

Directora Responsável
SIBELLE TAPAI

Diretora de Operações de Conteúdo
JULIANA MAYUMI ONO

Equipe de Conteúdo Editorial: Elisabeth Bianchi, Flávio Viana Filho e Henderson Firsirot

Editorial

Coordenação
JULIANA DE COCO BLANCO

Análisis Editoriais: Amanda Queiroz de Oliveira, Ana Beatriz de Melo Cyrino, Camila Amadi Bonfim Rosa, Érica Hashimoto, George Silva Melo, Georgina Renata Dias e Ivo Shiguero Tomita

Técnicos de Processos Editoriais: Maria Angélica Leite e Paulo Alexandre Teixeira

Capa: Christley Figueiredo

Coordenação Administrativa

RENATA COSTA PALMA E ROSANGELA MARIA DOS SANTOS

Assistentes: Cibele Souza Mendes, Karla Capelas e Tatiana Leite

Editoração Eletrônica

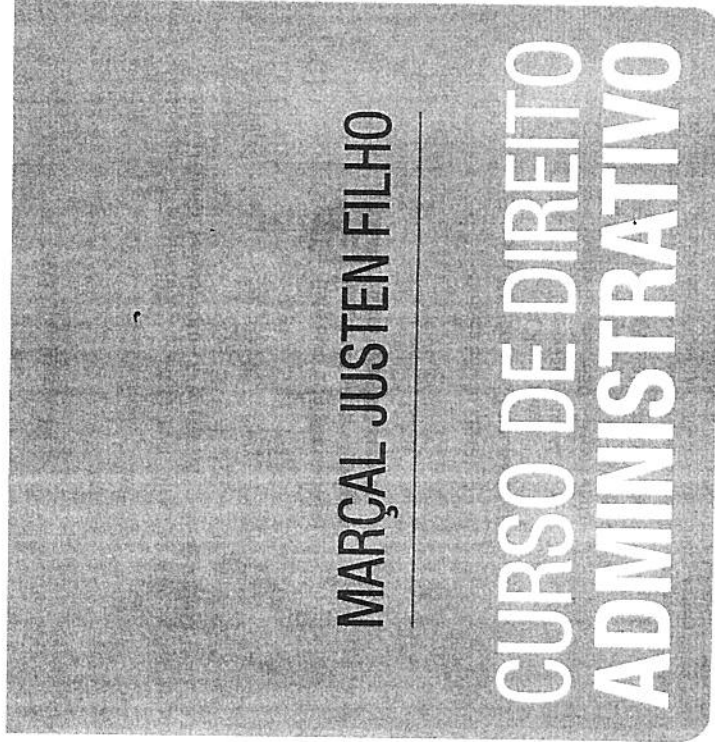
RIDELI CAMPOS DE CAVALHO

Equipe de Editoração: Ana Paula Lopes Corêa, Carolina do Prado Fael, Gabriel Bratti Costa, Ladislau Francisco de Lima Neto, Luciana Pereira dos Santos, Luiz Fernando Romcu, Marcelo de Oliveira Silva e Vera Lucia Crino

Produção Gráfica

CAIO HENRIQUE ANDRADE

Auxiliar: Rafael da Costa Brito



9.ª edição

revista, atualizada e ampliada



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Justen Filho, Marçal

Curso de direito administrativo / Marçal Justen Filho. – 9. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Bibliografia

ISBN 978-85-203-4763-8

1. Direito administrativo 2. Direito administrativo – Brasil I. Título.

13-03303

CDU-35

Índices para catálogo sistemático: 1. Direito administrativo 35

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

p. 1101 a 1120

Capítulo 15

Estrutura administrativa do Estado: os bens públicos

A satisfação dos direitos fundamentais por meio da atividade administrativa do Estado depende da organização de um conjunto de bens jurídicos. Sob um certo ângulo, esses bens seriam instrumentais à atividade administrativa do Estado. Ademais disso, existem bens cuja preservação é indispensável para a realização de direitos fundamentais. Todos esses bens podem ser referidos como bens públicos.

15.1 Definição de bens públicos

Bens públicos são os bens jurídicos atribuídos à titularidade do Estado, submetidos a regime jurídico de direito público, necessários ao desempenho das funções públicas ou merecedores de proteção especial.

15.1.1 Bens públicos são bens jurídicos

Os bens públicos são bens jurídicos, utilizada a expressão na acepção clássica da Teoria Geral do Direito. Isso significa, num sentido amplo, que são bens dotados ou não de existência física, que podem constituir objeto de uma relação jurídica.

15.1.2 Atribuídos à titularidade do Estado

Os bens públicos são atribuídos à titularidade do Estado, o que significa a inviabilidade de sua apropriação por particular mediante relação de domínio. Por outro lado, o vínculo jurídico entre o Estado e o bem público não se configura exatamente como uma relação de domínio própria do direito privado. Grande parcela dos bens públicos não comporta que o Estado deles use, frua e disponha – aspectos essenciais da definição de propriedade privada contida no art. 1.228 do Código Civil.

Enquadram-se como bens públicos aqueles que sejam de titularidade de uma pessoa estatal. Seguindo a definição do art. 98 do Código Civil, somente são

qualificados como bens públicos aqueles de titularidade de uma pessoa jurídica de direito público.

Daí segue que os bens das empresas estatais seriam qualificáveis como privados. No entanto, o parágrafo único do art. 99 do Código Civil determina que, “Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado”.

O dispositivo tem redação esdrúxula (já que uma pessoa jurídica estatal com estrutura de direito privado não é considerada como uma pessoa jurídica de direito público), tal como apontado no Capítulo 5 supra. De todo modo, esse dispositivo propicia que sejam considerados como bens públicos também aqueles de titularidade dos sujeitos administrativos com personalidade jurídica de direito privado.

Jurisprudência do STJ

“Os imóveis administrados pela Companhia Imobiliária de Brasília (Terracap) são públicos, sendo insuscetíveis de usucapião” (EREsp 695.928/DF, Corte Especial, rel. Min. José Delgado, j. 18.10.2006, DJ 18.12.2006).

15.1.3 Submetidos a regime jurídico de direito público

O regime jurídico dos bens públicos é próprio do direito público. Isso significa a não aplicabilidade dos institutos de direito privado, a começar pela propriedade. Até se pode afirmar que o bem público está no “domínio” ou “propriedade” de uma pessoa de direito público, mas isso não acarreta a aplicação do regime da propriedade privada. Por exemplo, a pessoa de direito público titular do bem público não está investida na faculdade de usar o bem como melhor lhe aprouver ou lhe dar a destinação que quiser.

15.1.4 Necessários ao desempenho das funções públicas

O primeiro fundamento para a qualificação do bem como público é a sua instrumentalidade para o desempenho de função pública (administrativa ou não). O exercício das funções estatais exige uma infraestrutura material, composta por bens imóveis, móveis, direitos e assim por diante. Como exemplo, pode ser referida a figura dos edifícios em que se localizam repartições públicas.

15.1.5 Ou mercedores de proteção especial

O segundo fundamento para a qualificação de um bem como público é a existência de atributos, utilidades ou condições especiais e diferenciadas, que exigem um regime diferenciado e a vedação à apropriação segundo o direito privado. Existem bens que devem ser utilizados de modo conjunto por toda a Nação

(assim, por exemplo, preservada para as nascentes de a

15.2 A concepção

O tratamento de supremacia e indistintamente as concepções tradicionais de ordem constituci

15.2.1 A concepção

No passado, o objeto de um privilégio da República, o chamado “Coroa” – expressão que designa os bens da Coroa – melhor lhe aprouver

Lembre-se que, em virtude de particularidades eram a propriedade pri

15.2.2 As concepções anteriores

Com a proclamação da República e tornou-se a destinação de bem o que se traduziu que o atual Código contemplada no Código continuam a vigência chamado Código da política social.

Esse enfoque em virtude de seu meio ambiente por indivíduo ou pelo que devem ser preservado do planeta.

de uma pessoa jurídica de
 1 qualificáveis como pri-
 go Civil determina que,
 cais os bens pertencentes
 ado estrutura de direito

essoa jurídica estatal com
 pessoa jurídica de direito
 o modo, esse dispositivo
 ibém aqueles de titulari-
 dica de direito privado.

de Brasília (Terracap) são
 28/DF, Corte Especial, rel.

co

o público. Isso significa
 neçar pela propriedade.
 1 "propriedade" de uma
 o do regime da proprie-
 lar do bem público não
 e aprover ou lhe dar a

licas

como público é a sua
 dministrativa ou não).
 aterial, composta por
 mplo, pode ser referida
 as.

em como público é a
 e diferenciadas, que
 egundo o direito pri-
 into por toda a Nação

(assim, por exemplo, as vias públicas). Há outros bens cuja utilização deve ser preservada para assegurar a sobrevivência dos seres humanos (como, por exemplo, as nascentes de água).

15.2 A concepção norteada pelos direitos fundamentais

O tratamento do instituto do bem público deve ser norteado pelo enfoque da supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais. Isso significa afastar concepções tradicionais, que se fundavam em pressupostos incompatíveis com a ordem constitucional.

15.2.1 A concepção do privilégio

No passado, reputava-se que os bens públicos eram aqueles cuja fruição era objeto de um privilégio, estabelecido em favor do governante. Até a instauração da República, o conceito de bem público era identificado fortemente como bem da "Coroa" – expressão utilizada para indicar uma entidade não sujeita ao Direito. Os bens da Coroa eram de titularidade do Imperador, que podia deles fruir como melhor lhe aprouvesse, inclusive explorando-os economicamente.

Lembre-se que essa concepção se relacionava com a teoria do domínio eminente, em virtude da qual todos os bens (especialmente imóveis) na titularidade dos particulares eram reputados como propriedade última da Coroa. Isso significava que a propriedade privada poderia ser afastada mediante decisões do monarca.

15.2.2 As concepções individualistas do Código Civil e da legislação anterior à CF/1988

Com a proclamação da República, deixou de existir a categoria dos bens da Coroa e tornou-se inaplicável a teoria do domínio eminente. Mas se adotou conceituação de bem público fortemente influenciada por concepções individualistas, o que se traduziu na disciplina do Código Civil de 1916. O problema reside em que o atual Código Civil repetiu quase literalmente a disciplina dos bens públicos contemplada no Código anterior. Além disso, diplomas antigos sobre bens públicos continuam a vigorar, refletindo concepções inadequadas. O grande exemplo é o chamado Código de Águas (Dec. 24.643), que não incorporava a enorme relevância da política social, econômica e jurídica da água.

Esse enfoque não considera que os bens públicos sejam merecedores de tutela em virtude de seus atributos próprios. A visão do direito fundamental afirma que o meio ambiente merece proteção independentemente de seu uso e fruição por um indivíduo ou pela coletividade. A categoria de *bem público* abrange, então, bens que devem ser preservados em vista da existência da Humanidade e da integridade do planeta.

15.2.3 O regime jurídico norteado pelos direitos fundamentais

O direito administrativo continua a conceber os bens públicos como uma espécie de *patrimônio sagrado*. Seriam bens intocáveis, vedando-se a sua utilização instrumental para satisfação das necessidades humanas. Sob essa abordagem, a finalidade do regime jurídico dos bens públicos é protegê-los contra qualquer uso indevido e impedir a sua instrumentalização em favor da sociedade.

Essa concepção é incompatível com a ordem constitucional vigente. O Estado é um instrumento para promover e assegurar os direitos fundamentais. Os bens públicos são essencialmente um conjunto de instrumentos para que o Estado desempenhe os seus deveres. Os bens públicos devem ser utilizados, de modo direto, para a realização dos interesses da comunidade e para a obtenção das necessidades essenciais à dignidade humana.

Mas os bens públicos devem ser utilizados também de modo indireto para o fim da satisfação dos direitos fundamentais. Isso significa a necessária exploração de todos os potenciais econômicos dos bens públicos, visando a obter recursos financeiros para assegurar o custeio das atividades estatais.

Não se pode admitir a ociosidade de bens públicos, mesmo dominicais.¹ O Estado deve aplicar todos os seus recursos móveis e imóveis para promover o desenvolvimento, incentivar a atividade econômica e assegurar a obtenção de recursos para implantar e desenvolver um amplo conjunto de atividades necessárias ao bem-estar da comunidade. Portanto, pode-se aludir a uma espécie de *função social dos bens públicos*, similar àquela que se reconhece relativamente ao patrimônio privado. A função social dos bens públicos é incompatível com a sua ociosidade e implica a sua natureza instrumental para a realização dos fins impostos ao Estado. É verdade que, como apontado acima, existem alguns bens cuja fruição é vedada, precisamente porque o seu uso conduziria à sua destruição. Excluídos os bens destinados à preservação, todo o restante do patrimônio estatal deve ser explorado do modo mais intenso possível. É evidente que isso não equivale a defender a alienação dos bens públicos, a eliminação do patrimônio estatal ou a comercialização dos valores essenciais à Nação. A exploração econômica do patrimônio estatal deverá fazer-se segundo a natureza, a função e a destinação própria de cada bem. Não teria cabimento, por exemplo, a cessão onerosa do direito de denominação do Palácio do Planalto, monumento que simboliza a Nação brasileira.² Mas se impõe que o Estado promova, por exemplo, a cessão do uso de seus terrenos dominicais ociosos.

1. Nesse ponto, adere-se de modo integral à tese de Floriano de Azevedo Marques Neto, que destacou com argúcia essa característica do regime jurídico dos bens públicos. Cf. MARQUES NETO. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*.

2. Cf. JUSTEN FILHO. A exploração econômica de bens públicos: cessão do direito à denominação. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, p. 175-198.

Em s
o patrimô
existia um
tuteza div
dos privile
encargo do
o reconhe
direitos fu

É ver
incorpora
225, *caput*
bem de us
Poder Púb
e futuras g

Em p
que eram i
A visão tra
ção de est
ampliação
efeito estu
bem públi
à sua prot
a atmosfer
territorial

Em s
público. A
o que pod
exemplo é
ocupadas
destina-se
o seu uso i

Segui
destinada
as Leis 6.3
(dispõe so
lesivas ac
natureza,
10.257 (ô
de Residu
de Mobili

mentais

bens públicos como uma coisa que se refere à sua utilização. Nessa abordagem, a Constituição proíbe qualquer uso indevido.

Atualmente, o Estado enfrenta problemas. Os bens públicos são aqueles que o Estado possui, de modo direto, para atender às necessidades

de modo indireto para o desenvolvimento necessária exploração para obter recursos

no âmbito dominicais.¹ O objetivo é promover o desenvolvimento e a obtenção de recursos necessários ao exercício de função social. Atualmente, o patrimônio público encontra-se ocioso e submetido ao Estado. A alienação é vedada, e os bens não devem ser explorados ou sofrer alienação mercantilização do domínio estatal deverá ser feita bem. Não teria a alienação do Palácio Nacional, pois se impõe que os bens dominicais ociosos.

1 Marques Neto, que trata dos bens públicos. Cf. MARQUES NETO, op. cit., sobre o regime jurídico das

questões do direito à deno-

Em síntese, é imperioso eliminar os preconceitos herdados da época em que o patrimônio público se confundia com os "bens da Coroa". No passado distante, existia uma concepção quase sagrada dos bens públicos, que eram extensão da natureza divina do rei e da aristocracia. A democracia significa não apenas a extinção dos privilégios relativamente ao exercício do poder político – que se transforma no encargo de promover a satisfação dos interesses da Nação –, mas também acarreta o reconhecimento de que o *patrimônio público* é a base material de promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

É verdade que a concepção de bem público norteadas pelos direitos fundamentais incorpora, também, a proteção ao meio ambiente. A CF/1988 estabeleceu, no art. 225, *caput*, que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações". Isso produz efeitos muito relevantes.

Em primeiro lugar, são incluídos na categoria de bem público certos objetos que eram ignorados pela visão anterior. O exemplo mais evidente é o da *atmosfera*. A visão tradicional reputa que o *ar que respiramos* não é um bem jurídico, na acepção de estar disponível para todos e não comportar apropriação individual. Mas a ampliação da poluição e o aquecimento global do planeta, a emissão de gases e o efeito estufa evidenciam que o *ar que respiramos* deve ser considerado como um bem público, o que significa a aplicação de regime jurídico diferenciado destinado à sua proteção. Nessa linha, o art. 2.º, IV, da Lei 9.985 expressamente prevê que a atmosfera é um recurso ambiental em condições equivalentes às águas, ao mar territorial e a outros bens públicos.

Em segundo lugar, alterou-se a finalidade buscada pelo regime próprio de bem público. A finalidade visada atualmente é proteger os bens públicos em si mesmos, o que pode significar a vedação a qualquer utilização deles por um particular. Um exemplo é a inclusão na categoria de bens públicos das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas (CF/1988, art. 20, XI). Essa determinação constitucional destina-se a proteger essas terras em face de toda a comunidade e, inclusive, eliminar o seu uso inadequado até mesmo pelos indígenas.

Seguindo essa concepção, diversos diplomas legislativos consagram normas destinadas a preservar o meio ambiente. Dentre outros, podem ser referidas as Leis 6.398 (que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente), 9.605 (dispõe sobre as sanções penais e administrativas para condutas e atividades lesivas ao meio ambiente), 9.985 (orientada a assegurar a conservação da natureza, a diversidade biológica e o uso sustentável dos recursos naturais), 10.257 (o Estatuto da Cidade), 12.305 (que dispõe sobre a Política Nacional de Resíduos Sólidos) e 12.587 (que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana).

15.3 Os regimes jurídicos de bem público

Os bens públicos são subordinados a regime de direito público, o que significa a restrição à incidência dos institutos e das normas do direito privado. Mas isso não significa a existência de um regime jurídico único para todos os bens públicos.

15.3.1 A pluralidade de regimes de bens públicos

Não existe um regime jurídico único e uniforme aplicável a todos os bens públicos. Existem diversos regimes, variáveis em vista das características dos bens e das finalidades a que se destinam a satisfazer. Isso significa negar a aplicação do regime da propriedade privada a qualquer categoria de bens públicos.

Os regimes de direito público têm natureza restritiva das faculdades de uso, fruição e disponibilidade dos bens. A extensão das restrições é variável conforme o regime jurídico aplicável. Em alguns casos, a restrição deriva da destinação inafastável do bem à satisfação das necessidades coletivas, tal como se passa com as vias públicas. Em outras situações, a restrição decorre da instrumentalidade do bem para o desempenho de funções estatais, tal como se passa com o edifício em que se situa uma repartição administrativa. Há hipóteses em que o bem não se destina a algum tipo de utilização específica para satisfazer necessidades estatais, mas a mera vinculação a uma pessoa de direito público acarreta as restrições apontadas.

15.3.2 A variação em função da destinação dos bens

A variação do regime jurídico reflete a própria destinação do bem. Existem casos em que o bem é público em si mesmo. Sempre o foi e sempre o será. O exemplo é o mar territorial, que foi atribuído à titularidade da União pelo art. 20, VI, da CF/1988. Trata-se de um bem subordinado a regime jurídico próprio e diferenciado, que é intrinsecamente público.

Mas há casos em que o regime de bem público se aplica apenas enquanto o bem estiver na titularidade do Estado. Suponha-se um automóvel fabricado por uma empresa privada e adquirido pela União. Enquanto na titularidade do fabricante, era um bem privado. Adquirido pela União, passa a ser um bem público. A União poderá usar o veículo ou dele se desfazer. Esse enfoque não se aplica ao mar territorial, que nunca foi privado e nunca poderá sê-lo – o que não exclui o cabimento de sua utilização para certos fins privados do mar territorial (à semelhança, aliás, do que se passa com outros bens públicos).

Existem alguns bens que foram subordinados intrinsecamente ao regime de direito público, por integrarem o patrimônio comum ao povo brasileiro. Não é cabível formular um elenco exaustivo desses bens, mas cabe verificar em face de cada caso concreto.

15.3.3 A

O regi-
tos de direi-
que o bem p-
propriário
do poder d

O vín-
uma relaçã
fundamen
os bens de

15.3

Em p-
um territó
Federativ-
elemento
território
nacionais

15.3

Depo-
des estata
passa, por
Existem s
coletivas

15..

Indo-
mentais a
de domín

No:
amplos c
5.º, XXII
que bem
consumi
satisfaçã

O r-
comum

15.3.3 A inaplicabilidade de conceitos de direito privado

O regime de direito público é incompatível, na quase totalidade, com os institutos de direito privado da propriedade e da posse. Não se pode admitir, por exemplo, que o bem público seja de “propriedade” do Estado para efeito de reconhecer que “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha” (CC, art. 1.228).

O vínculo entre o Estado brasileiro e determinados bens não se identifica com uma relação de propriedade típica do direito privado. Existem diversas características fundamentais de cunho publicístico que dão identidade à relação entre o Estado e os bens de sua titularidade.

15.3.3.1 O território brasileiro é pressuposto e não propriedade da República

Em primeiro lugar, o Estado brasileiro é integrado e resulta da existência de um território. As terras, as águas e o espaço aéreo não são *propriedade* da República Federativa do Brasil (muito menos da União). No seu conjunto, constituem um elemento que a integra e que lhe dá identidade. Existente o Estado brasileiro, o território deve ser gerido e instrumentalizado para a satisfação das necessidades nacionais. Trata-se de um vínculo político, essencialmente público.

15.3.3.2 Bens necessários ao desempenho da função pública

Depois, alguns bens públicos são o instrumento para o desempenho de atividades estatais. A titularidade de um sujeito estatal é meramente circunstancial. Assim se passa, por exemplo, com o material de escritório existente numa repartição pública. Existem situações em que a instrumentalidade do bem para satisfazer necessidades coletivas é apenas potencial, tal como se passa com um imóvel urbano não edificado.

15.3.3.3 A não caracterização de relação jurídica de domínio

Indo avante, os bens que dão identidade ao Estado brasileiro e aqueles fundamentais ao cumprimento de suas funções essenciais não são objeto de uma relação de domínio similar à disciplinada pelo direito privado.

No âmbito privado, a relação de propriedade atribui ao sujeito poderes muito amplos de utilização. Respeitados os limites gerais da *função social* por força do art. 5.º, XXIII, da CF/1988, o proprietário privado pode dar ao seu patrimônio o destino que bem entender. Existe a faculdade de dispor do bem, inclusive para o efeito de consumi-lo ou aliená-lo. Em outras palavras, os bens privados são instrumento de satisfação das necessidades individuais do proprietário particular.

O regime jurídico aplicável aos bens públicos (especialmente quanto aos de uso comum e de uso especial) é muito diverso. O Estado não recebe os bens para a satis-

que significa
do. Mas isso
bens públicos.

odos os bens
icas dos bens
aplicação do

lades de uso,
rel conforme
a destinação
se passa com
mentalidade
m o edifício
e o bem não
idades esta-
as restrições

m. Existem
rá. O exem-
t. 20, VI, da
iferenciado,

janto o bem
do por uma
fabricante,
co. A União
o mar terri-
cabimento
iança, aliás,

o regime de
eiro. Não é
em face de

fação de seus próprios interesses. Sempre se trata de utilizar os bens para promover os direitos fundamentais da população. Os bens públicos são atribuídos ao Estado para fins de sua proteção e para fruição democrática e adequada de suas utilidades.

Logo, a definição de propriedade privada, tal como adotada no art. 1.228 do CC, é absolutamente inaplicável ao âmbito dos bens públicos.

Jurisprudência do STF

“(…) 5. A propriedade não consubstancia uma instituição única, mas o conjunto de várias instituições, relacionadas a diversos tipos de bens e conformadas segundo distintos conjuntos normativos – distintos regimes – aplicáveis a cada um deles. 6. A distinção entre atividade e propriedade permite que o domínio do resultado da lavra das jazidas de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluídos possa ser atribuído a terceiros pela União, sem qualquer ofensa à reserva de monopólio [art. 177 da CF/1988]. 7. A propriedade dos produtos ou serviços da atividade não pode ser tida como abrangida pelo monopólio do desenvolvimento de determinadas atividades econômicas. 8. A propriedade do produto da lavra das jazidas minerais atribuídas ao concessionário pelo preceito do art. 176 da CF/1988 é inerente ao modo de produção capitalista. A propriedade sobre o produto da exploração é plena, desde que exista concessão de lavra regularmente outorgada. 9. Embora o art. 20, IX, da CF/1988 estabeleça que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são bens da União, o art. 176 garante ao concessionário da lavra a propriedade do produto de sua exploração. 10. Tanto as atividades previstas no art. 176 quanto as contratações de empresas estatais ou privadas, nos termos do disposto no § 1.º do art. 177 da CF/1988, seriam materialmente impossíveis se os concessionários e contratados, respectivamente, não pudessem apropriar-se, direta ou indiretamente, do produto da exploração das jazidas. 11. A EC 9/95 permite que a União transfira ao seu contratado os riscos e resultados da atividade e a propriedade do produto da exploração de jazidas de petróleo e de gás natural, observadas as normas legais. 12. Os preceitos veiculados pelos parágrafos 1.º e 2.º do art. 177 da CF/1988 são específicos em relação ao art. 176, de modo que as empresas estatais ou privadas a que se refere o § 1.º não podem ser chamadas de “concessionárias”. Trata-se de titulares de um tipo de propriedade diverso daquele do qual são titulares os concessionários das jazidas e recursos minerais a que respeita o art. 176 da CF/1988. 13. A propriedade de que se cuida, no caso do petróleo e do gás natural, não é plena, mas relativa; sua comercialização é administrada pela União mediante a atuação de uma autarquia, a Agência Nacional do Petróleo – ANP. (...) Ação direta julgada improcedente” (ADIn 3.273, Pleno, rel. Min. Carlos Britto, rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, j. 16.03.2005, DJ 02.03.2007).

15.3.3.4 As dificuldades decorrentes da pluralidade de regimes

A pluralidade dos regimes de direito público aplicáveis aos bens públicos conduz alguns a afirmar que existem duas órbitas patrimoniais do Estado. Afirma-se que o Estado seria titular de uma órbita patrimonial pública e de uma órbita patrimonial privada.

Assi
Estado, e
direito ci

Essa
ao Estad
marcante
subjetivo
suas func
-poder da
bem com
para indi

Não
a naturez
-se a ider
de discus
em recor
administ
pressão p
existente

Por
integrant
Jacquelir
que a difi

15..

Reje
Essa teor
bens exis
domínio
o desejas

Seg
seu dom
posse do

A te
do Estad
Estado e
o domín:

3. MOI

ns para promover
buidos ao Estado
e suas utilidades.

no art. 1.228 do

a, mas o conjunto
formadas segundo
cada um deles. 6. A
resultado da lavra
s fluídos possa ser
e monopólio [art.
idade não pode ser
ninadas atividades
erais atribuídas ao
nodo de produção
, desde que exista
, IX, da CF/1988
ns da União, o art.
le sua exploração.
ções de empresas
CF/1988, seriam
respectivamente,
la exploração das
tratado os riscos
ção de jazidas de
ceitos veiculados
m relação ao art.
§ 1.º não podem
o de propriedade
as e recursos mi-
que se cuida, no
omercialização é
gência Nacional
3.273, Pleno, rel.
17/02.03.2007).

regimes

bens públicos
Estado. Afirma-
de uma órbita

Assim, haveria alguns bens que estariam vinculados à titularidade *pública* do Estado, enquanto outros seriam objeto de uma relação de propriedade regida pelo direito civil.

Essa distinção é incompatível com a ordem jurídica. Todos os bens atribuídos ao Estado se sujeitam ao regime básico de direito público, que apresenta diferenças marcantes em face do direito privado. Na essência, o Estado não exercita *direito subjetivo* sobre os bens, uma vez que eles são instrumento para o cumprimento de suas funções. Quem usa e frui de bens são os particulares. O Estado tem o dever-poder de valer-se dos bens para satisfazer as necessidades coletivas e promover o bem comum. Por isso, o Estado não é "proprietário" de bens, se tomada a expressão para indicar uma relação típica de direito privado.

Não há maior utilidade em levar adiante essa disputa, tal como não cabe discutir a natureza contratual do contrato administrativo. Em ambos os casos, questiona-se a identificação entre institutos de direito público e de direito privado. Trata-se de discussões que não comportam uma solução satisfatória. O fundamental reside em reconhecer que as características e o regime jurídico dos institutos de direito administrativo são impregnados pela natureza funcional da atividade estatal. A expressão *propriedade pública* indica, portanto, um vínculo inconfundível com aquele existente no direito privado.

Por outro lado, a distinção entre bens integrantes da órbita pública e bens integrantes da órbita privada até pode ser admitida por ser dotada, na expressão de Jacqueline Morand-Deville, de uma função pedagógica, sendo imperioso reconhecer que a diferença é meramente relativa.³

15.3.3.5 A rejeição à teoria do domínio eminente

Rejeita-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 (resolúvel), que poderia ser extinto a qualquer momento, se assim o desejasse o Estado.

Segundo essa concepção, o patrimônio do Estado seria integrado por bens de seu domínio efetivo, mas também e indiretamente por todos os bens existentes na posse dos particulares.

A teoria do domínio eminente tem suas origens no período anterior à afirmação do Estado de Direito. Não traduz corretamente a relação política e jurídica entre o Estado e a sociedade. Não se pode admitir, perante o vigente regime constitucional, o domínio eminente do Estado sobre os bens privados.

3. MORAND-DEVILLER. *Cours de droit administratif des biens*, p. 18.