

Diretora Responsável
MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo
JULIANA MAYUMI ONO

Editores: Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Danielle Oliveira, Ivê A. M. Loureiro Gomes e Luciana Felix

Assistente Editorial: Karla Capelas

Produção Editorial
Coordenação
JULIANA DE CICCO BIANCO

Analistas Editoriais: Amanda Queiroz de Oliveira, Danielle Rondon Castro de Moraes, Flávia Campos Marcelino Martines, George Silva Melo, Luara Coentro dos Santos e Rodrigo Domiciano de Oliveira

Analistas de Qualidade Editorial: Maria Angélica Leite, Samanta Fernandes Silva e Victor Bonifácio

Assistente Documental: Beatriz Biella Martins

Capa: Chrisley Figueiredo

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

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

Ferraz, Luciano
Tratado de direito administrativo : direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade / Luciano Ferraz e Thiago Marrara. -- São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014. -- (Tratado de direito administrativo ; v. 3 / coordenação Maria Sylvania Zanella Di Pietro)

Bibliografia.
ISBN 978-85-203-5593-0
ISBN 978-85-203-5550-3 (obra completa)

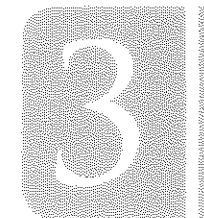
1. Direito administrativo 2. Direito administrativo -- Brasil I. Marrara, Thiago.
II. Di Pietro, Maria Sylvania Zanella. III. Título. IV. Série.

14-09472

CDU-35(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Direito administrativo 35(81)

TRATADO DE
DIREITO ADMINISTRATIVO
MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO
COORDENAÇÃO



**DIREITO
ADMINISTRATIVO
DOS BENS E
RESTRICÇÕES ESTATAIS
À PROPRIEDADE**

**THIAGO MARRARA
LUCIANO FERRAZ**

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

É possível que bens públicos e privados estejam em regimes muito próximos, mas sem que assumam o mesmo rótulo ou natureza jurídica. O problema que dificulta explicar essa realidade está na falta de terminologia adequada no direito administrativo. Exatamente por isso, cabe à doutrina fornecer uma escala de regimes jurídicos e lançar mão de novas expressões para explicar a complexa realidade da Administração Pública na atualidade. Nesse contexto, ganham destaque os conceitos de “bens públicos de fato”, proveniente do direito alemão, ou “bens públicos em sentido impróprio” ou “bens do domínio público impróprio”.

Em síntese, definir os bens públicos com base em um regime jurídico é operação que esbarra em três problemas: (a) na inexistência de um único regime para todos os bens públicos; (b) na existência de regimes jurídicos funcionais; (c) na semelhança de certos bens públicos com privados sob o ponto de vista do regime jurídico; (d) na incidência de normas públicas e privadas sobre praticamente todo tipo de bem, mas em diferentes intensidades; e (e) na constatação de que regimes jurídicos resultam de uma somatória de fatores, incluindo a natureza jurídica do bem, mas também sua função e seu titular.

Do quanto exposto, o critério mais apto a explicar os bens públicos é o adotado pelo direito positivo brasileiro, qual seja: o da titularidade. Bens estatais são bens de entes estatais de qualquer natureza. Bens públicos são os pertencentes a entidades de direito público interno. Bens privados, estatais ou não, são todos os outros conforme o critério residual do Código Civil. Essa regra de caráter marcadamente subjetivista resolve todas as questões sobre a natureza jurídica dos bens, embora seja insuficiente para explicar a multiplicidade de regimes jurídicos que os atinge, daí, a necessidade de se pensar em escalas de dominialidade que superem visões bipolares, como a de bem estatal *vs.* bem não estatal ou a de bem público *vs.* bem particular.

8. BENS DE USO COMUM, DE USO ESPECIAL E DOMINICAIS

8.1 Indagações sobre a tipologia tríplice do Código Civil

Considerar a mera tipificação de certo bem como público para encontrar seu regime jurídico, como se disse, não é suficiente. Os bens não têm um único regime, senão vários. Há um regime estrutural e outros diversos, funcionais. Esse não é, porém, o único problema que desponta para quem se disponha a examinar a matéria. Além da multiplicidade de regimes, é preciso ter em mente que um bem público é entendido ora como bem de uso comum do povo, ora como bem de uso especial, ora como bem dominical. O ordenamento consagra três subcategorias legais de bens públicos, todas elas criadas pelo Código Civil de 1916 e preservadas pelo Código Civil de 2002.

Conquanto a nomenclatura brasileira seja peculiar em relação a dos sistemas europeus ocidentais, a tripartição se assemelha à que abrange bens do domínio público,

bens do domínio privado indisponível e bens do domínio privado disponível, usada em países como a Itália. Por aqui, os bens de uso comum do povo e bens de uso especial são afetados, de maneira que seu regime jurídico estrutural se aproxima. Os bens dominicais, por sua vez, não são afetados. Seu regime é publicístico, mas mitigado por forte incidência do direito privado (sobretudo em matéria de uso e alienação), ainda que o nome jurídico escolhido pelo legislador brasileiro não passe essa impressão em uma primeira leitura.

Diante das três subcategorias, numerosas questões surgem e pedem esclarecimento. Por que o legislador previu esses tipos de bens estatais públicos? Qual é a marca de cada um deles? Quais são os critérios subjacentes a essa classificação? Não bastasse isso, cumpre indagar, por exemplo, se a intensidade da incidência do direito público varia em relação a cada um dos tipos e, mais interessante, se esses tipos são estanques ou se podem ser misturados seja no patrimônio de uma mesma entidade, seja em relação à sua função.

8.2 Bens públicos de uso comum do povo

Os bens de uso comum do povo não foram definidos abstratamente no Código Civil. O legislador se resumiu a prever a existência dessa subcategoria e a lançar exemplos de objetos que nela se enquadram, quais sejam: rios, mares, estradas, ruas e praças. Utiliza-se uma técnica explicativa por exemplificação. Apontam-se bens que pertencem ao gênero, mas não se oferece uma descrição abstrata do tipo, tarefa essa que é transferida à doutrina e à jurisprudência.

Para se compreender o conceito, mostra-se útil destrinchá-lo em três partes, a saber: “bens de uso”, “uso do povo” e “uso comum”.

Como bens de uso, tais objetos, móveis ou imóveis, devem ser geridos compulsoriamente como meios de satisfação direta de necessidades. Trazendo-se tal noção para o campo dos bens públicos, é possível sustentar que a Administração não deve estocá-los, vedar sua função primária de ser usado por alguém, nem mantê-los em seu patrimônio somente para fins especulativos ou de mero investimento. O não usar é omissão incompatível com o desejo do legislador.

Mas não é o uso por qualquer pessoa que serve para caracterizar esse tipo de bem público. Nesse ponto, a divergência do conceito administrativista em relação à propriedade em sentido tradicional é gritante. No direito privado, segundo Luciano de Camargo Penteado, “o imbricamento entre uso e personalidade é imediato. Usar designa genericamente a ação que o proprietário exerce sobre o bem no sentido de extrair do mesmo benefícios ou proveitos diretos (...). Esta faculdade orienta-se a uma função individual que tem a propriedade, a qual permite prover àquilo que o titular pode retirar diretamente do bem”.¹¹

111. PENTEADO, Luciano de Camargo. *Op. cit.*, p. 70.

No direito administrativo, o uso do bem em discussão é completamente avesso a esse imbricamento entre titular e objeto, típico do direito privado. A definição legal prevê um destinatário específico que não é o proprietário. Em outras palavras, tais bens pertencem a entidades de direito público interno, porém não se destinam ao uso por essas entidades proprietárias, senão por terceiros incluídos no conceito de povo.

Na teoria do Estado e no direito internacional público, são intensas as discussões sobre o destinatário dos bens de uso comum. E, por isso, resta saber: quem está abrangido pelo termo povo para fins de interpretação do Código Civil (art. 99, I)?

Sociologicamente, define-se o povo como grupo de pessoas unidas por afinidade étnica. No plano jurídico, trata-se do conjunto de pessoas sujeitas ao poder soberano do Estado (ou, em outra terminologia, ao poder de regulação ou ao domínio eminente). Por vezes, restringe-se esse grupo de pessoas àquelas que detêm nacionalidade e, se for inserido um componente democrático no debate, o grupo será então reduzido às pessoas autorizadas a eleger representantes ou a participar diretamente da vida política, como explica Reinhold Zippelius.¹¹²

Para o direito administrativo, o significado da definição de povo é mais flexível que o da teoria do Estado. Não se exige relação com uma nação em sentido sociológico, nem sequer com a cidadania ativa. O uso do povo, no direito administrativo dos bens, é o uso por qualquer pessoa física, nacional ou estrangeira, assim como por pessoas jurídicas de direito privado e de direito público, incluindo o proprietário estatal do bem usado por todos. Qualquer pessoa que esteja em território nacional licitamente está autorizada a beneficiar dos bens de uso comum do povo para satisfazer suas necessidades básicas e concretizar seus direitos fundamentais.

É o que se vislumbra em relação às ruas. Poderão usá-las, por exemplo, os condutores brasileiros de veículos de uso doméstico, os turistas estrangeiros com seus veículos alugados, empresas privadas para entregar suas mercadorias ou buscar suas matérias-primas, entidades estatais prestadoras de transporte público e de serviços postais etc. Desse mero exemplo se extrai que o termo "povo", presente no Código Civil (art. 99, I), deve ser interpretado de modo extensivo.

Essa característica ainda não esgota a definição legal. Não é suficiente afirmar que o uso desses bens públicos seja realizado pelo povo. É preciso que o uso seja comum e isso significa que está sujeito aos mandamentos da isonomia, da generalidade, da ausência de restrições, salvo quando algum interesse público primário as permitir ou exigir. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles e Celso Antonio Bandeira de Mello definem os bens de uso comum do povo como aqueles abertos ao uso indistinto de todos.¹¹³ A ideia de uso indistinto incorpora a de generalidade.

112. ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 92 e ss.

113. MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 471, e BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 921.

Por efeito das características fundamentais apontadas, o papel do proprietário estatal em relação aos bens de uso comum é bastante diminuto. Em primeiro lugar, o uso primário desses bens não deve beneficiar imediatamente esta entidade, mas principalmente terceiros, ou melhor, quaisquer do povo. Em segundo lugar, ainda que seja dona, não cabe à entidade proprietária criar restrições imotivadas ao uso por qualquer indivíduo, salvo quando houver interesse público para tanto. É o que ocorre nas hipóteses de reparo do bem, de exigência de autorização de uso extraordinário e de instituição de cobrança de uso, casos em que a utilização pode ser limitada ou vedada àquele que não cumpra certos requisitos. Em terceiro lugar, a entidade proprietária não está em condições de impedir que outros entes, uma vez autorizados pela legislação, editem norma sobre seu bem de uso comum ou que exerçam atos de polícia sobre a liberdade das pessoas, de sorte a influenciar indiretamente o uso desses bens.

Veja-se o caso de bens públicos de uso comum nas cidades. Ao legislar sobre normas gerais de política urbana com base em suas competências constitucionais, o Congresso Nacional automática e licitamente intervém na esfera dos Municípios como proprietários de bens de uso comum imprescindíveis às funções sociais da cidade. Ademais, ao legislar sobre poder de polícia de trânsito, de modo a condicionar a liberdade de ir e vir e de trafegar com veículos automotores, o Congresso interfere de modo indireto no uso de vias pertencentes aos outros dois entes da federação.

Essas peculiaridades comprovam que os poderes do proprietário estatal (pessoa jurídica de direito público interno) sobre bens de uso comum do povo são fortemente reduzidos e, portanto, distintos dos poderes gerais do proprietário no direito privado e mesmo do proprietário estatal em relação a outros tipos de bem público. Não é por outra razão que certos teóricos, em determinado momento histórico, consideraram difícil aceitar a ideia de propriedade sobre esses bens, já que ela não apresenta o mesmo conteúdo da propriedade privada (usar, fruir e dispor de modo absoluto, exclusivo e perpétuo), mas sim uma substância própria que consiste fundamentalmente em poderes de gestão do bem que deve ser posto ao uso comum do povo.

As singularidades da subcategoria de bem público em exame tornam-se aceitáveis quando se toma a propriedade como um conceito lógico-jurídico e não jurídico-positivo exclusivo do direito privado. Esta premissa viabiliza que se acople à propriedade estatal, em certas situações, um conteúdo próprio e diverso daquele presente no direito comum.

A razão de existir desse conteúdo diverso explica-se pelo fato de que o uso comum de certos bens configura um serviço público essencial para a vida em sociedade. É preciso haver vias sobre as quais todos possam circular; é preciso haver águas que todos possam consumir para sobreviver e assim por diante. Não por outro motivo, com precisão, Ruy Cirne Lima sustentava que o uso comum do povo é um serviço público em si!¹¹⁴ O serviço consiste, pois, em prover a coletividade com bens essenciais para

114. CIRNE LIMA, Ruy. Op. cit., p. 79. No direito estrangeiro, cf. INGROSSO, Gustavo. Op. cit., p. 430.

sua integração cultural e social, para a satisfação de suas necessidades vitais e, por consequência, para a concretização de inúmeros direitos fundamentais. O Código Civil, ao exemplificar os bens de uso comum em seu texto, destaca exatamente essa ideia. Ruas, praças, rios e outros bens ali previstos são essenciais ao ser humano individualmente e à sociedade. Por isso, o ordenamento jurídico os estatiza, de um lado, mas garante o uso ao povo, de outro.

A função primária dos bens de uso comum do povo reside em satisfazer interesses privados (coletivos ou individuais) e públicos (primários e secundários). Cada pessoa os utiliza para atender diferentes tipos de interesses e, de modo geral, isso ocorre simultaneamente, sem exclusividade ou separação temporal. Os usos fáticos que se fazem desses bens são variados, múltiplos, voltados a distintos tipos de interesse dos usuários. Desde que alinhados à afetação, ora servem à vida doméstica, ora a interesses dos agentes econômicos ou das entidades públicas.

A associação dos bens ao uso comum não retira da entidade que o detém a faculdade, em alguns casos, de outorgar usos privativos, de natureza exclusiva, a determinadas pessoas. Veja-se a hipótese do Município que permite a instalação de bancas de jornal em suas vias públicas e áreas comuns, como praças. O uso é privativo e realizado por pessoas físicas ou jurídicas que buscam obter vantagens econômicas. A finalidade econômica e privatista do uso pelo proprietário da banca, porém, tem pouca importância. A entidade proprietária age discricionariamente para outorgar o uso privativo desde que veja nele alguma utilidade, seja para a população, seja para os cofres públicos (por força de preços arrecadados) e desde que tal uso não seja incompatível com o uso comum do povo.

Em situações excepcionais, é possível sustentar que a discricionariedade de outorga será reduzida a zero por motivos concorrenciais ou econômicos. Se o uso privativo do bem for compatível com a afetação comum ao povo e configurar uma infraestrutura essencial, então o Estado poderá ser compelido a ceder o uso para não negar efeito a princípios constitucionais da ordem econômica. Aqui, fala-se de um direito de uso privativo de bem público em favor de certa pessoa como expressão da teoria das *essential facilities*.¹¹⁵ Tal direito surgirá apenas quando se constatar que o bem não pode ser substituído por outro ou que não pode ser reproduzido sem custos irrazoáveis por aquele que necessita do uso privativo (sobre parte de seu solo, subsolo ou espaço aéreo).

Em outras situações, é concebível que o bem de uso comum seja acoplado a usos especiais, isto é, colocado à disposição de entidades públicas ou privadas que estão a cargo da prestação de serviços públicos e necessitam do bem de uso comum

115. A respeito da teoria, cf. PITOFKY, Robert; PATTERSON, Donna; HOOKS, Jonathan. The essential facilities under U.S. Antitrust Law. *Antitrust Law Journal*. vol. 70. p. 443-462. 2002; SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 54 e ARAGÃO. Serviços públicos e concorrência. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 233. p. 311-371. 2003.

para se desincumbir de suas tarefas. A discricionariedade da entidade proprietária do bem de uso comum, nessa situação, é muito menor que a existente em relação a requerimentos de uso privativo. Basicamente, a discricionariedade não é de ação (dizer sim ou não), mas sim de conteúdo (dizer como será o uso secundário). É que o uso especial configura uso administrativo, vinculado a serviço considerado relevante para a população, de modo que negá-lo, mesmo em relação a um bem de uso comum, significaria prejudicar a própria coletividade.

Imagine-se o caso de uma prestadora estatal de serviços de energia que necessita de logradouros públicos locais para prestar suas atividades em nome da União. O uso é especial e secundário de um bem de uso comum municipal. Se ao Município fosse lícito negar o acesso ao bem, ele aniquilaria a possibilidade de prestação de um serviço público federal. Daí que não lhe cabe vedar o acesso ao bem quando não haja outro que o substitua (por motivos fáticos ou econômicos). Cumpra-se tão somente determinar como será esse uso – se a infraestrutura será aérea ou subterrânea, por exemplo – sempre no intuito de compatibilizá-lo ao uso comum do povo, que representa a afetação primária do bem.

Com essas considerações, deseja-se resgatar uma conclusão apresentada anteriormente: em termos práticos, os bens de uso comum aceitam usos privativos, usos especiais e mesmo usos “dominicais” (i.e. exploração econômica) em favor de seu proprietário ou de terceiros. O uso múltiplo é inerente à destinação dos bens de uso comum do povo, mas isso não impede outras espécies de uso, inclusive com exclusividade e de modo aprazado ou não. Todos esses tipos de uso secundário serão possíveis desde que se respeite a função primária do bem, que é servir ao povo. É a vinculação do bem a esse uso comum que deve sempre prevalecer, principalmente quando outros usos entrem em choque com a finalidade primária constante da afetação tácita ou jurídica.¹¹⁶

8.3 Bens públicos de uso especial

A segunda subcategoria prevista no Código Civil (art. 99, II) é a dos bens públicos de uso especial, “tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias”. Mais uma vez, o legislador empregou uma técnica de exemplificação para apresentar um instituto, ainda que de modo mais abstrato e genérico do que o que se viu no exame dos bens de uso comum do povo.

Os bens de uso especial são análogos aos que, em ordenamentos europeus, são chamados de bens patrimoniais disponíveis ou bens de uso administrativo. O uso especial configura um sinônimo de uso administrativo, o qual, como mostra o direito alemão, pode ser interno ou externo. Note-se, entretanto, que a redação do

116. Em sentido semelhante, cf. GRAU, Eros Roberto. Bens de uso comum. *Revista de Direito Público*. vol. 18. n. 76. p. 50-51. 1985.

Código não expressa exatamente essa ideia, mas sim que os bens estarão vinculados a serviços (sem qualquer qualificação) ou a estabelecimentos da Administração de qualquer nível federativo.

Não obstante, da redação do dispositivo legal se extrai que o bem de uso especial será empregado das duas maneiras apontadas. O uso administrativo interno ocorrerá mediante emprego do bem pelos agentes públicos de modo fechado ou exclusivo, sem acesso franqueado a terceiros ou apenas mediante acesso eventual. É o caso de salas empregadas apenas por servidores de uma universidade pública ou dos equipamentos empregados no tratamento de esgoto por uma autarquia municipal, ou mesmo os gabinetes dos deputados e senadores no Congresso. O uso interno ora atinge um imóvel todo ou parte dele, ora atinge móveis, como material de escritório, equipamentos etc.

O uso administrativo externo, em contraste, volta-se a agentes públicos e igualmente a usuários dos serviços ou dos estabelecimentos do Estado. É o que ocorre em salas de aula de universidades públicas, acessadas por alunos e docentes; bem como em áreas de atendimento de um hospital público, usadas por pacientes e médicos da instituição. Em todos os casos, o uso é especial e não comum do povo, porque é restrito a pessoas consideradas usuárias do serviço ou do estabelecimento ao qual o bem está vinculado como suporte material. Os usuários são previamente admitidos ao serviço ou ao estabelecimento e, uma vez declarados usuários da atividade estatal concreta, aproveitam-se dos bens acessórios a ela.

O bem de uso especial é objeto móvel ou imóvel, material ou imaterial, mas sempre de uso administrativo (interno ou externo). Seus beneficiários primários são os agentes públicos em todas as suas formas (agentes políticos, servidores, empregados públicos, ocupantes de função pública) e/ou usuários de serviços e estabelecimentos públicos (pessoas físicas ou jurídicas). Os serviços podem ser tanto de ordem econômica, quanto de natureza social, ou mesmo meramente administrativos. O que importa é que se trate de serviço ou estabelecimento de pessoa jurídica de direito público interno, uma vez que o direito positivo restringe os bens públicos ao patrimônio de entes com personalidade pública.

O bem empregado em serviço por entidade privada (como um consórcio entre Municípios em forma de associação privada ou uma empresa estatal) serão bens particulares, e não bens de uso especial nos termos do Código Civil. Disso, extrai-se uma conclusão maior: os bens de entidades da Administração Indireta nem sempre serão públicos de uso especial. Em algumas situações, serão bens estatais privados, ainda que inseridos em um regime diferenciado que será examinado oportunamente. É essa a situação dos bens de certas empresas estatais que – por desvio histórico, pode-se dizer – assumiram serviços públicos ou exercício de poder de polícia (no lugar das tradicionais autarquias).

Ainda no tocante à redação do Código Civil atual, houve uma sutil, porém relevante alteração redacional quanto às disposições do Código Civil de 1916 (art. 66, II). Enquanto a legislação passada se referia a bens de uso especial como aqueles “apli-

cados” em serviço ou estabelecimento da Administração Pública federal, estadual, territorial ou municipal, incluindo as autarquias, na legislação em vigor se faz menção a bens “destinados” a serviço ou estabelecimento.

Aparentemente, a leve modificação textual estendeu o conceito de bens de uso especial para abarcar objetos que ainda não estejam sendo efetivamente aplicados em serviço ou estabelecimento, mas tenham sido direcionados para tanto. Aqui é útil retomar exemplo que se ofereceu alhures. Imaginemos que “exista um terreno no qual se pretenda instalar um hospital municipal. Provavelmente, a data de afetação ou destinação do terreno à construção do prédio público precederá a data de início de funcionamento do hospital. Pela interpretação literal do Código de 1916, o bem somente estaria protegido pelo princípio da indisponibilidade (inalienabilidade, impenhorabilidade e imprescritibilidade) após a sua verdadeira utilização, depois de realmente aplicado ao serviço de saúde. Pelo Código de 2002, de modo diverso, o bem já passará a gozar dos benefícios da indisponibilidade desde o momento que algum ato jurídico o destine aos serviços futuros. Assim, resta patente que o terreno não poderia ser usucapido nem penhorado a partir de sua destinação jurídica ao serviço de saúde, independentemente do funcionamento efetivo do hospital”¹¹⁷

Se existe um bem destinado a serviço ou estabelecimento e devidamente afetado a tanto, o fato de o bem ainda não ter sido realmente empregado não permite que a entidade proprietária possa tratá-lo como um bem público dominical (não afetado) para aliená-lo, por exemplo. Bastará a afetação ao serviço ou ao estabelecimento, a despeito do uso administrativo ter-se iniciado, para que o objeto entre em regime protetivo e seja considerado bem de uso especial.

Em termos de sujeição à prescrição aquisitiva, a mudança de redação do dispositivo legal não gera grandes impactos. A falta de afetação e a consideração de que o bem não utilizado seja meramente dominical (e não de uso especial) não autoriza sua usucapião por terceiros, dada a vedação prevista no Código Civil e na Constituição. A legislação veda a aquisição por decurso de tempo (ou reconhece a imprescritibilidade) em relação a qualquer tipo de bem público. O mesmo se diga quanto à impenhorabilidade judicial, pois essa decorre da previsão de um regime especial de precatórios em favor de entidades de direito público, de modo que o fato de um bem ser de uso especial ou dominical não traz grandes implicações nesse tocante. Por conseguinte, o impacto da redação do Código Civil de 2002 reside na restrição à alienabilidade de bens de uso especial que ainda não estejam em efetivo emprego administrativo (interno ou externo). O novo sistema normativo reforça a proteção do bem afetado.

Isso não deve ser lido, contudo, como uma vedação para outras formas de uso. O que se aduziu em relação aos bens de uso comum do povo vale igualmente para os bens de uso especial. A afetação é uma proteção de usos primários desses dois tipos de bens públicos. Os usos primários devem ser protegidos e sempre preferidos pelo

117. MARRARA, Thiago. *Bens públicos...* cit., p. 62.

administrador público responsável pela gestão do bem. A afetação é a razão de existir do bem em determinado momento, mas isso não veda usos secundários que com ela se harmonizem. Daí porque, a princípio, os bens de uso especial também são compatíveis tanto com usos privativos por pessoas físicas ou jurídicas, de modo remunerado ou não, quanto com usos comuns pelo povo ou outras formas de uso especial secundário.

O estudo de estabelecimentos de ensino superior de autarquias públicas, como a Universidade de São Paulo (USP), é bem elucidativo dessas afirmações teóricas sobre a possibilidade de usos acessórios de bens de uso especial. Os estabelecimentos da universidade estão afetados ao ensino, pesquisa e extensão. Esses são os usos administrativos primários que os guia. No entanto, certos espaços da universidade são empregados privativamente por associações (como centros acadêmicos, atléticas etc.) e sindicatos, bem como por empresas privadas, como as que administram restaurantes, bares, centros de fotocópia, antenas de transmissão de sinal de telefonia celular etc. Outras áreas servem ao uso administrativo de prestadoras de serviços, como as de saneamento básico ou de telefonia. Enfim, há espaços que se abrem ao uso comum do povo, tal como ocorre com as cidades universitárias acessadas por ciclistas, pedestres e grupos de corredores sem qualquer vinculação com o serviço público universitário.

Em todos esses casos, o bem de uso especial se conecta a outras formas de uso secundário, todos geralmente aceitos por força de uma decisão discricionária da entidade proprietária que, entretanto, jamais poderá negar os usos afetados ou prejudicá-los. Afinal, o uso especial (ou administrativo) é primacial.

8.4 Bens públicos dominicais

A terceira e última subcategoria de bens públicos do direito positivo brasileiro é a dos dominicais, por vezes chamados de dominiais,¹¹⁸ patrimoniais disponíveis ou bens públicos sem afetação. Ao defini-los, o Código Civil afastou-se da técnica de exemplificação e os designou em termos genéricos como bens “que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada um dessas entidades”.

Isso mostra que esses bens, apesar do nome, não guardam relação com o domínio público, entendido como conjunto de bens afetados, sobretudo na tradição italiana e francesa. A terminologia é semelhante, mas o conteúdo é totalmente distinto. Aliás, na formulação do texto do Código Civil de 1916, tais bens foram batizados como patrimoniais,¹¹⁹ mas no texto publicado após os trabalhos da comissão de revisão eles apareceram como bens dominicais – adjetivo que foi mantido em 2002 e se incorporou na doutrina e na jurisprudência brasileiras.

118. É preciso registrar que parte da doutrina buscou separar o adjetivo “dominial”, que designaria vários tipos de bens públicos, do adjetivo “dominical”, que representaria apenas a subcategoria em discussão. Nesse sentido, CRETELLA JÚNIOR, José. *Dicionário de direito...* cit., p. 107.

119. A respeito dessa alteração de nomenclatura, cf. AZEVEDO MARQUES, José Manuel. Op. cit., p. 6-9.

A característica marcante dessa subcategoria de bens é a ausência de afetação. Os dominicais são públicos, não estão vinculados juridicamente a usos primários. Em relação a eles, todos os usos estão no mesmo patamar. Todos são possíveis e aceitáveis, desde que compatíveis com interesses públicos primários e as finalidades das entidades públicas a que tais bens pertencem. Não há usos afetados, preferenciais, superiores hierarquicamente a outros. Dada a ausência de afetação, não é cabível falar de usos normais (compatíveis com a afetação) ou anormais (incompatíveis). Aplica-se aos bens dominicais somente a diferenciação entre usos lícitos e ilícitos.

Quando se afirma que não há uma relação precípua e formal desses bens a certos usos, não se está a dizer que eles possam ser geridos de qualquer modo, de maneira a ignorar interesses públicos primários. No Brasil, todo e qualquer bem estatal é patrimônio de um Estado democrático, republicano, criado e sustentado pelo povo. Daí porque os bens dominicais sempre deverão ser geridos de modo a produzir utilidades públicas e contribuir com a materialização de interesses públicos primários. A peculiaridade dos bens dominicais reside exclusivamente na flexibilidade quanto aos usos que lhe serão dados, já que inexistente afetação.

Em relação a um bem dominical, o gestor público está autorizado a decidir empregá-los em favor de certos serviços, ora em benefício de usos comuns, ora cedê-los parcial ou integralmente em uso privativo de natureza econômica ou ora empregá-los para geração de receitas. Desde que tais usos sejam realizados sem afetação por ato administrativo, a gestão do bem será flexível, embora ainda regida por muitas normas de direito público.

Outra implicação da ausência de afetação é a comercialidade privada desses bens. Além de serem objeto de alienação ou transferência por meio de mecanismos administrativos, a falta da vinculação jurídica e formal a um ou mais usos afetados também permite a alienação mediante instrumentos de direito privado, inclusive por contrato de compra e venda.¹²⁰ Para além da fácil alienabilidade, é possível outorgar seu uso para terceiros, inclusive com exclusividade e de modo integral, por exemplo, por contratos de locação ou de arrendamento ou pela constituição de direito real de uso ou direito real de superfície.

Eis aqui outra grande diferença dos bens dominicais diante dos bens afetados (de uso comum ou de uso especial). Os usos privativos dos afetados não podem prejudicar ou negar os usos primários, de modo que eles geralmente se limitam a uma parcela do bem ou, quando o envolvem integralmente, são usos de curtíssimo prazo. Já os bens dominicais sujeitam-se a uso privativo em sua globalidade, em todas as suas dimensões, pois não existe uso afetado para se proteger. Ademais, como dito, apesar de se tratar de bem público, é possível que a outorga se realize por mecanismo de direito privado. A flexibilidade na gestão e quanto aos instrumentos jurídicos aplicáveis é uma consequência da ausência de afetação. O próprio Código Civil menciona que tais

120. A possibilidade de alienação está expressa no art. 101 do CC/2002.

bens serão objeto de relações obrigacionais e reais, com isso buscando explicitar que as normas e institutos civilistas são extensíveis a esse tipo específico de bem público.

Reitere-se que a discricionariedade de gestão sobre bens dominicais não representa desvinculação aos interesses públicos primários e demais princípios e regras gerais de direito administrativo. Não significa tampouco a inexistência de uma função social. Não é pelo fato de não serem afetados que o gestor público poderá abandoná-los, deixá-los sem qualquer aplicação, colocá-los de lado, permitir que eles ocasionem despesas para o Estado sem qualquer produção de benefícios. O abandono de bens dominicais é violação da moralidade administrativa, infração da boa gestão pública e, em última instância, omissão que frequentemente resulta em danos financeiros de grande monta, razão pela qual deve ser devidamente punida e censurada, inclusive pelos Tribunais de Contas e pelo Ministério Público.

Essa determinação de produção de utilidades que se extrai do ordenamento jurídico e incide sobre o gestor de bens dominicais é também explicitada com veemência por Floriano de Azevedo Marques Neto. Para o autor, é “imperativo o emprego econômico dos bens dominicais de forma a que eles cumpram a finalidade de gerar receitas para a Administração Pública. Isso não apenas pelo sobredito princípio da função social da propriedade (que interdita a ociosidade, a não utilização de bens), mas também pelo princípio da economicidade, consagrado também pela Constituição e objeto de tutela pelos Tribunais de Contas (art. 70, *caput*, CF/1988)”¹²¹ Em complemento a esse raciocínio, adicione-se que a ociosidade não necessitará ser combatida apenas com usos geradores de receitas financeiras. Além deles, os bens dominicais poderão produzir utilidades por meio de usos gratuitos de natureza social, comuns ou privados, seja pela população, seja pelo ente proprietário, seja por outros entes estatais.

Cumpra reforçar, em arremate, que os bens dominicais são públicos e, nessa qualidade, são necessariamente propriedade de pessoas jurídicas de direito público interno. Disso resultam algumas conclusões. A uma, entidades estatais privadas, como empresas, jamais terão bens dominicais. A duas, dominicais existem no patrimônio tanto de entidades públicas da Administração Direta, quanto da Administração Indireta (como as autarquias). Uma autarquia de educação superior, por exemplo, terá geralmente bens de uso especial para cumprir suas tarefas e bens dominicais que serão empregados principalmente para elevar suas receitas financeiras originárias, as quais serão então empregadas para suas atividades fins.

Entidades de direito público interno que tenham formato privado, como as associações públicas denominadas consórcios (Lei 11.107/2005), também terão bens públicos e, de acordo com o que determina o Código Civil (art. 99, parágrafo único), sempre que a lei não tratar do assunto, todos os seus bens serão considerados dominicais, sujeitando-se à gestão flexível que os caracteriza. Contudo, repise-se que

121. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos...* cit., p. 222.

entidades estatais públicas, porém em formato privado não se confundem com entidades estatais privadas, como as empresas estatais. No primeiro caso, os bens serão públicos dominicais como regra geral e no segundo, bens estatais privados (jamais bens públicos).¹²²

8.5 Critérios explicativos da tripartição civilista

Ao separar os bens estatais públicos dos bens particulares, o Código Civil expressamente elegeu um critério de titularidade. Para que um bem seja estatal, basta que pertença ao Estado; para que seja público, há que se inserir no patrimônio de pessoa jurídica de direito público interno. A clareza do critério de classificação empregado pelo legislador não é a mesma, contudo, no que tange à tripartição dos bens estatais públicos.

A dificuldade de identificar o critério de diferenciação dos bens públicos se acentua pelo mau uso de técnicas de definição por exemplificação, pela ausência de menções do Código à afetação no tocante aos bens de uso comum e de uso especial e pelo emprego de termos que suscitam confusões interpretativas, principalmente na definição dos dominicais. A problemática se intensifica quando se considera que não há consenso científico sobre o assunto.

Com efeito, na doutrina encontram-se inúmeros critérios para elucidar o assunto, como o da aplicação fática ou uso concreto do bem e o dos beneficiários. A eles se somam o critério da afetação, que parece ser o mais correto dentre todos os apontados.

À luz de um critério de aplicação fática, cada tipo de bem público encontraria sua marca distintiva no modo pelo qual é utilizado na prática. Enquanto um tipo é caracterizado pelo uso comum do povo, outro é marcado pelo uso administrativo e os dominicais pelo uso flexível, comumente para geração de receitas com base em sua exploração econômica por meio de institutos de direito obrigacional ou real. O critério da aplicação fática é material, pois valoriza a utilização principal indicada no Código Civil para cada subcategoria de bem.

Em sentido diverso, o critério do beneficiário é pessoal. Nessa perspectiva, uns bens são direcionados ao povo, enquanto outros estão voltados à Administração e aos usuários de estabelecimentos públicos. Já os dominicais serviriam para gerar utilidades principalmente à entidade proprietária. O foco do critério subjetivo são as pessoas que colhem as vantagens geradas pela existência dos bens públicos. Entretanto, na prática, a lógica é semelhante ao critério da aplicação fática.

Ambos os critérios são compreensíveis na medida em que o Código Civil ressalta o tipo de uso e, indiretamente, os beneficiários principais de cada tipo de bem público.

122. Em sentido contrário ao aqui defendido, aduz Marçal Justen Filho que “os bens dominicais podem ser de titularidade das diversas pessoas estatais, inclusive aquelas dotadas de personalidade jurídica de direito privado. Aliás, até se pode reputar que a maior parte do patrimônio dessas entidades é formada por bens dominicais (...)” (JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 1136).

Além disso, em nenhum momento se fez menção à afetação no texto legal. Sucede que os critérios dos beneficiários e do uso fático esbarram em duas dificuldades. A uma, há bens privados que oferecem utilidades e privilegiar o povo como se públicos fossem. A duas, entre os bens públicos propriamente ditos, qualquer um dos três tipos previstos no Código aceitam diversas formas de uso para além daquelas apontadas na definição legislativa.

Vejamos o primeiro argumento. Com os movimentos de mitigação entre a esfera do público e do privado, de dissolução dos limites entre Estado e sociedade, de intensificação de parcerias entre Administração Pública e mercado e também de multiplicação das formas jurídicas das entidades estatais, existem inúmeros bens particulares que hoje se abrem a usos coletivos ou difusos e beneficiam a população como se fossem bens públicos. Os bens de uma concessionária de serviços, os bens de certas empresas estatais, os museus, os teatros, os hospitais e as escolas privadas e até shoppings *centers* despontam na sociedade hodierna como bens análogos a muitos bens públicos.

Não há mais como se dizer que apenas o Estado e seus bens são colocados a favor da coletividade. A oferta de utilidades públicas não é – e talvez nunca tenha sido – um monopólio estatal. Bens privados que sejam usados pela população e produzam utilidades públicas nem por isso deixam de ser privados, como já dizia Ernst Forsthoff ao tratar de caminhos particulares.¹²³ Daí porque se mostra questionável afirmar que bens públicos se distinguem por determinados usos e beneficiários.

Esse não é o único argumento contra os critérios dos beneficiários e dos usos fáticos. Fechando-se o campo de análise aos bens estatais públicos, também se nota que todos eles podem exercer funções semelhantes na prática. Os bens de uso comum do povo ora desempenham função secundária como bem de uso especial e até como bem dominical. Os bens de uso especial se sujeitam a eventual uso do povo e, muitas vezes, a uso privativo, inclusive para gerar receitas, como se fossem dominicais. E mesmo estes últimos, que não são vinculados a qualquer uso primário, podem ser eventualmente geridos em favor do povo e também de serviços ou estabelecimentos. Todos os tipos de bem, a despeito da distinção, são capazes de absorver usos semelhantes e atingir os grupos idênticos de beneficiários.

De modo indireto, essa constatação já era apontada há muitas décadas por José Cretella Júnior em vista dos bens públicos afetados. Nas palavras do administrativista, “o bem de uso especial não difere, em substância, do bem público de uso comum. O próprio usuário, em um e outro caso, é invariável, estando tão somente numa relação de gênero para espécie. Bem de uso especial é o mesmo bem de uso comum aproveitado num caso específico”.¹²⁴ A substância não é distinta. Em última instância, ambos

os bens beneficiam a coletividade. E a mesma lógica se estende aos bens dominicais, pois não se mostra tolerável que tais bens resem ociosos ou abandonados, apesar da ausência de afetação.

É também por esse segundo argumento que o critério de diferenciação apto a explicar a classificação do Código Civil não reside em um elemento fático: a pessoa que se beneficia do bem ou o uso do bem na realidade. A classificação se sustenta em um elemento jurídico: a existência de um ato de eleição, pelo legislador ou pela Administração, de certos usos que são preferenciais, primários, prioritários e protegidos em relação a outros.

A diferença dos bens públicos reside na afetação. É esse instituto, não explicitado no Código Civil, que impõe a separação de bens públicos de uso comum do povo e bens de uso especial, de um lado, e bens públicos dominicais, de outro lado. Os primeiros são afetados pelo fato de que, juridicamente, estão associados previamente a certos usos. Repita-se: eles podem (e devem) ser empregados para usos variados, até como forma de se maximizar utilidades de modo sustentável, mas há um ou alguns usos que são protegidos pelo ato de afetação. Já os últimos não são afetados. Aceitam usos diversificados e não hierarquizados. Não há um ou mais usos afetados, predominantes sobre outros e protegidos pelo gestor público.

Veja-se novamente o caso dos bens de uma cidade universitária. Certas áreas são utilizadas por uma empresa de alimentação para venda de comida e bebida aos alunos e funcionários. Auditórios, por vezes, são cedidos de modo oneroso para que faculdade privadas ali realizem refeições de grau. O uso de salas é autorizado, também de modo oneroso, para que fundações realizem cursos de especialização. Tudo isso representa exploração econômica do bem, mas o bem não é dominical e sim bem público de uso especial! Os usos secundários são juridicamente aceitáveis desde que os usos afetados (para ensino, pesquisa e extensão) não resem prejudicados, nem comprometidos. As destinações afetadas são primárias, predominantes e em hipótese alguma serão abafadas por usos secundários, por mais que estes ocasionem aumentos de receitas originárias à instituição. Eis, pois, a diferença real dos bens afetados aos bens dominicais. Nos primeiros, há proteção jurídica de certos usos; no tocante aos segundos, não.

A mesma argumentação se reforça por um exemplo relativo a bens de uso comum do povo como as vias municipais, seu solo, subsolo ou espaço aéreo. Esses bens estão afetados à circulação, à mobilidade, ao trânsito para os mais diversos fins. No entanto, igualmente se permite seu emprego como suporte para infraestruturas de serviços de telefonia, energia, transporte público, saneamento etc. Adicionalmente, é aceitável que tais bens sejam outorgados para usos privativos de escopo econômico, como o realizado por donos de bancas de jornal, de vendas de alimentos, de bancas de feira etc. O fato de o bem ser de uso comum não o afasta de usos fáticos administrativos ou privativos, nem da exploração para geração de receitas originárias em favor da entidade que o tem. Tudo isso é possível se protegida a afetação. Por tudo isso, a diferença da

123. FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1958. p. 492.

124. CRETELLA JÚNIOR, José. *Dicionário de direito...* cit., p. 109.

via em relação a outros tipos de bem reside somente na associação formal, por ato ou lei, a certos usos primários e predominantes.

Ambos os exemplos levam à mesma conclusão e dela resulta a afirmação de que o Código Civil adota, na classificação das três subcategorias de bens estatais públicos, um critério de afetação jurídica, de vinculação formal de um bem a um ou mais usos preferenciais. Os bens de uso comum do povo e de uso especial são bens afetados, marcados por finalidades primárias; os bens dominicais não têm afetação. Além disso, entre os bens de uso comum do povo e os de uso especial o que varia é meramente o conteúdo da afetação, ou seja, a característica do uso protegido.

8.6 Bens públicos híbridos?

O fato de o Código Civil ter dividido a categoria dos bens públicos em três tipos distintos suscita uma indagação: seria possível enquadrar um mesmo bem em mais de uma categoria? Um bem poderia ser afetado ao uso comum e ao uso especial simultaneamente?

A tal respeito, não existe norma no Código Civil. Não existe, portanto, proibição à existência de bens híbridos, mas tampouco há normas que os prevejam. Uma interpretação mais literal e restritiva da legislação levaria o jurista a uma resposta negativa, de sorte que um bem deveria ser ou de uso comum do povo, ou de uso especial, ou dominical, sem jamais se misturarem. Uma leitura teleológica da norma civilista resultaria em resultado oposto, pelo qual as figuras aceitariam mescla, dado que a classificação legal é meramente descritiva e não impositiva.

Essa interessante questão surgiu de modo incidental em julgado prolatado pelo STJ.¹²⁵ No referido caso, o Tribunal lidou com a cobrança pelo uso de bens públicos municipais para instalação de infraestruturas. Em mais detalhes: tratava-se de recurso interposto em mandado de segurança impetrado pela Companhia de Saneamento de Sergipe (Deso), sociedade de economia mista concessionária de serviços municipais. A ação se voltava contra ato do prefeito do município sergipano de Lagarto, consistente no sancionamento de leis que tornavam exigível o recolhimento de taxas (*sic*)¹²⁶ aos cofres públicos pela utilização, por particular, do solo da municipalidade para fins de instalação de tubulações hidráulicas, elétricas, de telecomunicações e de esgotamento sanitário.

125. Cf. o RO em MS 11.412/SE, j. 09.04.2002, rel. Min. Laurita Vaz e relatora para acórdão, Min. Eliana Calmon. Vale transcrever a ementa do julgado: Tributário e administrativo - uso do solo municipal para serviço de utilidade pública - cobrança. 1. Não pode o município cobrar pelo uso do solo, se o serviço se destina a comunidade municipal. 2 Sem ser taxa (porque inexistente serviço prestado pelo Município) e sem ser contraprestação pela utilização do solo, caracteriza-se como cobrança de um bem público. 3. Ilegalidade da cobrança. 4. Recurso provido em parte.

126. Vale lembrar que taxas são cobradas por exercício do poder de polícia ou prestação de serviço público. Em relação ao uso dos bens públicos, cobra-se preço, tal como previsto no Código Civil. Não apenas o uso privativo, mas também o uso comum de bens públicos pode ser remunerado por preço baseado em lei do ente federativo que detém o bem.

Em seu voto-vista sobre o caso, a Min. Eliana Calmon, ao divergir da relatora para sustentar o parcial provimento do recurso, sustentou ponto interessantíssimo que guarda direta relação com o debate acerca da existência de bens híbridos. Em breve trecho e sem grande aprofundamento, considerou a Ministra que o subsolo de logradouros públicos é bem dominical! Reitere-se: embora o solo seja bem de uso comum do povo, como o próprio Código Civil aponta, o subsolo seria espaço não afetado. Subjacente a esse entendimento encontra-se a premissa de que o solo, o subsolo e o espaço aéreo de um mesmo bem não acompanham obrigatoriamente sua natureza jurídica. Não é pelo fato de o solo ser via pública (bem de uso comum) que o subsolo deva seguir o mesmo destino. Pelo contrário, poderia haver uma dissociação das áreas ou das dimensões do bem.

Embora esse posicionamento surja de modo meteórico no julgado referido, suas implicações em termos teóricos são enormes, pois consagra a visão teleológica apontada linhas acima. Nesse caminho, seria possível enquadrar um mesmo bem público em um, dois ou, mesmo, nos três tipos previstos no Código Civil. Daí, portanto, a viabilidade da existência de bens públicos híbridos no direito administrativo brasileiro. A esse entendimento cabem, porém, duas ressalvas.

Em primeiro lugar, a cumulação de tipos ou naturezas em relação a um mesmo bem não precisa ser distribuída pelas dimensões solo, subsolo e espaço aéreo. É possível que uma mesma dimensão tenha naturezas distintas. O solo de um imóvel pode ser parcialmente destinado ao uso comum do povo, deixando-se o restante ao uso administrativo (ou especial) de algum estabelecimento ou serviço. Isso se vislumbra em imóveis públicos que, por exemplo, mantém uma praça e, ao mesmo tempo, uma escola pública ou um pequeno museu. A afetação híbrida, nesse ou em outros casos, depende apenas de lei ou de ato administrativo da entidade proprietária.

Em segundo lugar, reforçando essa última observação, não parece possível presumir que um bem seja híbrido, tal como se viu no julgado do STJ. Se não houver previsão explícita em lei ou ato administrativo do titular do bem, nem qualquer mandamento implícito na legislação ou nos atos da entidade proprietária, então há que se presumir que o bem recai em apenas uma das categorias do Código Civil. Isso, porque se um bem configura uma unidade jurídica, é de se pressupor que sua afetação o atinja por inteiro. Daí a necessidade de que o hibridismo finalístico esteja explícito ou implícito na afetação.

Observada essa condição, aparentemente não haverá problemas para que um bem público seja híbrido, ou seja, que abranja espaços diversos com vinculação a diferentes subcategorias do art. 99 do CC/2002. Caso um desses espaços seja afetado a certo uso comum do povo ou a uso especial pela Administração ou usuários de serviços, a cumulação de naturezas deverá ser manejada de modo a viabilizar a proteção desses usos. Além disso, diante da multiplicidade de fins primários, será prudente que o ato de afetação aponte a hierarquia dos usos a que o bem se vincula, oferecendo as diretrizes necessárias ao gestor público.

ou pelo administrador em relação às utilidades eventuais ou acessórias; (3) contribuir com o entendimento da relevância e do impacto econômico de cada tipo de uso e (4) para viabilizar a estruturação de teorias ou técnicas administrativas destinadas a solucionar conflitos de uso.

7. USOS EM ESPÉCIE: CLASSIFICAÇÃO CONSAGRADA

De acordo com a teoria de Maria Sylvania Zanella Di Pietro, dentre os diversos tipos de uso de bens estatais públicos merecem atenção: (a) o comum e o privativo, que se distinguem em virtude do critério de exclusividade quanto ao utente; (b) o comum ordinário e extraordinário, separados conforme o critério da existência de limitação de uso; e (c) o normal e o anormal - além do uso proibido, aqui acrescentado -, distinção devida a um critério de conformidade com a destinação primária ou principal do bem.⁴²

7.1 Uso comum

Há situações em que todos os membros da coletividade, em igualdade de condições, estão livres para utilizar certo bem público sem que a Administração Pública o consinta de modo expresso e individualizado. Nos bens de uso comum do povo, como o próprio nome diz, a afetação se dá para o uso comum. No tocante a esses bens, o uso comum é protegido, preponderante, hierarquicamente superior a outros. Todavia, o uso comum sucede também sobre bens de uso especial ou bens dominicais, mas nesse caso não será uso precípua ou afetado, senão mero uso secundário. Feita essa pequena ressalva, cumpre destacar as quatro características que marcam o uso comum.⁴³

Em primeiro lugar, ele é aberto a todos, à coletividade. Todos usam o bem de modo anônimo e recebem tratamento jurídico isonômico por parte do ente proprietário. Como todos os utentes, pessoas físicas e/ou jurídicas, estão em igualdade de condições, não há necessidade de consentimentos prévios individualizados para certo usuário ou grupos deles.

Em segundo lugar, o uso comum é geralmente gratuito. O Estado dispõe o bem ao uso da coletividade muitas vezes sem exigir um preço de utilização. Contudo, o preço é possível como valor de retribuição de uso, tal como explicitamente autoriza o Código Civil brasileiro (art. 103). E esse uso comum pode ser remunerado tanto em bens de uso comum do povo, quanto em bens de uso especial ou bens dominicais. Assim, não importa se o uso comum é primário ou secundário, sua cobrança é legal em qualquer hipótese e, na prática, serve para estimular ou desestimular a demanda de uso, para garantir suas utilidades, para levantar recursos à manutenção do bem etc.

42. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Uso privativo de bem público por particular* cit., p. 15 e ss.

43. Idem, p. 18-19. Cf. também CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 432-433. Para o autor português, o uso comum se rege pela liberdade, generalidade, igualdade e gratuidade.

Uma ressalva é importante nesse particular. Nos bens de uso comum do povo, o uso comum é precípua, primário, afetado. Daí que, especificamente para esses bens públicos, a remuneração não deve ser vista como uma mera forma de incrementar recursos financeiros do proprietário estatal. Como o bem está vinculado ao uso comum, há que se reverter tais receitas em favor do próprio bem e de seus utentes. Por ilustração, é ideal que a remuneração individual pelo uso comum de uma rodovia, de um rio navegável, de uma praça municipal redunde em melhorias da própria infraestrutura, do contrário os bens de uso comum do povo assumiriam a função de bens dominicais. De modo diverso, os valores arrecadados a partir da cobrança do uso comum feito secundariamente sobre um bem dominical ou um bem afetado ao uso especial (como o uso pago de uma cidade universitária por ciclistas e corredores) sujeitam-se à gestão mais discricionária, porém alinhada às competências da entidade pública que o detém.

Em terceiro lugar, o uso comum está sujeito ao poder de polícia do Estado, o qual pode expedir regulamentos de uso, fiscalizar o uso do bem, aplicar medidas coercitivas, sempre com a finalidade de conservar a propriedade estatal e proteger os usuários em geral. Note-se, porém, que o poder de polícia não se restringe ao do ente proprietário do bem. Outros níveis federativos, dentro de suas competências constitucionais, igualmente expedem normas que limitam o uso comum. Destarte, por força da divisão constitucional de Competência, o Congresso edita normas de trânsito que restringem o uso comum de ruas pertencentes ao Município. A execução dessas atividades de polícia sobre bens são geralmente autoexecutórias, característica que decorre da autotutela administrativa.

Embora a doutrina destaque apenas o poder de polícia sobre o uso comum, parece-nos adequado indicar que o proprietário estatal detém outros poderes de gestão que não estão baseados na mera polícia, mas sim no simples fato de serem proprietários. O uso comum aceita limitação decorrente da necessidade de realização de obras de reparo, manutenção ou ampliação do bem. Ademais, o proprietário é responsável pelo estabelecimento de regras de uso que se baseiam não no poder de polícia sobre a liberdade dos utentes, senão no dever de ampliar as funcionalidades do bem. O Município delimita o sentido de uso das ruas, define sua formatação e seus equipamentos. Nisso, age a partir de seu poder de proprietário e não com base no poder de polícia sobre a liberdade das pessoas.

Em quarto lugar, aponta Maria Sylvania Zanella Di Pietro que, diante de bem afetado ao uso comum, o administrado aparece em duas situações: ora é membro da coletividade e zela pelo interesse coletivo na preservação do uso; ora é interessado direto no uso comum do bem para satisfazer suas necessidades individuais, situação em que se mostra titular de direito subjetivo público que permite a defesa do uso tanto na esfera administrativa, quanto na judicial - posicionamento que é seguido por Eros Roberto Grau.⁴⁴

44. GRAU, Eros Roberto. Bens de uso comum. *Revista de Direito Público*. vol. 18. n. 76. p. 52, 1985.

Concorda-se aqui de modo pleno com referido entendimento. Sem prejuízo, considera-se oportuno agregar que o direito subjetivo poderá ser limitado de modo excepcional em duas hipóteses: (a) diante de um motivo de interesse público que limite, geralmente de modo temporário, o uso comum afetado (tal como o interesse na manutenção, na ampliação e na reforma do bem de uso comum) e (b) em face do descumprimento, pelo cidadão, dos requisitos para o uso comum extraordinário - explicado a seguir.

7.2 Uso comum ordinário e uso comum extraordinário

Ainda que aberto a todos, o uso comum divide-se em ordinário e extraordinário. Mais pura e simples é a modalidade ordinária, que se caracteriza pela igualdade, pela gratuidade, pela ausência de requisitos e de atos prévios de controle e pela liberdade que o usuário tem de usar o bem para satisfazer algumas de suas necessidades como cidadão e para materializar seus direitos fundamentais.

Extraordinário é o uso comum condicionado ou especial. O uso comum remunerado por preço (como o preço de uso de um museu ou de uma biblioteca); o uso com restrição em relação aos beneficiários (como o de uma piscina pública por pessoas que preencham determinados requisitos etários e sanitários) e o uso como restrições de modo (como o de uso de uma praça para manifestações ou o uso de vias restrito a veículos com até determinado peso) são todos exemplos de uso comum extraordinário. Nessas situações e em incontáveis hipóteses, existem requisitos estipulados por lei ou por ato normativo para o uso comum, daí ser chamado de "extraordinário".

Segundo Di Pietro, essa modalidade de uso comum difere do uso privativo de bens públicos. O fator de diferenciação é relativamente simples. Em ambos existem restrições ou um controle concreto de uso pelo Estado, mas o privativo se faz com exclusividade por uma ou mais pessoas determinadas no título de outorga. Isso não ocorre no uso comum condicionado (extraordinário), que continua aberto a todos, mas desde que respeitados certos requisitos.

Adicione-se a essa explicação que o uso privativo depende de ato concreto de autorização, enquanto as restrições de uso comum devem ser expedidas de modo geral e abstrato, daí por que constam de lei ou de ato normativo da Administração Pública. Para o uso comum extraordinário, não há que se falar exatamente de outorga discricionária de uso. Qualquer um está autorizado a usar o bem desde que comprove o cumprimento de requisitos estabelecidos para todos indistintamente.

7.3 Uso privativo

Como dito, em contraste com o uso comum, o privativo é uso que a "Administração Pública confere, mediante título jurídico individual (contratual ou unilateral), a pessoa ou grupo de pessoas determinadas, para que o exerçam, com exclusividade

sobre parcela do bem público".⁴⁵ A pessoa que figura como utente ora é física, ora jurídica de direito público ou privado. Isso mostra que mesmo entes públicos são beneficiários de uso privativo em relação a bens de outros entes. Imagine-se um Município que solicite o uso de um auditório de uma autarquia federal para realização de treinamento de seus servidores. Ter-se-á, nesse caso, uso privativo municipal de bem federal de uso especial.

O uso privativo confere a possibilidade de o beneficiário realizar o uso de modo exclusivo, seja isoladamente ou como parte de um grupo de pessoas predeterminadas no título de outorga. A delimitação (individual ou coletiva) dos beneficiários por título específico é um dos pontos principais de diferenciação do uso privativo em relação ao uso comum, aberto a todos de modo indistinto.

Sobre a questão, Diogo de Figueiredo Moreira Neto esclarece que a outorga desse tipo de uso nem sempre dependerá de ato, podendo também ser realizada por lei,⁴⁶ mas naturalmente não por lei em sentido material, senão meramente formal, ou seja, lei de efeito concreto - cumpre esclarecer. Como se mostrará no próximo item, a lei em sentido material (geral e abstrata) serve unicamente para tratar de requisitos gerais no tocante ao uso privativo normal (afetado), tal como fazem leis regentes de ocupação de boxes de mercados públicos ou de jazigos de cemitérios.

A despeito da natureza do título - assunto que será examinado em momento oportuno -, o importante é que exista outorga específica e que o uso seja bem delimitado tanto em termos espaciais (de modo a se identificar a parcela do bem que será disponibilizada a terceiro), quanto temporais (expondo-se, quando conveniente, prazo para o uso privativo). Isso não exclui o uso privativo por tempo indeterminado, hipótese em que o instrumento de outorga necessariamente deterá caráter precário. Afinal, como explicava Maurice Hauriou, a precariedade é a técnica ideal para garantir a afetação⁴⁷ e, vale agregar, também para proteger interesses públicos primários.

7.4 Uso normal, uso anormal e uso proibido

Há uma terceira classificação de uso que não se pauta pelas condições ou requisitos, nem pelos usuários ou beneficiários, mas sim pela finalidade do uso e sua compatibilidade com a destinação precípua do bem (ou afetação). É por força desse último critério que despontam o uso normal, o uso anormal e - por reflexo - os usos proibidos.⁴⁸ Essa classificação não é autônoma. Ela se agrega, ou melhor, soma-se aos

45. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular* cit., p. 29.

46. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 350-355.

47. HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris: Sirey, 1927. p. 653 (nota de rodapé).

48. Di Pietro não trata exatamente do uso proibido, mas ele decorre do critério utilizado e por isso é considerado nessa explanação. Pela tripartição ora sustentada, também se posiciona BOUTAYEB,

usos anteriormente mencionados, de modo que tanto o uso comum quanto o uso privativo podem ser qualificados como normais, anormais ou proibidos.

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro “o uso normal é o que se exerce de conformidade com a destinação principal do bem e uso anormal é o que atende a finalidades diversas ou acessórias, às vezes em contraste com aquela destinação”.⁴⁹ O uso normal é o uso afetado ou primário. Se o bem for afetado a mais de um uso (afetação múltipla), todos eles serão normais. O rio afetado à navegação, à pesca e à natação assume três usos normais. Outros usos que se façam desse corpo hídrico serão ou anormais ou proibidos. Os anormais consistem em usos secundários (no exemplo dado, como o mergulho e outras atividades de lazer), mas compatíveis com os usos afetados. Os usos proibidos são os expressamente vedados ou faticamente incompatíveis com a afetação. Prosseguindo-se no mesmo exemplo, a lei ou o ato de afetação poderiam proibir o uso do rio para fins de irrigação ou de certos esportes.

A diferença entre uso anormal e uso proibido é bastante simples no plano teórico. O anormal, que assume caráter privativo ou comum, acopla-se ao bem, mas é acessório ou secundário diante de usos afetados. Daí a razão pela qual somente faz sentido mencionar uso anormal diante de bens de uso comum do povo e bens de uso especial, pois estes são os dois únicos tipos de bens públicos propriamente afetados no direito brasileiro. Na gestão de ambas as espécies, em não havendo óbice legal, aceitam-se usos anormais diversos, mas sempre em consonância com um juízo discricionário que leve em conta dois fatores: a proteção da afetação e a promoção da sustentabilidade. É desses dois fatores que também se extrai a recomendação de que os usos anormais sejam marcados pela precariedade.

Para os bens públicos dominicais, a distinção entre uso normal e anormal não tem relevância, mas a de uso proibido sim. Tanto em relação a bens afetados, quanto a bens não afetados, existem usos proibidos. Ora eles redundam da incompatibilidade com a afetação (legal ou administrativa), ora da vedação jurídica. Por consequência, a ideia de uso proibido é aplicável a bens afetados, a bens dominicais e também a bens estatais privados.

Questão interessante que atinge a classificação entre uso normal e anormal diz respeito à sua relação com o uso privativo. As duas classificações não devem ser misturadas, já que uma é relativa às finalidades e a outra se baseia na exclusividade de uso. Dada as diferenças de critérios, o uso privativo tanto pode ser normal (afetado), quanto anormal (secundário). Alguns exemplos permitem evidenciar a afirmação teórica.

Veja-se novamente o caso do uso privativo de boxes de mercado municipal. Trata-se de uso afetado (normal), na medida em que o edifício é criado e destinado ao comércio por particulares que ocupam áreas delimitadas de modo exclusivo e me-

diantes título de outorga prévio. Diferentemente, o uso privativo anormal se vislumbra no uso de um auditório de certa universidade pública para a realização de evento fechado e organizado por uma associação privada para seus membros.

A diferença entre o uso privativo normal e o uso privativo anormal ocasiona impacto na compreensão dos instrumentos de outorga. Como esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quando a utilização privativa “se faz de acordo com a própria destinação do bem (uso normal), como no caso de concessão de sepultura em cemitérios, as condições de utilização são estabelecidas em lei, de modo uniforme para todos que dela queiram se beneficiar-se”.⁵⁰ Dessa sorte, ao gestor público cumprirá praticar um ato de outorga vinculado. Observados os requisitos abstratamente definidos, o título de outorga de uso há que ser expedido em favor de pessoa física ou jurídica interessada. De outra parte, se o uso privativo for anormal, a decisão quanto à outorga de uso será discricionária, caracterizada por mais flexibilidade, inclusive para ser revogada quando isso se mostrar fundamental à proteção de usos afetados ou de outros interesses públicos primários (por exemplo, a sustentabilidade do bem).

8. USOS EM ESPÉCIE: NOVAS PROPOSTAS

Ao teorizar sobre o tema em debate, Floriano de Azevedo Marques Neto alargou a classificação de usos por meio de cinco critérios. O primeiro deles diz respeito aos tipos de “requisitos exigidos para o indivíduo lançar mão da utilidade”. O segundo consiste no “grau de rivalidade de uso”, em que rivalidade designa, em conformidade com a teoria econômica, a existência de efeitos restritivos derivados do uso realizado por um indivíduo em relação ao potencial de uso por outros. O terceiro critério é o da “finalidade pública buscada pelo uso” e auferível pelo administrado. O quarto se baseia na “rentabilidade do uso”, entendida como “utilidade de gerar receitas para o Poder Público”. O quinto e último critério se refere à temporalidade do uso, de acordo com o qual se diferenciam quatro espécies: o uso permanente (perene e irrevogável), o uso temporário (ou vinculado a uma condição subjetiva), o uso aprazado (vinculado a termo final) e o uso episódico.⁵¹

Em comparação com a classificação proposta por Di Pietro, mais pautada em critérios jurídicos de finalidade, de conformidade do uso e quanto ao tipo de beneficiário, os critérios ora apresentados adicionalmente valorizam o aspecto temporal, e, com bastante intensidade, os efeitos econômicos dos usos seja em relação a outros utentes, seja para a Administração Pública na qualidade de proprietária do bem. Conquanto os critérios econômicos não devam ser misturados inconscientemente com os jurídicos, é fato que o direito administrativo e a ciência da Administração precisam, cada vez mais, abrir-se para análises interdisciplinares, daí a extrema relevância de

Charira. Liberté d'utilisation du domaine public et affectation dominiale. *Revue du Droit Public* n. 1. p. 226. 2001.

49. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular* cit., p. 25.

50. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular* cit., p. 31.

51. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica - O regime jurídico das utilidades públicas* cit., p. 400 e ss.

não se considerar apenas aspectos formais na gestão patrimonial. Critérios de ordem meramente jurídica são incapazes de revelar, com a máxima fidelidade, a complexidade real da ação pública e de seus efeitos.

Retornando-se à classificação, a partir dos cinco critérios mencionados, Marques Neto destaca sete tipos fundamentais, a saber: (i) o uso livre; (ii) o uso geral, gratuito ou remunerado; (iii) o uso específico administrativo; (iv) o uso específico utilitário; (v) o uso econômico de interesse geral; (vi) o uso econômico de interesse particular e (vii) o uso exclusivo de caráter não econômico. Em três deles, fica evidente a importância do aspecto econômico.

8.1 Uso livre e uso geral

O uso livre se assemelha ao uso comum ordinário já mencionado. Trata-se de uso aberto a todos sem a necessidade de observância de exigências prévias ou condições. Isso não descarta que incidam restrições decorrentes da polícia administrativa, como a sanitária, a dos costumes e a de trânsito. Restrições desse gênero reduzem a liberdade do cidadão e acabam indiretamente por atingir o uso dos bens públicos, ainda que não configurem exatamente condições impostas pelo Estado na qualidade de proprietário do bem, daí por que se fala de um uso livre. Por sua vez, o uso geral também dispensa qualquer outorga ou titulação própria, "mas obriga a que o administrado, para habilitar-se ao uso, preencha certa exigência geral e abstrata, determinante da utilização do próprio bem".⁵²

Uma crítica que se endereça a essa distinção reside na sua reduzida clareza, o que é capaz de levar a confusões na aplicação do direito. O uso geral seria diferente do livre pelo fato de conter regras objetivas e abstratas de uso, enquanto o livre não traria qualquer tipo de restrição. Contudo, na prática, parece que ambos se sujeitarão a restrições de uso resultantes, por exemplo, da necessidade de o Estado realizar reparos do bem ou restrições derivadas da polícia administrativa em geral. Desse modo, o que os distingue em última instância não parece ser a ausência de restrições de uso, mas sim a quantidade e a natureza dessas restrições.

A despeito dessas observações, por força da distinção proposta quanto às hipóteses de restrição, não faria sentido instituir cobranças em relação a bens qualificados como de uso livre. Já os usos gerais permitem a instituição de cobrança em relação à parcela aproveitável do bem. Ademais, compatibilizam-se com restrição quanto à duração, daí a possibilidade de existir o uso geral permanente ou temporário.

8.2 Uso específico administrativo e uso específico utilitário

Diferentemente do uso livre e do uso geral, o uso específico é limitado em termos subjetivos. A Administração o franqueia somente a pessoas que cumpram determi-

52. Idem, p. 407.

nados requisitos pré-estabelecidos. Além disso, para Marques Neto, "o que define o uso específico é o seu caráter rival, pois tal modo de utilização não pode ser feito por todos os administrados". O autor une à distinção jurídica, portanto, o componente econômico da rivalidade de usos.

Há de se advertir, contudo, que a rivalidade não consiste em uma característica dependente da escolha jurídica do administrador ou do legislador em relação a certo bem. Para a economia, a rivalidade depende muito mais das características físicas e morfológicas do bem e de seus usos, de modo que ao direito positivo resta simplesmente partir de uma premissa de existência ou não de rivalidade para disciplinar o bem. A norma não configura o elemento que exclui ou cria rivalidade em termos econômicos, pois esta consiste em um dado da realidade. Daí por que o uso específico somente será rival se efetivamente reduzir as possibilidades de uso por outrem. Em geral, será a presunção de rivalidade econômica que justificará a necessidade de titulação jurídica específica e não o contrário.

A despeito das considerações críticas, na teoria de Marques Neto, os usos específicos dividem-se em administrativos ou utilitários. Os primeiros são conhecidos como uso "administrativo interno" em outros ordenamentos jurídicos, como o alemão. É o caso dos materiais, equipamentos e edifícios empregados por agentes públicos nas suas funções administrativas e, em relação aos quais, os cidadãos em geral são beneficiários apenas indiretos. De modo geral, tal uso é gratuito, e, em termos temporais, permanente, temporário ou apurado. Já o uso específico utilitário tem outra finalidade, visto que o beneficiário direto é o administrado e não a Administração Pública, daí a razão de ser temporário ou vinculado a termo final.

8.3 Uso econômico de interesse geral e de interesse particular

Uma das mais relevantes contribuições da teoria de Marques Neto talvez resida na previsão dos usos econômicos. Tradicionalmente, fala-se apenas de usos afetados e usos secundários, mas pouco se desenvolveu a teoria dos usos secundários com o escopo de se examinar sua relevância econômica. Agora, ao se mencionar o uso econômico de interesse geral, busca-se indicar uma modalidade apta a viabilizar atividade econômica em sentido amplo, incluindo serviços públicos. Nessa hipótese, "o usuário direto é um particular específico que deseja obter ganhos econômicos com o bem. A coletividade, porém, se beneficia da atividade explorada por ser de interesse geral".⁵³ De modo diverso, o "uso econômico de interesse particular" envolve o emprego do bem em atividade econômica, entendida de modo amplo, porém se dá de forma a excluir outros utentes ou a exaurir o bem (pelo consumo individualizado), daí por que é particular ou privativo.

53. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica - O regime jurídico das utilidades públicas* cit., p. 411.

Marques Neto novamente fala de rivalidade e a considera existente tanto no uso econômico de interesse geral, quanto no uso econômico de interesse particular. Entretanto, não parece que isso seja fato em todas as situações. Melhor dizendo: não obrigatoriamente a fruição para fins econômicos por um agente de mercado prejudicará a fruição do mesmo bem por outros. No plano econômico, não se deve confundir as características da "rivalidade" (derivada de condicionantes fáticos) e da "exclusividade" (derivada de condicionantes fáticos ou jurídicos). O uso apenas rival caso redundar em redução de utilidades para terceiros ou no esgotamento do bem, tal como se vislumbra em relação a bens consumíveis ou recursos comuns (em sentido econômico). Caso o bem estatal seja útil à atividade econômica, mas se qualificar como "bem público" ou "monopólio natural" (segundo a teoria econômica - e não pela ciência do direito administrativo), então inexistirá rivalidade.

Conforme se sustentou em outra oportunidade, a teoria econômica dos bens a partir de um critério de demanda de utilização e de seus efeitos assenta-se no cruzamento de duas variáveis: "1. A exclusividade de uso, que se refere à possibilidade de um usuário impedir o uso ou a fruição de determinado bem ou serviço por outrem, restringindo o acesso de outros cidadãos, e 2. a rivalidade de uso, consistente na redução da possibilidade de uso ou fruição de um bem ou serviço por alguém em razão de uso ou fruição anterior por outrem. Com base nesses dois critérios, a economia distingue: bens privados (exclusivos e rivais), bens públicos (nem exclusivos, nem rivais), recursos comuns (não exclusivos, porém rivais) e monopólios naturais (exclusivos, porém não rivais)".⁵⁴

8.4 Uso exclusivo de caráter não econômico

A sétima e última espécie de uso é representada por situações em que certo bem estatal se destina à produção de utilidades de natureza social ou cultural. O uso ocorre de modo exclusivo em favor de uma pessoa (administrado), mas sem a finalidade de se empregar o bem para auferir receitas. A título de ilustração, Marques Neto cita o uso de imóvel público para fins de moradia, o uso de celas de presídios, o uso de áreas esportivas públicas, as reservas indígenas etc. Em todos esses exemplos, o objetivo do uso não consiste em viabilizar atividade econômica, senão em garantir direitos e promover interesses públicos primários de outra ordem.

9. CONFLITOS DE USO E REGRAS DE SUPERAÇÃO

9.1 Classificação dos usos e dos conflitos de uso

A classificação dos usos de bens não se reduz a um mero exercício teórico. Sua relevância está em explicar os diferentes titulares ou beneficiários de cada uso, os ob-

54. MARRARA, Thiago. *Bens públicos, domínio urbano, infraestruturas* cit., p. 199.

jetivos que os motiva e a relação do uso com a vontade do Legislativo ou do Executivo expressa em eventuais atos de afetação. Ademais, a classificação de usos é pressuposto para a frutífera discussão a respeito de problema extremamente tormentoso: os conflitos de usos. Assim como existem bens estatais que são poucos utilizados ou que restam indevidamente em estado de ociosidade, em descumprimento à sua função social, outros se sujeitam a disputas por excesso de usos atuais ou potenciais, bem como pela preferência incorreta dada pelo administrador a certos usos em detrimento de outros, mais relevantes.

A análise teórica do conflito de usos não se esgota numa simples disputa entre usos primários e secundários. Veja-se a problemática situação do domínio urbano, ou seja, do espaço público pertencente aos Municípios e composto basicamente por logradouros públicos (incluindo o domínio viário e as áreas públicas) e pelo mobiliário urbano (abrangendo redes de infraestrutura e equipamentos públicos). No tocante a esses bens, há infindáveis usos normais, todos eles compatíveis com a afetação e que não raro se chocam.

No plano predominantemente social, vislumbram-se: (1) o uso dos logradouros públicos por indivíduos em geral que neles exercem direitos civis, sociais e culturais, como a liberdade de reunião, de expressão e de manifestação e (2) o uso do mobiliário urbano por cidadãos que desejam acessar serviços públicos, como o transporte coletivo, a distribuição de energia e de telefonia fixa etc.

De outra banda, no plano eminentemente econômico, observam-se: (1) o uso dos logradouros públicos, por outros entes estatais ou por agentes de mercado, para fins de instalação de equipamentos e redes de infraestrutura necessárias à execução de serviços públicos ou de atividades econômicas (como postes, redes de esgotos, pontos de ônibus no domínio viário municipal) e (2) o uso do mobiliário urbano (equipamentos e redes, estatais ou privadas) por prestadores de outros serviços estatais ou atividades econômicas, tal como se verifica no uso de poste para passagem de cabos de telefonia ou para fixação de lixeiras.⁵⁵

Todos os quatro usos mencionados, embora sejam igualmente normais, ocasionalmente entram em choque. Daí a necessidade de a doutrina valorizar o tema dos conflitos de uso e de elaborar construções teóricas para munir o administrador público e o jurista com respostas adequadas a cada tipo de disputa. É preciso afastar a impressão de que o uso predominante em conflito é o primeiro uso em termos temporais. A consideração da mera temporalidade, de "quem chegou antes ou depois", é técnica claramente incompatível com um sistema de classificação de usos que, em última instância, objetiva valorizar a produção racional de utilidades públicas, tutelar interesses públicos primários e concretizar a sustentabilidade.

55. Em detalhes sobre a problemática, cf. MARRARA, Thiago. *Bens públicos, domínio urbano, infraestruturas* cit., p. 205 e ss.