

**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0.643.929-6**  
**DA VARA CÍVEL E ANEXOS DA COMARCA DE TELÊMACO BORBA**  
**Agravante: MARIA CLARA PINHEIRO E OUTROS**  
**Agravado: FATEB – EDUCAÇÃO INTEGRAL SC LTDA**  
**Relator<sup>1</sup>: Juiz Subst. 2º G. FRANCISCO JORGE**

**DIREITO CIVIL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. SANEAMENTO DO FEITO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. IMPROPRIEDADE DO MEIO. TEORIA DA ASSERTÇÃO. MATÉRIA DE MÉRITO. CONCESSÃO DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA. MP Nº 2.220/01. DIREITO SUBJETIVO. MATÉRIA DE DEFESA. ADMISSIBILIDADE. ACOLHIMENTO PARCIAL.**

1. “A teoria da asserção estabelece direito potestativo para o autor [...] de que sejam consideradas as suas alegações em abstrato para a verificação das condições da ação, entretanto essa potestade deve ser limitada pela proporcionalidade e pela razoabilidade, a fim de que seja evitado abuso do direito” (AgRg no REsp 1095276/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, 2ª T., j. 25/05/2010, DJe 11/06/2010).

2. Somente em caso de recusa ou omissão da Administração Pública é que a outorga do título de concessão de uso especial para fins de moradia poderá ser dada pelo Poder Judiciário.

3. O direito de concessão de uso especial para fins de moradia, como direito real, oponível *erga omnes*, que deriva do exercício da posse, ininterrupta e sem oposição, pelo prazo de cinco anos, pode ser arguido como matéria de defesa em ação possessória, e reconhecido independentemente da existência de título formal de concessão.

5. Agravo de instrumento a que se dá parcial provimento.

## I. RELATÓRIO

Insurgem-se os agravantes contra decisão proferida em **ação de reintegração de posse** (autos nº 503/2004), que lhe move o agravado perante o juízo da **Vara Cível** e Anexos da Comarca de **Telêmaco Borba**, que, em fase de saneamento do feito, indeferiu a produção de prova pericial para fins de reconhecimento do direito dos agravantes à concessão de uso especial para fins de moradia, afastando preliminar de ausência de interesse de agir pela inadequação da medida eleita (fls. 395-398/TJ; 352-355 na origem).

Após um breve esboço fático, sustentam que possuem como se deles fossem, a mais de cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, a área de até 250,00 m<sup>2</sup> do imóvel público em tela, onde

---

<sup>1</sup> Subst. Des. Fernando Vidal de Oliveira

**Agravo de Instrumento nº 0.643.929-6 – 17ª CCiv. - fls. 2/7**

residem, e, assim, com fulcro na Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, e no art. 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, afirmam que teriam direito à concessão de uso especial para fins de moradia.

Mencionam tratar-se de Direito subjetivo vinculado a atividade da administração pública, cujo reconhecimento independeria da existência de um contrato ou de manifestação da vontade Estatal, pelo que seria absolutamente ilegal o indeferimento da produção de prova pericial para comprovar os requisitos objetivos expostos na referida Medida Provisória.

Ademais, também defendem que o agravado jamais teria exercido posse de fato sobre o bem ora discutido, pelo que a via eleita, qual seja, a reintegração de posse, seria inadequada (fls. 03-14/TJ).

Negada a antecipação de tutela recursal pretendida, dispensaram-se informações do d. juiz da causa (fls. 471-472/TJ), quedando-se inerte o agravado (fls. 478/TJ), seguindo-se manifestação do Ministério Público pugnando pela manutenção da decisão agravada (fls. 320-348/TJ).

Eis, em síntese, o relatório.

## **II. Voto – FUNDAMENTOS**

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão saneadora em ação de reintegração de posse, que indeferiu a produção de prova pericial e afastou preliminar de ausência de interesse de agir.

Presentes os pressupostos *extrínsecos* de admissibilidade — tempestividade, preparo, regularidade formal e inexistência de fato impeditivo —, e *intrínsecos* — legitimidade, interesse e cabimento —, merece ser conhecido o presente recurso.

A decisão saneadora ora atacada afastou o pedido de reconhecimento do direito da concessão de uso para fins de moradia do imóvel em cuja posse a agravada, autora, pretende ser reintegrada, além de indeferir o pedido de realização de perícia pretendida pelos agravantes, com o fundamento de que a concessão pretendida deveria ser obtida pela via administrativa, afirmando, por fim, que somente mediante dilação probatória a parte autora, ora agravada, poderia demonstrar os requisitos da ação possessória, não podendo considerar a alegada ausência de interesse

**Agravo de Instrumento nº 0.643.929-6 – 17ª CCiv. - fls. 3/7**

processual, ante a falta de provas do exercício da posse (fls. 395-398/TJ; 352-355 na origem).

Pois bem.

## **II.I. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR**

Quanto à preliminar de **ausência de interesse de agir**, a decisão atacada, da lavra da magistrada JULIA BARRETO CAMPÊLO, foi muito prudente ao considerar que “[...] somente mediante dilação probatória poderá a autora demonstrar os requisitos da ação possessória a fim de formar juízo de certeza sobre a pretensão resistida (art. 927, do CPC) e, assim, não se pode considerar ausência de interesse processual a falta de provas do exercício da posse” (fls. 397/TJ; 354 na origem).

Está, pois, de acordo com a chamada teoria da asserção, defendida pela moderna doutrina processual civil.

Em suma, “a teoria da asserção estabelece direito potestativo para o autor [...] de que sejam consideradas as suas alegações em abstrato para a verificação das condições da ação, entretanto essa potestade deve ser limitada pela proporcionalidade e pela razoabilidade, a fim de que seja evitado abuso do direito” (AgRg no REsp 1095276/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 11/06/2010).

Portanto, “a teoria da asserção, adotada pelo nosso sistema legal, permite a verificação das condições da ação com base nos fatos narrados na petição inicial” (REsp 753.512/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 10/08/2010), de modo que então “[...] o momento de verificação das condições da ação se dá no primeiro contato que o julgador tem com a petição inicial, ou seja, no instante da prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento” (REsp 879.188/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 02/06/2009).

Assim, superado o exame preliminar da petição inicial e dos documentos que a instruem, passa-se hoje a tratar-se das condições da ação, em regra, como matéria de mérito, pelo que se torna-se indispensável a dilação probatória.

O tema em apreço, qual seja, da transferência de

eventual reconhecimento de inadequação da via eleita para o mérito, gerando coisa julgada material, é magistralmente é por LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART<sup>2</sup>, que assim afirmam:

**Supõe-se que a sentença que afirma ausência de uma condição da ação não produz coisa julgada material**, isto porque aquele que buscou o juízo, e recebeu uma sentença que afirmou a ausência, por exemplo, de interesse de agir por inadequação da via eleita, deve poder voltar a juízo para postular através da via adequada.

Se é evidente que aquele que escolheu a via errada deve ter o direito de voltar a ingressar em juízo através da via adequada, é completamente falso que a sentença que afirma que a via escolhida é inadequada não produza coisa julgada material e que somente por isso o autor tem o direito de voltar a juízo elegendo a via correta.

**A sentença que afirmou que a via escolhida pelo autor não era adequada não permite que o autor volte a juízo através da via já afirmada inadequada e, nesse sentido, produz coisa julgada material**, impedido a propositura da ação que já foi proposta. Ora, quando é solicitada ao juiz a via adequada — e, portanto, uma outra via, diferente daquela que já foi afirmada inadequada —, *o juiz está diante de outra ação, diferente daquela que produziu coisa julgada material.*

Se é assim — e isto é que não é bem entendido por aqueles que pensam que a sentença que afirma a ausência de condição da ação não produz coisa julgada material —, é evidente que a **sentença que afirma a ausência de condição da ação e a sentença que julga improcedente o pedido (por não ter o autor o direito que afirma possuir) têm o mesmo efeito. Em outras palavras, não há vantagem alguma em se falar em sentença de carência de ação, em vez de se pensar em sentença de improcedência do pedido.**

(destacou-se)

Por isso, neste ponto, não assiste razão aos agravantes, devendo ser mantida a decisão no que diz respeito à superação da preliminar de falta de interesse processual.

## **II.1. CONCESSÃO DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA**

No que se refere à **concessão de uso especial para fins de moradia**, com fundamento na Medida Provisória nº 2.220, de 2001, é de se ver que assim dispõe o seu art. 6º: *“O título de concessão de uso especial para fins de moradia será obtido pela via administrativa perante o órgão competente da Administração Pública, ou, em caso de recusa ou omissão deste, pela via judicial”* (destacou-se).

---

<sup>2</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 65.

**Agravo de Instrumento nº 0.643.929-6 – 17ª CCiv. - fls. 5/7**

Tem-se, então, como também bem posto na decisão guerreada, que somente em caso de recusa ou omissão da administração pública do Município de Telêmaco Borba é que a outorga do título poderá ser dada pelo Poder Judiciário, cabendo ao interessado diligenciar junto à administração pública municipal, mesmo porque, dentre outras razões, tal dispositivo também se justifica em face do art. 5º da referida Medida Provisória, onde se *faculta* ao Poder Público conceder o direito especial de uso para fins de moradia em outro local, conforme conveniência e oportunidade:

Art. 5º. É facultado ao Poder Público assegurar o exercício do direito de que tratam os arts. 1º e 2º em outro local na hipótese de ocupação de imóvel:  
I – de uso comum do povo;  
II – destinado a projeto de urbanização;  
III – de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais;  
IV – reservado à construção de represas e obras congêneres; ou  
V – situado em via de comunicação

Ocorre que, ao contrário da *concessão de direito real de uso*, a qual é disciplinada no Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967, e que decorre de um contrato administrativo, a *concessão de uso especial para fins de moradia* é um direito subjetivo do possuidor do bem<sup>3</sup>, que pode ser reconhecido, sempre que se verificarem os requisitos indicados no art. 1º da Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, que imperativamente dispõe:

Art. 1º Aquele que, até 30 de junho de 2001, **possuiu como seu**, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o **para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse**, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural. *(sem destaques no original)*

E vale aqui ressaltar que a vigência dessa Medida Provisória foi prorrogada indefinidamente pelo art. 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001 (“As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional”).

Disso implica que a outorga do título de concessão passa a ser uma atividade vinculada da Administração Pública “[...] para o fim

--

<sup>3</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35 ed. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros. p. 536.

de reconhecer ao ocupante o direito subjetivo à concessão para moradia [...]”<sup>4</sup>, cabendo então, somente verificar se os requisitos exigidos estão presentes. O direito decorre da simples subsunção do fato à norma, ou, em outras palavras, existindo o fato “a”, por disposição legal, gera-se ao ocupante do imóvel público o direito “b”; “[...] não se trata de uma faculdade do Poder Público concedente, mas sim de um direito do possuidor, desde que provadas as condições previstas na lei”<sup>5</sup>.

Por isso que, embora a outorga do título somente possa ser dada pelo Poder Judiciário após o esgotamento da via administrativa (art. 6º da Medida Provisória), como de fato consignou-se na decisão ora atacada, o direito subjetivo da parte pode ser reconhecido independentemente do título de concessão, por ser este apenas o instrumento representativo do direito, ou apenas formalização do direito, possuindo natureza declaratória e não, constitutiva. Tanto que, o § 3º do art. 6º da referida Medida Provisória impõe que “*em caso de ação judicial, a concessão de uso especial para fins de moradia será **declarada** pelo juiz, mediante sentença*” (destacou-se).

Tendo-se então, como visto, que a outorga do *título de concessão* pelo poder público, não é constitutiva do direito da parte, mas apenas instrumento de reconhecimento de uma situação de fato constatada, porque a existência desse direito vincula-se a um fato jurídico *lato sensu*, que lhe serve de causa, configurando-se em última análise como um direito real da parte, dispensado a intervenção de terceiros para o seu exercício. A parte tem o poder direto e imediato sobre a coisa, não se podendo mesmo negar que a *concessão de uso especial para fins de moradia*, configura-se mesmo como verdadeiro direito real (segundo a definição DE PAGE<sup>6</sup>), e como tal, deve ser respeitado por todos, tendo oponibilidade *erga omnes*.

Outrossim, por possuir oponibilidade *erga omnes*, derivada do poder direto e imediato do sujeito, em decorrência do exercício da posse, ininterruptamente e sem oposição, por cinco anos, não se pode negar a possibilidade de sua arguição como matéria de defesa em ação possessória.

E se é arguido como matéria de defesa, por constituir fato oponível ao direito do autor, detém o réu o ônus de demonstrá-

--

<sup>4</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23 ed. revista, ampliada e atualizada até 31/12/2009. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 1285.

<sup>5</sup> MEIRELLES, *ibidem*.

<sup>6</sup> GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 6 e 12.

**Agravo de Instrumento nº 0.643.929-6 – 17ª CCiv. - fls. 7/7**

lo (art. 333, inc. II, do CPC), como ora de fato querem os agravantes, não podendo o juízo cercear-lhes esse direito, impondo-se, por isso, nesta parte, o provimento do presente recurso, a fim de se permitir a produção da produção da prova pleiteada.

### III. Conclusão

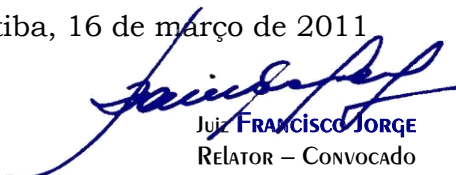
ANTE O EXPOSTO, **dou parcial provimento** ao agravo de instrumento, e assim defiro a produção da prova técnica postulada pelos agravantes no sentido de ser verificado se de fato habitam em áreas de até 250,00 m<sup>2</sup>, e se assim preenchem um dos requisitos do art. 1º da MP 2.220/2001, para que se configure a concessão de uso especial para fins de moradia.

### IV. Decisão

**Acordam** os magistrados integrantes da **Décima Sétima Câmara Cível** do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em **dar parcial provimento** ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator convocado.

O julgamento foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador LAURI CAETANO DA SILVA, que dele participou, juntamente com o Excelentíssimo Senhor Desembargador VICENTE DEL PRETE MISURELLI, acompanhando o voto do Relator convocado.

Curitiba, 16 de março de 2011.



Juiz FRANCISCO JORGE  
RELATOR – CONVOCADO

FCl/rbl