluir-se que, na espécie em julgamento, a medida pleiteada não pode ser concedida, porque, por sem dúvida, o direito

invocado pelos impetrantes não se mostra assim reconhecível, desde logo, independente de indagações posteriores, relativas à prova e ao direito.

A locução *direito líquido e certo,* segundo Temístocles Cavalcânti, faz sentir judiciosamente que a noção de *liquidez* está ligada à de *quantidade,* de *valor* (*Do Mandado de Segurança,* pág. 83).

A referência à liquidez e certeza do direito tem em vista os aspectos de fato da relação jurídica, as circunstâncias concretas, determinantes da incidência do Direito Positivo, em suma, os pressupostos materiais da individualização da norma genérica, que, fazendo-a aplicar-se em espécie, dão origem a direito subjetivo (M. Seabra Fagundes, O *Contrôle dos Atos Administrativos,* pág. 309, 3ª ed.).

Assim, consoante o ensino de Seabra Fagundes, ter-se-á como líquido e certo o direito, cujos aspectos de fato se possam provar, documentalmente, fora de tôda a dúvida, aquêles cujos pressupostos materiais se possam constatar ao primeiro exame (ob. cit., pág. 309).

Para o douto Castro Nunes, direito líquido e certo é "o direito provado de plano, documentalmente, sem necessidade de provas complementares, nem maior debate elucidativo dos fatos; isto é, pôsto em têrmos de ser declarado, o que vale por uma condição processual, decorrente das possibilidades reduzidas do rito do *habeas-corpus,* a que está sujeito o mandado de segurança" (*Do Mandado de Segurança,* pág. 100, 5ª ed).

Com efeito, nesse processo especial, não se admite alta indagação de fatos intrincados, complexos ou duvidosos. E, no caso dos autos, ao que tenho, *data venia,* não se pode dizer que o suposto direito dos impetrantes seja dessa natureza. De fato, êsse direito não aparece *prima facie* e *ad satiem* claro e induvidoso, de molde a tornar indiscutível a procedência da pretensão dos impetrantes e propiciar um conhecimento exato da questão posta em julgamento.

Não ofereceram os impetrantes, realmente, elementos de certeza a respeito da situação focalizada e exposta na inicial. Dos autos, não se pode concluir sejam êles comerciantes e locatários de "áreas" determinadas no Mercado Municipal.

Declararam que "as locações" foram concedidas depois das matrículas respectivas, mas não exibiram nenhum documento comprobatório das mencionadas matrículas e muito menos sôbre as alegadas "locações", o que, na espécie, seria necessário.

Pelos documentos de fls. 7 e 8 não se pode dizer, com proveito, para logo e sem receio de contradita, que os impetrantes se "tornaram locatários" das áreas anteriormente ocupadas por êles, pois a expressão — "aluguel de áreas" — contida nos recibos apresentados, não significa que tenha sido celebrado um verdadeiro contrato de locação entre a Prefeitura e os postulantes, por isso que a "locação", na hipótese dos autos, se regula por princípios jurídicos próprios, subordinados ao direito administrativo, servindo as normas de direito privado apenas de orientação geral.

Não há, na verdade, nenhuma relação contratual entre os impetrantes e a Municipalidade. Pelo menos, nenhuma prova foi produzida nesse sentido.

Mas, ainda que houvesse alguma relação de direito entre os impetrantes e a Prefeitura, por certo seria ela regida pelo direito administrativo e nunca por regras de direito comum. Estariam, portanto, as referidas "locações" subordinadas à concorrência pública.

Dir-se-á, porém, que os impetrantes, pagando um impôsto pelas áreas, têm direito de reconstruir e manter suas barracas nessas áreas.

Esmarrida parece-me a alegação, pois, como ficou esclarecido, trata-se, no caso em aprêço de uma cobrança

diária, não podendo, portanto, a situação ser equiparada ao contrato de locação. A avença firmada entre os impetrantes e a Prefeitura não se equipara nem mesmo à situação dos ocupantes dos cômodos situados no interior do Mercado.

Se não existe, no caso, contrato de locação, despicienda é, a meu ver, a alegação de que os impetrantes são "locatários". Ao contrário do que afirmam, devem ser considerados simples vendedores e, nessa qualidade, estão sujeitos ao pagamento de tributos, mas não adquirem nenhum direito aos lugares que lhes foram destinados pela administração municipal.

Convinhável é que se diga, a lanço, que as concessões dadas a particulares para utilização de bens públicos têm o caráter nitidamente precário, pois o uso privado dos bens públicos não possui fundamento jurídico. Admite-se êsse uso por simples tolerância ou mera permissão.

Ainda que os impetrantes estivessem estabelecidos em áreas internas do Mercado, não se lhes aplicariam os preceitos legais atinentes aos locatários dos cômodos, por isso que a Lei Municipal nº 49, de 14 de outubro de 1948, no § 1º de seu art. 2º, dispõe que "nas áreas abertas centrais e laterais serão permitidas, a título precário, instalações de pequenas bancas e estrados..."

Ora, se assim está disposto na lei citada, se a permissão é a título precário, não podem os impetrantes pretender, por esta via especial, um decreto autorizando a reconstrução das barracas. Não se trata, evidentemente, de um direito líquido e certo.

No acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, lembrado pela autoridade impetrada, lê-se:

"Ora, entre as organizações dos serviços municipais, se encontram os mercados públicos, destinados ao abastecimento às populações das grandes cidades dos gêneros de primeira necessidade. Ao município, portanto, compete criar êsses serviços, estabelecendo as condições várias de sua exploração, assim no que concerne ao seu comércio, como no que diz respeito à situação ou posição dos que o exercitam (vêde Pontes de Miranda, *Constituição de 1934*, vol. I, pág. 392). Pela própria natureza de tal serviço, é bem de ver, o particular que concorre para sua realização, não pode invocar regras de direito privado para disciplinar sua posição jurídica frente ao poder público. Por isso mesmo, êste, ao concedêr-lhe essa posição, fá-lo a título precário, para que possa, a todo e qualquer tempo, modificá-la ou suprimi-la, se assim exigirem as condições do serviço", (*Revista Forense*, vol. CXI, pág. 186).

Face ao exposto, vê-se que o ato do Sr. Prefeito Municipal, impedindo que os impetrantes reconstruam suas barracas e se mantenham nas imediações do Mercado Municipal, no trecho da rua Goitacazes, entre as ruas Curitiba, Santa Catarina e Avenida Amazonas, não pode ser considerado como praticado com abuso de poder. Competindo à Prefeitura disciplinar a posição daqueles que negociam no Mercado, quer na parte interna, quer nas suas proximidades, o ato do Sr. Prefeito, vulnerado pelos impetrantes, não merece censura.

Nem vingaria, na espécie, a alegação de que se trata de um ato injusto, pois a simples injustiça de um ato não pode ser apreciada por mandado de segurança, que só dá remédio a patente ilegalidade do ato (*"Revista Forense"*, vol. CXXIX, pág. 529).

A Municipalidade, a meu ver, no exercício de poder administrativo, pode agir com liberdade, a fim de estabelecer as condições necessárias ao melhor aproveitamento e execução do serviço de abastecimento do Mercado.

Segundo decidiu o egrégio Tribunal de Justiça dêste Estado, no acórdão transcrito na certidão apresentada pela autoridade impetrada (fls. 88v.).

"Embora a Constituição federal assegure a liberdade de profissão, não padece contestação o Poder Municipal de fixar regras para o exercício do comércio, dispondo sôbre localização e...".

Dêsse modo, denego o mandado de segurança que José Januário Dias e outros impetraram contra o Sr. Prefeito Municipal desta Capital. Custas pelos impetrantes. P. I. e comunique-se.

Belo Horizonte, 2 de junho de 1959. — *Gerson de Abreu e Silva,* em substituição.