

**TRATADO DE**  
**DIREITO**  
**ADMINISTRATIVO**

COORDENADORES

ADILSON ABREU DALLARI

CARLOS VALDER DO NASCIMENTO

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

**2**

2013

## 1. INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo vive hoje um contínuo processo de transformação. Paulatinamente, vai sendo ampliado e alterado conforme vão crescendo as funções e os campos de atuação ou intervenção estatal, com impacto direto em tradicionais conceitos doutrinários, a exemplo do poder de polícia e do serviço público. No caso dos bens públicos, não há de ser diferente.

Existem diversos fatores hoje enfrentados pela Administração Pública que levam à redefinição do regime jurídico aplicado aos bens públicos que consagra o princípio da otimização e incremento das utilidades que deles dependem. Assim, pode ser considerada a ampliação dos campos de ação estatal – em especial a exploração de atividades econômicas –, a introdução de novos atores na dinâmica de uso dos bens públicos, a exemplo do terceiro setor, bem como a própria evolução do capitalismo, cujo presente estágio reconhece o valor patrimonial não no valor de troca dos bens, mas sim em seu valor de uso. Some-se a isso o processo de exaurimento das fontes tradicionais de captação de receitas pelo Estado e crescente demanda social pelo atendimento estatal de necessidades básicas.

Todos esses aspectos compõem o contexto no qual os bens públicos hoje se inserem e cumprem a sua função econômica e social. Trata-se de um cenário inteiramente novo quando comparado com aquele existente à época da construção dos principais marcos teóricos que a doutrina reconheceu como caracterizantes dos bens públicos. Uma detida pesquisa acompanhada de profunda reflexão demonstra o quanto as certezas mais sólidas sobre o tema bens públicos se desmancham diante de estudo mais detido<sup>1</sup>.

\* Doutor e Livre-Docente em Direito Público pela USP. Professor associado de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da USP. Secretário Acadêmico da Sociedade Brasileira de Direito Público. Advogado em São Paulo.

1 Este artigo foi elaborado a partir da obra *Bens públicos, função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Para uma análise mais detida sobre os tópicos apresentados neste texto, vale a consulta ao trabalho.

Evidencia-se hoje um interessante movimento de construção de soluções legislativas ou administrativas diante das transformações do Direito Administrativo, que, sob críticas ou encômios, evoluem e se firmam. Contudo, cremos que esse contexto impele a uma revisão das linhas doutrinárias construídas em torno dos bens públicos. Revisão que não implica um abandono do que até aqui se construiu, mas envolve uma mudança no modo de conceber, tratar e empregar os bens públicos dentro das peculiaridades do direito brasileiro.

## 2. PATRIMÔNIO PÚBLICO E REGIME DE AQUISIÇÃO DE BENS PÚBLICOS

Para a definição de bens públicos, o direito positivo brasileiro se respalda em dois grandes critérios conceituais: o critério subjetivo, também identificado como civilista, e o critério objetivo ou funcional.

Como nota peculiar do sistema brasileiro, a construção doutrinária e jurisprudencial do regime dos bens públicos sofreu forte influência do direito privado. Os critérios subjetivo e objetivo, por certo, não são excludentes. Podem e devem ser complementares. A dificuldade está em empregar o tratamento consubstancial do CCB<sup>2</sup> para desenvolver o regime jurídico-administrativo.

### 2.1. O critério civilista – subjetivo

Uma das formas de se disciplinarem juridicamente os bens públicos é aquela adotada pela lei civil<sup>3</sup>, consistente em defini-los com base na relação de domínio por parte de uma pessoa jurídica de direito público interno. O Código Civil de 2002 trata do assunto quando classifica os bens e em geral não discrepa substancialmente do Código anterior<sup>4</sup>.

O art. 98 do CCB vigente estipula serem “públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são

2 Ruy CIRNE LIMA, um dos precursores da concepção funcionalista, entendia não haver oposição entre esta visão objetiva e o regime do Código Civil de entao (como visto, não distinto do atual neste particular). Cf. *Princípios de direito administrativo brasileiro*, p. 76.

3 Código Civil Brasileiro, arts. 98 a 103.

4 O art. 65 do Código anterior dispunha: “São públicos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados ou aos Municípios. Todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.” Nesse sentido, a lei nova aperfeiçoou a anterior, haja vista existirem pessoas jurídicas de direito público que não as pessoas jurídicas políticas (antes da Federação), como precisamente deixa assentado o art. 41 do próprio Código. Lamentavelmente, a melhoria redacional introduzida no art. 98 é anulada pela péssima disposição constante do parágrafo único do art. 99, que comentaremos adiante.

*particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem*". Esse artigo, a nosso ver, acaba por ter duas consequências: (i) erradica entre nós a possibilidade de existência de *res nullius*<sup>5</sup> porquanto estabelece que ou os bens integram o patrimônio de uma pessoa jurídica de direito público interno, ou são bens privados, apropriáveis, portanto, pelos particulares, pessoas físicas ou jurídicas; (ii) estabelece uma sujeição ao regime jurídico de direito privado (propriedade) para aqueles bens que estejam na pertença das pessoas de direito público. Portanto, o art. 98 está a dizer, como de resto já alude a Constituição<sup>6</sup>, que tanto os bens que integram o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público são bens públicos (sujeitos a um regime próprio) como também que todos os bens públicos pertencem ao domínio dessas pessoas, ou seja, são objeto de propriedade dos entes estatais.

Não é a relação jurídica de uso que pauta o tratamento civilista dos bens, mas, sim, a relação de domínio. Com isso, a preocupação do legislador civilista foi também delimitar os contornos da propriedade pública e dispor sobre os direitos do proprietário com relação ao bem, e não propriamente tratar dos direitos da coletividade perante esse mesmo bem.

A única referência no CCB ao aspecto funcional dos bens públicos está na classificação constante do art. 99 quanto aos tipos de uso que se destinam. Seguindo a tradição do direito civil brasileiro<sup>7</sup>, o CCB adota a tripartição dos bens públicos tendo por critério o tipo de uso a que se destinam em: (i) aqueles voltados a um uso comum de toda a gente, seja por razões naturais, seja pelo uso ou prescrição legal; (ii) aqueles dedicados a um uso também público, mas não franqueado a toda gente de modo incondicional; e, por fim, (iii) aqueles que seriam constituintes do patrimônio dos entes públicos, mas não destinados a usos comum ou especial, como os anteriormente referidos.

5 Em verdade, o novo Código contempla a hipótese de existência de coisa sem dono (*res nullius*), mas apenas para dizer que estas, tão logo assenhoreadas por alguém, passam de imediato a integrar o patrimônio do apropriante (cf. art. 1.263). Seguimos, então, sustentando que o nosso ordenamento refuta a existência de coisas que, por sua natureza, sejam determinadas a não integrar o patrimônio de quem quer que seja. Há razão, porém, em se interpretar que as coisas que são inapropriáveis individualmente pelos particulares integram o patrimônio público, fazendo a respectiva pessoa jurídica de direito público interno as vezes de pleno proprietário, mas exercendo esse direito de propriedade em conformidade com a finalidade pública conferida a este bem.

6 Cf. art. 20, I, da CF.

7 A regra constante do art. 99 do Código vigente é praticamente a mesma que constava do Código de 1916, alterando-se apenas no tocante à definição dos bens de uso especial, que deixam de ser aqueles aplicados à função administrativa e passam a ser aqueles destinados a ela. A relevância da alteração será explicitada mais adiante.

As prescrições do CCB são, do ponto de vista administrativo, impróprias. Além da má técnica das definições exemplificativas, há generalizações que conferem imprecisão conceitual, e a classificação proposta é insuficiente para lidar com a complexidade de utilizações e relações em que os bens públicos hoje se inserem. Ademais, é evidente a contradição no art. 99: ao definir os bens dominicais como aqueles que "constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público", permite um entendimento segundo o qual só esses bens, dominicais, teriam natureza patrimonial, colidindo com a própria definição de bens públicos do art. 98, que nos remete à ideia de que patrimoniais são todos os bens pertencentes ao patrimônio das pessoas jurídicas de direito público interno.

## 2.2. O critério funcionalista – objetivo

Por este critério, mais próximo ao direito administrativo, o regime público recairá sobre os bens que estejam de alguma forma empregados numa utilidade de interesse geral. Pelo critério funcionalista, pouco importa saber quem é o titular do domínio do bem; releva verificar a que finalidade ele se presta.

Decorre de uma visão funcionalista a posição que concebe existirem dois tipos de domínio por parte do Estado: os bens do domínio público e os bens do domínio privado da Administração<sup>8</sup>. No tocante aos primeiros, estariamos diante de bens consagrados a um uso de interesse geral (correspondendo aos bens de uso comum e aos de uso especial, na sistemática do CCB). Os segundos equivaleriam aos bens desprovidos dessa consagração, não utilizados para finalidade pública específica e, portanto, não submetidos a um regime jurídico especial<sup>9</sup>.

Tenha-se claro que essa linha de pensamento não leva necessariamente a se conceber que o emprego do bem a uma função pública – ou, como dizia Ruy CIRNE LIMA, a uma atividade administrativa – faz o bem automaticamente

8 Essa dicotomia entre domínio público e domínio privado é significativa no Direito Administrativo francês, conforme já tivemos a oportunidade de afirmar. Em linhas gerais, a definição de domínio é essencialmente organicista por consistir no "conjunto de bens e direitos mobiliários e imobiliários pertencentes às pessoas públicas", segundo Jacqueline MORAND-DEVILLER, *Cours de Droit Administratif des Biens*, p. 12. Porém, para a determinação do regime jurídico aplicável e da autoridade jurisdicional competente para apreciar contendas relacionadas aos bens estatais, separam-se os bens do domínio público dos bens do domínio privado: enquanto os primeiros submetem-se ao regime de direito público e são analisados pelos juízes administrativos, estes são regidos por normas de direito privado e levados à jurisdição comum.

9 Essa é a posição defendida por Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito administrativo*, p. 634.

integrante do domínio público ou da propriedade de pessoa jurídica de direito público. Disso não se cogita, na medida em que as duas esferas (domínio e função) não se confundem. O bem dominalmente privado poderá ser considerado bem público para sobre ele se aplicar o regime publicístico.

O enquadramento de um bem como público pelo viés de sua finalidade depende da sua “essencialidade” e “indispensabilidade” para o exercício de uma função de interesse geral atribuída ao Estado. Identificamos, então, três requisitos: *primeiro*, a utilidade do bem deve corresponder a uma atividade cometida ao poder público por lei ou pela Constituição ou então cujas características tornem imperativo que ela seja realizada pelo Estado; *segundo*, o bem deve ser essencial para aquela atividade, de modo a que dele não se possa prescindir sem prejuízo do exercício dessa função pública; *terceiro*, ainda que a necessidade recaia não sobre um bem individualizado, mas sobre determinado gênero de bens, aquele bem específico deve ser, ao menos naquelas circunstâncias, insubstituível, ou, se substituído por outro equivalente, a esse bem substituinte será transferida automaticamente a natureza de bem público.

Apesar de ser o critério mais bem recebido pela doutrina administrativista, a concepção funcionalista, porém, não é imune a críticas. Primeiro, ela colide com a definição do art. 98 do CCB, sem que esteja expressamente prevista na legislação. Ademais, acarreta grande incerteza jurídica por permitir que bens de propriedade privada sejam tratados como públicos e não consegue justificar que sejam públicos os bens dominicais (para estes seria necessária a aplicação da concepção domínial presente no art. 98 do CCB).

## 2.3. As diferentes formas de classificar os bens públicos

### 2.3.1. Bens pelo critério subjetivo

A classificação dos bens públicos conforme a titularidade se baseará na identificação de quem seja o titular da propriedade. No âmbito do direito público, isto se põe um pouco mais complicado do que no do direito privado. É que nem sempre as relações de propriedade das pessoas jurídicas de direito público estarão formalizadas ou facilmente identificadas. Já nos referimos anteriormente ao fato de que, no caso dos bens imóveis, nem sempre haverá registro da propriedade pública.

Todos os bens considerados pela Constituição ou pela lei como públicos são objeto de propriedade de pessoa jurídica de direito público, ainda que essa relação de domínio não esteja formalizada ou externalizada, como ocorre com as propriedades privadas. Mesmo porque bens que seriam enquadráveis na

categoria de bens do domínio artificial (ruas, por exemplo) poderão não ter o correspondente registro domínial da titularidade de uma pessoa de direito público interno e nem por isso deixariam de ser bem público.

Segue daí que o domínio das pessoas jurídicas referidas no art. 41 do CCB poderá advir: (i) diretamente de prescrição legal ou constitucional; (ii) de fundamento idêntico àqueles previstos no CCB para a propriedade privada (cf. arts. 1.226 e 1.227); e, por fim, (iii) da relação de afetação imemorial (mas não natural) a uma utilidade pública, o que importa numa prescrição aquisitiva em favor do ente estatal<sup>10</sup> a quem competir a implementação da finalidade pública a que vem se prestando o bem<sup>11</sup>.

A importância em identificar a pessoa jurídica do ente estatal proprietário do bem público está em saber quem é o detentor da competência para decidir sobre o emprego do bem e sobre o regime de sua gestão. A partir do critério de titularidade, chegamos aos bens públicos em sentido próprio, ou seja, aqueles assim considerados pelo CCB (art. 98). Estes podem ser classificados a partir de cada espécie de pessoa jurídica de direito público interno.

### 2.3.2. Bens pelo critério objetivo: a funcionalidade

O que determina a aplicação de um regime jurídico derogatório do regime geral do direito civil é menos a natureza da pessoa a quem os bens pertencem e mais a espécie da atividade para os quais eles estão consagrados.

É importante notar que o critério objetivo, pelo emprego ou destinação do bem a uma finalidade pública, embora seja encontrado mais na doutrina e na jurisprudência, está também refletido no direito positivo. Assim é, por exemplo, com a conceituação de patrimônio público constante da Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/65), que o regime protetivo deste *writ* se estende sobre bens de empresas públicas, sociedades de economia mista, paraestatais e fundações privadas mantidas com recursos públicos, alargando o conceito de bem público também para atingir esses bens de entes privados, em virtude de uma fluida aplicação a finalidades de interesse geral<sup>12</sup>.

10 Dito de outra forma, a utilização de um bem privado para uma afetação à finalidade pública, de conhecimento geral, por longo tempo, parece-nos suficiente para conferir ao bem domínio público, outorgando o direito real de propriedade do bem em apreço ao ente estatal detentor, e a competência para implementar e gerir aquele específico uso, nos estritos termos dos arts. 1.238 e 1.239 do CCB.

11 Nesse sentido é também a lição de Bartolomé FIORINI: “La afectación pública de algunos bienes de origen privado puede también producirse por prescripción adquisitiva [...] y puede también acontecer con la cosa afectada desde tiempo inmemorial” (*Derecho Administrativo*, tomo II, p. 313).

12 Da mesma forma, ocorre com o art. 44 da Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade

### 2.3.3. Bens pelo uso afetado

O Código Civil, vimos, contempla (art. 99) três grandes categorias de uso para as quais o bem pode estar destinado (no caso, a doutrina sustenta tratar-se de duas classes de uso e uma terceira desprovida de afetação)<sup>13</sup>.

Aponte-se desde logo que, em nosso ponto de vista, os usos para os quais os bens podem estar afetados não pressupõem exclusividade ou necessária prejuridicalidade. De fato, pode uma mesma coisa ser prestante a mais de uma utilidade, cada qual consubstanciada num uso específico (prenotador de um valor de uso autônomo). E, assim sendo, essa mesma coisa pode ser afetada a mais de um uso a um só tempo, de modo concomitante e não interferente às outras afetações. Não é correto dizer que existem categorias estanques e bem apartadas de bens, de modo que houvesse de um lado os “bens de uso comum” e de outro os “bens de uso especial”. O que há são usos, predicadores de utilidades com características distintas, e que recaem sobre os bens do patrimônio público.

#### a) Bens de uso comum

O uso<sup>14</sup> comum é aquele posto à disposição dos administrados de maneira indistinta, independentemente de qualquer titulação especial e do cumprimento de qualquer condição prévia, ressalvada, naturalmente, a observância de regras de ordenação desse próprio uso.

De nossa parte, vemos que o uso comum, quando afetado a um bem, gera um direito ao cidadão de usufruir este uso<sup>15</sup>, direito que se afirma como típico direito coletivo de ordem pública ou um direito público subjetivo, na medida

Fiscal), que abraça um conceito de patrimônio público alargado para abranger também bens de empresas estatais privadas integrantes da Administração Pública, desde que dependentes do Estado.

13 Vejam-se a esse respeito as lições de Celso Antônio BANDEIRA de MELLO, Desapropriação de bem público, p. 50.

14 Com o mote de desenvolver sua teoria sobre o uso de bens públicos de maneira a que ela se adequasse ao momento institucional no qual o tema se insere — momento este reconhecido pelo seu viés econômico e pela projeção de conceitos de conformação da propriedade, como a “função social” —, Vincenzo JAMBRENGHI defende a necessidade de a propriedade pública ter sua destinação conforme os interesses da sociedade, afastando-se, assim, da clássica concepção individualista então prevalente na doutrina italiana sobre o uso dos bens públicos. Dessa forma, propriedade pública e necessidades sociais seriam associadas pelo que o autor denominou *método democrático*, pautado no reconhecimento do papel dos administrados na delimitação da extensão e profundidade da disciplina do uso dos bens públicos após transcurso de procedimento administrativo no qual os diversos interesses atrelados aos bens tenham sido ponderados pela Administração Pública com vistas à determinação do interesse que irá conformar o uso (cf. *Premesse per una Teoria dell'Uso dei Beni Pubblici*).

15 Nessa linha são as lições de Caio TÁCITO, Desapropriação. Bens do domínio público municipal. Indemnização, p. 296.

em que não integra o plexo de direitos individuais do sujeito, nem é por ele renunciável<sup>16</sup>.

Quatro são os elementos caracterizadores do uso comum: (i) generalidade (franqueamento do uso diretamente a todos, sem necessidade de legitimação subjetiva específica habilitadora do uso); (ii) impessoalidade (o uso comum deve se dar de modo independente de qualquer característica ou titulação subjetiva específica do usuário e, por definição, pressupõe a fruição em condições equânimes entre todos os usuários, efetivos ou potenciais); (iii) incondicionalidade (a fruição pelo administrado desse uso não está subordinada ao cumprimento de qualquer condição subjetiva); e (iv) impregnação nas características do bem (o uso comum se impregna no bem de modo a que a coisa passa a ser determinada pelo uso)<sup>17</sup>.

#### b) Bens de uso especial

À semelhança dos bens de uso comum, os bens de uso especial também se prestam a suportar o exercício das funções públicas, porém em caráter instrumental. É dizer, a função pública não é exercida pela mera disponibilidade do bem ao uso geral e incondicionado de todos os administrados, mas, sim, pela reserva do bem a um uso por parte de um grupo específico de cidadãos que, mediante esse uso, satisfazem necessidades da coletividade<sup>18</sup>.

A definição constante do Código Civil, embora também não primando pela melhor técnica, estipula algum núcleo conceitual quando define os bens de uso especial como aqueles que sejam destinados (e não meramente aplicados,

16 Em compasso com FORSTHOFF, Eros Roberto GRAU qualifica o direito de acesso ao bem de uso público como um direito subjetivo, razão pela qual deve ser objeto de tutela jurídica. Ao proprietário do bem de uso comum, portanto, é defeso condicionar, limitar ou restringir a participação no bem de uso comum; tão somente o poder público assim poderá proceder quando do exercício do poder de polícia. Bens de uso comum, p. 52. Verificar, ainda, o RE n. 94.253, acórdão em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu e caracterizou o direito à utilização de bem público de uso comum do povo.

17 Maria Sílvia Zanella DI PIETRO, pioneira no estudo mais hodierno do tema dos bens públicos, arrola como regras do uso comum a generalidade, a igualdade, a liberdade e a gratuidade (*Direito administrativo*, p. 652); a esse respeito, ver também Bens públicos e o tespaço de uso, p. 406. Os três primeiros elementos coincidem com aqueles atribuídos por nós destacados (generalidade, impessoalidade e incondicionalidade, respectivamente). Discordamos, contudo, da regra da gratuidade, seja pela expressão prevista da lei civil (art. 103 do CCB), seja pelo fato de que, como demonstramos na sequência, a imposição de uma retribuição geral e impessoal não descaracteriza o uso comum, assim como ocorre com algumas imposições ordenadoras.

18 “A denominação não é muito precisa, mas indica que tais bens constituem o aparelhamento material da Administração para atingir seus fins” (José dos Santos CARVALHO FILHO, *Manual de direito administrativo*, p. 998).

como antes já nos referimos) a serviço ou estabelecimento da Administração Pública (de qualquer esfera da Federação), incluindo as autarquias.

O núcleo essencial do uso especial está no caráter de individualidade do uso, o que pode ou não se traduzir na privatividade. Enquanto o uso comum, vimos acima, se mostra marcado pelos traços da generalidade, impessoalidade e incondicionalidade, o uso especial, ao contrário, demanda do usuário do bem algum título especial que o legitime ao uso.

Destaque-se que, diferentemente do que ocorre com os bens consagrados ao uso comum, os bens de uso especial não possuem, em regra, características inerentes que prediquem já sua afetação, o que fundamenta a consideração dos bens de uso especial como bens do domínio patrimonial indisponível por parcela da doutrina. De nossa parte, não vemos muita consistência ou utilidade nessa designação, seja porque entendemos que mesmo os bens de uso comum, se desafetados, poderiam ser alienados como um patrimônio qualquer, seja porque tal denominação discrepa daquela adotada na lei<sup>19</sup>, sem agregar qualquer utilidade didática ou conceitual.

#### c) Bens dominicais

Por fim, temos os bens dominicais, por vezes chamados dominiais. Seriam esses bens aqueles que, integrando o patrimônio do Estado, não estivessem consagrados diretamente a uma finalidade pública, demarcando o caráter residual dessa classe de bens<sup>20</sup>. Dizemos não diretamente, pois esses bens domini-

19 A designação "patrimônio indisponível" era presente no Regulamento para execução do Código de Contabilidade da União (Decreto n. 15.783, de 8-11-1922), não mais vigente. Assim é que a redação do art. 807 do diploma legal mencionado dispunha: "Os bens patrimoniais do Estado, compreendidos nas alíneas b e c [bens de uso especial e bens dominicais, respectivamente] do precedente artigo 803, são imóveis ou móveis, disponíveis ou não disponíveis" (grafia da época). Nesta linha, tratando dos bens disponíveis, o art. 810 previa: "Classificam-se como disponíveis os bens do Estado, qualquer que seja sua proveniência, dos quais se possa effectuar venda, permuta ou cessão, ou com os quais se possa fazer operações financeiras em virtude de disposição de leis especiais de autorização" (grafia da época), e o art. 811, tratando dos bens não disponíveis, asseverava: "Consideram-se não disponíveis os bens que são necessários e têm applicação aos serviços públicos e em relação aos quais, quer pelo destino dos mesmos, quer por disposição de lei, não pôde o Estado praticar nenhum dos actos indicados no artigo anterior" (grafia da época). A respeito do tema, e com entendimento diverso do nosso (anteriormente apresentado), Maria Sylvia Zanella DI PIETRO observa: "Outra classificação dos bens públicos é a que consta do Regulamento do Código de Contabilidade Pública da União [...] o qual, embora empregando, no artigo 803, a mesma terminologia utilizada no artigo 66 do Código Civil anterior, faz melhor distinção, no artigo 807, chamando os bens de uso especial de patrimoniais indisponíveis e, os dominicais, de patrimoniais disponíveis. Daí já resulta 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 dos seus fins" (Direito administrativo, p. 633).

20 Cf. José dos Santos CARVALHO FILHO, *Manual de direito administrativo*, p. 1000; Lúcia Valle FIGUEIREDO, *Curso de direito administrativo*, p. 549-550.

cais devem cumprir uma finalidade patrimonial (gerar rendas para a Administração, receitas estas supostamente empregadas em finalidades públicas) que, instrumentalmente, seja útil à função pública.

Contudo, no caso dos bens dominicais, parece-nos ser uma verdadeira afronta à cláusula geral de função social (art. 5º, XXIII, da CF) imaginar possível que o ente público detenha um acervo de bens (móveis ou imóveis) e não lhes dê qualquer uso, nem mesmo no sentido de geração de receitas empregáveis no custeio de necessidades coletivas ou na viabilização de empreendimentos públicos<sup>21</sup>. Se bens dominicais existem, a eles deve ser dada a destinação patrimonial: o acervo desses bens deve ser administrado de forma a propiciar resultado econômico (rendas para a Administração) ou a permitir que os particulares o façam, preferencialmente com reversão de ônus em favor do poder público.

Por agora cumpre registrar que, para além de não estar afastado, parece-nos imperativo o emprego econômico dos bens dominicais de forma a que eles cumpram a finalidade de gerar receitas para a Administração Pública. Isto não apenas pelo sobredito princípio da função social da propriedade (que interdita a ociosidade, a não utilização dos bens), mas também pelo princípio da economicidade, consagrado também pela Constituição e objeto de tutela pelos Tribunais de Contas (art. 70, *caput*, da CF).

## 2.4. Regime de aquisição dos bens públicos

Para compor seu acervo patrimonial, o poder público dispõe de determinadas ferramentas jurídicas e almeja satisfazer certos objetivos que não são próprios da iniciativa privada. Primeiro, o poder público não maneja seus instrumentos financeiros, administrativos e legais sem que esteja a perseguir determinada finalidade de interesse geral<sup>22</sup>. Ainda na diferenciação entre o procedimento de aquisição de bens pelo poder público e pelos agentes privados, ressalte-se a presença de certas prerrogativas àquele, como a aquisição originária que se verifica nas desapropriações.

21 Distanciamo-nos aqui um pouco da posição professada por Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, quando ela afirma que "não se pode dizer que tais bens desempenhem, por sua própria natureza, uma função social, porquanto, se assim fosse, deixariam de ser dominicais para entrar em uma das outras duas modalidades" (A gestão jurídica do patrimônio imobiliário do poder público, p. 58). Isto porque defendemos que nenhum bem está, por sua própria natureza, destinado a uma finalidade, ainda quando se trate de bem do patrimônio público natural, que pode ser pontualmente desafetado. De outro bordo, se o mero desampenho de uma função social fosse condicionante ao bem ser de uso comum ou especial, cairia por terra todo o regime de sujeição ao cumprimento de função social que recai sobre os bens privados.

22 Cf. Roger BONNARD, *Précis de Droit Public*, p. 200.

De um modo geral, os meios de aquisição dos bens públicos dividem-se em duas grandes linhas: os meios originários (decorrentes da soberania) e os meios derivados (em que há o emprego de algum instrumento jurídico de direito público ou de direito privado)<sup>23-24</sup>.

#### 2.4.1. Os meios originários de aquisição de bens públicos

Determinados bens são considerados *ex vi legis* propriedade pública, o que impede a apropriação individual dos mesmos, fundamentalmente porque já integram o patrimônio estatal desde tempos ancestrais. Nessa condição colocam-se as terras devolutas ou os bens do patrimônio público imobiliário<sup>25</sup>, bem como os bens do domínio público natural,<sup>26</sup> que integram a propriedade estatal por força de prescrição constitucional ou legal.<sup>27</sup>

#### 2.4.2. Os meios derivados de aquisição de bens públicos

Constituem meios de aquisição derivada de bens pelo poder público todas as modalidades de aquisição de domínio previstas no direito privado e mais outras, suas assemelhadas, marcadas pelo traço do poder extroverso<sup>28</sup>. A regra geral é de aquisição pelo poder público dos bens, móveis ou imóveis, mediante licitação<sup>29</sup>.

##### a) Compra e venda

Trata-se do mais difundido meio de aquisição de propriedade. No caso dos bens móveis, este é o instrumento quase único para aquisição de bens públicos,

necessariamente precedido de processo licitatório prévio<sup>30</sup>. No caso de bens comuns, a licitação poderá seguir o regramento do pregão (art. 1º da Lei n. 10.520/2002)<sup>31</sup>. Ademais, aplicam-se às compras de bens móveis (consumíveis ou não) as hipóteses de dispensa de licitação, arroladas no art. 24, ou de inexigibilidade, previstas no art. 25, *caput* e inciso I, ambos da Lei de Licitações.

Já para os bens imóveis, a compra e venda é pouco utilizada dada a prevalência do instrumento da desapropriação<sup>32</sup>. Ressalvados os casos de transação (art. 24, X, da Lei n. 8.666/93), a aquisição de bens imóveis por compra e venda exige licitação pública. Em qualquer hipótese, é exigida a realização de avaliação prévia dos bens a serem adquiridos por compra e venda<sup>33</sup>. Entendemos, porém, descabida, inconveniente e inconstitucional a exigência de autorização legislativa prévia<sup>34</sup>.

No caso dos bens móveis, a transferência de propriedade se dá pela tradição (art. 1.226 do CCB). Destaque-se, ainda, que os bens imóveis adquiridos pelo poder público mediante compra e venda devem ser registrados no Registro de Imóveis<sup>35</sup>.

##### b) Direito de preempção

O direito de preempção importa em transferência de propriedade do bem para o poder público mediante o pagamento ao proprietário original de um valor considerado equivalente (valor de troca). Previsto no art. 25 do Estatuto da

30 Cf. arts. 14 e 15 da Lei n. 8.666/93, que condicionam tais aquisições aos seguintes requisitos (i) precisa definição do objeto sem preferências de marcas (art. 15, § 7º, I); (ii) observância de condições habitualmente praticadas no mercado (art. 15, III); (iii) existência de recursos orçamentários (art. 14); (iv) observação de preços praticados pela Administração (art. 15, V); (v) subdivisão das compras em lotes para evitar perda de economias de escala (art. 15, IV); e (vi) utilização de ata de registro de preços.

31 A respeito do tema, ver Marçal JUSTEN FILHO, *Pregão (Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)*; Vera SCARPINELLA, *Licitação na modalidade de pregão*; Diogenes GASPARINI, *Pregão presencial e eletrônico*; Jair Eduardo SANTANA, *Pregão presencial e eletrônico*.

32 Que, em suma, não deixa de ser uma compra e venda sem necessidade de consentimento do vendedor. Giorgio REBUFFA, reportando-se à lição de Lorenzo MEUCCI, ensina: "Così la 'natura' della espropriazione viene definita come 'una specie di vendita': la espropriazione essendo una vendita in cui il consenso del venditore è supplito dalla legge" (*La Formazione del Diritto Amministrativo in Italia*, p. 206).

33 Cf. art. 16, I, e § 4º, I, da Lei Complementar n. 101/2000 e arts. 14, *caput*, 24, X, e 26 da Lei n. 8.666/93.

34 De fato, parece uma exorbitância exigir lei para a compra e venda quando esta não se coloca para a desapropriação. Ademais, como a Lei Orçamentária já previu a dotação (art. 14 da Lei n. 8.666/93), não faz sentido pretender uma nova lei, de efeitos concretos, a reforçar esta autorização. Inconveniente porque se de compra e venda se trata, exigir uma lei prévia tolheria toda a capacidade de negociação do comprador (poder público), além de acarretar ineficiência na condução das atividades administrativas.

35 Como aponta José dos Santos CARVALHO FILHO "no Direito brasileiro a aquisição de bem imóvel objeto de contrato sujeita-se a registro, no cartório de Registro de Imóveis, do título transitório da propriedade por ato inter vivos. [...] Essas regras aplicam-se à aquisição de bens pelo Estado" (*Manual de direito administrativo*, p. 1010).

23 "Os meios derivados são a anexação, a compra, a troca, a doação, o legado, a sucessão, a desapropriação, finalmente todos os meios criados pela lei, em virtude dos quais se verifica a incorporação de bens ao Estado" (Themístocles Brandão CAVALCANTI, *Tratado de direito administrativo*, v. III, p. 358).

24 Cf. Miguel SEABRA FAGUNDES, *Da desapropriação no direito brasileiro*, p. 11.

25 Daí Themístocles Brandão CAVALCANTI dizer que "[o] meio originário é um só: a ocupação", o que não se confunde com os bens que, já tendo sido do domínio privado, são apropriados pelo poder público por usucapião (*Tratado de direito administrativo*, v. III, p. 358).

26 Marcello CAETANO pondera que "[...] efetivamente existem bens cuja dominialidade se impõe ao legislador, bastando a consagração legal para que sejam declarados dominicais, enquanto outros só mediante actos de classificação ou afectação adquirem carácter público. Mas nem vemos que esta distinção coincida com a do domínio em natural e artificial, nem nos parece fácil separar dois grupos, um do domínio necessário e outro do domínio voluntário" (*Manual de direito administrativo*, tomo II, p. 851).

27 Reiteramos nosso entendimento, exposto no capítulo anterior, de que não é a natureza intrínseca do bem, mas a prescrição normativa que o torna integrante do domínio público natural.

28 Cf. Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, p. 791.

29 Cf. art. 37, XXI, da CF, e art. 2º da Lei n. 8.666/93.

Cidade (Lei Federal n. 10.257/2001), o vendedor concorda em vender a coisa e no preço que considera justo, mas não tem a intenção de aliená-la em favor do poder público, só sendo obrigado a fazê-lo por força de lei. Registre-se que no caso de preempção, embora a aquisição do bem se dê por compra e venda e não por desapropriação, não se cogitaria de prévia autorização legislativa.

#### c) Desapropriação

O instituto da *desapropriação* é o mais utilizado instituto de direito público para aquisição de bens, mormente os imóveis<sup>36</sup>. Uma primeira nota interessante, que caracteriza os diferentes tipos de desapropriação, corresponde ao instituto da afetação.

Para a *desapropriação por zona*, tal qual prevista no art. 4º do Decreto-Lei n. 3.365/41, entendemos existir uma afetação própria aos bens dominicais de cunho econômico, o que determina inclusive o dever de alienação para aproveitamento do bem na auferição de receitas pelo poder público<sup>37</sup>. No caso da *desapropriação urbanística*<sup>38</sup>, o bem a ser expropriado encontra-se afetado à implementação de determinado plano urbanístico, cabendo posterior alienação. Assim, a afetação poderá se traduzir na previsão de futura alienação, o que corresponde a dizer que a destinação do bem é justamente sua alienação<sup>39</sup>.

Do mesmo modo, ou seja, como hipóteses de desapropriação de bens que serão transferidos (alienados por venda ou doação) aos particulares para cumprir os objetivos de necessidade ou utilidade pública, ou de interesse social, há ainda as hipóteses de desapropriação para construção de *distritos industriais* (art. 5º, § 1º, do Decreto-Lei n. 3.365/41), a desapropriação para fins de *reforma agrária* (art. 25, *caput*, da Lei n. 4.504/64) ou a desapropriação punitiva por não

36 Isto é referido por Odete MEDAUAR, que com grande precisão relaciona o "princípio da desapropriabilidade de todos os bens" à evolução do próprio instituto da desapropriação (*Destinação dos bens expropriados*, p. 76 e 77). Bem é verdade, inclusive, que, mesmo em relação aos imóveis, o instituto da desapropriação ganhou novos contornos. Mais uma vez, valendo-nos das precisas palavras de Odete MEDAUAR, "A concepção antiga de desapropriar imóvel somente por necessidade pública para realização de obras ou serviços públicos, tornando-o bem do domínio público, hoje não mais prevalece, pois em grande número de casos o bem expropriado destina-se ao patrimônio de particulares, não existindo, de regra, restrições quanto ao tipo de bens privados suscetíveis de expropriação" (idem, *ibidem*, p. 127).

37 Como, aliás, vem expresso no texto legal, na parte final do retrocitado art. 4º. Lá vemos que o decreto expropriatório deverá expressamente indicar a parcela dos bens objeto de desapropriação por zona que se destinam à posterior venda com apropriação pelo poder público da chamada "valorização extraordinária".

38 Sobre o tema, ver Adilson Abreu DALLARI, *Concessões urbanísticas*.

39 "No tocante à destinação dos bens expropriados, parece peculiar à desapropriação urbanística a possibilidade de posterior venda ou locação a particulares, embora muitos dos bens passem a integrar o domínio público (ruas, praças, prédios de repartições, etc.)" (Odete MEDAUAR, *Destinação dos bens expropriados*, p. 111).

utilização de imóvel urbano (art. 182, § 4º, III, da CF)<sup>40</sup> ou ainda a desapropriação para *re loteamento ou incorporação* por Estados, Distrito Federal ou Municípios<sup>41</sup>. Também nesses casos se evidencia uma afetação que corresponde à necessária alienação.

Outro elemento relevante no campo da desapropriação diz respeito ao momento em que o bem expropriado passa a integrar o patrimônio do ente expropriante de bem imóvel. Diante do princípio constitucional da publicidade, refuta-se a tese de prescindibilidade do registro do bem expropriado<sup>42</sup>, ou seja, o poder público não goza do privilégio de dispensa do registro do bem expropriado para conclusão da transferência do mesmo.

#### d) Doação

A hipótese de doação entre entes da Administração é tratada no art. 17, *l. b*, da Lei n. 8.666/93. Entendemos que mesmo na doação sem encargo o poder público tem o dever de avaliar o bem e levantar eventuais passivos a ele relativos antes de aceitá-lo.

Importante meio de aquisição de bens imóveis pelo poder público é a *doação compulsória no processo de parcelamento do solo urbano* (art. 23 da Lei n. 6.766/79)<sup>43</sup>. De nossa parte, entendemos que esses bens podem ser futuramente desafetados, reafetados e até mesmo alienados, desde que isso não implique que abdicção pelo poder público municipal de suas obrigações de prover bens e serviços essenciais<sup>44</sup>.

#### e) Permuta

O componente caracterizador da permuta consiste na troca de um bem por outro de valor equivalente. Por ser a ela subjacente a alienação do bem público

40 Embora o dispositivo constitucional não faça expressa referência à revenda do bem para tanto expropriado, parece-nos decorrer diretamente do fundamento da desapropriação punitiva ali prevista que o imóvel, após parcelado ou edificado (art. 182, § 4º, I), seja alienado.

41 Conforme art. 44 da Lei n. 6.766/79.

42 São as lições de PONTES DE MIRANDA: "A perda da propriedade ou somente ocorre com a transcrição da sentença no registro de imóveis, ou com a posse mesma anterior ou posterior à sentença, tratando-se de desapropriação de bem móvel não sujeito, para a aquisição da propriedade a registro" (*Tratado de direito privado*, tomo XIV, p. 253, grafia da época). Nessa linha, ver também Edmir Netto de ABRAJÓ (*Cursos de direito administrativo*, p. 1013) e Adilson Abreu DALLARI (*Desapropriação: conceitos e procedimentos*, p. 47).

43 Cf. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito administrativo*, p. 671; Odete MEDAUAR, *Direito administrativo moderno*, p. 250.

44 Para uma análise da questão sob o prisma da inalienabilidade e ainda na legislação anterior, ver Alfredo BUZAID, *Bem público de uso comum*, p. 46-62.



permutado, esse negócio jurídico se submeterá às exigências atinentes à alienação de bem público, móvel ou imóvel<sup>45</sup>.

#### f) *Dação em pagamento*

Relacionado com o pagamento de dívidas, na dação em pagamento o devedor entrega o bem para quitar valores em débito com o poder público. Com isso se dá a incorporação do bem, antes privado, ao patrimônio público. Na dação em pagamento, coloca-se a necessidade de avaliação prévia, mesmo que realizada administrativamente.

#### g) *Aquisição de bem público por força judicial*

Por força judicial também se opera a aquisição de bens, pela perda ou confisco de propriedades de criminosos ou pela perda dos bens objeto de condenação em ações por improbidade administrativa.

No caso da lei de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92), os incisos I e II do art. 12 preveem a perda de bens no caso de condenação por ato de improbidade que implique enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário. Contudo, trata-se muito mais de uma reparação pelo dano (verdadeira reposição de bens) do que uma aquisição própria de novos bens. O importante a demarcar é que, nos termos da lei, a perda dos bens pelo condenado reverterá para a “*pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito*” (art. 18 da Lei n. 8.429/92).

#### h) *Reversão*

Pela reversão, os bens afetos à prestação do serviço público são transferidos da propriedade da concessionária para o patrimônio do poder concedente quando ao final da concessão (com ou sem indenização). Mesmo se sustentando, sob o prisma do critério funcional, que os bens reversíveis nunca perdem suas características de bem público (enquanto efetivamente imprescindíveis à continuidade do serviço), ao fim da delegação haverá uma mudança da titularidade daqueles bens que originariamente estavam no domínio do particular delegatário, mas que se mostram imprescindíveis à continuidade do serviço ou atividade delegados<sup>46</sup>. Daí poder-se falar na reversão como mecanismo de aquisição da propriedade<sup>47</sup>, não consoante um regime legal, mas por força de dispo-

45 Na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é dispensável a licitação para permuta ou doação de bens móveis de interesse social. Cf. ADI-MC n. 933, ADI-MC n. 927, RE n. 94.649, Rp n. 1.116, RE n. 93.859, RE n. 77.205 e ACO n. 77.

46 Ressalvado o caso dos bens públicos de uso comum anteriormente à outorga e que se mostrem impróprios à sua afetação, hipótese em que ao final da outorga haverá a fusão do domínio útil com a sua propriedade.

47 José dos Santos CARVALHO FILHO assim aborda o tema: “Esses bens, que estavam no domínio privado do concessionário, passam, com a reversão, a se qualificar como bens públicos, normalmente na categoria de

sição constante do contrato de concessão ou permissão, na medida em que os bens reversíveis não se presumem, devendo estar necessariamente tratados no instrumento contratual de delegação (cf. art. 23, X, da Lei n. 8.987/95)<sup>48</sup>.

#### i) *Resgate da enfiteuse*

O instituto da enfiteuse era tratado no Código Civil de 1916 (art. 674, I), mas o Código Civil vigente, porém, não mais o arrola entre os direitos reais. As enfiteuses ainda vigentes seguem sendo regidas pelo Código anterior (art. 2.038 do CC), o que faz com que ainda possa haver resgate desses bens<sup>49</sup>. É de notar, ainda, que o bem dado em enfiteuse já é público. No entanto, o Estado, após o termo, retoma o bem com as acessões realizadas, as quais se incorporam ao seu patrimônio.

#### j) *Usucapião*

A vedação de usucapião sobre bens públicos não impede que o poder público, a seu turno, adquira a propriedade por prescrição aquisitiva. Como entendemos que o bem dominical pode ser consagrado a uma finalidade de interesse público, que não seja o uso comum ou a instalação de serviço ou estabelecimento da Administração, não descartaremos a possibilidade de usucapião para um bem se considerar dominical na hipótese, por exemplo, do ente estatal conservá-lo e guardá-lo como seu sem oposição do proprietário.

#### k) *Aquisição causa mortis*

O poder público pode adquirir bens nesse caso por duas modalidades: sucessão testamentária ou herança vacante.

O poder público pode receber *herança testamentária* na medida em que qualquer pessoa pode ser beneficiária de atos de última vontade. O art. 1.799 do CCB determina que pode ser chamada à sucessão testamentária qualquer pessoa jurídica, o que nos permite compreender também a pessoa jurídica de direito público interno. Mais própria e comum ao regime público é a aquisição *causa mortis* por *herança vacante*. O instituto vem previsto no art. 1.820 do CCB, que determina que a ausência de herdeiro habilitado após um ano da publicação dos editais importará na declaração de vacância da herança, e após cinco anos dessa declaração tais bens passarão a integrar o patrimônio do Município

*bens de uso especial, se continuarem servindo à prestação do serviço. Trata-se, pois, de outra forma de aquisição de bens públicos” (Manual de direito administrativo, p. 1015). Dois comentários merecem ser feitos. Primeiro que a abordagem por ele abraçada é a do bem público pelo critério subjetivo. Segundo, e aqui temos firme discordância, é que entendemos que, se o bem não tem mais serventia para o serviço público, não deve ser considerado bem reversível.*

48 Cf. Francisco CAMPOS, *Pareceres*, p. 137.

49 Ver sobre o tema Diogenes GASPARI, *Direito administrativo*, p. 764.

ou do Distrito Federal das respectivas circunscrições dos bens ou da União, no caso de o bem circunscrever-se em território federal (art. 1.822 do CCB).

### 3. REGIME DE GESTÃO DOS BENS PÚBLICOS

É da combinação da *gestão patrimonial* (entendida como a otimização do emprego do patrimônio público, com vistas a obter a maior racionalidade econômica) e da *disciplina do uso* (voltada a assegurar que esse emprego seja consistente com as finalidades de interesse geral aos quais o bem está consagrado) que se dá a adequada gestão dos bens públicos.

O direito e, em geral, a doutrina tratam da gestão dos bens públicos como se fossem sujeitos a um mesmo regime jurídico. Todavia, é de reconhecer que haverá características gerais do regime patrimonial do poder público; contudo, a intensidade de incidência do regime derogatório do direito privado variará predominantemente conforme o tipo de uso ao qual o bem esteja consagrado. A proposta deste item é trabalhar o regime jurídico dos bens públicos consagrado pelo direito público brasileiro, atentando especialmente às peculiaridades de regime.

#### 3.1. A afetação dos bens públicos

Afetação (expressa ou tácita), de modo bastante simples, é a consagração de um bem a uma dada função cometida ao Estado. Temos conosco que a afetação<sup>50</sup> é uma decorrência do princípio da função<sup>51</sup>. Todos os recursos (materiais, humanos e financeiros) do Estado só têm razão de ser se prestantes ao atendimento (direto ou indireto, imediato ou remoto) de uma necessidade coletiva. Caso contrário, a utilização dos recursos estatais implicaria retirar riqueza da sociedade para imobilizá-la na pessoa jurídica política, esvaziando-a de utilidade.

50 A afetação própria é entendida como a predisposição do bem a um uso específico de interesse geral, seja como uma utilidade de interesse geral (uso comum), seja como uma utilidade de suporte a uma atividade de interesse geral (uso especial). Já a afetação imprópria corresponde à destinação do bem a uma finalidade também de interesse público, porém não qualificada a um uso específico (utilidade ou serviço público) fruível direta ou indiretamente pelo administrado. É nesse segundo sentido que afirmamos serem os bens dominicais consagrados a uma atividade de interesse geral (gerar receitas ou suportar as necessidades financeiras do poder público), apenas despostrando um emprego concreto numa atividade de genericamente considerada serviço público em sentido amplo.

51 Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, p. 638; José CreteLLA JR., *Tratado do domínio público*, p. 152; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 781; Themístocles Brandão Cavalcanti, *Tratado de direito administrativo*, v. III, p. 354-355; Marçal Justen Filho, *Curso de direito administrativo*, p. 851.

A afetação advém de um fato jurídico, podendo corresponder ou não a um ato jurídico ou legislativo. Um mesmo bem pode ser consagrado a mais de um uso, de forma concomitante ou sucessiva<sup>52</sup>. A afetação compatibiliza-se com os *usos extraordinários* conferidos ao bem, sejam eles excepcionais ou transitórios, que não são exatamente idênticos ao uso afetado, mas não importam numa consagração do bem a tal finalidade. São episódicos, seja por implicar uma especial sobrecarga ao uso do bem, seja por ensejar uma interdição temporária do uso afetado.

E, reiterar-se, seja em função do dever de observância da função social da propriedade, seja em virtude do princípio da eficiência, parece que a afetação múltipla deve ser sempre homenageada na gestão dos bens públicos<sup>53</sup>.

Se a afetação de um bem é a sua consagração a uma dada finalidade, a *desafetação* é a retirada dessa predisposição, tornando o bem público passível de ser reafetado a outros usos ou mesmo possibilitando sua retirada do domínio público. Parte da doutrina concebe a desafetação como a mudança categorial dos bens públicos<sup>54</sup>. Como entendemos a afetação não no sentido de aposição do bem numa das três categorias previstas no CCB, concebemos o instituto de forma mais ampla: a desafetação compreende a supressão de alguma destinação dada anteriormente ao bem, de modo que pode haver desafetação sem que o bem mude de categoria. Qualquer bem pode ser desafetado<sup>55</sup>, embora algumas hipóteses de desafetação sejam extremamente difíceis e incompatíveis com o interesse público. Assim, não concordamos com a tese de que os bens de uso comum sejam impassíveis de desafetação.

Em regra, a desafetação pressupõe um ato formal e, especialmente para os bens de uso comum, exigirá autorização legislativa<sup>56</sup>. Entendemos, contudo,

52 Daí ser possível conceber a *afetação única* do bem (quando a finalidade a ele reservada não admite, sem sua descaracterização, a preposição do bem a outra espécie de uso) e a *afetação múltipla* do bem (possibilidade de haver mais de uma afetação recaindo sobre o mesmo bem ou de ele ser afetado a uma multiplicidade de usos consagrados, compatíveis, material ou temporariamente, entre si). Em sentido próximo, embora confundindo afetação secundária com usos anclares, é a posição de Thiago Marrara, *A teoria do domínio público e as infraestruturas de serviços públicos*, p. 42.

53 A afetação múltipla mostra-se ainda mais patente no domínio público infraestrutural. Compostos por diversos elementos ligados por meio de redes, de acordo com Ana Raquel Gonçalves Moniz, os bens do domínio público infraestrutural podem assumir múltiplas afetações, conforme a finalidade específica dada pelo poder público para prestação do serviço (cf. *O domínio público: o critério e regime jurídico da dominialidade*, p. 224).

54 "A mudança de um bem de uma das duas primeiras categorias (bem de uso comum do povo e bem de uso especial) para dos bens dominicais chama-se desconsagração ou desafetação" (Diógenes Gasparini, *Direito administrativo*, p. 743).

55 Em sentido contrário, Marçal Justen Filho, *Curso de direito administrativo*, p. 853.

56 "Já a desafetação dos bens de uso comum, isto é, seu trespasse para o uso especial ou sua conversão em

poder haver desafetação fática quando advier um fato que torne o bem incompatível com o uso para o qual antes estava afetado, sem que isso faça desaparecer o dever de o poder público seguir executando a atividade pública para a qual o bem antes servia. Em qualquer caso, sempre teremos de lembrar que a desafetação não importa na desobrigação do poder público em prover à coletividade a atividade antes exercida sobre o bem.

### 3.2. A gestão do uso dos bens públicos

O uso do bem público será sempre, direta ou indiretamente, realizado pelos cidadãos. Entretanto, nem todos os cidadãos utilizam-se do bem público de forma idêntica. Há distinções relacionadas ao tipo de uso afetado e há situações em que o uso dado ao bem é de tal modo individualizado que a condição de utilização exigida não é estendida a nenhum outro particular. Ainda que tal condição seja vigente por um período determinado, ela confere uma prerrogativa do titular desse direito de uso em face dos demais, constituindo um “direito real administrativo”<sup>57</sup>.

#### 3.2.1. Panorâmica dos usos *ex parte populii*<sup>58</sup>

O administrador pode se utilizar do bem de forma coletiva ou individual,<sup>59</sup> direta ou indireta, privativa ou não privativa, exclusiva ou não exclusiva<sup>60</sup>.

O uso *coletivo*<sup>61</sup> é aquele que o administrador faz como parte de uma coletividade, correspondendo a um uso *uti universi*. Em regra, o uso coletivo é geral, impessoal e incondicionado. Já o uso *individual* é aquele que o administrador frui *uti singuli*, em função de preencher alguma condição subjetiva que o titula para tal utilização específica. O uso individual pressupõe um caráter não geral de uso e, embora possa ser desfrutado por parcelas indefinidas da população, dependerá de alguma titulação subjetiva, embora nem sempre o uso individual recaia sobre bens de uso especial. Pode haver uso individual no bem de uso comum, quando da utilização secundária do bem por um particular (o exemplo imbatível segue sendo o das bancas de jornal alocadas nos logradouros públicos). Bens dominicais podem ser objeto de uso individual, nas hipóteses de uso privativo. O uso individual pode ser privativo ou não.

O uso privativo é aquele que é conferido a um ou a alguns particulares como objeto de uma titulação individual, especial, que não pode ser estendida a outros administrados, mesmo que preenchendo as mesmas condições. Embora não possa ser perene (deve, pois, ser aprazado), confere ao seu titular um direito exercido com exclusão dos demais administrados<sup>62</sup>. Entendemos que o uso privativo recairá sobre parcela do conjunto de bens integrantes do patrimônio público, mas não necessariamente sempre sobre parte de um dado bem individualmente considerado<sup>63</sup>. Nem sempre o uso privativo importará na interdição

bens meramente dominicais, depende de lei ou de ato do Executivo praticado na conformidade dela. [...] Só um ato de hierarquia jurídica superior, como o é a lei, poderia ulteriormente contrariar o destino natural que adquiriram ou habilitar o Executivo a fazê-lo” (Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, p. 781).

57 A noção de “direito real administrativo” foi fortemente desenvolvida por Maurice HAURIOU, que sustenta “non seulement c’est dans la conscience de son droit de propriété que l’administration a puise l’idée de la concession, mais la conviction que la concessionnaire états faite sur un objet de propriété n’a pas tardé à produire ses effets logiques, en faisant attribuer au concessionnaire et lui-même un droit de jouissance qui, malgré son caractère révocable et rachetable, est bien un droit réel” (*Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 1933, p. 784).

58 Sobre o tema das utilizações possíveis do domínio público, ver C. DEBBASCH et al., *Droit Administratif des Biens*, p. 152 e s.

59 A respeito da distinção entre uso “uti universi” e “uti singuli”, ver Lorenzo MEUCCI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, p. 335. Esta matéria nos remete a questões mais profundas, e muito bem postas por MEUCCI: “La questione dominante nella materia è questa: chi è il vero soggetto della proprietà pubblica? È lo Stato gerarchico? È il popolo o collettività? Sono i singoli? Quando si dice che lo Stato non usa ma il popolo o i singoli cittadini, evidentemente si intende lo Stato per contrapposito al popolo e ai cittadini” (ibidem., p. 335).

60 Marcello CAETANO (*Manual de direito administrativo*, tomo II, p. 856) distingue entre uso direto ou individual (“quando cada indivíduo pode tirar proveito pessoal da coisa pública”) e uso indireto ou coletivo (“não é divisível a utilidade pública da coisa dominial e, portanto, não é possível a cada indivíduo tirar provei-

to dela”). A primeira espécie de usos, por sua vez, pode ser dividida entre uso imediato (“faz-se quando os indivíduos se aproveitam dos bens sem ser por intermédio dos agentes de um serviço público: exemplo, a circulação pelas estradas”) ou mediato (“sempre que os particulares só aproveitam a coisa pública por meio das prestações recebidas de um serviço público: exemplo, o trânsito nas linhas férreas, a correspondência telefônica”). Atentando também às relações existentes entre o aproveitamento das coisas dominiais pelos particulares e o destino próprio dessas coisas, o autor distingue o uso comum e o uso privativo.

61 O uso público coletivo é definido por Vincenzo Caputi JAMBRENGHI como “o gozo que todos os indivíduos ou grupos determinados, enquanto membros de uma corporação jurídico-pública ligado por um mesmo vínculo jurídico, trazem ao bem dominial segundo uma livre determinação da própria vontade, dirigindo a própria ação sobre o atingimento daquela utilidade, não apenas inerente à coisa, mas que esteja relacionada à função que a mesma é explicitamente destinada” (*Premesse per una Teoria dell’Uso dei Beni Pubblici*, p. 146-147, tradução livre).

62 Neste sentido, DEBBASCH et al. chamam atenção para o fato de “a utilização privativa, por sua própria definição, excluir o uso coletivo e, portanto, a igualdade” (cf. *Droit Administratif des Biens*, p. 157 e 158, tradução nossa).

63 Nessa linha, são as lições de DEBBASCH et al.: “Le régime unilatéral des utilisations privatives s’applique à deux sortes d’actes: la permission de voirie et le permis de stationnement. Tous deux sont accordés par un acte administratif unilatéral autorisant un particulier à s’installer sur une parcelle du domaine public à condition que cette installation demeure compatible avec l’affectation du bien” (*Droit Administratif des Biens*, p. 158). Nota-se que aqui os autores falam de dois tipos de permissão: (i) uma, “de voirie”, que se dá com influência sobre o solo das propriedades públicas e implica modificações à consistência física dos bens (v.g., bancas de flor, de jornal), e a (ii) outra, “de stationne-

a que outros particulares façam uso do bem, razão pela qual o uso privativo pode ou não implicar um uso exclusivo<sup>64</sup>. Do mesmo modo, o uso especial pode ter ou não o traço da exclusividade<sup>65</sup>.

### 3.2.2.0 uso do bem público em função do título de legitimação

O uso do bem público é *incondicionado* quando sua fruição independe do preenchimento de qualquer condição individual estabelecida pelo poder público titular do bem<sup>66</sup>, o que não afasta a disciplina pela Administração no exercício do poder de polícia<sup>67</sup>, sujeitando-se o usuário a exigências prévias habilitadoras do uso, a normas gerais de ordenação “*aplicáveis a todos*”<sup>68</sup>.

O *uso condicionado*, a seu turno, é aquele que pressupõe a existência de uma condição subjetiva própria do usuário<sup>69</sup>. O *uso condicionado aberto* é aquele que,

ment”, quando a ocupação do domínio acarreta alguma modificação durável do solo do domínio público (v.g., a instalação de cadeiras e mesas formando o terraço de um café).

64 Regra geral, não haverá exclusividade quando o uso privativo implicar o uso do bem e sua exploração comercial.

65 Fixe-se, então, que o *uso exclusivo* para nós é aquele cujas características afastam a possibilidade de qualquer outro administrado se utilizar do bem, para a mesma finalidade ou para uma aplicação secundária.

66 Tratando do uso comum, hipótese máster do uso incondicionado, Diogo Freitas do AMARAL assevera: “O uso comum é permitido [...] a todas as pessoas físicas. Mas importa notar que, em regra, não valem para o uso comum as exceções à capacidade jurídica que vigoram no direito privado e noutros setores do direito administrativo. Aqui, com efeito, nem o sexo, nem a idade, nem a sanidade mental, nem a surdez-mudez, nem a prodigalidade, nem a falência e insolvência determinam, em princípio, qualquer incapacidade administrativa dos indivíduos. A todos, seja qual for a sua condição, é permitido o uso comum, desde que de facto o possam realizar” (A utilização do domínio público pelos particulares, p. 58).

67 Cf. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito administrativo*, p. 651. Odete MEDAUAR entende que no caso não se trata propriamente de poder de polícia, mas de polícia sobre os bens públicos. Não obstante a divergência conceitual afirma, em respaldo ao aqui sustentado, que “o regime jurídico dos bens públicos e a necessidade de preservá-los para que o interesse público não seja prejudicado acarretam para a Administração prerrogativas e ônus nessa matéria” (*Direito administrativo moderno*, p. 243). Registre-se que é sempre ténue a fronteira entre a ordenação geral de polícia e o condicionamento do uso do bem, nem sempre sendo fácil a distinção. Isto fica patente com os chamados usos excepcionais ou extraordinários do bem, ou seja, aqueles que, embora não se distingam concretamente do uso específico ao qual o bem está consagrado, por onerarem extraordinariamente o bem (interditando por vezes igual uso concomitante pelos demais administrados), obrigam que ele se submeta a regras gerais de ordenação que se aproximam de um condicionamento do uso.

68 Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, p. 793. A respeito do assunto, Bartolomé A. FIORINI observa: “La potestad que tiene la Administración pública sobre los bienes del dominio público, la ejerce por su función policial, tratando el eficiente uso de los bienes públicos, asegurándolos, mejorándolos, persiguiendo a los que perjudiquen su goce, ejecutando medidas directas contra las perturbaciones del normal uso. Esta actividad es pública y administrativa y por lo tanto se manifiesta por actos administrativos sin ninguna mengua o limitaciones” (*Derecho administrativo*, tomo II, p. 320).

69 Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO refere-se a esse tipo de uso como “especial”: “caracterizando-se uma utilização especial, sempre que exigida a emissão de uma outorga prévia a quem a haja solicitado e de-

embora exija do usuário a detenção de uma condição subjetiva, pessoal, habilitadora especificamente ao uso do bem, pode ser desfrutado por qualquer um que episodicamente esteja enquadrado na situação habilitadora. Por exemplo, o uso do hospital público pelo cidadão enfermo. Já o *uso condicionado fechado* tem a condição para o uso restrita àqueles indivíduos que de forma permanente detêm um título habilitador para o exercício da atividade à qual o bem está afetado. É o caso do gabinete do mandatário ou da ala residencial do Palácio do Governo.

### 3.2.3. Retributibilidade do uso

Qualquer bem público pode ter seu uso condicionado ao pagamento de um preço público pelo usuário<sup>70</sup>. A onerosidade somente não será possível quando o uso do bem corresponder à prestação de um serviço público que, por imposição legal ou constitucional, deva ser prestado de forma gratuita, como é o caso da saúde e da educação.

Normalmente, entende-se por uso retribuído aquele em que há cobrança diretamente do usuário final, mediante o pagamento de tarifa, preço público pela fruição concreta do uso afetado ou cobrança de um valor pela outorga do direito de uso privativo de um bem público. A cobrança pelo uso do bem pode-se prestar a auxiliar na ordenação do uso<sup>71</sup>, mas pode decorrer também da perspectiva de uso do bem público como gerador de receitas públicas.

### 3.2.4.0 uso do bem em relação à afetação

O uso correspondente à afetação pode ser comum ou especial. Pode ocorrer, contudo, que o bem admita outros usos além daquele para o qual foi originalmente afetado (uso normal). Esses outros usos podem implicar ou não afetações secundárias do bem. Haverá afetação secundária quando, além do uso

monstrado satisfazer determinados requisitos legais, vinculados ou discricionários” (*Curso de direito administrativo*, p. 339).

70 Nesta linha e dando um panorama da situação do princípio da gratuidade na França, em especial no que se refere às utilizações coletivas normais dos caminhos públicos habituais, DEBBASCH e outros afirmam: “Le principe de gratuité dans l'utilisation du domaine est le plus malmené mais il demeure en ce sens que seuls des textes exprés peuvent y faire échec. Il faut constater que ces textes sont très nombreux. Par ailleurs on peut se demander si le principe de gratuité n'a pas vécu par suite de la jurisprudence du Conseil constitutionnel” (*Droit Administratif des Biens*, p. 154-155).

71 A respeito da ordenação de uso a que se submetem os automóveis, DEBBASCH et al. afirmam: “Les autoroutes sont un bien d'une nature particulière qui se voient appliquer un régime dérogatoire sur plusieurs points: plages fréquent, conditions d'accès, de sortie, de circulation, de stationnement, règles de priorité, etc.” (*Droit Administratif des Biens*, p. 156).

objeto da afetação principal, recair sobre o bem outra destinação permanente e concreta. Não haverá afetação secundária quando, embora o bem afetado se preste a outro uso, este uso seja meramente tolerado, sem importar numa segunda consagração a um uso de interesse público. Os usos anormais do bem, em regra, devem ser compatíveis com a destinação primária<sup>72</sup>. O uso incompatível somente poderá ser admitido em situações especiais, quando transitório<sup>73</sup>.

### 3.2.5. Uso em relação aos demais administrados

Em relação aos demais administrados, o usuário de um bem público pode fazer uso *ordinário*, *privativo* ou *exclusivo* do bem.

O *uso ordinário* é aquele normalmente coincidente com o uso afetado e exercido de forma isonômica e concomitante com idêntico uso dado pelos demais particulares. Por exemplo, o uso comum nos bens de uso comum é ordinário. O uso especial, quando aberto, também é um uso ordinário, estabelecendo-se aí a isonomia entre aqueles particulares possuidores da mesma titulação especial.

O *uso privativo* é aquele marcado por um traço diferenciador, que confere ao administrado seu titular uma prerrogativa de uso não desfrutável pelos demais<sup>74</sup>. Dada essa característica de conferir um direito à utilização desigual, o uso privativo (que muitas vezes confere atributos que seriam próprios ao domínio) é assegurado sempre em caráter temporário<sup>75</sup>, sem o que poderia ser entendido como alienação do bem.

Por seu turno, o *uso exclusivo* é aquele conferido a um administrado com absoluta interdição a que qualquer outro faça uso do bem, seja na mesma condição que o titular do direito de uso, seja em condição secundária ou na fruição de uma utilidade distinta associada ao bem. O uso exclusivo confere ao usuário um direito excludente e não admite a afetação do bem a usos secundários.

Em regra, quando o direito de uso privativo recair sobre um bem de uso comum ou especial, a exclusividade decorrente da privatividade não poderá ser absoluta. Já no caso dos bens dominicais, conforme for o uso objeto da outorga privativa, poderá haver sim exclusividade, como ocorre com o direito real de uso especial para moradia. Porém, existem bens para os quais a outorga de um direito de uso privativo conferirá necessariamente o direito de uso exclusivo. Refiro-me especificamente aos bens públicos de uso especial consumíveis. Trata-se de um tipo específico de bens públicos que têm uma destinação especial, mas cujo uso ao qual estão afetados importa seu exaurimento (recursos minerais, por exemplo). A segunda característica própria a esses bens está no fato de que eles podem ser objeto da outorga de uso privativo, que, nesse caso, será exclusiva e consumativa<sup>76</sup>. Tem-se, então, que, em algum momento, a destinação desses bens é que sejam alienados, que passem para a propriedade dos indivíduos que poderão utilizá-los no processo produtivo ou consumi-los. São, portanto, bens públicos consagrados a um uso que lhes extrai a propriedade de bem público<sup>77</sup>.

Assim, o direito ao uso privativo pode importar em uso exclusivo ou não exclusivo. Quando confere o uso exclusivo, este pode, por seu turno, se dividir em uso *exclusivo consumativo* ou *não consumativo*. Exemplo do primeiro é justamente a concessão de jazidas minerais ou de petróleo. Já no caso do segundo, temos a concessão para exploração do potencial hidrelétrico (que é exclusivo durante o período da concessão).

### 3.3. Instrumentos de conferência de uso

Nem todo tipo de uso, vimos, depende da conferência de um título habilitador específico<sup>78</sup>. O uso afetado do bem de uso comum, assim como os usos normais dos diversos bens, independe de titulação específica, porquanto os

76 Cf. arts. 20, IX, e 176 da CF.

77 Este tema foi objeto de acessos debates perante o Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade versante sobre a Lei do Petróleo. Tratou-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.273-9, interposta pelo Governador do Estado do Paraná contra vários artigos da Lei n. 9.478/97.

78 Cf. Bartolomé FIORINI, *Derecho Administrativo*, tomo II, p. 320.

72 Entramos aqui, então, na importante questão da não prejudicialidade do uso acessório. Nas palavras de Maria Sývia Zanella DI PEITRO, “[o] que se entende é que esse uso acessório é válido enquanto não prejudicar a destinação principal do bem. Se você tem uma rua com tanto camelô que não dá para as pessoas circular, essa utilização está contrariando a finalidade principal do bem, e por isso é que o Ministério Público, de vez em quando, pressiona a prefeitura para ela retirar os camelôs” (bens públicos e o trespassse de uso, p. 406).

73 Novamente DEBBASCH et al.: “Nestes casos, contudo, a utilização anormal deverá ser não obstante compatível com a afetação principal do bem. Se não for assim, se tratará de uma ocupação irregular e não mais anormal” (*Droit Administratif des Biens*, p. 152, tradução livre).

74 Bartolomé FIORINI bem divisa este traço quando afirma que o uso privativo confere ao beneficiário “una situación jurídica diferencial por la situación que tiene su bien mientras que el usuario particular tiene un goce diferenciado frente al común sobre la cosa de todos en razón de un acto administrativo, mientras el usuario común tiene el goce por formar parte de la colectividad” (*Derecho Administrativo*, tomo II, p. 321).

75 Tais outorgas para o uso privativo são sempre temporárias, e as faculdades que são conferidas aos que optem por um uso especial estão condicionadas pelo instrumento de outorga e são estabelecidas por lei, regulamento e ato do poder administrativo. A esse respeito, Manuel Maria DIEZ observa: “La Administración tiene intervención directa durante el tiempo de la autorización, en el ejercicio de ésta, a los efectos de vigilar el modo en que el concesionario goza de la facultad de uso conferida; pudiendo adoptar contra el usuario, medidas destinadas a la tutela del bien incluso la cesación anticipada de la autorización conferida.” (*Domínio Público: Teoría General y Régimen Jurídico*, p. 371).

administrativo poderão recair sobre as três classes de bens. Já os instrumentos próprios do direito privado terão por objeto o uso de bens dominicais<sup>82</sup>, salvo em situações em que lei específica estipular o uso desses instrumentos, como ocorre com a Lei de Portos<sup>83</sup>, que previu o instituto do arrendamento (típico do direito privado) para outorga do direito de uso privativo de instalações portuárias, bens de uso especial<sup>84</sup>.

São competentes para conferir tais outorgas os órgãos da pessoa coletiva de direito público titular do domínio do bem ou a quem estiver confiada a respectiva gestão. O conteúdo do direito de uso privativo é variável, e os poderes ficam condicionados por disposições legais ou cláusulas administrativas tendentes a salvaguardar os interesses públicos em causa. A outorga do direito privativo de uso pode ser aprazada ou não, sendo, nesses casos, obrigatoriamente precária. Isto porque a outorga estável e sem prazo importaria praticamente na alienação do bem, o que não se pode fazer a título de mero trespasse do direito de uso.

### 3.3.1. Instrumentos jurídicos para o uso privativo

#### 3.3.1.1. Autorização

A autorização é definida pela quase unanimidade da doutrina como sendo o ato administrativo unilateral, discricionário e precário por meio do qual a Administração Pública consente que um particular dê a um bem público um uso privativo de seu interesse, porém compatível com o interesse público<sup>85</sup>. A doutrina também se alinha no entendimento de que a autorização se presta a conferir uso privativo nas hipóteses em que haja interesse predominantemente do particular, quando inexistir uma razão forte de interesse público a engendrar esse uso privativo. Ensina, ainda, a doutrina que a autorização de uso não tem forma nem requisitos especiais para sua efetivação, pois visa apenas a atividades transitórias e irrelevantes para o poder público. Apesar disso, a outorga não há de ser tácita, necessitando de um ato escrito.

82 "Aliás, a utilização de institutos de direito privado tem sido contestada pela doutrina e pelo Tribunal de Contas da União, conforme se vê no Processo TC-275.208/94-0. Por força dessa inteligência tem-se pregado a ilegalidade do uso desses instrumentos de direito privado, na outorga ao particular do uso privativo dos bens públicos de uso comum do povo e de uso especial. Admite-se sua utilização quando o objeto da outorga for bem público dominial" (Diogenes GASPARINI, *Direito administrativo*, p. 782).

83 É o que vem disposto na Lei Federal n. 8.630/93, especialmente no art. 4º I.

84 Ver a esse respeito nosso Peculiaridades do Contrato de Arrendamento Portuário, *Revista de Direito Administrativo*, 2003, v. 231, p. 269 a 295.

85 Neste sentido, ver José CRETELLA JR., *Tratado do domínio público*, p. 86-105. O mesmo teor também está disponível em seu *Definição da autorização administrativa*.

usuários estão legitimados por normas gerais e abstratas ou pela simples circunstância de o bem estar afetado a uma finalidade cuja realização interdita qualquer condicionamento ao uso. Porém, alguns tipos de uso dependem de um ato jurídico específico que habilite sua utilização pelo administrado. É especificamente o caso do uso privativo e, em algumas circunstâncias, do uso anormal ou extraordinário do bem.

Em se tratando de uso privativo, o instrumento de outorga poderá ter natureza de ato administrativo unilateral ou de contrato<sup>79</sup>. No caso dos instrumentos que habilitadores do uso anormal ou extraordinário, regra geral, a outorga se dará por ato unilateral<sup>80</sup>.

Poderá, ainda, esse instrumento ser típico do direito administrativo (como ocorre com os atos unilaterais e algumas espécies de contratos) ou mesmo se referir a instrumentos típicos do direito privado, nesse caso especificamente tratando-se de contratos<sup>81</sup>. Os instrumentos de outorga próprios do direito

79 Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO amplia um pouco mais o rol de instrumentos (cf. *Curso de direito administrativo*, p. 340-341). Para ele, o legislador poderá optar entre quatro categorias de instrumentos jurídicos, quais sejam, a legal (quando a lei se constituir no instrumento de transferência da utilização de determinado bem público, outorgando uma utilização privativa extraordinária e exclusiva, por certo prazo, a determinada entidade), a unilateral (se a outorga se der por ato administrativo do poder público competente, podendo consistir numa permissão de uso ou numa cessão de uso, ambas caracterizadas pela precariedade), a contratual (que se trava por contrato administrativo, celebrado entre o poder público e quem para tanto esteja legalmente habilitado; caracteriza-se pela estabilidade da relação produzida, e pode ser concessão de uso, concessão de direito real de uso e aforamento público) e a complexa ("se perfaz por ato administrativo complexo, pelo qual o ente público, titular do domínio, e a complexa" (se perfaz por ato administrativo complexo, pelo qual o ente público, vinculado à satisfação de um interesse público, cuja finalidade seja a finalidade comum das partes pactuantes, consoante o objeto definido consensualmente, podendo apresentar-se sob as seguintes espécies: consórcios, convênios, acordos de programa, contratos de gestão, termos de parceria e outros congêneres", p. 341). Embora reconhecendo sempre a profundidade da reflexão do autor, alinhamos os instrumentos em apenas duas espécies, pois, quando a lei confere o direito privativo de uso a um particular, ela se traduz numa lei de efeitos concretos, equiparável ao ato administrativo. E os atos ditos complexos (como, por exemplo, os consórcios, convênios ou termos de parceria) não perdem o seu caráter contratual, entendido aqui o contrato em seu sentido largo. Em sentido próximo ao aqui adotado, ver José CRETELLA JR., *Tratado do domínio público*, p. 85-86.

80 Cf. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Uso privativo de bem público por particular*, p. 21. Marcello CABRANO vai na mesma linha. (*Manual de direito administrativo*, tomo II, p. 870). DEBBASCH et al. chamam atenção para o fato de a precariedade marcar a situação dos usuários anormais em suas relações com a coletividade pública: "L'octroi de telles autorisations est largement discrétionnaire et [l'administré] peut octroyer sous conditions ou refuser en se fondant sur des motifs divers. Les principaux sont des motifs de police, des motifs d'intérêt général y compris patrimoniaux" (*Droit Administratif des Biens*, p. 161).

81 Sobre o tema, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO fala que "[...] os bens de uso comum e de uso especial são coisas extra commercium [...]. Quando falamos que está fora do comércio jurídico, é fora do direito privado. Esses bens podem ser objeto de relações regidas pelo direito público, e aí é que entram os institutos da autorização, permissão e concessão de uso" (Bens públicos e o trespasse de uso, p. 405).

Há alguns pontos, porém, que não se põem tão pacíficos como parece numa olhada mais ligeira sobre a doutrina. Primeiro, com relação ao caráter discricionário. Embora ele seja característico das autorizações, há previsão legal em sentido contrário para as autorizações de exploração de potencial hidráulico com potência entre 1.000 e 10.000 kW, por exemplo. Nesse caso, a Lei n. 9.472/97 (art. 163, § 1º) é expressa em dizer que autorização de uso do espectro (bem público da União) é ato vinculado.

Outro aspecto não tão tranquilo diz respeito à precariedade da autorização. Embora ela seja a característica em regra desse instrumento de conferência de uso privativo, há casos em que a autorização é expedida com prazo de vigência, nas hipóteses de autorização qualificada<sup>86</sup>.

As autorizações de uso dispensam lei autorizativa e licitação para seu deferimento, mas esta torna-se obrigatória quando as autorizações forem expedidas na forma qualificada. Podem elas ter por objeto o uso de qualquer espécie de bem<sup>87</sup>. Destaque-se que a Medida Provisória n. 2.220/2001, que dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição Federal, introduziu a possibilidade de uma autorização de uso a ser expedida, de forma gratuita, pelo poder público<sup>88</sup>.

### 3.3.1.2. Permissão

A doutrina, em geral, caracteriza a permissão a partir dos seguintes elementos distintivos do instituto da autorização: (i) a autorização confere a faculdade de uso privativo no interesse privado do beneficiário, enquanto a permissão implica a utilização privativa para fins de interesse coletivo e, por isso, só deve ser outorgada quando dela resultar atendimento de algum interesse público (v.g., instalações de bancas de jornais nas calçadas, de bancas ou de mesas e cadeiras para servir bebidas e lanches, de barracas nas feiras, de vestiários nas praias; permissão para instalação de circo ou parque de diversão nas praças públicas); (ii) o traço da precariedade é mais acentuado na autorização; e (iii) a

autorização cria para o usuário uma faculdade e a permissão obriga o usuário, sob pena de caducidade do uso consentido<sup>89</sup>.

A nosso ver, essas diferenças que terminam por caracterizar a permissão não são suficientes para diferenciar cabalmente os dois institutos. Pode haver autorização que corresponda a um interesse não apenas do particular, mas geral da coletividade, como ocorre com a autorização para realização em bens de uso comum de manifestações cívicas reunidoras de parcela significativa da coletividade; pode, por seu turno, haver permissões que atendam a um interesse do permissionário desproporcionalmente maior do que o interesse geral, como ocorre, a nosso ver, com as permissões para exploração de comércio em praias. O problema desse fator de distinção baseado no vetor interesse público *versus* interesse privado é que, como já pudemos consignar no passado<sup>90</sup>, interesses público e privado não estão no mais das vezes claramente apartados.

O elemento distintivo da precariedade também não é bastante para a distinção, pois, majoritariamente, a doutrina e a prática administrativa conferem à permissão o traço da precariedade<sup>91</sup>, o que não é graduável, já que não conseguimos divisar precariedade maior ou menor, absoluta ou relativa. Por fim, temos que, conforme o fundamento da autorização ou da permissão, pode advir uma faculdade ou uma obrigação de dar ao bem o uso outorgado. Há casos de autorização com obrigação de uso (de que é exemplo a autorização de uso de frequência do espectro radioelétrico). Certo é, também, que pode haver permissão que não obrigue o particular, mas apenas lhe faculte dar o uso permitido.

A característica da unilateralidade da permissão não é pacífica<sup>92</sup>. Na medida em que se admite que a permissão envolva algum uso que seja de interesse público (ao qual o particular se obriga perante a Administração), já estará presente alguma bilateralidade, algum caráter negocial, ainda que não se traduza num instrumento obrigacional sinalagmático, ou seja, em um contrato bilateral propriamente dito. De nossa parte, não cremos que a unilateralidade seja uma característica obrigatória da permissão. Temos, então, que pode haver permissões unilaterais (nas hipóteses em que ela for outorgada independentemente da

86 É o exemplo da autorização para acréscimo de capacidade de geração com vistas ao aproveitamento ótimo do potencial hidráulico referente ao art. 26, V, da Lei n. 9.427/96.

87 Cf. Odete MEDAUAR, *Direito administrativo moderno*, p. 245; Diogenes GASPARI, *Direito administrativo*, p. 783.

88 Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO critica o dispositivo: "Nota-se que não estando criado um direito para o administrado, mas uma simples possibilidade, cuja concreção foi deixada ao critério do poder público, estão abertas portas para favoritismos ou perseguições. Ao nosso ver esta liberdade ilimitada quanto à decisão é inconstitucional pela ausência de parâmetros que permitiriam controlar a obediência ou desobediência ao princípio constitucional da igualdade" (*Curso de direito administrativo*, p. 800).

89 Cf. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Uso privativo de bem público por particular*, p. 75-76.

90 Ver nosso *Regulação estatal e interesses públicos*.

91 Segundo Miguel S. MARIENHOFF, "[h]ay unanimidad en reconocer el carácter precario del permiso de uso, como así en aceptar la posibilidad de su renovación (extinción), en cualquier momento, sin derecho a resarcimiento en favor del titular del permiso. El precario primigenio del derecho romano sigue proyectándose en el derecho actual. De ahí que la facultad o atribución, emergente del permiso de uso, no constituya un derecho subjetivo o un derecho perfecto del permisionario". *Permiso especial de uso de bienes del Dominio Público*, p. 30.

92 Hely Lopes MEIRELLES via a permissão como um ato negocial. *Direito administrativo brasileiro*, p. 429.

vontade do particular ou do interesse do poder público na continuidade do uso permitido) ou bilateral (na hipótese em que ela pode ocorrer sem caracterizar um vínculo contratual estável).

A discricionariedade prediz uma característica mais marcante da permissão. Efetivamente, não basta o preenchimento de alguns requisitos para que um particular tenha automaticamente direito à permissão de uso. Há certamente uma margem de discricionariedade para outorga da permissão, no sentido de que a Administração pode, analisando a oportunidade e a conveniência, outorgá-la ou não em relação a determinado uso.

De fato, havendo certa liberdade para a Administração outorgar ou não a permissão para um uso específico privativo, torna-se inerente que essa discricionariedade não reste abdicada permanentemente, remanescendo a possibilidade de que o juízo de oportunidade e conveniência seja revisto em virtude de novas circunstâncias (como emergência de um novo uso ao qual o bem pode ser aplicado com maior relevância). Vai daí que, se conferissemos uma estabilidade ao ato de permissão, isso representaria a restrição (ou a impossibilidade) de revisão daquela decisão discricionária, tornando-a irreversível<sup>93</sup>.

Não se está a dizer que a precariedade significa a prerrogativa unilateral de o poder público desfazer o vínculo decorrente de ato ou contrato seu. Essa possibilidade de desfazimento unilateral é presente em todos os atos e contratos da Administração<sup>94</sup>. O que a precariedade indica é que as permissões podem ser extintas sem gerar, de *per se*, o dever de indenizar o particular. Dizemos de *per se*, pois o dever de indenizar poderá ter lugar caso o ato extintivo seja eivado de desvio de finalidade ou caso estejamos diante de permissão qualificada.

A permissão assegura<sup>95</sup> ao missionário o uso especial e individual do bem público e gera direitos subjetivos defensáveis pelas vias judiciais (até ações possessórias). Em regra, o instituto jurídico da permissão não confere exclusivi-

dade de uso (característica própria da concessão), mas, em caráter excepcional, pode ser deferida com privatividade de alguns interessados sobre outros, desde que tal privilégio conste de cláusula expressa e encontre justificativa legal. Dada a precariedade em regra aplicável ao instituto, a permissão não dá ao missionário um direito subjetivo pleno ao uso, embora lhe assegure direito oponível contra terceiros<sup>96</sup>, mas não plenamente contra a Administração<sup>97</sup>.

A permissão pode recair sobre qualquer espécie de bens, podendo ser presente às mais distintas aplicações. Em geral, a permissão se aplica a usos privados não conformes à real destinação do bem, mas compatíveis com ela (bancas de jornais em ruas, por exemplo). Pode, porém, ser utilizada para conferir o direito de uso privativo absolutamente coincidente, portanto conforme com a destinação do bem, como ocorre com as permissões de posições nos mercados.

A outorga de permissão independe de autorização legislativa<sup>98</sup>. Quanto à licitação, observa Odete MEDAUAR que, embora em regra ela não seja exigida<sup>99</sup>, deverá ser realizada sempre quando houver potencial disputa entre os interessados<sup>100</sup>.

A permissão encontra respaldo no direito positivo, a exemplo do art. 22 da Lei n. 9.636/98. Ao prever a possibilidade de permissão de uso de áreas domaniais da União, veem-se demarcadas quatro características atinentes à permissão: (i) o caráter precário da permissão; (ii) o fato de ser empregada para usos não perenes; (iii) sua aptidão para usos não relacionados a interesses públicos cuja tutela caiba ao poder público; e (iv) o fato de ser outorgada com alguma margem de discricionariedade<sup>101</sup>.

96 "O missionário pode fazer valer seus direitos perante terceiros, recorrendo à própria administração [...] ou ao Poder Judiciário. Contra a pessoa de direito público que outorgou a permissão, não pode o missionário opor o seu direito, com o fim de impedir a extinção do uso privativo, que é precário por natureza, mas pode opor-se, até por mandado de segurança, contra o ato administrativo ilegal ou praticado com abuso de poder, como também pode, no caso de permissão outorgada com prazo fixo, pleitear indenização por perdas e danos, se a revogação se der antes de expirado o prazo" (Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Uso privativo de bem público por particular*, p. 73).

97 Miguel MARIENHOFF sustenta que a permissão não confere direito subjetivo, mas apenas interesse legítimo, entendido como "[el] interés calificado del ciudadano, que autoriza únicamente a su titular, con exclusión de todos los otros sujetos que no se hallen en su particular posición, a provocar un control administrativo o jurisdiccional sobre la validez de los actos administrativos" (*Tratado del Dominio Público*, p. 445).

98 Cf. Hely Lopes MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, p. 430.

99 Ver por exemplo art. 17, I, f, da Lei n. 8.666/93, que dispensa licitação à permissão de uso bens imóveis construídos, destinados ou efetivamente utilizados para programas habitacionais de interesse público, por órgãos ou entidades a Administração criados para esse fim.

100 *Direito administrativo moderno*, p. 247.

101 Caráter discricionário que se desprende da locução "poderá ser autorizada a permissão" (grifo nosso). É bem verdade que a fórmula adotada pelo legislador não prima pela precisão terminológica, pois, ao

93 Neste sentido, Bartolomé FIORINI: "O ato administrativo de permissão de uso exibe um conteúdo jurídico precário, pois apresenta uma tolerância outorgada ao particular pela Administração. Este particular tem um direito subjetivo individualizado, porém de existência tolerada e o poder administrativo poderá reivindicá-lo a qualquer tempo" (*Derecho Administrativo*, tomo II, p. 321, tradução livre).

94 Segundo José CRETELLA JR., no campo do direito público, todos os direitos do particular são precários, e a precariedade, observa o autor, reúne os dois seguintes sentidos: "(a) revogável a qualquer tempo, por iniciativa da Administração, sempre sem indenização e, nesse caso, tanto as permissões como as autorizações são sempre precárias; (b) outorga para utilização privativa do bem público com prazo fixo, revogável, pois, com indenização. Na primeira hipótese, incluem-se as autorizações e as permissões para estacionamento, simples; no segundo caso, estão todas as outorgas com prazo fixado (concessões, permissões e autorizações)" (*Tratado do domínio público*, p. 76-77).

95 Hely Lopes MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, p. 107.



### 3.3.1.3. A permissão imprópria para as OSs

O contrato de gestão, firmado entre o poder público e as organizações sociais, pode envolver a conferência do direito de uso privativo de bens públicos por meio de permissão (art. 12, § 3º, da Lei Federal n. 9.637/98). Devemos convir que a permissão prevista na Lei das OSs trata-se de uma permissão imprópria, pois a conferência desse direito de uso não é autônoma, mas anelar à obrigação cometida à OS que demanda necessidade de provisão dos meios necessários, inclusive o uso de bens públicos afetados a essas atividades. Ademais, a permissão subjacente ao contrato de gestão só é feita no bojo da transferência do cometimento de uma função pública trespassada para a OS. Ou seja, ela se justifica e se atrela à continuidade do exercício de atividades de interesse coletivo (correspondentes ao interesse público), de modo que a razão de ser do uso privativo pelo ente privado (OS) é a própria continuidade dessa função.

### 3.3.1.4. Concessão administrativa de uso

A concessão de uso é o instrumento que, segundo a doutrina, presta-se a conferir maior estabilidade ao uso privativo outorgado ao particular, pois tem natureza contratual, pressupõe um vínculo estável e confere ao concessionário uma forte relação jurídica sobre o bem<sup>102</sup>. Aqui também se encontra uma multiplicidade de aplicações e pouca uniformidade no tratamento legal e doutrinário do instituto.

Hoje já não existe, como ocorria no passado<sup>103</sup>, divergência quanto ao caráter contratual da concessão de uso<sup>104</sup>. Apesar disso, devemos lembrar que há

concessões que se estabelecem por ato unilateral, como é o caso das concessões de lavra, que, pelo Decreto-lei n. 227/67, têm por título uma portaria do Ministério de Estado das Minas e Energia<sup>105</sup>. Não obstante esse caráter pretensamente unilateral da concessão minerária, o próprio Código de Minas dá marcos para a delimitação do seu caráter bilateral e sinalagmático<sup>106</sup>, tanto que no art. 55 demarca seu caráter obrigacional e sua transferibilidade.

Pela concessão se confere ao particular um direito ao uso privativo do bem público com alguma estabilidade e garantia de uso e gozo daquela propriedade. A concessão não implica alienação do bem, na medida em que ele segue sendo do domínio do ente público concedente, o qual pode retomar a posse e o direito de uso quando do final do prazo de concessão ou antes, nos casos de extinção antecipada da outorga.

A concessão de uso confere ao particular o direito subjetivo ao uso privativo concedido. Entendemos que a concessão de uso confere ao particular um direito real administrativo, nos termos do que sustentava Maurice HAU-RIOU<sup>107</sup>.

O regime jurídico da concessão de uso de bem público pode ser disciplinado por lei geral do instituto, a ser editada no âmbito do ente federativo proponente do bem. Caso não haja lei disciplinando o regime jurídico da concessão administrativa de uso de bem público, o contrato de concessão poderá conter normas específicas para o dever da concessão e para sua extinção. Silente o contrato e inexistindo lei reitora da concessão específica, entendemos serem aplicáveis as regras gerais atinentes ao instituto da concessão, que, a nosso ver, são

utilizar-se de "autorização da permissão", em vez de outorga da permissão, concorre para acentuar a distinção entre autorização e permissão de uso.

102 DEBBASCH e outros apontam o caráter híbrido destes contratos: por serem concernentes a uma ocupação privativa, seriam precários, mas por se inserirem numa relação contratual teriam estabilidade (cf. *Droit Administratif des Biens*, p. 164). Desta adviria uma discricionariedade por parte da Administração circunscrita à necessidade de respeitar-se o uso "(...) conforme à la destination du domaine que le public est en droit d'y exercer" (op. cit., p. 167).

103 A esse respeito, ver Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Uso privativo de bem público por particular*, p. 86, e Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, que, a seu tempo, postulava que a concessão decorria de um acordo de vontades entre concedente e concessionário, mas "de ato convencional, mas não contratual, portanto, de ato de união", para dizer que a concessão "[...] corresponde a ato administrativo constitutivo de direito a concessão pela qual o concedente delega ao concessionário poderes para utilizar ou explorar bem público, mas os atribui em qualidade inferior e quantidade menor que os têm (...)" (*Princípios gerais de direito administrativo*, v. I, p. 550). Tal como ocorre com os autores franceses que refutavam o caráter contratual da concessão, esta posição advinha em grande medida da aversão que se tinha à ideia de contrato administrativo por enxergar no contrato um caráter atrelado à autonomia da vontade incompatível com a natureza administrativa. Sobre o tema, ver J. H. MEIRELLES TEIXEIRA, *Permissão e concessão de serviço público*, p. 113 e s.

104 Cf. Odete MEDAUAR, *Direito administrativo moderno*, p. 247; Celso Antônio BANDEIRA DE

MELLO, *Curso de direito administrativo*, p. 796; Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Uso privativo de bem público por particular*, p. 86; JOSÉ CRETELLA JR., *Tratado do domínio público*, p. 333; Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, *Curso de direito administrativo*, p. 342; Lúcia Valle FIGUEIREDO, *Curso de direito administrativo*, p. 561.

105 Conforme art. 43 do Decreto-Lei n. 227/67, com redação dada pela Lei n. 9.314/96.

106 É a lição dos comentaristas do direito minerário: "Daí entendermos que a lavra – quer obtida por manifestação, quer obtida por concessão – é um direito real específico sobre a jazida mineral. Direito esse, de natureza jurídica própria e de natureza exclusiva, que traz em si um duplo conteúdo legal: é resolúvel (enquanto houver minério e for cumprido o Código de Mineração); é sui generis, pois o domínio pleno dele pertence à União, que poderá outorgá-lo ao particular mediante concessão e posse direta da jazida" (Lauro Lacerda ROCHA; Carlos Alberto de Melo LACERDA, *Comentários ao Código de Mineração do Brasil*, p. 396).

107 Conforme referido anteriormente em nota, conferir em *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 1933, p. 784. A esse respeito, ver também Philippe YOLKA, *La Propriété Publique*, p. 312 e s. O autor bem resume a importância da formulação dos direitos reais administrativos ao afirmar: "Le cas des droits administratifs est en définitive exemplaire du pragmatisme de la doctrine domaniale française, qui est parvenue à tenir la balance égale entre le maintien d'une certaine précarité (vis-à-vis de la administration) et un élément de stabilité (essentiellement vis-à-vis des tiers)" (p. 314).

encontradas na Lei n. 8.987/95 e correlatas. Tanto elas são aplicadas, com reservas e ressalvas, para outros tipos de outorgas, como aquelas tratadas pela Lei n. 11.079/2004.

Desse modo, por exemplo, parece-nos perfeitamente aplicáveis às concessões administrativas de uso de bens públicos as regras referentes à extinção antecipada da outorga, que basicamente poderá se dar por caducidade (no caso de o particular descumprir suas obrigações), por encampação antecipada do bem (quando o interesse público predisser a necessidade de retomada do bem antes do prazo definido no contrato de concessão, hipótese em que, tendo sido a concessão autorizada previamente por lei, deverá ser precedida também por autorização legislativa e prévia indenização do particular), por rescisão amigável ou por rescisão unilateral ditada pelo desinteresse superveniente do particular concessionário, hipótese em que, havendo resistência por parte do poder público, tal rescisão somente poderá ocorrer após decisão judicial.

A concessão de uso pode recair sobre qualquer classe de bens. Quando tiver por objeto um bem de uso comum ou de uso especial, o uso concedido deverá ser compatível ou conforme o uso afetado. Poderá ocorrer, ainda, de a concessão recair sobre um bem dominical. Nesse caso, a outorga poderá estar clausulada à obrigação de que o particular dê ao bem um uso de interesse comum ou simplesmente poderá conceder o uso privativo sem finalidade específica, com vistas apenas a gerar receitas para o Estado.

Temos, então, que a concessão do direito de uso de bem poderá ter duas grandes finalidades: servir de instrumento do poder público para ver implementada e disponibilizada uma utilidade de interesse geral ou meramente servir de instrumento para dar uso a bens do acervo patrimonial do Estado não utilizados, visando a gerar receitas com a remuneração dada pelo particular pelo direito de dar ao bem, por certo prazo, um uso que seja de seu interesse<sup>108</sup>.

Para nós, não se tratando a concessão de uma alienação e tendo um caráter contratual, a concessão de uso deve ser sempre outorgada por prazo certo, pois a concessão de bem público por prazo indeterminado traria uma precariedade ao instituto, tornando-o incompatível com a estabilidade contratual que lhe caracteriza<sup>109</sup>.

A concessão deverá ser, em regra, precedida de licitação. Ela caracteriza um vínculo contratual, sinalmático, entre poder concedente e concessionário, e se enquadra na hipótese típica constante do art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93 e com fundamento constitucional do art. 37, XXI. Disso decorre que pode haver situações em que a outorga se dê sem prévia licitação, quando cabentes situações de dispensa expressamente previstas na lei ou quando se verifique situação de inexigibilidade. É o que ocorre nas situações em que o bem público comporte a utilização objeto da concessão por todos os particulares potencialmente interessados.

Nosso entendimento de que pode haver concessão de uso sem prévia licitação – é dizer, que para a outorga do uso privativo não é inafastável a regra geral de licitar, como é no caso da concessão e serviço público (art. 175 da CF) – é reforçado pelo disposto no artigo 176, § 4º, da Constituição, que prevê a desnecessidade mesmo de concessão ou autorização e, portanto, a prescindibilidade de licitação para concessão da exploração de potencial de aproveitamento (bem público) de energia de capacidade reduzida, exatamente por pressupor que nessa hipótese haveria incompatibilidade entre licitar e aproveitar o bem.

É também forte na doutrina o entendimento de que a concessão de uso deverá ser autorizada por lei. É bem verdade que algumas Constituições estaduais e muitas Leis Orgânicas de Municípios preveem expressamente essa obrigação. Porém, somos do entendimento de que não há, de *per se*, uma obrigação de prévia autorização legislativa necessária à outorga da concessão de uso.

A concessão de uso pode ser gratuita ou onerosa. Embora não haja na lei uma imposição nesse sentido<sup>110</sup>, a onerosidade da concessão deverá ser sempre observada, como já adiantado anteriormente, na medida em que, seja na concessão para exploração, seja na concessão de mero uso, ela confere ao particular o direito ao desfrute do valor de uso em situação desigual em relação aos demais particulares, fazendo natural que haja uma carga econômica a recair sobre esse beneficiário. Embora sendo a regra, a onerosidade poderá ser excepcionada quando o uso a ser dado a particular corresponder ao meio para o desempenho de uma atividade de interesse coletivo que já represente em si uma carga ou ônus, ou quando a cobrança pelo uso privativo importar em afronta à modicidade das tarifas do serviço público que têm o bem como suporte.

108 Raimundo Nonato FERNANDES (Da concessão de uso de bens públicos, p. 7) afirma que a concessão pode ser de exploração ou de mero uso, diferenciando as primeiras por elas conferirem ao particular "poderes de gestão patrimonial".

109 É com essa premissa hermenêutica que superamos a contradição constante do art. 7º do Decreto-lei n. 271/67 que, enquanto no seu *caput* admite a concessão de uso por tempo indeterminado, no seu § 3º expressamente se refere ao termo da concessão de uso, sem margem para se admitir esse direito sem prazo terminal.

110 Ao contrário, o art. 7º do Decreto-lei n. 271, por exemplo, expressamente prevê a hipótese de concessão gratuita.

### 3.3.1.5. Concessão do direito real de uso

A concessão de direito real de uso<sup>111</sup> não deixa de ser uma espécie da concessão de uso. Apenas se particulariza por ter previsão legal, possuir um caráter de direito real reforçado e ser prestante apenas para conferir ao particular o direito de dar ao bem público uma das finalidades especificamente previstas no texto legal.

Enquanto a concessão administrativa pode recair sobre qualquer espécie de bem, a concessão do direito real de uso recai apenas sobre os bens dominicais. Já quanto às finalidades, enquanto a concessão de uso pode se voltar a uma ampla gama de possibilidades, no caso da concessão de direito real de uso a aplicação do bem deve se dar para fins econômicos (urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas) ou sociais (utilização de interesse social), conforme estipula o art. 7º do Decreto-lei n. 271/67, com redação dada pela Lei n. 11.481/2007.

A concessão de direito real de uso pode ser formalizada por instrumento público, particular ou por termo administrativo (art. 7º, § 1º, do Decreto-lei n. 271/67), mas, de qualquer modo, o vínculo estabelecido entre poder concedente e concessionário é contratual. Em que pese a melhor doutrina entenda que o direito real de uso possa ser outorgado por prazo indeterminado, entendemos que ele pressupõe a fixação de um termo, mesmo que seja de longo prazo. Isso pelas mesmas razões expostas anteriormente para a concessão administrativa de uso.

Igualmente converge a doutrina no sentido de que a concessão do direito real de uso deverá ser precedida de licitação. Em reforço a esse entendimento vem o disposto no art. 23, § 3º, da Lei n. 8.666/93, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 8.884/94. De nossa parte, seguimos entendendo que, embora o dever de licitar seja a regra, pode haver situações em que a concessão do direito real de uso prescindia, porquanto inexigível, de prévia licitação<sup>112</sup>. Nesse sentido, interpretamos o disposto no art. 23, § 3º, da Lei de Licitações como um mandamento segundo o qual, sendo exigível a licitação, ela deverá ser processada na modalidade concorrência pública.

Estando prevista no ato de concessão do direito real de uso e contando com prévia anuência do poder concedente, entendemos possível a subconcessão desse direito, hipótese que pode ser extremamente útil em projetos de cultivo

da terra ou de industrialização, por exemplo, nos quais o concessionário assume a obrigação de ser o aglutinador da ocupação do bem e de transferir para outros particulares, mormente de menor capacidade econômica, o uso predicado para o bem, provendo-lhes da infraestrutura básica necessária (infraestrutura viária, linhas de escoamento de produção, plantas de irrigação etc.).

### 3.3.1.6. Concessão especial para fins de moradia

Espécie bastante peculiar do gênero concessão de uso<sup>113</sup>, a concessão especial para fins de moradia veio prevista no art. 4º, V, h, da Lei n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) e vinha disciplinada pelos arts. 15 a 20 do mesmo diploma legal, que foram vetados pelo presidente da República por razões de interesse público<sup>114</sup>. Posteriormente, o instituto foi disciplinado pela Medida Provisória n. 2.220/2001, ainda não convertida em lei. Mais recentemente o instituto foi disciplinado pela Lei n. 11.481/2007, que determinou sua aplicação para os bens do domínio da União, inclusive terrenos de marinha e acrescidos, excluídos aqueles considerados de interesse da defesa nacional e os imóveis funcionais.

A concessão de uso especial para fins de moradia se assemelha ao instituto da concessão do direito real de uso, na medida em que confere ao concessionário um direito de uso a título não precário (estável), inclusive preconizando a medida provisória (art. 8º) as restritas situações em que o direito da concessão especial de uso pode ser extinto, quais sejam: (i) hipótese de uso distinto daquele correspondente à finalidade da concessão (moradia do concessionário e de sua família) ou (ii) perda superveniente de uma das condições conferentes do direito especial (caso o concessionário passe a possuir outro imóvel urbano ou rural). Ademais, o direito de uso especial também é transferível, tal como um direito real, tanto por ato *inter vivos* como por sucessão (art. 7ºe).

Porém, diferentemente do regime geral das concessões de uso, o direito do concessionário ao uso privativo antecede a concessão, prescinde de decisão

113 "A concessão de uso especial para fins de moradia enquadra-se no conceito tradicional de concessão de uso, como uma das modalidades de outorga de uso privativo de bem público ao particular" (Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, Concessão de uso especial para fins de moradia, p. 161). Em sentido contrário, ver Marçal JUSTEN FILHO, *Curso de direito administrativo*, p. 873-874.

114 A saber: (i) a previsão, tida por inconveniente, de direito à concessão em edificação pública; (ii) a falta de exclusão dos bens públicos de uso comum; (iii) o não aprazamento de data limite para aquisição do direito, tornando-o perene; (iv) a ausência de prescrição de prazo para a Administração responder aos pedidos de concessão. A esse respeito, ver Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Concessão de uso especial para fins de moradia*, p. 153.

111 Sobre o tema, ver, por todos, Caio TÁCITO, *Concessão real de uso: terras públicas: autorização*, p. 209 e s.

112 Além da hipótese de dispensa prevista no art. 17, § 2º, da Lei n. 8.666/93, em favor de outros entes da Administração.

225, § 1º, da CF). Tais bens somente se transformarão em bens dominicais caso sejam excluídos dos planos de preservação ambiental ou percam sua característica florestal. Em ambos os casos, deixaria de se tratar de floresta e descaberia referir-se como concessão florestal.

Houvesse dúvida quanto ao fato de o objeto da concessão florestal tratar-se do uso privativo de bem público, ela desapareceria pela leitura do § 3º do art. 31, que determina que ao final do prazo da concessão florestal o concessionário deve devolver a unidade de manejo ao poder concedente nos termos do contrato.

A concessão de floresta será sempre onerosa, com prazo certo, e outorgada necessariamente por meio de licitação na modalidade concorrência (art. 13, § 1º), julgada (art. 26 da Lei n. 11.284/2006) pelo tipo técnica (considerando os itens arrolados no inciso II do art. 26) e preço (considerado o maior preço pela outorga).

Deve-se notar, por fim, que a concessão de floresta não confere ao particular qualquer direito dominial, nem preferência quanto à sua aquisição numa eventual alienação do bem (art. 16, § 1º, I, da Lei n. 11.284/2006)<sup>117</sup>, nem compreenderá a outorga de direitos sobre o patrimônio genético ali encontrado, sobre bens minerais, recursos hídricos, créditos de carbono, recursos pesqueiros ou fauna silvestre (art. 16, § 1º, II a VI).

### 3.3.1.8. Cessão

A cessão de uso é outro instituto muito pouco delimitado, seja no direito positivo, seja na doutrina. Pelo art. 18 da Lei n. 9.636/98, a cessão corresponderia à generalidade dos instrumentos passíveis de conferir direito de uso privativo de um bem público a particular. Pelo disposto no art. 64, § 3º, do Decreto-lei n. 9.760/46, cuidar-se-ia de um tipo muito específico de instrumento de outorga do direito de uso. E, ainda, a cessão seria reconhecida como instrumento para a transferência do direito de uso entre entes da Administração, hipótese que também encontra respaldo no art. 18 da Lei n. 9.636/98.

A indefinição legal e doutrinária acerca da cessão acaba por dificultar o correto emprego do instituto, ora aplicando-o como gênero, ora como espécie. O que se pode afirmar, porém, é que a lei dá à cessão uma amplitude grande, de

favorável da Administração (o ato de outorga não é discricionário, mas vinculado) e desnecessita de licitação para selecionar o beneficiário. É o que se depreende já do art. 1º da Medida Provisória n. 2.220/2001, que assegura o direito a esse uso especial àquele que já tivesse completado, em 30 de junho de 2001, cinco anos ininterruptos e sem oposição de ocupação para fins de moradia de imóvel público urbano com área igual ou inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados<sup>115</sup>. Ainda, essa espécie de concessão só se presta para uma finalidade: a moradia do concessionário e de sua família, o que exclui outros usos possíveis, interditando inclusive os usos exploratórios (econômicos) do bem.

A concessão de uso especial para fins de moradia será outorgada sempre a título gratuito (art. 1º, § 1º, da MP n. 2.220/2001), mas não poderá recair sobre qualquer classe de bem público<sup>116</sup>.

De nossa parte, não vemos incompatibilidade entre o direito real consistente na concessão de uso especial e a previsão constitucional de imprescritibilidade dos bens públicos. Não concordamos que a vedação à aquisição da propriedade por usucapião implique também a “*imprescritibilidade dos demais direitos reais que compõem a propriedade*”.

O direito do ocupante a uma concessão especial para fins de moradia não lhe confere a aquisição da propriedade sobre esse bem (pois ele será titular de um direito de uso e não do domínio, que lhe conferiria o direito de alienar plenamente essa propriedade). Confere-lhe, isso sim, um direito subjetivo ao uso do bem por longo prazo, desde que nele siga fixando sua moradia.

### 3.3.1.7. Concessão florestal

A Lei n. 11.284/2006 instituiu a concessão florestal, um tipo de concessão de uso de bem público pelo que se depreende da análise de seus preceitos.

Que as unidades florestais a ser objeto de concessão constituem bem público não pode haver dúvidas. Bens públicos que são, cumpriria indagar se as florestas são bens afetados ou não. Ouso dizer que sobre esses bens recai uma afetação tácita constitucional a uma atividade de preservação ambiental (art.

115 O art. 2º da MP prevê a possibilidade de concessão de uso especial coletiva, para áreas públicas de dimensão superior àquela, à qual terá direito o universo dos ocupantes para fins de moradia.

116 Lembra-se que, com o advento da Lei n. 11.481/2007, a concessão de uso especial para fins de moradia passa a englobar não apenas os bens públicos imóveis urbanos, mas também os terrenos de marinha e acrescidos (urbanos ou não), excetuados expressamente os imóveis funcionais, e os imóveis sob administração do Ministério da Defesa ou dos Comandos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, considerados de interesse da defesa nacional (cf. art. 22-A, § 1º e 2º).

117 Veja-se que, embora este dispositivo aluda a alienabilidade do bem público floresta, essa possibilidade de alienação estará condicionada a não serem tais florestas nem terras devolutas, nem objeto de ação discriminatória, pois nesse caso permanecem elas indisponíveis por cláusula constitucional (art. 225, § 5º, da CF).

modo que ela pode ser gratuita ou onerosa, ser expedida em favor de pessoa pública ou privada, física ou jurídica, ter por objeto bens dominicais ou afetados (embora haja quem sustente que ela só cabe para os primeiros)<sup>118</sup>, e desnecessita de autorização legislativa.

Embora não seja necessária a autorização por lei, faz-se necessário um ato de autorização, nos termos do art. 19 da Lei n. 9.636/98. Note-se que o inciso I desse artigo admite que o ato de cessão permita a alienação do domínio útil ou a “alienação” de direitos reais de uso do bem cedido pelo cessionário e o inciso II admite que se preveja a hipoteca destes do domínio útil. Tais prescrições preedicam ter a cessão o condão de transferir quase que o domínio do bem.

No âmbito da União, pela lei, a cessão para exploração econômica do bem pelo particular deverá ser onerosa e precedida de licitação (art. 18, § 5º, da Lei n. 9.636/98). A onerosidade pode ser dispensada (art. 19, IV, da Lei n. 9.636/98) ou seu pagamento diferido (art. 19, V) a critério do presidente da República ou seu delegado no ato que autorizar a cessão (art. 18, *caput*, ou § 4º). A licitação, por seu turno, é expressamente dispensada pela redação dada pela Lei n. 11.481/2007 ao § 6º do art. 18 da Lei n. 9.636/98 em duas hipóteses: 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 e bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até duzentos e cinquenta metros quadrados, inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social e cuja ocupação se tenha consolidado até 27 de abril de 2006.

### 3.3.1.9. Inscrição de ocupação

A Lei n. 11.481/2007 instituiu outra modalidade de conferência de direito de uso privativo de bem público. Trata-se da inscrição de ocupação, referida anteriormente no art. 7º da Lei n. 9.636/98, o qual teve a sua redação significativamente alterada pela nova lei. A inscrição de ocupação é definida como o ato administrativo precário, resolúvel a qualquer tempo, e que é outorgada pela Administração após analisada a conveniência e a oportunidade. A inscrição de ocupação é sempre onerosa (diz a lei que ela “*gera obrigação de pagamento anual de taxa de ocupação*”).

Além da onerosidade, é requisito para a inscrição de ocupação a demonstração de que o beneficiário dá efetivo aproveitamento ao terreno, comprovação apenas dispensada na hipótese de assentamentos informais em áreas de especial interesse social, definidas assim na legislação municipal. São excluídos da inscrição de ocupação os imóveis situados nas faixas de fronteira e aqueles sob administração do Ministério da Defesa e dos órgãos militares a ele subordinados.

Embora os contornos do regime jurídico do instituto, temos que ele se aproxima de uma concessão administrativa de uso voltada para regularizar a posse de bens dominicais da União. De todo modo, a lei passou a conter uma vedação a que se proceda à inscrição de ocupação de bens quando a ocupação comprometa ou possa comprometer a integridade de bens de uso comum ou de outras áreas relevantes para a segurança nacional, preservação ambiental, implantação de programas ou ações de regularização fundiária nas reservas indígenas, em áreas remanescentes de quilombos, de vias federais e de áreas destinadas à construção de hidrelétricas.

A lei nada diz sobre o prazo, mas entendemos ser aprazado, pois fosse a inscrição conferidora de um direito não aprazado e nos aproximariamos da hipótese de usucapião, vedada pela Constituição. Ademais, não obstante o silêncio da lei, entendemos que o direito ao uso decorrente da inscrição não é transferível por ato *inter vivos*, podendo o ser por ato *causa mortis* desde que submetido novo pedido ao Patrimônio da União, no qual reste demonstrado que o sucessor ou os sucessores também se encontram na ocupação, concorrendo desde sempre com o aproveitamento do bem. Assim entendemos que a inscrição de ocupação não se confunde com o direito de moradia (não se exige que o aproveitamento seja feito para fins habitacionais) e, portanto, não pode ser equiparada nem à concessão de direito real de uso, nem à concessão especial para fins de moradia, inseridas pela lei no rol de direitos reais constante do art. 1.225 do CCB.

Por fim, o regime da inscrição de ocupação, inclusive por *pressupor intuitu personae* na medida em que os seus destinatários são apenas aqueles que estejam ocupando área, prescinde de licitação.

### 3.3.2. Outros instrumentos

Além de todos esses instrumentos típicos do direito público, o uso privativo de um bem público pode ser formalizado por outros instrumentos jurídicos que se voltam especificamente aos bens dominicais<sup>119</sup>.

118 Cf. Edmir Netto de ARAÚJO, *Curso de direito administrativo*, p. 1089; Caio TÁCITO, *Bens públicos: cessão de uso*, p. 483.

119 Como afirma Marçal JUSTEN FILHO, “há outras figuras cuja utilização é adequada apenas para os bens dominicais. São figuras próprias ao direito privado, tal como a locação, o arrendamento, o comodatário e a enfiteuse” (*Curso de direito administrativo*, p. 872).

### 3.3.2.1. Comodato

O comodato, na definição do CCB<sup>120</sup>, é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis. Pela sua configuração jurídica, esse instituto acaba por ser absorvido, seja pela cessão, seja pela concessão de uso, seja ainda mediante a permissão de uso, desde que efetivadas de forma não onerosa. De fato, embora possível para os bens dominicais, nenhuma razão há para se utilizar da figura do comodato quando se têm figuras mais adequadas para atingir a finalidade de conferir o direito de uso privativo de forma gratuita, tendo por objeto coisas fungíveis (hipótese de *per se* dos bens públicos imóveis).

### 3.3.2.2. Aforamento

O aforamento, por vezes também referido por enfiteuse<sup>121</sup>, é, na definição doutrinária,

“o direito real de posse, uso e gozo pleno da coisa alheia que o titular (foreiro ou enfiteuta) pode alienar, e transmitir hereditariamente, porém, com a obrigação de pagar perpetuamente uma pensão anual (foro) ao senhorio direto. Característico do aforamento ou enfiteuse é, pois, o exercício simultâneo de direitos dominicais sobre o mesmo imóvel por duas pessoas: uma, sobre o domínio direto – o Estado; outra, sobre o domínio útil – o particular foreiro, no caso de bens públicos”<sup>122</sup>.

O aforamento veio regido pelas normas constantes dos arts. 99 a 124 do Decreto-lei n. 9.760/46, posteriormente alterado pela Lei n. 9.636/98<sup>123</sup>. Mais recentemente foi modificado também pela Lei n. 11.481/2007, em que pese a Constituição (art. 49 do ADCT) ter apontado para a extinção do instituto, remanescendo apenas para os terrenos de marinha e seus acrescidos situados na faixa de segurança, conforme reza o § 3º desse mesmo art. 49, e não obstante as fortes críticas doutrinárias ao instituto<sup>124</sup>.

120 Cf. art. 579 do CCB.

121 Tratando do aforamento, Diogenes GASPARINI assevera que este “por ser espécie não se confunde com a enfiteuse então disciplinada pelo Código Civil de 1916. Até no nome são diferentes. Para o anterior Código Civil era enfiteuse, para este Decreto-Lei [Federal n. 9.636/98] é aforamento, embora essas expressões sejam consideradas pela doutrina como sinônimas” (Direito administrativo, p. 800).

122 Hely Lopes MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, p. 434.

123 O Código Civil de 1916 tratava do instituto. Ver a esse respeito a jurisprudência do STF: RE n. 85458, RE n. 84586, RE n. 83874, RE n. 61602, RE n. 80342 e RE n. 70467.

124 Ver Edmir Netto de ARAÚJO, *Curso de direito administrativo*, p. 1091.

O enfiteuta assume basicamente duas obrigações: pagar a renda anual ao poder público titular do bem (o não pagamento por três anos seguidos leva ao comisso, perda do direito de enfiteuta) e manter e conservar a coisa, sem permitir que ela se perca, deteriore ou pereça. Além disso, caso o enfiteuta pretenda alienar o domínio útil (os direitos de enfiteuta são transferíveis), o poder público (senhorio) tem direito à preferência na aquisição e, não a exercendo, faz jus ao recebimento de laudêmio correspondente a 5% do valor do imóvel<sup>125</sup>.

O fato é que no passado o aforamento foi um importante instrumento para auferição de rendas pelo poder público, mediante a exploração do uso de bens públicos não afetados. Hoje, cremos, existem institutos mais aperfeiçoados para chegar a tal resultado. De mais a mais, com o advento do novo Código Civil brasileiro, haja vista que o seu art. 2.038 proíbe a constituição de novas enfiteuses, hoje o instituto somente poderá ser aplicável aos bens públicos terrenos de marinha e seus acrescidos, que seguem regidos pelos arts. 99 e seguintes do Decreto-lei n. 9.760/46, conforme expressa ressalva do § 2º do art. 2.038 do CCB.

### 3.3.2.3. Locação

A possibilidade de os bens públicos dominicais da União serem objeto de locação vem prevista no art. 87 do Decreto-lei n. 9.760/46, ainda vigente. Por esse dispositivo, o aluguel dos bens pode se voltar para a residência de autoridades ou servidores públicos federais no interesse do serviço público, ou destes em caráter voluntário, ou ainda ter como locatário qualquer interessado. Nas duas primeiras hipóteses, pode-se mesmo discutir se os bens destinados à residência de servidores ou autoridades seriam mesmo bens dominicais, haja vista que essa destinação se aproxima de uma afetação do bem a essa finalidade (mesmo em caráter voluntário, a residência do servidor pode ser compreendida dentro da lógica de provimento da atividade administrativa)<sup>126</sup>. A terceira situação claramente se revela como um veículo de exploração econômica do bem público.

Para os bens da União, não são aplicáveis as normas gerais de locação, na medida em que o art. 87 do Decreto-lei n. 9.760/46 expressamente excetua as locações de bens públicos federais do regime legal da locação em geral<sup>127</sup>. E, em

125 Cf. art. 3º do Decreto-lei n. 2.398/87.

126 No mesmo sentido, Edmir Netto de ARAÚJO, *Curso de direito administrativo*, p. 1093.

127 Muito pertinente a crítica de Celso Antônio: “Na esfera federal, irrealisticamente, o Decreto-Lei n. 9.760, de 5.9.46, que dispõe sobre os bens imóveis da União, estatui que a locação obedecerá unicamente às disposições

verdade, para os bens da União se coloca uma locação *sui generis*, temperada pelo direito público, distanciada em muitos pontos do regime geral reitor do instituto.

Já para os outros entes da Federação, a possibilidade de se destinar o bem para a finalidade locatícia deve ser objeto de ato normativo (não necessariamente lei) editado no âmbito de cada ente federado titular do seu domínio. Porém, uma vez pactuada a locação, ela será regida pelas normas gerais, de direito privado, concernentes ao instituto, pois não vemos como aplicar extensivamente a regra do art. 87 do Decreto-lei n. 9.760/46, anteriormente referida.

Ao firmar a locação, o ente público titular do bem estará se sujeitando a uma relação jurídica de direito privado, inclusive com uma menor sujeição especial às regras do poder extroverso típicas do direito público<sup>128</sup>. Isso leva alguns importantes autores a entender que descabe o regime de locação sobre bens públicos<sup>129</sup>.

Salvo nas hipóteses em que restar caracterizada a hipótese de inexigibilidade de licitação (art. 25, *caput*, da Lei n. 8.666/93), entendemos que a licitação é sempre necessária para locação do bem público a terceiros interessados<sup>130</sup>. A exigência de licitação vem contida no art. 95, parágrafo único, do Decreto-lei n. 9.760/46, que prevê a realização de concorrência pública julgada pelo maior preço oferecido entre os interessados.

### 3.3.2.4. Arrendamento

Trata-se de instituto jurídico voltado estritamente para a exploração econômica, conforme indicam mesmo as referências a ele contidas no Decreto-lei n.

128 *nele constantes, entre as quais se inclui a de que a locação pode ser rescindida por ato unilateral do poder público, por conveniência administrativa e sem indenização ao locatário, salvo no que concerne a benfeitorias necessárias (artigo 89, § 2º). Será sempre precedida de licitação, como é natural. Resta ver se alguém se interessaria locar sob tais condições"* (Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, p. 797).

129 "Nesses ajustes incide a supremacia do interesse público que permite à Administração Pública contratar alterá-los e rescindi-los unilateralmente. Tais instrumentos são, portanto, inadequados à formalização de negócios entre a Administração Pública e os administrados, nos quais deve prevalecer, sempre, o interesse da coletividade sobre o do particular. Em tal linha de entendimento, e a esse respeito já falamos, a concessão substitui com vantagem a locação, o comodato e a enfiteuse. A impropriedade da utilização desses institutos foi observada pelo Tribunal de Contas da União no Processo TC-245.208/94-0" (Diogenes GASPARINI, *Direito administrativo*, p. 786).

129 Cf. Hely Lopes MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, p. 530.

130 Nicola CENTOFANTI, com respaldo na jurisprudência italiana, aponta duas fases na locação dos bens públicos: uma primeira de natureza pública, correspondente ao procedimento licitatório, e uma segunda de privatística, concernente à celebração do contrato de locação entre a Administração Pública e o signatário (cf. *I Beni Pubblici: Tutela Amministrativa e Giurisdizionale*, p. 255).

9.760/46 (arts. 64, § 1º, e 96)<sup>131</sup>. Instituto similar à locação, o arrendamento dela difere porque o proprietário da coisa não recebe como pagamento apenas um valor fixo vinculado ao trespassse da posse do bem, mas faz também jus à participação na exploração deste.

No regime do Decreto-lei n. 9.760/46, aplicável, tal como ocorre para a locação, apenas aos bens da União, o prazo do arrendamento não superará vinte anos<sup>132</sup>, salvo em situação excepcional, quando os investimentos necessários pelo particular demandarem prazo maior para amortização e retorno<sup>133</sup>. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem também arrendar seus bens, desde que ato normativo assim autorize e fixe os termos aplicáveis ao instituto (como, por exemplo, prazo e obrigações do arrendatário), sem avançar sobre prescrições atinentes ao contrato de arrendamento, matéria típica de competência privativa da União.

Reitere-se, como dito anteriormente, que os bens afetos ao serviço público portuário<sup>134</sup>, por previsão legal<sup>135</sup>, podem ser arrendados. Na verdade, serão objeto de arrendamento todos os bens integrantes do Porto Organizado, assim entendidos não apenas aqueles empregados no serviço público, mas também aqueles que estiverem destinados a isto, mesmo que, no futuro, mediante previsão de sua utilização pelo Plano Diretor do Porto, deixem de estar a isso destinados. Por esse arrendamento, o particular não apenas se apossa por prazo de instalação portuária, como nela investe e passa a operar atividades inerentes a esses bens, o que faz o instituto no setor de portos se aproximar muito de uma subconcessão (porquanto as Companhias Docas são as concessionárias do serviço público da União)<sup>136</sup>.

131 Cf. RE 89.217, publicado no DJ, 26-10-1979.

132 Cf. art. 96, parágrafo único, conforme a redação dada pela Lei n. 11.314/2006. Antes o prazo era de dez anos.

133 Cf. Odete MEDAUAR, *Direito administrativo moderno*, p. 248.

134 Semelhante regra existe também de há muito no direito português, como aponta Diogo Freitas do AMARAL (*A utilização do domínio público pelos particulares*, p. 172).

135 Cf. art. 34 da Lei n. 8.630/93.

136 Mencione-se também a Lei n. 5.332/67, que expressamente dispõe sobre o instituto do arrendamento de áreas aeroportuárias para construção de benfeitorias permanentes, as quais, por expressa determinação do art. 3º, *caput*, da Lei n. 5.332/67, revertem-se ao domínio da União ao término do correspondente contrato, sem que o ato de transação constitua direito de indenização ao concessionário. A lei mostra-se especialmente interessante na medida em que seu art. 1º dispensa o "regime de concorrência pública" para os arrendamentos que se destinem às instalações para abrigo, reparação e abastecimento de aeronaves, além de outros serviços auxiliares de aviação.

### 3.4. Síntese dos instrumentos de conferência de uso de bem público

Vê-se, pois, existir uma ampla gama de instrumentos que conferem condições especiais de uso dos bens públicos. Nota-se também a pouca sistematicidade desses institutos na doutrina e no direito positivo, o que se agrava quando descemos às legislações estaduais, distrital e municipais que tratam do tema. Melhor seria se o direito (mediante lei nacional) estabelecesse de modo uniforme as hipóteses de contratos aptas a franquear direitos de uso sobre bens públicos, configurando normas gerais que possam ser, no caso concreto e consoante cada utilidade dada ao bem, aplicadas a cada instrumento de outorga.

## 4. REGIME JURÍDICO DA ALIENAÇÃO DE BENS PÚBLICOS

No sentido de “dominialidade” pública aqui abraçado, fixe-se desde já que a alienação do bem público é entendida como a transferência de domínio do bem, por qualquer negócio jurídico admitido em nosso direito, razão que justifica a nossa escolha por apartar a hipótese de alienação do bem público das hipóteses de outorga de direitos especiais (privativos) de uso.

Estando os bens públicos sujeitos não a um regime de alienabilidade condicionada, tem-se que para a alienação de um bem público são necessários os seguintes requisitos formais, além do sempre necessário interesse público: (i) desafetação (caso se trate de bem formal ou materialmente consagrado a um fim público); (ii) autorização legal (caso se trate de bem imóvel e inexistente autorização legal genérica); (iii) procedimento licitatório para escolha de quem adquirirá o bem; e (iv) avaliação econômica do bem, para verificação da economicidade do negócio que encetar a alienação.

O art. 17 da Lei n. 8.666/93 prevê a necessidade de autorização legislativa para os bens imóveis (inciso I, *caput*), dispensando-a para os bens móveis (inciso II). A constitucionalidade dessa regra é duvidosa em face do art. 188, § 1º, da Constituição Federal, que estabelece a exigência de autorização do Congresso Nacional (cf. art. 49, XVII, da CF) para “a alienação ou a concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares”. Se a Carta reservou a exigência de autorização legislativa apenas à alienação de um tipo específico de bem público (dimensão territorial significativa), não poderia a norma infraconstitucional ampliar essa exigência. Ademais, é importante destacar que existem no ordenamento positivo autorizações legislativas genéricas que já autorizam a alienação, sem necessidade de nova manifestação legislativa<sup>137</sup>.

137 Nesse sentido é o art. 19 da Lei n. 8.666/93, que preconiza a alienação de bens advindos de procedimen-

A regra geral de exigência de procedimento licitatório para as alienações de bens públicos vem prevista já na Constituição, em seu art. 37, XXI<sup>138,139</sup>. Sobre os desdobramentos da licitação para alienação de bens públicos, mencione-se que a Lei n. 11.481/2007 previu um regime de preferência aos ocupantes de boa-fé de áreas da União para fins de moradia que não se beneficiem do direito à cessão de uso (art. 18, § 6º, I), de forma que, após a conclusão da licitação para alienação de áreas, o ocupante morador de boa-fé poderá exercer seu direito de preferência pelo preço e condições do vencedor da licitação, desde que esteja em dia com suas obrigações perante o Patrimônio da União e ocupe continuamente o imóvel até a data de publicação do edital de venda do bem.

Já para os bens móveis, a licitação é dispensada (art. 17, II, da Lei n. 8.666/93) nos casos de: (i) doação para fins e uso de interesse social; (ii) permuta entre entes da Administração Pública; (iii) venda de ações; (iv) venda de títulos; (v) venda de bens produzidos ou comercializados por entes da Administração Pública, em virtude de suas finalidades; (vi) venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe; e (vii) procedimentos de legitimação de posse<sup>140</sup>.

Quanto à avaliação prévia, esta sempre é a regra: mesmo nas hipóteses de alienação não onerosa, a avaliação não é dispensada, pois ela servirá tanto para balizar as anotações de baixa patrimonial como contribuirá para aferir o interesse público subjacente à alienação.

138 Sobre a exigência jurisprudencial de procedimento licitatório prévio à alienação dos bens públicos, cf. os seguintes acórdãos julgados pelo Supremo Tribunal Federal: MS n. 25.181, ADI n. 651 e RE n. 111.770.

139 As hipóteses de dispensa de licitação para alienações vêm previstas no art. 17 da Lei de Licitações e correspondem a: (i) doação para outro ente da Administração Pública; (ii) permuta por outro imóvel que preencha os requisitos legais; (iv) investidura; (v) venda a outro ente da Administração Pública; (vi) alienação de bens imóveis construídos e destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais de interesse social; (vii) hipóteses de legitimação de posse mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública; (viii) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de bens imóveis residenciais relacionados a programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da Administração Pública; e (ix) casos de alienação, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m<sup>2</sup> e inseridos em programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da Administração Pública.

140 Aqueles tratados pelo art. 29 da Lei n. 6.383/76, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal inclua-se tal atribuição.



## 5. CONCLUSÃO

Temos convicção de que o aproveitamento econômico dos bens públicos (em sentido jurídico), mais do que não antagonizar com a preservação do bem público (em sentido econômico), pode representar um reforço de viabilidade para consecução deste. O aproveitamento econômico dos bens públicos não pode, nem deve, representar uma apropriação desigual das utilidades subjacentes aos bens públicos. Em um contexto de exaurimento da capacidade de financiamento do poder público, negar a possibilidade de “rentabilização” do seu patrimônio significa tolher a capacidade de o Estado financiar o cumprimento de políticas públicas e, assim, dificultar a promoção (e oferta) de várias possibilidades de “bens públicos” (aqui no sentido econômico).

O problema estará, então, não na onerosidade, na restrição ou no caráter privativo do uso que seja necessário para permitir o aproveitamento econômico. A questão real estará nos critérios adotados pelo poder público para distribuir o direito de aproveitamento econômico (seja no uso direto remunerado, seja no uso privativo).

Nessa medida, a reavaliação do regime jurídico dos bens públicos (quanto à aquisição, gestão e alienação) mostra-se uma etapa preliminar de grande importância para lidar com a complexidade de relações que se estabelecem em torno do domínio público. O presente artigo teve por escopo contribuir com uma visão sobre a disciplina jurídica dos bens públicos a partir da reflexão contemporânea de diversos tópicos de estudo consagrados no direito administrativo, assumindo, como inextorável pressuposto de análise, a necessidade de funcionalização dos bens públicos.

Temos, pois, que o aproveitamento econômico dos bens públicos não é, em gênero, impeditivo para que esses bens cumpram sua função social e assegurem o cumprimento das finalidades do Estado. Os bens públicos têm, sim, um proprietário, que é a pessoa jurídica de direito público, seu titular. Ocorre que esse detentor da propriedade não agirá livremente como proprietário, e sim no exercício de uma função social. E a função social do bem público só será alcançada se nos distanciarmos de uma concepção *oitocentista* do que seja *bem* e do que seja *público*.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Diogo Freitas do. *A utilização do domínio público pelos particulares*. São Paulo: Juriscrepi, 1972.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

Observados os requisitos anteriormente indicados, o poder público pode alienar seus bens por qualquer um dos instrumentos jurídicos de transferência de domínio admitidos em direito (excluída a prescrição aquisitiva). Importante salientar que ressalvada a hipótese de venda e compra (na qual todos os interesses podem disputar objetivamente a coisa a ser alienada), nas outras modalidades ou não existe razão de interesse público a justificar a alienação ou, existindo, o destinatário será apenas aquele particular que preencha requisitos subjetivos aptos a qualificá-lo como futuro detentor do bem, sem exigência de prévia licitação. Mesmo nas hipóteses atípicas de alienação<sup>141</sup>, de incorporação ou de retrocessão, tampouco haverá que se falar em licitação, pois, respectivamente, o destinatário do bem é a empresa governamental com capital social formado pela transferência do domínio de bens públicos e porque o único particular que pode ser beneficiário do instituto é o próprio expropriado.

No tocante à doação, no âmbito federal, a Lei n. 9.636/98 prevê um amplo leque de possibilidades de doação de bens da União. Pelo seu art. 31, com redação dada pela Lei n. 11.481/2007, pode haver doação de bens imóveis do domínio da União para outros entes públicos da esfera federal, estadual ou municipal (ao que incluíamos também o Distrito Federal, apesar da omissão legal, dada sua inserção no pacto federativo); às empresas públicas de todas as esferas fedrativas; aos fundos públicos voltados à realização de programas de provisão habitacional ou de regularização fundiária de interesse social; às sociedades de economia mista que tenham por objeto provimento habitacional ou regularização fundiária de interesse social e ainda para beneficiários desses programas habitacionais ou fundiários cuja implementação preveja a doação. A lei prevê algumas condições e encargos para essa doação, como a exigência de que o destinatário final do bem não tenha renda mensal superior a cinco salários mínimos nem seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural (art. 31, § 5º) e a proibição de alienar o bem doado por cinco anos (art. 31, § 3º). Na hipótese de doação a entes da Administração Pública ou a fundos habitacionais, a doação se dará com encargo permanente e resolutivo consistente no cumprimento da finalidade da doação (programa habitacional ou regularização fundiária de interesse social), na proibição de destinação a finalidade diversa e na permanência das razões justificadoras da doação até que seja concluído o programa de provimento habitacional ou de regularização fundiária (art. 31, § 4º).

141 Cf. Diogenes Gasparini, *Direito administrativo*, p. 791.

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- \_\_\_\_\_. Desapropriação de bem público. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 29, ano 7, maio/jun. 1974.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1.
- BONNARD, Marcel Roger. *Précis de Droit Public*. 7. ed. atual. por Maurice Duverger. Paris: Recueil Sirey, 1946.
- BUZAID, Alfredo. Bem público de uso comum. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 353, ano 54, mar. 1969.
- CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1970. t. 2.
- CAMPOS, Francisco. *Pareceres*. Rio de Janeiro: Typ. Jornal do Commercio, 1934.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 3.
- CENTOFANTI, Nicola. *I Beni Pubblici: Tutela Amministrativa e Giurisdizionale*. Milão: Giuffrè, 2007.
- CIRNE LIMA, Rui. *Princípios de direito administrativo brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- CRETELLA JR., José. Definição da autorização administrativa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 486, ano 65, abr. 1976.
- \_\_\_\_\_. *Tratado do domínio público*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- DALLARI, Adilson Abreu. Concessões urbanísticas. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 37, 2002.
- \_\_\_\_\_. Desapropriação: conceitos e preconceitos. In BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (coord.). *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- DEBBASCH, C.; BOURDON, J.; PONTIER, J.; RICCI, J. C. *Droit Administratif des Biens*. 2. ed. Paris: PUF, 1994.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A gestão jurídica do patrimônio imobiliário do poder público. *Cadernos da FUNDAP*, São Paulo, ano 9, n. 17, dez. 1989.
- \_\_\_\_\_. Bens públicos e o trespassse de uso. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, ano 21, n. 4, abr. 2005.
- \_\_\_\_\_. Concessão de uso especial para fins de moradia. In *Estatuto da Cidade*. DALLARI, Adilson; FERRAZ, Sérgio (coord.). São Paulo: Malheiros, 2002, p. 149-170.
- \_\_\_\_\_. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- DIEZ, Manuel Maria. *Domínio público: Teoría General y Régimen Jurídico*. Buenos Aires: Valerico Abeledo, 1940.
- FERNANDES, Raimundo Nonato. Da concessão de uso de bens públicos. *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 118, p. 1-11, out./dez. 1974
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FIORINI, Bartolomé A. *Derecho Administrativo*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. t. 2.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Pregão presencial e eletrônico*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- GRAU, Eros. Bens de uso comum. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 76.
- HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. 12. ed. Paris: Recueil Sirey, 1933.
- JAMBRENGHI, Vincenzo Caputi. *Premesse per una Teoria dell'uso dei Beni Pubblici*. Nápole: Jovene Napoli, 1979.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Pregão (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)*. São Paulo: Dialética, 2001.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Bens públicos, função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MARRARA, Thiago. *A teoria do domínio público e as infraestruturas de serviços públicos*. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Fadusp, 2005. Mimeografado.
- MEDAUAR, Odete. *Destinação dos bens apropriados*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

\_\_\_\_\_. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. Permissão e concessão de serviço público. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 6, ano 2, out./dez. 1968.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MEUCCI, Lorenzo. *Instituzioni di Diritto Amministrativo*. Turim: Fratelli Bocca, 1909.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *O domínio público: o critério e o regime jurídico da dominialidade*. Coimbra: Almedina, 2006.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de Droit Administratif des Biens*. Paris: Montchrestien, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. XIV. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

REBUFFA, GIORGIO. *La Formazione Dell Diritto Amministrativo in Italia*. Bolonha: Mulino, 1981.

ROCHA, Lauro Lacerda; LACERDA, Carlos Alberto de Melo. *Comentários ao Código de Mineração do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SANTANA, Jair Eduardo. *Pregão presencial e eletrônico*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

SCARPINELLA, Vera. *Licitação na modalidade de pregão*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *Da desapropriação no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942.

TÁCITO, Caio. Bens públicos: cessão de uso. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 32, abr./jun. 1953.

\_\_\_\_\_. Concessão real de uso: terras públicas: autorização. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 150, out./dez. 1982.

\_\_\_\_\_. Desapropriação: bens do domínio público municipal: indenização. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 138, out./dez. 1979.

YOLKA, Philippe. *La Propriété Publique: Éléments pour une Théorie*. Paris: LGDJ, 1997.

## OBRIGAÇÕES ADMINISTRATIVAS

MARCOS AUGUSTO PEREZ\*

### 1. INTRODUÇÃO

Nada mais incomum, no âmbito do direito administrativo, que a colocação ou o debate do tema que dá título ao presente trabalho.

Sim, a doutrina é tão silenciosa sobre as obrigações administrativas que, não fosse tão evidente a sua existência, este autor teria dúvidas sobre estar a tratar de um tema com alguma aderência à realidade<sup>1</sup>.

O objetivo do presente trabalho não é obviamente suprir essa lacuna em toda sua inteireza, mas colocá-la em debate. Não há sentido no fato de que um tema que constitui base para a discussão de assuntos da maior relevância para o dia a dia da Administração Pública (a celebração e a execução de contratos, a responsabilidade por dano, as consequências da omissão administrativa, entre outros) fique esquecido, relegado a um segundo plano na sistematização doutrinária do direito administrativo.

Adotaremos, aqui, a seguinte abordagem: verificaremos primeiro como o direito civil tradicionalmente cuida do tema das obrigações. Exploraremos, em seguida, a questão da existência de obrigações administrativas e procuraremos divisar diferenças e semelhanças entre estas e as obrigações civis. Trataremos, por fim, ante as constatações anteriores, de compreender as consequências do descumprimento das obrigações administrativas, mais uma vez comparando-as às obrigações privadas.

### 2. O CONCEITO DE OBRIGAÇÃO

É decorrência do trabalho dos civilistas o conceito jurídico de obrigação. Orlando Gomes, por exemplo, ensina que a obrigação pertence à categoria das relações jurídicas de natureza pessoal e conclui: "Obrigação é um vínculo jurí-

\* Advogado. Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo.

1 Exceção a essa afirmação vai ser encontrada na obra de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Obrigações administrativas*.

# TRATADO DE COORDENADORES ADILSON ABREU DALLARI CARLOS VALDER DO NASCIMENTO IVES GANDRA DA SILVA MARTINS **DIREITO ADMINISTRATIVO**

ANDRÉ PORTELLA • LUÍS ROBERTO BARROSO • GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA • MARCELO HARGER • WALLACE PAIVA MARTINS JUNIOR • IVAN BARBOSA RIGOLIN • RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA • ALVARO LAZZARINI • MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO • LUIS MANUEL FONSECA PIRES • MARCELO FIGUEIREDO • ANDRÉ RAMOS TAVARES E FABRÍCIO BOLZAN • FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO • MARCOS AUGUSTO PEREZ • CARLOS PINTO COELHO MOTTA • MARÇAL JUSTEN FILHO • FERNANDO VERNALHA GUJMARÃES • PEDRO ESTEVAM SERRANO • JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO • DANIELA CAMPOS LIBÓRIO DI SARNO • TOSHIO MURKAI

