

5

Da concessão de uso

5.1 Concessão administrativa

Não existe uniformidade de pensamento entre os doutrinadores na definição do instituto da concessão administrativa. Para fins de sistematização da matéria, pode-se separá-los em três grupos:

1. os que atribuem acepção muito ampla ao vocábulo *concessão*, de modo a abranger qualquer tipo de ato pelo qual a Administração outorga direitos ou poderes ao particular;
2. os que lhe dão acepção menos ampla, distinguindo a concessão *translativa* da *constitutiva* e admitindo apenas a concessão de serviço público, a de obras públicas e a de uso de bens públicos;
3. os que lhe dão acepção restritiva, só considerando como concessão a delegação de poderes para prestação de serviço público.

A primeira posição é assumida, especialmente, por autores italianos. Para Cino Vitta,¹ por exemplo, a concessão significa: (a) ato de autoridade pelo qual se confere um *status*, ou seja, uma capacidade jurídica geral, que vale perante todos os sujeitos de direito, inclusive a autoridade concedente; é o caso do ato de naturalização, do ato de nomeação de funcionário público; (b) ato que confere simplesmente um direito subjetivo, como a outorga de pensão

¹ *Administrativo*, 1948, p. 348.

em reconhecimento por serviços prestados ao ente público, ou o ato de graça que concede perdão ao criminoso, ou a outorga do direito de caça, ou do direito de uso sobre bens públicos; (c) ato pelo qual a Administração Pública atribui ao particular o exercício de um serviço público, ou de uma obra pública ou de um ofício público.

Ranelletti² também adota uma acepção ampla do termo *concessão*, abrangendo, de um lado, os atos que constituem a favor de uma pessoa uma *nova condição jurídica*, como o decreto de legitimação e o de nacionalização; e, de outro, os atos que outorgam *direito subjetivo*, como o direito de ocupar bens do domínio público; inclui, ainda, nessa categoria os atos de outorga de honorarias, as concessões para construção de obras públicas e a concessão para exploração de serviços públicos.

A segunda posição é adotada, entre outros, por Santi Romano;³ opondo-se àquela acepção mais ampla, que, a seu ver, inclui na mesma categoria atos que é necessário distinguir, entende ele que se tem a figura da concessão todas as vezes que a administração transfere a outrem um poder ou um direito seu ou mesmo quando, com fundamento em um poder ou direito, que ficam assim limitados, ela constitui um novo direito ou poder em benefício de alguém. Em outros termos, “a concessão implica uma perda ou limitação para o concedente e, ao mesmo tempo, uma aquisição para o concessionário, e, portanto, uma certa relação de sucessão entre um e outro”. E lembra que existem duas espécies de sucessão: a translativa e a constitutiva. A primeira importa a passagem, de um sujeito ao outro, de um bem ou de um direito, que se perde pelo primeiro e se adquire pelo segundo. A sucessão constitutiva ocorre quando, com base em um poder ou em um direito mais amplo (poder ou direito progenitor), se dá vida, em favor de outro sujeito, a um poder ou direito menos amplo e diverso (poder ou direito filho). Entre as sucessões constitutivas, ele inclui a de uso de bem público, hipótese em que sobre um bem dominial se constitui um simples direito de uso.

Semelhante a essa é a doutrina de Zanobini,⁴ para quem “os direitos derivados das concessões devem ser próprios do Estado, ou, em geral, da Administração Pública concedente. Em outros termos, a concessão consistiria na transferência de faculdades do ente público ao privado”. No entanto, acrescenta que “isto se pode dizer apenas de algumas concessões, especialmente aquelas que transferem o exercício de funções ou serviços públicos. Em outros casos, o ato cria uma capacidade ou um direito, que derivam apenas do ordenamento jurídico, como o decreto que concede cidadania a estrangeiro, personalidade jurídica a um ente de fato, legitimidade a um filho natural”. Diante dessa distinção, ele classifica as concessões em *translativas* e *constitutivas*; as primeiras transferem poderes próprios

² *Teoria degli atti amministrativi speciali*, 1945, p. 22.

³ *Corso di diritto amministrativo*, 1950, v. I, p. 212.

⁴ *Corso di diritto amministrativo*, 1950, v. I, p. 212.

da Administração e as segundas constituem em outros sujeitos novas faculdades ou novos direitos. Nesta última categoria, ele inclui as concessões sobre bens dominiais.

Os autores franceses também incluem no vocábulo *concessão* apenas a concessão de serviço público, a de obras públicas e a de uso de bem público.⁵

No direito brasileiro, José Cretella Júnior⁶ admite três modalidades de concessão. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,⁷ seguindo a lição de autores italianos, adota a distinção entre concessão translativa e constitutiva de direito. Segundo seu ensinamento, “corresponde a ato administrativo translativo de direito a concessão pela qual o concedente atribui ao concessionário, inalterados, os poderes e deveres que lhe cabem, para exercê-los e cumpri-los em seu lugar, a fim de praticar ato jurídico – como os de serventúrios de ofício público –, ou de construir obra pública – como de retificação de rio –, ou de prestar serviço público – como de fornecimento de energia elétrica”; e “corresponde a ato administrativo constitutivo de direito a concessão pela qual o concedente delega ao concessionário poderes para utilizar ou explorar bem público, mas os atribui em qualidade inferior e quantidade menor dos que os tem, relativos, por exemplo, à exploração de jazidas e fontes minerais, à utilização de terrenos nos cemitérios como túmulos de famílias, à instalação de indústrias de pesca às margens dos rios”.

A concessão, nas três modalidades citadas, também é aceita por Hely Lopes Meirelles,⁸ Themístocles Brandão Cavalcanti,⁹ Guimarães Menegale,¹⁰ Raimundo Nonato Fernandes.¹¹

Finalmente, no terceiro grupo situam-se os autores que atribuem à concessão sentido restrito, de modo a só incluírem em seu conceito a concessão de serviços públicos. Essa posição foi defendida por Mário Masagão,¹² que entende não haver “um gênero *concessão*, dentro no qual apareçam espécies diversas, mas sim que a *concessão* é uma espécie, em cujas manifestações se verifica, sempre, a incumbência de um serviço público a uma pessoa de direito privado, que em seu nome os exerça”. Embora se refira à concessão de obra pública, esta só existe se ligada

⁵ Cf. Duez e Debeyre, *Traité de droit administratif*, 1952, p. 554, 577 e 800; Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, t. I, 1956, p. 48-49; Waline, *Manuel élémentaire de droit administratif*, 1946, p. 331, 401 e 453.

⁶ *Dicionário de direito administrativo*, 1972.

⁷ *Princípios gerais de direito administrativo*, v. I, 2007, p. 557-559.

⁸ *Direito administrativo brasileiro*, 2009, p. 263-264.

⁹ *Tratado de direito administrativo*, v. II, 1942, p. 339.

¹⁰ *Direito administrativo e ciência da administração*, 1957, p. 277 e 425.

¹¹ Da concessão de uso de bens públicos, in *RDA* 118-1-11.

¹² *Natureza jurídica da concessão de serviço público*, 1933, p. 17-19.

à concessão de serviço público. Afirma ele que “na concessão de obra pública, a execução da obra se confia a pessoa que, ao invés de receber a retribuição, fica incumbida de gerir o *serviço público*, ao qual se destina a obra, percebendo, no tempo e nas condições prefixadas, os competentes tributos”. Conclui que “a concessão de serviço público pode estar, ou não, subordinada à prévia execução de uma obra”.

Esse é também o pensamento de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho,¹³ para quem toda concessão implica a transferência de poderes da Administração para o particular, com vistas à execução de serviço público. O que, para outros autores, se denomina “concessão de uso”, para ele constitui “cessão de uso”.

Marcello Caetano,¹⁴ embora analisando o instituto da concessão de uso privativo de bem público, por estar essa expressão consagrada na terminologia legal, entende que “se trata sempre de licenças e não de concessões, em sentido próprio”. E explica a razão pela qual as leis e a prática adotam nomes diferentes – *licença* e *concessão* – para tratar casos que em rigor são unicamente de licença, dizendo que isso ocorre porque “o uso privativo é umas vezes permitido com base em títulos *precários*, outras vezes com base em títulos *constitutivos de direitos*: aos primeiros chama-se *licenças*, aos segundos *concessões*”.

Postas as três posições doutrinárias concernentes ao sentido do vocábulo *concessão*, parece possível, desde logo, afastar a primeira, que, como diz Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,¹⁵ “faz se perca no indeterminado o respectivo conceito, porque direitos os mais diversos podem ser conferidos pela Administração Pública aos particulares. Consiste em transplantar o significado vulgar da palavra para o terreno técnico-jurídico sem qualquer efeito prático”.

Diante do direito positivo brasileiro não há como negar a existência da concessão de uso privativo de bem público, como instituto independente da concessão de serviço público. Ambas constituem espécies do gênero concessão. Sob o aspecto formal, as duas modalidades constituem contratos administrativos sujeitos a regime jurídico administrativo. Sob o aspecto material, de seu conteúdo, assim se distinguem: na concessão de serviços públicos (e também na de obra pública) o Estado delega ao concessionário a execução de um serviço público ou de uma obra que seriam de sua atribuição; é uma parcela de poderes, direitos, vantagens ou utilidades que se destacam da Administração e se transferem ao concessionário; na concessão de uso privativo o Estado consente que o particular se utilize de parcela de bem público, mas o direito que o concessionário vai exercer sobre o bem público é de natureza diversa daquele que o concedente exerce sobre o mesmo bem;

¹³ *Contrato administrativo*, 1981, p. 211-216.

¹⁴ *Manual de direito administrativo*, 1969, t. II, p. 866-867.

¹⁵ *Princípios gerais de direito administrativo*, 2007, v. I, p. 557.

uma pequena parcela do bem é destinada ao uso privativo do concessionário. Na concessão de serviço público e de obra pública, os direitos ou poderes transferidos ao particular preexistem na entidade concedente; na concessão de uso, eles derivam do ato de concessão.

Dá ser mais aceitável a posição dos doutrinadores que admitem duas modalidades de concessão: (a) a *translativa*, em que o concedente delega ao concessionário poderes e deveres da mesma natureza daqueles que lhe cabe exercer; nessa categoria se incluem as concessões de serviço público e de obra pública, as concessões patrocinadas e as concessões administrativas (as duas últimas como modalidades de parcerias público-privadas); e (b) a *constitutiva*, em que o concedente outorga ao concessionário poderes e deveres de natureza diversa daqueles que lhe incumbe exercer; é o caso da concessão de uso de bem público.

O ponto comum nas duas modalidades é a reserva que o concedente faz de alguns direitos, poderes e vantagens. Na concessão de serviço público, ele delega a execução do serviço, mas reserva para si algumas prerrogativas inerentes ao seu poder de império; na concessão de uso privativo, ele outorga o direito de utilização de bem público, mas conserva o domínio, bem como o poder de polícia sobre o bem objeto da concessão e, ainda, as prerrogativas de alterar e rescindir unilateralmente o contrato.

Na realidade, o direito brasileiro teve ampliado o rol de concessões, especialmente as que têm por objeto a execução de serviços públicos; mas também dentro da concessão de uso de bem público, foram se encaixando várias modalidades reguladas por leis específicas, como a concessão de direito real de uso, a concessão de uso para fins de moradia, a concessão florestal.

São modalidades de concessão no direito brasileiro:

- a) concessão de serviço público, em sua forma tradicional, disciplinada pela Lei nº 8.987, de 13.2.95;
- b) concessão de obra pública, disciplinada pela mesma Lei nº 8.987/95 e também pela Lei nº 11.079, de 20.12.04;
- c) concessão patrocinada (uma das modalidades de parceria público-privada prevista na Lei nº 11.079/04);
- d) concessão administrativa (outra modalidade de parceria público-privada também instituída pela Lei nº 11.079/04);
- e) concessão de uso de bem público, com ou sem exploração do bem, disciplinada por legislação esparsa a ser analisada no Capítulo 6.

Em muitos contratos, existe conjugação de diferentes modalidades, em que uma constitui o objeto principal e a(s) outra(s), o acessório. É o que ocorre, por exemplo, na concessão de rodovia (concessão de obra pública), em que o objeto

principal é a construção, ampliação ou reforma de obra pública, acompanhada da exploração comercial da obra para fins de remuneração do concessionário; mas o mesmo contrato envolve, em regra, a utilização de bens do patrimônio público. Também é o que ocorre nas modalidades de concessão de serviço público (inclusive nas parcerias público-privadas), em que a execução do serviço depende da utilização concomitante do uso de bem público.

5.2 Concessão de uso de bem público

Concessão de uso é o contrato administrativo pelo qual a Administração faculta ao particular a utilização privativa de bem público, para que a exerça conforme a sua destinação.

Sua natureza é a de contrato de direito público, sinalagmático, oneroso ou gratuito, comutativo e celebrado *intuitu personae*.

Alguns autores negavam à concessão de uso a natureza contratual, incluindo-a na categoria dos atos unilaterais. É o caso de Gaston Jèze,¹⁶ Otto Mayer¹⁷ e, no direito brasileiro, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,¹⁸ dentre outros. Este último autor entendia que “na realidade, a concessão resulta de acordo de vontades entre concedente e concessionário. Contudo, esse acordo existe para a formação do vínculo jurídico pois o regime jurídico da concessão – ante o caráter público do ato jurídico a ser praticado, da obra a ser executada e do serviço a ser prestado – rege-se por normas regulamentares, unilaterais, baixadas pelo concedente, no seu curso, quanto aos meios, modos e formas da prática do ato jurídico, da feitura da obra e da satisfação do serviço, a que o concessionário se subordina. Decorre de ato convencional mas não contratual; portanto, de ato-união”.

Para Jèze, o contrato só é administrativo quando tem por objeto o *funcionamento de um serviço público*; na concessão de ocupação do domínio público não existe essa finalidade e, portanto, não existe contrato, mas ato unilateral da Administração, que decide livremente o gênero de ocupação anormal que é compatível com a finalidade do bem; além disso, a competência de polícia não pode ficar obrigada por um contrato; não há contrato, mas ato unilateral de gestão do domínio público.

Laubadère¹⁹ também só admite contrato administrativo relacionado com a execução de serviço público; mas inclui a concessão de uso entre os contratos administrativos por determinação legal.

¹⁶ *Principios generales de derecho administrativo*, 1949, v. 3, p. 515.

¹⁷ *Derecho administrativo alemán*, 1951, t. III, p. 245.

¹⁸ *Principios gerais de direito administrativo*, 2007, v. I, p. 558-559.

¹⁹ *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, 1956, t. I, p. 47-48.

Outros entendem que a concessão de uso pode assumir ora a forma de contrato, ora a de ato unilateral. Essa opinião é adotada em especial por autores portugueses,²⁰ à vista do direito positivo de seu país.

No direito brasileiro, pode-se dizer que predomina entre os doutrinadores a tese contratualista.²¹

A esse respeito, cabe assinalar que a concessão é o instituto empregado, preferentemente à permissão, nos casos em que a utilização do bem público tem por objetivo o exercício de atividades de utilidade pública de maior vulto e, por isso mesmo, mais onerosas para o concessionário. Este assume obrigações perante terceiros e encargos financeiros elevados, que somente se justificam se ele for beneficiado com a fixação de prazos mais prolongados, que assegurem um mínimo de estabilidade no exercício de suas atividades. Em consequência, a forma mais adequada para a concretização da medida é a contratual, que permite, mediante acordo de vontades entre concedente e concessionário, a fixação das condições em que o uso se exercerá, entre as quais a finalidade, o prazo, a remuneração, a fiscalização, as sanções. A fixação de prazo, na concessão, é elemento primordial, uma vez que constitui uma garantia para o concessionário, sem a qual, muitas vezes, ele não aceitaria a concessão.

Meirelles Teixeira,²² em parecer sobre permissão de serviço público, aprofunda-se no estudo da teoria geral dos contratos e, mais especificamente, dos *contratos administrativos*, neles assinalando a presença dos seguintes elementos essenciais:

“A) O *in idem placitum consensus duorum*, isto é, um acordo essencialmente voluntário de vontades indissolavelmente ligadas uma à outra, reciprocamente condicionante e condicionada, coexistentes no tempo, formando destarte uma vontade contratual unitária.

B) Os interesses e finalidades visados pelas partes apresentam-se contraditórios e opostos, condicionando-se reciprocamente, uns como causa dos outros.

²⁰ *Manual de direito administrativo*, 1969, t. II, p. 870; Diogo Freitas do Amaral, *A utilização do domínio público pelos particulares*, 1972, p. 166-169.

²¹ José Cretella Júnior, *Dicionário de direito administrativo*, 1972, e *Tratado de direito administrativo*, 1967, v. III, p. 127; Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 2009, p. 265; Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, 2007, p. 352; Marçal Justen Filho, *Curso de direito administrativo*, 2009, p. 939; Edmir Netto de Araújo, 2009, p. 1120; José dos Santos Carvalho Filho, 2009, p. 1109; Diógenes Gasparini, 2008, p. 912; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 2009, p. 920.

²² Permissão e concessão de serviço público, parecer in *RDP* 6/115-116.

C) Finalmente, é da essência do contrato administrativo produzir efeitos jurídicos para ambas as partes tanto para a Administração como para o particular que com ela contrata.”²³

Na concessão de uso, todos os elementos apontados pelo autor estão presentes: (a) existe acordo de vontades sobre determinado objeto – o uso de bem público para fins de interesse público; esse acordo se processa mediante oferta de determinadas condições, aceitas pelo particular; (b) os interesses do concedente e do concessionário são contraditórios e condicionantes, pois a Administração outorga o uso, sob a condição de que o particular o exerça para atender a determinado fim preestabelecido; do mesmo modo, a fixação de prazo (e a estabilidade que dela decorre) constitui, muitas vezes, condição sem a qual o particular não aceita a concessão; (c) do acordo resultam efeitos jurídicos para ambas as partes: o concessionário adquire o direito de uso de bem público, com a obrigação de cumprir as condições estipuladas no contrato; a Administração assume a obrigação de respeitar e não perturbar o uso concedido, reservando-se os direitos e prerrogativas decorrentes de seu poder de império, inclusive a possibilidade de alterar ou rescindir unilateralmente o contrato, desde que assegurado o equilíbrio econômico-financeiro. Sendo onerosa a concessão, o concessionário torna-se devedor, e o concedente, credor da remuneração estipulada no contrato.

Não há, dessa forma, por que negar à concessão de uso a natureza contratual. É verdade que, enquanto em alguns casos todas as condições de uso decorrem do próprio ato de concessão, em outros, algumas dessas condições já constam de ordenamento jurídico previamente estabelecido, vinculando as partes contratantes, à semelhança do que ocorre na concessão de serviço público. Mas isso não retira à concessão a natureza contratual, da mesma forma que não perdem essa natureza os contratos de adesão em geral, pois a outorga do uso privativo somente se efetivará mediante manifestação expressa de ambas as partes, implicando, o consentimento do particular, a aceitação das condições previamente estabelecidas pelo Poder Público. Além disso, existem, ao lado dessas cláusulas, ditas *regulamentares*, outras a que se denomina de *contratuais* propriamente ditas, em que as partes estipulam o prazo, a remuneração, os casos de rescisão, ou outras condições que não estejam predeterminadas em lei.

Elemento fundamental na concessão de uso é o relativo à finalidade. Ficou expresso no conceito de concessão que o uso tem que ser feito de acordo com a

²³ Quanto a este terceiro aspecto, uma ressalva deve ser feita: o autor considera como elemento essencial do contrato a produção de direitos e obrigações recíprocos, o que constitui característica dos contratos bilaterais; nos unilaterais, que existem também no direito administrativo, surgem obrigações apenas para uma das partes; nestes, a bilateralidade existe no momento de *formação* do contrato e não em seus efeitos.

destinação do bem. No caso de bens destinados à utilização privativa, o uso tem que atender a essa destinação; é o caso, por exemplo, dos bens de uso especial, como os mercados e cemitérios (parcialmente afetados ao uso privativo), dos bens destinados à ocupação por concessionários de serviços públicos e dos bens dominicais postos no comércio jurídico para fins de moradia, cultivo da terra, exploração agrícola ou industrial, reforma agrária.

Quando a concessão implica utilização de bem de uso comum do povo, a outorga só é possível para fins de interesse público. Isso porque, em decorrência da concessão, a parcela do bem público concedida fica com sua destinação desviada para finalidade diversa: o uso comum a que o bem estava afetado substitui-se, apenas naquela pequena parcela, pelo uso a ser exercido pelo concessionário. Além disso, como a concessão é outorgada sob forma contratual e, em geral, por prazos mais prolongados, dela decorre estabilidade para o concessionário, uma vez que não pode ser despojado de seu direito de utilização privativa antes do termo estabelecido, a não ser por motivo de interesse público relevante e mediante justa indenização. Tais circunstâncias afastam a possibilidade de concessão de uso para fins de interesse particular do concessionário, a não ser nas hipóteses em que o uso privativo constitua a própria finalidade do bem. A utilização que ele exercerá terá que ser compatível com a destinação principal do bem ou atender a outro fim de interesse coletivo.

Outro aspecto importante é o fato de que a concessão investe o concessionário em *posse* sobre a parcela dominial objeto do contrato. Francisco Campos, falando a respeito da concessão para instalação e exploração de uma usina hidrelétrica, afirma que “a concessão envolve a investidura na pessoa do concessionário de amplos poderes sobre a coisa pública necessária ao exercício dos direitos e obrigações resultantes do ato de concessão”. E acrescenta que “esses poderes se afirmam, em primeiro lugar, pela posse exclusiva do concessionário sobre a porção do domínio público afetada aos serviços de cuja exploração é titular. O concessionário se instala sobre a coisa pública, podendo até alterar ou modificar o seu estado, a sua fisionomia, o seu relevo ou a sua aparência, se a natureza do serviço o exige, como, por exemplo, no caso de instalações hidrelétricas, com as suas barragens, canais, túneis e tubulações”.²⁴

Essas conclusões, embora apresentadas a propósito da concessão de serviço público, aplicam-se também às hipóteses de concessão que objetivam tão somente o uso (por exemplo, a concessão para derivação de águas públicas) ou a *exploração* de bem público (por exemplo, a concessão de minas).

A concessão extingue-se pela rescisão bilateral (mediante acordo), pela rescisão judicial, pela rescisão unilateral (por motivo de interesse público ou

²⁴ Francisco Campos, *Direito administrativo*, v. 1, p. 263-264.

inadimplência do concessionário) ou extingue-se de pleno direito pela expiração do prazo ou pela ocorrência de causas impeditivas do prosseguimento do contrato, como a morte ou falência do concessionário, a desafetação do bem, a sua exaustão, o seu perecimento ou motivo de caso fortuito ou força maior.

5.3 Modalidades de concessão de uso

Raimundo Nonato Fernandes,²⁵ em estudo sobre concessão de uso de bens públicos, indica as seguintes modalidades:

- a) de *exploração* ou de simples *uso*, conforme seja, ou não, conferido ao concessionário poder de gestão dominial, substituindo-se à Administração concedente; como exemplos da primeira, ele indica as concessões de minas, de águas e de campo de algas; e, da segunda, as relativas a áreas e dependências de aeroportos, ocupação da via pública, sepultura e outras. Na concessão de exploração, o Poder Público outorga o poder de explorar o bem ao particular, que vai diminuindo, muitas vezes, paulatinamente, a sua quantidade, como ocorre na concessão para exploração de minas; além do mais, nessa modalidade de concessão, ocorre, às vezes, delegação de poderes públicos ao concessionário, hipótese em que ela melhor se enquadra como modalidade de concessão *translativa* (à semelhança da concessão de serviços públicos) do que como concessão *constitutiva* (em cuja categoria se inclui a concessão de uso); é o que ocorre na concessão florestal;
- b) *temporária* (como a concessão de águas e a maioria das utilizações privativas de bens públicos) ou *perpétua*, como a concessão de sepultura;
- c) *remunerada* ou gratuita;
- d) de *utilidade pública*, como a que acompanha a concessão de serviço público, a de obra pública, a de águas públicas para produção de energia; ou de *utilidade privada*, como as de sepultura, de derivação de águas para irrigação, de exploração de campo de algas e de minas.

O autor indica ainda as concessões *facultativas*, em que a Administração é livre para outorgá-las ou não, e as *obrigatórias*, citando como exemplo desta última a concessão de sepulturas, no direito francês. No direito brasileiro parece não haver concessão ao particular com caráter obrigatório, uma vez que a outorga do uso se insere entre as matérias de livre apreciação do Poder Público.

²⁵ Da concessão de uso de bens públicos, in RDA 118-1-11.

Finalmente, a concessão ainda pode ser *autônoma* ou *acessória*, conforme seja ou não conjugada a uma concessão de serviço público.

Marcello Caetano²⁶ prefere falar em *concessão de aproveitamento imediato* e *concessão de aproveitamento mediato* ou *para instalação de serviços*. No primeiro caso, o concessionário pretende tirar proveito da própria coisa dominial, como ocorre na concessão de águas, de pesca, de terrenos nos cemitérios para sepultura, de terrenos nos portos marítimos para depósitos de mercadorias ou construção de armazéns. No segundo caso, o concessionário só pretende os bens como condição material da montagem de um serviço público, como se verifica na concessão de via pública ou do espaço aéreo para colocação de postes e lançamento de fios ou cabos aéreos ou subterrâneos, de instalações elétricas de interesse público, bem como na concessão de águas públicas para aproveitamentos hidráulicos de interesse público. Na segunda modalidade, o uso de bem público constitui elemento acessório da concessão de serviço público.

No caso da concessão acessória, o uso corresponde a um instrumento necessário para possibilitar a realização da real finalidade, que é a execução do serviço público.

Se a execução de serviço for da competência da mesma pessoa jurídica de direito público a cujo domínio pertença o bem, o próprio contrato de concessão de serviço conterà cláusula relativa ao uso do bem público.

Porém, se o serviço for de competência de um ente governamental (União, por exemplo) e o bem pertencer a outro (Estado ou Município), a concessão de uso dependerá de ato expresso do titular do bem.

5.4 Institutos afins do direito privado

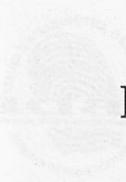
Fazendo-se um paralelo com institutos do direito privado, verifica-se que a concessão de uso, quando remunerada, assemelha-se à locação de coisas (para fins residenciais) e ao arrendamento (para fins de exploração comercial) e, quando gratuita, ao comodato. No primeiro caso, a Administração obriga-se a ceder o uso de parcela de bem público ao concessionário, por prazo determinado ou indeterminado, mediante certa contribuição; na segunda hipótese, a obrigação que assume o Poder Público é a mesma, porém sem direito à retribuição pecuniária.

A locação e o arrendamento, como institutos de direito privado, somente são possíveis em relação aos bens dominicais. Mesmo em relação a estes, o direito

²⁶ *Manual de direito administrativo*, 1969, t. II, p. 867-870.

privado é em grande parte derogado pelo direito público, como se verifica pela forma como esses institutos estão disciplinados pelo Decreto-lei nº 9.760, de 5.9.46.

A derrogação do direito privado por normas de direito público aproxima a concessão dos institutos afins mencionados, tendo em vista que remanescem alguns pontos comuns, como os referentes à competência, à finalidade pública, à presença das cláusulas exorbitantes, à exigência de licitação, conforme se verá no Capítulo 7.



Maria Sylvia Zanella Di Pietro

Uso Privativo de Bem Público por Particular

2ª Edição

SÃO PAULO
EDITORA ATLAS S.A. - 2010