



**DIREITO
ADMINISTRATIVO**

DIREITO ADMINISTRATIVO



Bens Públicos

16.1 EVOLUÇÃO

Já no Direito Romano se fazia referência aos bens públicos, constando da divisão das coisas apresentadas por Caio e Justiniano nas Institutas. Falava-se, então, em *res nullius*, como coisas *extra commercium*, dentre as quais se incluíam as *res communes* (mares, portos, estuários, rios, insuscetíveis de apropriação privada), as *res publicae* (terras, escravos, de propriedade de todos e subtraídas ao comércio jurídico) e *res universitatis* (fórum, ruas, praças públicas).

As *res publicae* pertenciam ao **povo**.

Na Idade Média, ensina Cretella Júnior (1984:24) que “sob o domínio dos bárbaros, repartem-se as terras conquistadas entre o rei e os soldados, deixando-se uma parte aos vencidos (*allodium*). A parte que coube aos soldados combatentes, dada primeiro como prêmio por tempo determinado (*beneficium*), passou depois a **vitalícia** e, finalmente, a **hereditária**, originando o ‘feudo’”. Quer dizer que, nessa época, os bens públicos eram considerados propriedade do rei, e não mais do povo, como ocorria no Direito Romano. No entanto, logo foi formulada uma teoria que, com base nos textos romanos, voltava a atribuir ao povo a propriedade desses bens, reconhecendo ao rei apenas o exercício do **poder de polícia** sobre os mesmos.

Enquanto se considerou o bem como propriedade da Coroa, não houve distinção de regime jurídico segundo as várias espécies de bens. No entanto, quando se passou à segunda teoria, que fala em poder de polícia do rei, foram dados os primeiros passos no sentido de uma classificação. Assim é que, já nos séculos XII e XVIII, alguns autores consideravam duas categorias de bens públicos:

1.

2.

Com
sua jurídi
príncipe.

16.2 C

Não h
Napoleão
eram inst
da divisã
domínio p

Deve-
um lado,
renda; e,
e ao servi

Distin
categorias
público

Na Itá
bens de u
bens do p

No dir
tege subsi
doutrina a

O Cóc
são segui
públicos, c

No ar

I -

II -

1. as **coisas públicas**, que eram afetadas ao uso público, como os cursos d'água, rios, estradas etc.; sobre tais bens o rei não tinha direito de propriedade, mas apenas um direito de guarda ou poder de polícia;
2. os bens integrados no **domínio da coroa**, sobre os quais o monarca detinha a propriedade.

Com o Estado Moderno e o desenvolvimento da ideia de Estado como pessoa jurídica, este assumiu a propriedade dos bens públicos, em substituição ao príncipe.

16.2 CLASSIFICAÇÃO

Não houve, de início, uma classificação dos bens públicos. No Código Civil de Napoleão, de 1804, apenas se declarava que certos bens, como rios, estradas etc., eram insuscetíveis de propriedade privada. Segundo alguns, estaria aí o germe da divisão dos bens em duas grandes categorias: os do domínio público e os do domínio privado do Estado.

Deve-se, no entanto, a Pardessus a primeira classificação: para ele, existe, de um lado, o **domínio nacional**, suscetível de apropriação privada e produtor de renda; e, de outro, o **domínio público**, consagrado, por natureza, ao uso de todos e ao serviço geral, sendo inalienável, imprescritível e insuscetível de servidão.

Distinção semelhante foi adotada por Proudhon, que divide os bens em duas categorias, que ainda hoje se adotam no direito francês: os **bens de domínio público** e os **bens do domínio privado do Estado**.

Na Itália, distingue-se o *demanio* (**domínio público**), que corresponde aos bens de uso comum do povo, e os **bens patrimoniais**, que se subdividem em bens do **patrimônio disponível** e **bens do patrimônio indisponível**.

No direito brasileiro, a primeira classificação metódica dos bens públicos, ainda hoje subsistente, foi feita pelo Código Civil de 1916, sendo pobre, antes disso, a doutrina a respeito do assunto.

O Código Civil adotou terminologia própria, peculiar ao direito brasileiro, não seguindo o modelo estrangeiro, onde é mais comum a bipartição dos bens públicos, conforme o regime jurídico adotado.

No artigo 66, o Código fazia uma divisão tripartite, distinguindo:

- I – **os bens de uso comum do povo**, tais como mares, rios, estradas, ruas, e praças;
- II – os de **uso especial**, tais como edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal;

- III – os **dominicais**, isto é, os que constituem o patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades.

O Código Civil de 2002 mantém a mesma classificação, porém deixando claro que se incluem entre os bens públicos os pertencentes às pessoas jurídicas de direito público. Nos termos do artigo 99, “são bens públicos:

- I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;
- II – os 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;
- III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades”.

O critério dessa classificação é o da **destinação** ou **afetação** dos bens: os da primeira categoria são destinados, por **natureza** ou por **lei**, ao uso coletivo; os da segunda ao uso da Administração, para consecução de seus objetivos, como os imóveis onde estão instaladas as repartições públicas, os bens móveis utilizados na realização dos serviços públicos (veículos oficiais, materiais de consumo, navios de guerra), as terras dos silvícolas, os mercados municipais, os teatros públicos, os cemitérios públicos; os da terceira não têm destinação pública definida, razão pela qual podem ser aplicados pelo Poder Público, para obtenção de renda; é o caso das terras devolutas, dos terrenos de marinha, dos imóveis não utilizados pela Administração, dos bens móveis que se tornem inservíveis.

No entanto, pelo parágrafo único do artigo 99 do Código Civil de 2002, “não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado”. A redação do dispositivo permite concluir que, nesse caso, a destinação do bem é irrelevante, pois, qualquer que seja ela, o bem se inclui como dominical só pelo fato de pertencer a pessoa jurídica de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado, a menos que a lei disponha em sentido contrário. Vale dizer que a lei instituidora da pessoa jurídica pode estabelecer a categoria dos bens, consoante a sua destinação.

Pelos termos do artigo 99, já se nota um ponto comum – destinação pública – nas duas primeiras modalidades (bens de uso comum do povo e bens de uso especial), e que as diferencia da terceira, sem destinação pública. Por essa razão, sob o **aspecto jurídico**, pode-se dizer que há duas modalidades de bens públicos:

1. os do **domínio público do Estado**, abrangendo os de uso comum do povo e os de uso especial;

2. os do **domínio privado do Estado**, abrangendo os bens dominicais.

Quando se estuda esse tema, no direito estrangeiro, verifica-se que os autores tratam, em geral, em capítulos à parte, dos bens do domínio público e dos bens do domínio privado, precisamente pela diversidade de regimes jurídicos que os caracteriza.

No direito brasileiro, nem sempre se nota a mesma preocupação. Principalmente quando se trata da transferência de uso de bens públicos ao particulares, cuida-se dos vários institutos como se fossem os mesmos para as várias modalidades, quando, na realidade, existem sensíveis diferenças, principalmente no direito positivo federal.

Cretella Júnior (1984:21), referindo-se ao domínio público e ao domínio privado da Administração, preocupa-se em ressaltar a diversidade dos respectivos regimes jurídicos, ao afirmar que, “junto a relações jurídicas reais, que coincidem substancialmente com as que se passam entre os sujeitos particulares e as coisas que lhes pertencem, outras existem submetidas a um regime especial, distinto, portanto, do comum”.

Outra classificação dos bens públicos é a que constava do Regulamento do Código de Contabilidade Pública da União, aprovado pelo Decreto nº 15.783, de 8-11-22 (revogado pelo Decreto de 25-4-91). Embora empregando, no artigo 803, a mesma terminologia utilizada no artigo 66 do Código Civil anterior, fazia melhor distinção, no artigo 807, chamando os bens de uso especial de **patrimoniais indisponíveis** e, os dominicais, de **patrimoniais disponíveis**. Daí já resultava mais clara a natureza alienável dos bens dominicais e a inalienabilidade dos demais, que são indisponíveis, ou por se destinarem ao uso coletivo ou por estarem destinados ao uso direto ou indireto da Administração, para consecução de seus fins.

Essa classificação seguia a do direito italiano e baseava-se no critério da natureza, patrimonial ou não, do bem. Os de uso comum não são suscetíveis de valoração patrimonial, de avaliação econômica; os demais têm um valor patrimonial; só que uns (os de uso especial ou do patrimônio indisponível) são inalienáveis, por terem afetação pública; os outros (dominicais ou do **patrimônio disponível**) são alienáveis, por não terem igual afetação.

Os bens públicos ainda podem ser classificados, quanto à titularidade, em **federais, estaduais e municipais**.

16.3 BENS DO DOMÍNIO PÚBLICO DO ESTADO

16.3.1 Conceito

A expressão *domínio público* é equívoca, no sentido de que admite vários significados:

aliás, esse traço revela a maior abrangência do vocábulo *bem* no direito público, em relação ao direito privado; neste, interessam as coisas suscetíveis de avaliação econômica e que possam ser objeto de posse ou propriedade exclusiva pelo homem; no Direito Administrativo, os bens têm sentido mais amplo, porque abrangem não apenas as coisas que podem ser objeto de posse e propriedade exclusivas, mas também aquelas que são destinadas ao uso coletivo ou ao uso do próprio poder público;

4. **regime jurídico de direito público**, derogatório e exorbitante do direito comum, não se aplicando a essas modalidades de bens os institutos regidos pelo direito privado.

16.3.2 Natureza jurídica

Muitas controvérsias já se lavraram a respeito da natureza do direito das pessoas públicas sobre os bens do domínio público.

No século XIX, boa parte da doutrina, partindo da ideia de propriedade, própria do Direito Civil, entendia que as pessoas públicas não tinham sobre esses bens um direito de propriedade. Proudhon, por exemplo, apegado ao conceito romano de propriedade como direito exclusivo, entendia que os bens afetados ao uso de todos não apresentava essa característica de exclusividade. Para Ducroq, faltavam os três atributos: uso, fruto e disponibilidade.

Essa tese justificava-se, em suas origens, como uma reação contra as teorias elaboradas à época das monarquias absolutas, que atribuíam à coroa a propriedade de todos os bens públicos e que eram consideradas perigosas para a proteção do patrimônio público. Posteriormente, a mesma tese foi retomada por outros autores que viam no domínio público um conjunto de bens insuscetíveis de propriedade (Ducroq e Berthélemy) ou que negavam, de modo geral, a existência do direito de propriedade (Leon Duguit e Gaston Jèze). Construíram-se, assim, diversas teorias que explicam o poder do Estado sobre os bens do domínio público como sendo os de depósito, de administração, de soberania, de polícia, de guarda etc.

Na época contemporânea, no início deste século, os autores, liderados por Maurice Hauriou, passaram a afirmar a tese da propriedade administrativa sobre o domínio público, mas uma **propriedade regida pelo direito público**. Ela tem pontos de semelhança e de diferença com a propriedade privada: assim é que a Administração exerce sobre os bens do domínio público os direitos de **usar** ou de autorizar a sua utilização por terceiros; o de **gozar**, percebendo os respectivos frutos, naturais ou civis; o de **dispor**, desde que o bem seja previamente desafetado, ou seja, desde que o bem perca a sua destinação pública. Por outro lado, a Administração sofre certas **restrições** também impostas ao particular (como transcrição no Registro de Imóveis), além de outras próprias do direito público

1. em sentido muito amplo, é utilizada para designar o conjunto de bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, políticas e administrativas (União, Estados, Municípios, Distrito Federal, Territórios e autarquias);
2. em sentido menos amplo, utilizado na referida classificação do direito francês, designa os bens afetados a um fim público, os quais, no direito brasileiro, compreendem os de uso comum do povo e os de uso especial;
3. em sentido restrito, fala-se em bens do domínio público para designar apenas os destinados ao uso comum do povo, correspondendo ao *demanio* do direito italiano; como não eram considerados, por alguns autores, como pertencentes ao poder público, dizia-se que estavam no domínio público; o seu titular seria, na realidade, o povo.

Usaremos, aqui, a expressão no segundo sentido assinalado abrangendo os bens de uso comum do povo e os de uso especial. Embora a designação de “bens do domínio público” não seja perfeita, porque pode dar a ideia de bens cujo uso pertence a toda a coletividade, preferimos utilizá-la como forma de contrapor o regime jurídico dos bens de uso comum e de uso especial, submetidos ao direito público, ao regime dos bens do domínio privado do Estado (bens dominicais), que é parcialmente público e parcialmente privado.

Com efeito, embora a classificação adotada pelo Código Civil abranja três modalidades de bens, quanto ao regime jurídico existem apenas duas.

Com relação aos bens de uso comum e de uso especial, não existe diferença de regime jurídico, pois ambos estão destinados a fins públicos; essa destinação pode ser inerente à própria natureza dos bens (como ocorre com os rios, estradas, praças, ruas) ou pode decorrer da vontade do poder público, que afeta determinado bem ao uso da Administração para realização de atividade que vai beneficiar a coletividade, direta ou indiretamente.

Segundo a definição de Cretella Júnior (1984:29), bens do domínio público são “o conjunto das coisas móveis e imóveis de que é detentora a Administração, afetados quer a seu próprio uso, quer ao uso direto ou indireto da coletividade, submetidos a regime jurídico de direito público derogatório e exorbitante do direito comum”.

Estão presentes nessa definição os seguintes elementos:

1. **conjunto de bens móveis e imóveis;**
2. a ideia de **pertinência à Administração** (diríamos melhor o “Estado”), que afasta a tese de que o poder público não exerce sobre os bens públicos o direito de propriedade;
3. a **afetação** ao uso coletivo ou ao uso da Administração, que representa um traço distintivo entre os bens dessa categoria e os dominicais;

(como as normas sobre competência, forma, motivo, finalidade etc.); e dispõe de **prerrogativas** que o particular não tem, como poder de polícia que exerce sobre seus bens.

Em razão disso, foram afastadas as doutrinas que viam na propriedade do Estado um direito de propriedade privada ou que negavam a existência desse direito em relação aos bens do domínio público. Passou-se a adotar a tese da **propriedade pública**; esta, segundo Hauriou, não é, em sua essência, diferente da propriedade privada, mas a existência da **afetação** dos bens lhe imprime características particulares.

16.3.3 Modalidades

São bens do domínio público os de uso comum do povo e os de uso especial. Consideram-se bens de **uso comum do povo** aqueles que, por determinação legal ou por sua própria natureza, podem ser utilizados por todos em igualdade de condições, sem necessidade de consentimento individualizado por parte da Administração.

Dentre eles, citem-se as ruas, praças, estradas, águas do mar, rios navegáveis, ilhas oceânicas.

Bens de uso especial são todas as coisas, móveis ou imóveis, corpóreas ou incorpóreas, utilizadas pela Administração Pública para realização de suas atividades e consecução de seus fins.

A expressão *uso especial*, para designar essa modalidade de bem, não é muito feliz, porque se confunde com outro sentido em que é utilizada, quer no direito estrangeiro, quer no direito brasileiro, para indicar o **uso privativo** de bem público por particular e também para abranger determinada modalidade de **uso comum** sujeito a maiores restrições, como pagamento de pedágio e autorização para circulação de veículos especiais.

É mais adequada a expressão utilizada pelo direito italiano e pelo antigo Código de Contabilidade Pública, ou seja, **bens do patrimônio indisponível**; por aí se ressaltar o caráter patrimonial do bem (ou seja, a sua possibilidade de ser economicamente avaliado) e a sua indisponibilidade, que resulta, não da natureza do bem, mas do fato de estar ele afetado a um fim público.

Quando se fala que o bem de uso especial está afetado à realização de um serviço público, como o faz o artigo 99, II, do Código Civil, tem-se que entender a expressão *serviço público* em sentido amplo, para abranger toda atividade de interesse geral exercida sob autoridade ou sob fiscalização do poder público; nem sempre se destina ao uso **direto** da Administração, podendo ter por objeto o uso por particular, como ocorre com o mercado municipal, o cemitério, o aeroporto, a terra dos silvícolas etc. Para alguns autores, esse tipo de bem não utilizado **diretamente** pela Administração não se enquadra em qualquer das categorias

previstas no Código Civil. É o pensamento, por exemplo, de Raimundo Nonato Fernandes, que chama a atenção para o fato de que nessa modalidade conjugam-se vários tipos de usos: o uso comum do povo e o uso especial da Administração (repartições e serviços administrativos ali instalados) e o uso exclusivo de particulares (RDA 118/1).

No entanto, a dificuldade se contorna se se der ao vocábulo *serviço* o sentido amplo, já referido, e desde que se leve em conta que, quanto ao regime jurídico, esses bens em nada diferem daqueles utilizados direta e exclusivamente pela Administração para execução dos serviços públicos.

São exemplos de bens de uso especial os imóveis onde estão instaladas repartições públicas, os bens móveis utilizados pela Administração, museus, bibliotecas, veículos oficiais, terras dos silvícolas, cemitérios públicos, aeroportos, mercados e agora, pela nova Constituição, as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

Os bens de uso comum do povo e de uso especial (da mesma forma, aliás, que os dominicais) repartem-se entre União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.

Na Constituição Federal existe a especificação dos bens da União (art. 20) e dos Estados (art. 26), sem distinguir a natureza dos bens. Também o Decreto-lei nº 9.760, de 5-9-46, que dispõe sobre os bens imóveis da União, indica aqueles que pertencem à União (art. 1º). No que diz respeito às águas públicas, o Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10-7-34) também as reparte entre União, Estados e Municípios (art. 29).

16.3.4 Regime jurídico

Em razão de sua destinação ou afetação a fins públicos, os bens de uso comum do povo e os de uso especial estão fora do comércio jurídico de direito privado; vale dizer que, enquanto mantiverem essa afetação, não podem ser objeto de qualquer relação jurídica regida pelo direito privado, como compra e venda, doação, permuta, hipoteca, penhor, comodato, locação, posse *ad usucapionem* etc. Se isto já não decorresse da própria afetação desses bens, a conclusão seria a mesma pela análise dos artigos 100, 102 e 1.420 do Código Civil. O primeiro estabelece a inalienabilidade dos bens de uso comum do povo e dos bens de uso especial, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar. O segundo determina que os bens públicos não estão sujeitos a usucapião; e o terceiro estabelece que só os bens que se podem alienar poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca. A tudo isso, acrescenta-se o artigo 100 da Constituição Federal, que exclui a possibilidade de penhora de bens públicos, ao estabelecer processo especial de execução contra a Fazenda Pública.

São, portanto, características dos bens das duas modalidades integrantes do domínio público do Estado a **inalienabilidade** e, como decorrência desta,

a **imprescritibilidade**, a **impenhorabilidade** e a **impossibilidade de oneração**.

A inalienabilidade, no entanto, não é absoluta, a não ser com relação àqueles bens que, por sua própria natureza, são insuscetíveis de valoração patrimonial, como os mares, praias, rios navegáveis; os que sejam inalienáveis em decorrência de destinação legal e sejam suscetíveis de valoração patrimonial podem perder o caráter de inalienabilidade, desde que percama a destinação pública, o que ocorre pela **desafetação**, definida, por José Cretella Júnior (1984:160-161) como o “fato ou a manifestação de vontade do poder público mediante a qual o bem do domínio público é subtraído à dominialidade pública para ser incorporado ao domínio privado, do Estado ou do administrado”.

Também a alienabilidade não é absoluta, pois aqueles que têm esse caráter, por não terem qualquer destinação pública (os bens dominicais ou bens do domínio privado do Estado) podem perdê-la pelo instituto da **afetação**, definida, pelo mesmo autor (1984:152), como “o fato ou pronunciamento do Estado que incorpora uma coisa à dominialidade da pessoa jurídica” ou, por outras palavras, o ato ou o fato pelo qual um bem passa da categoria de bem do domínio privado do Estado para a categoria de bem do domínio público.

Pelos conceitos de afetação e desafetação, verifica-se que uma e outra podem ser **expressas** ou **tácitas**. Na primeira hipótese, decorrem de ato administrativo ou de lei; na segunda, resultam de atuação direta da Administração, sem manifestação expressa de sua vontade, ou de fato da natureza. Por exemplo, a Administração pode baixar decreto estabelecendo que determinado imóvel, integrado na categoria dos bens dominicais, será destinado à instalação de uma escola; ou pode simplesmente instalar essa escola no prédio, sem qualquer declaração expressa. Em um e outro caso, o bem está afetado ao uso especial da Administração, passando a integrar a categoria de bem de uso especial. A operação inversa também pode ocorrer, mediante declaração expressa ou pela simples desocupação do imóvel, que fica sem destinação.

Não há uniformidade de pensamento entre os doutrinadores a respeito da possibilidade de a desafetação decorrer de um **fato** (desafetação tácita) e não de uma manifestação de vontade (desafetação expressa); por exemplo, um rio que seca ou tem seu curso alterado; um incêndio que provoca a destruição dos livros de uma biblioteca ou das obras de um museu. Alguns acham que mesmo nesses casos seria necessário um ato de desafetação. Isto, no entanto, constitui excesso de formalismo se se levar em consideração o fato de que o bem se tornou materialmente inaproveitável para o fim ao qual estava afetado.

O que é inaceitável é a desafetação pelo **não uso**, ainda que prolongado, como, por exemplo, no caso de uma rua que deixa de ser utilizada. Em hipótese como essa, torna-se necessário um ato expresso de desafetação, pois inexiste a fixação de um momento a partir do qual o não uso pudesse significar desafetação.

Sem essa restrição, a cessação da dominialidade pública poderia ocorrer arbitrariamente, em prejuízo do interesse coletivo.

16.4 BENS DO DOMÍNIO PRIVADO DO ESTADO OU BENS DOMINICAIS

16.4.1 Conceito

Os bens do domínio privado do Estado, chamados bens dominicais pelo Código Civil, e bens do patrimônio disponível pelo antigo Código de Contabilidade Pública, foram definidos legalmente como “os que constituem o patrimônio da União, dos Estados ou Municípios, como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades” (art. 66, III, do Código Civil de 1916).

O Código Civil de 2002, no artigo 99, III, mantém o conceito, alterando-o apenas para deixar claro que são titulares de bens dominicais todas as pessoas jurídicas de direito público. Estabelece o dispositivo que os mesmos “constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma delas”.

Além disso, o parágrafo único determina que “não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado”. Conforme visto no item 10.2.2, tais pessoas poderiam ser as fundações de direito público que, não obstante dotadas de personalidade pública, têm a mesma estrutura das fundações privadas.

O Código de Contabilidade os definia como “os bens do Estado, qualquer que seja a sua proveniência, dos quais se possa efetuar a venda, permuta ou cessão, ou com os quais se possam fazer operações financeiras em virtude de disposições legais especiais de autorização” (art. 810).

Segundo Cretella Júnior (1984:336), *dominical* é vocábulo bem formado, designando o tipo de coisa ou bem que pertence ao *dominus*, senhor ou proprietário. Por isso mesmo, ele usa a expressão para designar “a parcela de bens que pertence ao Estado em sua qualidade de proprietário”.

16.4.2 Características

Tradicionalmente, apontam-se as seguintes características para os bens dominicais:

1. comportam uma **função patrimonial** ou **financeira**, porque se destinam a assegurar rendas ao Estado, em oposição aos demais bens

- públicos, que são afetados a uma destinação de interesse geral; a consequência disso é que a gestão dos bens dominicais não era considerada serviço público, mas uma atividade privada da Administração;
2. submetem-se a um regime jurídico de direito privado, pois a Administração Pública age, em relação a eles, como um proprietário privado.

As duas características já se alteraram sensivelmente.

Hoje já se entende que a natureza desses bens não é exclusivamente patrimonial; a sua administração pode visar, paralelamente, a objetivos de interesse geral. Com efeito, os bens do domínio privado são frequentemente utilizados como sede de obras públicas e também cedidos a particulares para fins de utilidade pública. Por exemplo, no direito brasileiro, é prevista a concessão de direito real de uso para fins de urbanização, industrialização, cultivo e também a sua cessão, gratuita ou onerosa, para fins culturais, recreativos, esportivos. E mesmo quando esses bens não são utilizados por terceiros ou diretamente pela Administração, podem ser administrados no benefício de todos, como as terras públicas onde se situam florestas, mananciais ou recursos naturais de preservação permanente.

Além disso, a própria administração financeira constitui objetivo apenas **imediato**, pois, em uma perspectiva mais ampla, atende a fins de interesse geral.

Esse novo modo de encarar a natureza e função dos bens dominicais leva alguns autores a considerar a sua administração como serviço público sob regime de gestão privada. O duplo aspecto dos bens dominicais justifica a sua submissão a **regime jurídico de direito privado parcialmente derogado pelo direito público**.

16.4.3 Regime jurídico

Comparando os bens do domínio público com os do domínio privado do Estado, pode-se traçar a seguinte regra básica quanto ao regime jurídico a que se submetem: os primeiros, ao direito público, e, os segundos, **no silêncio da lei**, ao direito privado. O mesmo pensamento encontra-se em Pontes de Miranda (1954, v. 2:136): “na falta de regras jurídicas sobre os bens dominicais, incidem as de direito privado, ao passo que, na falta de regras jurídicas sobre bens públicos *stricto sensu* (os de uso comum e os de uso especial), são de atender-se os princípios gerais de direito público”.

Se nenhuma lei houvesse estabelecido normas especiais sobre essa categoria de bens, seu regime jurídico seria o mesmo que decorre do Código Civil para os bens pertencentes aos particulares. Sendo alienáveis, estariam inteiramente no comércio jurídico de direito privado (art. 101); em consequência, poderiam ser objeto de usucapião e de direitos reais, inclusive os de garantia (art. 1.420); como também poderiam ser objeto de penhora e de contratos como os de locação, comodato, permuta, arrendamento.

No entanto, o fato é que as normas do direito civil aplicáveis aos bens dominicais sofreram inúmeros “desvios” ou derrogações impostos por normas publicísticas.

Em primeiro lugar, o artigo 100 da Constituição, que estabelece **processo especial de execução** contra a Fazenda Pública, excluindo, implicitamente, a **penhora** sobre qualquer tipo de bem público pertencente à União, Estados, Municípios e respectivas autarquias.

Com relação ao **usucapião**, depois de larga divergência doutrinária e jurisprudencial, o Decreto nº 22.785, de 31-5-33, veio expressamente proibi-lo, seguindo-se norma semelhante no Decreto-lei nº 710, de 17-9-38 e, depois, no Decreto-lei nº 9.760, de 5-9-46 (este último concernente apenas aos bens imóveis da União). O STF, pela Súmula nº 340, consagrou o entendimento de que “desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”. No entanto, tem havido exceções, como a prevista nas Constituições de 1934, 1937 e 1946, que previam o chamado **usucapião pro labore**, cujo objetivo era assegurar o direito de propriedade àquele que cultivasse a terra com o próprio trabalho e o de sua família; a Constituição de 1967 não mais contemplou essa modalidade de usucapião, porém valorizava ainda o trabalho produtivo do homem do campo, permitindo que lei federal estabelecesse as condições de **legitimação de posse** e de **preferência para aquisição**, até 100 ha, de terras públicas por aqueles que as tornassem produtivas com o seu trabalho e o de sua família (art. 164 da redação original, e art. 171, após a Emenda Constitucional nº 1, de 1969). As condições para essa legitimação estão contidas nos artigos 29 a 31 da Lei nº 6.383, de 7-12-76. A legitimação difere do usucapião porque, neste, a posse dá direito à aquisição, pura e simples, do imóvel pelo simples decurso do tempo; naquela, a posse dá direito de **preferência para aquisição** do imóvel pelo valor histórico, desde que comprovados os requisitos legais.

Embora não mais previsto na Constituição, havia até recentemente o **usucapião especial** disciplinado pela Lei nº 6.969, de 10-12-81, que incidia sobre terras devolutas situadas na área rural, após o período de cinco anos de posse ininterrupta e sem oposição, além de outros requisitos anteriormente estabelecidos para o usucapião *pro labore*: moradia e cultivo da terra com o próprio trabalho, inexistência de outro imóvel de que seja proprietário o interessado, área não superior a 25 ha.

A Constituição de 1988, lamentavelmente, proibiu qualquer tipo de usucapião de imóvel público, quer na zona urbana (art. 183, § 3º), quer na área rural (art. 191, parágrafo único), com o que revogou a Lei nº 6.969/81, na parte relativa aos bens públicos. Essa proibição constitui um retrocesso por retirar do particular que cultiva a terra um dos instrumentos de acesso à propriedade pública, precisamente no momento em que se prestigia a função social da propriedade.

A Constituição também não fala mais em legitimação de posse; mas também não a proíbe, razão pela qual o instituto continua a existir, com fundamento na legislação ordinária que o disciplina.

Com relação à **instituição de direitos reais de garantia** sobre os bens dominicais, formaram-se duas correntes, uma entendendo impossível essa oneração, tendo em vista a impenhorabilidade desses bens, e a outra considerando-a possível e enquadrando-a como uma das espécies de execução forçada contra a Fazenda Pública.

À primeira corrente pertence, entre outros, Hely Lopes Meirelles; a seu ver (2003:515), “não importa, por igual, o fim a que se destine a garantia real. Desde que os bens públicos das entidades estatais são insuscetíveis de penhora, sendo a penhora consectário legal da execução para a satisfação do crédito, objeto da garantia real, ressalta a impossibilidade de constituir-se penhor ou hipoteca sobre bens e rendas públicas de qualquer natureza ou procedência. Para a garantia de empréstimo, há o recurso à emissão de títulos e outros mais, postos à disposição da Administração pelo direito financeiro, sem necessidade de o Estado recorrer a institutos de direito civil, que impliquem execução direta sobre os bens vinculados à dívida”.

Em posição contrária, coloca-se Seabra Fagundes (1984:168), que cita como hipótese de execução coativa contra o Estado aquela em que este seja condenado como devedor de crédito, com garantia real, pignoratícia ou hipotecária. “Uma vez que o Estado aquiesce em firmar penhor ou hipoteca, em benefício de credor seu abre mão, ao fazê-lo, da inalienabilidade reconhecida aos seus bens. É de notar, porém que essa renúncia à inalienabilidade peculiar dos bens públicos nem sempre é possível. Só os bens dominicais, que são facultativamente alienáveis, podem ser gravados de ônus real.”

Diante, porém, do direito positivo brasileiro, essa tese não é defensável, pois o processo de execução contra a Fazenda Pública obedece a normas próprias estabelecidas no artigo 100 da Constituição Federal (repetidas nos arts. 730 e 731 do CPC) e que excluem qualquer possibilidade de penhora de bem público, seja qual for a sua modalidade. Não poderia a Fazenda Pública, nem mesmo com autorização legislativa, abrir mão da impenhorabilidade com que a própria Constituição quis proteger os bens públicos de qualquer natureza.

Além dessas restrições, que abrangem os bens públicos em geral, devem ser assinaladas algumas normas restritivas previstas na Constituição e na legislação ordinária, concernindo à utilização de bens dominicais:

1. A Constituição, no art. 188, §§ 1º e 2º, exige prévia aprovação do Congresso Nacional para a **alienação** ou **cessão** de terras públicas com área superior a 2.500 ha, exceto para fins de reforma agrária. Na Constituição anterior, essa exigência se fazia para áreas superiores a 3.000 ha; agora, o artigo 51 das Disposições Transitórias da Constituição determina que Comissão mista do Congresso Nacional, nos três anos a contar da data da sua promulgação, reveja todas as doações, vendas e concessões de terras públicas com área

superior a 3.000 ha, realizadas no período de 1º-1-62 a 31-12-87; quanto às vendas, a revisão se fará com base em critério de legalidade (§ 1º) e quanto às concessões e doações, com base em critérios de legalidade e conveniência do interesse público (§ 2º); comprovada a ilegalidade ou havendo interesse público, as terras reverterão ao patrimônio da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios (§ 3º).

2. Com relação às **terras tradicionalmente ocupadas pelos índios**, o artigo 231 da Constituição estabelece a sua inalienabilidade e imprescritibilidade e assegura aos silvícolas o direito de posse permanente e usufruto exclusivo das riquezas do solo, rios e lagos, exigindo autorização do Congresso Nacional para o aproveitamento dos recursos hídricos e riquezas minerais, ouvidas as comunidades afetadas e ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra. O § 6º do mesmo dispositivo considera nulos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das aludidas terras ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, **ressalvado relevante interesse público da União**.

Em relação aos interesses indígenas, parece que houve um retrocesso, pois a Constituição veio permitir a exploração de recursos naturais por terceiros, mediante autorização do Congresso Nacional, conforme artigo 49, XVI, e artigo 231, § 3º, e deixou em aberto a possibilidade de utilização pela União, por motivo de relevante interesse público, segundo o que dispuser a lei complementar. Na Constituição anterior não havia tais normas.

3. Restrições são também estabelecidas para a **faixa de fronteira**, como tal definida a faixa interna de 150 km de largura, paralela à linha divisória terrestre do território nacional, considerada fundamental para defesa do Território Nacional, nos termos do artigo 20, § 2º, da Constituição Federal. Na legislação ordinária, a matéria está disciplinada pela Lei nº 6.634, de 2-5-79.

O artigo 91, § 1º, III, da Constituição confere ao Conselho de Defesa Nacional competência para propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do Território Nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo.

A respeito da faixa de fronteira, o STF, pela Súmula nº 477, fixou o entendimento de que “as concessões de terras devolutas situadas na faixa de fronteira, feitas pelos Estados, autorizam apenas o uso, permanecendo o domínio com a União, ainda que se mantenha inerte ou tolerante em relação aos posseiros”.

A Lei nº 6.634/79, que sob certos aspectos precisa ser adaptada à Constituição, contém algumas restrições: as empresas que atuam nessa área e que se dediquem às indústrias de interesse da Segurança Nacional ou às atividades de pesquisa, lavra, exploração e aproveitamento de recursos naturais (salvo aqueles de imediata aplicação na construção civil) ou a colonização e loteamentos rurais terão que ter 51% do capital pertencente a brasileiros, 2/3 de trabalhadores brasileiros e a administração entregue à maioria de brasileiros, aos quais se assegurarão os poderes predominantes (art. 3º).

4. A exploração e a pesquisa no **mar territorial** e na **plataforma continental** estão sujeitas às normas estabelecidas pela Lei nº 8.617, de 4-1-93, que prevê três faixas: (a) o **mar territorial**, na faixa de 12 milhas marítimas de largura, onde é possível o “**direito de passagem inocente**”, assim considerado “desde que não seja prejudicial à paz, à boa ordem ou à segurança do Brasil, devendo ser contínua e rápida” (arts. 1º a 3º); (b) a **zona contígua**, na faixa de 12 a 24 milhas marítimas, na qual o Brasil deverá tomar as medidas de fiscalização necessárias para “evitar as infrações às leis e regulamentos aduaneiros, fiscais, de imigração ou sanitários, no seu território ou no seu mar territorial”, bem como “reprimir as infrações às leis e aos regulamentos no seu território ou no seu mar territorial” (arts. 4º e 5º); (c) **zona econômica exclusiva**, na faixa entre 12 e 200 milhas marítimas, na qual o Brasil tem o “direito exclusivo de regulamentar a investigação científica marinha, a proteção e preservação do meio marinho, bem como a construção, operação e uso de todos os tipos de ilhas artificiais, instalações e estruturas”; a exploração científica marinha na zona econômica exclusiva só poderá ser conduzida por outros Estados com o consentimento prévio do Governo brasileiro (art. 8º e parágrafo único).
5. Com relação às **terras públicas situadas na zona rural**, o artigo 94 do Estatuto da Terra veda contrato de **arrendamento** ou **parceria** para sua exploração, permitindo-os excepcionalmente quando:
 - a) razões de segurança nacional o determinarem;
 - b) áreas de núcleos de colonização pioneira, na sua fase de implantação, forem organizadas para fins de demonstração;
 - c) forem motivo de posse pacífica e a justo título, reconhecida pelo poder público, antes da vigência da lei.

Posteriormente, a Lei nº 4.947, de 6-4-66, veio criar exceção a essa regra, consentindo na **permissão, a título precário**, da utilização de terras públicas sob qualquer das formas de uso temporário previstas na Lei nº 4.504, o que abrange arrendamento e parceria.

Ainda quanto aos imóveis rurais, não se aplicam as disposições sobre **ocupação** previstas nos artigos 127 a 133 do Decreto-lei nº 9.760, de 5-9-46,¹ conforme artigo 32 da Lei nº 6.383, de 7-12-76 (que dispõe sobre processo discriminatório de terras devolutas da União).

6. O Decreto-lei nº 9.760 proíbe, no artigo 203, que fora dos casos expressos em lei, as **terras devolutas** sejam alienadas ou cedidas senão a **título oneroso**.
7. Restrições quanto à alienação de bens públicos são impostas pela Lei nº 8.666, de 21-6-93, cujo artigo 17 exige prévia avaliação, demonstração de interesse público, licitação (salvo nos casos expressamente indicados no dispositivo) e autorização legislativa, quando se trate de bens imóveis (ver item 9.5).
8. Pelo artigo 225, § 5º, da Constituição, são indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

16.5 ALIENAÇÃO

16.5.1 Alienação dos bens de uso comum e de uso especial

De acordo com o artigo 67 do Código Civil de 1916, os bens públicos das três categorias “só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e na forma que a lei prescrever”.

Pela redação do artigo 100 do novo Código Civil, “os bens públicos de uso comum e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar”. E, pelo artigo 101, “os bens dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei”. A nova redação está em consonância com entendimento que desde longa data era adotado pela doutrina e jurisprudência.

Com relação aos bens de uso comum e de uso especial, nenhuma lei estabelece a possibilidade de alienação; por estarem afetados a fins públicos, estão fora do comércio jurídico de direito privado, não podendo ser objeto de relações jurídicas regidas pelo Direito Civil, como compra e venda, doação, permuta, hipoteca, locação, comodato. **Para serem alienados pelos métodos de direito privado, têm de ser previamente desafetados**, ou seja, passar para a categoria de bens dominicais, pela perda de sua destinação pública. Vale dizer que a inalienabilidade não é absoluta.

¹ Os §§ 1º e 2º do artigo 127 e os arts. 129 e 130 do Decreto-lei nº 9.760/46 foram revogados pelo Decreto-lei nº 2.398/87 e o art. 133 foi revogado pela Lei nº 9.636/98.

No entanto, é possível a alienação por meio de institutos publicísticos. Dizer que um bem está fora do **comércio jurídico** significa excluí-lo do **comércio jurídico de direito privado**, mas não do comércio jurídico de direito público, caso contrário ficaria a Administração impedida de extrair dos bens do domínio público toda a sua potencialidade de utilização, em consonância com a função social que é inerente à própria natureza da propriedade pública.

Esse aspecto é realçado por Marcello Caetano (1969, v. 2:825), ao afirmar que “quando se diz que uma coisa está no **comércio jurídico** ou é **juridicamente comerciável**, quer-se exprimir a suscetibilidade dessa coisa ser objeto de direitos individuais. As coisas fora do comércio não podem, por sua natureza ou por disposição legal, ser objeto de posse, nem sobre elas se podem fazer quaisquer contratos”. Acrescenta que “**as coisas públicas estão fora do comércio jurídico privado**, o que significa serem insuscetíveis de redução à propriedade particular, inalienáveis, imprescritíveis, impenhoráveis e não oneráveis pelos modos de direito privado, enquanto coisas públicas”. Mas, continua o autor, “considerando agora a situação das coisas públicas à luz das normas do direito público, vemos que podem ser objeto de direito de propriedade por parte das pessoas coletivas (**propriedade pública**) e transferidas entre elas (**transferências do domínio ou mutações dominiais**); e admitem a criação dos direitos reais administrativos e de direitos administrativos de natureza obrigacional em benefício dos particulares (concessões) transmissíveis de uns a outros na forma da lei”.

O mesmo ensinamento encontra-se em Otto Mayer (1951, v. 3:154).

Isto quer dizer que os bens de uso comum e de uso especial, enquanto mantiverem essa natureza, podem ser objeto de alienação de uma entidade pública para outra, segundo normas de direito público. Essa transferência se dá normalmente por lei. Se perderem essa natureza, pela desafetação, tornam-se disponíveis pelos métodos do direito privado.

16.5.2 Alienação dos bens dominicais

Os bens dominicais, não estando afetados a finalidade pública específica, podem ser alienados por meio de institutos do direito privado (compra e venda, doação, permuta) ou do direito público (investidura, legitimação de posse e retrocessão, esta última objeto de análise no capítulo concernente à desapropriação).

Tais bens estão, portanto, no comércio jurídico de direito privado e de direito público.

Na esfera federal, os requisitos para alienação constam do artigo 17 da Lei nº 8.666, de 21-6-93, a qual exige demonstração de **interesse público, prévia avaliação, licitação e autorização legislativa**, este último requisito somente exigível quando se trate de bem imóvel. A inobservância dessas exigências invalida

a alienação. A Lei nº 9.636, de 15-5-98, exige para alienação de bens imóveis da União autorização do Presidente da República (art. 23).

Além disso, a Lei nº 8.666 estabelece algumas normas especiais, conforme a natureza, móvel ou imóvel, do bem.

Para os bens imóveis, a forma de licitação adotada é a concorrência (arts. 17, I, e 23, § 3º), ressalvada a hipótese prevista no artigo 19; ela é, no entanto, dispensável nos casos previstos no artigo 17, inciso I, da Lei nº 8.666, de 21-6-93 (já analisados no item 9.5). Às hipóteses previstas nesse dispositivo, pode-se acrescentar outra em que a licitação é incompatível com a própria natureza do instituto: a **retrocessão**.

Quando se trata de **bens móveis**, a autorização legislativa não é necessária e a modalidade de licitação a ser utilizada é o **leilão** (art. 22, § 5º).

Na hipótese de alienação realizada por institutos do direito privado, observam-se as normas do Código Civil, parcialmente derogadas pelo direito público, no que diz respeito às exigências de procedimento, forma, motivação, competência, finalidade.

Com relação aos institutos de direito público, a licitação não é necessária, porque inexistente competição; é o que ocorre com a investidura, a retrocessão e a legitimação de posse.

A **investidura** vem definida no artigo 17, § 3º, da Lei nº 8.666/93, com a redação alterada pela Lei nº 9.648/98, como: “I – alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública, área esta que se tornar inaproveitável isoladamente, por preço nunca inferior ao da avaliação e desde que esse não ultrapasse a 50% do valor constante da alínea *a* do inciso II do art. 23 desta lei; II – a alienação, aos legítimos possuidores diretos ou, na falta destes, ao Poder Público, de imóveis para fins residenciais construídos em núcleos urbanos anexos a usinas hidrelétricas, desde que considerados dispensáveis na fase de operação dessas unidades e não integrem a categoria de bens reversíveis ao final da concessão”.

A **legitimação de posse** foi prevista, pela primeira vez, na Lei nº 601, de 18-9-1850 (Lei de Terras), cujo artigo 5º estabeleceu que seriam legitimadas as posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária ou havidas do primeiro ocupante, que se achassem cultivadas, ou com princípio de cultura, efetiva morada habitual do respectivo posseiro, ou de quem o representasse.

Embora se fale em legitimação **de posse**, o instituto nasceu e se desenvolveu como forma de transferência de domínio. Por esse instituto, transforma-se uma situação de fato – a posse – em situação de direito – o domínio.

Na Constituição de 1967, a legitimação de posse foi prevista no artigo 164 (em substituição ao usucapião *pro labore*, assegurado nas Constituições de 1934, 1937 e 1946), segundo o qual “a lei federal disporá sobre as condições de legitimação

de posse e de preferência para aquisição, até cem hectares, de terras públicas por aqueles que as tornarem produtivas com o seu trabalho e o de sua família”.

Disciplinando a matéria, foi promulgada a Lei nº 6.383, de 7-12-76, cujos artigos 29 a 31 estabelecem as condições para a **legitimação de posse e preferência para aquisição**. De acordo com a nova sistemática, a legitimação de posse passou a consistir na outorga de uma licença de ocupação, por um prazo máximo de quatro anos, ao posseiro que ocupa área pública com até 100 ha e atenda aos requisitos de morada permanente, cultura efetiva, exploração direta e não seja proprietário rural. Findo o prazo de quatro anos e constatada a sua capacidade de desenvolver a área, terá ele preferência para adquiri-la, pelo valor mínimo estabelecido em planilha referencial de preços, a ser periodicamente atualizada pelo INCRA, utilizando-se dos critérios relativos à ancianidade da ocupação, às diversificações das regiões em que se situar a respectiva ocupação e à dimensão de área (art. 29, § 1º, da Lei nº 6.383/76, alterado pela Lei nº 11.952/09).

De acordo com a Lei nº 6.383/76, a legitimação de posse reveste-se das seguintes características:

1. o ocupante é titular de direito subjetivo de natureza pública à posse do imóvel pelo prazo mínimo de quatro anos;
2. findo esse prazo, o ocupante adquire direito à preferência para a aquisição do imóvel, segundos critérios definidos pelo já citado art. 29, § 1º, da Lei nº 6383/76, com a redação dada pela Lei nº 11.952/09;
3. a licença de ocupação pode ser cancelada, a qualquer momento, por motivo de necessidade ou utilidade pública, imitando-se a União na posse do imóvel e promovendo, sumariamente, a sua desocupação no prazo de 180 dias, hipótese em que deverá indenizar o ocupante pelas benfeitorias existentes e propiciar-lhe instalação em outra gleba de terra da União, computados os prazos de morada habitual e cultura efetiva da antiga ocupação (art. 31);
4. a licença é intransferível *inter vivos* e inegociável, não podendo ser objeto de penhora e arresto (art. 29, § 3º);
5. a licença dará acesso aos financiamentos concedidos pelas instituições financeiras integrantes do Sistema Nacional de Crédito Rural, sendo as obrigações assumidas pelo ocupante garantidas pelo INCRA; em caso de inadimplência, esse Instituto cancelará a licença de ocupação e alienará o imóvel para ressarcir-se do que houver assegurado (art. 30).

No Estado de São Paulo, a legitimação de posse está disciplinada pela Lei nº 3.962, de 24-7-57, Decreto-lei nº 14.916, de 6-8-45, e Decreto nº 43.116, de 3-3-64. Rigorosamente, a Lei nº 6.383/76 deveria ser de âmbito nacional, já que disciplina dispositivo da Constituição Federal. No entanto, não foi o que ocorreu. Já na Ementa e no artigo 1º consta que a lei dispõe sobre o processo discriminatório de terras

devolutas da União. E o artigo 27 determina que o processo de discriminação por ela estabelecido aplicar-se-á, no que couber, às terras devolutas estaduais, observado o seguinte: I – na instância administrativa, por intermédio de órgão estadual específico, ou através do INCRA, mediante convênio; II – na instância judicial, na conformidade do que dispuser a Lei de Organização Judiciária local. Em consequência, a legislação estadual não restou revogada.

A legitimação de posse é, em regra, precedida de um **processo de discriminação de terras devolutas**, cujo objetivo é separar as terras públicas das terras particulares; concluído o processo, os posseiros que não tenham título legítimo de domínio, mas que preenchem os requisitos para a legitimação, recebem o título de domínio do poder público.

Como diz Messias Junqueira (1966:32), “o processo administrativo de legitimação de posse constitui a verdadeira finalidade a que visa o poder público, ao exercitar a atividade discriminatória de terras devolutas. Ao propor uma ação de discriminação de terras, o poder público não está animado de espírito privatista de adquirente de terras. O Estado não propõe discriminação de terras devolutas para enriquecer o seu próprio patrimônio, mas principalmente para regularizar a situação dos posseiros aí localizados. Somente as terras devolutas vagas, desocupadas, desqueridas ou ilegalmente ocupadas é que serão incorporadas ao patrimônio público para serem aplicadas nas diversas finalidades de interesse social”.

A legitimação de posse está sujeita aos condicionamentos previstos no art. 17, § 2º-A, da Lei nº 8.666, de 21-6-93, introduzido pelo art. 118 da Lei nº 11.196, de 21-11-05.

Quanto à **concessão**, que alguns autores incluem entre as formas de alienação de bens públicos, enquadra-se melhor entre as modalidades de utilização do domínio público pelo particular, uma vez que não confere título de propriedade. Assemelha-se, em determinadas hipóteses, ao instituto do aforamento ou enfiteuse e, nesse sentido, prende-se às origens do regime de terras no Brasil. Com efeito, após o descobrimento do Brasil, sendo este colônia de Portugal, todas as terras eram públicas e a sua transferência aos particulares se dava pelo sistema de **concessão de cartas de sesmaria**, sob um regime semelhante à enfiteuse, ou por meio de doação. **Sesmaria** era uma área desmembrada do domínio público e **concedida** ao particular, para que este fizesse a sua utilização econômica, conservando, no entanto, o monarca, a titularidade sobre o bem; o sesmeiro pagava ao rei determinados privilégios e, não cumprindo a sua obrigação, ocorria o comisso, perdendo o direito sobre a sesmaria.

Ainda hoje algumas leis e a própria Constituição fazem referência à concessão, mas como transferência de posse e não do domínio.

Nas palavras de Igor Tenório (1984:36), “quando se trata de concessão, o Estado não aliena a coisa, isto é, não se despe do domínio da terra; cede-a apenas para um determinado fim e, cumprida a finalidade para a qual fora feita a concessão a terra volta a integrar o patrimônio do Estado”.

É nesse sentido que o vocábulo é usado no artigo 49, XVII, da Constituição e no artigo 51 e parágrafos de suas disposições transitórias.

16.6 USO DE BEM PÚBLICO POR PARTICULAR

Os bens públicos das três modalidades previstas no art. 99 do Código Civil – de uso comum, de uso especial e dominical – podem ser utilizados pela pessoa jurídica de direito público que detém a sua titularidade ou por outros entes públicos aos quais sejam cedidos, ou, ainda, por particulares (sobre o tema, v. Maria Sylvia Z. Di Pietro, 2010).

Estes últimos podem, por sua vez, exercer sobre os bens públicos diferentes formas de uso, que dão lugar à dupla classificação:

- a) pelo critério da conformidade ou não da utilização com o destino principal a que o bem está afetado, o **uso** pode ser **normal** ou **anormal**;
- b) pelo critério da exclusividade ou não do uso, combinado com o da necessidade ou não de consentimento expresso da Administração, o uso pode ser **comum** ou **privativo**.

16.6.1 Uso normal e uso anormal

O uso de bem público por particular nem sempre tem por objeto o mesmo fim a que ele se destina, embora deva ser sempre com ele compatível. Daí resulta a distinção, aceita por alguns autores, entre uso normal e anormal.

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 contradição com aquela destinação.

Se uma rua está aberta à circulação, tem **uso comum normal**; supondo-se que essa mesma rua seja utilizada, em período determinado, para realização de festejos, comemorações, desfiles, tem-se **uso comum anormal**, pois esses não são os fins a que normalmente se destinam tais bens.

Por outro lado, quando uma pessoa obtém permissão para ocupar determinado **box** em mercado municipal, tem-se **uso privativo normal**, já que essa é a finalidade precípua do bem; no entanto, se a permissão visa à instalação de terraço de café sobre a calçada, o uso privativo passa a ser anormal.

As utilizações anormais só devem ser consentidas na medida em que sejam compatíveis com o fim principal a que o bem está afetado, ou seja, desde que não impeçam nem prejudiquem o uso normal do bem. Seu exercício depende, em geral, de manifestação discricionária do poder público, podendo o ato de outorga ser a qualquer momento revogado, uma vez verificada a sua incompatibilidade com a

utilização normal. O título jurídico mais adequado para esse tipo de uso privativo é a **permissão de uso**, em virtude da discricionariedade e precariedade que a caracterizam.

O uso privativo normal, que incide, em geral, sobre bens afetados a essa forma de uso, como mercados e cemitérios, tem disciplina legal uniforme para todos os usuários, de modo que sua outorga se faz àqueles que preencham os requisitos legais, sendo a **concessão de uso** o título mais adequado.

16.6.2 Uso comum

Uso comum é o que se exerce, em igualdade de condições, por todos os membros da coletividade.

Trata-se, segundo Miguel S. Marienhoff (1955:62), “de um poder que pode ser exercido por todos os homens, por sua só condição de homens – *quivis de populo* – sem distinção entre nacionais e estrangeiros, e em cujo exercício o usuário permanece sempre anônimo, indeterminado, não individualizado”.

O uso comum tem, **em regra**, as seguintes características:

1. é aberto a todos ou a uma coletividade de pessoas, para ser exercido anonimamente, em igualdade de condições, sem necessidade de consentimento expresso e individualizado por parte da Administração;
2. é, em geral, gratuito, mas pode, excepcionalmente, ser remunerado; no direito brasileiro, o artigo 103 do Código Civil expressamente permite que o uso de bens públicos seja gratuito ou remunerado, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencem;
3. está sujeito ao poder de polícia do Estado, que compreende a **regulamentação** do uso, a **fiscalização** e a **aplicação de medidas coercitivas**, tudo com o duplo objetivo de **conservação da coisa pública** (coibindo e punindo qualquer espécie de ação danosa por parte dos administrados) e de **proteção do usuário** (garantindo-lhe a fruição do bem público de acordo com a sua destinação); no exercício desse encargo, que constitui verdadeiro poder-dever do Estado, a Administração não precisa necessariamente recorrer ao Poder Judiciário, pois dispõe de meios próprios de defesa do domínio público, que lhe permitem atuar diretamente; é o privilégio da Administração que José Cretella Júnior chama de **autotutela administrativa** (RDA 108/57).

O administrado, frente ao bem afetado ao uso comum do povo, pode estar em duas posições:

1. como membro da coletividade, participa do **interesse coletivo** na preservação do uso comum; mas esse interesse não tem a natureza de direito subjetivo, porque seus titulares não dispõem da faculdade de compelir quem o contraria a cessar a prática do ato danoso; eventualmente, o cidadão poderá propor ação popular desde que o dano decorra de ato da Administração, ou mesmo de omissão, quando esta deixe de exercer o seu poder de polícia, disso resultando prejuízo ao uso comum, causado pelo particular;
2. individualmente considerado, como usuário em concreto do bem de uso comum, o administrado pode ser titular de **direito subjetivo público**, defensável nas vias administrativa e judicial, quando sofrer cerceamento no livre exercício do uso comum, em decorrência de ato de terceiro ou da própria Administração. Tomando como exemplo a hipótese de fechamento de praias para utilização privativa, as pessoas que forem afetadas pelo ato de cerceamento serão titulares de verdadeiro direito subjetivo, tutelável por meio de ações judiciais, inclusive com vistas à indenização por perdas e danos. O direito do particular pode ser assegurado, também, por meio de mandado de segurança; o Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu que “todo aquele que satisfizer as exigências legítimas da Administração tem direito a utilizar-se dos bens de uso comum do povo e dos bens de uso especial destinados ao público. Indevidamente obstado nesse propósito, poderá recorrer às vias ordinárias para consegui-lo, sendo o mandado de segurança remédio hábil para a efetivação desse direito” (RDP 15/212).

O **uso comum** admite duas modalidades: o **uso comum ordinário** e o **uso comum extraordinário**.

Com efeito, existem determinados casos de utilização de bem público por particular que, por sua peculiaridade, dão margem a controvérsias quanto a sua inclusão em uma ou outra modalidade de uso (comum ou privativo), havendo quem os inclua em terceira categoria.

Trata-se de utilizações que não se exercem com **exclusividade** (não podendo, por isso, ser consideradas **privativas**), mas que dependem de determinados requisitos, como o pagamento de prestação pecuniária ou de manifestação de vontade da Administração, expressa por meio de ato de polícia, sob a forma de **licença** ou de **autorização**. O uso é exercido em comum (sem exclusividade), mas remunerado ou dependente de título jurídico expedido pelo Poder Público.

Tome-se como exemplo o caso de determinados tipos de veículos que, por serem de altura elevada ou peso excessivo, dependem, para circular nas estradas, de consentimento do Poder Público; ou ainda a hipótese de realização de desfiles, comícios, festejos, nas ruas e praças públicas, que também dependem de outorga

administrativa; finalmente, o exemplo das estradas abertas à circulação de todos, porém sujeitas a pagamento de pedágio.

Essas exigências constituem limitações ao exercício do direito de uso, impostas pela lei, com base no poder de polícia do Estado, sem desnaturar o uso comum e sem transformá-lo em uso privativo; uma vez cumpridas as imposições legais, ficam afastados os obstáculos que impediam a utilização. Tem-se, nesse caso, **uso comum** – já que a utilização é exercida sem o caráter de exclusividade que caracteriza o uso privativo – porém sujeito à remuneração ou ao consentimento da Administração. Essa modalidade é a que se denomina de **uso comum extraordinário**, acompanhando a terminologia de Diogo Freitas do Amaral (1972:108).

Parte ele do pressuposto de que o uso comum está sujeito a determinadas regras: a **generalidade** (porque pode ser exercido por todos); a **liberdade** (porque dispensa autorização); a **igualdade** (porque deve ser garantido a todos em igualdade de condições); e a **gratuidade** (porque dispensa pagamento de qualquer prestação pecuniária). Quando exercido em conformidade com essas regras, o uso comum é **ordinário**. Porém, cada uma dessas regras comporta exceções, subordinadas a regimes diversos; cada exceção corresponde a uma modalidade de **uso comum extraordinário**.

O **uso comum ordinário** é aberto a todos indistintamente, sem exigência de instrumento administrativo de outorga e sem retribuição de natureza pecuniária.

O **uso comum extraordinário** está sujeito a maiores restrições impostas pelo poder de polícia do Estado, ou porque limitado a determinada categoria de usuários, ou porque sujeito a remuneração, ou porque dependente de outorga administrativa.

16.6.3 Uso privativo

16.6.3.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Uso privativo, que alguns denominam de uso especial, é o que a Administração Pública confere, mediante título jurídico individual, a pessoa ou grupo de pessoas determinadas, para que o exerçam, com exclusividade, sobre parcela de bem público.

Pode ser outorgado a pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, pois nada impede que um ente público consinta que outro se utilize privativamente de bem público integrado em seu patrimônio.

O conteúdo do uso privativo é variável, podendo comportar faculdade de ocupação (como a instalação de bancas na calçada), poderes de transformação (construção de vestiários na praia) ou até poderes de disposição de uma parte da matéria (aproveitamento das águas públicas ou extração de areia).

Em qualquer hipótese, há duas características essenciais:

1. a **exclusividade** na utilização da parcela dominial, para a finalidade consentida;
2. a exigência de um **título jurídico individual**, pelo qual a Administração outorga o uso e estabelece as condições em que será exercido.

Esses títulos jurídicos individuais podem ser **públicos** ou **privados**. Os primeiros, obrigatórios para o uso privativo de bens de uso comum e de uso especial, são a **autorização**, a **permissão** e a **concessão** de uso. Os títulos privados, somente possíveis, em determinadas hipóteses previstas em lei, para os bens dominicais, abrangem a **locação**, o **arrendamento**, o **comodato**, a **enfiteuse**, a **concessão de direito real de uso**.

Desde que se atente para o sentido do vocábulo **precariedade**, pode-se acrescentá-la como terceira característica do uso privativo.

José Cretella Júnior (1972:106), a propósito do uso privativo, aponta dois sentidos que pode reunir o vocábulo precariedade:

- a) **revogável a qualquer tempo**, por iniciativa da Administração, com ou sem indenização, e, nesse caso, tanto as **permissões** como as **concessões** são sempre precárias;
- b) **outorga para utilização privativa do bem público sem prazo fixo**, revogável, pois, sem indenização.”

A precariedade que está presente em todas as modalidades de uso privativo corresponde àquele primeiro sentido, pois mesmo que a outorga seja feita por contrato, com prazo determinado, é possível a sua **revogação** por motivo de interesse público.

No segundo sentido, de outorga do uso privativo **sem prazo** estabelecido, somente a autorização e a permissão podem ser precárias. Nesse caso, a precariedade do uso encontra-se já na origem do ato de outorga; a Administração, ao consentir, por ato formal, a utilização privativa, já o faz com a nota da precariedade; o particular que recebe o consentimento já sabe que ele é dado a título precário, sem prazo estabelecido, e que por isso mesmo, pode ser retirado, a todo momento, pela Administração, sem direito a qualquer reparação pecuniária.

No caso de **uso privativo estável**, ou seja, **outorgado com prazo** estabelecido, a precariedade não existe no ato de outorga. A fixação do prazo cria para o particular uma expectativa de estabilidade, a justificar os maiores encargos que assumirá em decorrência do uso consentido; frustrada, pela revogação antecipada, essa expectativa que o poder público espontaneamente criou, tem o particular direito a compensação de natureza pecuniária.

A rigor, a autorização de uso e a permissão de uso são precárias, enquanto a concessão é estável. Na prática administrativa, tem-se admitido autorização e

permissão com prazo (sendo chamadas de **condicionadas** ou **qualificadas**), o que confere ao beneficiário a mesma estabilidade que decorre da concessão e, portanto, o mesmo direito à indenização, em caso de revogação do ato antes do prazo estabelecido. Confundem-se, nessas hipóteses, os institutos da autorização e permissão, de um lado, e a concessão, de outro.

16.6.3.2 INSTRUMENTOS ESTATAIS DE OUTORGA DE USO PRIVATIVO

Com relação aos instrumentos jurídicos de outorga do uso privativo ao particular, mais uma vez se torna relevante a distinção entre, de um lado, os bens de uso comum do povo e uso especial e, de outro, os bens dominicais, já que apenas estes últimos são coisas que estão no comércio jurídico de direito privado, sujeitos, portanto, a regime jurídico um pouco diverso quanto às formas de sua utilização.

Os bens das duas primeiras modalidades estão fora do comércio jurídico de direito privado, de modo que só podem ser objeto de relações jurídicas regidas pelo direito público; assim, para fins de uso privativo, os instrumentos possíveis são apenas a autorização, a permissão e a concessão de uso.

Trata-se de institutos sujeitos ao **regime jurídico de direito público**, com características próprias que decorrem da posição de supremacia da Administração sobre o particular. A sujeição a esse regime revela-se pela **constituição** do uso (por meio de ato administrativo ou contrato administrativo), pelo seu **exercício** (sujeito à fiscalização do poder público) e pela sua **extinção** (que se dá pelo **término do prazo**, pela **caducidade**, em caso de não utilização do bem; pela **rescisão** unilateral do contrato de concessão ou pela **revogação** unilateral da autorização e permissão).

Diversa é a situação dos bens dominicais, já que estes são coisas que estão no comércio jurídico de direito privado. Embora possam ser cedidos aos particulares por meio dos mesmos institutos de direito público já mencionados, também podem ser objeto de contratos regidos pelo Código Civil, como a locação, o arrendamento, o comodato, a concessão de direito real de uso, a enfiteuse.

16.6.3.3 AUTORIZAÇÃO, PERMISSÃO E CONCESSÃO

Autorização de uso é o ato administrativo unilateral e discricionário, pelo qual a Administração consente, a título precário, que o particular se utilize de bem público com exclusividade.

Como toda autorização administrativa, a de uso privativo é ato **unilateral**, porque não obstante outorgada mediante provocação do interessado, se perfaz com a exclusiva manifestação de vontade do Poder Público; **discricionário**, uma vez que o consentimento pode ser dado ou negado, segundo considerações

de oportunidade e conveniência, a cargo da Administração; **precário**, no sentido de que pode ser revogado a qualquer momento, quando o uso se tornar contrário ao interesse público. Pode ser **gratuita** ou **onerosa**.

A utilização não é conferida com vistas à utilidade pública, mas no interesse privado do utente. Aliás, essa é uma das características que distingue a autorização da permissão e da concessão.

Do fato de tratar-se de utilização exercida no interesse particular do beneficiário decorrem importantes efeitos:

1. a autorização reveste-se de maior precariedade do que a permissão e a concessão;
2. é outorgada, em geral, em caráter transitório;
3. confere menores poderes e garantias ao usuário;
4. dispensa licitação e autorização legislativa;
5. não cria para o usuário um **dever** de utilização, mas simples **faculdade**.

A autorização pode ser **simples** (sem prazo) e **qualificada** (com prazo).

O legislador brasileiro tem previsto a possibilidade de fixação de prazo, como ocorre com a derivação de águas, no interesse do particular, com fundamento no artigo 16 da Lei nº 9.433, de 8-1-97 (que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos), devendo a outorga ser feita por tempo não excedente a 35 anos.

No Município de São Paulo, a Lei Orgânica de 4-4-1990, no artigo 114, § 5º, apesar de imprimir natureza transitória à autorização, permite a fixação de prazo, até o máximo de 90 dias.

A fixação de prazo tira à autorização o caráter de precariedade, conferindo ao uso privativo certo grau de estabilidade; vincula a Administração à obediência do prazo e cria, para o particular, direito público subjetivo ao exercício da utilização até o termo final previamente fixado; em consequência, se razões de interesse público obrigarem à revogação extemporânea, ficará o poder público na contingência de ter de pagar indenização ao particular, para compensar o sacrifício de seu direito. Manifesta é a inconveniência de estipulação de prazo nas autorizações.

A autorização é da competência do órgão a quem incumbe a administração do bem e pode assumir, no Estado de São Paulo, consoante artigo 12 da Lei nº 10.177, de 30-12-98 (que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual), a forma de decreto, resolução, deliberação ou portaria, conforme a autoridade competente seja, respectivamente, o Chefe do Executivo, Secretário de Estado, órgão colegiado ou outras autoridades inferiores. A exigência de portaria para a autorização existe com relação ao município de São Paulo, com fundamento no artigo 114, § 5º, da respectiva lei orgânica, sendo, nesse caso, a forma exigida, qualquer que seja a autoridade expedidora do ato.

Permissão de uso é o ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta a utilização privativa de bem público, para fins de interesse público.²

O Decreto-lei nº 9.760/46, ao mencionar, no artigo 64, os institutos hábeis para outorga de utilização de bens imóveis da União, não previa a permissão de uso. Contudo, a Lei nº 9.636/98, no artigo 22, *caput*, estabelece que a permissão de uso poderá ser outorgada quando se tratar de utilização, a título precário, de áreas de domínio da União para a realização de eventos de curta duração, de natureza recreativa, esportiva, cultural, religiosa ou educacional. Além disso, o artigo 18, § 2º, da mesma Lei, ao tratar da cessão de uso de bens imóveis da União (v. item 16.6.3.4), prevê que, em caso de cessão de áreas específicas a Estados e Municípios, estes podem permitir o uso das mesmas por terceiros. Tal como disciplinado nesses dispositivos, o instituto enquadra-se no conceito de permissão de uso como ato unilateral e precário em que a utilização do bem público se faz para fins de interesse público.

A permissão pode recair sobre bens públicos de qualquer espécie.

Sendo ato precário, revela-se mais adequado nos chamados usos **anormais** em que a utilização privativa, embora conferida com vistas a fim de natureza pública, está em contraste com a afetação do bem ou com sua destinação principal. É o que ocorre, principalmente, nos casos de uso privativo incidente sobre bens de uso comum do povo. É precisamente esse contraste do uso privativo com a afetação que exige seja imprimida precariedade ao ato de outorga.

Aliás, o fato de tratar-se de bem destinado, por sua natureza ou destinação legal, ao uso coletivo, impede que o uso privativo seja **permitido** ou **autorizado** para fins de interesse exclusivo do particular; embora seja assegurada, com a permissão, determinada vantagem ao usuário, não auferida pela generalidade dos indivíduos, o uso por ele exercido deve proporcionar algum benefício de caráter geral. Por essa razão, também, embora o vocábulo *permissão* dê a ideia de faculdade que pode ser ou não exercida, na realidade o permissionário se **obriga** a utilizar o bem para o fim predeterminado, sob pena de, não o fazendo, ser-lhe retirada a permissão.

O que acaba de ser exposto permite ser estabelecida mais nítida comparação entre autorização e permissão de uso. Ambas têm a natureza de ato administrativo unilateral, discricionário e precário. Nas duas hipóteses, o uso pode ser gratuito ou oneroso, por tempo determinado (permissão ou autorização qualificada) ou indeterminado (permissão ou autorização simples).

² O legislador nem sempre observa as características dos institutos apontadas pela doutrina. Veja-se, por exemplo, que o Decreto nº 980, de 11-11-93, alterado pelo Decreto nº 4.528, de 18-12-02, prevê a utilização de imóveis residenciais de propriedade da União por meio do instituto da permissão de uso precário e por prazo indeterminado. O uso privativo, no caso, é feito no interesse privado do agente público, estando sujeito a cobrança da chamada *taxa* de uso.

Três diferenças podem ser assinaladas, em face do direito positivo brasileiro:

1. enquanto a autorização confere a faculdade de uso privativo no interesse privado do beneficiário, a permissão implica a utilização privativa para fins de interesse coletivo;
2. dessa primeira diferença decorre outra, relativa à **precariedade**. Esse traço existe em ambas as modalidades, contudo é mais acentuado na autorização, justamente pelas finalidades de interesse individual; no caso da permissão, que é dada por razões de predominante interesse público, é menor o contraste entre o interesse do permissionário e o do usuário do bem público;
3. a autorização, sendo dada no interesse do usuário, cria para este uma **faculdade** de uso, ao passo que a permissão, sendo conferida no interesse predominantemente público, **obriga** o usuário, sob pena de caducidade do uso consentido.

Quanto à fixação de prazo na permissão, vale a mesma observação já feita para a autorização. Ao outorgar permissão **qualificada** ou **condicionada** de uso, a Administração tem que ter em vista que a fixação de prazo reduz a precariedade do ato, constituindo, em consequência, uma autolimitação ao seu poder de revogá-lo, o que somente será possível quando a utilização se tornar incompatível com a afetação do bem ou se revelar contrária ao interesse coletivo, sujeitando, em qualquer hipótese, a Fazenda Pública a compensar pecuniariamente o permissionário pelo sacrifício de seu direito antes do termo estabelecido.

A permissão qualificada é dotada da mesma estabilidade de que se reveste a concessão de uso, pois no ato de outorga não haverá o traço da precariedade; os dois institutos, nesse caso, se assemelham, no sentido de que o permissionário adquire, da mesma forma que o concessionário, direito subjetivo à indenização em caso de revogação, antes do prazo determinado. A diferença entre os dois institutos estará apenas na formação do ato, pois a permissão se constitui por ato unilateral e, a concessão, por contrato precedido de autorização legislativa e **licitação**. Quanto aos efeitos, não existe diferença porque em um e outro caso surgem obrigações recíprocas para ambas as partes: para o usuário, a obrigação de utilizar a coisa de acordo com as condições estabelecidas no ato de outorga e, para a Administração, a obrigação de respeitar o uso objeto da permissão qualificada por todo tempo previamente delimitado. Além disso, na concessão, é comum a outorga de maiores poderes de natureza pública ao concessionário. O que não é viável é utilizar-se a permissão, quando seria caso de concessão, apenas para burlar a exigência de autorização legislativa e licitação, não cabível na permissão.

Com referência à **competência** para permissão de uso, aqui no Estado de São Paulo cabe ao Governador, por meio de decreto, com base no artigo 19, V, da Constituição Estadual, combinado com artigo 12, inciso I, a, da Lei nº 10.177/98.

Quanto à licitação, não é, em regra, necessária, a não ser que leis específicas sobre determinadas matérias o exijam, como ocorre no caso da permissão para instalação de bancas nas feiras livres. É verdade que a Lei nº 8.666/93, no artigo 2º, inclui a permissão entre os ajustes que, quando contratados com terceiros, serão necessariamente precedidos de licitação. Tem-se, no entanto, que entender a norma em seus devidos termos. Em primeiro lugar, deve-se atentar para o fato de que a Constituição Federal, no artigo 175, parágrafo único, I, refere-se a **permissão de serviço público** como **contrato**; talvez por isso se justifique a norma do artigo 2º da Lei nº 8.666/93. Em segundo lugar, deve-se considerar também que este dispositivo, ao mencionar os vários tipos de ajustes em que a licitação é obrigatória, acrescenta a expressão *quando contratados com terceiros*, o que faz supor a existência de um **contrato**. Além disso, a permissão de uso, embora seja **ato unilateral**, portanto excluído da abrangência do artigo 2º, às vezes assume a forma contratual, com características iguais ou semelhantes à concessão de uso; é o que ocorre na **permissão qualificada**, com prazo estabelecido. Neste caso, a licitação torna-se obrigatória. A Lei nº 8.666/93 parece ter em vista precisamente essa situação quando, no artigo 2º, parágrafo único, define o contrato como “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, **seja qual for a denominação utilizada**”. Quer dizer: ainda que se fale em **permissão**, a licitação será obrigatória se a ela for dada a forma contratual, sendo dispensada a licitação na hipótese do art. 17, I, f, da Lei nº 8.666/93, alterada pela Lei nº 11.481, de 31-5-07 (“alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública”).

Em havendo mais de um interessado na permissão, sem possibilidade de atender a todos, a Administração deve adotar algum procedimento para escolha do beneficiário, baseado em critérios objetivos que assegurem igualdade de oportunidade, sem ter necessariamente que adotar o procedimento de licitação previsto na Lei nº 8.666/93.

Concessão de uso é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública 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 realizado *intuitu personae*.

A concessão é o instituto empregado, preferentemente à permissão, nos casos em que a utilização do bem público objetiva 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 prou-

gados, que assegurem um mínimo de estabilidade no exercício de suas atividades. Em consequência, a forma mais adequada é a contratual, que permite, mediante acordo de vontades entre concedente e concessionário, estabelecer o equilíbrio econômico do contrato e fixar as condições em que o uso se exercerá, entre as quais a finalidade, o prazo, a remuneração, a fiscalização, as sanções. A fixação de prazo, além de ser uma garantia para o concessionário, sem a qual ele não aceitaria a concessão, é exigência legal que decorre da Lei nº 8.666, de 21-6-93, cujo artigo 57, § 3º, veda contrato com prazo indeterminado.

Elemento fundamental na concessão de uso é o relativo à finalidade. Ficou expresso no seu conceito que o uso tem que ser feito de acordo com a **destinação do bem**. No caso de bens destinados à utilização privativa, o uso tem que atender a essa destinação; é o caso, por exemplo, de 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. Isto porque, em decorrência da concessão, a parcela de 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 exercer terá que ser compatível com a destinação principal do bem ou atender a outro fim de interesse coletivo.

A concessão exige licitação, nos termos do artigo 2º da Lei nº 8.666/93, que silencia quanto à modalidade a ser utilizada, ao contrário do Decreto-lei nº 2.300/86, que exigia concorrência. Talvez o silêncio do legislador se justifique pela norma do artigo 121, parágrafo único, segundo a qual os contratos relativos a imóveis do patrimônio da União continuam a reger-se pelas disposições do Decreto-lei nº 9.760, de 5-9-46, com alterações posteriores. Só que, além de esse decreto-lei não cuidar da concessão de uso e sim da **cessão de uso** (que é uma das modalidades de concessão), ainda há o fato de que ele é de aplicação restrita à União. Isto permite concluir que a matéria não foi considerada **norma geral**, podendo Estados e Municípios seguir suas próprias leis a respeito do assunto. No silêncio dessas leis, melhor aplicar, por analogia, o critério do valor estabelecido pelo artigo 23, II, da Lei nº 8.666/93.

A concessão pode ser das seguintes **modalidades** (cf. Raimundo Nonato Fernandes, in *RDA* 118/1-11):

1. 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, o autor indica as concessões de minas, de águas e de campo de algas; e, da segunda, as relativas a áreas de dependências de aeroportos, ocupação da via pública, sepultura e outras;
2. **temporária** (como a concessão de águas e a maioria das utilizações privativas) ou **perpétua** (como a de sepultura);
3. **remunerada** ou **gratuita**;
4. de **utilidade pública** (como a que é acessória de uma concessão de serviço público) ou de **utilidade privada** (como a de sepultura, a de derivação de águas para irrigação, de exploração de campo de algas e de minas, a de concessão especial para fins de moradia).

A concessão especial para fins de moradia foi prevista e disciplinada na Medida Provisória nº 2.220, de 4-9-01, para dar cumprimento ao artigo 183, § 1º, da Constituição.³ Com relação aos imóveis de propriedade da União, a aplicação para fins de concessão de uso especial prevista na referida medida provisória está prevista no artigo 22-A da Lei nº 9.636, de 15-5-98, acrescentado pela Lei nº 11.481, de 31-5-07.

Pode-se, falar, ainda, em **concessão autônoma** ou **acessória**, conforme seja ou não conjugada com uma concessão de serviço público; na acessória, o concessionário só pretende o bem como condição material da montagem de um serviço público, como se verifica na concessão da 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.

No caso de concessão de uso conjugada com concessão de serviço público, muita discussão se travou a respeito da possibilidade ou não de ser instituída taxa ou preço público pelo uso e ocupação do solo por concessionária de serviço público. Esse assunto foi tratado no livro *Uso privativo de bem público por particular* (Di Pietro, Atlas, 2010, p. 67-78 e 279-303), onde foi defendida a tese da impossibilidade dessa cobrança. Ali ficou demonstrado que o STJ vem adotando o mesmo entendimento, agora também encampado pelo STF.⁴

³ Sobre o tema, v. comentário que escrevemos na obra organizada por Adilson Abreu Dallari: *Estaduto da Cidade, comentários à Lei Federal 10.257*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 152-170.

⁴ Acórdãos do STJ: Recurso Ordinário em MS nº 12.081-SE (2000/0053957-9); Recurso Ordinário em MS nº 11.412-SE (1999/0113894-9); REsp 863.577-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j.

16.6.3.4 USO PRIVATIVO DE BENS IMÓVEIS DA UNIÃO

O uso privativo de bens imóveis da União está disciplinado por legislação específica, contida no Decreto-lei nº 9.760, de 5-9-46, com alterações posteriores.⁵ Essa legislação, que é de aplicação restrita à esfera federal, relaciona, no artigo 1º, os bens imóveis da União, rol esse ampliado pelo artigo 20 da Constituição Federal. No título II, o Decreto-lei trata das modalidades de uso privativo, abrangendo, entre os títulos jurídicos de outorga, a locação, o arrendamento, a enfiteuse e a cessão de uso. Os três primeiros seriam institutos de direito privado; pelo menos têm paralelo no Código Civil. No entanto, não se sujeitam às normas desse Código e sim às do referido Decreto-lei e alterações posteriores.

O emprego de institutos do direito privativo para transferência de uso privativo somente é possível, em tese, no caso de bens dominicais, já que estes estão dentro do comércio jurídico de direito privado. Embora possam ser cedidos aos particulares por meio de autorização, permissão ou concessão, também podem ser objeto de contratos regidos pelo Código Civil ou leis esparsas, a exemplo do que ocorre nos casos de locação, arrendamento, comodato, concessão de direito real de uso e enfiteuse (sobre o tema, v. Maria Sylvia Z. Di Pietro, 1989).

Nesse caso, como em todos aqueles em que a Administração se utiliza do direito privado, este sofre **desvios**, derrogações necessárias para adaptar o instituto às peculiaridades da Administração. Às vezes esses desvios são tão grandes que desnaturam o instituto, dando-lhe conotação publicística, como ocorre com a locação, o arrendamento e a enfiteuse de bens imóveis da União, subordinada ao regime instituído pelo Decreto-lei nº 9.760, de 5-9-46 (arts. 86 a 98) e não sujeita “a disposições de outras leis concernentes à locação”.

Isto ocorre porque a aplicação pura e simples de contratos de Direito Civil aos bens patrimoniais disponíveis implica renúncia, por parte do Estado, à sua situação de supremacia sobre o particular e, em consequência, à possibilidade de sujeitá-lo às chamadas cláusulas exorbitantes, admitidas nos contratos administrativos, a fim de assegurar o melhor atendimento do interesse público. No contrato de direito privado, as partes colocam-se em igualdade de posições, não podendo o Estado alterá-lo ou rescindi-lo unilateralmente por motivo de mérito.

O que se verifica é que, enquanto a utilização privativa dos bens de uso comum do povo e dos bens de uso especial só pode ser consentida por títulos de direito público (autorização, permissão e concessão), a utilização dos bens dominicais pode ser outorgada quer por instrumentos públicos como os assinalados, quer por institutos de Direito Civil, aplicados com observância de derrogações impostas por normas publicísticas, que asseguram à pessoa jurídica de direito público a sua posição de

em 10-8-10. Acórdão do STF: RE 581947/RO, Relator Min. Eros Grau, j. 27-5-10, Tribunal Pleno, DJe-159.

⁵ Especialmente as Leis nºs 9.636, de 15-5-98, e 11.481, de 31-5-07.

supremacia com a possibilidade de rescindir, a qualquer momento, o acordo, quando motivos de mérito determinem a subtração do bem ao comércio jurídico privado, para sua afetação a fim de interesse público.

Os institutos de direito público são empregados quando a utilização tem finalidade predominantemente pública, ou seja, quando se destina ao exercício de atividades de interesse geral, como ocorre na concessão de uso de águas para fins de abastecimento da população; ao contrário, os institutos de direito privado são aplicados quando a utilização tem por finalidade direta e imediata atender ao interesse privado do particular, como ocorre na locação para fins residenciais e no arrendamento para exploração agrícola. Nesses casos, o interesse público é apenas indireto, assegurando a obtenção de renda ao Estado e permitindo a adequada exploração do patrimônio público, no interesse de todos.

Merece realce o **contrato de locação**, que é disciplinado, no que se refere aos bens imóveis da União, pelo Decreto-lei nº 9.760, de 5-9-46. O artigo 86 permite que os bens não utilizados em serviço público (portanto bens dominicais) sejam alugados:

- a) para residência de autoridades federais ou de outros servidores da União, no interesse do serviço público;
- b) para residência de servidor da União, em caráter voluntário;
- c) por quaisquer interessados.

O artigo 87 determina que a locação “se fará mediante contrato, **não ficando sujeita a disposições de outras leis concernentes à locação**”.

Dentre as normas estabelecidas, há de se ressaltar a do artigo 89, que prevê as hipóteses da rescisão, incluindo, entre elas, a do imóvel tornar-se necessário ao serviço público; isto se fará por ato administrativo da União (autoexecutório), sem que esta fique obrigada a pagar ao locatário indenização de qualquer espécie, excetuada a que se refira a benfeitorias necessárias. Além disso, se o locatário sublocar o imóvel ou deixar de pagar os aluguéis nos prazos estipulados, dar-se-á **rescisão de pleno direito, imitando-se a União sumariamente na posse da coisa locada**.

Embora apresente pontos de contato com a **concessão de uso**, a locação dela se distingue pela finalidade. A concessão tem por objeto o uso privativo de bem público para fins de utilidade pública; por ela, o concessionário vai exercer, sobre o bem, algum tipo de atividade de interesse público. A locação tem por objeto também o uso de bem público, mas para proveito exclusivo do locatário, que dele se utilizará para fins residenciais. O interesse público, no caso, é apenas indireto, na medida em que, explorando os bens de seu patrimônio privado, o poder público estará produzindo renda para os cofres públicos.

Além disso, na locação, o poder público transfere apenas o uso e gozo da coisa, enquanto na concessão pode haver transferência de poderes públicos ao

concessionário, em especial nos casos em que a concessão de uso se apresenta como instrumento acessório da concessão de serviço público. Acresce que, tendo uma finalidade pública, a outorga admite prazos mais prolongados, ao contrário da locação, destinada a fins residenciais, em que os prazos não devem ser prolongados.

Atualmente, a utilização de imóveis residenciais de propriedade da União por agentes políticos e servidores públicos federais, está disciplinada pelo Decreto nº 980, de 11-11-93, alterado pelo Decreto nº 4.528, de 18-12-02; nesse caso, a utilização far-se-á por “**permissão de uso**, em caráter precário e por prazo indeterminado” (art. 1º, *caput*); a utilização não é gratuita, porque sujeita ao pagamento de **taxa mensal de uso**, correspondente a um milésimo do valor do imóvel, nos termos do artigo 16 da Lei nº 8.025, de 12-4-90, com a redação dada pela Lei nº 11.490, de 20-6-07. Note-se que, nesse caso, a permissão é dada no interesse privado do permissionário.

O **arrendamento** foi previsto no Decreto-lei nº 9.760/46 como modalidade de locação, na hipótese em que a utilização objetiva a exploração de frutos ou a prestação de serviços (arts. 64, § 1º, e 96). Seu prazo máximo é de 20 anos, salvo em casos especiais expressamente determinados em lei (art. 96, parágrafo único, com a redação dada pela Lei nº 11.314, de 3-7-06), sendo assegurada preferência aos Estados e Municípios (art. 97).

O **aforamento** ou **enfiteuse** também foi previsto no Decreto-lei nº 9.760/46 como forma de utilização de bens da União, com algumas derrogações ao direito privado. Há uma tendência para extinguir-se esse instituto, quer no direito privado quer no direito público, o que se confirma com o Código Civil de 2002, que não mais prevê o instituto, e com a norma do artigo 49 das Disposições Transitórias da Constituição, que faculta aos foreiros, no caso de sua extinção, a remição dos aforamentos mediante aquisição do domínio direto, na conformidade do que dispuserem os respectivos contratos. No entanto, o § 3º determina que “a enfiteuse continuará sendo aplicada aos terrenos de marinha e seus acrescidos, situados na faixa de segurança, a partir da orla marítima” (sobre aforamento, v. Lei nº 9.636, de 15-5-98, alterada pela Lei nº 11.481, de 31-5-07).

O Código Civil de 2002 não mais previu a enfiteuse. No artigo 1.225, que dá o elenco dos direitos reais, não consta essa modalidade, que foi substituída pelo direito de superfície. Nas disposições finais e transitórias, o artigo 2.038 expressamente proíbe a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior e leis posteriores. O § 1º proíbe que nos aforamentos a que se refere esse artigo seja cobrado laudêmio ou prestação análoga nas transmissões de bem aforado, sobre o valor das construções ou plantações, e que se constitua subenfiteuse. Pelo § 2º, “a enfiteuse dos terrenos de marinha e acrescidos regula-se por lei especial”, a saber, o Decreto-lei nº 9.760/46 e a Lei nº 9.636/98.

Esses dois diplomas continuam disciplinando a enfiteuse como forma de utilização de imóveis da União e, portanto, não apenas sobre terrenos de marinha e seus acrescidos.

Como os mesmos somente se aplicam aos imóveis da União, os Estados e Municípios que eventualmente tenham constituído enfiteuse sobre imóveis de seu domínio certamente se sujeitaram às normas do Código Civil de 1916.

Diante dessas disposições constitucionais e legais, persistem ainda duas hipóteses de enfiteuse: (a) a constituída sob a égide do Código Civil de 1916 e que continuará a existir enquanto não ocorrer uma das causas possíveis de extinção; (b) a que incide sobre os imóveis públicos da União, regida pelo Decreto-lei nº 9.760/46 e pela Lei nº 9.636/98.

Existem algumas diferenças entre as duas modalidades, já que a primeira se constitui como instituto do direito privado, e a segunda, como instituto do direito público.

As enfiteuses constituídas na vigência do Código Civil de 1916 apresentam as seguintes características: (a) têm natureza de direito real, em que o titular (foreiro ou enfiteuta) recebe o *domínio útil*, com os poderes de usar, gozar e reivindicar a coisa, bem como alienar seus direitos a outrem, independentemente de anuência do proprietário; (b) o senhorio conserva o domínio direto com direito ao *foro* (contraprestação devida pelo enfiteuta), ao *laudêmio* (importância devida pelo foreiro em caso de transferência do domínio útil a terceiros e em caso de resgate) e à *preferência* no caso de alienação do domínio útil; (c) extingue-se pela deterioração do prédio aforado, pelo comisso (penalidade em caso de não pagamento do foro por três anos consecutivos) e pelo falecimento do enfiteuta, sem herdeiros; (d) admite o resgate, ou seja, a prerrogativa concedida ao foreiro de adquirir, compulsoriamente, o domínio direto, depois de dez anos de constituída a enfiteuse, mediante o pagamento de dez pensões e um laudêmio (Lei nº 5.827, de 23-11-72); (e) é perpétua, sendo considerada como arrendamento se for estabelecida por prazo determinado; (f) só pode ter por objeto terras não cultivadas ou terrenos que se destinem à edificação.

Quando aplicável a imóveis da União, a enfiteuse tem também a natureza de *direito real*, porém de *direito real de natureza pública*, já que não se submete a normas do Código Civil, mas a legislação própria pertinente aos bens públicos da União. Embora tenha algumas características que a aproximam de igual instituto do direito privado, já que implica bifurcação da propriedade em *domínio direto* (que pertence à União) e *domínio útil* (que pertence ao foreiro ou enfiteuta), apresenta algumas peculiaridades próprias do regime jurídico de direito público, concernentes à competência, remição, caducidade com ou sem revigoração do aforamento e formalidades:

- a) a utilização do terreno sob regime de aforamento depende de prévia autorização do Presidente da República, salvo se já permitida em expressa disposição legal (art. 99 do Decreto-lei nº 9.760/46);

- b) os terrenos aforados ficam sujeitos ao pagamento anual de uma importância chamada **foro**, no valor de 0,6% do valor do respectivo domínio pleno, que será anualmente atualizado (art. 101 do Decreto-lei nº 9.760/46); o não pagamento do foro por três anos consecutivos ou quatro intercalados importa a **caducidade** do aforamento, sendo permitida a revigoração, mediante pagamento dos foros em atraso (arts. 118 e 119); a revigoração pode ser indeferida se a União necessitar do imóvel para o serviço público (art. 120);
- c) a transferência onerosa, por ato *inter vivos*, do domínio útil ou de direitos sobre as benfeitorias, bem como a cessão de direitos a eles relativos, ficam sujeitas ao pagamento do **ladêmio**, no valor de 5% do valor atualizado do domínio pleno e das benfeitorias (art. 3º do Decreto-lei nº 2.398, de 21-12-87);
- d) a extinção do aforamento dar-se-á, conforme artigo 103 do Decreto-lei nº 9.760/46: por **inadimplemento** de cláusula contratual; por **acordo** entre as partes; pela **remição**, a critério do Presidente da República, por proposta do Ministério da Fazenda, nas zonas onde não mais subsistam os motivos determinantes da aplicação do regime enfiteutico; pela **caducidade**, decorrente do não pagamento do foro durante três anos consecutivos ou quatro intercalados (art. 101, parágrafo único, com a redação dada pela Lei nº 9.636/98), sem que haja revigoração do aforamento (art. 121); pelo **abandono do imóvel**, caracterizado pela ocupação, por mais de cinco anos, sem contestação, de assentamentos informais de baixa renda, retornando o domínio útil à União; por **interesse público**, mediante prévia indenização.
- e) a **remição** (e não remissão, como consta do Decreto-lei nº 9.760/46) ou **resgate** não constitui *direito* do foreiro, uma vez que o artigo 103, § 2º, do Decreto-lei a prevê como faculdade a ser exercida, a critério do Presidente da República e por proposta do Ministério da Fazenda, nas zonas onde não mais subsistam os motivos determinantes da aplicação do regime enfiteutico;
- f) a **caducidade**, por não pagamento do foro ou pensão durante três anos, que extingiria obrigatoriamente o aforamento (por *comisso*), segundo o artigo 692 do Código Civil de 1916, não tem a mesma amplitude no Decreto-lei nº 9.760/46, tendo em vista que, pelo artigo 103, § 1º, combinado com os artigos 118 e 119, o foreiro tem direito à *revigoração* do aforamento, e não mera faculdade, se solicitá-la no prazo de 90 dias depois de notificado da caducidade da enfiteuse, pagando os foros em atraso. Conforme determina o artigo 120, a União só poderá negar a revigoração se necessitar do terreno para serviço público ou, quanto às terras de que trata o artigo 65 (revogado), quando as mesmas estiverem sendo utilizadas apropriadamente; neste caso, a União terá que indenizar o foreiro pelas benfeitorias porventura existentes;

- g) o aforamento depende de leilão ou concorrência pública, respeitado, como preço mínimo, o valor de mercado do respectivo domínio útil, estabelecido em avaliação de precisão, realizada, especificamente para esse fim, pelo Serviço de Patrimônio da União ou, sempre que necessário, pela Caixa Econômica Federal, com validade de seis meses a contar da data de sua publicação (art. 12 da Lei nº 9.636/98);
- h) na concessão do aforamento será dada preferência a quem, em 15-2-97, já ocupava o imóvel há mais de um ano e esteja, até a data da formalização do contrato de alienação do domínio útil, regularmente inscrito como ocupante e em dia com suas obrigações (art. 13 da referida lei); o pagamento poderá ser feito em até 120 prestações mensais e consecutivas, devidamente atualizadas, observando-se que o término do parcelamento não poderá ultrapassar a data em que o ocupante completar 80 anos de idade (art. 14).

A **cessão** é instituto típico do direito público, instituído pelo artigo 64 do Decreto-lei nº 9.760/46, para as hipóteses em que interesse à União concretizar, com a permissão da utilização gratuita de imóvel seu, auxílio ou colaboração que entenda prestar. Era disciplinada pelos artigos 125 e 126 do referido Decreto-lei e pelo Decreto-lei nº 178, de 16-2-67. Tais dispositivos não estão mais em vigor, aplicando-se as normas contidas nos artigos 18 a 21 da Lei nº 9.636/98.

Por essa lei, verifica-se que existem dois tipos de cessão de uso de bens imóveis da União:

- a) a prevista no artigo 64 (ainda vigente) do Decreto-lei nº 9.760/46 e repetida no artigo 18, *caput*, da Lei nº 9.636, que se faz sempre gratuitamente, a Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades sem fins lucrativos das áreas de educação, cultura, assistência social ou saúde (art. 18, I), bem como a pessoas físicas ou jurídicas, que desempenhem atividade de interesse público ou social de interesse nacional, sem fins lucrativos (art. 18, II); nessa hipótese, a outorga se faz mediante cessão de uso, pura e simplesmente;
- b) a prevista no artigo 18, *caput*, da Lei nº 9.636/98, com a redação dada pela Lei nº 11.481, de 31-5-07, que se faz em condições especiais, sob qualquer dos regimes previstos no Decreto-lei nº 9.760/46 (locação, arrendamento ou enfiteuse) ou sob o regime de concessão de direito real de uso resolúvel, previsto no artigo 7º do Decreto-lei nº 271, de 28-2-67, podendo, neste caso, incidir inclusive sobre terrenos de marinha (art. 18, § 1º); os beneficiários, no caso, são pessoas físicas ou jurídicas, que utilizem o bem para fins de *aproveitamento econômico de interesse nacional*; nesse caso, a cessão será onerosa, já que destinada à execução de empreendimento de fim lucrativo, devendo ser observados os procedimentos licitatórios previstos em lei, se houver condições de

competitividade (art. 18, § 5º); entende-se que a lei aí referida é a de nº 8.666, de 21-6-93; nessa segunda hipótese, embora a lei fale em cessão de uso, a outorga se faz mediante locação, arrendamento, enfiteuse ou concessão de direito real de uso.

Pelo § 2º do artigo 18, também será utilizada a cessão de uso como modalidade adequada quando se tratar de espaço aéreo sobre bens públicos, espaço físico em águas públicas, áreas de álveo de lagos, rios e quaisquer correntes d'água, de vazantes, da plataforma continental e de outros bens de domínio da União, insuscetíveis de transferência de direitos reais a terceiros. Como o objetivo do legislador é o de obstar a outorga, a terceiros, de direitos reais sobre esses bens, resulta claro que a cessão só pode ser por locação ou arrendamento, que têm a natureza de direitos obrigacionais.

A competência para autorizar a cessão é do Presidente da República (que pode delegá-la ao Ministro da Fazenda, sendo admitida a subdelegação, conforme §§ 3º e 4º do art. 18). A cessão se formaliza “mediante termo ou contrato, do qual constarão expressamente as condições estabelecidas, entre as quais a finalidade da sua realização e o prazo para seu cumprimento e tornar-se-á nula, independentemente de ato especial, se ao imóvel, no todo ou em parte, vier a ser dada aplicação diversa da prevista no ato autorizativo e consequente termo ou contrato” (art. 18, § 3º).

Quanto à licitação, é prevista apenas quando o cessionário utilizar o bem imóvel da União para realizar empreendimento de fins lucrativos e desde que haja possibilidade de competição (art. 18, § 5º). No entanto, a licitação é dispensável, nos termos do § 6º (acrescentado ao art. 18 pela Lei nº 11.481/07), quando se tratar de: “I – bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas de provisão habitacional ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; II – bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250m², inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública e cuja ocupação se tenha consolidado até 27.4.2006”.

A cessão pode ser assim caracterizada: é ato de outorga de **uso privativo** de imóvel do patrimônio da União; essa outorga, depois de autorizada por decreto do Presidente da República, se faz mediante termo ou contrato, no qual se especificam as condições em que o uso se exercerá; o uso é gratuito, devendo ser oneroso quando destinado à execução de empreendimento de fim lucrativo; podem ser cessionários os Estados, os Municípios, entidades educacionais, culturais ou de finalidades sociais, bem como os particulares (pessoas físicas ou jurídicas), nesta última hipótese quando se tratar de aproveitamento econômico de interesse nacional; torna-se nula em caso de utilização em desacordo com as condições estabelecidas. Além disso, a cessão se faz sempre por prazo determinado, conforme estabelece o § 3º do artigo 18 da Lei nº 9.636/98.

Em conformidade com o artigo 19, com a redação dada pela Lei nº 11.481/07, o ato autorizativo da cessão poderá conceder vários direitos ao cessionário, como a alienação do domínio útil ou de direitos reais de uso de frações do terreno, para fins de obtenção de recursos, a hipoteca do domínio útil ou de direitos reais de uso, a locação ou arrendamento de partes do imóvel cedido e benfeitorias, isenção do pagamento de foro e de laudêmio, prazo de carência para início de pagamento das retribuições devidas, nas hipóteses que especifica, cessão gratuita de direitos enfiteúticos relativos a frações cedidos quando se tratar de regularização fundiária ou provisão habitacional para famílias carentes ou de baixa renda. Além disso, o artigo 22, § 2º, prevê a possibilidade de os Estados e Municípios aos quais sejam cedidas áreas da União sob o regime de cessão, autorizarem a *permissão de uso* a terceiros.

Como se verifica por esse dispositivo, o cessionário não fica obrigado a utilizar o bem com exclusividade, podendo, em relação ao mesmo, praticar atos, inclusive cessão de uso a terceiros, sempre com o objetivo de garantir adequada utilização do imóvel.

A **concessão de direito real de uso**, outro instrumento de utilização de bem público dominical por particular, foi instituída pelos artigos 7º e 8º do Decreto-lei nº 271, de 28-2-67, que, com as alterações introduzidas pela Lei nº 11.481/07, dispõe sobre o loteamento urbano, responsabilidade do loteador, concessão de uso do espaço aéreo e dá outras providências.

Segundo o artigo 17, § 2º, da Lei nº 8.666, de 21-6-93, “a Administração poderá conceder direito real de uso de bens imóveis, dispensada a licitação quando o uso se destina a outro órgão ou entidade da Administração Pública”, assim consideradas todas as incluídas no conceito do artigo 6º, XI, da mesma lei. As Leis nºs 8.883, de 8-6-94, e 11.481, de 31-5-07, introduziram outras hipóteses de dispensa de licitação no artigo 17, inciso I, **f** e **h**, respectivamente, dentre elas a concessão de direito real de uso de imóveis inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos da Administração Pública.

Esse instituto não é específico do direito público, podendo ser utilizado também por particulares, como está expresso nos artigos 7º e 8º do Decreto-lei nº 271/67. Além disso, não abrange apenas o uso da terra, podendo ter por objeto o uso do espaço aéreo sobre a superfície de terrenos públicos ou particulares, nos mesmos termos e para os mesmos fins impostos para a concessão de uso de terras.

Caracteriza-se por ser direito real resolúvel, que se constitui por instrumento público ou particular; ou por simples termo administrativo, sendo inscrito e cancelado em livro especial (art. 7º, § 1º); pode ser remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado; a sua finalidade só pode ser a que vem expressa no artigo 7º, *caput* (com a redação dada pela Lei nº 11.481/07), a saber: regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades

tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas.

A **permissão de uso** é prevista na Lei nº 9.636, de 15-5-98, para utilização, a título precário, de áreas de domínio da União para realização de eventos de curta duração, de natureza recreativa, esportiva, cultural, religiosa ou educacional (art. 22).

16.6.3.5 TUTELA DO USO PRIVATIVO

A pessoa beneficiada com o uso privativo de bem público pode ser perturbada por atos de terceiros ou da própria Administração.

No caso de ser perturbado por terceiros, no exercício de seus direitos, o usuário pode recorrer à Administração para que esta adote as medidas de polícia administrativa cabíveis para pôr fim aos atos lesivos, ou pode recorrer ao Judiciário pleiteando a proteção do uso, com indenização por perdas e danos.

Quando a perturbação decorre da própria Administração que conferiu o uso privativo, há que se distinguir se ela o faz legítima ou ilegitimamente. Com efeito, às vezes, a Administração deixa de cumprir disposições legais que seriam aplicáveis à hipótese ou mesmo as cláusulas do ato constitutivo, ou, ainda, decreta a extinção do ato praticado com desvio de poder ou outra ilegalidade quanto à competência, à forma, ao procedimento. Nesses casos, a tutela do uso privativo pode ser exercida, não só na via administrativa, como também na judicial, opondo-se o usuário à revogação ilegítima, pois, no direito brasileiro, nenhuma lesão a direito pode ser subtraída à apreciação judicial (art. 5º, XXXV, da Constituição).

O que não existe, em qualquer das três modalidades de uso privativo – autorizado, permitido ou concedido – é a possibilidade de opor-se, o usuário, à revogação legítima do ato, quando a utilização revelar-se contrária ao interesse público. Trata-se de aplicação do princípio da predominância do interesse público sobre o particular. As consequências, para a Administração, serão diversas, conforme se trate de uso outorgado **sem prazo** ou **com prazo estabelecido**. No primeiro caso, o particular não tem um direito público subjetivo oponível à Administração, que pode revogar o ato independentemente de qualquer compensação pecuniária. No segundo caso, a Administração obriga-se a não perturbar o uso por determinado período de tempo; ela assegura ao usuário um direito público subjetivo que, se extinto antes do prazo, deve ser compensado pecuniariamente.

A questão mais complexa que envolve o tema da tutela do uso privativo é a que diz respeito à possibilidade de emprego de ações possessórias. Alguns admitem, outros rejeitam essa possibilidade.

A principal objeção levantada pelos autores é o fato de estarem os bens públicos fora do comércio jurídico.

Evidentemente, sendo essa a objeção, não se aplica aos bens dominicais, já que estes estão no comércio jurídico, podendo ser objeto de relações jurídicas regidas pelo direito privado, inclusive a posse.

Diversa é a situação dos bens de uso comum do povo e de uso especial, que são coisas *extra commercium*.

Contudo, esse fato, por si, não impede o emprego de **ação possessória**, pois, como ensina Carvalho Santos (1944, v. 2:157-159), “seria deslocar a questão encará-la no sentido de não admitir qualquer posse para os bens que se acham fora do comércio. Pelo menos seria confundi-la, diante da nossa legislação, certo como é que, pela nossa legislação, são bens fora do comércio não somente os insuscetíveis de apropriação, mas igualmente aqueles que como tal forem considerados pela lei. Somente quanto aos primeiros é que se poderá dizer que são insuscetíveis de posse, mas não quanto aos segundos, porque a determinação da lei não pode ter a virtude de alterar a substância da coisa, tornando-a inapta a qualquer ato de posse. Os bens, por exemplo, gravados com a cláusula de inalienabilidade são, sem dúvida, bens considerados como fora do comércio e, no entretanto, estão e continuam a estar na posse de seu proprietário ou de outrem que sobre eles tenha adquirido qualquer direito que lhes confira a posse, como, por exemplo, se forem alugados”.

Especificamente quanto aos bens de uso comum do povo, diz ele que “a regra é esta: a posse não é excluída senão para as coisas fora do comércio, de sorte que a ação possessória não é repudiada e afastada senão na medida mesma desta exceção, vale dizer, tão somente enquanto entra em conflito e põe em dúvida a destinação da propriedade pública; nos limites em que é compatível com essa destinação, a ação possessória tem cabimento”. Se assim não fosse, não poderia o Estado defender os bens públicos contra terceiros, utilizando esse procedimento. A extracomercialidade exclui a posse *ad usucapionem* (porque incompatível com a inalienabilidade dos bens públicos), porém admite a posse *ad interdicta* à medida que seja necessária para proteger a pública destinação dos bens.

Há de se atentar, no entanto, que o titular de uso privativo pode propor ação possessória contra terceiros; não cabe contra a Administração quando esta usa **legitimamente** seu poder de extinguir o uso privativo por razões de interesse público.⁶

Mesmo contra terceiros, não cabe ação possessória, quando se tratar de uso precário (**sem prazo**), revogável *ad nutum* pela Administração, porque isto conflitaria com a regra do artigo 1.208 do Código Civil (art. 497 do Código Civil de 1916), em cujos termos “não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância”. Sobre o assunto, confira-se, com maior desenvolvimento do tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010:56-61).

⁶ O STJ vem entendendo não ser possível a posse de bem público para fins de ação possessória, constituindo a sua ocupação mera detenção de natureza precária. Nesse sentido, REsp 932.971-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 26-5-11.

16.7 FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

Sob o título de **formação do patrimônio público** serão analisadas as várias formas de aquisição de bens pelo Poder Público apenas no que existe de específico para a Administração Pública.

Podem ser separadas, de um lado, aquelas que são **regidas pelo direito privado**, como compra, recebimento em doação, permuta, usucapião, acessão, herança; de outro lado, as que são **regidas pelo direito público**, como desapropriação, requisição de coisas móveis consumíveis, aquisição por força de lei ou de processo judicial de execução, confisco, investidura, perda de bens como penalidade, reversão, caducidade do aforamento.

A **compra** sujeita-se à **licitação**, conforme exigência contida no artigo 37, XXI, da Constituição Federal, que ressalva, no entanto, os casos previstos em lei. A Constituição Paulista repete a mesma norma no artigo 117 e, no artigo 121, determina que os órgãos públicos competentes publiquem, com periodicidade necessária, os preços médios de mercado de bens e serviços, os quais servirão de base para as licitações realizadas pela Administração Direta e Indireta, inclusive fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público.

A compra é, em geral, utilizada para a aquisição de coisas móveis e semoventes, devendo obedecer às normas da Lei nº 8.666, de 21-6-93, que a define, no artigo 6º, III, como “toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente”. Os artigos 14 a 16 exigem, especialmente, caracterização do objeto, indicação dos recursos financeiros para seu pagamento, atendimento ao princípio da padronização, registro de preços precedido de ampla pesquisa de mercado, condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado, subdivisão em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando a economicidade, balizamento pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública. Exigem, ainda, publicação da relação de todas as compras feitas pela Administração Direta ou Indireta, de maneira a clarificar a identificação do bem comprado, seu preço unitário, a quantidade adquirida, o nome do vendedor e o valor total da operação.

O registro de preços está previsto no artigo 15, §§ 1º a 4º, realizando-se por meio de concorrência e tendo validade pelo prazo máximo de um ano. Está regulamentado pelo Decreto nº 3.931, de 19-9-01.

O artigo 23, II, da Lei nº 8.666/93, define os valores para fins de escolha da modalidade de licitação e o artigo 24, II, estabelece o valor para fins de dispensa de licitação. O artigo 24, XII, XIV, XV, XVII, XVIII e XIX, com redação da Lei nº 8.883/94, prevê outras hipóteses de dispensa de licitação para compra de bens móveis.

Havendo registro de preços, a Administração pode comprar diretamente das empresas que participaram da concorrência específica para esse fim, mas, se preferir, poderá realizar licitação pela modalidade escolhida com base no artigo 23, II.

Quando se trata de **bens e serviços comuns** (assim considerados os mencionados no Anexo II do Decreto nº 3.784, de 6-4-01, a Administração Pública pode utilizar o pregão, instituído pela Lei nº 10.520, de 17-7-02, que é a modalidade de licitação em que a disputa é feita em sessão pública, por meio de propostas de preços escritas e lances verbais, com possibilidade ainda de ser realizada por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação.

Quando a compra é feita para entrega e pagamento imediato, não gerando obrigações futuras, ela não difere da compra regida pelo Código Civil. Quando, porém, envolve entrega parcelada ou contínua, é denominada, doutrinariamente, de **fornecimento**, tendo a natureza de típico contrato administrativo, com todas as características previstas na Lei nº 8.666/93 (ver item 8.8.3).

Para aquisição de **imóvel** é muito rara a compra, já que a Administração dispõe do poder de desapropriar. Além disso, ela é, em regra, inadequada para atender às necessidades da Administração, já que esta necessita escolher o imóvel, pelo local e características, não podendo ficar na dependência da concordância do proprietário; mesmo porque, como a aquisição fica sujeita à avaliação feita pelo próprio poder público, dificilmente o particular concorda em alienar pelo preço ofertado.

A licitação para aquisição de bem imóvel é exigida, sob a modalidade de **concorrência** (art. 23, § 3º, da Lei nº 8.666/93), porém é dispensável quando se tratar de bem destinado ao serviço público, cujas necessidades de instalação ou localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado segundo avaliação prévia (art. 24, X).

A Lei nº 4.717, de 29-6-65, que dispõe sobre ação popular, no artigo 4º, V, considera nula e, portanto, passível dessa medida judicial, a compra e venda de bens móveis ou imóveis, nos casos em que não cabível concorrência, quando:

- a) for realizada com desobediência a normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais;
- b) o preço de compra dos bens for superior ao corrente no mercado, na época da operação;
- c) o preço de venda dos bens for inferior ao corrente no mercado, na época da operação.

Com relação ao recebimento de bens em **doação**, a Constituição paulista, no artigo 19, inciso IV, exige autorização legislativa para “o recebimento, pelo Estado, de doações com encargo, não se considerando como tal a simples destinação específica do bem”. Somente se considera existente o encargo na hipótese em que a destinação a um fim específico vem acompanhada de medida coercitiva, como a fixação de um prazo para o cumprimento do encargo, ou a previsão expressa de revogação da liberalidade em caso de descumprimento do encargo.

No que diz respeito à aquisição por **herança**, além da possibilidade de o Estado receber bens por força de testamento, ainda há a hipótese dos chamados **bens vagos**, que entram para o patrimônio público depois de cinco anos da declaração de vacância da herança, conforme determinava o artigo 1.594 do Código Civil de 1916, com a redação dada pela Lei nº 8.049, de 20-6-90. Esses bens passarão ao domínio do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao domínio da União, quando situado em Território Federal. A norma hoje consta do artigo 1.822 do Código Civil de 2002.

A aquisição de bens também pode decorrer da **invenção** disciplinada pelos artigos 1.233 a 1.237 do Código Civil (arts. 603 a 606 do Código Civil de 1916) e que corresponde ao achado de coisas perdidas, chamadas **bens do evento**. Nos termos do artigo 1.237, decorridos 60 dias da divulgação da notícia pela imprensa, ou do edital, não se apresentando quem comprove a propriedade sobre a coisa, será esta vendida em hasta pública e, deduzidas do preço as despesas mais a recompensa do descobridor, pertencerá o remanescente ao Município em cuja circunscrição se deparou o objeto perdido. Pelo parágrafo único, sendo de diminuto valor, poderá o Município abandonar a coisa em favor de quem a achou.

Quanto à desapropriação e requisição, o tema foi tratado no Capítulo 6, ao qual remetemos o leitor.

No que diz respeito à **aquisição por força de lei**, existem vários exemplos no Direito brasileiro, bastando citar os seguintes: a Constituição de 1891, no artigo 64, transferiu para os Estados a maior parte das terras devolutas, deixando para a União apenas as indispensáveis para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais. O Estado de São Paulo transferiu parte delas para os Municípios por meio de sua lei orgânica. Agora a Constituição de 1988 faz reverter para o patrimônio da União parte das terras devolutas estaduais e municipais, consideradas indispensáveis à proteção ambiental (art. 20, II), bem como os terrenos marginais antes pertencentes a municípios ou a particulares (art. 20, III). A Lei Federal nº 6.766, de 19-12-79, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, determina a integração, no domínio municipal, desde a data do seu registro no cartório competente, das vias e praças, espaços livres e áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos, constantes do projeto e do memorial descritivo. Outro exemplo de aquisição por força de lei foi a de terrenos reservados e de águas particulares (hoje não mais existentes) para o patrimônio público, por força de normas constitucionais (v. item 16.8.2).

A aquisição de bens públicos também é possível por força de **sentença judicial**, em processos de execução em favor da Fazenda Pública. Também a **perda (ou perdimento) de bens**, prevista no artigo 5º, XLV, *b*, da Constituição como penalidade, implica a transferência dos bens perdidos para o patrimônio público. É o que também ocorre no caso da perda de bens decretada com fundamento no artigo 91 do Código Penal e na punição por ato de improbidade administrativa. Com efeito, a perda de bens é prevista pela Lei nº 8.429, de 2-6-92 (arts. 6º e 12, I

e II), para as hipóteses de ato de improbidade que implique enriquecimento ilícito ou cause prejuízo ao erário; nessas hipóteses, os bens ilicitamente acrescidos ao patrimônio do agente público passarão a integrar o patrimônio da pessoa jurídica contra a qual foi praticado o ato de improbidade.

Do mesmo modo, o **confisco** é previsto como penalidade, acarretando a perda do bem pelo punido e sua aquisição pelo poder público. É o que ocorre no caso da expropriação sancionatória prevista no artigo 243 da Constituição.

A **investidura**, como forma de aquisição de bens que beneficia tanto o poder público como o particular, está definida no artigo 17, § 3º, da Lei nº 8.666, de 21-6-93, como: “I – a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública, área esta que se tornar inaproveitável isoladamente, por preço nunca inferior ao da avaliação e desde que esse não ultrapasse a 50% (cinquenta por cento) do valor constante da alínea a do inciso II do art. 23 desta Lei; II – a alienação, aos legítimos possuidores diretos ou, na falta destes, ao Poder Público, de imóveis para fins residenciais construídos em núcleos urbanos anexos a usinas hidrelétricas, desde que considerados dispensáveis na fase de operação dessas unidades e não integrem a categoria de bens reversíveis ao final da concessão”.

A **reversão**, como forma de aquisição de bens públicos, é instituto próprio da concessão de serviços públicos, implicando a transferência dos bens do concessionário para o patrimônio público, ao término do contrato (art. 35 da Lei nº 8.987, de 13-2-95). Também é aplicável à concessão patrocinada e à concessão administrativa (cf. art. 3º, *caput* e § 1º, da Lei nº 11.079, de 30-12-04).

A **caducidade** do aforamento ou enfiteuse de bem da União também constitui modo de aquisição de bem público por norma de direito público. Ocorre quando o foreiro deixar de pagar o foro por três anos consecutivos ou quatro intercalados (art. 101, parágrafo único, do Decreto-lei nº 9.760/46).

16.8 BENS PÚBLICOS EM ESPÉCIE

16.8.1 Direito positivo

A especificação dos bens públicos, no direito brasileiro, encontra-se em legislação esparsa.

A Constituição Federal indica, no artigo 20, os bens da União e, no artigo 26, os do Estado. Por sua vez, o Decreto-lei nº 9.760, de 5-9-46, enumera os bens imóveis da União. O Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10-7-34) classifica as águas públicas em de uso comum e dominicais (art. 1º). O Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 30-11-64) contém normas sobre as terras públicas situadas na zona rural.

E ainda se encontram subsídios sobre bens públicos no Código Florestal, Código de Minas, Código de Águas Minerais etc. A Lei nº 9.636, de 15-5-98, com alterações posteriores, também estabelece normas sobre bens públicos.

Serão a seguir analisadas algumas das modalidades de bens públicos sujeitos a normas específicas.

16.8.2 Terrenos reservados

Os terrenos reservados surgiram com a Lei nº 1.507, de 26-9-1867, cujo artigo 39 estabelece: “fica reservada para a servidão pública nas margens dos rios navegáveis e de que se fazem os navegáveis, fora do alcance das marés, salvas as concessões legítimas feitas até a data da publicação da presente lei, a zona de sete braças contadas do ponto médio das enchentes ordinárias para o interior e o Governo autorizado para concedê-la em lotes razoáveis na forma das disposições sobre os terrenos da marinha”.

Ficaram com essa denominação porque foram **reservados** para servidão pública de trânsito, conforme se constata pela redação do dispositivo.

O Decreto nº 4.105, de 22-2-1868, referiu-se a essa servidão, definindo, no artigo 1º, § 2º, os terrenos reservados para a servidão pública nas margens dos rios navegáveis e de que se fazem os navegáveis “como todos os que, banhados pelas águas dos ditos rios, fora do alcance das marés, vão até a distância de sete braças craveiras (15,4 metros) para a parte da terra, contadas desde o ponto médio das enchentes ordinárias”.

Hoje o conceito consta do artigo 14 do Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10-7-34); “terrenos reservados são os que, banhados pelas correntes navegáveis, fora do alcance das marés, vão até a distância de 15 metros para a parte da terra, contados desde o ponto médio das enchentes ordinárias”. O ponto médio das enchentes ordinárias foi o medido em 1831, conforme critério fixado pelo Decreto nº 4.105, de 1868.

A expressão “fora do alcance das marés” é importante para distinguir os terrenos reservados dos terrenos de marinha; se o terreno marginal ao rio estiver sob influência das marés, ele entra no conceito de terreno de marinha dado pelo artigo 13 do Código de Águas.

Muita controvérsia já existiu quanto à propriedade desses bens (cf. Di Pietro, 1978:117-128), hoje superada pela norma do artigo 20, III, da Constituição.

O Código de Águas estabeleceu, no artigo 31, que “**pertencem aos Estados os terrenos reservados às margens das correntes e lagos navegáveis se, por algum título, não forem do domínio federal, municipal ou particular**”. E, no parágrafo único, determinou que esse domínio sofreria idênticas limitações às de que trata o artigo 29, ou seja, a servidão pública para aproveitamento industrial das águas e da energia hidráulica, bem como para utilização da navegação do rio.

Quanto à **natureza** desses bens, o artigo 11 do mesmo Código determinava que são públicos **dominicais**, se não estivessem destinados ao uso comum, ou por qualquer título legítimo não pertencessem ao domínio particular, os terrenos de marinha e os **terrenos reservados** nas margens dos rios de uso comum, bem como dos canais, lagos e lagoas da mesma espécie.

Nos termos do § 1º do mesmo dispositivo, “os terrenos em causa serão concedidos na forma da legislação especial sobre a matéria”.

Dos dispositivos transcritos inferia-se que:

1. os **terrenos reservados eram de propriedade dos Estados**, salvo se, por algum título legítimo, fossem do domínio federal, municipal ou particular;
2. as margens dos rios navegáveis, **objeto de concessão pelo Poder Público**, seriam de propriedade particular, estando oneradas com a servidão pública instituída pelo artigo 39 da Lei nº 1.507, de 26-9-1867, salvo se a concessão tivesse sido feita antes da entrada em vigor dessa lei.

O artigo 8º da Constituição de São Paulo, que inclui entre os bens do Estado os terrenos reservados às margens dos rios e lagos do seu domínio, tinha que ser interpretado com essa ressalva, pois, caso contrário, estaria fazendo reverter para o patrimônio público bens da propriedade de terceiros, sem a devida indenização.

Quanto às margens dos **rios não navegáveis**, eram oneradas, em uma faixa de 10 metros, com servidão de trânsito, em benefício dos agentes da administração em execução de serviços (art. 12 do Código de Águas).

Na jurisprudência, ficou assentado, pela Súmula nº 479, do STF, que “as margens dos rios navegáveis são de domínio público, insuscetíveis de expropriação e, por isso mesmo, excluídas de indenização”. A súmula indica, como referência, os acórdãos proferidos nos Recursos Extraordinários nºs 10.042, de 29-4-46, 59.737, de 24-9-68, e 63.206, de 1º-3-68.

Em todos esses julgados parte o STF do pressuposto de que, na tradição do nosso direito, os terrenos marginais sempre foram do domínio público, de modo que o único título hábil para a sua transferência para o domínio privado é a concessão pelo poder público. Qualquer outro título seria inábil para esse fim.

Partindo do pressuposto de que, quando da descoberta do Brasil, todos os bens eram públicos, do domínio da coroa, e que os mesmos foram passando para o domínio privado mediante concessões, vendas e doações, a conclusão lógica era a de que os únicos títulos que legitimavam a propriedade de particulares sobre os terrenos reservados seriam aqueles filiados a aquisições feitas pelo Poder Público, conforme demonstrou Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (in RDA 6/24-40), com base nas leis imperiais e na doutrina.

A Súmula nº 479 refere-se a julgados em que os pretensos proprietários dos imóveis apresentavam títulos de aquisição não emanados do Poder Público e, por isso mesmo, considerados **bens públicos** insuscetíveis de desapropriação. No entanto, nos casos em que os títulos são legítimos, porque representados por concessão feita pelo Poder Público, a referida súmula não tem aplicação, de modo que, se o bem for desapropriado, a indenização deverá abranger a faixa correspondente aos chamados terrenos reservados, que estavam no domínio útil do particular.

Verifica-se, portanto, que os terrenos reservados podiam ser bens públicos ou bens particulares.

Há uma presunção em favor da propriedade pública, devido à própria história das terras no Brasil: todas pertenciam à coroa. Essa presunção se desfazia nos casos concretos em que particulares demonstrassem que tinham recebido essas terras por concessão (aforamento) do Poder Público. Nesse caso, seriam bens particulares: se a concessão tivesse sido feita antes da Lei nº 1.507, de 1867, tais terrenos estariam livres de servidão; se a concessão tivesse sido feita posteriormente, estariam onerados com a servidão de trânsito instituída por essa lei, visando ao aproveitamento industrial das águas e de energia hidráulica, bem como utilização da navegação do rio (cf. Di Pietro, 1978:117-128).

Uma parte dos terrenos reservados, chamada **terrenos marginais**, é de propriedade da União, por força do artigo 1º, b e c, do Decreto-lei nº 9.760, de 5-9-46; de acordo com esse dispositivo, incluem-se entre os bens imóveis da União:

- a) os terrenos marginais dos rios navegáveis, em Territórios Federais se, por qualquer título legítimo, não pertencerem a particular;
- b) os terrenos marginais de rios e ilhas nestes situadas, na faixa da fronteira do território nacional e nas zonas onde se faça sentir a influência das marés.

E o artigo 4º define os terrenos marginais como os que, banhados pelas correntes navegáveis, fora do alcance das marés, vão até a distância de 15 metros medidos horizontalmente para a parte da terra, contados desde a linha média das enchentes ordinárias. O conceito é idêntico ao de terreno reservado, contido no artigo 14 do Código de Águas, já transcrito, do que se deduz que as expressões são sinônimas. Combinando-se as disposições dos artigos 11 e 31 do Código de Águas e 1º e 4º do Decreto-lei nº 9.760/46, chegava-se à conclusão de que os terrenos reservados pertenciam, em regra, aos Estados, salvo os terrenos marginais que se situassem nos Territórios Federais e na faixa de fronteira (que pertencem à União) e os que se encontrassem em poder dos particulares, por título legítimo (aforamento).

Ocorre que a Constituição de 1988 trouxe inovação que implicou em revogação tácita de dispositivos do Código de Águas. Com efeito, no artigo 20, III, inclui os terrenos marginais no domínio da União. Com isso, deixaram de existir terrenos marginais de propriedade dos Municípios ou dos particulares, como deixaram de

existir águas particulares. Todos os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de domínio da União ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os **terrenos marginais** e as **praias fluviais**, se incluem entre os bens da União, conforme consta expressamente do referido dispositivo constitucional.

Ficaram no domínio dos Estados, conforme artigo 26, inciso III, “as águas fluviais e lacustres não pertencentes à União”.

Na lição de José Afonso da Silva (2005:256), “todas as correntes de água são públicas, de sorte que a Constituição reparte o domínio das águas entre a União e os Estados, modificando profundamente o Código de Águas, eliminando as antigas águas municipais, as comuns e as particulares. Logo os *terrenos reservados*, que são sempre os banhados por correntes navegáveis, serão de domínio público da União se a corrente navegável a ela pertencer, ou de domínio público do Estado a que pertencer a corrente navegável”.

Trata-se de hipótese em que a aquisição de bens pelo Poder Público decorre diretamente de lei; no caso específico, decorre da própria Constituição, caracterizando o que Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006:358) chama de “expropriação constitucional, de natureza confiscatória”, já que feita sem qualquer indenização aos proprietários.

No mesmo sentido é o entendimento adotado por Marcos Luiz da Silva em trabalho específico sobre os terrenos marginais,⁷ no qual ele afirma que “a titularidade do imóvel da União se dá em face de determinação constitucional, de modo que o ato de demarcação da área do Poder Público é meramente declaratório da propriedade, conforme já dito alhures, e independe de qualquer ato posterior para constituir-se validamente. O registro em cartório teria o condão de dar a devida publicidade ao título da União, com o fito de evitar que negócios jurídicos sejam entabulados tendo como objeto tais imóveis, e, por conseguinte, pessoas de boa-fé sejam prejudicadas em tais transações”. Em favor de seu posicionamento, cita acórdão do Superior Tribunal de Justiça, proferido a respeito dos terrenos de marinha que é inteiramente aplicável aos terrenos reservados (RE-624.746/RS).

16.8.3 Terrenos de marinha e seus acrescidos

De acordo com o artigo 2º do Decreto-lei nº 9.760/46, “são terrenos de marinha, em uma profundidade de 33 metros, medidos horizontalmente, para a parte da terra, da posição da linha do premar-médio de 1831: (a) os situados no continente, na costa marítima e nas margens dos rios e lagoas, até onde se faça

⁷ Dos terrenos marginais da União: conceituação a partir da Constituição Federal de 1988. In *Revista de Direito dos Advogados da União*, ano 7, nº 7, out. 2008, p. 221-232.

sentir a influência das marés; (b) os que contornam as ilhas situadas em zona onde se faça sentir a influência das marés”.

Embora o conceito faça referência às margens dos **rios**, elas somente são incluídas no conceito de terreno de marinha se forem atingidas pela influência das marés, porque, em regra, as margens dos rios entram no conceito de terrenos reservados.

Muita controvérsia já se lavrou sobre qual a pessoa jurídica a que pertencem os **terrenos de marinha**. Hoje a Constituição os inclui entre os bens da União (art. 20, VII).

Têm a **natureza** de bens dominicais, uma vez que podem ser objeto de exploração pelo Poder Público, para obtenção de renda. Sua utilização pelo particular se faz sob regime de aforamento ou enfiteuse, pelo qual fica a União com o domínio direto e transfere ao enfiteuta o domínio útil, mediante pagamento de importância anual, denominada foro ou pensão. A matéria está regulamentada pelo Decreto-lei nº 9.760 e alterações posteriores.

A Constituição de 1988 revela a intenção de extinguir a enfiteuse, no artigo 49 das Disposições Transitórias; o dispositivo faculta aos foreiros, no caso de sua extinção, a remição dos aforamentos mediante aquisição do domínio direto; porém, determina que o mesmo instituto continuará a ser adotado nos terrenos de marinha e seus acrescidos, situados na faixa de segurança, a partir da orla marítima (conf. Item 16.6.3.4, sobre enfiteuse ou aforamento de bens imóveis da União).

Note-se que a Constituição, nos dois dispositivos citados, faz menção aos terrenos de marinha e **seus acrescidos**, que também pertencem à União.

Os terrenos acrescidos são definidos pelo artigo 3º do Decreto-lei nº 9.760/46 como “os que se tiverem formado, natural ou artificialmente, para o lado do mar ou dos rios e lagos, em seguimento aos terrenos de marinha”.

Os terrenos acrescidos, como se verifica por esse dispositivo, tanto se formam para o lado do mar, em acréscimo aos terrenos de marinha, como para o lado do rio, em acréscimo aos terrenos reservados. Os primeiros pertencem à União (art. 20, VII, da Constituição).

Os segundos podem pertencer ao particular ou constituir patrimônio público. Pelo artigo 538 do Código Civil de 1916, “os acréscimos formados por depósitos e aterros naturais ou pelo desvio das águas, ainda que estes sejam navegáveis, pertencem aos donos dos terrenos marginais”. O artigo 1.250 do novo Código Civil altera um pouco a redação, ao estabelecer que “os acréscimos formados, sucessivamente e ininterruptamente, por depósitos e aterros naturais ao longo das margens das correntes, ou pelo desvio das águas destas, pertencem aos donos dos terrenos marginais, sem indenização”.

Os terrenos acrescidos são formados por **aluvião** ou **artificialmente**; o artigo 16 do Código de Águas define aluvião como “os acréscimos que sucessiva e imperceptivelmente se formarem para a parte do mar e das correntes, aquém do

ponto a que chega o preamar médio, ou do ponto médio das enchentes ordinárias, bem como a parte do álveo que se descobrir pelo afastamento das águas”.

Conforme ensina Antônio de Pádua Nunes (1980, v. 1:66), o dispositivo permite distinguir entre a **aluvião própria**, resultante dos acréscimos, e a **aluvião imprópria**, decorrente do afastamento das águas.

16.8.4 Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios

Pelo artigo 20, XI, da Constituição, são bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.⁸

O artigo 231, § 1º, define como tal as terras habitadas pelos índios em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Segundo José Afonso da Silva (2003:829), a expressão **terras tradicionalmente ocupadas** não revela uma relação temporal; “não se trata de **posse** ou **prescrição imemorial**, como se a ocupação indígena nesta se legitimasse, e dela se originassem os direitos dos índios sobre as terras por eles ocupadas, porque isso, além do mais, é incompatível com o reconhecimento constitucional dos direitos originários sobre elas”. Para o autor, “o **tradicionalmente** refere-se ao **modo tradicional** de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao **modo tradicional** de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos em que se deslocam etc.”

Os direitos que a Constituição assegura aos índios sobre as terras são a **posse permanente** e o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (art. 231, § 2º). A posse não é a de que trata o Código Civil; “não é a posse como simples poder de fato sobre a coisa, para sua guarda e uso, com ou sem ânimo de tê-la como própria. É, em substância, aquela *possessio ab origine* que, no início, para os romanos, estava na consciência do antigo povo, e era não a relação material do homem com a coisa, mas um poder, um senhorio” (cf. José Afonso da Silva, 2003:830).

Embora a Constituição assegure aos índios o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras por eles ocupadas, o § 3º do artigo 231 permite que, mediante autorização do Congresso Nacional e ouvidas as comunidades afetadas, seja feito o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, assegurada aos índios participação nos resultados da lavra, por forma a ser disciplinada em lei.

⁸ Sobre terras indígenas e sua demarcação, v. acórdão do STF no caso Raposa do Sol (Pet. 3388-RR, Rel. Min. Carlos Britto, j. em 19-3-09, Tribunal Pleno, DJe-181).

As terras indígenas são bens públicos de uso especial; embora não se enquadrem no conceito do artigo 99, II, do Código Civil, a sua **afetação** e a sua inalienabilidade e indisponibilidade, bem como a imprescritibilidade dos direitos a elas relativos, conforme previsto no § 4º do artigo 231 da Constituição, permite incluí-las nessa categoria de bens.

Os índios são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses (art. 232), mas cabe à União demarcar as terras, proteger e fazer respeitar todos os seus bens (art. 231).⁹

16.8.5 Terras devolutas

16.8.5.1 EVOLUÇÃO DA PROPRIEDADE RURAL NO BRASIL

Segundo Igor Tenório (1984:25), a história da propriedade rural, no Brasil, compreende quatro fases: a de **sesmarias**, a de **posses**, a que se inicia com a **Lei de Terras** (Lei nº 601, de 18-9-1850) e a que tem por marco a instauração da **República**, com a Constituição de 1891.

No início, todas as terras existentes no Brasil eram públicas e pertencentes a Portugal.

A primeira medida adotada com vistas à colonização foi a divisão das terras em capitânicas hereditárias, incluindo entre os direitos outorgados aos donatários o de distribuir sesmarias, assim consideradas as glebas de terras públicas que eram concedidas aos particulares interessados em cultivá-las, mediante o pagamento de uma renda calculada sobre os frutos; a concessão de sesmarias, feita sob regime enfiteutico, gerou os grandes latifúndios, em sua maior parte inexplorados, não produzindo, portanto, os resultados que se pretendia.

Em 1822, pouco antes da Independência, foi suspensa a concessão de sesmarias, iniciando-se a segunda fase, de **ocupação**; como não havia legislação disciplinando o uso das terras, as pessoas tomavam posse e começavam a cultivá-las; a partir de então, a morada habitual e o cultivo da terra passaram a ser considerados fatores essenciais à legitimidade da posse. Desse modo, enquanto o regime

⁹ O STF entende que a exclusividade de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nas terras indígenas é conciliável com a eventual presença de não índios, bem assim com a instalação de equipamentos públicos, a abertura de estradas e outras vias de comunicação, a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública (Pet. 3.388, Rel. Min. Ayres Brito, j. 19-3-09, Plenário, *DJe* de 1º-7-10). No mesmo acórdão, decidiu que os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente “reconhecidos” e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se torna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva, razão pela qual esse direito, mais antigo do que qualquer outro, prepondera sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não índios.

de sesmarias favoreceu os grandes proprietários, que acabavam por não cultivar adequadamente a terra, o período de ocupação beneficiou o pequeno colono que, fazendo da terra sua morada habitual, cultivava-a com o próprio trabalho e o de sua família.

Com o intuito de regularizar a situação das terras públicas, evitar abusos no apossamento e legitimar as ocupações, foi promulgada a primeira lei de terras no Brasil – a Lei nº 601, de 18-9-1850. A principal intenção que decorria da lei era a de legitimar as posses que apresentassem os requisitos da morada habitual e cultivo da terra (art. 5º). Mesmo com relação às sesmarias concedidas irregularmente, podiam ser revalidadas desde que apresentassem os mesmos requisitos da cultura efetiva e morada habitual.

A lei proibiu o apossamento de novas terras (art. 2º) e “as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra”, salvo nas zonas de fronteira com outros países, em uma zona de dez léguas, local onde seriam possíveis as doações (art. 1º).

O artigo 3º dessa lei define como terras devolutas:

“§ 1º as que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal;

§ 2º as que não se acharem no domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em comisso por falta de cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura;

§ 3º as que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em comisso, forem revalidadas por esta lei;

§ 4º as que não se acharem ocupadas por posses que, apesar de não se fundarem em título legal, foram legitimadas por esta lei.”

Vale dizer que, pelo conceito legal, **terras devolutas eram terras vagas, abandonadas, não utilizadas quer pelo Poder Público quer por particulares**. Essa concepção corresponde ao sentido etimológico do vocábulo *devoluto*: devolvido, vazio, desocupado.

Excluía-se do conceito de terras devolutas: as utilizadas pelo poder público, as que fossem objeto de sesmarias legítimas ou mesmo de sesmarias ilegítimas, porém revalidáveis, e as que fossem objeto de posse (morada e cultivo). As demais eram consideradas devolutas. **Não se pode dizer que fossem terras sem dono, porque pertenciam ao patrimônio público**, que poderia vendê-las ou doá-las (art. 1º).

Já com essa lei teve origem o processo de discriminação de terras devolutas; o artigo 10 determinava que o Governo adotasse o modo prático de extremar o domínio público do particular.

A quarta fase da evolução do regime de terras se inicia com a Constituição de 1891, que reservou para a União a porção de terras indispensável à defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais; transferiu as demais aos Estados.

O Decreto-lei nº 9.760, de 5-9-46, define as **terras devolutas federais** em seu artigo 5º: “são devolutas, na faixa da fronteira, nos Territórios Federais e no Distrito Federal, as terras que, não sendo próprias nem aplicadas a algum uso público federal, estadual ou municipal, não se incorporaram ao domínio privado:

- a) por força da Lei nº 601, de 18-9-1850, Decreto nº 1.318, de 30-1-1854, e outras leis e decretos gerais, federais e estaduais;
- b) em virtude de alienação, concessão ou reconhecimento por parte da União ou dos Estados;
- c) em virtude de lei ou concessão emanada de governo estrangeiro e ratificada ou reconhecida, expressa ou implicitamente, pelo Brasil, em tratado ou convenção de limites;
- d) em virtude de sentença judicial com força de coisa julgada;
- e) por se acharem em posse contínua e incontestada com justo título e boa-fé, por termo superior a 20 anos;
- f) por se acharem em posse pacífica e ininterrupta, por 30 anos, independentemente de justo título e boa-fé;
- g) por força de sentença declaratória nos termos do artigo 148 da Constituição Federal, de 10-11-1937”.

Note-se que esse decreto foi promulgado na vigência da Constituição de 1937, que previa o usucapião *pro labore*; daí a referência à “sentença declaratória nos termos do artigo 148 da Constituição de 1937”.

Aumentou, consideravelmente, o rol das terras pertencentes a particulares, já que se reconheceram como legítimas todas as hipóteses de transferência mencionadas nesse dispositivo.

Mas o conceito de terras devolutas continuou sendo **residual**: são assim consideradas **aquelas que não estão destinadas a qualquer uso público nem incorporadas ao domínio privado**.

16.8.5.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

As **terras devolutas** constituem uma das espécies do gênero **terras públicas**, ao lado de tantas outras, como terrenos reservados, terrenos de marinha, terras dos índios, ilhas etc.

Elas integram a categoria de **bens dominicais**, precisamente pelo fato de não terem qualquer destinação pública. Isto significa que elas são **disponíveis**.

Contudo, o artigo 225, § 5º, da Constituição de 1988, trouxe uma inovação, ao estabelecer que “são indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais”.

Dois aspectos merecem realce nesse dispositivo: primeiro, o fato de dar a esses bens o caráter de indisponibilidade, colocando-os sob regime jurídico idêntico ao dos bens de uso comum do povo e de uso especial: segundo, o fato de mencionar, como coisas distintas, as **terras devolutas** e as **terras arrecadadas pelos Estados** por ações discriminatórias; dá a impressão de que somente são terras devolutas as que não foram ainda objeto de ação discriminatória. O que parece evidente é que o constituinte quis deixar claro que todas elas, mesmo que não arrecadadas por aquele processo, são indisponíveis.

Isto não significa que as terras devolutas deixem de sê-lo depois de “arrecadadas”. Elas continuam como tais enquanto não forem destinadas a algum uso público, passando a integrar a categoria de bem de uso especial.

Continua válido o conceito residual de terras devolutas como sendo todas as terras existentes no território brasileiro, que não se incorporaram legitimamente ao domínio particular, bem como as já incorporadas ao patrimônio público, porém não afetadas a qualquer uso público.

A primeira parte do conceito abrange as terras que ainda não foram objeto de processo discriminatório; corresponde ao sentido originário da expressão, ligado ao sentido etimológico de devoluto: vago, sem dono. A segunda parte compreende as terras que já foram incorporadas ao patrimônio público.

O problema concernente ao conceito de terras devolutas e à sua abrangência é da maior relevância em matéria de usucapião. Ressalvado o período anterior ao Código Civil de 1916 e alguns períodos em que se admitiu o **usucapião pro labore** (Constituições de 1934, 1937 e 1946) e o **usucapião especial** (Lei nº 6.969, de 10-12-81), a regra, no direito brasileiro, tem sido a de proibição de usucapião de bens públicos, hoje acolhida, sem exceções de qualquer espécie, na Constituição de 1988 (arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único).

Com relação às terras já incorporadas ao patrimônio público, não há dúvida quanto à impossibilidade de usucapião. Quanto às demais é que surgem controvérsias na jurisprudência, até mesmo no âmbito do STF.

Em alguns acórdãos prevaleceu a tese de que existe uma presunção em favor da propriedade pública, cabendo ao interessado provar que a terra era do domínio particular; em outros, adotou-se o entendimento oposto, no sentido de que cabe ao Poder Público fazer a prova de que se trata de terra devoluta, não sendo a simples ausência de transcrição imobiliária em nome de terceiros suficiente para essa finalidade (cf. Tenório, 1984:54-56).¹⁰

¹⁰ O STJ entendeu que “não havendo registro de propriedade do imóvel, inexistente, em favor do Estado, presunção *juris tantum* de que sejam terras devolutas, cabendo a este provar a titularidade

A primeira tese nos parece juridicamente a mais correta, embora a segunda favoreça o acesso do particular às terras públicas. Há que se ter em vista que as terras devolutas sempre foram definidas de forma residual, ou seja, por exclusão: são devolutas porque não entraram legitimamente no domínio particular ou porque não têm qualquer destinação pública. E existe, indubitavelmente, uma presunção em favor da propriedade pública, graças à origem das terras no Brasil: todas elas eram do patrimônio público; de modo que, ou os particulares as adquiriram mediante concessão, doação, venda, legitimação de posse ou usucapião (no período permitido), ou elas realmente têm que ser consideradas públicas e insuscetíveis de usucapião.

Trata-se de presunção *juris tantum*, cabendo ao interessado em adquiri-la por usucapião provar que a terra não é devoluta, porque adquirida por particular por meio de título legítimo. O Estado nada tem que provar, mesmo porque não há meios de prova hábeis para demonstrar que a terra não é de particular, a **não** ser por meio da ação discriminatória.

É irrepreensível o voto do Ministro Rodrigues Alckmin no Recurso Extraordinário nº 72.020, de São Paulo: “não cabe ao estado provar que determinada gleba é devoluta: cabe a quem a afirma no domínio particular o ônus da prova...” Na ementa está dito que “terras devolutas se conceituam por exclusão: são devolutas as terras que nunca entraram, legitimamente, no domínio particular”.

16.8.5.3 TITULARIDADE

As terras devolutas, quanto à titularidade, passaram por diferentes fases: no período colonial, pertenciam a Portugal; na época imperial, pertenciam à Coroa; com a proclamação da República, a Constituição de 1891 transferiu-as para o Estado, reservando para a União apenas as indispensáveis para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais (art. 34).

Também a Constituição de 1946 incluiu entre os bens da União aquela mesma porção de terras devolutas (art. 4º, I).

A Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 17-10-69, reservou para a União “a porção de terras devolutas indispensável à segurança e ao desenvolvimento nacionais” (art. 4º, I).

A Constituição de 1988, no artigo 20, inciso II, inclui entre os bens da União “as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei”.

pública do bem. Caso contrário, o terreno pode ser usucapido” (REsp 674558, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe, 26-10-09).

De um lado, houve uma definição mais restritiva, pois, ao invés de falar em termos genéricos e imprecisos, em **segurança e desenvolvimento**, já diz, usando o mesmo critério da Constituição de 1891, que necessárias a esses fins são apenas aquelas expressamente mencionadas. Porém, de outro lado, houve uma ampliação, ao incluir entre os bens da União as terras indispensáveis à preservação ambiental.

Parece que, com relação a esses bens por último mencionados, houve uma reversão, ao domínio público federal, de terras devolutas antes pertencentes aos Estados. Caberá à lei definir quais sejam esses bens; a eles é que se aplica o artigo 225, § 5º, da Constituição.

No Estado de São Paulo, parte das terras devolutas que lhe foram transferidas pela Constituição de 1891 passou para os Municípios. A Lei de Organização Municipal (Lei nº 16, de 13-11-1891) concedeu às municipalidades, para a formação de cidades, vilas e povoados, “as terras devolutas adjacentes às povoações de mais de mil almas em raio de círculo de seis quilômetros a partir da praça central” (cf. Hely Lopes Meirelles, 2003:520). Em 1945, pelo Decreto nº 14.916, de 6-8-45, esse raio foi aumentado para 12 km no Município da Capital e 8 km nos demais. Pelo Decreto-lei Complementar nº 9, de 31-12-69 (Lei Orgânica dos Municípios), acrescentou-se ao patrimônio municipal a porção de terras devolutas situadas no raio de 6 km dos seus distritos (art. 60, parágrafo único). A atual Lei Orgânica do Município de São Paulo, de 4-4-90, no artigo 110, § 1º, determina que “pertencem ao patrimônio municipal as terras devolutas que se localizem dentro dos seus limites”, o que tem que ser interpretado em consonância com as normas citadas, da Constituição Federal e rejeitando as que forem do patrimônio do Estado de São Paulo.

16.8.5.4 PROCESSO DE DISCRIMINAÇÃO

A matéria concernente ao processo de discriminação de terras devolutas foi disciplinada pelo Decreto-lei nº 9.760, de 5-9-46, que previu uma **fase administrativa** e uma **fase judicial**. A Lei nº 3.081, de 22-12-56, previu apenas o processo judicial de discriminação; posteriormente, o Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 30-11-64) restabeleceu a instância administrativa, regida pelo Decreto-lei nº 9.760, de 5-9-46, com referência aos bens da União. Hoje a matéria está disciplinada pela Lei nº 6.383, de 7-12-76, que prevê também o processo administrativo e o processo judicial. Essa lei aplica-se, no que couber, às terras devolutas estaduais, conforme determina o artigo 27.

O objetivo do processo discriminatório é separar as terras públicas das particulares, mediante verificação da legitimidade dos títulos de domínio particulares, apurando, por exclusão, as terras do domínio público.

Desde a Lei nº 601, de 1850, a intenção, ao criar-se o procedimento de discriminação de terras devolutas, sempre foi a de legitimar as posses que apresenta-

sem os requisitos da cultura efetiva e morada habitual. Por essa razão, uma vez concluído o processo de discriminação, o Poder Público faz a legitimação de posse em benefício daqueles que preenchem os requisitos legais previstos no artigo 29 da Lei nº 6.383/76.¹¹

Tanto o processo administrativo de discriminação como o judicial compreendem uma **fase de chamamento dos interessados** e uma **fase de demarcação**.

Na primeira fase da instância administrativa é feito o chamamento, por edital, de todos os interessados em áreas situadas em perímetro previamente descrito, para que apresentem os seus títulos de domínio, documentos, informações e, se for o caso, testemunhas.

Encerrado o prazo, o Poder Público deverá pronunciar-se sobre os elementos apresentados pelos interessados; em relação às áreas que ensejarem dúvidas quanto à legitimidade do título, será proposta ação judicial; com referência aos títulos legítimos, será lavrado o termo cabível.

Depois disso, inicia-se a segunda fase, de **demarcação**, na qual serão delimitadas, com auxílio de peritos, as terras consideradas devolutas, as que foram consideradas do domínio particular (tanto as já registradas como as reconhecidas nesse processo), as terras que possam ser objeto de legitimação de posse (pela presença dos requisitos da cultura efetiva e morada habitual) e as terras cujos títulos suscitarem dúvidas.

Concluído o processo, serão registradas, como bens públicos, as terras devolutas discriminadas.

O processo judicial, conforme artigo 19 da Lei nº 6.383/76, é instaurado quando o processo administrativo for dispensado ou interrompido por presumida ineficácia; contra aqueles que não atenderam ao chamamento; e quando ocorrer o **atentado** a que se refere o artigo 25: alteração, depois de iniciado o processo administrativo, das divisas da área discriminada, a derrubada da cobertura vegetal, a construção de cercas e transferências de benfeitorias a qualquer título, sem consentimento do Poder Público.

O processo judicial segue o rito sumaríssimo (art. 20) e tem caráter preferencial e prejudicial em relação às ações em andamento, referentes a domínio ou posse de imóveis, no todo ou em parte, na área discriminada, determinando o imediato deslocamento da competência para a Justiça federal (quando se tratar de terras da União).

No processo judicial, também há uma fase de chamamento, em que se faz a citação por edital (art. 20, § 2º). Pela sentença, o juiz define quais os títulos legítimos apresentados pelos interessados; por exclusão, definem-se as terras devolutas.

¹¹ Sobre legitimação de posse, v. item 16.5.2.

Da sentença que faz a discriminação cabe apelação com efeito devolutivo; com isto, inicia-se a **demarcação**, ainda que em execução provisória da sentença, que vale para efeitos de registro, como título de propriedade (art. 22).

16.8.6 Faixa de fronteira

É designada como faixa de fronteira a área de 150 km de largura, paralela à linha divisória terrestre do território nacional, considerada indispensável à segurança nacional.

A faixa de fronteira é prevista desde a Lei nº 601, de 1850, cujo art. 1º fixava uma largura de dez léguas. Essa faixa foi fixada depois em 100 km (Decreto nº 24.643, de 10-7-34, art. 29, I, c); depois passou a ser de 150 km (Decreto-lei nº 852, de 11-11-38, art. 2º, V); atualmente, é mantida essa largura pela Lei nº 6.634, de 2-5-79, e pelo art. 20, § 2º, da Constituição Federal.

Desde a Constituição de 1891 foi definida como pertencente à União a porção do território indispensável à defesa das fronteiras. Pela Constituição atual, são bens da União as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras (art. 20, II).

Isto não quer dizer que todas as terras situadas na faixa de fronteira sejam públicas e de propriedade da União; a Constituição faz referência às **terras devolutas**. Existem terras particulares nessa faixa, que ficam sujeitas a uma série de restrições estabelecidas em lei, em benefício da segurança nacional.¹²

O artigo 91, § 1º, III, da Constituição dá ao Conselho de Defesa Nacional competência para “propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e exploração dos recursos naturais de qualquer tipo”. Além disso, o artigo 20, § 2º, determina que a faixa de 150 km de largura, ao longo das fronteiras, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei.

As restrições ao uso e alienação das áreas situadas na faixa de fronteira são as estabelecidas na Lei nº 6.634, de 2-5-79.

16.8.7 Ilhas

De acordo com o artigo 20, IV, da Constituição, alterado pela Emenda Constitucional nº 46/05, são bens da União as ilhas **fluviais** e **lacustres** situadas nas zonas limítrofes com outros países, bem como as **ilhas oceânicas** e as **costeiras**,

¹² Nesse sentido, acórdão do STJ, in REsp 736742, Rel. Min. Sidnei Benetti, 3ª Turma, DJe, 23-11-09.

excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental e as referidas no art. 26, II.

Pertencem aos Estados as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros (art. 26, II); o dispositivo deixa implícita a possibilidade de algumas áreas, nessas ilhas, pertencerem a particulares.

Além disso, pertencem também aos Estados “as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União” (art. 26, III); ou seja, ficam excluídas do domínio dos Estados as ilhas situadas nas zonas limítrofes com outros países.

Ao falar em ilhas fluviais e lacustres, quer-nos parecer que a Constituição somente se refere àquelas que se formam nas águas públicas; as situadas em águas particulares a estes pertencem, conforme artigo 23 do Código de Águas.

As ilhas públicas podem constituir bens dominicais ou de uso comum do povo, conforme estabelece o artigo 25 do Código de Águas.

16.8.8 Águas públicas

O Código de Águas classificava as águas em quatro categorias:

- a) águas públicas;
- b) águas comuns;
- c) águas particulares;
- d) águas comuns de todos.

As águas públicas, por sua vez, podiam ser de **uso comum** ou **dominicais** (art. 1º).

O artigo 2º indicava as águas públicas de uso comum:

- a) os mares territoriais, nos mesmos incluídos os golfos, baías, enseadas e portos;
- b) as correntes, canais, lagos e lagoas navegáveis ou fluviáveis;
- c) as correntes de que se façam estas águas;
- d) as fontes e reservatórios públicos;
- e) as nascentes quando forem de tal modo consideráveis que, por si sós, constituam o *caput fluminis*;
- f) os braços de quaisquer correntes públicas, desde que os mesmos influam na navegabilidade ou fluviabilidade.

Eram consideradas águas públicas de uso comum todas as situadas em zonas periodicamente assoladas pelas secas, nos termos e de acordo com a legislação especial sobre a matéria (art. 5º do Código).

Águas públicas dominicais eram “todas as águas situadas em terrenos que também o sejam, quando as mesmas não forem do domínio público de uso comum, ou não forem comuns” (art. 6º do Código de Águas).

Águas particulares definiam-se por exclusão: seriam as situadas em terrenos particulares, desde que não estivessem classificadas entre as águas comuns de todos, as águas públicas ou as comuns (art. 8º do Código de Águas).

Essa sistemática ficou alterada, seja em decorrência de normas constitucionais, seja por força da Lei de Águas (Lei nº 9.433, de 8-1-97).

Quanto ao domínio das águas públicas, a Constituição, no art. 20, inclui entre os bens da União “lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a territórios estrangeiros ou deles provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais” (inciso III); e o mar territorial (inciso VI).

Aos Estados pertencem “as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União” (art. 26, I, da Constituição).

Nada diz a Constituição sobre rios pertencentes aos Municípios, estando revogado, desde a Constituição de 1946, o artigo 29 do Código de Águas na parte em que a eles atribuía as águas situadas “em seus territórios, respeitadas as restrições que possam ser impostas pela legislação dos Estados”.

Diante da atual Constituição, também não se pode mais falar em águas particulares, o que é confirmado pela Lei nº 9.433, de 8-1-1997, que, entre outras providências, institui a Política Nacional de Recursos hídricos e cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Logo no artigo 1º, I, a lei estabelece que “a água é um bem de domínio público”. A utilização da água está sujeita a ato de outorga do Poder Público, conforme artigos 11 a 18 da mesma lei.¹³

A competência para legislar sobre águas foi reservada privativamente à União pelo artigo 22, IV, da Constituição; além disso, a ela foi dada a atribuição de “instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso” (art. 21, XIX).

Isto, contudo, não impede os Estados de estabelecerem normas sobre o policiamento de suas águas, visando a sua proteção, pois o artigo 24, inciso VI, da Constituição lhes defere competência concorrente com a União para legislar sobre “florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição”.

Por isso mesmo, não ferem a Constituição Federal as normas da Constituição paulista referentes a recursos hídricos, contidas nos artigos 205 a 213, e que visam, em síntese, ao seu adequado aproveitamento; à proteção contra poluição,

¹³ Sobre o tema, v. item 16.8.2.

superexploração e erosão; à destinação de recursos públicos para os serviços de proteção às águas.

As águas públicas admitem o *uso comum* e o *uso privativo*.

O uso comum é aberto a todos; é, em regra, gratuito, podendo ser remunerado, conforme artigo 103 do Código Civil; está sujeito ao poder de polícia do Estado, que compreende a regulamentação do uso, a fiscalização e a repressão; não tem, em regra, a natureza de direito subjetivo, podendo ser exercido, sem distinção, por todas as pessoas, nacionais e estrangeiras.

O uso privativo depende de ato de outorga do Poder Público, disciplinado pelo Código de Águas, que prevê os institutos da **autorização** e da **concessão**, conforme o uso se destine ao interesse privado do usuário ou à prestação de serviço de utilidade pública (art. 43). O ato de outorga é dispensado quando se trate de derivações insignificantes.

A Lei nº 9.433/97, que tem aplicação em âmbito nacional, já que disciplina matéria de competência privativa da União, prevê a “outorga do direito de uso de recursos hídricos”, bem como a “cobrança pelo uso de recursos hídricos”, como instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos (art. 5º, III e IV). Essa lei não mais fala em autorização e concessão, referindo-se apenas a *ato de outorga*, o que permite concluir que continuam a aplicar-se as normas do Código de Águas que com ela sejam compatíveis. Vale dizer que continuam a existir os institutos da autorização e da concessão de uso de águas públicas, salvo com relação aos recursos hídricos de domínio federal. Com efeito, com relação a estes, tem aplicação também a Lei nº 9.984, de 17-7-00, que prevê, como instrumento de outorga do direito de uso, apenas a **autorização** (art. 4º, IV).

Algumas normas do Código de Águas são comuns para a autorização e a concessão: (a) o uso pode ser autorizado ou concedido por tempo fixo, não excedente de 30 anos (art. 43, § 2º); pelo artigo 16 da Lei nº 9.433/97, o prazo pode ser de 35 anos; (b) a utilização deve ser feita sem prejuízo da navegação, salvo no caso de uso para as primeiras necessidades da vida, ou no caso de lei especial que, atendendo a superior interesse, o permita, e, finalmente, no caso em que a navegação não sirva efetivamente ao comércio (art. 48); (c) o uso da derivação tem a natureza de *direito real*, tendo em vista que, alienando-se o prédio ou o engenho a que ela serve, passa o mesmo ao novo proprietário (art. 50); (d) toda cessão total ou parcial da concessão ou autorização, toda mudança de concessionário ou de permissionário depende do consentimento da Administração; (e) cabe ação judicial para defesa dos direitos dos particulares (art. 60); (f) a competência para autorizar ou conceder é da União ou dos Estados, conforme o seu domínio sobre as águas ou conforme os serviços públicos a que se destine a mesma derivação, ressalvada a hipótese de derivação para produção de energia hidrelétrica, que é sempre de competência da União (art. 63); os usos de derivação extinguem-se: pela *renúncia*, pela *caducidade*, pelo *resgate* (decorridos os dez primeiros anos após a conclusão das obras, e tomando-se por base do preço da indenização só o

capital efetivamente empregado), pela *expiração do prazo* e pela *revogação* (art. 66); (h) o uso das águas é sempre revogável (art. 67).

Distingue-se a autorização da concessão porque a primeira se constitui por ato unilateral e não confere, em hipótese alguma, delegação de poder ao seu titular (art. 43, § 1º), o que se justifica pelo fato de ser outorgada no interesse privado do beneficiário; além disso, dispensa licitação. A concessão se faz por contrato; pode implicar a outorga de poderes públicos, uma vez que a utilização se destina à realização de um serviço público ou de utilidade pública, sendo a concessão de uso acessória da concessão de serviço público; é precedida de concorrência pública, salvo os casos em que as leis ou regulamentos a dispensarem.

A Lei nº 9.984, de 17-7-2000 (que dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas – ANA), como dito, ao definir as competências da Agência, fala em **autorização** como o tipo de ato cabível para a outorga (art. 4º, IV). O termo é inadequado, tendo em vista que a autorização pode ser dada por longos prazos, de até 35 anos (art. 5º, III). Se a outorga for ligada a uma concessão de serviço público de geração de energia elétrica, os respectivos prazos coincidem (art. 5º, § 4º). Essa norma confirma a ideia de que, no caso, se trata de verdadeira concessão de uso, com prazo estabelecido, e não de autorização precária. Trata-se de mais uma hipótese em que o legislador federal confunde os títulos jurídicos de outorga. Quando muito, é possível aceitar-se o ato de outorga para designar o ato prévio do poder público para que a outorga seja feita, com o subsequente procedimento de contratação.¹⁴

16.8.9 Minas e jazidas

16.8.9.1 CONCEITO

Jazida é “toda massa individualizada de substância mineral ou fósil, aflorando à superfície ou existente no interior da terra e que tenha valor econômico”; esse conceito é dado pelo artigo 4º do Decreto-lei nº 227, de 28-2-67 (Código de Mineração), com alterações posteriores.

Mina é a jazida em lavra.

A jazida é fenômeno geológico, da natureza, enquanto a mina é o resultado de exploração da jazida, traduzindo uma atividade econômica e produtiva.

¹⁴ Para maior aprofundamento sobre o uso de águas, v. Di Pietro, *Uso privativo de bens públicos por particulares*, 2010, p. 126-135.

16.8.9.2 SISTEMAS DE EXPLORAÇÃO E APROVEITAMENTO DAS JAZIDAS

Existem vários sistemas jurídicos concernentes à exploração e aproveitamento de jazidas:

1. **sistema fundiário ou da acessão:** atribui a propriedade da jazida ao proprietário do solo, cabendo ao Estado apenas a fiscalização, com base em seu poder de polícia; parte do conceito de propriedade de modo a abranger o solo, o subsolo e o espaço aéreo;
2. **sistema dominial ou regaliano:** a propriedade do subsolo distingue-se da propriedade do solo para fins de exploração; desse modo, as jazidas constituem propriedade da Coroa, que pode explorá-las diretamente ou mediante autorização ou concessão a terceiros, que ficam obrigados a pagar uma compensação pelo direito de exploração;
3. **sistema da *res nullius* ou sistema industrial:** os recursos naturais não pertencem a ninguém, razão pela qual cabe ao Estado conceder a sua exploração;
4. **sistema da ocupação:** a jazida cabe àquele que a descobrir, ou seja, ao seu primeiro ocupante, que tem o direito de explorá-la;
5. **sistema da concessão:** a jazida pertence ao Estado, que poderá conceder ao particular a sua exploração e aproveitamento.

16.8.9.3 EVOLUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

No período colonial e durante o regime das Ordenações Filipinas, a propriedade das jazidas era da Coroa; a sua exploração era feita pelo regime regaliano, devendo o concessionário pagar o “quinto”.

Com a Independência, a Lei de 20-10-1823 mandou que se aplicassem no Brasil as leis portuguesas, de modo que o regime continuou o mesmo, pertencendo as minas à Nação.

A Constituição de 1891 adotou o sistema fundiário ou da acessão, pelo qual as minas pertencem ao proprietário do solo. Em consonância com esse sistema, o artigo 526 do CC de 1916 veio determinar que a propriedade do solo abrange a do que lhe está superior e inferior em toda a altura e em toda profundidade, úteis ao seu exercício, só podendo, todavia, o proprietário opor-se a trabalhos que sejam empreendidos a uma altura ou profundidade tais que não tenha interesse algum em impedi-los.

O sistema foi prejudicial porque inexistia qualquer legislação disciplinando a atividade minerária, provocando o declínio da indústria extrativa.

A partir do Código de Minas de 10-7-34, passou a vigorar o sistema da concessão, em que as jazidas constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento industrial. Esse Código só foi publicado em 20 de julho, quando já estava em vigor a Constituição de 1934, que consagrou o sistema da concessão e assegurou ao proprietário do solo **preferência** na exploração ou **co-participação** nos lucros (art. 119, § 1º).

A Constituição de 1937 manteve a mesma sistemática, apenas exigindo que a concessão fosse dada a brasileiros ou a empresas constituídas por acionistas brasileiros.

Na Constituição de 1946 manteve-se o sistema da concessão, porém se extinguiu o direito à participação nos lucros, mantendo-se para o proprietário apenas o direito de preferência.

A Constituição de 1967 extinguiu o direito de preferência e instituiu o regime de participação do proprietário do solo nos resultados da lavra; este pode requerer o direito de pesquisa e lavra, porém em igualdade de condições com terceiros. A escolha é feita pelo direito de **prioridade**, ou seja, pela antecedência do pedido.

16.8.9.4 SISTEMA ATUAL

Na Constituição atual, o artigo 176 determina que “as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeitos de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra”.¹⁵

Ao proprietário do solo o § 2º assegura participação nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei. Além disso, o artigo 20, § 1º, assegura aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da Administração Direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

A pesquisa e a lavra dependem da autorização ou concessão da União e só podem ser dadas, no interesse nacional, a brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas (art. 176, § 1º, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 15-8-95).

¹⁵ Sobre monopólio e distinção entre as hipóteses dos artigos 176 e 177 da CF, v. acórdão do STF proferido na ADI 3366/DF, Rel. Min. Carlos Britto, Rel. para acórdão Min. Eros Grau, j. 16-3-05, Tribunal Pleno, DJ 2-3-07, p. 00026.

Nos termos do § 3º do artigo 176, a autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado e as autorizações e concessões não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente.