

RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL POUL ERIK
DYRLUND
APELANTE : UNIAO FEDERAL
APELADO : JOAO CARLOS RODRIGUES NETO
ADVOGADO : SAULO JUNGER DUARTE E OUTROS
REMETENTE : JUIZO DA 4ª VARA FEDERAL CIVEL DE
VITORIA-ES
ANOTAÇÃO : DUPLO GRAU
ORIGEM : 4ª VARA FEDERAL CÍVEL DE VITÓRIA/ES
(200450010127009)

RELATÓRIO

Trata-se de Remessa Necessária e Recurso de Apelação Cível interposto pela ré UNIÃO FEDERAL contra sentença proferida nos autos da ação de rito ordinário, em que a parte autora objetiva a declaração do direito de aforamento de área acrescida de marinha, inclusive com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, visando a determinação *incontinenti* da lavratura do respectivo contrato de aforamento.

A sentença objurgada resumiu a causa petendi:

“O autor aduz, em síntese, que é detentor do direito preferencial sobre a área localizada na Ilha da Baleia, antes conhecida como Ilha dos Práticos, que abrange uma área acrescida de marinha de aproximadamente 19.000 m², próxima ao município de Vila Velha.

Inicialmente, aponta que adquiriu o imóvel em 06 de janeiro de 1976, e que tal área encontra-se ocupada, comprovadamente, desde o ano de 1901 (fl.20), sendo que a ocupação se consumou pela implantação de benfeitorias estimáveis antes de 1940.

Que em julho de 1976 realizou a primeira solicitação formal de reconhecimento do regime de aforamento perante GRPU, a qual se manteve silente, até a presente data, acerca do requerimento protocolizado.

Ainda, ressalta que chegou a obter na esfera administrativa a concessão do aforamento por parte do Delegado do Patrimônio da União, tendo sido lavrada, inclusive, minuta do contrato de constituição de aforamento, que, após, foi aprovada pela

Procuradoria da Fazenda Nacional à época (fl.36 v). E mais, salienta que a tramitação do procedimento administrativo seguiu regularmente, com publicação no DO e jornais locais, sendo que todos os interessados se manifestaram favoravelmente à constituição do aforamento.

Segundo o Autor, a própria SPU elaborou laudo de avaliação que confirma o direito de preferência consoante o que dispõe o art. 105 do DL 9760/46.

Finalmente, informa que está em dia com suas obrigações perante o SPU, não sendo este também motivo para a não formalização do contrato, já que supõe que a intenção da União em retardar o aforamento seria a receita percebida em razão do regime atual, qual seja o de ocupação, mais oneroso que o regime de aforamento ao qual faz jus”.

A Douta Magistrada a quo às fls.173/180, antecipou os efeitos da tutela, para determinar que a União Federal , através do órgão com atribuição para tanto, cumpra o despacho concessivo de aforamento, proferido no processo administrativo no. 078300743/76, concluindo o contrato de aforamento, conforme o requerido, no prazo de 30 dias, sob pena de cominação de multa a ser fixada por este juízo, e julgou procedente o pedido, para declarar o direito de preferência do Autor relativamente à área constante da inicial, bem como condenar a União na obrigação de fazer consistente na concretização do despacho administrativo exarado no dia 22/08/77, com a conseqüente assinatura do contrato de aforamento, conforme já deferido administrativamente. Condenando, ainda, a União ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa e a restituição ao Autor dos valores recolhidos a título de custas processuais, devidamente corrigidos.

Irresignada com o decisum, a União interpõe recurso de apelação (fls. 183/194), ponderando:

a) – que “O terreno objeto da presente ação é terreno da marinha, conforme a linha do preamar médio do ano de 1.831 (art. 2º, Decreto-lei nº 9.760/46), sendo que, no caso, merece ser ressaltado que o Autor não é titular de “direito” de preferência, por diversas razões, dentre as quais se pode citar:

a) segundo a regra posta pelo § 2º do art. 64 do Decreto-Lei 9.760/46, o aforamento é sempre precário, somente se dando quando coexistirem a conveniência de radicar-se o indivíduo ao solo e a de manter-se o vínculo da propriedade pública; vê-se assim que a norma não obriga – mas faculta – a Administração a conceder aforamento.

c) a lei não ampara os argumentos postos pelo Autor, aliás, ela estabelece os pressupostos para a criação da expectativa do direito de aforar, sendo a apreciação e definição dessa matéria de competência da Administração Pública, especialmente da Secretaria do Patrimônio da União”.

b) – que “As inscrições de ocupação dos terrenos da União constituem ato unilateral da Administração Pública, tendo como condição a revogação da permissão – leia-se também tolerância da ocupação – se surgida a necessidade da utilização dos terrenos em serviço público, nos exatos termos da lei (art. 64 c/c 131 e 132 do DL nº 9.760/46)”. Sobre isto merece citação o Parecer aprovado em 26/09/87, pelo Eminentíssimo Procurador-Chefe da PGFN, publicado na Revista “Pareceres da PFN, 1983”:

“a ocupação é ato jurídico, mas não produz qualquer relação jurídica. Estamos no campo do Direito Público, pelo que não se há de confundir os seus princípios com as regras ditadas pelo Direito Privado. Quando a administração inscreve uma ocupação o faz por força do Jus Imperii. Assume uma atitude registral, documental, contemplativa e unilateral, mesmo que o interessado haja requerido o procedimento administrativo. Não se cogite, pois, de existência de relação jurídica”.

Consoante esclarecimento oferecido pela Secretaria do Patrimônio da União, por intermédio de sua Gerência Regional, o terreno em discussão é Terreno Marinha.

c) – que “O SPU é órgão responsável pela análise dos pedidos de aforamento, sendo esta atribuição concedida por

força de lei. A Lei nº 9636, de 15/05/98, publicada no DOU, de 18/05/98, ratifica a representação da PFN, no seu artigo 40”:

“Será de competência exclusiva da SPU, observado o disposto no art. 38 e sem prejuízo das competências da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, previstas no Decreto-lei nº 147, de 03 de fevereiro de 1967, a realização dos aforamentos, concessões de direito real de uso, locações, arrendamentos, entregas e cessões a qualquer título de imóveis de propriedade da União ...”

d) – que “A r. sentença determina o que a Administração Pública deve fazer na seara do procedimento discricionário. Esta atitude fere a tripartição de poderes, quando tem o Poder Executivo a função de gerir seu patrimônio. A decisão fez do Poder Judiciário o administrador dos bens da União, todavia não pode, e nem tem o Estado Juiz a atribuição para gerir os bens públicos.

Ao determinar a conversão do regime de ocupação em aforamento, o Douto Juízo a quo extrapolou os limites de sua atribuição. O Poder Executivo é a função do Estado que deve determinar a gerência patrimonial, de forma que não pode o Poder Judiciário dizer qual é a forma de sua atuação”.

e) – que “Diz o Apelante que o § 2º do art. 49 do ADCT “veio assegurar aos ocupantes de terrenos de marinha, o direito ao recebimento dos respectivos títulos.

(...)

O art. 49 do ADCT é norma de eficácia limitada: prevendo para o futuro situações como a dos foreiros, na extinção da enfiteuse, e a dos ocupantes, com a previsão de outra modalidade de contrato, não tendo, todavia, por escopo, enquanto norma genérica, alterar a definição do que sejam terrenos da marinha e acrescidos ou revogar o DL 9760/46, que, de forma clara, foi recepcionada pela Constituição de 1988”.

Contra-razões da parte autora (fls. 204/218).

Manifestação do Representante do MPF às fls.225/226, opinando pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

POUL ERIK DYRLUND

Relator

VOTO

A decisão objurgada resumiu a questão:

“Trata-se de Ação Ordinária, movida por João Carlos Rodrigues Neto em face da União Federal, objetivando a declaração do direito ao aforamento de área acrescida de marinha, inclusive com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, visando a determinação in continenti da lavratura do contrato de aforamento.

O autor aduz, em síntese, que é detentor do direito preferencial sobre a área localizada na Ilha da Baleia, antes conhecida como Ilha dos Práticos, que abrange uma área acrescida de marinha de aproximadamente 19.000 m², próxima ao município de Vila Velha.

Inicialmente, aponta que adquiriu o imóvel em 06 de janeiro de 1976, e que tal área encontra-se ocupada, comprovadamente, desde o ano de 1901 (fl.20), sendo que a ocupação se consumou pela implantação de benfeitorias estimáveis antes de 1940.

Que em julho de 1976 realizou a primeira solicitação formal de reconhecimento do regime de aforamento perante GRPU, a qual se manteve silente, até a presente data, acerca do requerimento protocolizado.

Ainda, ressalta que chegou a obter na esfera administrativa a concessão do aforamento por parte do Delegado do Patrimônio da União, tendo sido lavrada, inclusive, minuta do contrato de constituição de aforamento, que, após, foi aprovada pela Procuradoria da Fazenda Nacional à época (fl.36 v). E mais, salienta que a tramitação do procedimento administrativo seguiu regularmente, com publicação no DO e jornais locais, sendo que todos os interessados se manifestaram favoravelmente à constituição do aforamento.

Segundo o Autor, a própria SPU elaborou laudo de

avaliação que confirma o direito de preferência consoante o que dispõe o art. 105 do DL 9760/46.

Finalmente, informa que está em dia com suas obrigações perante o SPU, não sendo este também motivo para a não formalização do contrato, já que supõe que a intenção da União em retardar o aforamento seria a receita percebida em razão do regime atual, qual seja o de ocupação, mais oneroso que o regime de aforamento ao qual faz jus”.

A pretensão autoral restou acolhida:

“Assim, nos termos da fundamentação supra, confirmo os termos da tutela deferida e JULGO PROCEDENTE OS PEDIDOS, para declarar o direito de preferência do Autor relativamente à área constante na inicial, bem como, condenar a União na obrigação de fazer consistente na concretização do despacho administrativo exarado no dia 22/08/77, com a conseqüente assinatura do contrato de aforamento, conforme já deferido administrativamente.

sob a fundamentação:

“ No caso em comento, pude constatar que o Autor, desde 1976, é o ocupante da área hoje submetida ao regime de ocupação, tendo naquela época protocolizado o primeiro requerimento, junto ao órgão competente, visando à constituição do regime de aforamento.

Pois bem, de acordo com a vasta documentação acostada nos autos há registros de ocupação pacífica da área em questão desde 1901, tendo esta se consumado em razão da implantação, no local, de benfeitorias estimáveis, antes de 1940.

O autor encontra respaldo legal para sua pretensão no art. 105, § 4º e 7º do DL 9760/46, bem como no comando constitucional do art. 49, § 2º, do ADCT. Aliás, a pertinência do direito invocado pelo autor foi expressamente reconhecida pela Administração através da manifestação o órgão competente para tanto (SPU), conforme consta do despacho exarado no dia 22/08/77, o qual passo a transcrever: “ Concedo ad referendum do Senhor Diretor Geral do SPU, o aforamento do imóvel supra-

indicado”.

A constituição do regime de aforamento depende da instauração de processo administrativo anterior. Assim, constato que o procedimento atinente à formalização do contrato de aforamento seguiu seu curso regularmente, inclusive no que tange à manifestação da Procuradoria da Fazenda Nacional no sentido da aprovação da minuta contratual, então apresentada à análise, bem como relação ao atendimento do requisito de prévia audiência dos órgãos públicos e interessados, os quais manifestam qualquer oposição ao aforamento (fls.37/54), em concordância com o que disposto nos artigos 104, 106 e 108 do DL 9760/46.

Em síntese, constato que todos os pressupostos exigidos pela legislação própria para a concessão do aforamento foram reconhecidos como presentes, ou seja, a parte requerente, com base na legislação em comento requereu a providência administrativa, enquanto a parte requerida (Administração Pública), depois de examinar o pedido, sua regularidade e viabilidade, especialmente no que afeta ao ajustamento legal da concessão do aforamento, deferiu a pretensão do requerente, determinando, em seguida, o cumprimento do aspecto formal para a conclusão do contrato de aforamento, o qual já estava minutado e aprovado pela PFN.

Desta forma, entendo que com relação ao pedido de reconhecimento do direito de preferência ao aforamento não subsiste qualquer dúvida.

Portanto, é legítima a pretensão autoral deduzida em face da ré, visto que esta em momento algum apresentou fatos impeditivos do direito do autor, ao contrário, reconheceu a existência do despacho administrativo concessor do aforamento, pendente este de referendium há quase trinta anos, além de afirmar, em sede de contestação, que o autor é detentor de preferência, desde que perante terceiros, mas jamais perante a União, já que o único órgão detentor da atribuição de constituir o regime de aforamento seria o SPU, no exercício da avaliação da conveniência relativamente ao objeto e ao motivo da constituição do mesmo.

Pois bem, entendo que a peculiaridade do caso dos autos está diretamente vinculada à mora administrativa. Após 29 anos

de espera, o Autor assiste à ineficiência administrativa sem obter uma resposta eficaz, digo “eficaz”, porque na realidade estamos diante de um ato composto, onde a vontade autônoma da Administração já foi externada no sentido da concessão do aforamento, estando pendente de concretização apenas os atos instrumentais tendentes à verificação de legitimidade do ato de conteúdo próprio, ou até mesmo de simples ciência em relação ao ato anterior (despacho concessório), portanto, são tidos simplesmente como atos confirmatórios.

Neste caso, não se pode falar em interferência do judiciário na esfera do mérito administrativo, quando a própria Administração já ultrapassou a etapa de avaliação da conveniência em aforar o bem. A questão é simples, e, como já dito, cinge-se ao enfrentamento do outro pedido do autor, qual seja o pedido de condenação da União na obrigação de fazer, correspondente ao aperfeiçoamento do contrato (ato instrumental), conforme deferido administrativamente, o que não está sendo efetivado em razão da mora administrativa exacerbada, traduzida pela conduta ineficiente do SPU.

O princípio da eficiência, conquanto tenha sido erigido ao plano constitucional através do art. 37 caput da CR, ainda não conta com um mecanismo eficaz de combate à desídia administrativa quando o tema é a ineficiência na prestação de serviços públicos. Nesta esteira, à espera da regulamentação prevista no parágrafo terceiro do mesmo dispositivo, administrados continuam a sofrer com as conseqüências destas falhas administrativas, que, em casos como os dos autos, chegam a configurar propriamente “omissão administrativa”.

No caso em comento a ré, através da SPU, silenciou, quando lhe incumbia um agir, e, neste caso, é preciso atribuir efeito ao dito silêncio (fato administrativo). Desta forma, entendo que nos casos em que a lei não dispõe acerca da inércia administrativa, seja em razão do decurso do prazo legal ou, na ausência deste, em virtude do decurso de prazo razoável para o “atuar administrativo”, surge a possibilidade de interferência do judiciário quando provocado para tanto. Explico-me: (1) Não tendo obtido êxito na via administrativa, após quase trinta anos de espera, o autor veiculou pedido de natureza condenatória para cumprimento da obrigação de fazer; (2) tendo o SPU se

manifestado no sentido da concessão do aforamento, pendente tão somente da formalização do contrato (assinatura); (3) ultrapassada, desta forma, a fase de manifestação acerca do mérito administrativo, a omissão configurou-se no que tange a materialização de ato puramente instrumental; (4) o decurso de quase trinta anos, desde a data do despacho que concedeu o aforamento, fez surgir, com relação ao autor, uma situação que se consolidou com o decurso do tempo; (5) diante do reconhecimento do direito do administrado, pelo órgão competente (SPU), cumpre ao administrador praticar⁵ o ato pertinente no sentido de efetivá-lo, ou tecnicamente, torná-lo eficaz; (6) de forma que, diante do silêncio administrativo, se torna perfeitamente cabível a expedição de ordem judicial de cunho mandamental, neste sentido.

Irresignada a União recorre (fls.183/194) ponderando:

a) – que “O terreno objeto da presente ação é terreno da marinha, conforme a linha do preamar médio do ano de 1.831 (art. 2º, Decreto-lei nº 9.760/46), sendo que, no caso, merece ser ressaltado que o Autor não é titular de “direito” de preferência, por diversas razões, dentre as quais se pode citar:

a) segundo a regra posta pelo § 2º do art. 64 do Decreto-Lei 9.760/46, o aforamento é sempre precário, somente se dando quando coexistirem a conveniência de radicar-se o indivíduo ao solo e a de manter-se o vínculo da propriedade pública; vê-se assim que a norma não obriga – mas faculta – a Administração a conceder aforamento.

b) a lei não ampara os argumentos postos pelo Autor, aliás, ela estabelece os pressupostos para a criação da expectativa do direito de aforar, sendo a apreciação e definição dessa matéria de competência da Administração Pública, especialmente da Secretaria do Patrimônio da União”.

b) – que “As inscrições de ocupação dos terrenos da União constituem ato unilateral da Administração Pública, tendo como condição a revogação da permissão – leia-se também tolerância

da ocupação – se surgida a necessidade da utilização dos terrenos em serviço público, nos exatos termos da lei (art. 64 c/c 131 e 132 do DL nº 9.760/46)”. Sobre isto merece citação o Parecer aprovado em 26/09/87, pelo Eminentíssimo Procurador-Chefe da PGFN, publicado na Revista “Pareceres da PFN, 1983”:

“a ocupação é ato jurídico, mas não produz qualquer relação jurídica. Estamos no campo do Direito Público, pelo que não se há de confundir os seus princípios com as regras ditadas pelo Direito Privado. Quando a administração inscreve uma ocupação o faz por força do Jus Imperii. Assume uma atitude registral, documental, contemplativa e unilateral, mesmo que o interessado haja requerido o procedimento administrativo. Não se cogite, pois, de existência de relação jurídica”.

Consoante esclarecimento oferecido pela Secretaria do Patrimônio da União, por intermédio de sua Gerência Regional, o terreno em discussão é Terreno Marinha.

c) – que “O SPU é órgão responsável pela análise dos pedidos de aforamento, sendo esta atribuição concedida por força de lei. A Lei nº 9636, de 15/05/98, publicada no DOU, de 18/05/98, ratifica a representação da PFN, no seu artigo 40”:

“Será de competência exclusiva da SPU, observado o disposto no art. 38 e sem prejuízo das competências da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, previstas no Decreto-lei nº 147, de 03 de fevereiro de 1967, a realização dos aforamentos, concessões de direito real de uso, locações, arrendamentos, entregas e cessões a qualquer título de imóveis de propriedade da União ...”

d) – que “A r. sentença determina o que a Administração Pública deve fazer na seara do procedimento discricionário. Esta atitude fere a tripartição de poderes, quando tem o Poder Executivo a função de gerir seu patrimônio. A decisão fez do Poder Judiciário o administrador dos bens da União, todavia não pode, e nem tem o Estado Juiz a atribuição para gerir os bens públicos.

Ao determinar a conversão do regime de ocupação em aforamento, o Douto Juízo a quo extrapolou os limites de sua atribuição. O Poder Executivo é a função do Estado que deve determinar a gerência patrimonial, de forma que não pode o Poder Judiciário dizer qual é a forma de sua atuação”.

e) – que “Diz o Apelante que o § 2º do art. 49 do ADCT “veio assegurar aos ocupantes de terrenos de marinha, o direito ao recebimento dos respectivos títulos.

(...)

O art. 49 do ADCT é norma de eficácia limitada: prevendo para o futuro situações como a dos foreiros, na extinção da enfiteuse, e a dos ocupantes, com a previsão de outra modalidade de contrato, não tendo, todavia, por escopo, enquanto norma genérica, alterar a definição do que sejam terrenos da marinha e acrescidos ou revogar o DL 9760/46, que, de forma clara, foi recepcionada pela Constituição de 1988”.

Impõe-se o provimento do recurso.

Destarte, a uma, a concessão ou não do aforamento, é ato discricionário, art. 64, § 2º do DL 9760/46, sob pena de ofensa ao artigo 2º da Carta da República, em nada, por óbvio, interferindo, eventual, preferência, que se coloca em momento subsequente (STF, mutatis, RE-93074, DJ 19/12/80), e, a duas, ausente, qualquer dever jurídico, não há que se cogitar de mora administrativa, o que conduz a cassação de decisão de piso.

Ante o exposto, conheço do recurso e da remessa necessária, para dar-lhes provimento.

É como voto

POUL ERIK DYRLUND
Relator

EMENTA

ADMINISTRATIVO – AFORAMENTO- TERRENO DE MARINHA- DIREITO DE PREFERÊNCIA- ATO DISCRICIONÁRIO- ART.64, § 2º. DL 9760/46- OFENSA AO ART.2º. DA CF/88.

-Ajuizou-se de rito ordinário em face da União Federal, objetivando a declaração do direito ao aforamento de área acrescida de marinha, inclusive com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, visando a determinação *incontinenti* da lavratura do contrato de aforamento, alegando o autor, em síntese, que é detentor do direito preferencial sobre a área localizada na Ilha da Baleia, antes conhecida como Ilha dos Práticos, que abrange uma área acrescida de marinha de aproximadamente 19.000 m², próxima ao município de Vila Velha.

-A sentença antecipou os efeitos da tutela, e julgou procedente o pedido, para declarar o direito de preferência do Autor relativamente à área constante da inicial, bem como condenar a União na obrigação de fazer consistente na concretização do despacho administrativo exarado no dia 22/08/77, com a conseqüente assinatura do contrato de aforamento, conforme já deferido administrativamente.

-Impõe-se o provimento do recurso.

-Destarte, a uma, a concessão ou não do aforamento, é ato discricionário, art. 64, § 2º do DL 9760/46, sob pena de ofensa ao artigo 2º da Carta da República, em nada, por óbvio, interferindo, eventual, preferência, que se coloca em momento subsequente (STF, mutatis, RE-93074, DJ 19/12/80), e, a duas, ausente, qualquer dever jurídico, não há que se cogitar de mora administrativa, o que conduz a cassação de decisão de piso.

-Remessa necessária e recurso conhecidos e providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os presentes autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Membros da Oitava Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, conhecer da remessa e do recurso, para dar-lhes provimento, na forma do Voto do Relator, que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

Rio de Janeiro, 10 de julho de 2008. (data do julgamento)

POUL ERIK DYRLUND
Relator