

Floriano de Azevedo Marques Neto

Prefácio

Maria Sylvia Zanella Di Pietro

Apresentação

Odete Medauar

Bens públicos: função social  
e exploração econômica  
O regime jurídico das utilidades públicas

Belo Horizonte



2009

Floriano de Azevedo Marques Neto

Prefácio

Maria Sylvia Zanella Di Pietro

Apresentação

Odete Medauar

Bens públicos: função social  
e exploração econômica  
O regime jurídico das utilidades públicas

Belo Horizonte



2009

### 1.2.4 Patrimônio privado e patrimônio público

9 A essas linhas de conceituação de “bem” e “coisa” agrega-se a concepção doutrinária do que seja “patrimônio”. Clóvis BEVILÁQUA define-o como o “*complexo de relações jurídicas de uma pessoa que tiverem valor econômico*”.<sup>77</sup> Washington de Barros MONTEIRO, por seu turno, concebe que o patrimônio da pessoa é constituído por coisas e bens economicamente apreciáveis, idôneos à estimação pecuniária.<sup>78</sup> De sua parte, Silvio RODRIGUES concebe o patrimônio do indivíduo pelo acervo de seus bens conversíveis em pecúnia.<sup>79</sup> Caio Mário da Silva PEREIRA abraça a tese segundo a qual “*patrimônio seria o complexo das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis economicamente*”.<sup>80</sup> Sílvio de Salvo VENOSA considera como integrantes do patrimônio apenas os direitos de natureza pecuniária.<sup>81</sup>

Do patrimônio fazem parte não apenas os bens valoráveis economicamente pelo seu potencial de alienação (valor de troca). É dizer, mesmo os bens que não possam ser objeto de apropriação pelo indivíduo e, por conseqüência, de transferência de domínio (impassíveis de serem comutados), podem ser apreciados em termos econômicos pelo valor atribuído à sua utilidade (valor de uso).<sup>82</sup>

Discute-se, além disso, se do patrimônio devem fazer parte apenas os ativos (créditos) ou se também a ele integram as obrigações (passivos).<sup>83</sup> E, neste debate, parece-nos correta a posição exposta por Clóvis BEVILÁQUA, no sentido de se incluir no patrimônio os elementos ativos e passivos.<sup>84</sup>

<sup>77</sup> *Theoria Geral do Direito Civil*, p. 209-210.

<sup>78</sup> “[C]oisas e bens econômicos constituem patrimônio da pessoa, natural ou jurídica. Mas para que possam integrá-lo preciso é sejam economicamente apreciáveis, idôneos, à apreciação pecuniária. Se não são suscetíveis de aferição monetária, escapam do raio de ação do direito. O dinheiro é, por assim dizer, seu denominador comum.” (*Curso de Direito Civil*, vol. I, p. 175).

<sup>79</sup> “O patrimônio de um indivíduo é representado pelo acervo de seus bens, conversíveis em dinheiro. Há visceralmente ligada à noção de patrimônio, a idéia de valor econômico, suscetível de ser cambiado, de ser convertido em pecúnia.” (*Direito Civil*, vol. I, p. 117).

<sup>80</sup> *Instituições de Direito Civil*, vol. I, p. 245.

<sup>81</sup> Diz: “[o] patrimônio é o conjunto de direitos reais e obrigacionais, ativos e passivos, pertencentes a uma pessoa. O patrimônio engloba tão-só os direitos pecuniários. Os direitos puros da personalidade, por nós já referidos, não devem ser considerados como de valor pecuniário imediato.” (*Direito Civil*, vol. I, p. 311).

<sup>82</sup> “Não há dúvida de que, na verdade, os bens destinados à troca por outros são fatalmente patrimoniais, pois seu destino — troca — só é possível com a livre disponibilidade das coisas. Mas daqui não pode inferir-se que devam ser necessariamente dominiais todos os outros.” (José Carlos Martins MOREIRA, *Do Domínio Público*, p. 33).

<sup>83</sup> Cabral de MONCADA, nos idos de 1932, já alertava para esta discussão: “[Patrimônio é] (...) *duma maneira geral, o conjunto ou complexo de todos os direitos duma pessoa. Segundo vimos então, dois sentidos deste conceito são possíveis. Ou se entende por patrimônio o complexo de todas as relações jurídicas de natureza pecuniária, em que o indivíduo pode ser, tanto sujeito activo, como passivo (compreendendo coisas, créditos e débitos); ou se entende apenas o complexo das coisas e dos créditos, isto é, dos direitos activos, quer antes de deduzidos os débitos (patrimônio bruto), quer depois de deduzidos estes (patrimônio líquido)* (...)” (*Lições de Direito Civil*, vol. II, p. 12-13, grafia da época).

<sup>84</sup> Cf. *Theoria Geral do Direito Civil*, p. 210.

É importante precisar, contudo, que o universo do patrimônio não corresponde apenas ao acervo de bens materiais (coisas apreciáveis economicamente) detidos pelo indivíduo. Todas as relações jurídicas passíveis de valoração econômica integrarão o acervo patrimonial da pessoa física ou jurídica.

10 No mundo privado, o “*patrimônio*” vai corresponder a todo o acervo de bens de uma pessoa, incluindo aí as disponibilidades financeiras. Apenas a contabilidade fará a distinção, para fins de demonstrativos, entre os bens do ativo fixo ou permanente e os bens do ativo circulante e disponibilidades financeiras.

No campo do direito público,<sup>85</sup> as discussões terminológicas se mostram um pouco mais intrincadas.

A concepção civilista de patrimônio, centrada na idéia de acervo de riquezas passíveis de apropriação (domínio) pelo indivíduo, fez com que se possa discutir, na doutrina, o cabimento ou não de se falar em patrimônio estatal.

Como visto, o patrimônio de uma pessoa é composto por todo o acervo de bens que ela (pessoa natural ou jurídica) possui. Portanto, a noção de patrimônio tem uma componente econômica (que corresponde ao valor de todos os bens detidos pelo sujeito), e uma componente jurídica (que pressupõe a relação de posse desses bens<sup>86</sup>).

Seguiu daí que, na esteira da discussão em torno do domínio público e das diferentes teorias sobre a “*propriedade estatal*”, entendiam alguns<sup>87</sup> que o Estado poderia ser titular do domínio de bens sob regime idêntico ao de propriedade privada;<sup>88</sup> outros sustentavam que haveria uma propriedade pública<sup>89</sup> (relação dominial sujeita sempre a um regime específico regido pelo direito público); outros, ainda, que haveria duas espécies de dominialidade, paralelas, compondo o patrimônio do poder público.<sup>90</sup>

<sup>85</sup> O Decreto-Lei nº 200/67 faz alguma menção à contabilidade pública e às regras orçamentárias (artigo 68 e ss.), mas é na Lei nº 4.320/64 (que estatuiu normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços dos entes de direito público) que os princípios básicos são apresentados. Ao contrário do âmbito privado, que geralmente adota o regime de competência, a contabilidade pública tende a adotar o regime de caixa (uma exceção interessante são as PPPs, as quais seguem o regime de competência, conforme estabelecido no artigo 1º da Portaria nº 614/06 da Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda).

<sup>86</sup> Claro deve ficar que excluimos aplicações outras para o conceito “*patrimônio*”, tal como patrimônio moral, patrimônio intelectual etc.

<sup>87</sup> A respeito, ver Manuel Maria DIEZ, *Domínio Público: Teoría General y Régimen Jurídico*, p. 291-311.

<sup>88</sup> Cf. F. CAMMEO, *Demanio en Digesto Italiano*, tomo IX, p. 900 apud Manuel Maria DIEZ, *Domínio Público: Teoría General y Régimen Jurídico*, p. 290.

<sup>89</sup> É o caso de Otto MAYER: “*A esta propiedad, cuya gestión y administración se rige por el derecho público la llamamos una propiedad de derecho público, o, según la expresión universalmente aceptada, propiedad pública, dominio público.*” (*Derecho Administrativo Alemán*, tomo III, p. 116).

<sup>90</sup> Cf. Santi ROMANO, *Corso di Diritto Amministrativo*, p. 177. São estas também as lições de Cabral de MONCADA, segundo o qual “*Comecemos por notar, em primeiro lugar, esclarecendo o nosso pensamento, onde reside a insuficiência do primeiro, ou seja, o do critério das pessoas a quem as coisas pertencem,*

Tem-se, então, certa imprecisão terminológica nos comentadores do direito público porquanto os autores que distinguem os bens de titularidade do Estado em bens do domínio público e do domínio privado acabam muitas vezes por nomear estes como bens patrimoniais. Chega-se a uma nomenclatura, forte na literatura francesa<sup>91</sup> e italiana,<sup>92</sup> segundo a qual o patrimônio estatal seria composto pelos bens do domínio público e pelos bens do domínio privado (patrimonial) do Estado.

### 1.2.5 Noção de patrimônio público no Direito brasileiro

11 Sem antecipar a discussão em torno do domínio público e do domínio privado da Administração (que será objeto de estudo no tópico seguinte), cumpre já firmar qual acepção de patrimônio deflui do nosso ordenamento. Partimos da posição de José CRETELLA JR.,<sup>93</sup> no sentido da existência plena de relações de propriedade titularizadas pelos entes públicos, relações de propriedade estas contidas pelas condicionantes de sua aplicação aos interesses gerais.

O “*patrimônio público*”, para nós, corresponderia ao conjunto de bens materiais e imateriais, inclusive direitos e receitas, de propriedade das pessoas de direito público.<sup>94</sup> Trata-se, portanto, de um universo maior do que o acervo dos bens detidos pela Administração Pública.<sup>95</sup>

12 É que, como veremos, o Direito brasileiro dá ao termo “*patrimônio público*” uma acepção distinta de acervo de bens públicos. Aquele (patrimônio) é tido por mais amplo que este (conjunto de bens públicos) por compreender não apenas os bens móveis e imóveis, como também as disponibilidades financeiras, regidas pelas regras atinentes às finanças públicas. O termo patrimônio para os

---

*para as classificar como públicas. É que há, como é sabido, muitas coisas que pertencem em propriedade ao Estado e que contudo não são coisas públicas. O Estado, com efeito, não só é sujeito de direitos públicos, como também de direitos privados. (...) Ora nem todos os bens que ele possui, mas só os chamados dominiais, constituindo o domínio público, se acham fora do comércio e são coisas públicas; não porém assim os bens patrimoniais.” (Lições de Direito Civil, vol. II, p. 103, grafia da época).*

<sup>91</sup> Cf. Jacqueline MORAND-DEVILLER, *Cours de Droit Administratif des Biens*.

<sup>92</sup> Cf. Vincenzo JAMBRENGHI, *Premesse per una Teoria dell'uso dei Beni Pubblici*.

<sup>93</sup> “[Não há] dúvida, pois, que as pessoas jurídicas públicas têm um direito de propriedade sobre bens públicos (...). Existe um direito de domínio sobre os bens públicos, cujo titular é o Estado, sendo tal natureza jurídica quase da mesma índole que a do domínio privado, regulado pelo direito comum, com as restrições impostas por sua inclinação ao interesse público.” (*Tratado do Domínio Público*, p. 42).

<sup>94</sup> A este respeito, ver Lorenzo MEUCCI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, p. 321.

<sup>95</sup> Neste sentido, ainda que com distinto fundamento (pois nos baseamos no quadro do direito positivo brasileiro), nosso conceito de patrimônio se aproxima daquele de Roger BONNARD, que entende patrimônio como conceito mais amplo do que o acervo de bens públicos. Em sua concepção “[l]e domaine est constitué par cet ensemble de biens meubles et immeubles qui servent, directement ou indirectement, a assurer le fonctionnement des services publics, a l'exclusion des biens incorporels et des finances publiques.” (*Précis de Droit Public*, p. 200).

administrativistas constitui verdadeira polissemia, já que verificamos na doutrina e no direito positivo diversas acepções para o conceito. Patrimônio nacional, patrimônio público e universo dos bens públicos, por exemplo, não são tratados como sinônimos.

Isto porque as normas constitucionais e legais manejam os conceitos de bens e patrimônio de forma um tanto peculiar. Primeiramente, a Constituição Federal faz numerosas e distintas referências ao patrimônio dos entes do poder público. Seu artigo 5º, inciso LXXIII,<sup>96</sup> prevê a hipótese de ação popular para anular ato lesivo ao patrimônio público ou ao patrimônio histórico e cultural. O artigo 23, I,<sup>97</sup> atribui competência a todos os entes da Federação para conservação do patrimônio público. O artigo 24, VII,<sup>98</sup> prescreve competência legislativa comum para União, Estados e Distrito Federal legislarem sobre patrimônio histórico, cultural, artístico e paisagístico. Já o artigo 30, IX,<sup>99</sup> refere-se à competência municipal para proteção do patrimônio histórico. O artigo 49, I,<sup>100</sup> contempla competência do Congresso Nacional para decidir sobre tratados gravosos ao patrimônio nacional. O artigo 129, III,<sup>101</sup> dá ao Ministério Público atribuição para defesa do patrimônio público e social.

Por seu turno, o artigo 216<sup>102</sup> define que o patrimônio cultural do país é integrado por bens de natureza material e imaterial que tenham “*referência cultural*”. Por fim, o artigo 219<sup>103</sup> reputa integrante do patrimônio nacional o mercado interno do país. Ressalte-se que em outras oportunidades, a Constituição

<sup>96</sup> “Artigo 5º, LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao **patrimônio público** ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência” (grifo nosso).

<sup>97</sup> “Artigo 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I – zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o **patrimônio público**” (grifo nosso).

<sup>98</sup> “Artigo 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) VII – proteção ao **patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico**” (grifo nosso).

<sup>99</sup> “Artigo 30. Compete aos Municípios: (...) IX – promover a proteção do **patrimônio histórico-cultural** local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual” (grifo nosso).

<sup>100</sup> “Artigo 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao **patrimônio nacional**” (grifo nosso).

<sup>101</sup> “Artigo 129. São funções institucionais do Ministério Público: III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do **patrimônio público e social**, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (grifo nosso).

<sup>102</sup> “Artigo 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: (...) §3º – A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais. §4º – Os danos e ameaças ao **patrimônio cultural** serão punidos, na forma da lei” (grifos nossos).

<sup>103</sup> “Artigo 219. O mercado interno integra o **patrimônio nacional** e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal” (grifo nosso).

dá tratamento ao termo patrimônio como um ativo econômico dissociado dos valores pecuniários. Assim é quando separa as noções de “patrimônio” e “renda” para conferir imunidade tributária entre entes da Federação (artigo 150, VI, *a*) e para as fundações, sindicatos e instituições educativas ou de assistência social sem fins lucrativos (artigo 150, VI, *c*).<sup>104</sup>

Extraímos já daí algumas conclusões acerca do que seja, para o Direito brasileiro, o conceito de patrimônio do poder público. De pronto, podemos divisar uma separação entre o que seria “patrimônio público” e “patrimônio nacional”. Assim, podemos notar que o patrimônio público (artigos 5º e 129) envolve os ativos patrimoniais das pessoas jurídicas de direito público. No entanto haveria outros elementos patrimoniais de pertença da coletividade brasileira e não necessariamente titularizados pelas pessoas jurídicas de direito público interno. Nesta segunda categoria estariam os “bens” do patrimônio histórico, cultural (artigos 30 e 216), artístico, turístico e paisagístico (artigo 24), o patrimônio nacional (artigos 49, I e 219), bem como o patrimônio social, tutelado pelo *parquet* (artigo 129, III).

Porém, dentro do contexto de patrimônio público, teríamos a totalidade das coisas dotadas de valor (bens) e as receitas públicas (de origem tributária ou não). Repise-se que no artigo 150, VI, alíneas *a* e *c*, a Constituição Federal trata as receitas públicas como rendas em acepção distinta daquela atribuída a patrimônio.

Na legislação ordinária também colhemos definições um tanto tortuosas. O artigo 1º, §1º, da Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65) define patrimônio público como “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico”. Por sua vez, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), em seu artigo 10, trata dos atos de improbidade que causem “perda patrimonial de bens ou haveres” de entes públicos. Em outras várias oportunidades (*caput* e incisos I, II e III do mesmo artigo em pauta) faz referência a patrimônio como sendo composto por dois elementos distintos: os *bens* e os *haveres* (dinheiros e créditos).<sup>105</sup>

Concluimos, então, que, no âmbito do direito público, haveria *três dimensões distintas de patrimonialidade*.

<sup>104</sup> “Artigo 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI – instituir impostos sobre: a) **patrimônio, renda** ou serviços, uns dos outros; (...) c) **patrimônio, renda** ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei” (grifos nossos).

<sup>105</sup> É bem verdade que o inciso X do referido preceito daria azo a se entender que tributos e rendas não seriam patrimônio, mas cremos que aqui a distinção decorre não da separação conceitual entre patrimônio e haveres como coisas diversas, mas sim do fato de se tratarem de diferentes condutas de arrecadação (atividade anterior de amealhar) e de conservação (atividade posterior de manter, preservar, zelar) que entre si guardam uma relação de precedência e independência temporal.

O *patrimônio nacional* se aproximaria da noção de “*domínio eminente*”<sup>106</sup> e compreenderia tudo que possua valor para a coletividade no âmbito do país, independentemente de pertencer ou não ao domínio de entes públicos. O *patrimônio público* corresponderia a tudo o quanto economicamente valorável (bens, direitos e receitas) integrantes do domínio dos entes públicos. Por fim, *bens públicos* seriam a espécie correspondente aos objetos possuidores de valor econômico (seja valor de uso, seja valor de troca) atribuíveis aos entes públicos, mas não incluídas aí as receitas públicas, que como visto anteriormente não são tratadas pela ordem jurídica como sinônimo de bens.

Reforça esse nosso entendimento a prescrição constante do artigo 106 da Lei de Finanças Públicas (Lei nº 4.320/64) que, ao tratar da avaliação dos elementos patrimoniais dos entes estatais, separa créditos, débitos e disponibilidades financeiras<sup>107</sup> (inciso I e §2º) dos bens móveis e imóveis (inciso II) e dos bens de almoxarifado (inciso III). É certo, portanto, que as receitas e os bens consumíveis (de almoxarifado) não poderiam mesmo ser tratados como bens públicos, porquanto a natureza destes (ativos econômicos pressupostamente consumíveis, cuja existência no patrimônio estatal só se justifica para serem exauridos no curso das atividades administrativas) não se confunde com a natureza daqueles<sup>108</sup> (ativos permanentes, empregados ou não numa função pública, que embora possam ser bens consumíveis,<sup>109</sup> enquanto não explorados seguem sendo dotados de valor em si<sup>110</sup>). Em particular no caso dos bens de almoxarifado, embora quando de sua aquisição e guarda eles pudessem ser tratados como bens públicos móveis, a partir do momento em que sua destinação (afetação) é a de serem consumidos, exauridos, na prestação de serviços a cargo do poder público, isso os faz mudar de natureza

<sup>106</sup> “[D]omínio eminente, manifestação da soberania, é aquela que o Estado exerce não somente sobre seu patrimônio próprio, sobre os bens do Estado como pessoa jurídica de direito interno, mas também sobre o domínio privado.” (Themístocles Brandão CAVALCANTI, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. III, p. 321, grafia da época). O conceito será amudado na seqüência.

<sup>107</sup> Conforme redação legal, “*títulos de renda*”.

<sup>108</sup> É fato que a mesma Lei nº 4.320/64 segrega a contabilidade orçamentária e financeira (artigo 90 a 93) da contabilidade patrimonial (artigo 94 a 100), o que poderia levar a se entender que receitas orçamentárias não integrariam o patrimônio público. Porém, esta leitura mais apressada é afastada quando observamos no artigo 104 o conceito de variações patrimoniais, que se refere às alterações “*verificadas no patrimônio, resultantes ou independentes da execução orçamentária e indicará o resultado patrimonial do exercício*”, e quando nos deparamos no artigo 105 com a previsão de que o Balanço Patrimonial conterà os ativos financeiros (créditos e valores, inclusive numerários) e permanentes (bens, créditos e valores cuja mobilização e alienação dependam de autorização legislativa).

<sup>109</sup> Registre-se que há limites de valor na legislação fiscal para que um bem possa ser considerado de almoxarifado. Ver a esse respeito a Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 480/04.

<sup>110</sup> O que faz apartados os recursos do subsolo que, embora exauríveis, como adiante veremos, não se confundem com os bens de almoxarifado, pois estes só estão no domínio público para serem consumidos pela Administração, enquanto aqueles integram o patrimônio do Estado e só adquirem a condição de bens consumíveis após serem explorados pelo particular (prospectados e extraídos), tornando-se exauríveis quase que no momento em que passam para o patrimônio privado do extrativista. A esse tema retornaremos no Capítulo 3.

jurídica, tornando-se ativos integrantes do patrimônio público sem se caracterizar propriamente como bens públicos.

13 A Constituição lança mão do termo “*patrimônio*” ora para designar o conjunto de riquezas (bens e receitas) submetido à propriedade dos entes estatais, ora para se referir a uma parcela de objetos passível de valoração que não pertence a ninguém individualmente, nem aos privados (já que estas utilidades não podem ser por eles apropriáveis no todo ou em parte) nem aos entes estatais. É o que ocorre, por exemplo, com o mercado nacional (CF, artigo 219).<sup>111</sup>

Essa dicotomia se mostra particularmente interessante para o presente trabalho, porquanto revela duas concepções de patrimonialidade. A primeira reporta ao caráter necessariamente excludente da propriedade (se um bem integra a propriedade de alguém, está conseqüentemente excluído da propriedade de outrem).<sup>112</sup> A segunda não contempla o caráter de exclusão, podendo a coisa pertencer a alguém e, ao mesmo tempo, sua utilidade integrar o patrimônio de todos.<sup>113</sup>

É o que ocorre, a nosso ver, com o patrimônio cultural (CF, artigo 216), pelo qual, sem descurar do fato de que os bens preñhes de referência à identidade, à ação e à memória dos grupos constituintes da sociedade brasileira possam ser objeto de direito de propriedade pelos indivíduos, reconhece que a sua imanência cultural integra o patrimônio nacional (de todos). Este segundo sentido de patrimônio, portanto, não remete à noção de propriedade (entendida como apropriação exclusiva da titularidade do bem).<sup>114</sup>

14 Em grande medida esta dualidade de sentidos presente na Constituição reflete o itinerário da construção da noção de patrimônio estatal. Mais do que isso, a Constituição, na sua desuniformidade, acaba por refletir perfeitamente as diferentes facetas envolvidas hoje no tema dos bens públicos e revela a sua evolução concreta até os dias atuais. Vale, portanto, uma breve incursão histórica. É o que faremos na seqüência.

<sup>111</sup> Trata-se aqui, a nosso ver, do que mais próximo há, na Constituição da concepção econômica de “*bem público*” anteriormente vista.

<sup>112</sup> Ressalva deve ser feita à hipótese de condomínio. Neste caso, integra o patrimônio de cada condômino não o bem integralmente, mas a fração condominial a ele correspondente. O direito de propriedade é compartilhado entre os condôminos, o que significa dizer que a prerrogativa de troca (alienação) só pode ser exercida com a aquiescência de todos. Integra o patrimônio de cada condômino apenas a fração a ele atribuída no valor de troca do bem, sem prejuízo de todos desfrutarem indivisivelmente do direito uno inerente à propriedade integral do bem condominial.

<sup>113</sup> Só assim se pode dar sentido à definição de patrimônio público da Lei da Ação Popular, pois não são todos os bens dotados de valor “*artístico, estético, histórico e turístico*” que são de propriedade pública (integrantes do patrimônio público), mas apenas aquela inerência deles, o valor referencial para a coletividade extremado do bem material em si que integrarão o acervo patrimonial protegido pela ação popular.

<sup>114</sup> Cite-se o apontamento de Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo SANTOS, que nega a propriedade dos bens do patrimônio cultural pela Administração Pública. **Tombamento: uma Análise Constitucional: Aspectos da Discricionariedade Aplicáveis ao Instituto**, p. 65.

### 1.3 Os primórdios históricos da noção de bens e patrimônio público

**15** A evolução histórica da noção de “*patrimônio público*” corresponde em grande medida à história da construção da noção de Estado. Na Antigüidade, antes do surgimento das relações de propriedade, entendida como apropriação pelo indivíduo das coisas com exclusividade em face dos demais, o quanto necessário à existência humana era compartilhado por todos os membros da tribo, da família ou da comunidade.<sup>115</sup> É dizer: no sentido de pertença a toda a coletividade, a coisa pública precede a propriedade privada.<sup>116</sup> Não só as coisas de necessária fruição coletiva (como vias, praças, locais de convívio), mas até mesmo os meios de produção eram objeto de compartilhamento entre todos os membros da comunidade.

**16** Com o desenvolvimento de formas de organização social e econômica mais complexas, e especialmente com o surgimento das cidades, é que começa a se fazer mais presente uma esfera de objetos com utilidade pública distintos dos bens integrantes da propriedade individual.<sup>117</sup>

**16.1** Na Grécia, a idéia de esfera pública de bens já era significativa, ainda que não coubesse falar em patrimônio público ou mesmo propriamente em Estado. “[Na Grécia] se considerava bens do patrimônio do Estado (*sic*) os edifícios, bosques, salinas, águas, minas, teatros, praças, ruas, fontes, etc. Destes bens dispunha livremente a cidade até o ponto de poder hipotecar seus pórticos, muralhas, teatros, portas e vender trechos de estradas.”<sup>118</sup>

**16.2** Para a nossa tradição ocidental, eurocêntrica, é em Roma que tais institutos se desenvolverão.<sup>119</sup> Certo, contudo, que a detenção coletiva das coisas não será uniforme ao longo dos diversos períodos da civilização romana. Num período ancestral, anterior à fundação de Roma, as tribos fundadoras mantinham uma relação de exploração coletiva da terra; mas a idéia de coisas de fruição coletiva teve lugar apenas a partir das necessidades de celebração religiosa, que

<sup>115</sup> Cf. Otto MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, tomo III, p. 92.

<sup>116</sup> “Na Antigüidade existiam coisas públicas. Nas comunidades rurais havia ruas, caminhos e tais áreas não pertenciam a ninguém em particular, mas a todas as pessoas.” (Odete MEDAUAR, *Direito Administrativo Moderno*, p. 258).

<sup>117</sup> “Esta transformação começa a operar-se nas cidades livres, nas quais (...) se realizava, em geral, a eclosão de novas idéias políticas. Ruas, fontes, corretos, se desprendiam do direito dos cidadãos enquanto indivíduos e enquanto associação, para ser considerados propriedades da cidade como tal, distinta dos indivíduos, sujeito de direito especial, independente destes e superior a eles. As comunidades rurais se mantiveram durante muito tempo dentro das instituições primitivas.” (Otto MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, tomo III, p. 96, tradução livre).

<sup>118</sup> Manuel Maria DIEZ, *Domínio Público: Teoría General y Régimen Jurídico*, p. 2, tradução livre.

<sup>119</sup> Para um panorama da história da propriedade pública em Roma, ver Lorenzo MEUCCI, *Instituzioni di Diritto Amministrativo*, p. 324 et seq.

pelos seus ritos pressupunha algum compartilhamento na fruição das utilidades sacras. Contudo, neste período, não faz sentido extrair a existência de uma esfera patrimonial pública na mesma medida em que também seria impróprio falar em propriedade privada como hoje a concebemos.<sup>120</sup>

Com a formação das cidades, e, conseqüentemente, a fundação de Roma e o período da monarquia que se segue, passa a ter sentido se falar em domínio público, especialmente no concernente à parcela de bens reservada à urbe. “*O Estado (sic) romano assim formado (...) teria então seu domínio constituído pelos templos para suas celebrações, os edifícios ou lugares que serviam de reunião aos magistrados e a outros órgãos de governo, às construções para a saúde ou alimentação da vila, aquedutos, terrenos produtivos ou não, escravos, lingotes etc.*”<sup>121</sup> Vale dizer, a propriedade pública nesta época era predominante em relação à propriedade individual (privada), sendo esta marginal.

Quando do advento da república romana e a separação entre autoridade religiosa e autoridade política, começa a haver uma segmentação entre os bens integrantes do domínio público, especialmente após a divisão entre os bens dedicados às atividades religiosas e aqueles empregados na fruição coletiva necessária às demais necessidades do povo romano. Esta última parcela constituirá o *ager publicus*, pertencente coletivamente ao povo.

Com o império e a conseqüente personificação de Roma na figura do Imperador, esse plexo de bens pertencente ao povo romano passará a integrar o domínio do príncipe na condição de representante da coletividade. Advirão deste período as conhecidas classificações dos bens públicos romanos. A principal delas é a que reparte as coisas, embora sem sistematização,<sup>122</sup> em coisas *in commercio*, suscetíveis de apropriação, e coisas *extra commercio*, que, por sua vez, seriam divididas em coisas de direito divino (*res divini iuris*) e em coisas de direito humano (*res humani iuris*).<sup>123</sup> A distinção relevante desta época se refere à classificação entre *res in patrimonio* e em *res extra patrimonio*, correspondendo basicamente à célebre divisão, mencionada

<sup>120</sup> Nesse sentido já advertia Numa Denis FUSTEL DE COULANGES: “[o direito de propriedade] é uma instituição dos antigos, da qual não devemos formar idéia pelo que observamos no mundo de hoje. Os antigos basearam o direito de propriedade em princípios diferentes dos atuais; e disso resulta que as leis que o garantiam eram sensivelmente diversas das nossas.” (*A Cidade Antiga*, p. 65).

<sup>121</sup> Manuel Maria DIEZ, *Domínio Público: Teoría General y Régimen Jurídico*, p. 5, tradução livre.

<sup>122</sup> Cf. José Carlos MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, vol. 1, p. 163.

<sup>123</sup> Referências a esta divisão são encontradas no *Curso de Direito Romano*, de José CRETILLA JR., que denomina o gênero que chamamos de *coisas extra commercio* de *res extra patrimonio* e que se reporta a Gaio para tratar desta classificação, que parece ter tido base na *summa divisio rerum* (Institutas, II, 2) (*Curso de Direito Romano*, p. 115). A esse respeito, ver também José Carlos MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, vol. I, p. 171-173, bem como Alexandre CORREIA; Gaetano SCIASCIA, *Manual de Direito Romano*, vol. I, p. 41-42.

anteriormente e que perdura até os dias de hoje, entre as *res in commercio* e as *res extra commercio*.

José Carlos Moreira ALVES, entretanto, considera que algumas vezes a expressão *res extra patrimonio* não corresponde a *res extra commercio* porque a coisa, num dado momento, pode não fazer parte do patrimônio de alguém, embora seja suscetível de alienação e, portanto, esteja *in commercio*. Seria o caso das *res nullius*, entendidas como aquelas coisas que não pertencem ou não são aproveitadas por ninguém, e da *res derelictae*, que compreenderiam as coisas abandonadas que não foram apropriadas por outra pessoa.<sup>124</sup> Alexandre CORREIA e Gaetano SCIASCIA afastam a correspondência entre *res extra commercio* e *res extra patrimonio*, estas concernentes a coisas fora do patrimônio. Para eles, as *res extra patrimonio* ou *res nullius* seriam coisas sem dono, como animais selvagens, enquanto as *res extra commercio*, ainda que possuam dono, não seriam passíveis de ser objeto de trocas. Haveria, ainda, as *res hostium*, as quais poderiam ser exemplificadas como coisas dos inimigos consideradas sem proprietário, a ilha nascida no mar ou as coisas preciosas encontradas no litoral.<sup>125</sup>

Manuel Maria DIEZ dá notícia da classificação de coisas proposta por Gaio<sup>126</sup> em *divini juris e humani juris*.<sup>127</sup> As *res divini juris* contemplavam as *res sacrae*, *res religiosae* e as *res sanctae*.<sup>128</sup> Já as *res humani juris* dividiam-se<sup>129</sup> em *res communes* (pertencentes a ninguém, insuscetíveis de apropriação individual, como o ar e o mar<sup>130</sup>), *res publicae* (bens suscetíveis de apropriação individual, mas aplicados ao uso geral, incondicionado e gratuito pelo povo romano, como as ruas e caminhos),<sup>131</sup> *res universitatis* (destinadas ao uso

<sup>124</sup> Cf. José Carlos MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, vol. I, p. 173.

<sup>125</sup> Cf. Manual de Direito Romano, vol. I, p. 42.

<sup>126</sup> DIG GAIO, apud Manuel Maria DIEZ, *Domínio Público: Teoría General y Régimen Jurídico*, p. 12 et seq.

<sup>127</sup> Cf. José CRETTELLA JR., *Tratado do Domínio Público*, p. 23.

<sup>128</sup> Segundo Ebert CHAMOUN “[a]s *res sacrae* eram, na época pagã, as coisas consagradas por uma cerimônia especial (*consecratio*) aos deuses superiores, por exemplo, os templos, e, na época cristã, as coisas consagradas a Deus. Para que se privasse a coisa do caráter sacro era indispensável a celebração de cerimônia oposta à *consecratio*, a *profanatio*. As *res religiosae* eram as dedicadas aos deuses *manes*. Eram, principalmente, os túmulos. (...) As *res sanctae* tinham caráter religioso, sem ser dedicadas aos deuses, como as muralhas, as portas da cidade e os limites das propriedades.” (*Instituições de Direito Romano*, p. 217-218).

<sup>129</sup> Cf. José Carlos Martins MOREIRA, *Do Domínio Público*, p. 57.

<sup>130</sup> A este respeito, José CRETTELLA JR. assevera: “Destas coisas se diz que não são propriedade de ninguém (...) e, do mar, dizem os romanos que ele se estende a todos (...). Embora fora do comércio, em seu todo, as *res communes* podem, em parte, tornar-se *res in commercium*, adquirindo-se o domínio sobre esta mediante a ocupação, como aliás, para todas as *res nullius*. Assim, uma porção limitada de água, um espaço limitado de mar ou de praia.” (*Curso de Direito Romano*, p. 116).

<sup>131</sup> As referências doutrinárias a respeito não são uniformes em relação à conceituação das *res publicae*. José Carlos Moreira ALVES as considera como coisas pertencentes ao Estado, colocadas à disposição de todos. Neste sentido, ele afirma que *res publicae* “(...) são as coisas que o Estado, a quem elas pertencem,

comum por uma universalidade de indivíduos definida)<sup>132</sup> e as *res singulorum* (estas passíveis de apropriação individual).

Posteriormente, sobrevém a classificação de Justiniano, dividindo as coisas em *res in patrimonium nostro* e *res extra nostrum patrimonium*.<sup>133</sup> As *res in patromonio* dividiam-se em *res privatae* e em *res in pecunia populi*, estas últimas constituindo-se de coisas apropriáveis individualmente pelo Estado com vistas a gerar rendas para o povo romano.<sup>134</sup> Dentre as *res humani juris* acima divisadas, apenas as *res singulorum* poderiam ser consideradas *res in patrimonium nostro*. As *res extra commercium* compreenderiam, além das *res communes* e das *res publicae*, as *res nullius*, entendidas como aquelas não pertencentes ou aproveitadas a ninguém. Estas formulações e classificações influenciaram muito as teorias sobre o patrimônio público<sup>135</sup> e seguem sendo forte fonte de alguns equívocos (especialmente na identificação entre a noção de público e a incomerciabilidade),<sup>136</sup> como adiante demonstraremos.

**16.3** Com o colapso do Império Romano, durante o feudalismo, o regime romano de patrimonialidade pública vai decair por força de um processo duplo de apropriação privada deste acervo de bens. De um lado, a apropriação individual pelos povos bárbaros, que repartem os bens conquistados entre os soldados e os reis bárbaros. De outro, nos territórios não conquistados, haverá a assunção pelo príncipe dos bens da coletividade (povo romano).<sup>137</sup>

coloca à disposição de todos; por exemplo: as ruas; as praças, as bibliotecas." (**Direito Romano**, vol. I, p. 173). Nesta mesma linha de raciocínio, José CRETELLA JR. considera que as "[r]es publicae são as coisas do Estado, são as res populi (...)." (**Curso de Direito Romano**, p. 116). Segundo Alexandre CORREIA e Gaetano SCIASCIA, seriam coisas do Estado ou por serem destinadas ao uso público, como praças, teatros e vias públicas, ou por pertencerem ao direito privado do Estado (**Manual de Direito Romano**, vol. 1, p. 42). Já para Ebert CHAMOUN, as *res publicae* seriam propriedade de todos os cidadãos, como os rios públicos (**Instituições de Direito Romano**, p. 218).

<sup>132</sup> A este respeito, ver José CRETELLA JR., segundo o qual "[r]es universitatis, res universitatum ou universitates são as coisas que pertencem às cidades: estádios, teatros, circos, forum. As universitates têm patrimônio próprio, bens que lhe pertencem e não aos habitantes, em particular. O direito que têm os habitantes de Roma de usar as coisas públicas é sancionado por meio da actio injuriarum. A cidade dá-lhes esse direito protegido pela actio mencionada." (**Curso de Direito Romano**, p. 116).

<sup>133</sup> "Efectivamente, o direito romano em texto algum formulou a distinção entre o domínio público e o domínio privado; mas a verdade é que colocou extra commercium todas as coisas geralmente enumeradas hoje como dependências do domínio público, cujo regime assenta precisamente na incomerciabilidade dos bens" (Ibid., p. 55).

<sup>134</sup> Manuel Maria DIEZ sustenta que as *res publicae* se dividiam em *res in pecunia populi* (ou *res fiscalis*, que eram de propriedade do imperador) e *res usui publico destinatae* (as liberadas para o uso de todos). Cf. **Domínio Público: Teoria Geral y Régimen Jurídico**, p. 31. Porém, este entendimento não é compartilhado pela grande maioria dos autores que tratam do tema.

<sup>135</sup> "Somos, por isso, forçados a concluir que o direito romano tem pontos de contato fundamentais com o moderno domínio público, que em muitos aspectos se limitou apenas a aceitar conclusões a que aquele tinha chegado." (José Carlos Martins MOREIRA, **Do Domínio Público**, p. 60).

<sup>136</sup> "Do direito romano, e com marca evidente da sua tradição, transitou o princípio da incomerciabilidade para o moderno direito." (José Carlos Martins MOREIRA, **Do Domínio Público**, p. 63).

<sup>137</sup> "A ausência de um modelo único não impede que se afirme que os 'Estados feudais' (sic) assumiam uma feição patrimonialista decorrente do processo de pulverização e 'privatização' do poder político

**16.4** De início, na Alta Idade Média, a noção de poder político central (Estado em sentido amplo) desaparece, passando a relação de domínio a depender do detentor do poder de fato, sem qualquer garantia de uso público, salvo em alguns casos nas Cidades Livres onde remanesceu algum espaço público sem, porém, grande configuração jurídica. Posteriormente, com a unificação territorial e o surgimento da idéia de soberania, volta a ser possível cogitar de um acervo de bens servientes ao desfrute da coletividade, passando o rei a concentrar no seu patrimônio os bens de propriedade da Coroa e aqueles necessários à fruição da sociedade.<sup>138</sup>

**16.5** Seguem daí, como dá notícia Otto MAYER,<sup>139</sup> duas linhas de sustentação desta patrimonialização dos bens públicos na propriedade do príncipe. Alguns autores sustentam que o príncipe substituiu o *populus romanus*<sup>140</sup> e, por conseguinte, passou a ser dono de estradas, pontes, rios e outras tantas *res publicae* e mesmo *res communes*. Outros autores sustentam que o domínio sobre estas coisas coube ao povo em geral, já que eram bens voltados ao uso de todos, e, assim, ao príncipe cumpriria apenas exercer seu dever de curadoria e vigilância. Por esta segunda linha doutrinária, contrariamente à concepção romanística, os bens sujeitos ao uso de todos deveriam ser tratados como *res nullius*.

**16.6** Será somente com o surgimento do Estado Moderno e da teoria da personalidade jurídica estatal que se poderá edificar, definitivamente, a patrimonialidade estatal como hoje se conhece. De fato, o Estado moderno, por propiciar a separação entre o domínio do rei (espaço privado) e o domínio da nação (espaço público), e a personificação, que possibilita reconhecer o ente estatal como detentor dos direitos de propriedade constituintes do patrimônio público,<sup>141</sup> permitem a identificação do patrimônio estatal. Odete MEDAUAR<sup>142</sup> lembra que a separação dos bens vai ocorrer por meio de legislação aprovada, em 1790, pela Assembléia Nacional francesa, em especial pela Lei<sup>143</sup> de 22

---

*característico desta fase histórica. O poder é tomado como objeto de direito particular e hereditário de poucos indivíduos. O Estado, como centro de poder, passa à condição de propriedade de alguns e, por isso, reduz-se a um elemento, a um objeto patrimonial.*" (Thiago MARRARA, *A Teoria do Domínio Público e as Infra-Estruturas de Serviços Públicos*, p. 14).

<sup>138</sup> Manuel Maria DIEZ, *Domínio Público: Teoria General y Régimen Jurídico*, p. 37.

<sup>139</sup> Derecho Administrativo Alemán, tomo III, p. 94.

<sup>140</sup> "[O] príncipe era como que o sucessor do *populus romanus*, cabendo-lhe por isso, o *dominium da res publica*, pelo mesmo título com que competia ao povo, segundo a lição dos textos revividos". (José CRETELLA JR., *Tratado do Domínio Público*, p. 25).

<sup>141</sup> "O desenvolvimento da idéia de Estado, como pessoa jurídica, provocou, como consequência imediata, radical, uma profunda alteração nos primitivos conceitos. A nova entidade, por assim dizer, abstrata, que representava a coisa comum, por meio de atos de vontade, exercidos em seu nome, transformou-se no centro natural de todos os direitos e poderes que devem exercer-se no interesse da coisa pública." (José CRETELLA JR., *Tratado do Domínio Público*, p. 25).

<sup>142</sup> Odete MEDAUAR, *Direito Administrativo Moderno*, p. 236.

<sup>143</sup> Não há consenso na doutrina acerca de se tratar de uma lei ou de um decreto. Dada a não diferenciação formal, à época, entre os níveis normativos, cremos serem possíveis as duas denominações.

de novembro-1<sup>o</sup> de dezembro,<sup>144</sup> denominada lei de *Le Domaine de La Nation*.<sup>145</sup>

16.7 Efetivamente, a doutrina elege o caso francês como paradigmático nesta transformação do patrimônio pessoal do rei em patrimônio público.

Na França, ainda sobre a égide do Antigo Regime, reconhece-se a existência de bens titularizados pela Coroa dos quais proviriam os rendimentos do rei. Estes corresponderiam àqueles herdados pelo rei ou a ele conferidos. Como a principal atribuição do rei era “*guardar*” os bens de sua propriedade (mar, ruas, muralhas e demais bens fora do comércio), sem deles poder dispor livremente, autores como Jacqueline MORAND-DEVILLER<sup>146</sup> afastam o caráter de propriedade do soberano sobre estes. No centro deste debate está a restrição à livre disposição destes bens (o que decorreria de uma relação restrita de propriedade), de tal sorte que o dever de guarda ensejasse a defesa dos bens pertencentes ao rei, evitando sua dilapidação. Logo, o princípio da inalienabilidade<sup>147</sup> passou a constituir a “*lei fundamental do reino*”. Ademais, os rendimentos decorrentes destes bens deveriam estar afetados às despesas públicas.<sup>148</sup>

Anteriormente à Revolução, o Édito de Moulins, de 1566, definiu o domínio da Coroa como aquele consagrado, unido e incorporado à Coroa ou administrado por receptores ou oficiais nos últimos dez anos, prevendo uma reserva especial deste patrimônio contra a prescrição ou a alienação e estabelecendo que o príncipe não poderia ter patrimônio pessoal distinto do da Coroa.<sup>149</sup>

Embora a doutrina dê uma importância central, na construção do domínio público, ao Édito de Moulins, deve-se fazer referência ao fato de que no Direito português, mais de um século antes, já havia lei neste sentido. Referimo-nos à chamada Lei Mental, promulgada por D. Duarte em 1434, mas já praticada anteriormente por D. João I como lei não escrita (daí sua designação). Esta lei se baseia na concepção de que os bens da Coroa não podem ser livremente

<sup>144</sup> Nesta linha, DEBBASCH e outros chamam atenção para a substituição da regra da inalienabilidade pelo princípio da alienabilidade *ad nutum* do domínio nacional, decorrência do decreto de 22 de novembro-1<sup>o</sup> de dezembro de 1790. Era, segundo ele, “(...) *le retour à la notion carolingienne de domaine entendu comme propriété du monarque.*” (*Droit Administratif des Biens*, p. 111).

<sup>145</sup> Em seu preâmbulo lia-se: “*Le domaine public, dans son intégralité et avec ses divers accroissements, appartient à la Nation; cette propriété est la plus parfaite qu'on puisse concevoir puisqu'il n'existe aucune autorité supérieure qui puisse la modifier ou la restreindre; la faculté d'aliéner, attribut essentiel du droit de propriété, réside également dans la nation; et si, dans des circonstances particulières, elle a voulu en suspendre pour un temps l'exercice, comme cette loi suspensive n'a pu avoir que la volonté générale pour base, elle est de plein droit abolie, dès que la Nation, légalement représentée, manifeste une volonté contraire.*” (cf. Jacqueline MORAND-DEVILLER, *Cours de Droit Administratif des Biens*, p. 14).

<sup>146</sup> *Cours de Droit Administratif des Biens*, p. 13.

<sup>147</sup> Para um panorama da história do princípio da inalienabilidade, ver C. DEBBASCH et al., *Droit Administratif des Biens*, p. 110 et seq.

<sup>148</sup> Jacqueline MORAND-DEVILLER, *Cours de Droit Administratif des Biens*, p. 13.

<sup>149</sup> Manuel Maria DIEZ, *Domínio Público: Teoría General y Régimen Jurídico*, p. 41-42.

dispostos pelo rei, de modo que — e esta era a principal preocupação daquela norma — as doações de bens da Coroa não poderiam ser atemporais e tampouco a posse de bens da Coroa haveria de ser imemorial. Certamente o objetivo da lei (até porque suas disposições se pretendiam retroativas) era o de recuperar parte dos bens dispersos ou doados para ordens religiosas.<sup>150</sup>

É na França, contudo, que essa construção teórica se afirma e se desdobra no direito positivo. Logo nos primórdios da Revolução Francesa,<sup>151</sup> a Assembléia Nacional cuida de proceder aos dois movimentos essenciais que permitiram a afirmação de um patrimônio público enfeixado no Estado: de um lado, preservar a idéia de domínio da Coroa, evitando a dispersão destes bens e a apropriação destas riquezas por mãos privadas; de outro, ensejar a transferência da, digamos, *titularidade* deste patrimônio da Coroa (casa real) ou do príncipe, para a Nação.<sup>152</sup>

Fechando este ciclo, temos o advento do Código Civil francês. Nele se verá a explicitação de critério (ainda que vago) para qualificação dos bens públicos. Conforme seu artigo 538, seriam públicos os bens não suscetíveis de apropriação privada. Do mesmo modo, o Código de Napoleão contempla a diferenciação dos bens passíveis e não passíveis de alienação, prospectando para o futuro a construção do século XVI no sentido de que os bens da Nação não seriam alienáveis.

## 1.4 O surgimento do Estado moderno e a dissociação entre patrimônio do soberano e patrimônio estatal

17 Será efetivamente com o advento do Estado moderno que tomará corpo o que entendemos hoje por patrimônio público. Em trabalho anterior,<sup>153</sup>

<sup>150</sup> Ver neste sentido Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *O Domínio Público: O Critério e o Regime Jurídico da Dominialidade*, p. 45-47. Ver também Marcello CAETANO, *História do Direito Português*, p. 512-515.

<sup>151</sup> Certamente a ideologia revolucionária francesa atingiu incisivamente a concepção de bens públicos, os quais passaram a ser qualificados não como utilidades de propriedade do rei ou de qualquer outro chefe de Estado, mas sim como *bens nacionais*. Tanto assim que a Assembléia Constituinte de 1789 constituiu o Comitê de Domínio (*Comité du Domaine*) com a finalidade de elaborar um Código Dominial adaptado ao novo princípio de soberania nacional (cf. Jacqueline MORAND-DEVILLER, *Cours de Droit Administratif des Biens*, p. 14).

<sup>152</sup> "En cuanto a la naturaleza jurídica de los derechos sobre el dominio público, se estableció que la nación, llegada a la mayoría de edad, tenía la plena propiedad del dominio nacional. Este derecho de propiedad de la Nación era más amplio que el que tenía el rey sobre su dominio, por cuanto, en principio, este no podía alienarlo. Habiéndose sustituido la nación al rey en lo que se refiere a la soberanía, parecía natural que la misma sustitución se produjera en lo referente a la propiedad del dominio. Este derecho de propiedad se extendía también a los bienes del dominio público enumerados en el artículo 2 del Código que eran los ríos, caminos públicos, ríos navegables, islas e islotes que se formen, las riberas del mar, los puertos, las radas, etc., y todas las porciones del territorio que no son susceptibles de propiedad privada." (Manuel Maria DIEZ, *Domínio Público: Teoría General y Régimen Jurídico*, p. 51).

<sup>153</sup> Nosso *Regulação Estatal e Interesses Públicos*, p. 58 et seq.

pudemos afirmar que o Direito Administrativo é filho direto da Modernidade, na medida em que se afirma e depende dos dois processos geradores do Estado moderno: a concentração e a limitação do poder. O primeiro, derivado do advento do absolutismo (cuja afirmação se dá sobre os escombros da fragmentação medieval) e da prevalência da idéia de soberania, faz o poder do soberano ser incontrastável em face do poder espiritual e dos demais centros de poder existentes no território; o segundo, pela subsequente adstrição deste poder único, soberano, à regra do Direito, à limitação pela lei e, posteriormente, ao constitucionalismo e ao Estado de Direito. Este processo é magistralmente sintetizado por Massimo Severo GIANNINI.<sup>154</sup>

**17.1** Estes dois vetores da Modernidade (concentração e limitação do poder) impactaram também na idéia de patrimônio público. No vetor da concentração coloca-se a importância de se reunir sob o domínio da Nação todos os bens de natureza transcendente ao domínio privado, sejam aqueles de domínio da Coroa, sejam os de uso geral de toda gente a que o príncipe acedia como sucessor do povo, ou seja, aquelas parcelas do território “*não suscetíveis de propriedade privada*”.<sup>155</sup> No segundo vetor, que vai se construir a partir de então, emerge a preocupação de delimitar claramente o que seja o patrimônio público, tarefa efetivada pelo Código de Napoleão que, incorporando os artigos do Código Dominical de 1790 (Lei de 22 de novembro-1<sup>o</sup> dezembro), preocupa-se em listar os bens do domínio público e de propriedade da Nação, afirmando que aqueles não são passíveis de propriedade privada, enquanto estes comporiam o domínio nacional.<sup>156</sup>

**17.2** De um lado, a idéia de ascendência do Estado soberano sobre todos os bens existentes dentro de um determinado território, decorrência direta da

<sup>154</sup> “Il diritto amministrativo deriva quindi dal confluire delle tre maggiori esperienze politico giuridiche europee dell'epoca (inglese, francese, austriaca) e dà vita ad un'esperienza nuova, fondata sul concetto dell'autorità dello Stato, a cui adatta quanto delle esperienze matrici conserva: il funzionario della corona diviene così funzionario dello Stato; l'organo della corona organo dello Stato; la gerarchia degli ufficiali pubblici gerarchia degli uffici; l'atto del principe provvedimento amministrativo; la forza dell'atto diviene imperatività del provvedimento; la coercibilità dell'osservanza dell'atto del principe dà vita all'autotutela, e così via.” (**Diritto Amministrativo**, vol. I, p. 29).

<sup>155</sup> Comentando esta passagem do decreto da Assembléia Nacional da França, Manuel María Díez relata que “[e]n la primitiva redacción que diera Enjubault [miembro do Comitê encarregado de preparar o decreto disciplinador do domínio da nação francesa] a su proyecto, se refería a cosas ‘cuya propiedad no es de nadie y cuyo uso es común a todos’ con lo que parecía que siguiera la doctrina preconizada por Domat y Loyseau. En un segundo proyecto, Enjubault substituyó la expresión mencionada por la de cosas ‘que no son susceptibles de propiedad privada’, forma que permitía un derecho de la Nación.” (**Domínio Público: Teoría General y Regimen Jurídico**, p. 51-52).

<sup>156</sup> Léon DUGUIT sustenta que esta divisão não advém do Código Napoleônico ou da lei de 1.790, mas de uma longa construção doutrinária e jurisprudencial (cf. **Traité de Droit Constitutionnel**, vol. III, p. 346). Maior razão parece assistir, como sempre, a Massimo Severo GIANNINI, que combina todos estes fatores sintetizando: “Tuttavia il tratto saliente per comprendere l'assetto odierno della materia, è costituito dalla codificazione del diritto civile, che negli Stati dell'Europa continentale si è avuta a partire dalla fine del sec. XVIII (e che nei paesi angloamericani ha trovato un corrispondente in nuove interpretazioni giudiziali delle regole della common law), preceduta e seguita dalle elaborazioni della dottrina e dagli indirizzi giurisprudenziali.” (**Istituzioni di Diritto Amministrativo**, p. 556).

soberania, traduzir-se-á na noção de domínio eminente sobre a qual adiante nos deteremos. E, de outro, a necessidade de circunscrever a dominialidade do ente Estado como forma de, a um só tempo, proteger as pertenças dos indivíduos e evitar que o soberano (príncipe, Nação ou pessoa jurídica Estado) pudesse amealhar incontendivelmente bens e utilizar-se de sua autoridade para aviltar o patrimônio privado. Esta segunda dimensão da idéia de patrimônio público se mostra complexa: o Estado há de ter poder suficiente para proteger a propriedade dos indivíduos (propriedade privada) contra os esbulhos de terceiros e contra a invasão estrangeira. Contudo, não pode deter prerrogativas de se apropriar de bens que não sejam os estritamente necessários ao cumprimento de suas funções precípuas.

E é exatamente neste ponto que ao aspecto dominial (bens públicos como aqueles objetos de direito de propriedade da pessoa jurídica Estado) se agregará o aspecto funcional, finalístico, do acervo de bens públicos (aqueles bens que direta ou indiretamente servem a um fim de interesse público).

**17.3** Paralelamente, há uma outra dimensão, forte na afirmação do Estado moderno, que consiste na separação funcional entre o espaço público e o espaço privado. Dicotomia que, como vimos brevemente anteriormente, não é inaugurada com a Modernidade,<sup>157</sup> pois que já existente em Roma,<sup>158</sup> mas de certa maneira é a este tempo recolocada e refundada, como nos dá notícia a separação entre o patrimônio (privado) da Coroa e o patrimônio do Estado.

**18** Tudo isto só faz sentido a partir da idéia de apartação entre as esferas do público e do privado, o que não se dará exclusivamente no âmbito do patrimônio. Ela ocorrerá em esferas muito mais amplas e profundas. O tema toma nossa reflexão há tempos. Em trabalho anterior, colocamos assim a sua importância: *“a centralidade da separação entre as duas esferas decorre, de um lado, da necessidade, ditada pela afirmação do modelo capitalista, de um espaço de atuação livre dos agentes econômicos e, de outro, da já aludida tensão pela restrição do exercício do poder político e conseqüente afirmação da esfera da autonomia do indivíduo. Tais processos vão estar refletidos, é óbvio, no modelamento do Estado correspondente à Modernidade. Tanto a*

<sup>157</sup> A este respeito, ver também Guglielmo NOCERA, *Il Binomio Pubblico/Privato nella Storia del Diritto*, p. 31 et seq.

<sup>158</sup> Para além do anteriormente ressaltado, a dicotomia público/privado nem sequer é inaugurada em Roma. Celso LAFER, forte no ensinamento de Hannah ARENDT, lembra da importância entre estas esferas (ainda que o “público” tivesse conotação distinta) já na Grécia. É interessante, neste contexto, lembrar que para o cidadão grego, na *pólis* clássica, duas eram as ordens de existência: a pública e a privada. Daí a diferença entre *koinón* — aquilo que é comum (o público) — e *idion* — aquilo que é próprio, pessoal, privativo (o privado). De *idios*, por exemplo, deriva idiossincrasia, idioma, idiomático — mas também idiota, isto é, ignorante. O idiota, aponta Hannah ARENDT, é aquele que vive apenas na sua casa e se preocupa apenas com a vida e as necessidades a ela inerentes (cf. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 238).

*despatrimonialização quanto a impessoalização do poder são decorrentes deste processo. Advêm do aumento da resistência — ou da tensão — que os destinatários deste poder antepõem ao seu exercício*.<sup>159</sup>

A separação moderna entre público e privado não decorre da necessidade de se afirmar o espaço do poder político. Ao contrário, advém da necessidade, imposta pela ordem capitalista emergente, de se afirmar — para preservar e garantir — a esfera privada. O poder político, que se concentrará na esfera pública, será reforçado na medida necessária a garantir a autonomia e a incolumidade da esfera privada, é dizer, a liberdade individual em sede do mercado. Ao mesmo tempo em que se constrói a unicidade do poder político, se o limita. À separação entre público e privado no advento do Estado moderno cumprirá, então, uma função operacional do sistema político e econômico emergente: cinge e condiciona o poder da autoridade pública (submissão aos contornos da lei e condicionamento da sua ação ao atingimento de uma função pública). O que legitima a existência do espaço público (o bem comum, a utilidade coletiva, o interesse público) é o que autoriza sua intervenção na esfera privada. A segregação da esfera pública — e sua prevalência em face dos interesses individuais (privados) — servirá concomitantemente para (i) obrigar que a ação estatal seja restrita e limitada, só justificada para a consecução de um interesse ou benefício geral a ser perseguido e (ii) justificar sua aceitação pelos particulares afetados pela ação pública, pois esta, ainda que coate a liberdade, é justificada em nome dos benefícios mais elevados para a coletividade.<sup>160</sup>

19 No campo da definição patrimonial, a dicotomia se revela forte e com desdobramentos na própria teoria do domínio público. O reconhecimento de um acervo de bens públicos titularizado pelo Estado corresponderá à aceitação da existência dos bens privados e de sua incolumidade. No mesmo momento em que se despatrimonializa o poder do soberano (o príncipe não é mais dono do poder, mas mero mandatário do titular deste, o povo), efetiva-se a supressão da noção do acervo de bens públicos como patrimônio individual da Coroa. Daí poder-se falar numa dupla *despatrimonialização*,<sup>161</sup> no sentido de subtração do poder e do patrimônio antes detidos pelo príncipe.

Enquanto os bens públicos eram patrimônio do soberano (como herdeiro do povo romano ou sob qualquer argumento de justificação), havia uma trava ao desenvolvimento das relações econômicas capitalistas (pois o domínio privado podia ser tomado como uma concessão do soberano, algo incompatível com a liberdade necessária a um regime de mercado). Contraditoriamente, porém,

<sup>159</sup> Floriano de Azevedo MARQUES NETO, *Regulação Estatal e Interesses Públicos*, p. 46-47.

<sup>160</sup> Cf. Massimo Severo GIANNINI, *El Poder Público: Estados y Administraciones Públicas*, p. 72.

<sup>161</sup> Cf. Herman HELLER, *Teoría del Estado*, p. 148.

não se punha o problema do patrimônio coletivo ou público: o acervo de bens necessários ao desfrute de todos, assim como os bens da Coroa, era objeto do patrimônio do soberano, pessoa individual. Com a separação entre as esferas pública e privada, por um lado, afirma-se o predomínio do direito à propriedade privada e às livres trocas, tendo ela por objeto, elemento essencial à ordem econômica capitalista. Por outro lado, surge a necessidade de justificar e conter a propriedade pública, é dizer, o acervo de bens que — serviente direta ou indiretamente às necessidades coletivas — constituirá o patrimônio público.

**20** Para viabilizar a separação das esferas pública e privada, no que tange ao domínio, será necessário não apenas separar o patrimônio pessoal do soberano do patrimônio comum de toda a gente, como procedeu a Assembléia Nacional francesa. Far-se-á necessário construir a figura do Estado como um ente dotado de personalidade jurídica própria, apto a contrair direitos e obrigações. Como bem assevera Edmir Netto de ARAÚJO “[o] *Estado (...) tem personalidade jurídica própria, o que significa, entre outras coisas, que é dotado de capacidade para adquirir direitos e contrair obrigações. (...) uma das características da personalidade é a possibilidade da pessoa possuir patrimônio próprio*”.<sup>162</sup>

Em suma, a construção da personalidade jurídica do Estado servirá ao duplo objetivo da Modernidade.<sup>163</sup> Permite que o Estado tenha direitos patrimoniais, encampando domínio inclusive sobre bens que estão postos à serventia geral de toda a gente (aqueles que nos dizeres do Decreto Dominical da Assembléia Francesa eram tidos como *impassíveis de propriedade privada*) e, ao mesmo tempo, permite que ele se equipare como fonte de direitos e obrigações aos demais sujeitos, ensejando que estes tenham mecanismos jurídicos para proteger seus direitos (inclusive de propriedade) e liberdades.

No exato momento em que o príncipe é substituído pela idéia abstrata de Estado (ou de Nação), consubstanciada na pessoa jurídica estatal, a relação do titular do patrimônio público deixa de se dar com a abstração do povo (representado pela pessoa física do príncipe) e passa a se organizar em torno de um domínio único,<sup>164</sup> titularizado pela pessoa Estado.

<sup>162</sup> *Curso de Direito Administrativo*, p. 1054.

<sup>163</sup> Para uma panorâmica sobre as teorias da personalidade jurídica do Estado e suas limitações e condicionantes, ver Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, p. 355-366. Entre nós, Odete MEDAUAR coloca o tema de forma extremamente feliz e didática, reputando a origem da idéia ao historiador ALBRECHT, em texto datado de 1837. Essa origem alemã é reforçada pela importância de autores como Georg JELLINEK, Paul LABAND e, posteriormente, Hans KELSEN, e pelo relevo que a Teoria do Fisco tem para o Direito Administrativo alemão. A esse respeito, ver MEDAUAR, *Direito Administrativo em Evolução*, p. 116-119 e p. 151.

<sup>164</sup> Único porque titularizado por um ente só (pessoa jurídica Estado), ainda que muitas vezes separado em domínio público e domínio privado do Estado.

Este novo “*propietário*”, o ente personificado Estado, assume a posição de dono dos bens públicos (fruíveis ou não em caráter geral por toda gente) e, assim, torna dispensável a construção do “*condomínio das coisas por toda a gente*”.<sup>165</sup> Os bens públicos, postos ou não à fruição geral, passam a ter um dono único, o Estado, titular de um domínio oponível mesmo em face dos indivíduos que antes eram seus titulares. Nas felizes palavras de Otto MAYER “*este novo dono [o Estado] exerce também sua força de atração com respeito a este fantasma que era o direito de todo o povo manifestado no uso de todos e o faz desaparecer definitivamente*”.<sup>166</sup>

Ao mesmo tempo, a personificação torna o Estado sujeito de obrigações e, portanto, contra quem os cidadãos podem invocar direitos. “*Se, de um lado, é inevitável que o Estado se torne titular de direitos que ele próprio cria por meio de seus órgãos, há, de outro, a possibilidade de que os cidadãos possam fazer valer contra eles suas pretensões jurídicas, o que só é concebível numa relação entre pessoas jurídicas.*”<sup>167</sup>

**21** Este caráter do Estado como sujeito de direitos e obrigações vai contribuir para que se discutam os limites e condicionantes do direito de propriedade exercido pelo Estado agora personificado. Ou seja, definido o acervo de bens públicos pelo prisma das relações de domínio próprias ao direito comum (que tem por objeto definir as relações privadas), passa-se a tentar compatibilizar as relações jurídicas de direito público a esta noção. Tarefa especialmente desafiadora para os administrativistas, dada a potencial incompatibilidade entre a relação jurídica de domínio (propriedade da pessoa sobre a coisa) com os pressupostos da Administração Pública, que não se conformam, por exemplo,

<sup>165</sup> “[C]omo bem viu Teixeira de Freitas, apresentar o povo como proprietário implica em convertê-lo em pessoa jurídica. É uma duplicidade inútil. Os bens públicos, em geral, pertencem ao Estado, que existe em função do povo, que é quem materialmente tira proveito dos bens, por seu uso *uti singuli* ou *uti universi*, conforme as diversas modalidades de sua afetação.” (Miguel REALE, **Direito Administrativo**, p. 242).

<sup>166</sup> **Derecho Administrativo Alemán**, tomo III, p. 96, tradução livre. O trecho integral é o seguinte: “*La nueva era se inició definitivamente cuando los territorios de los príncipes fueron ganados por la nueva corriente de ideas, cuando tras la persona del príncipe surgió la persona moral del Estado, del cual en lo sucesivo será el primer representante. El Estado reemplaza al príncipe en su calidad de propietario de las cosas públicas; esto se sobrentiende. Pero este nuevo dueño ejerce también su fuerza de atracción con respecto a ese fantasma que era el derecho de todo el pueblo manifestado en el uso de todos; y lo hace desaparecer definitivamente. La idea de res nullius sucumbe de igual manera; aunque bien es cierto que esta idea no desaparece sin vacilaciones, transacciones dilatorias y hasta recaídas. (...) Las cosas públicas se declaran propiedad general del Estado, el dominio público, el bien público, la propiedad del Estado propiamente dicha*”.

<sup>167</sup> Dalmo de Abreu DALLARI, **Elementos de Teoria Geral do Estado**, p. 107. Ainda que se possa conceber que é possível fazer valer a pretensão de uma pessoa física em face do Estado, a afirmação deve ser lida a partir da premissa da inviabilidade jurídica de o cidadão fazer valer a mencionada pretensão se o Estado (ou a Nação) não se constituísse em pessoa jurídica (já que pessoa física jamais seria a partir da despersonalização do poder em relação ao príncipe). A assertiva se coloca como extremamente pertinente, pois permite conceber a relação Estado-administrado não apenas pelo viés *ex part príncipe*, mas também pelo prisma *ex part populi*.

com a liberdade plena de dispor, usar, fruir e gozar da coisa própria ao direito de propriedade privada em sua configuração tradicional.<sup>168</sup>

Em torno da questão da “*propriedade estatal*”, outro nome que se poderia dar ao “*domínio público*”, irão os administrativistas construir teorias a um só tempo capazes de explicar e delimitar essa relação dominial. Daí seguirão as diversas linhas de explicação sobre a existência e os limites do domínio público.

#### 1.4.1 As noções doutrinárias sobre a propriedade pública

**22** Deste pronto estabeleceu-se a dificuldade em se cogitar que o Estado, pessoa jurídica, pudesse ser detentor do direito de propriedade sobre bens tal como ocorria com os particulares. A questão básica se punha em dois planos.

Primeiro: como caracterizar que a relação existente entre Estado e coisa pudesse ser entendida como de propriedade, na medida em que o Estado não exerceria direito qualquer sobre a coisa pública, não a deteria como sua, mas apenas exerceria funções em nome da coletividade?

Segundo: como reconhecer o direito de propriedade exercido pelo Estado sobre os bens públicos tendo em vista o caráter absoluto deste direito? Dado o fato de a propriedade ser caracterizada pelo exercício pleno do *jus utendi*, do *jus fruendi* e do *jus abutendi*, em sede de bens públicos, ao suposto “*proprietário*” Estado não caberia propriamente usar, fruir e muito menos dispor livremente da coisa.<sup>169</sup>

É bem verdade que estas posições (mormente a primeira), na sua grande maioria, aplicavam-se para aquela parcela do patrimônio público caracterizada pelos bens fruíveis diretamente pelos administrados, a parcela que, para boa parte da doutrina, se constituiria no “*domínio público*”. Porém, a dificuldade de aceitar a idéia de “*propriedade*” do Estado sobre os bens públicos se espraiava para todo o acervo de bens públicos.

<sup>168</sup> Veremos adiante que essa configuração tradicional da propriedade privada também vai encontrar contensão na função social da propriedade, predicando, como pretendemos demonstrar, uma aproximação entre domínio público e domínio privado.

<sup>169</sup> Quem melhor expôs este ponto de vista foi Henry BERTHÉLEMY: “*La propriété est le droit de jouir et disposer d'une chose de la manière la plus absolue. Il est manifeste que cette formule ne pourrait pas convenir pour caractériser les rapports de l'Etat, des départements ou des communes avec les dépendances du domaine public. Les Romains analysant la propriété y avaient trouvé la réunion de trois droits: le jus utendi, le jus fruendi, le jus abutendi. Sur les dépendances du domaine public, personne n'a le jus abutendi; le jus fruendi ne se conçoit qu'à titre exceptionnel; le jus utendi appartient non pas au service qui en a la gérance, mais à tous, et même aux étrangers. Ce n'est qu'au prix de contradictions peu acceptables et de restrictions peu intelligibles qu'on soutient la doctrine contraire. On commet une contradiction lorsqu'on prétend d'une part que le droit de l'Etat sur le domaine public est un droit de propriété, et d'autre part que les dépendances du domaine public sont indisponibles parce qu'elles ne sont pas susceptibles de propriété.*” (*Traité Élémentaire de Droit Administratif*, p. 477).

23 Malgrado os inúmeros matizes de posições entre os doutrinadores,<sup>170</sup> cremos poder resumir as posições acerca da idéia de propriedade pública em quatro grandes linhas,<sup>171</sup> a saber: (i) a daqueles autores que negam peremptoriamente a idéia, a partir do entendimento de que a propriedade se caracterizaria por alguns elementos incompatíveis com a relação havida entre o Estado e os bens públicos; (ii) a daqueles que aceitam fortemente a idéia de propriedade indistinta da de natureza privada do Estado sobre os bens de seu patrimônio; (iii) a dos autores que aceitam a idéia de propriedade, mas a definem como um tipo específico de relação dominial, a “*propriedade pública*”; e, por fim, (iv) a daqueles que aceitam a existência de propriedade para algumas classes de bens, rejeitando-a para outras, a partir de uma gradação de domínio em função da afetação dos bens públicos.

23.1 Na primeira abordagem, os autores a ela filiados rejeitariam a possibilidade de o Estado exercer direito de propriedade, dada a incompatibilidade potencial entre a natureza e a legitimidade da detenção de bens pelo ente estatal e as características civilistas (intrínsecas ao direito de propriedade). Para estes autores, Pierre-Joseph PROUDHON e Henry BERTHÉLEMY à frente, haveria uma inafastável contradição entre o direito que o Estado tem sobre os bens públicos e a relação de propriedade. Para eles, a propriedade não admitiria temperos, adjetivações e relativizações, o que levaria, inapelavelmente, à impossibilidade de se adjetivar como “*pública*” a propriedade, pois fazê-lo seria ou negar a essência da propriedade (a liberdade de dispor e manejar livremente a coisa) ou negar as prerrogativas e deveres públicos.

Esta concepção é fortemente influenciada pela idéia de que os bens públicos seriam de *per se* aqueles “*insuscetíveis de serem propriedade privada*”,<sup>172</sup> vale

<sup>170</sup> Inclusive pelo fato de que a distinção entre propriedade pública e propriedade privada baseia-se em criação doutrinária, como consigna Yves BRARD (cf. *Domaines Public et Privé des Personnes Publiques*, p. 3).

<sup>171</sup> Sigo, em linhas gerais, o agrupamento apresentado por Themístocles Brandão CAVALCANTI (*Tratado de Direito Administrativo*, vol. III, p. 349) por entender que ele reflete melhor as diversas concepções. Manuel Maria DIEZ apresenta uma abordagem um pouco diferente. Entende ele haver três linhas idênticas às de CAVALCANTI (propriedade pública, propriedade privada e propriedade paralela), mas lança a posição de Henry BERTHÉLEMY numa classe apartada que denomina *doctrina de la soberanía*, por sustentar que, para o autor francês, a relação não seria de propriedade, mas decorreria do poder de império (prerrogativas de alta administração e polícia). Manuel Maria DIEZ ainda isola a posição de Léon DUGUIT, pois, para ele, a concepção deste de que o domínio do Estado sobre seus bens não seria um direito subjetivo, mas uma situação objetiva com vistas a atender os fins do Estado (desempenho do serviço público) lhe colocaria numa linha doutrinária apartada. Para uma comparação com a linha aqui adotada, ver Manuel Maria DIEZ, *Domínio Público: Teoría General y Régimen Jurídico*, p. 288-306.

<sup>172</sup> Esta visão restritiva de domínio público foi forte no século XIX, mas acabou perdendo espaço no século XX para uma posição extensiva. Veja-se a este respeito as lições de Yves BRARD: “*Au XIX<sup>e</sup> siècle, la doctrine estime que le domaine public se limite aux biens affectés à l’usage de tous, considérés comme ‘non susceptibles de propriété privée par leur nature’ (...): routes, fleuves, canaux, rivages de la mer... (...) La conception extensive du domaine public au XX<sup>e</sup> siècle. Elle est née des critiques adressées à l’idée de dominialité publique naturelle, à la notion de biens ‘insusceptibles de propriété privée’. Il n’existe em*

dizer, seriam apenas aqueles que poderiam hoje ser classificados como bens de uso comum do povo.<sup>173</sup>

Numa variante desta linha estaria a posição de Léon DUGUIT, para quem a relação havida entre o Estado e os bens integrantes do domínio público não seria um direito subjetivo (decorrência da relação dominial), mas uma mera situação objetiva, existente exclusivamente para o atendimento dos fins do Estado (prestação de serviço público). Assim, esta relação jurídica se basearia em regras absolutamente autônomas e distintas daquelas próprias às relações de propriedade (instituto umbilicalmente voltado ao direito privado).<sup>174</sup>

Quer nos parecer que esta linha de entendimento não mais se sustenta.<sup>175</sup> Seja porque mesmo no campo privado a propriedade de há muito não tem este traço absoluto, mitigado que foi pelas distintas aplicações de sua função social. Seja também porque no Direito Público, mesmo respeitadas as premissas do regime jurídico administrativo, vários institutos de direito privado convivem tranqüilamente, como é o caso do contrato administrativo.<sup>176</sup>

**23.2** A segunda linha de entendimento, embora já um pouco esvaziada de importância, corresponderia a se aceitar como totalmente possível a propriedade privada dos bens públicos pelo Estado. Esta linha foi forte entre os alemães anteriores a Otto MAYER e se baseava na premissa, central no Direito alemão, da dualidade de personalidade do Estado (Estado Poder apartado do Estado Patrimônio), pela qual ao Estado Patrimônio correspondiam relações jurídicas em nada distintas daquelas aplicáveis aos particulares. Daí se ter relação de domínio tipicamente privada para os bens públicos, independente do seu regime de uso

---

*réalité aucun bien qui soit par nature insusceptible d'appropriation privée: on trouve des canaux privés, des routes privées, etc. (...) La domanialité publique est conçue comme la conséquence de la volonté de la puissance publique et le domaine public comme le support indispensable des services publics, des interventions de l'administration." (Domaines Public et Privé des Personnes Publiques, p. 6).*

<sup>173</sup> Themístocles Brandão CAVALCANTI, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. III, p. 351.

<sup>174</sup> "Suivant la nature de la chose, la catégorie du service, le mode d'affectation ou d'emploi, la domanialité est différente, le régime juridique n'est pas le même, les règles qui s'appliquent sont diverses; mais la notion de service public est toujours là qui établit le principe directeur." (*Traité de Droit Constitutionnel*, vol. III, p. 351).

<sup>175</sup> Se é que no passado se sustentava. Lorenzo MEUCCI fazia, desde o final do século XIX, uma crítica à concepção forte na doutrina francesa e italiana em dizer que o Estado não possuía uma relação de propriedade própria ao direito privado, mas uma relação distinta de domínio. Dizia: "[l]a proprietà, varia nella forma e nell'estensione, è una nel suo concetto, e consiste in un rapporto o vincolo della persona colla cosa, e in un potere diretto della prima sulla sostanza della seconda. Qualunque sia codesto potere, attuale o potenziale, assoluto o limitato, libero o gravato, pieno o diviso, esso è sempre una proprietà." (*Istituzioni di Diritto Amministrativo*, p. 331).

<sup>176</sup> Cf. a respeito Miguel Angel BERCAITZ, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, p. 219 et seq. E, entre nós, Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. I, p. 667 et seq.; Pedro GONÇALVES, *O Contrato Administrativo: uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, p. 25 et seq.; Marçal JUSTEN FILHO, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 477 et al.; Hely Lopes MEIRELLES, *Licitação e Contrato Administrativo*, p. 193 et seq.

ou de afetação, figura então estranha ao Direito germânico. Um dos principais representantes desta linha foi Georg JELLINEK.<sup>177</sup>

O grande problema desta concepção é que ela não permite que se captem as especificidades da propriedade titularizada pelo Estado (por exemplo, as limitações ditadas pelo regime de direito público), nem deixa clara a função que os bens públicos hão de exercer.

**23.3** Na terceira vertente que podemos identificar estão os autores que aceitam a existência de uma relação de propriedade entre o Estado e os bens de seu patrimônio, porém, uma “*propriedade pública*”, excepcional em relação ao regime de propriedade típico do Direito Civil. Otto MAYER define esta linha de entendimento com precisão ao dizer que “*reconhecemos hoje em relação às coisas públicas que são propriedade do Estado uma propriedade de outra espécie que a de direito privado. Esta [forma de propriedade] é o domínio público ou a propriedade pública no sentido de uma propriedade de direito público*”.<sup>178</sup>

Esta vertente teórica procura conciliar (a) o fato de o Estado, dotado de personalidade jurídica, poder deter direitos de propriedade com (b) as mitigações a este direito ditadas pelo regime jurídico-administrativo, o que Themístocles Brandão CAVALCANTI chama de “*direitos públicos subjetivos*”.<sup>179</sup> A idéia de propriedade pública tem força entre os autores italianos, Santi ROMANO,<sup>180</sup> Guido ZANOBINI,<sup>181</sup> Lorenzo MEUCCI<sup>182</sup> e Martine MONTEIL<sup>183</sup> e vai encontrar defensores do porte do já referido Otto MAYER<sup>184</sup> e de Manuel Maria DIEZ.<sup>185</sup>

Haveria, para estes autores, no âmbito do direito de propriedade, duas dimensões apartadas: a da relação interna, entre o sujeito (proprietário) e a coisa, e outra relação, externa, entre o proprietário e os demais sujeitos (terceiros). Para os defensores da doutrina de *propriedade pública*, ela seria idêntica à propriedade privada no tocante ao aspecto interno, mas se distinguiria no que tange ao aspecto externo, pois a relação do proprietário (Estado) com terceiros

<sup>177</sup> Dizia: “Assim, não existe propriedade pública que, pela sua natureza, seja diferente da propriedade privada e mesmo no sentido do direito administrativo, não se justificaria a instituição de um direito real administrativo.” (Georg JELLINEK, *Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi*, p. 69, apud Themístocles Brandão CAVALCANTI, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. III, p. 352).

<sup>178</sup> *Derecho Administrativo Alemán*, tomo III, p. 105.

<sup>179</sup> *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. III, p. 356.

<sup>180</sup> *La Teoría dei Diritti Pubblici Subbiettivi in Primo Trattato Completo de Orlando*, vol. I, p. 218, Themístocles Brandão CAVALCANTI, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. III, p. 353-354.

<sup>181</sup> *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. I, p. 129.

<sup>182</sup> *Instituzioni di Diritto Amministrativo*, p. 322.

<sup>183</sup> *Formation et Evolution de la Notion de Dominalité Publique*, p. 321 et seq. apud Manuel Maria DIEZ, *Domínio Público: Teoría General y Régimen Jurídico*, p. 299.

<sup>184</sup> *Derecho Administrativo Alemán*, tomo III, p. 116.

<sup>185</sup> *Domínio Público: Teoría General y Régimen Jurídico*, p. 306-307.

(administrados) não seria a de exclusão, como ocorre com o domínio privado, mas a de compartilhamento necessário, uma vez que para estes autores o domínio público só faz sentido para o desfrute de toda gente (os supostos terceiros excluídos da relação de propriedade).<sup>186</sup>

O mérito desta vertente é permitir compreender a atuação do Estado como efetivo proprietário dos bens, inclusive com os correspondentes instrumentos de proteção<sup>187</sup> e, ao mesmo tempo, justificar o fato de que tal domínio não autoriza ao poder público a disposição livre do bem (como ocorre com os proprietários privados), nem exclui o uso por terceiros independentemente da vontade do proprietário Estado, na medida em que tal uso é inerente à destinação do bem público.

**23.4** A última posição, derivada da anterior, é a que sustenta existirem no âmbito do patrimônio público duas espécies distintas de propriedade, conforme a natureza dos bens detidos. Para os autores que defendem esta linha de pensamento haveria uma relação imprópria de propriedade (algo próximo à propriedade pública) para os bens afetados ao uso comum de todos e, de outro bordo, uma relação de propriedade em nada diferente da privada para os bens não afetados, aqueles do patrimônio fiscal ou do domínio privado do Estado. Esta linha é também denominada de “*teoria das propriedades paralelas*”, concebendo que no núcleo a relação existente seria a de propriedade, mas a natureza da relação dominial variaria de acordo com a posição do titular do direito de propriedade (Estado) em face dos administrados.

Embora alguns autores<sup>188</sup> o coloquem como defensor da teoria da propriedade pública, entendemos que Maurice HAURIOU<sup>189</sup> pode bem ilustrar

<sup>186</sup> “*En el derecho de propiedad se distinguen dos aspectos característicos y esenciales: uno interno, constituido por la relación entre el objeto (sic) y la cosa; el otro externo, constituido por las relaciones entre el propietario y las otras personas a propósito de la cosa. La diferencia entre el régimen de la propiedad pública y el de la propiedad privada, aparece solamente respecto al aspecto externo del derecho, diferencia consistente en el hecho de que sea el derecho público o el privado, el que asume la protección de la propiedad con respecto a los terceros.*” (Manuel Maria DIEZ, **Domínio Público: Teoría General y Régimen Jurídico**, p. 297-298). A referência a objeto parece incorreta. A relação se refere a sujeito, como se depreende do trecho de Enrico GUICCIARDI, do qual Manuel Maria DIEZ retira seu entendimento (Enrico GUICCIARDI, **Il Demanio**, p. 12).

<sup>187</sup> Manuel Maria DIEZ, **Domínio Público: Teoría General y Régimen Jurídico**, p. 310. Sobre os instrumentos de proteção, é interessante notar que segundo o Conselho Constitucional francês, as pessoas públicas estão protegidas pelas mesmas garantias constitucionais dos entes privados, particularmente por exercerem legítimo direito de propriedade sobre os bens públicos (cf. Jacqueline MORAND-DEVILLER, **Cours de Droit Administratif des Biens**, p. 27).

<sup>188</sup> É o que faz, por exemplo, Themístocles Brandão CAVALCANTI (cf. **Tratado de Direito Administrativo**, vol. III, p. 354), embora use dos ensinamentos do autor francês para ilustrar também a tese da natureza jurídica variável da propriedade estatal.

<sup>189</sup> Segundo o autor “*Le domaine public est l’objet d’une propriété administrative. — Si le domaine public est l’objet d’un droit de propriété, cette propriété, quoique patrimoniale, ne conserve pas tous les caractères de la propriété privée, c’est une propriété administrative qui doit être rattachée à la puissance publique et qui est caractérisée dans ses effets par la destination d’utilité publique de la chose, qui, notamment,*

este entendimento de duplicidade de naturezas da propriedade do Estado. Isso porque, para ele, saber se a relação “Estado – coisa” poderia ou não se aproximar daquela própria à propriedade privada dependeria do tipo de bem. O que afasta HAURIOU da posição radical da doutrina francesa vista acima no sentido de entender os bens públicos, especialmente os de uso comum, como impassíveis de serem objeto de relação de propriedade. Assim, para ele, os bens de uso comum enquanto tais não poderiam ser objeto de propriedade pelos particulares (porquanto isso seria incompatível com sua afetação), mas poderiam ser objeto de propriedade subjetiva por parte dos entes estatais.<sup>190</sup>

Esta concepção, marcada muito pela necessidade do Direito francês em apartar a incidência do Direito Público e do Direito Privado para fins de definição da competência jurisdicional, apresenta o problema de não explicar a razão pela qual sealaria em domínio dos bens afetados a um dado uso, os quais, malgrado não serem disponíveis pelo Estado, já que são colocados diretamente ao uso dos cidadãos, não deixam de ser objeto de propriedade pública, razão que habilita inclusive ao poder público fazer valer este direito de propriedade em face do administrado quando este pretender dar um uso ao bem do domínio público que implique em turbar a relação dominial do Estado.

24 Estas linhas doutrinárias todas refletem a dificuldade sentida desde logo pelo Direito Administrativo de enfrentar a equiparação do Estado (ente personificado) às demais pessoas físicas ou jurídicas no que tange à natureza dos direitos que possui. Tensão que, aliás, constitui o núcleo central do Direito Administrativo. Porém, devemos considerar que todas estas abordagens teóricas tomam como ponto de partida, para considerar a existência ou não de relação de domínio sobre os bens do patrimônio público, uma noção de propriedade extraída do direito privado do século XIX.

Dizemos isto para consignar que, nos quadrantes do hodierno direito de propriedade, mesmo no Direito Civil, em que os atributos de usar, fruir e dispor da coisa são relativizados, seja pela sujeição geral à função social,<sup>191</sup> seja por restrições e condicionantes crescentemente aplicáveis (como são as normas ambientais, urbanísticas ou concorrenciais), parece-nos haver uma progressiva

---

*impose à l'Administration l'obligation morale de conserver la chose en dépôt et à la disposition du public, qui, par conséquent, lui impose le devoir de ne la désaffecter que par des considérations supérieures d'utilité publique.” (Précis de Droit Administratif et de Droit Public, 1911, p. 694-695).*

<sup>190</sup> Como aponta José CRETELLA JR. (*Tratado do Domínio Público*, p. 39), aludindo à lição de Maurice HAURIOU, tais bens não podem ser objeto de propriedade dos particulares “visto que são afetados à dominialidade pública”, o que não impede de serem objeto de propriedade pela Administração.

<sup>191</sup> Segundo Eros Roberto GRAU, a sujeição geral da propriedade privada à função social decorre do artigo 170, III, CF, preceito esse reconhecido pelo autor como verdadeiro “princípio constitucional positivo”, pois conforma o uso da propriedade privada ao instituir diretrizes gerais (*A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 252-253).

aproximação entre os direitos de propriedade (pública e privada), descabendo hoje uma demarcação muito clara entre as relações de domínio de um e de outro tipo.<sup>192</sup> Cada vez mais, a utilidade ou vocação do bem em face das necessidades coletivas predica um regime derogatório da liberdade absoluta sobre os bens, mesmo que privados.<sup>193</sup>

## 1.5 A noção de patrimônio estatal e a dicotomia patrimônio público/patrimônio privado

25 Mais relevante, ao menos para o enfoque pretendido neste trabalho, parece ser a constatação de que o patrimônio público não é composto por bens de uma única natureza. É fato que, no momento da afirmação do Estado moderno, irá concorrer para constituir o patrimônio estatal um conjunto de bens de variadas espécies, todos reunidos em um mesmo acervo ante a impossibilidade ou inconveniência de que tais bens fossem apropriados pelos indivíduos. Irão integrar esse patrimônio desde aquelas coisas que se enquadrariam, por razões éticas, conceituais, jusfilosóficas, ou por dificuldades práticas, na categoria de *res extra commercium* dos romanos, até aquelas coisas em essência idênticas aos bens privados, mas que integravam o patrimônio da Coroa e, no processo de desapatrimonialização, passam para o domínio da Nação.

A isso se acrescenta o fato de que era necessário, como corolário da soberania, afirmar a prerrogativa inoponível de comando (autoridade) do Estado sobre toda uma parcela de território. Território, a bem dizer, implica em fração de terras, objeto material também do direito real de propriedade. Verifica-se, então, uma dicotomia nas aspirações dominiais do Estado soberano. De um lado, a sua autoridade irrefutável sobre todo o território, decorrência da idéia de um poder incontestável sobre uma fração do espaço. De outro, a partir da aceitação de sua personalidade jurídica, a relação de domínio sobre parte menor deste território (*v.g.*, aquela que corresponda a bens sobre os quais exercerá, para alguns, uma relação subjetiva de propriedade ou, para outros, uma mera circunstância objetiva de curadoria do destino coletivo destes bens).

Desta situação um tanto complexa teve que dar conta a doutrina publicística. E o fez a partir de algumas construções teóricas suficientes para dar

<sup>192</sup> Nesta linha parece ser a concepção de Marcel WALINE que aparta os domínios público e privado em razão da prestação de um serviço público ou pela satisfação de uma necessidade pública: "*Finalemment Marcel Waline avait déjà parfaitement défini le critère de distinction entre le domaine public et le domaine privé, que la jurisprudence met en aujourd'hui, en considérant qu'appartient au domaine public 'tout bien qui, soit à raison de sa configuration naturelle, soit à raison d'un aménagement spécial, est particulièrement adapté à un service public ou à la satisfaction d'un besoin public.'*" (Yves BRARD, *Domaines Public et Privé des Personnes Publiques*, p. 16).

<sup>193</sup> Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Servidão administrativa*, p. 10.

cabo dos problemas postos ao seu tempo. Daí decorreram as figuras do “*domínio eminente*” (como um gênero decorrente da relação de soberania) e da dicotomia entre “*domínio público*”<sup>194</sup> e “*domínio privado*” da Administração. Conceitos que, repito, ser-nos-ão extremamente úteis e suficientes à luz dos problemas postos nos séculos passados, mas que hoje demonstram uma certa exaustão, alguma insuficiência para as questões mais contemporâneas.

### 1.5.1 O domínio eminente

26 O domínio eminente reflete a prerrogativa geral de ascendência do poder público sobre todas as coisas, mormente imóveis, existentes dentro dos lindes do seu território. Cuida muito mais de uma relação de autoridade do poder político sobre o território do que de propriedade destes bens. Assim se pode dizer que o domínio eminente não confere qualquer titularidade sobre os bens existentes no território,<sup>195</sup> mas em alguma medida submete todos os titulares do domínio destes bens à autoridade estatal. O domínio eminente não enseja o apoderamento, pelo Estado, dos bens a ele submetidos, mas autoriza condicionamentos ou constrições ao exercício do domínio por entes públicos e privados sobre os bens de seu patrimônio, desde que observados os pressupostos da lei e da finalidade de interesse geral. Essa diferenciação entre titularidade e autoridade sobre os bens terá importantes reflexos quando se for estudar a dualidade de poderes do Estado sobre seus bens, ora atuando como ordenador do uso (poder de polícia), ora atuando como titular do domínio (prerrogativas de proprietário).

27 O domínio eminente é sem dúvida um legado do Estado absolutista e se traduz num domínio abstrato do Estado sobre todas as coisas contidas no território.<sup>196</sup> Ele decorreria diretamente da soberania, do poder do Estado de

<sup>194</sup> Faça-se desde logo a ressalva quanto ao caráter polissêmico da expressão: “A expressão *domínio público* é equívoca, no sentido de que admite vários significados: em sentido muito amplo, é utilizada para designar o conjunto de bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno (...); em sentido menos amplo, utilizado na referida classificação do direito francês, designa os bens afetados a um fim público (...); em sentido restrito, fala-se em bens do domínio público para designar apenas os destinados ao uso comum do povo, correspondendo ao demanio do direito italiano.” (Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 633-634).

<sup>195</sup> “Isso não quer dizer que a soberania territorial se traduza na propriedade do solo para o Estado; mas sim que, em virtude dela, o Estado exerce sobre toda a extensão territorial o domínio eminente, evolução do direito de suzerania, que é um dos atributos da soberania e se confunde mesmo com a soberania territorial.” (Rodrigo OTÁVIO, *Do Domínio da União e dos Estados segundo a Constituição Federal*, p. 32, grafia da época). Ver também Rui BARBOSA, *Do Direito do Amazonas ao Acre Setentrional*, p. 291 et seq.

<sup>196</sup> É o que ensina Miguel MARIENHOFF: “El dominio eminente es un poder supremo sobre el territorio; vincúlase a la noción de soberanía. Se ejerce, potencialmente, sobre todos los bienes situados dentro del Estado, ya se trate del dominio privado o público del mismo o de la propiedad de los particulares o

concentrar a autoridade, da prerrogativa que o poder público possui sobre pessoas e coisas dentro do seu território. Do domínio eminente decorre não a propriedade sobre todas as coisas contidas no território, mas a prerrogativa de ordenar e disciplinar o exercício desta propriedade (poder-dever de vigilância, proteção e de polícia, nas palavras de Rodrigo OTÁVIO<sup>197</sup>). Dele advêm inclusive alguns institutos de direito público de intervenção sobre a propriedade privada, como a desapropriação, a requisição ou mesmo o tombamento.<sup>198</sup>

Contemporaneamente, num contexto de sujeição do Estado à regra de direito e de emancipação do indivíduo do poder absoluto do Estado, o domínio eminente deve ser entendido não mais como um poder absoluto do soberano<sup>199</sup> sobre todos os bens do território, mas a partir da adstrição do exercício do domínio, por todos os detentores de bens dentro do território, à função social da propriedade.<sup>200</sup> Hodiernamente, a sujeição do direito de propriedade ao cumprimento de sua função social<sup>201</sup> é a manifestação mais clara e veemente

*administrados. Como bien se dijo, el dominio eminente es la expresión político-jurídica de la soberanía interna.*” (*Tratado del Dominio Público*, p. 37).

<sup>197</sup> *Do Domínio da União e dos Estados segundo a Constituição Federal*, p. 33.

<sup>198</sup> Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 331, e Hely Lopes MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 421. Sobre este último instituto (tombamento), vale lembrar que, como dito acima, o patrimônio histórico e cultural pertence ao patrimônio nacional (parcela do domínio eminente), mas isso obviamente não confere ao Estado propriedade sobre o bem impregnado por esta característica. Esta característica será importante para várias das posições que adiante sustentaremos.

<sup>199</sup> Esta concepção absoluta, autoritária, do domínio eminente fica patente nesta passagem de Themístocles Cavalcanti: “A expressão, portanto, domínio eminente, como poder supremo sobre o território, confundese com a própria noção de soberania, como poder supremo sobre as pessoas e bens.” (Themístocles Brandão CAVALCANTI, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. III, p. 321, grafia da época).

<sup>200</sup> Não apenas a propriedade pública incumbe atender à função social da propriedade; conforme se depreende do artigo 5º, inciso XXIII, da CF, também a propriedade privada deve cumprir com sua correspondente função social. Nesse sentido, embora reconheça que a função social da propriedade privada seja mais tênue que a função social desempenhada pela propriedade pública, a qual necessariamente se atrela ao desenvolvimento de funções públicas, Ana Raquel Gonçalves MONIZ defende que o exercício do direito de propriedade pelo proprietário privado pode sofrer certas limitações pelo direito público, mas tais limitações por certo não esvaziavam o interesse individual ou o próprio direito de propriedade (cf. *O Domínio Público: o Critério e o Regime Jurídico da Dominialidade*, p. 311 et seq.).

<sup>201</sup> A respeito, ver João Alberto Schützer DEL NERO, *O Significado Jurídico da Expressão “Função Social da Propriedade”*. Sobre o tema, o autor afirma: “Isso [o fato de a solidariedade social não ter se resumido à limitação dos direitos subjetivos privados, mas ter alcançado a concepção das relações contratuais intersubjetivas, dos direitos patrimoniais e, sobretudo, do direito de propriedade], porém, traz para o sistema do direito privado, como questão de princípio, uma nova justificação das suas principais figuras — o direito subjetivo, a autonomia privada, o contrato e a liberdade de associação; contudo, o traço de Estado de direito — típico do Estado social atual — reflete uma opção prévia no sentido de conceber-se o direito privado também como sistema de esferas individuais de liberdade e de limitações dessa liberdade. Essa concepção mantém-se em todos os campos onde o exercício dos direitos não corresponde a nenhuma função social vital. De outro lado, todavia, em decorrência do questionamento do valor dessas figuras — às quais se ligava o exercício do poder econômico e social — para o Estado social de direito, ordens jurídicas atuais — *pari passu* com o estatuto da economia social de mercado, que se contrapõe à sociedade liberal de empresários — atribuem ao contrato, aos direitos patrimoniais, à propriedade, ao capital e outros meios de produção e à constituição de associações de natureza econômica uma função social global: todos eles são encarados como instrumentos que garantem uma existência digna a todos e asseguram uma justa distribuição da riqueza.” (p. 82-83).

do domínio eminente, que funciona como elemento suficiente para redefinir mesmo os limites do próprio direito de propriedade.<sup>202</sup>

28 Este *domínio* geral, objetivo e abstrato não tem a característica de exclusão do domínio propriamente dito, específico, subjetivo e concreto (é dizer, a característica pela qual a propriedade de um bem por uma pessoa exclui a propriedade de outrem). O domínio eminente não afasta a relação jurídica de propriedade do sujeito.<sup>203</sup> É bem verdade que alguns, como o já citado Themístocles Brandão CAVALCANTI,<sup>204</sup> sustentavam que o domínio eminente implicava em um direito *erga omnis*, oponível a outras pessoas de direito público, equiparando a soberania aos direitos reais de domínio no tocante a outras pessoas jurídicas políticas estrangeiras.

Contudo, cremos que tal tese não se sustenta, pois, se assim fosse, restaria vedada a propriedade pelo Estado estrangeiro de imóveis onde queira instalar suas embaixadas, representações ou consulados. Ou um Estado da Federação não poderia ser titular de bens situados no território de outro Estado. O domínio eminente implica, como decorrência da soberania, no afastamento de igual espécie de domínio de outra pessoa jurídica de direito público sobre bem em seu território, mas não assume característica propriamente de domínio (propriedade) sobre estes bens.<sup>205</sup> Aproximamo-nos, assim, da posição de Marçal JUSTEN FILHO,<sup>206</sup> sem, contudo, com ele concordar quando afirma que "(...) *não existe domínio eminente do Estado sobre os bens privados*". Tal assertiva somente haveria de ser aceita se identificássemos a noção de domínio eminente inapelavelmente como um poder absoluto do Estado sobre todos os bens situados dentro do território. Como visto, perfilamos um conceito mais contemporâneo, longe daquela concepção autoritária. Vai daí que rejeitar

<sup>202</sup> Sobre o tema, ver, por todos, León DUGUIT, *Las Transformaciones Generales del Derecho*, p. 222 et seq.

<sup>203</sup> "O domínio que ai se indica, é o domínio de jurisdição, o domínio de soberania, a saber, o domínio eminente do Estado. Domínio eminente, não na acepção feudal e arcaica da palavra, mas no seu sentido presente, atual." (Rui BARBOSA, *Do direito do Amazonas ao Acre setentrional*, p. 295, grafia da época).

<sup>204</sup> "Reconhecemos, portanto, a natureza real do chamado domínio eminente, mas somente na esfera do direito público. O Estado tem o jus in re sobre o seu território e pode usar das ações próprias contra terceiros Estados, como um Estado, sob regime federativo, pode reivindicar, de outro, também uma parte ou totalidade do seu território absorvido por outro Estado." (*Tratado de Direito Administrativo*, vol. III, p. 323).

<sup>205</sup> "O domínio eminente é o poder político pelo qual o Estado submete à sua vontade todas as coisas de seu território. É uma das manifestações da Soberania interna; não é direito de propriedade." (Hely Lopes MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 420).

<sup>206</sup> *Curso de Direito Administrativo*, p. 847. Diz: "[R]ejeita-se a clássica concepção do 'domínio eminente', que vigorou no passado. Essa teoria afirmava que o Estado deteria uma propriedade latente sobre todos os bens existentes em seu território. Portanto, os particulares seriam titulares de um domínio limitado, que poderia ser extinto a qualquer momento, se assim desejasse o Estado. Segundo essa concepção, o patrimônio do Estado seria integrado por bens de seu domínio efetivo, mas também indiretamente por todos os bens existentes na posse dos particulares." (Idem, p. 846).

que a teoria do domínio eminente caracterize um direito de propriedade geral do Estado sobre todas as propriedades contidas no território não implica em negar a existência do domínio eminente (que tem várias manifestações no texto constitucional, como vimos no parágrafo 12 supra), mas apenas concebê-lo como algo distinto do exercício de uma sobrepropriedade geral, submetida ao direito e respeitante do direito de propriedade dos indivíduos.

**29** A inexistência de uma propriedade estatal decorrente do domínio eminente fica clara na disciplina da ocupação das faixas de fronteira. Mesmo quando verificamos no direito positivo<sup>207</sup> restrições a que pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras tenham a propriedade de imóveis situados em faixa de fronteira, tais regras defluem não da propriedade do Estado nacional destas terras, mas da disciplina do direito de propriedade. Cuida-se de uma decorrência do domínio eminente (mecanismo de preservação da soberania) que não conduz automaticamente ao domínio — propriedade — estatal destes bens, os quais seguem sendo, em regra, objeto de propriedade pública ou privada.

**30** Como decorrência da soberania, o domínio eminente é partilhado entre os entes da Federação a partir da divisão constitucional de competências entre cada qual,<sup>208</sup> de tal modo que se pode dizer que sobre um mesmo bem, de propriedade dos particulares ou do Estado, podem recair várias e distintas manifestações do domínio eminente, o que nos coloca diante do complexo tema das sujeições do domínio público de entes mais amplos da Federação a emanações do domínio eminente atribuídas a entes federados de menor abrangência. É o que ocorre tanto com a manifestação do poder expropriatório em escala ascendente, ainda hoje<sup>209</sup> vedada pelo ordenamento jurídico,<sup>210</sup> como com a hipótese do exercício de poder de polícia sobre a propriedade de outros entes da Federação.<sup>211</sup>

<sup>207</sup> É o que se depreende do artigo 20, §2º, da Constituição, que prevê não o domínio da União sobre os imóveis localizados na faixa fronteira, mas a obrigatoriedade de que sua ocupação se dê nos termos da lei ("§2º A faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão regulamentadas em lei"). A Lei nº 6.634/79, ainda vigente, disciplina esta ocupação, prevendo restrições ao domínio de estrangeiros, mas sem que estabeleça sobre tais imóveis um domínio da União, de Estado ou de Municípios. É bem verdade que na vigência da Lei nº 601 de 1850 o domínio destas terras era atribuído à União, o que não mais remanesce. A esse respeito, ver José CRETILLA JR., *Tratado do Domínio Público*, p. 366-372.

<sup>208</sup> "O domínio eminente (...) é o desdobramento político do conceito de domínio público, por ser uma expressão da soberania, é compartilhado entre todas as entidades políticas — União, Estados, Distrito Federal e Município (artigo 18 da Constituição) — que o exercem na medida de suas respectivas competências constitucionais." (Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 332).

<sup>209</sup> Em que pese a crítica doutrinária. Sobre o tema, ver Fabio Konder COMPARATO, *A Expropriação de Bens Dominais de Outras Unidades Federadas pela União*, p. 111 et seq. Ver também Letícia Queiroz de ANDRADE, *Desapropriação de Bens Públicos*, p. 87.

<sup>210</sup> Cf. artigo 2º, §2º, do Decreto-Lei nº 3.365/41.

<sup>211</sup> Sobre o tema do poder de polícia de um ente da Federação sobre outro, ver Celso Seixas Ribeiro BASTOS,

## 1.5.2 O domínio nacional

31 A expressão domínio nacional ganha importância por ser aquela utilizada pelo Código Civil quando pretende definir bens públicos.<sup>212</sup> Certo é que a fórmula utilizada pela lei civil não é das mais felizes, como deixaremos claro no capítulo seguinte. Há quem entenda, como CARVALHO SANTOS,<sup>213</sup> que a expressão “*domínio nacional*” remeteria ao domínio da União, o que ensejaria uma contradição, já que são titulares de bens públicos também os outros entes da Federação (Estados, Distrito Federal e Municípios).<sup>214</sup> Também não faria sentido entender “*domínio nacional*” como um sinônimo de domínio público, pois, se assim fosse, a definição legal do Código conteria uma tautologia extremada: diria que os bens públicos são “*aqueles integrantes do [domínio público] que pertençam às pessoas jurídicas de direito público interno*”.

Sendo assim, a única forma de entender o conceito legal de “*domínio nacional*”, tal como posto no artigo 98 do CCB, é aproximar o conceito da noção de domínio eminente vista anteriormente. É dizer, quando o Código Civil se refere ao “*domínio nacional*” está aludindo ao “*domínio eminente*” para expressar que dentro do acervo total de bens existente no território nacional, aqueles que pertencerem às pessoas jurídicas de direito público interno serão públicos e todos os demais serão particulares. Vê-se, pois, que a lei civil pretendeu dar ao conceito de “*domínio nacional*” uma abrangência de gênero, dentro da qual estão as suas espécies: (i) bens das pessoas jurídicas estatais (*v.g.*, todos os entes da Federação e as pessoas de direito público da Administração indireta), que são bens públicos, e (ii) bens pertencentes às outras pessoas, físicas ou jurídicas, que são bens privados.

## 1.5.3 O domínio estatal no Direito brasileiro

32 Em paralelo com esta relação de domínio eminente (ou de domínio nacional), defluente do poder soberano, entendemos que o Estado tem com parcela dos bens situados no seu território também uma relação de domínio,

---

**Repartição Constitucional da Competência para o Exercício do Poder de Polícia.** O autor entende que o poder de polícia deve ser exercido pelo ente competente para disciplinar a matéria, mas que, em alguns casos, outro ente federativo poderá exercer o poder de polícia. Seria o caso, por exemplo, de transbordamento da natureza íntima de uma questão relativa ao comércio — a princípio de competência da União (CF, artigo 22, I) — em caso de necessidade de o Município estabelecer o horário de funcionamento da atividade comercial.

<sup>212</sup> Cf. artigo 98, CCB, que tem a seguinte redação: “São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

<sup>213</sup> *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. II, p. 95.

<sup>214</sup> Washington de Barros MONTEIRO, *Curso de Direito Civil*, vol. III, p. 194.

tipicamente de proprietário. É fato que o Estado exerce essa relação de propriedade sobre uma gama ampla de bens, que vão desde aqueles que são públicos (i) por suas características intrínsecas,<sup>215</sup> (ii) passa por bens que devem integrar o domínio estatal pelo uso que lhes é dado (como é o caso das praças ou das estradas), (iii) pelos bens que se tornam públicos por força de lei (como ocorre com aqueles doados ao poder público nos processos de parcelamento do solo urbano), (iv) por aqueles cuja natureza não difere da dos bens detidos pelos particulares, mas que circunstancialmente são empregados numa atividade a cargo do Estado (situação dos bens de uso especial ou das infra-estruturas afetadas a um serviço público<sup>216</sup>) e, por fim, (v) alcança os bens que, nem por características intrínsecas,<sup>217</sup> nem por emprego a atividades de interesse geral, aproximam-se de funções públicas, mas que não obstante são objeto de domínio do Estado (os bens dominicais).

De uma maneira mais agrupada, os bens poderão integrar o patrimônio público em função de suas características intrínsecas, da finalidade a que estão dedicados ou meramente de uma relação jurídica que lhes faz transferidos para a titularidade de uma pessoa jurídica de direito público. Porém, seja qual for a causa de o bem integrar o patrimônio público, sempre existirá uma relação jurídica entre o bem e a pessoa jurídica Estado, o que permite colocá-los como integrantes do patrimônio público.

**33** Inúmeras foram as teorias desenvolvidas para tentar explicar a natureza do domínio estatal. A principal talvez seja aquela, vista anteriormente, que dividia os bens públicos entre aqueles pertencentes ao domínio público e aqueles do domínio privado da Administração. Seriam bens de domínio público aqueles que, integrantes do patrimônio estatal, por sua natureza ou ato jurídico, estivessem postos ao uso e fruição indistinta de toda gente. Nas palavras do Rodrigo OTÁVIO, o domínio público compreenderia os bens “in ‘usu publico sunt’, isto é, os destinados ao uso indistinto e colectivo dos indivíduos, que se acham fora do comércio e não são passíveis de apropriação particular

<sup>215</sup> Aqueles bens que autores como Aldo M. SANDULLI chamam de bens do “domínio público necessário” (cf. *Manuale di Diritto Amministrativo*, p. 394).

<sup>216</sup> Registre-se aqui que as concepções extensivas de domínio público (prevalecentes no século XX) abraçadas por Duguit, BONNARD e HAURIUO: “Ainsi Duguit voit le critère de la dominiabilité publique dans l’affectation au service public, au sens large, englobant l’affectation au service public, au sens large, englobant l’affectation à l’usage direct du public. Bonnard préfère utiliser parallèlement deux critères: affectation à l’usage direct du public et affectation au service public. Hauriou propose une synthèse: l’affectation à l’utilité publique?” (cf. Yves BRARD, *Domaines Public et Privé des Personnes Publiques*, p. 6-7).

<sup>217</sup> Ressalte-se já que quando nos referimos aos bens que são públicos por suas características intrínsecas ou inerentes não estamos nos filiando a uma posição doutrinária que diz existirem bens que, por sua natureza, sempre haverão de ser públicos. Dizemos por suas características intrínsecas, pois a Constituição e a lei se referem a alguns bens como públicos pela sua própria definição existencial. O que não significa dizer que, eventualmente, parcelas destes bens não possam ser fática ou juridicamente desafetadas e até alienadas, como adiante demonstraremos.

por qualquer dos meios de direito".<sup>218</sup> Os bens do domínio privado da Administração, por sua vez, seriam aqueles que integrariam o patrimônio estatal sem estarem, num determinado momento, acessíveis à fruição coletiva e sem possuírem características distintivas dos demais bens objeto de propriedade pelos particulares.

José CRETELLA JR., por seu turno, estabelece a distinção entre domínio público e domínio privado da Administração pelo regime jurídico que lhe é aplicável (regime jurídico de direito público ou privado) e pela afetação destes "ao uso direto ou indireto da coletividade".<sup>219</sup>

**33.1** Ruy CIRNE LIMA agrupava os bens do patrimônio público de uma forma um pouco distinta, dividindo-os em bens do domínio público (aqueles dedicados à fruição coletiva, comum e incondicionada) e bens patrimoniais (todos os demais), estes últimos divididos em bens do patrimônio administrativo (aqueles de emprego não franqueado a toda gente, mas indisponíveis enquanto aplicados a uma atividade administrativa) e bens do patrimônio fiscal (aqueles sobre os quais a relação de propriedade estatal seria equivalente à típica propriedade privada, pois "destinados a serem vendidos, permutados, ou explorados economicamente no interesse da administração"<sup>220</sup>). Nesta mesma linha segue a doutrina tradicional italiana apartando os bens públicos em bens dominiais (os de domínio público) dos bens patrimoniais (estes sendo disponíveis ou indisponíveis).<sup>221</sup>

**33.2** Alguns autores procuram ainda classificar os bens do patrimônio público de forma a apenas isolar aqueles que nascem de uma relação patrimonial do Estado, daqueles que se públicos são é porque não poderiam de modo algum ser privados. Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO é um exemplo. Para ele, os bens que não são privados se dividiriam em bens do domínio público patrimonial (aqueles sob domínio direto de ente estatal para cumprimento de suas finalidades e objeto do direito de propriedade regido pelo Direito Administrativo) e, em outra categoria, nas coisas consideradas *res nullius*, assim entendidas aquelas física ou juridicamente inapropriáveis (ou seja, as coisas que o "Estado não pode ou não quer reconhecer nem instituir qualquer tipo de ampla disposição pública ou privada").<sup>222</sup>

<sup>218</sup> *Do Domínio da União e dos Estados segundo a Constituição Federal*, p. 63, grafia da época.

<sup>219</sup> *Tratado do Domínio Público*, p. 29.

<sup>220</sup> *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, p. 74. Discordamos parcialmente da divisão, mas frontalmente da atribuição exclusiva aos bens patrimoniais disponíveis (patrimônio fiscal) da possibilidade de exploração econômica.

<sup>221</sup> Aldo M. SANDULLI, *Manuale Di Diritto Amministrativo*, p. 302 et seq.; Francesco D'ALESSIO, *Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*, vol. I, p. 57 et seq.; Sabino CASSESE, *I Beni Pubblici*, p. 259 et seq.

<sup>222</sup> *Curso de Direito Administrativo*, p. 331. É bem verdade que o entendimento do professor Diogo de

Estes autores, parece certo, partem daquela visão apriorística, já comentada, de não conceber possível o domínio subjetivo sobre coisas que são, por natureza, dedicadas à fruição incondicionada por todos, refletindo aquela dificuldade de se imaginar patrimonializáveis coisas como o mar, as águas interiores, o ar etc.

A tese da exclusão de parte dos bens públicos da propriedade do Estado, mediante a consideração de existência de *res nullius* foi objeto de crítica, a nosso ver acertada, há muito tempo. Carvalho SANTOS, por exemplo, arrola fortes argumentos para dizer que no nosso direito positivo não faz nenhum sentido negar ao Estado o direito de propriedade sobre todos os bens de uso público (inclusive sobre aqueles que o seriam por sua própria natureza).<sup>223</sup> Faz isto ao afirmar que “*briga com o bom senso considerar tais coisas como res nullius*”<sup>224</sup> e afasta, na seqüência, a posição daqueles que sustentam que em relação aos bens de uso comum haveria não relação de propriedade, mas apenas guarda, tutela e vigilância destes bens cuja titularidade seria do povo.<sup>225</sup>

Registre-se que, nesta linha de entendimento que conferia a alguns “*bens públicos*” o caráter de *res nullius*, sempre se colocou dentro deste universo das “*coisas de ninguém*” tanto as coisas impassíveis de serem objeto de propriedade, como também aquelas que, embora passíveis de apropriação, não poderiam sê-lo dado que, intrinsecamente, voltavam-se à fruição coletiva. Num primeiro grupo estariam o ar, o nome, o invento após decair o direito de autor, os tesouros e as riquezas naturais do fundo do oceano, por exemplo. No segundo estariam as coisas de indissociável uso público como as vias, o mar, as praias etc.

Aqui não nos toca travar debate profundo acerca da existência ou não de coisas inapropriáveis por quem quer que seja (*res nullius* em sentido estrito).<sup>226</sup> Cumpre, porém, debater a questão da existência ou não, dentro do plexo de coisas públicas, de uma parcela que não integraria o patrimônio estatal porquanto

---

Figueiredo MOREIRA NETO dá conta da existência de *res nullius* de uma maneira bastante genérica, não apenas para considerar que parte do acervo de bens considerados públicos não é objeto de relação de domínio estatal (abordagem objeto de nossas considerações aqui), mas também de outras coisas inapropriáveis como o nome, o cadáver humano, a obra intelectual após a decadência do direito de autor etc.

<sup>223</sup> “*Classificando os bens de acordo com o modo pelo qual são eles utilizados, o Código não deixa por isso de considerar todos eles como públicos, a dizer, todos, sem exceção, como propriedade do Estado (no sentido amplo). Não se justificando, assim, a nosso ver, a opinião daqueles que negam ao Estado a propriedade dos bens de uso comum do povo.*” (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. II, p. 102-103).

<sup>224</sup> *Ibid.*, p. 103.

<sup>225</sup> Neste sentido, ver PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, tomo II, p. 133.

<sup>226</sup> Embora se deva considerar que muitos dos bens citados pela doutrina como *res nullius*, na verdade, não são bens inapropriáveis, mas simplesmente bens que ainda não foram apropriados, como é o caso dos tesouros enquanto não descobertos, das pérolas no fundo do mar enquanto não encontradas pelo mergulhador ou das águas pluviais ao tempo de não captadas. Após estes eventos, podem e são as coisas apropriadas, ainda que sob regime legal específico. A referência é importante, pois igual raciocínio será desenvolvido mais à frente, quando abordarmos a dominialidade dos bens do subsolo após serem extraídos por quem detenha justo título para tanto.

existente uma impossibilidade de domínio por qualquer pessoa individualmente, mesmo sendo esta pessoa o Estado.

## 1.6 Notas sobre a constituição do domínio estatal no Brasil

**34** Consoante visto anteriormente, podemos consignar que grande parte das dúvidas e oscilações da doutrina sobre os bens públicos advém da dificuldade de perceber o processo pelo qual os bens passam a integrar o domínio estatal. A doutrina não vê grandes dificuldades em identificar relação de propriedade estatal sobre bens que foram objeto de doação ao Estado, de desapropriação, permuta, de herança jacente ou mesmo de parcelamento do solo urbano.<sup>227</sup> A dificuldade maior, patente nos exemplos dados ora e vez para negar a propriedade estatal, provém de dois outros tipos de bens: aqueles que integram o acervo patrimonial do Estado brasileiro desde tempos imemoriais e, doutro lado, aqueles bens que, intrinsecamente, predicam um uso compartilhado por toda gente. Esta dificuldade mostra-se especialmente marcante para nós em virtude do nosso processo histórico de colonização.

**35** No tocante aos bens originalmente integrantes do patrimônio do Estado, a peculiaridade brasileira decorre do processo pelo qual se deu a ocupação inicial do território brasileiro. Diferentemente do que ocorreu na Europa, em que a propriedade passou por uma evolução de apropriação privada contraposta à aspiração dominial do soberano (como visto anteriormente), no nosso caso a própria constituição do domínio privado se inicia a partir de atos de transferência pela Coroa.

De fato, todo o território descoberto pelos navegadores (ou ao menos aquele estendido até a linha divisória do Tratado de Tordesilhas) passava a ser de domínio do Reino de Portugal, sendo tratados como "*bens e terras da Coroa do Reino*", nos termos do Título XV do Livro II das Ordenações Manuelinas, bem como no Título XXVI do Livro II das Ordenações Filipinas.<sup>228</sup>

<sup>227</sup> Muito embora parte destes bens (vias e logradouros) seja afetada ao uso comum, o fato de que no processo de parcelamento haja transferência de domínio e registro do parcelamento torna mais fácil a identificação da relação de propriedade pelo poder público municipal.

<sup>228</sup> O Título XXVI do Livro II das Ordenações Filipinas trata "*Dos Direitos Reais*", iniciando seu texto afirmando ser direito real "*poder criar Capitães na terra e no mar*". No rol de direitos reais não há referência expressa ao ingresso do território descoberto pelos navegadores ao domínio do Reino de Portugal. No texto das Ordenações Filipinas (que coincide com o disposto no Livro II, Título XV – *Dos Direitos Reaes que a El Rey pertence auer em feus Reynos*, das Ordenações Manuelinas) estão previstos, entre outros, os seguintes direitos reais: "(...) 8. *E as estradas e ruas públicas, antigamente usadas, e os rios navegáveis, e os de que se fazem os navegáveis, se são caudais, que corram em todo o tempo. E pôsto que o uso das estradas e ruas públicas, e os rios seja igualmente comum a tôda gente, e ainda a todos os animais, sempre a propriedade delas fica no Patrimônio Real.* 9. *Item os portos de mar, onde os navios costumam ancorar, e as rendas e direitos, que de tempo antigo se costumaram pagar das mercadorias, que a eles são*

Segue daí que todos os bens integrantes do território da Colônia pertenciam à Coroa. O processo de transferência destes bens para os particulares se iniciará pelas Capitâneas Hereditárias, entregues a donatários, a quem se conferia a prerrogativa de dar e conceder extensões territoriais a quem quisesse cultivar parte destas terras incultas por meio do antigo sistema de sesmarias existente em Portugal. Posteriormente, com o malfadar da maioria das Capitâneas, atribuiu-se a Thomé de Souza a prerrogativa de distribuir terras por sesmarias, sem foro nem tributo, a povoadores que se dispusessem a cultivá-las.<sup>229</sup>

Paralelamente ao processo formal de concessão de sesmarias, muitos possuidores ocuparam parcelas de terra e independentemente do título de sesmeiro, passaram a “*sem mais preocupações, se apossar das dadas terras que lhes apeteçiam sem interferência do Governador*”.<sup>230</sup> Proclamado o Império, embora seguissem vigentes entre nós, por ato do Imperador, as Ordenações Filipinas,<sup>231</sup> deixam de ser concedidas sesmarias,<sup>232</sup> passando a ocupação do território a se dar muito mais por relações de posse do que por títulos legítimos de conferência de direitos de uso ou propriedade. “*De tal jeito, a propriedade territorial, entre nós, foi constituída por concessões de sesmarias e por simples posses, modos pelos quais, em grande parte, ela passou do patrimônio do Estado para o domínio privado, expressa ou tacitamente, e em sua maior parte, a título gratuito*”.<sup>233</sup>

**36** O sistema adotado pela Coroa Portuguesa vai nos legar duas heranças no tocante à constituição do acervo patrimonial dos bens no país.

**36.1** De um lado, o processo de ocupação do território, originalmente embasado nos títulos de sesmaria (instrumento administrativo de conferência de direito de uso com compartilhamento de renda), vai com o tempo se transformar num mecanismo de apropriação patrimonial das terras da Colônia,<sup>234</sup> seja pelos

trazidas. 10. Item as ilbas adjacentes mais chegadas ao Reino. 11. Outrossim os Paços do Concelho, deputados em qualquer cidade, ou Vila para se fazer justiça (...)” (grafia da época). In: **Ordenações Filipinas**, vol. II; **Ordenações Manuelinas**, Livro 2.

<sup>229</sup> Note-se que, diferentemente do que ocorreu em outras terras descobertas (por exemplo, a maior parte do território americano), o domínio não era decorrência da efetiva ocupação, e sim precedente a ela.

<sup>230</sup> Rodrigo OTÁVIO, **Do Domínio da União e dos Estados segundo a Constituição Federal**, p. 114.

<sup>231</sup> Maria Sylvania Zanella DI PIETRO, **500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro**, p. 184.

<sup>232</sup> Raymundo FAORO agrega uma outra razão para a não mais concessão de sesmarias no Brasil independente. Citando Gonçalves CHAVES, sustenta que “[t]antas foram as liberalidades nas concessões de sesmarias (...) que em 1822 não havia mais terras a distribuir.” (**Os Donos do Poder**, p. 407).

<sup>233</sup> Rodrigo OTÁVIO, **Do Domínio da União e dos Estados segundo a Constituição Federal**, p. 115.

<sup>234</sup> Este processo é muito bem captado por Raymundo FAORO, que assevera: “[d]epois de perder o caráter administrativo que lhe fora infundido pelos legisladores de Portugal, para acentuar seu conteúdo dominial, o regime das sesmarias gera, ao contrário dos seus propósitos iniciais, a grande propriedade. (...) A propriedade seria, desta sorte, uma afirmação aristocrática, para uma grande empresa ou para o domínio de lavradores e vaqueiros. Este aspecto da formação da propriedade fundiária sugeriu a analogia ao feudalismo, analogia anacrônica dado o envolvimento mercantil da produção agrícola e a presença de um leito de supremacia estatal na sociedade.” (**Os Donos do Poder**, p. 407).

sesmeiros, seja por ocupantes outros que passam a cultivar vastas parcelas do território. É dizer, a propriedade privada surge, entre nós, a partir da ocupação — legitimada ou não por títulos de sesmeiros — de bens originalmente “*públicos*”, pois de titularidade do Reino de Portugal.

**36.2** De outro lado, em função do descontrole que se tinha com o regime de outorga de sesmarias descentralizado para os donatários e posteriormente para o Governador Geral, aliado à prática comum de ocupação de terras sem título ou outorga,<sup>235</sup> passa-se, por conseguinte, a se ter que conceber o patrimônio da Nação, então emancipada da Corte, como um remanescente das terras não ocupadas pelos particulares, o acervo de bens que se passou a designar por terras devolutas, tentativa de o direito positivo superar a situação de impossibilidade absoluta de se “*externar a propriedade do Estado, nas terras públicas ainda não ocupadas ou já abandonadas, da dos particulares, fossem eles sesmeiros, fossem simples posseiros*”.<sup>236</sup> A primeira tentativa terá lugar em 1850, com a Lei nº 601 de 18 de setembro, que afirmava que tais parcelas do território constituíam domínio privado do Estado.<sup>237</sup> Como pertinentemente aponta Ruy CIRNE LIMA, a Lei de 1850 mereceria encômios, pois “*mercê dos seus dispositivos, se tornou possível aviventar a já então indistinta linha divisória, entre as terras do domínio do Estado e as do particular*”.<sup>238</sup>

**37** Temos, então, um processo bastante peculiar de constituição do patrimônio público nacional. Diferentemente do que ocorreu na Europa em que o soberano assume o patrimônio dos bens como sucessor do povo romano, patrimonializa-os individualmente e, depois, esses bens são transferidos para o Estado Nacional, entre nós os bens são tidos originalmente como patrimônio da Coroa que praticamente renuncia ao seu domínio ao transferir o poder de delegar este patrimônio aos particulares (o feudalismo anacrônico de que fala Raymundo FAORO<sup>239</sup>) ou pela perda do controle sobre seu domínio (ponteadado pelas posses), fazendo a regra ser a da apropriação privada do acervo de bens

<sup>235</sup> “Apoderar-se de terras devolutas tornou-se coisa corrente entre nossos colonizadores, e tais proporções essa prática atingiu que pôde, com o correr dos anos, vir a ser considerada como modo legítimo de aquisição do domínio, paralelamente a princípio, e, após, em substituição ao nosso tão desvirtuado regime de sesmarias.” (Ruy CIRNE LIMA, *Pequena História Territorial do Brasil: Sesmarias e Terras Devolutas*, p. 51).

<sup>236</sup> Rodrigo OTÁVIO, *Do domínio da União e dos Estados segundo a Constituição Federal*, p. 115.

<sup>237</sup> Para esta lei (artigo 3º), constituíam terras devolutas (i) as que não estivessem aplicadas a uso público; (ii) as que não estivessem sob o domínio particular lastreado em título legítimo ou objeto de sesmaria ou concessão do governo geral ou provincial e não incursas em *comisso* (perda do direito pelo escoamento dos prazos para adimplemento das formalidades exigidas); (iii) as que não houvessem sido dadas em sesmaria ou outras concessões de governo, incursas em *comisso*, mas revalidadas; e (iv) aquelas que não se achassem ocupadas por posse que, mesmo sem título, fosse legítimas.

<sup>238</sup> *Pequena História Territorial do Brasil: Sesmarias e Terras Devolutas*, p. 70.

<sup>239</sup> *Os Donos do Poder*, p. 401 et seq.

originalmente públicos.<sup>240</sup> Depois, quando da constituição do Estado Nacional (com a independência da Colônia), o patrimônio público vai ser juridicamente constituído pela remanescência: integrarão o domínio estatal aqueles bens que ainda não tiverem sido, por qualquer meio, objeto de apropriação privada, *v.g.*, as terras devolutas.<sup>241</sup>

A maior parcela dos bens imóveis integrantes do território nacional tem seu domínio demarcado por esse processo de patrimonialização às margens do Estado.

**38** Apenas estavam infensos a este processo de apropriação os bens que, àquele tempo, não podiam ser objeto de apossamento exclusivo pelos particulares, quais sejam, as parcelas do território destinadas a um uso público, como os caminhos, praças e prédios públicos e as parcelas da natureza que, pelos modos de exploração da época, não eram passíveis de patrimonialização pelos particulares (os mares, rios, ilhas etc.). Temos que daí decorre, entre nós, a dificuldade de caracterização de um regime dominial do patrimônio público para o nosso Direito. Os bens intrinsecamente voltados ao uso compartilhado por todos são uma realidade de menor importância ao tempo da Colônia, fruto da baixa ocupação do território e da pequena presença de agrupamentos urbanos.

Como já dissemos acima, a importância dos bens de uso comum está diretamente ligada ao estágio de organização comunitária ou urbana de uma sociedade. Não é sem razão que, acima dissemos, o tratamento dos bens públicos cresce com o advento das cidades. Ocorre que a colonização brasileira se deu, regra geral, com baixa construção do espírito comunitário e, ao menos nos seus primórdios, com baixíssima preocupação com a construção do meio ambiente urbano.<sup>242</sup> Nas Vilas dos séculos XVI e XVII, há pequena preocupação com os espaços de convívio comum de homens livres.<sup>243</sup> Os espaços de

<sup>240</sup> "A propriedade territorial foi constituída por concessões de sesmarias e por simples posses, modos pelos quais, em grande parte, passou o patrimônio do Estado para o domínio privado, expressa ou tacitamente, na maioria das vezes a título gratuito." (José CRETILLA JR., *Tratado do Domínio Público*, p. 343).

<sup>241</sup> Aliás, reitere-se que a figura das terras devolutas entre nós é a mais acabada prova do descabimento de se retirar do patrimônio público bens considerados *res nullius*. O tratamento dado pelo direito positivo desde pelo menos meados do século XIX demonstra que os bens imóveis que não sejam de propriedade de ninguém (nem do Estado, nem de sesmeiros, nem de posseiros legítimos), antes de serem considerados *res nullius* foram tratados como terras devolutas e, assim, obrigatoriamente, objetos do domínio patrimonial do Estado.

<sup>242</sup> GONÇALVES CHAVES, apud Ruy CIRNE LIMA, *Pequena História Territorial do Brasil: Sesmarias e Terras Devolutas*, p. 46-47.

<sup>243</sup> Segundo Caio PRADO JR., "Tais circunstâncias [da ocupação do território com carta branca para os colonizadores agirem como bem entendessem nas terras concedidas] condicionam a estrutura política da colônia. São elas que explicam a importância das câmaras municipais, que constituem a verdadeira e quase única administração da colônia. Já nos referimos a nenhuma importância das pequenas vilas e cidades de então. A administração municipal não se organiza, pois, numa base urbana, contrariamente ao que se observa na Europa com cidades libertas do jugo feudal. Como as vilas onde se constitui, nasce apenas do influxo rural. Dominam portanto nela os proprietários rurais."

compartilhamento e vida comunitária vão estar por conta das Igrejas e ambientes organizados pelos missionários católicos. Daí se poder dizer que grande parte dos espaços públicos correspondia, na verdade, a instalações eclesiais, como ocorre, por exemplo, com os cemitérios.

A ausência de grande preocupação com a implantação de infra-estruturas públicas (portos, estradas, praças, prédios públicos) torna a realidade colonial brasileira absolutamente alheia à necessidade de caracterização de bens públicos como aqueles voltados à fruição direta e incondicionada por toda gente.

Mesmo os bens naturalmente voltados ao uso comum, como os rios, mares e praias, somente serão tratados como bens públicos a partir do momento em que são vistos como fontes de riqueza potencialmente apropriáveis pelos indivíduos.<sup>244</sup> No caso dos rios, é importante notar que a construção original em torno do seu domínio vai estar toda ela apoiada na idéia de uso e de fruição dos cursos d'água para a sua finalidade de transporte (navegação),<sup>245</sup> já que o uso para matar a sede da criação ou do homem e para o cultivo não eram considerados à época usos relevantes, porquanto não excludentes (em termos econômicos, rivais) ao uso de todos.

39 O domínio estatal foi constituído às avessas: tudo era do Estado; quase tudo foi franqueado ao apossamento pelos privados; ao fim deste processo, o que restou (não foi ou não podia, por circunstâncias naturais, ter sido apropriado por particulares) passa a constituir o patrimônio do Estado. Diferentemente do que ocorreu em vários países europeus, a demarcação do patrimônio público não foi uma preocupação concomitante à afirmação do nosso Estado constitucional.

Tanto é assim que as Constituições do Império (1824) e da República (1891) não lograram tratar do tema com a profundidade que seria de se esperar de documentos demarcadores de rupturas históricas (com Portugal, a primeira, e com a Monarquia, a segunda). O texto do Império continha uma referência reflexa ao tema, prevendo competir ao Legislativo disciplinar a administração

---

(*Evolução Política do Brasil e outros Estudos*, p. 29, grifo nosso).

<sup>244</sup> Importante notar que a discussão acerca do domínio hídrico entre nós começa a partir do surgimento potencial da exploração dos potenciais hidrológicos. A este respeito, ver o primoroso e vanguardista estudo de Alfredo VALLADÃO, *Dos Rios Públicos e Particulares*. O texto se inicia com a seguinte formulação: "De um lado, as nossas numerosíssimas e possantes quedas d'água, depósitos inesgotáveis de hulha branca, adquirem, neste momento, um extraordinário valor industrial com o assombroso progresso da electro-metallurgia" (p. 5). "De outro lado, o moderno emprego das dragas, para a manipulação do cascalho aurífero, vem determinar o aproveitamento de enorme riqueza que se acha depositada no leito de nossos rios" (p. 8). Vê-se, pois, que a discussão sobre o domínio dos recursos hídricos vai se mover pela possibilidade de uso econômico, tal como quase um século depois ocorrerá com a utilização da água pela Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997.

<sup>245</sup> Assim é que desde o início do século XX Alfredo VALLADÃO ensinava que os rios seriam públicos ou por meio de aquisição patrimonial (detenção de título de domínio das terras onde ele se encontrasse), ou se, ausente título de domínio, estes curso d'água fossem rios navegáveis ou caudais perenes que se fizessem navegáveis (cf. *Dos Rios Públicos e Particulares*, p. 48).

dos “*bens nacionais*”.<sup>246</sup> Já a Carta republicana abordava mais vezes o tema, sempre de forma reflexa também.

A principal referência aproximativa de uma idéia de domínio estatal vinha contida em seu artigo 64, parágrafo único, e se expressava na referência a “*próprios nacionais*”. Além disso, havia ainda algumas outras manifestações aos bens detidos pelo poder público, mas sempre de forma indireta no decorrer do texto constitucional. Assim era para cometer aos Estados a propriedade das minas e terras devolutas que não fossem indispensáveis à segurança nacional (artigo 64, *caput*<sup>247</sup>) ou aos serviços públicos da União (artigo 64, *caput, in fine* e seu parágrafo único). Ou para prever a imunidade tributária entre Estados e União, abrangendo também os bens de cada ente (artigo 10<sup>248</sup>). Por fim, uma última referência, esta ainda mais indireta: quando para demarcar o caráter não eclesial dos cemitérios, atribuía aos Municípios a administração destes bens, que teriam caráter secular e público (artigo 72, §5<sup>9249</sup>).

40 Pode-se constatar que à afirmação do Estado brasileiro não correspondeu, como, por exemplo, ocorreu na França, uma preocupação central por delimitar o que constituiria o patrimônio público. Ressalvada a preocupação com a titularidade das terras devolutas, o direito público brasileiro, as Constituições aí incluídas, não vai se debruçar exaustivamente sobre o tema.<sup>250</sup> Não será por outra razão que nossa doutrina sobre os bens públicos será marcada pela concepção dos civilistas, especialmente a partir das discussões que culminaram no Código Civil de 1916.

<sup>246</sup> Era o texto: “Artigo 15. *É da atribuição da Assembléa Geral (...) XV – Regular a administração dos bens Nacionaes, e decretar a sua alienação*”.

<sup>247</sup> “Artigo 64 – *Perencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção do território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais. Parágrafo único – Os próprios nacionais, que não forem necessários para o serviço da União, passarão ao domínio dos Estados, em cujo território estiverem situados*”. Embora não preciso e detalhado como seria de se esperar de um texto constitucional colimador da ruptura republicana, este dispositivo merece destaque por alguns motivos: (i) é a primeira manifestação constitucional tratando das “*terras devolutas*” como de pertença dos entes públicos (União ou Estados); (ii) contém a primeira manifestação de separação da propriedade do solo em relação ao subsolo quando nele estivessem contidas as minas; e (iii) contempla uma associação entre a pertença de bens (domínio público) e as funções cometidas a cada ente estatal (serviços públicos), seja para as estradas de ferro (existentes ou projetadas), seja para os demais serviços da União.

<sup>248</sup> “Artigo 10 – *É proibido aos Estados tributar bens e rendas federais ou serviços a cargo da União, e reciprocamente*.”

<sup>249</sup> “Artigo 72 (...) §5º – *Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não ofendam a moral pública e as leis*.”

<sup>250</sup> Veja que as duas obras seminais do nosso Direito Administrativo nada falam sobre o tema. Tanto o Visconde do URUGUAY como o Conselheiro Antônio Joaquim RIBAS passam ao largo de temas como bens públicos, domínio público ou patrimônio estatal. Quem mais perto chega é o primeiro quando no Capítulo IX de sua obra toca na questão do território e da riqueza. Mas o faz sem se referir à questão patrimonial do Estado. A este respeito, conferir Visconde do URUGUAY, *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, e Antônio Joaquim RIBAS, *Direito Administrativo Brasileiro*.

## 1.7 Releitura das noções tradicionais

41 Embora pudesse fazer algum sentido no passado a tese de que algumas coisas, por não serem passíveis de apropriação (no sentido de ser a elas aplicado o regime de exclusividade próprio ao direito de propriedade), não seriam propriedade do Estado, hoje este entendimento não mais se pode sustentar. Nem a concepção de bens públicos como propriedade do povo (apenas sob guarda do Estado), nem a tese de bens públicos como *res nullius* se mostraram compatíveis com o Direito ou mesmo convenientes.

41.1 São incompatíveis com o Direito porquanto todas as coisas que são dedicadas ao cumprimento das finalidades estatais são tratadas como bens integrantes do patrimônio das pessoas jurídicas de direito público interno integrantes da Federação, seja pela Constituição (artigo 20 e artigo 26), seja pelo direito positivo (artigo 98 e artigo 99 do CCB e artigo 1º, Decreto-Lei nº 9.760/46). À luz da redação dada pelo artigo 98 do CCB, não vemos como haveria espaço para se cogitar de uma terceira espécie de bens além dos públicos e dos privados. Afinal, diz a lei que dentre os bens do domínio nacional (bens integrantes do território brasileiro) os que pertencem ao Estado são públicos e “*todos os demais*” serão do domínio de algum privado, o que afasta a idéia da existência de bens que não pertençam a ninguém.<sup>251</sup>

41.2 São inconvenientes tais teses, pois o entendimento de que os bens públicos, ao menos aqueles voltados à fruição indistinta e incondicionada de toda gente, não seriam patrimônio de ninguém acabou por favorecer o comportamento oportunista de apropriação privada do bem, seja na sua utilidade (uso desigual do bem), seja mesmo na sua própria absorção pelo patrimônio privado. Negar ao Estado os direitos sobre a coisa como verdadeiro proprietário importa colateralmente reduzir os instrumentos de proteção<sup>252</sup> que assistem ao detentor

<sup>251</sup> Como, de resto, também afastaria a tese de que os bens de uso comum ou de domínio público pertenceriam ao povo e seriam apenas guardados e tutelados pelo Estado.

<sup>252</sup> Edmir Netto de ARAÚJO sistematiza os instrumentos de proteção do patrimônio público, abrangendo tanto os procedimentos judiciários quanto os procedimentos administrativos. Segundo o autor, enquanto estes são mais comumente empregados para recomposição do patrimônio público ante constatação de danos ou prejuízos ocasionados, via de regra, por agentes públicos, os procedimentos judiciais são mais corriqueiramente empregados nos casos em que o dano provinha de atividades particulares. Ainda, o autor distingue os procedimentos administrativos preventivos do dano dos procedimentos administrativos executórios para a recomposição patrimonial. Apesar da diversidade de procedimentos hábeis a proteger o patrimônio público, variando conforme a matéria e o bem tutelado pelas correspondentes normas específicas, alguns são expostos no estudo: procedimento das despesas públicas, procedimento administrativo prévio à contratação de funcionários públicos, procedimento administrativo para prestação de contas, procedimento de prestação de contas, procedimento de indenizações contratuais e procedimento para comprovação da execução orçamentária. Para os fins da presente tese, mais relevante é o procedimento para utilização de bem público: “*caso o particular deseje utilizar privativamente um bem público que possa ser assim utilizado (os de uso comum, e outros, não podem) deve participar de um procedimento administrativo que resultará em contrato de concessão ou outorga de permissão ou autorização de uso, como ocorre com a prestação de serviços públicos.*” (*Procedimentos Administrativos para Proteção do Patrimônio Público*, p. 94).

do domínio, privando-o, no mais das vezes, de meios eficientes de defesa do patrimônio público contra a permanente possibilidade de apropriação privada.

Apenas para que se tenha uma medida desta inconveniência, consagrar a tese de *res nullius* de alguns dos bens públicos permitiria, por exemplo, deixar de sujeitar às sanções da lei de improbidade administrativa uma autoridade que permite (sem exigências adjudicatórias ou contrapartidas) a apropriação de parcela do mar territorial por um particular que queira explorar fazendas oceânicas de criação de crustáceos. Mais do que isso, importa impedir que o poder público, sem obstar o uso geral ao qual o bem está dedicado — finalidade primaz destas coisas —, possa dar a ele usos secundários e utilíssimos ao interesse geral, exigindo a devida contrapartida dos particulares que por este uso se interessem.

Dizer que o Estado não poderia exercer propriedade sobre certos bens, porque a finalidade destes é exatamente a fruição indistinta e incondicionada por toda gente, significa incidir no erro de olvidar que a propriedade, mesmo a privada, não é exercida fora dos condicionantes previstos na lei. O proprietário de um bem privado prenhe de valor histórico e artístico e, por esta razão, tombado, segue sendo proprietário, mas exercerá sua propriedade nos lindes da legislação de proteção ao patrimônio histórico e artístico nacional.<sup>253</sup> O mesmo ocorre com uma propriedade dotada de interesse ambiental. Ou com a propriedade urbana privada *vis-à-vis* às regras de uso e ocupação do solo, o Plano Diretor ou a Lei de Zoneamento Urbano. Nestes casos, embora haja inegável relação de domínio, a utilidade do bem predica a condição de exercício desta propriedade, eventualmente ensejando a completa interdição do exercício pleno dos atributos dominiais.

O Estado é proprietário dos bens públicos. Porém, exerce esta propriedade dentro dos ditames legais que constituem o regime jurídico-administrativo.

42 Em suma, entendemos que integram o domínio estatal todos os bens que sejam pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, independente do emprego que se lhes tenha reservado e da razão pela qual estes bens passam a pertencer ao Estado. Sobre todos os bens, materiais ou imateriais, que integram o patrimônio público, existe uma relação de propriedade entre o Estado e o bem. Não apenas pela expressão contida na lei civil, mas também pela necessidade de o Estado exercer, em relação a estes objetos, direitos típicos

<sup>253</sup> Conforme Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, o tombamento não alcançaria o direito de construir garantido em licença para edificação legitimamente detida por proprietário, um direito adquirido na interpretação da administrativista. Nesse caso, não haveria plena incidência das normas protetivas do patrimônio histórico-cultural, pois assegurado o direito de construir. Cf. **Tombamento - Licença de Construção - Direito Adquirido**, p. 386-394.

de propriedade, inclusive para opô-los aos administrados, muitas vezes titulares do direito de uso destes bens.

É bem verdade que o Estado não exercerá esta propriedade igualmente como fazem os particulares, haja vista que a propriedade estatal (sobre qualquer classe de bens) é sempre condicionada às finalidades públicas que justificam ou obrigam a existência do domínio estatal. Podemos dizer que se a propriedade de qualquer bem do domínio eminente está condicionada ao cumprimento da sua função social (cf. artigo 5º, inciso XXIII, artigo 170, III, e artigo 182, §2º, CF), a propriedade estatal é aquela que só se justifica no atingimento de uma função social.<sup>254</sup>

Se a função social da propriedade privada condiciona e limita o direito de propriedade dos particulares, a função social da propriedade pública justifica mesmo a própria detenção deste domínio. Naquele caso a função social importa limites à propriedade, neste determina a própria existência dela.<sup>255</sup> Daí por que não faz sentido excluir do domínio estatal, como se não fossem objeto de propriedade, os bens públicos de uso comum ou aquelas coisas que sejam consideradas inapropriáveis. Estes bens integram o domínio estatal, vale dizer, são objeto de propriedade do Estado exatamente para evitar que sejam objeto do domínio privado e para permitir que sua aplicação (seja no valor de uso, seja obstando-lhe o valor de troca) se dê em atenção às finalidades públicas.

43. Mais recentemente, a tese da inexistência de relação de domínio estatal sobre bens de uso comum foi retomada no âmbito do direito ambiental. Tangidos pelo disposto no art. 225 da Constituição, que eleva o meio ambiente à condição de bem de uso comum do povo, muitos ambientalistas retomaram a tese oitocentista, sustentando que este tipo de bem não poderia ser objeto de apropriação por quem quer que seja, nem mesmo pelas pessoas estatais.

<sup>254</sup> A estreita relação entre propriedade estatal e função social levou Eros Roberto GRAU a afastar qualquer caráter inovador decorrente da locação *função social da propriedade pública*: “[a] alusão à função social da propriedade estatal qualitativamente nada inova, visto ser ela dinamizada no exercício de uma função pública. E a referência à função social da propriedade coletiva, como vínculo a tangê-la, consubstanciaria um pleonismo. Não obstante, embora a afirmação da função social da propriedade compreenda, prévia — porém não declarada, explicitamente — afirmação da propriedade privada, umas tantas vezes a primeira afirmação foi e permanece sendo, tida como ‘revolucionária’”. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, p. 253. Embora entendamos ser a função social indissociável da propriedade pública, consideramos função social e função pública institutos jurídicos distintos, de forma que o exercício de uma função pública por meio do emprego de um bem público não atende aprioristicamente o primado da função social.

<sup>255</sup> Vincenzo Caputi JAMBRENGHI, malgrado defender posição um tanto distinta da que aqui professamos, afirma em relação à função social da propriedade pública que a propriedade pública “*a differenza della proprietà privata, è e non ha funzione sociale.*” (**Premesse per una Teoria dell'uso dei Beni Pubblici**, p. 6-7). Tal ponto de vista, contudo, não pode ser entendido a ponto de desconsiderar que um mesmo bem pode — e deve — ser empregado de forma ao atingimento ótimo (e não pressuposto) de sua funcionalidade para a sociedade. Um bem não cumprirá sua função social pelo simples fato de ser público. E nem haverá uma relação direta em se destinar um bem ao uso público e com isto se estar automaticamente fazendo com que ele cumpra sua função social.

Seria, neste sentido, um “*bem difuso*”, categoria que permitiria uma superação da dicotomia bem público e bem privado, baseada no critério diferenciador da propriedade pelo titular.<sup>256</sup>

Esta concepção, marcada em certo grau pela necessidade dos ambientalistas delimitarem sua área de conhecimento, fora do Direito Civil e do Direito Administrativo, padece de alguns problemas.

Se déssemos ao conceito de bem de uso comum do povo presente no art. 225 da CF uma acepção de uma pertença difusa, fora do domínio público e privado, chegaríamos ao fim e ao cabo à conclusão de que inexistente direito de propriedade. Sim, pois não existe meio ambiente separado do universo de bens móveis e imóveis integrantes do domínio eminente nacional. O meio ambiente é composto pelos recursos naturais (bens dominialmente públicos), pelas propriedades urbanas e rurais (públicas e privadas), pelos animais (criações privadas, animais selvagens na fauna, públicos), pelos automóveis, máquinas, bens de produção, as próprias pessoas naturais. O meio ambiente, sejamos acacianos, é o universo em que nos inserimos, inclusive para além das fronteiras geopolíticas. Se fosse o meio ambiente objeto de um terceiro gênero (bens difusos), diverso do bem privado e do bem público e prevalecente a estes, resultaria a derrogação de qualquer direito de propriedade. Há, sim, um direito difuso à conservação do meio ambiente (“*essencial à sadia qualidade de vida*”), titularizado por todos e cada um dos indivíduos e pelas gerações futuras (cf. art. 225, CF), mas isso não autoriza sustentar existir uma propriedade difusa sobre o meio ambiente entendido como um bem.

Neste sentido, temos que a locução constitucional nos remete muito mais à garantia do uso por todos e por qualquer um, no sentido de que cada indivíduo, presente e de gerações futuras, tem o direito constitucional à fruição deste *bem*, uso este serviente a sua sadia qualidade de vida.

De resto, a concepção do meio ambiente como um *bem difuso*, não titularizado pelas pessoas jurídicas de direito público interno, traria um risco associado. A se entender assim, dar-se-ia guarida às teses internacionalidades que sustentam serem os recursos ambientais (florestas, recursos hídricos, entre outros) bens da humanidade, correspondendo a uma “*titularidade difusa internacional*”. O que autorizaria sua tutela não apenas pelo Estado soberano,

<sup>256</sup> Esta é a posição, entre outros, de Paulo de Bessa ANTUNES (*Direito Ambiental*, p. 44) para quem no caso do meio ambiente “*não estamos diante de um bem que possa ser incluído dentre aqueles pertencentes a uma ou outra pessoa jurídica de direito público, pelo contrário, o meio ambiente é integrado por bens pertencentes a diversas pessoas jurídicas, naturais ou não, públicas ou privadas*” para dizer, em síntese de seu pensamento que “*o conceito de uso comum de todos rompe com o tradicional enfoque de que os bens de uso comum só podem ser públicos*” (idem).

mas pelos organismos internacionais. Daí a uma derrogação parcial da soberania, seria um passo.

Temos então que estas concepções ambientalistas, afora um pouco singelas e altamente arriscadas à defesa dos interesses nacionais, peca de um equívoco conceitual central: o de não se aperceber que a dimensão funcional e dominial dos bens deve ser tratada de maneira distinta, como tentamos demonstrar aqui.

De resto, a referência posta no art. 225 da Constituição recai não sobre um bem enquanto utilidade em si, mas reporta-se ao direito à fruição desta utilidade. Trata-se de uso de bem numa acepção distinta da que anteriormente fixamos. O meio ambiente, embora tenha uma utilidade a toda gente, não é suscetível de valoração econômica.<sup>257</sup> Por força da Constituição, os indivíduos são detentores de um direito público subjetivo de uso do meio ambiente para a utilidade prevista na Constituição, sem que isso descaracterize a relação de domínio público e privado que recai sobre as coisas dotadas de relevância ambiental. Assim as florestas são públicas, embora integrem o plexo ambiental. As indústrias são bens privados, embora possuam relevância ao ambiente. Os recursos naturais são indispensáveis ao meio ambiente, e não obstante integram o domínio da União.

Veja-se neste sentido que a relação entre tutela do meio ambiente (bem de uso comum do povo) e a relação dominial fica patente quando lemos no mesmo art. 225, agora no §5º, CF, que são indisponíveis (e, portanto, devem permanecer no domínio do poder público estadual) as terras devolutas ou que sejam arrecadadas pelos Estados e que sejam necessárias à preservação dos ecossistemas naturais. Segue daí, então, que a própria Constituição reconhece que o direito de todos à preservação ambiental não só não elide, como, ao contrário, se articula com a propriedade pública, implicando em algumas hipóteses seu reforço (via cláusula de permanência).

O direito de todos ao desfrute do meio ambiente (este sim, o direito, difuso) não implica em subtração das diferentes relações dominiais, públicas e privadas, que recaem sobre os bens que compõe o universo ambiental. A funcionalidade ambiental se impregna, em maior ou menor grau de incidência, sobre todos os bens do domínio eminente. Tanto é assim, que a dimensão ambiental integra mesmo a noção de função social da propriedade.<sup>258</sup>

<sup>257</sup> O que não impede, por óbvio, que os bens com relevância ambiental a tenham seja enquanto coisas (como ocorre com as florestas objeto de concessão de exploração), seja como emanção da própria conservação (caso dos créditos de carbono).

<sup>258</sup> Vide, por exemplo, o art. 186, II, Constituição Federal.

## 1.8 Síntese conclusiva do capítulo: a realidade do patrimônio estatal

44 De tudo que até agora podemos consignar, temos algumas notas relevantes para o que adiante se verá. Em breve síntese, sustentamos que:

- i) “*Bens*” são os objetos que, com ou sem materialidade (é dizer, mesmo sem ser propriamente coisas), são dotados de utilidades suscetíveis de valoração econômica;
- ii) “*Coisas*”, no sentido jurídico, são tudo aquilo que pode ser objeto de relação jurídica e, no sentido não jurídico, são todos os objetos dotados de materialidade;
- iii) Há três dimensões distintas de patrimonialidade: o “*patrimônio nacional*” (formado por todos os ativos que possuem valor para a coletividade no âmbito nacional, independentemente de pertencerem ou não ao domínio de entes públicos); o “*patrimônio público*” (que corresponde a todos os ativos economicamente valoráveis — bens, direitos e receitas — integrantes do domínio dos entes públicos) e os “*bens públicos*” (objetos que têm valor econômico atribuíveis aos entes públicos, não incluídas as receitas públicas);
- iv) A evolução histórica da noção de “*patrimônio público*” corresponde em grande medida à história da construção da noção de Estado. Na Antigüidade, antes do surgimento das relações de propriedade, o quanto necessário à existência humana era compartilhado pelos membros da sociedade. Especialmente com o surgimento das cidades, começa a se fazer mais presente uma esfera de bens distintos daqueles integrantes da propriedade individual;
- v) Com o advento do Estado moderno, edificar-se-á o que entendemos atualmente por “*patrimônio público*”, dado que ao aspecto dominial foi agregado o aspecto finalístico do acervo de bens públicos e surgiu a idéia de apartação entre as esferas do público e do privado;
- vi) A separação entre as esferas pública e privada se deu com a separação do patrimônio pessoal do soberano do patrimônio comum de toda gente e com a construção da figura do Estado como um ente dotado de personalidade jurídica própria;
- vii) O Estado surge como um novo proprietário, que assume a posição de dono dos bens públicos. Daí advém a dificuldade no âmbito do Direito Administrativo de se enfrentar a equiparação do Estado às demais pessoas físicas ou jurídicas no que tange à natureza dos direitos que possui;

- viii)** Na afirmação do Estado moderno, o patrimônio estatal foi constituído por bens de espécies diferentes, que passaram ao domínio da Nação com o “*processo de despatrimonialização*”. Neste momento, era necessária a afirmação da autoridade do Estado sobre todo o território, de modo que para lidar com a dicotomia entre a autoridade estatal sobre todo o território e uma relação de domínio estatal sobre parte menor desse território, foram elaboradas as construções doutrinárias — eficazes a seu tempo — de “*domínio eminente*” e de “*separação entre o domínio público e privado da Administração*”;
- ix)** Além da relação de domínio eminente estatal (hoje traduzida na relação de autoridade, mediada pelo Direito, do poder público sobre o território), o Estado tem com parcela dos bens situados no seu território também uma relação de proprietário. Os bens poderão integrar o patrimônio público em função de sua natureza, de seu destino ou meramente de uma relação jurídica que faz com que eles sejam transferidos para a titularidade de uma pessoa jurídica de direito público;
- x)** O Brasil foi marcado por um processo peculiar de constituição do “*patrimônio público*” nacional. A regra foi a apropriação privada dos bens originalmente públicos, e, no momento da constituição do Estado Nacional, passaram a integrar o domínio nacional os bens remanescentes da apropriação privada (*v.g.*, terras devolutas);
- xi)** Quando da afirmação do Estado brasileiro, não havia uma preocupação central de delimitar o que constituiria o “*patrimônio público*”, de modo que o direito público não se debruçou exaustivamente sobre o tema, o qual será então tratado quase que exclusivamente pelo Direito Civil e pela sua ótica;
- xii)** A concepção de bens públicos como coisas impassíveis de apropriação ou como propriedade do povo, bem como a tese de bens públicos como *res nullius* não se mostraram compatíveis com o direito positivo nacional, nem convenientes para o interesse público;
- xiii)** Existe relação de propriedade entre o Estado e o bem sobre todos os bens que integram o “*patrimônio público*” (seja pela lei civil ou pela necessidade de o Estado exercer direitos típicos de propriedade), e esta relação de propriedade é sempre condicionada às finalidades públicas que justificam ou obrigam a existência do domínio estatal, que se sustenta no atingimento de uma função social.

Disso decorrem alguns pontos essenciais para o que adiante desenvolveremos.