

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Inês Maria dos Santos Coimbra de Almeida Prado

Instrumentos estatais de outorga de uso privativo de bens públicos

MESTRADO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

**SÃO PAULO
2010**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Inês Maria dos Santos Coimbra de Almeida Prado

Instrumentos estatais de outorga de uso privativo de bens públicos

MESTRADO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Prof. Luis Alberto David Araújo.

SÃO PAULO

2010

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Nesse momento dos agradecimentos me dou conta de quantos amigos me trouxeram até aqui.

Ao Professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, pelo incomparável exemplo de mestre.

Ao Professor MÁRCIO CAMMAROSANO, por todas as lições e pelo contínuo incentivo aos meus estudos.

Agradeço especialmente à Professora DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI pela generosidade e disponibilidade que tanto contribuíram para a conclusão desse trabalho.

Aos Professores SÍLVIO LUÍS FERREIRA DA ROCHA, CLÓVIS BEZNOS e LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO, pelos inestimáveis ensinamentos ao longo do curso.

À minha mãe, TANIA MARIA SANTOS, pelo constante incentivo e o amor incondicional.

À SÔNIA ALMEIDA PRADO, pela presença e o apoio indelévelis.

À CAROLINA ZANCANNER ZOCKUN e MAURÍCIO ZOCKUN, pela amizade de todas as horas.

À querida amiga TAIANE LOBATO, pela experiência da fraternidade.

Ao amigo Rafael Valim, pelas valorosas contribuições e infindável paciência.

À CRISTIANA CORREA CONDE FALDINI, pela influência na escolha do tema e pelas inúmeras e valiosas observações que contribuíram para a realização desse trabalho.

Aos amigos LUIZ MANUEL FONSECA PIRES e NILMA ABE, pelas produtivas conversas e valiosas sugestões.

Aos amigos ANGÉLICA PETIAN, AUGUSTO NEVES DAL POZZO, BRUNO FRANCISCO CABRAL AURÉLIO, DÉCIO GABRIEL GIMENEZ, EDUARDO PEREIRA DE SOUZA, LUCIANO SILVA COSTA RAMOS e RODRIGO MATEUS, pelo rico curso que me proporcionaram não só em conhecimento, mas em diversão.

RESUMO

Para efetivação das diversas e cada vez mais complexas atividades que desempenha, a Administração necessita não só de poderes, mas também de um conjunto variado de coisas, como bens que se prestem como suporte material para a atividade administrativa.

Os bens públicos surgem, assim, como instrumentos para a consecução dos deveres da Administração, representando importante riqueza pública e assento para a realização de políticas públicas.

É necessário, portanto, dar destinação aos bens públicos elegendo o seu uso adequado, o instituto jurídico apto a viabilizá-lo, bem como a escolha do melhor momento para concretizá-lo, atendendo ao interesse público.

No presente trabalho, pretende-se dar enfoque aos instrumentos estatais de outorga de uso privativo de bens públicos por entendê-los mais adequados que os instrumentos típicos do direito privado, justamente por ter sua formatação dada por normas de direito administrativo, mais apropriadas ao manejo das utilizações de bens públicos pelo Estado.

O que se busca, no presente estudo, é a análise dos institutos da autorização de uso, permissão de uso e concessão de uso como categorias jurídicas, identificando alguma unidade no regime jurídico aplicável, tendo como objeto o patrimônio público imobiliário.

O esforço foi no sentido de sistematizar os institutos de trespasse de uso, dedicando menor valor aos rótulos (embora não prescindindo deles) e conferindo mais destaque ao conteúdo das outorgas.

Palavras-chave: bem; imóvel; domínio; público; uso; autorização; permissão; concessão; cessão; gestão.

ABSTRACT

In order to successfully perform its increasingly complex duties, not only does the Public Administration require the power, but also a series of other elements, such as property, that may provide material support to its activities.

Thus, public property is turned into a tool to help the Public Administration perform its duties, and therefore represent an important public resource and support for the achievement of public policies.

It is crucial that public property be distributed in view to its adequate use and the legal institution that might be apt to carry out such use, as well as the choice for the best time to perform it in accordance to public interest.

This work intends to focus on the public means to grant the use of public property to private entities, since such means are deemed more appropriate for that purpose than the ones contained in private law. Moreover, its structure is based in administrative law regulations, which should be more adequate for managing the use of public property by the State.

The present study represents the analysis of the institutions that authorize, permit and grant the use of public property as legal categories, identifying at the same time some consensus in the applicable legal system with regard to public real estate.

This effort was made towards organizing the entities that grant conveyance of use, whereas labels were less stressed (although not ignored) than the content of such grants.

Keywords: property; real estate; public; use, authorization; grant; assignment; administration.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. BENS PÚBLICOS – NOÇÕES GERAIS.....	13
1.1 Terminologia	13
1.1.1 Domínio eminente.....	13
1.1.2 Patrimônio público	15
1.1.3 Domínio público.....	20
1.2 Conceito de bem público	25
1.3 Classificação.....	34
1.3.1 Bens quanto à titularidade	35
1.3.1.1 Bens da União	36
1.3.1.2 Bens dos Estados	38
1.3.1.3 Bens do Município.....	39
1.3.2 Bens pelo uso afetado.....	40
1.3.2.1 Bens de uso comum	41
1.3.2.2 Bens de uso especial	44
1.3.2.3 Bens dominicais.....	47
1.3.3 Bens considerados em si mesmos	50
1.4 Regime jurídico dos bens do domínio público	53
1.4.1 Inalienabilidade	54
1.4.2 Imprescritibilidade	56
1.4.3 Impenhorabilidade.....	58
1.4.4 Não onerabilidade	61
2. USO DE BENS PÚBLICOS POR PARTICULARES	65
2.1 Competência para gestão do patrimônio público	65
2.1.1 Um exemplo da problemática: uso de bens públicos por concessionárias de serviços públicos.....	70
2.2 Classificação dos usos	77
2.2.1 Quanto à restrição ao uso do bem	80
2.2.1.1 Uso comum.....	80
2.2.1.2 Uso privativo.....	82
2.2.2 Quanto à destinação principal do bem	86

3.4.1.4	Discricionariedade	165
3.4.1.5	Licitação.....	165
3.4.1.6	Tipos de concessão	167
3.4.1.7	Concessão onerosa ou gratuita.....	168
3.4.1.8	Autorização legislativa	169
3.4.1.9	Autoridade competente	171
3.4.1.10	Prazo	171
3.4.1.11	Direito subjetivo	174
3.2.1.12	Defesa possessória.....	178
3.4.1.13	Extinção da concessão	180
3.4.2	Concessão de direito real de uso	182
3.4.3	Concessão especial para fins de moradia	187
3.5	Cessão.....	193
CONSIDERAÇÕES FINAIS		195
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS		202

INTRODUÇÃO

Na clássica tripartição das funções, compete à Administração Pública o exercício da função administrativa e, para seu cometimento, o ordenamento jurídico confere uma série de instrumentos, ferramentas necessárias ao desempenho de suas atividades.

A ideia de função está ligada à ideia de dever, à administração de interesse de terceiros. Aquele que exerce função, portanto, não atua em nome próprio, mas, sim, na busca de uma determinada finalidade previamente determinada por outrem. Para atingimento de tal finalidade, por sua vez, há que propiciar ao exercente da função os meios necessários para tanto.

Especificamente no tocante à Administração, tem-se que, para efetivação das diversas e cada vez mais complexas atividades que desempenha, necessita não só de poderes, mas também de um conjunto variado de coisas, como bens que se prestem de suporte material para a atividade administrativa.

Os bens públicos surgem, assim, como instrumentos para a consecução dos deveres da Administração, representando importante riqueza pública e assento para a realização de políticas públicas.

Em verdade, são raras as hipóteses de prestação de utilidade pública estatal em que não haja um bem público envolvido. A própria operacionalidade da Administração Pública pressupõe a utilização de um patrimônio.

O tema ganha especial relevância com o advento da Constituição de 1988 que, para vários autores, altera o perfil da propriedade privada estendendo seus reflexos à propriedade pública. A nova ordem constitucional exige uma profunda preocupação com a gestão do patrimônio, público e privado, notadamente por força da função social da propriedade e das questões ambientais que ganharam sede constitucional.

De um lado, as demandas sociais cada vez mais complexas e pungentes e, de outro, a escassez de recursos estão a exigir do Estado uma atuação eficaz que pressupõe a racionalização dos meios de que dispõe para fazer frente a essa nova realidade.

Os bens públicos precisam ter suas potencialidades multiplicadas e, para isso, é essencial que a gestão de seus usos seja otimizada, com vistas à efetivação de políticas estatais. É necessário, portanto, dar destinação aos bens públicos elegendo o seu uso adequado, o instituto jurídico apto a viabilizá-lo, bem como a escolha do melhor momento para concretizá-lo, atendendo ao interesse público.

Neste contexto, as formas de outorga de uso privativo dos bens públicos a particulares aparecem como importantes instrumentos na gestão do patrimônio público, justificando seu estudo em trabalho monográfico.

Todavia, o estudo do bem público e, em especial, dos institutos de outorga de seu uso deve levar em consideração algumas dificuldades.

A primeira delas está em que a teoria do bem público é comumente estudada a partir da doutrina civilista, fazendo-se necessária a análise do tema sob as luzes do regime publicístico.

A segunda dificuldade decorre da competência de cada ente estatal em legislar sobre a gestão de bens públicos, especialmente no tocante a seu uso. Deriva dessa constatação uma verdadeira babel terminológica, resultando em uma legislação esparsa e heterogênea, o que ressalta a importância da construção doutrinária e jurisprudencial sobre tais instrumentos jurídicos, em especial aqueles de outorga de uso privativo de bem público.

Por fim, embora valiosas, são poucas as obras que tratam especificamente do tema no Brasil, aparecendo, de forma menos aprofundada, em Cursos e Manuais de Direito Administrativo, sem uma maior investigação, até mesmo em razão da proposta de obras desse jaez.

No presente trabalho, pretende-se dar enfoque aos instrumentos estatais de outorga de uso privativo de bens públicos por entendê-los mais adequados que os

instrumentos típicos do direito privado, justamente por ter sua formatação dada por normas de direito administrativo, mais apropriadas ao manejo das utilizações de bens públicos pelo Estado.

O corte metodológico abrange os institutos da autorização de uso, permissão de uso e concessão de uso por entendê-las mais comuns na legislação dos diversos entes.

Também a escolha da análise dos citados institutos e do regime jurídico aplicável acaba por permitir a verificação das principais notas características encontradas nos demais instrumentos estatais de uso, independentemente do rótulo aposto.

A relevância do tema ganha destaque em tempos de abertura de novos horizontes à atuação da Administração Pública, que tantas mudanças enfrentou nestes últimos 20 anos.

O que se busca, no presente estudo, é a análise dos institutos como categorias jurídicas, identificando alguma unidade no regime jurídico aplicável, tendo como objeto o patrimônio público imobiliário.

Não se pretende, por outro lado, analisar os instrumentos em relação a cada uma das espécies de bens, tendo em vista que a vastidão do tema mostra-se incompatível com os limites de uma dissertação.

Igualmente, não se propõem revoluções conceituais ou, tampouco, novas classificações. Ao contrário, com o manejo de instrumentos já consolidados (ou, ao menos, investigados) na doutrina, o esforço foi no sentido de sistematizar os institutos de trespasse de uso, dedicando menor valor aos rótulos (embora não prescindindo deles) e conferindo mais destaque ao conteúdo das outorgas.

Em virtude do que se disse a respeito da competência administrativa de cada ente para a gestão de seu patrimônio, a consulta à legislação circunscreveu-se ao âmbito da União, Estado de São Paulo e Município de São Paulo, na medida do necessário para ilustração do tema.

O que se propõe é a análise do regime jurídico aplicável aos instrumentos de outorga de uso privativo de bem público por particular, identificando suas principais notas características, a partir da espécie de ato ou contrato que fundamente a outorga.

Prestigiou-se uma abordagem mais pragmática que, sem descurar dos aspectos teóricos que envolvem o tema, pretende apontar notas que se relacionam com o dia a dia da aplicação desses instrumentos.

Delimitado o marco teórico da pesquisa, pretende-se, no Capítulo 1, fixar as noções introdutórias essenciais para a compreensão da problemática do tema e estudar a classificação e o regime jurídico dos bens públicos.

No Capítulo 2 procurar-se-á desenvolver o tema da competência para a gestão do patrimônio público, analisando exemplo da problemática decorrente dessa distribuição de competência.

Examinar-se-ão, ainda, as espécies de usos que podem recair sobre os bens públicos, os órgãos públicos constituídos para atuação na gestão de bens estatais e as formas de controle que incidem sobre a atividade administrativa de outorga de usos.

No Capítulo 3 pretende-se indicar e desenvolver os instrumentos de trespasse de uso privativo de bem público de maior incidência, que se identificou como a autorização de uso, a permissão de uso e a concessão de uso, seus traços característicos e alguns institutos correlatos.

Essa análise foi feita de forma individualizada individualizada para permitir adequada sistematização, mas comparativa, permitindo, em algumas situações, até mesmo identificação de inexistência de distinção de natureza jurídica entre os alguns instrumentos.

Finalmente, apresentam-se as considerações finais, que abrangem tanto constatações, conceitos e premissas utilizados para o desenvolvimento do presente trabalho quanto conclusões pontuais retiradas ao longo do estudo, desejando que a leitura do presente trabalho agrade aos possíveis leitores tanto quanto nos agradou desenvolvê-lo.

Capítulo 1

BENS PÚBLICOS – NOÇÕES GERAIS

1.1 Terminologia

Um dos maiores desafios no estudo dos bens públicos é a fixação do sentido de algumas expressões e vocábulos que, por serem equívocos, admitem vários significados e são empregados com diferentes acepções na doutrina pátria e estrangeira.

Portanto, quando se trata de bem público, depara-se com expressões como “domínio público”, “domínio eminente”, “patrimônio público”, “patrimônio nacional”, “domínio nacional”, entre outras.

Isto se dá, especialmente, porque a Constituição e a legislação infraconstitucional manejam estas expressões de forma assistemática, o que reflete na análise doutrinária do tema.

Importante advertir que não se pretende analisar todos os sentidos em que as expressões podem ser entendidas, mas, apenas, delimitar seus principais significados e apontar a acepção que será adotada no presente trabalho.

Preliminarmente, portanto, cumpre analisar o sentido de domínio eminente, patrimônio público e domínio público, para, na sequência, demonstrar o próprio conceito de bem público.

1.1.1 *Domínio eminente*

O domínio eminente¹ liga-se à ideia de soberania estatal e traduz-se no poder do Estado de submeter todos os bens situados em seu território à sua vontade. Trata-se de poder político do Estado, e não de relação patrimonial.

¹ Para Carlos Ari Sundfeld, a expressão domínio eminente traz uma impropriedade na medida em que, na linguagem jurídica, domínio denota propriedade e o Estado não é proprietário dos bens dos

Explica Rodrigo Octavio que da soberania

[...] decorre todo o domínio abstracto do Estado sobre as cousas que se acham em seu territorio. Isso não quer dizer que a soberania territorial se traduza na propriedade do sólo para o Estado; mas sim que, em virtude della, o Estado exerce sobre toda a extensão territorial o domínio eminente, evolução do direito de suzerania, que é um dos atributos da soberania, e se confunde mesmo com a soberania territorial.²

Em decorrência do domínio eminente, o Estado, embora não se afigure como proprietário do bem, detém sobre ele uma disponibilidade latente. São exemplos desta disponibilidade o instituto da desapropriação, as limitações gerais impostas à propriedade, etc.

Marçal Justen Filho rejeita a teoria do domínio eminente, sustentando que esta concepção tem sua origem em período anterior à afirmação do Estado de Direito e não corresponde à relação política e jurídica entre o Estado e a sociedade.³

Na mesma linha, Lucia Valle Figueiredo entende desnecessário sustentar, no conceito de domínio eminente, a possibilidade de o Estado ser proprietário de bens e, especialmente, a possibilidade de intervenção do Estado na propriedade ou na liberdade.

Para a autora, “o Estado, e sobretudo o Estado Democrático de Direito, cumpre, por meio de suas funções, as competências que lhe são constitucionalmente atribuídas”.⁴

Da análise destas posições quer parecer que a crítica que se faz ao conceito de domínio eminente liga-se uma ideia já superada de soberania atrelada à figura do príncipe.

particulares (Formação e alterações no patrimônio imobiliário do Poder Público. *Cadernos Fundap*, São Paulo, ano 9, n. 17, p. 39, dez. 1989).

² Rodrigo Octavio. *Do domínio da União e dos Estados segundo a Constituição Federal*. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1924. p. 32.

³ Marçal Justen Filho. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 703.

⁴ Lucia Valle Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 571.

Modernamente, é possível acolher o conceito de domínio eminente, associado à concepção de soberania, entendida nos limites da Constituição da República. Ou seja, o Estado poderá lançar mão de investidas em relação à propriedade privada, em razão dessa propriedade latente sobre os bens de seu território, porém dentro das normas constitucionais estabelecidas.

Floriano de Azevedo Marques Neto propõe o acolhimento da expressão domínio eminente, não mais entendida como poder absoluto do soberano sobre todos os bens, mas como uma submissão do exercício do domínio, por todos os seus detentores, à função social da propriedade. Nas palavras do autor,

[...] hodiernamente, a sujeição do direito de propriedade ao cumprimento de sua função social é a manifestação mais clara e veemente do domínio eminente, que funciona como elemento suficiente para redefinir mesmo os limites do próprio direito de propriedade.⁵

Destarte, é a ideia de função (ou dever do Estado) que norteará e delimitará a atuação estatal. Assim, a disponibilidade latente que o Estado detém sobre todos os bens de seu território, o domínio eminente, deve ser compreendida como parcela do dever-poder estatal, instrumento, portanto, para a consecução de suas funções.⁶

1.1.2 Patrimônio público

Também a expressão patrimônio público não encontra uniformidade na doutrina e na legislação, ensejando dúvidas quanto ao seu uso.

⁵ Floriano de Azevedo Marques Neto. *Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 80.

⁶ Em sentido contrário, Luis Manuel Fonseca Pires, concordando com a lição de Lucia Valle Figueiredo, afirma que, “se um Estado Democrático de Direito tem a Constituição como a carta de competências que define as funções a serem realizadas pelo Estado, se função significa realizar uma atividade em benefício de terceiro, ou em melhor expressão, se representa ter um dever a cumprir em atendimento ao interesse de outrem, não há relevância no conceito de domínio eminente. A soberania do Estado não precisa ser invocada para justificar o domínio público (a propriedade sobre os bens). Não precisa porque a propriedade, ou a possibilidade de deter a este título, encontra-se na Constituição como forma para alcançar os fins anelados no ordenamento jurídico. Nada mais, nada menos” (Luis Manuel Fonseca Pires. *Loteamentos urbanos: natureza jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 57).

Ao tratar de bens públicos, o Código Civil, mantendo a redação do Código de 1916, prescreveu no inciso III do art. 99 que os bens dominicais constituem “patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma destas entidades”.

Trata-se de uma acepção restrita de patrimônio público, e já superada, uma vez que o direito positivo ampliou esta noção.

A Lei 4.717/1965, que disciplina a ação popular, no § 1.º do art. 1.º define patrimônio público como “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”.

A Lei de Improbidade Administrativa, em vários dispositivos, refere-se a patrimônio público no mesmo sentido de domínio público, como no art. 5.º: “Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano”.

A partir destes dispositivos, Nelson Nery Jr. examina o conceito de patrimônio público, sob o enfoque da dicotomia “interesse público primário” e “interesse público secundário”. Para o autor,

[...] patrimônio público ou patrimônio social é algo muito mais amplo, que abrange situações para além do aspecto puramente patrimonial, econômico-financeiro do Poder Público considerado genericamente. Neste ponto tem lugar aquela divisão dicotômica que os publicistas fazem entre interesse público primário e interesse público secundário, sendo interesse público primário aquele de toda a coletividade, do povo em geral, e interesse público secundário o da pessoa jurídica de direito público.⁷

Márcio Cammarosano propõe uma ampliação no conceito de patrimônio público, alcançando, inclusive, os novos instrumentos de atuação do Estado trazidos no bojo da reforma administrativa, tais como organizações sociais e organizações da

⁷ Nelson Nery Jr. Defesa do patrimônio público em juízo: o sistema do processo coletivo e o interesse público. In: Carlos Ari Sundfeld; Cassio Scarpinella Bueno (Coord.). *Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 257-258.

sociedade civil.⁸ Para o autor, todos os valores e bens sujeitos ao controle do Tribunal de Contas devem ser considerados patrimônio público, em sentido *lato*.⁹

Conclui, portanto, que

[...] não há como deixar de emprestar à noção de patrimônio público uma extensão muito mais ampla do que aquela a que se emprestaria se, por patrimônio público, se entendesse aquele conjunto de bens, direitos e valores que são do domínio, no sentido jurídico do termo, desta ou daquela pessoa jurídica integrante da Administração Pública.¹⁰

A Constituição Federal utiliza-se inúmeras vezes da expressão patrimônio, em diferentes sentidos.

O art. 5.º, LXXIII, estabelece que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao *patrimônio público* ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao *patrimônio histórico e cultural*, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

O inciso I do art. 23 atribui competência à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para a conservação do patrimônio público.¹¹

⁸ Para o autor, a ideia de patrimônio público “é esta visão mais lata, que explora inclusive bens e valores confiados às entidades que integram a Administração Direta e a Administração Indireta, alcançando também aquelas às quais, embora do ponto de vista jurídico formal não sejam integrantes quer da Administração Direta, quer da Administração Indireta, sejam confiados bens e recursos governamentais”. Márcio Cammarosano. A ampliação do conceito de patrimônio público e sua proteção. In: Carlos Ari Sunfeld; Cassio Scarpinella Bueno (Coord.). *Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 266.

⁹ Márcio Cammarosano. A ampliação do conceito de patrimônio público e sua proteção. In: Carlos Ari Sunfeld; Cassio Scarpinella Bueno (Coord.). *Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 265.

¹⁰ Idem, *ibidem*, p. 266.

¹¹ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I – zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público.

Por sua vez, o inciso III do art. 129 dispõe que

[...] são funções institucionais do Ministério Público: III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do *patrimônio público e social*, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Também o art. 150 trata da vedação de instituição de imposto sobre o patrimônio dos entes, bem como de suas pessoas administrativas.¹²

Por outro lado, os arts. 5.º, LXXIII,¹³ 24, VII,¹⁴ 30, IX,¹⁵ 215, § 3.º,¹⁶ I, 216, *caput* e § 1.º,¹⁷ referem-se ao patrimônio histórico e cultural, ao passo que os arts. 49, I,¹⁸ 219¹⁹ e 225, § 4.º,²⁰ referem-se ao patrimônio nacional.

¹² Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: VI – instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros. § 2.º A vedação do inciso VI, “a”, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

¹³ LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

¹⁴ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: VII – proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico.

¹⁵ Art. 30. Compete aos Municípios: IX – promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

¹⁶ Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 3.º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: I – defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro.

¹⁷ Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: § 1.º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

¹⁸ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Ora, quando a Constituição dispõe que “a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais” não está a atribuir os bens situados nestas regiões ao domínio do Poder Público, mas apenas os submete a especiais restrições, não aplicáveis à generalidade dos imóveis.

Floriano de Azevedo Marques Neto define patrimônio público como

[...] o conjunto de bens materiais e imateriais, inclusive direitos e receitas, de propriedade das pessoas de direito público. Trata-se, portanto, de um universo maior do que o acervo dos bens detidos pela Administração Pública.²¹

Ao analisar os diversos dispositivos constitucionais que fazem referência ao patrimônio dos entes do poder público, o autor divisa uma separação entre “patrimônio público” e “patrimônio nacional”.

Patrimônio público “envolve os ativos patrimoniais das pessoas jurídicas de direito público” e patrimônio nacional abarcaria “outros elementos patrimoniais de pertença da coletividade brasileira e não necessariamente titularizados pelas pessoas jurídicas de direito público interno”.²²

¹⁹ Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

²⁰ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 4.º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

²¹ Floriano de Azevedo Marques Neto. *Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 55.

²² *Idem*, *ibidem*, p. 57.

Afigura-se mais adequado conceber a expressão patrimônio público ligada à ideia de domínio público,²³ distinguindo-a, portanto, daquela universalidade de bens que, independentemente de pertencerem ao Poder Público, guardam relevância por suas peculiares características.²⁴

1.1.3 Domínio público

A expressão domínio público encerra mais de um significado, conforme a amplitude que se pretenda dar ao conceito.

Pode ser entendido como o conjunto de bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, como União, Estados e Municípios, suas autarquias e fundações. Tem-se, aqui, uma definição ligada à titularidade do bem.

Em outra concepção, domínio público designa os bens afetados a um fim público. No direito pátrio, essa concepção abrangeria os bens de uso comum do povo e os bens de uso especial.²⁵ Trata-se de definição vinculada à destinação dada ao bem.

Também pode ser entendido como conjunto dos bens públicos, independentemente de sua classificação, abarcando, assim, todos os tipos.²⁶

²³ Elival da Silva Ramos explica que “a distinção entre bens do domínio público e bens do patrimônio público ou do Estado se radica na questão da existência ou não de vínculo jurídico entre o Estado e o bem, de sorte que os bens titularizados pelo Estado seriam os do patrimônio público, ao passo que os bens públicos não titularizados propriamente pelo Estado seriam os do domínio público”. Todavia, para o autor, no direito positivo brasileiro, é possível reconhecer um vínculo que se permita afirmar a titularidade do Estado sobre os bens públicos em geral tornando sem sentido a distinção entre bens do patrimônio público e bens do domínio público (Aspectos gerais do patrimônio imobiliário do Poder Público. *Cadernos Fundap*, São Paulo, ano 9, n. 17, p. 19, dez. 1989).

²⁴ Neste sentido Nilma Abe afirma que “o uso do vocábulo [*patrimônio público*] na terceira acepção [*ampla*], incluindo bens públicos e bens privados, é utilizado de forma muito ampla; neste último caso, seria mais adequado o uso do termo patrimônio nacional ou patrimônio social – para manter a denominação constitucional – para designar o conjunto de bens, públicos ou privados, sujeitos a regime jurídico especial pela relevância para o interesse nacional em virtude de seus atributos ambientais, artísticos, estéticos, culturais e paisagísticos” (Nilma Abe. *Gestão do patrimônio público imobiliário: aspectos jurídicos da destinação, delimitação, fiscalização e responsabilidade*. São Paulo: JH Mizuno, 2006. p. 22-23).

²⁵ Maria Sylvania Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 615.

Em trabalho monográfico sobre o tema, José Cretella Júnior conjuga vários dos critérios acima apontados para elaborar o conceito de domínio público. Para o autor, domínio público é

[...] o conjunto de bens móveis e imóveis de que é detentora a administração, afetados quer a seu próprio uso, quer ao uso direto ou indireto da coletividade, submetidos a um regime jurídico derogatório do direito comum.²⁷

Ao esmiuçar o conceito, explica o autor que é traço da dominialidade pública a titularidade do bem por uma pessoa de direito público e sua afetação ao uso direto ou ao uso indireto da Administração ou da coletividade.²⁸

Na mesma linha, Hector Jorge Escola conceitua domínio público como o conjunto de bens de propriedade pública do Estado, *lato sensu*, afetados ao uso público, direto ou indireto, dos habitantes e submetidos a um regime jurídico especial de direito público, e portanto exorbitante do direito privado.²⁹

Hely Lopes Meirelles, reconhecendo a equivocidade da expressão, definiu domínio público em sentido amplo e em seus desdobramentos político (domínio eminente) e jurídico (domínio patrimonial).³⁰

Para o autor, em sentido amplo, domínio público

[...] é o poder de dominação ou de regulamentação que o Estado exerce sobre os bens do seu patrimônio (bens públicos), ou sobre os bens do patrimônio privado (bens particulares de interesse público), ou sobre as coisas inapropriáveis individualmente, mas de fruição geral da coletividade (*res nullius*).³¹

²⁶ Odete Medauar. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: RT, 2009. p. 274.

²⁷ José Cretella Júnior. *Dos bens públicos no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 28.

²⁸ Idem, *ibidem*, p. 29-30.

²⁹ Héctor Jorge Escola. *Compendio de derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1990. v. 2, p. 986.

³⁰ Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1984. p. 425.

³¹ Idem, *ibidem*, p. 425.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “o conjunto de bens públicos forma o domínio público, que inclui tanto bens imóveis como móveis”.³² Para o autor, o conceito de bem público leva ao de domínio público, não parecendo haver distinção significativa entre eles.

Tiago Marrara, analisando as diversas acepções conferidas pela doutrina à expressão domínio público, conclui que,

[...] em sentido amplíssimo ou restrito, o termo domínio público se identificaria, respectivamente, com a própria idéia de bens públicos ou meramente com os bens de uso comum do povo. Perderia, desta feita, sua autonomia conceitual. Tanto em uma acepção quanto em outra, a expressão se transformaria em um mero sinônimo lingüístico, não havendo pretexto para ser empregada pela doutrina [...].³³

Para parte da doutrina, o domínio público é formado por bens destinados a uma função pública (bens de uso comum do povo e bens de uso especial), e os bens dominicais comporiam o domínio privado do Estado.

É a posição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro para quem, sob o aspecto jurídico, são duas as modalidades de bens públicos: os do domínio público do Estado, abarcando os de uso comum do povo e de uso especial, e os bens do domínio privado do Estado, em que se incluem os bens dominicais.

Explica a autora que acolhe a expressão bens do domínio público como aqueles bens afetados a um fim público,

[...] como forma de contrapor o regime jurídico dos bens de uso comum e de uso especial, submetidos ao direito público, ao regime dos bens do domínio privado do Estado (bens dominicais), que é parcialmente público e parcialmente privado.³⁴

³² Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 844.

³³ Tiago Marrara. *Bens públicos, domínio urbano, infra-estruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 93.

³⁴ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 615.

Na mesma linha, Edmir Netto de Araújo acolhe o critério da afetação para a delimitação de domínio público e afirma que,

[...] quanto aos bens dominicais propriamente ditos, não afetados, não pairam dúvidas de que o regime jurídico é privado [...] embora possam ainda assim sofrer certas sujeições de regime de direito público.³⁵

Ousa-se discordar dessa posição, que reconhece a existência de domínio privado do Estado, com incidência de regime jurídico de direito privado sobre bens públicos, apenas derogado por normas de direito público.³⁶

A derrogação de uma ou algumas normas incidentes sobre os demais bens (comuns e especiais) não desqualifica o regime jurídico incidente sobre os bens dominicais. O interesse público continua a orientar o regime aplicável (de direito administrativo), ainda que sem incidir esta ou aquela norma aplicável aos demais.

Na tentativa de acomodar estas categorias, Tiago Marrara propõe uma escala de dominialidade. Segundo o autor,

[...] do cruzamento da natureza do bem com suas funções ou ligações para determinados tipos de atividade, a saber, a prestação de serviços públicos ou o exercício de atividades econômicas em sentido estrito, resulta um conjunto de regimes jurídicos funcionais. Esses regimes correspondem aos domínios e, juntos, formam uma escala de dominialidade típica do direito brasileiro.³⁷

³⁵ Edmir Netto de Araújo. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1090.

³⁶ Neste sentido, assevera Marçal Justen Filho que “essa distinção é incompatível com a ordem jurídica. Todos os bens atribuídos ao Estado se sujeitam ao regime básico de direito público, que apresenta diferenças marcantes em face do direito privado. Na essência, o Estado não exercita direito subjetivo sobre os bens, uma vez que eles são instrumento para o cumprimento de suas funções. Quem usa e frui de bens são os particulares. O Estado tem o dever-poder de valer-se dos bens para satisfazer as necessidades coletivas e promover o bem comum” (*Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 906).

³⁷ Tiago Marrara. *Bens públicos, domínio urbano, infra-estruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 95.

De acordo com esta escala, nos bens do *domínio público estatal*³⁸ incluem-se os bens de uso comum do povo e de uso especial; no *domínio público impróprio*³⁹ inserem-se, basicamente, os bens privados empregados na administração pública; o *domínio privado estatal*⁴⁰ compreende os bens dominicais, regidos por normas de direito privado; e, finalmente, o *domínio particular*,⁴¹ que abarca os bens de propriedade das pessoas jurídicas de direito privado, incluindo as empresas estatais.

Parece que a expressão domínio público abarca tanto o bem público (preposto ou não a uma finalidade pública) quanto o bem privado afetado a uma utilidade pública. É, pois, uma noção mais ampla do que a noção de bem público, e com ela não se confunde.⁴²

No domínio privado o particular detém poderes de sujeito de direito sobre os bens de sua propriedade, norteado pela autonomia de vontade.

No domínio público, entretanto, a atuação pública é centrada na função estatal e conforma-se pela finalidade que se atribui a tais bens.

É a ideia de relação de administração já há tempos defendida por Ruy Cirne Lima. Para o autor,

[...] a relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente, chama-se relação de administração. Chama-se-lhe relação de administração, segundo o mesmo critério, pelo qual os atos de administração se opõem aos atos de propriedade. Na administração, o dever e a finalidade são predominantes; no domínio, a vontade.⁴³

³⁸ Tiago Marrara. *Bens públicos, domínio urbano, infra-estruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 96-97.

³⁹ Idem, *ibidem*, p. 98.

⁴⁰ Idem, p. 101.

⁴¹ Idem, p. 103.

⁴² Como melhor explicitado a seguir, entende-se que a noção de bem público restringe-se aos bens titularizados por pessoa jurídica de direito público, ao passo que os bens privados prepostos a uma destinação pública, e que, portanto, sofrem o influxo de normas de direito administrativo, integram o conceito de domínio público.

⁴³ Ruy Cirne Lima. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: RT, 1987. p. 51-52. Para o autor, não obstante a relação de administração possa coexistir, sobre o mesmo objeto, com a relação de direito subjetivo, aquela domina e paralisa a relação de direito subjetivo (p. 53).

A relação de administração implica incidência de normas de direito público, submetendo os bens objeto desta relação ao regime jurídico administrativo. Todavia, a incidência destas normas se dará com maior ou menor intensidade conforme o interesse público envolvido.

Nas palavras do autor,

[...] dá-nos a relação de administração, a seu turno, e não a propriedade, a medida da participação do bem, de que se cuida, na atividade administrativa. Mas a relação de administração e a propriedade não se excluem, ainda que coexistentes sobre os bens do domínio público e do patrimônio administrativo. Aquele domina e paralisa esta, superpõe-se-lhe, mas não a afasta.⁴⁴

O domínio público, portanto, abrange os bens – públicos ou privados afetados a uma destinação pública – como um manto tecido de normas jurídicas de direito público e estendendo-se na medida da afetação do bem a uma utilidade pública.

Portanto, o conjunto de bens públicos e bens particulares afetados a uma utilidade pública, por força dessa relação, formam o domínio público.

1.2 Conceito de bem público

Diante da equivocidade dos conceitos até aqui expostos, e precedentes àquele de bem público, não é de admirar que este conceito também não encontre coincidência na doutrina que o analisa.

Neste ponto, pertinente a observação de Agustin Gordillo,⁴⁵ para quem,

[...] segundo o uso que dermos à palavra, assim deveremos aplicar logo todas as demais conseqüências jurídicas pertinentes [...]. A precisão do conceito que se estipula é um pré-requisito da exatidão de tudo que a seguir se exponha sobre o tema.

⁴⁴ Ruy Cirne Lima. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: RT, 1987. p. 78-79.

⁴⁵ Agustin Gordillo. *Princípios gerais de direito público*. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: RT, 1977. p. 7.

O estudo dos bens públicos reclama, necessariamente, uma incursão, ainda que breve, no conceito de bem manejado pelo direito civil.

A primeira discussão que se apresenta no âmbito da doutrina civilista diz respeito à distinção entre bem e coisa, formulando os autores critérios distintos para os citados institutos.

Para alguns, as coisas representam um conceito mais amplo, englobando os bens, para outros, o conceito de bem, em sentido amplo, abarca tanto as coisas quanto os bens em sentido estrito.

Francisco Amaral, acolhendo lição clássica de Teixeira de Freitas, define coisa como tudo aquilo que tem existência material e é suscetível de medida de valor. Afirma que “a utilidade e a possibilidade de apropriação dão valor às coisas, transformando-as em bens [...] Bem é tudo aquilo que tem valor e que, por isso, entra no mundo jurídico, como objeto de direito”.⁴⁶

Na mesma linha, segue Maria Helena Diniz, ao considerar bem como espécie de coisa. Para a autora, só interessam ao direito as coisas úteis à satisfação das necessidades do homem e que, por tal razão, são por ele apropriáveis.⁴⁷

Assim, bem é tudo aquilo que pode ser apropriável pelo homem e, portanto, objeto de direito. É o objeto da relação jurídica, pois submete-se ao poder dos sujeitos de direito, como instrumento de realização de suas finalidades.⁴⁸

⁴⁶ Francisco Amaral. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 347.

⁴⁷ Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 335.

⁴⁸ Francisco Amaral. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 346. Explica o autor que a concepção mais moderna considera objeto da relação jurídica o comportamento, a ação ou omissão dos sujeitos à atividade. Por essa teoria, o comportamento do sujeito passivo, consistente em uma ação ou omissão, seria o objeto imediato da relação jurídica, ao passo que as coisas sobre as quais incidem tal comportamento seriam o objeto mediato da relação. Idem, *ibidem*, p. 346.

O conceito de bem público apropria-se, em certa medida, das lições civilistas quando se afigura como objeto de relação jurídica.

A variação de conceitos de bem público na doutrina pátria deve-se, na verdade, à adoção de critérios distintos.

Em linhas gerais, a doutrina divide-se em duas teorias na conceituação de bem público, a partir de dois critérios distintos: a titularidade do bem e a sua destinação a uma finalidade pública.

Assim, ter-se-á uma teoria subjetiva, que prestigia o critério da titularidade do bem, bem como uma teoria objetiva, que releva o critério da afetação do bem a uma utilidade pública.

Contudo, ao analisar as diferentes conceituações apresentadas pela doutrina pátria, verifica-se que esses critérios ora se apresentam separadamente, ora de forma conjugada, resultando em uma série de diferentes acepções.

No ordenamento brasileiro podem-se apontar duas razões principais a justificar a diversidade de acepções sobre o tema.

Em primeiro lugar, o direito administrativo pátrio não é codificado, o que propicia uma série de disposições infraconstitucionais esparsas sobre os mais diversos assuntos, entre os quais os bens públicos.

De outro lado, faz parte da tradição civilista o estudo da propriedade, o que inclui a propriedade pública, tendo o Código Civil brasileiro, historicamente, tratado dos bens públicos.

Em segundo lugar, diferentemente da maioria dos ordenamentos jurídicos que serviram de inspiração para as teorias nacionais, no Brasil não se verifica a dualidade de jurisdição, o que subestimou a precisão do conceito de bem público.

O direito positivo brasileiro, em uma primeira análise, acolhe a teoria subjetiva ao dispor, no art. 98, que “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às

peças jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

Assim, pela dicção do dispositivo, a titularidade do bem por pessoa jurídica de direito público parece ser requisito indicativo da conceituação de bem público.

Hely Lopes Meirelles propõe um conceito ainda mais amplo do que o estabelecido no Código Civil, entendendo como bens públicos “todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas e paraestatais”.⁴⁹

Lucia Valle Figueiredo alerta que “qualquer classificação somente é útil na medida em que pudermos imputar aos componentes da mesma espécie igual regime jurídico, pelo menos em suas linhas mestras”.⁵⁰

Para a autora, são bens públicos aqueles pertencentes a uma pessoa jurídica de direito público, e constituem o patrimônio público sob regime jurídico administrativo.⁵¹

Na mesma linha, Elival da Silva Ramos acolhe o elemento subjetivo como essencial no conceito de bem público, afirmando que “somente se enquadram nessa categoria os bens titularizados por pessoa jurídica de direito público, conforme disposição do art. 65 do Código Civil brasileiro”.⁵²

⁴⁹ Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1984. p. 427.

⁵⁰ Lucia Valle Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 570.

⁵¹ A autora acolhe parcialmente o conceito de Hely Lopes Meirelles excluindo da categoria dos bens públicos os bens das empresas governamentais. Lucia Valle Figueiredo. *Ibidem*, p. 570.

⁵² Elival da Silva Ramos. Aspectos gerais do patrimônio imobiliário do Poder Público. *Cadernos Fundap*, São Paulo, ano 9, n. 17, p. 19, dez. 1989. Para o autor, “a distinção entre bens do domínio público e bens do patrimônio público ou do Estado se radica na questão da existência ou não de vínculo jurídico entre o Estado e o bem, de sorte que os bens titularizados pelo Estado seriam os do patrimônio público, ao passo que os bens públicos não titularizados propriamente pelo Estado seriam os do domínio público”. *Idem, ibidem*, p. 18.

Floriano de Azevedo Marques Neto critica esta teoria, asseverando que no regime jurídico de direito público a relação entre o proprietário e a coisa compreende também a finalidade que o bem deve ter para a coletividade.⁵³

Tiago Marrara considera a teoria subjetiva insuficiente para a determinação de um regime jurídico padrão aplicável a todas as categorias de bens públicos, entendendo necessário o conceito doutrinário subsidiário de domínio público.⁵⁴

A teoria objetiva, por sua vez, define bem público a partir do regime jurídico a que estão submetidos. Assim, serão públicos os bens sujeitos a um regime jurídico administrativo, independentemente da pessoa jurídica que o titularize.

Por este critério, o regime jurídico público recairá sobre bens que estejam destinados a uma função de interesse público. Nesta perspectiva, é prescindível, portanto, a identificação do titular da propriedade do bem, importando verificar, tão somente, a finalidade a que se destina.

Por esta teoria, pode-se deparar com bens de particular que, afetados a uma utilidade pública, se submetem a regime jurídico de direito público e, portanto, integrariam o rol dos bens públicos. É o caso, por exemplo, de bens de concessionárias destinados à prestação de serviço público.

A essa teoria também podem ser imputadas algumas críticas.

Inicialmente, essa construção sofre de um déficit de legalidade na medida em que não há norma legal disciplinadora da propriedade pública,⁵⁵ ao passo que o Código Civil disciplina a matéria, restringindo o conceito de bem público pelo critério da titularidade.

⁵³ Floriano de Azevedo Marques Neto. *Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 115.

⁵⁴ Tiago Marrara. *Bens públicos, domínio urbano, infra-estruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 55.

⁵⁵ Floriano de Azevedo Marques Neto. *Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 128.

Tanto é assim que os autores que se filiam a esta teoria objetiva, embora relevem a circunstância da afetação do bem a uma finalidade pública e, portanto, estendam o rol de bens públicos para além daqueles titularizados por pessoas jurídicas de direito público, é certo que não abandonam por completo o critério da titularidade.

Isto ocorre porque a adoção pura da teoria objetiva excluiria do conceito de bem público os bens dominicais, levando a uma séria contradição com a norma estabelecida no art. 99 do Código Civil, que expressamente atribui a esta categoria de bens o *status* de público.⁵⁶

O que se percebe é a opção da doutrina dominante na conjugação dos critérios, reunindo no conceito de bem público não só os bens titularizados por uma pessoa jurídica de direito público, como os bens afetados a uma utilidade pública.

É a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem a noção de bem público só interessa se for correspondente a um dado regime jurídico. Para o autor, bens públicos

[...] são todos os bens que pertencem às pessoas jurídicas de Direito Público, isto é, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público [...] bem como os que, embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público.⁵⁷

O autor lança mão das lições de Cirne Lima, para quem formam o domínio público e o patrimônio administrativo⁵⁸ todos os bens que participam da atividade

⁵⁶ Sobre o tema, afirma Floriano de Azevedo Marques Neto que esta teoria (que o autor chama de funcionalista) é limitada, pois, “embora ela, de um lado, amplie o universo dos bens públicos (fazendo dele constar bens de propriedade privada quando aplicados a finalidades públicas), ela sozinha não consegue justificar que sejam públicos os bens dominicais (para estes seria necessária a aplicação da concepção dominial presente no artigo 98 do CCB)”. Floriano de Azevedo Marques Neto. *Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 128.

⁵⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 903.

⁵⁸ Ruy Cirne Lima, a partir das disposições do art. 66 do Código Civil de 1916, considera domínio público os bens de uso comum do povo; bens patrimoniais indisponíveis os bens de uso especial e bens patrimoniais disponíveis os bens dominicais. Às duas últimas categorias denominou “bens do patrimônio administrativo” (*Princípios de direito administrativo*. São Paulo: RT, 1987. p. 74).

administrativa e encontram-se vinculados aos fins destas, independentemente de quem lhes titularize.

Na mesma linha, Diógenes Gasparini define bens públicos como “todas as coisas materiais e imateriais pertencentes às pessoas jurídicas de Direito Público e as pertencentes a terceiros quando vinculados à prestação de serviço público”.⁵⁹

Para Odete Medauar, são bens públicos aqueles pertencentes a entes estatais e que sirvam como instrumento de realização do interesse público e sobre os quais incidam normas especiais, distintas daquelas disciplinadoras dos bens privados.⁶⁰

Na tentativa de compor estas realidades, alguns autores oferecem soluções alternativas, sugerindo nova classificação para acomodar tanto os bens titularizados por uma pessoa jurídica de direito público como aqueles que, embora integrem o patrimônio de um particular, estejam afetados a uma utilidade pública e, portanto, submetidos a um regime jurídico de direito público.

Edmir Netto de Araújo conceitua bem público em sentido amplo, compreendendo quaisquer bens pertencentes ao Poder Público, incluindo os bens dominicais. Em sentido estrito, o conceito abrange os bens sujeitos a regime jurídico de direito público, abarcando, inclusive, aqueles que não pertençam à Administração Direta.⁶¹

Sundfeld distingue bens públicos de bens do Poder Público. Para o autor, são bens do Poder Público aqueles titularizados, seja qual for a condição, pela União, Estados-membros, Distrito Federal, Municípios, Territórios Federais e autarquias.

Bens públicos, por sua vez, seriam aqueles submetidos a um regime jurídico de direito público no que tange à sua aquisição, alienação e utilização, independentemente de sua titularidade.

⁵⁹ Diógenes Gasparini. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 881.

⁶⁰ Odete Medauar. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: RT, 2009. p. 244

⁶¹ Edmir Netto de Araújo. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1090.

Portanto, assevera o autor,

[...] todos os bens integrantes do patrimônio das pessoas públicas são bens públicos (isto é, estão sujeitos ao regime de aquisição, alienação e utilização próprio deles), mas nem todos os bens públicos pertencem às pessoas públicas.⁶²

Carvalho Filho define bens públicos como

[...] todos aqueles que, de qualquer natureza e a qualquer título, pertençam às pessoas jurídicas de direito público, sejam elas federativas, como União, os Estados e o Distrito Federal e os Municípios, sejam da Administração descentralizada, como as autarquias, nesta incluindo-se as fundações de direito público e as associações públicas.

Ao explicitar o conceito, sustenta o autor que a expressão “a qualquer título” baseia-se no fato de que se incluem no conceito apresentado não só os bens de propriedade do Estado, como aqueles que, de utilização pública, sujeitam-se a um regime publicístico.⁶³

Cretella Júnior conjuga os critérios da titularidade e da utilidade pública e define bens públicos como aqueles pertencentes às pessoas jurídicas públicas, destinados a fins públicos e sujeitos a regime jurídico especial, derogatório do direito comum.⁶⁴

Como visto até aqui, as diversas expressões encontradas no estudo dos bens públicos são equívocas, criando uma verdadeira Torre de Babel na doutrina.

A fim de conferir a essas expressões um sentido próprio, afigura-se adequado compreender bem público como aquele titularizado pela pessoa jurídica de direito público, independentemente da finalidade a que esteja atribuído.

⁶² Carlos Ari Sundfeld. Formação e alterações no patrimônio imobiliário do Poder Público. *Cadernos Fundap*, São Paulo, ano 9, n. 17, p. 40, dez. 1989.

⁶³ José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1073.

⁶⁴ José Cretella Júnior. *Dos bens públicos no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 18.

De outro lado, como dito, acata-se a expressão domínio público como o conjunto formado por bem público ou privado afetado a uma utilidade pública, cujo manejo dar-se-á centrado na função estatal e conformado pelo regime jurídico administrativo, na medida da finalidade conferida ao bem.

A noção de domínio público é, portanto, mais ampla do que aquela reservada a bem público.

Partindo dessa premissa, é possível incluir no rol dos bens públicos aqueles titularizados por pessoa jurídica de direito público, afetados a uma utilidade pública (uso comum do povo ou uso especial) ou aqueles bens sem destinação (bens dominicais).

Por seu turno, aqueles bens que, embora pertençam a pessoas jurídicas de direito privado, estejam afetados a uma finalidade pública estão sob o manto do domínio público e, na medida do interesse público envolvido, terão maior ou menor incidência do regime jurídico administrativo.

É dizer, no caso dos bens públicos aplicar-se-á o regime jurídico de direito público (imprescritibilidade, impenhorabilidade e alienabilidade na forma da lei), em toda a sua intensidade, pelo só fato de serem titularizados por pessoa jurídica de direito público.

Tratando-se de bens privados, afetados a uma utilidade pública, o regime jurídico a ser aplicado também será o administrativo, mas na medida necessária para a proteção do interesse público envolvido.

Tome-se como exemplo um imóvel de propriedade de uma empresa privada, concessionária de serviço público, utilizada como posto de atendimento ao usuário. Esse bem se sujeita a um regime jurídico administrativo e, portanto, está protegido pela inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade. Suponha-se, contudo, que a empresa deseje alienar o bem, transferindo o posto de atendimento para outro imóvel (desde que consentâneo com o contrato de concessão firmado). Nessa hipótese, bastará a desafetação do bem para que a alienação ocorra, conforme a vontade da empresa proprietária.

O mesmo não ocorre com um bem titularizado por pessoa jurídica de direito público. Caso um bem destinado a uma finalidade pública deixe de sê-lo, o regime jurídico persistirá o mesmo, e eventual alienação que se pretenda deverá observar as exigências legais.

O que se quer ressaltar é que os traços do regime jurídico aplicável aos bens públicos podem ser os mesmos daqueles aplicados aos bens privados prepostos a uma utilidade pública, no entanto a extensão dessa aplicação será dada pelo interesse público que se busca proteger (por exemplo, a continuidade de um serviço público).

Por essa razão, foi dito que o domínio público se estende como um manto sobre os bens públicos e sobre aqueles afetados a uma finalidade pública. Essa cobertura, porém, se dará no exato limite do interesse público envolvido.⁶⁵

1.3 Classificação

A atividade de classificação deve ser, sempre, pautada por uma razão de utilidade. Assim, se classificar significa distribuir em grupos a partir de um método, esta distribuição deve ser servicial ao objeto de estudo.

Isto é importante porque a classificação de um objeto e, no presente caso, dos bens do domínio público pode ser feita a partir de uma série infindável de critérios, gerando um sem-número de configurações.

Para os fins do presente trabalho, adotar-se-ão três critérios de classificação, a saber: bens quanto à titularidade; bens considerados em si mesmos, destacando dessa classificação apenas a subdivisão em bens móveis e imóveis; e bens pelo uso afetado.

⁶⁵ De maneira semelhante, Floriano de Azevedo Marques Neto afirma não existir “um único regime de direito público aplicável a todos os bens. Existem vários matizes do direito público que variarão conforme o tipo de bem, sua essencialidade, seu domínio ou a espécie de uso para o qual ele é afetado” (*Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 249).

A escolha destes critérios presta-se à definição do objeto sobre o qual se debruçará neste estudo a partir dos itens seguintes.

1.3.1 Bens quanto à titularidade

O Código Civil dispõe, no art. 98, que “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno”.

No art. 41, o diploma civil estabelece o rol destas pessoas jurídicas: a União; os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; os Municípios; as autarquias e as demais entidades de caráter público criadas por lei.

Pelo critério da titularidade, os bens serão classificados conforme o titular da propriedade. Esta divisão coube à Constituição Federal e à lei, razão pela qual estes bens, se imóveis, prescindem de registro imobiliário.⁶⁶

Parte da doutrina divide os bens públicos em domínio público natural e domínio público artificial. Na primeira categoria inserem-se os bens naturais e na segunda, os bens existentes em virtude da ação do homem.⁶⁷

Elival da Silva Ramos dá conta da classificação dos bens estatais em ainda dois outros grupos: o domínio necessário e o domínio acidental.

No primeiro grupo, incluem-se os bens que só podem pertencer ao Estado, a título de propriedade pública, e no segundo grupo – o domínio acidental –, inserem-se os bens que só serão dominiais se pertencerem ao Estado.⁶⁸

⁶⁶ Observe-se que, embora a propriedade pública não precise ser registrada no Registro de Imóveis, visto que a titularidade é outorgada pela Constituição ou pela lei, é desejável que, tanto quanto possível, a Administração Pública preocupe-se em garantir a inscrição de seus bens imóveis, o que possibilita uma melhor gestão patrimonial.

⁶⁷ Marcello Caetano. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1970. t. II, p. 830.

⁶⁸ Elival da Silva Ramos. Aspectos gerais do patrimônio imobiliário do Poder Público. *Cadernos Fundap*, São Paulo, ano 9, n. 17, p. 27, dez. 1989.

Observa o autor que

[...] essa segunda classificação (domínio necessário e acidental) está bastante vinculada ao ordenamento positivo, dependendo, por exemplo, do que um certo Estado em determinado momento histórico aceite como função necessária do Poder Público. [...] Quando mencionamos os bens do domínio público natural e necessário, queremos referir-nos aos bens públicos que adquiriam naturalmente sua conformação e que são tidos pela legislação positiva como intrinsecamente estatais, e, por isso mesmo, inalienáveis à esfera privada.⁶⁹

É de notar, na discriminação constitucional dos bens públicos, a preocupação do constituinte em manter no domínio público os chamados bens naturais, garantindo o desempenho das funções estatais nos termos dos princípios fundamentais da República.⁷⁰

1.3.1.1 Bens da União

A Constituição Federal, no art. 20, determina os bens da União, ou seja, os bens administrados, em princípio, pela administração pública federal. Dispõe o citado artigo:

Art. 20. São bens da União:

I – os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos;

II – as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei;

III – os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

IV – as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II;

⁶⁹ Elival da Silva Ramos. Aspectos gerais do patrimônio imobiliário do Poder Público. *Cadernos Fundap*, São Paulo, ano 9, n. 17, p. 27, dez. 1989.

⁷⁰ Em sentido contrário, observa Floriano de Azevedo Marques Neto que “essa divisão não se sustenta pois não é sua condição natural que caracteriza a propriedade, mesmo para os bens considerados do domínio natural do Estado, mas a prescrição jurídica que os reserva para a titularidade pública” (*Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 130).

- V – os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;
- VI – o mar territorial;
- VII – os terrenos de marinha e seus acrescidos;
- VIII – os potenciais de energia hidráulica;
- IX – os recursos minerais, inclusive os do subsolo;
- X – as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos;
- XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

No inciso II do citado dispositivo, a Constituição atribui à União apenas parte das terras devolutas,⁷¹ conforme sua destinação. Ou seja, aquelas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental.

Da mesma forma, no inciso III a Constituição limita o domínio hídrico da União aos lagos, rios e quaisquer correntes de água sitos em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham.

No inciso I a Constituição traz um dispositivo aberto, que dá azo a um extenso rol de bens com as mais diferentes destinações, inserindo-se desde as rodovias federais, passando por prédios onde estão instaladas repartições públicas até os bens remanescentes de desapropriações.

Também é bem da União o espaço aéreo nacional,⁷² que se constitui pela parcela superior ao território da República e que ultrapasse o espaço aéreo integrante da propriedade útil, conforme o art. 1.229 do Código Civil brasileiro.⁷³

⁷¹ Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, “pode-se definir as terras devolutas como sendo as que, dada a origem pública da propriedade fundiária no Brasil, pertencem ao Estado – sem estarem aplicadas a qualquer uso público – porque nem foram trespassadas do Poder Público aos particulares, ou, se o foram, caíram em comisso, nem se integraram no domínio privado por algum título reconhecido como legítimo” (*Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 910).

⁷² Para Elival da Silva Ramos, “Do rol do artigo 20, a omissão mais significativa é a do espaço aéreo, considerado pela melhor doutrina bem do domínio público (de uso comum). E acrescente-se, bem do domínio público natural e necessário” (*Aspectos gerais do patrimônio imobiliário do Poder Público. Cadernos Fundap*, São Paulo, ano 9, n. 17, p. 29, dez. 1989).

⁷³ Art. 1.229. A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam

Para Hely Lopes Meirelles,

[...] o espaço aéreo, portanto, é bem do domínio público, sujeito à soberania interna do Estado e às limitações administrativas de proteção ao vôo e à propriedade privada, exposta aos riscos do tráfego aéreo em suas vizinhanças.⁷⁴

Floriano Marques Neto elenca, ainda, como bem da União o espectro de radiofrequências, conforme art. 157 da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/1997).⁷⁵

1.3.1.2 Bens dos Estados

A Constituição Federal, no art. 26, de forma similar à União, relaciona os bens dos Estados federados:

Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados:
 I – as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;
 II – as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros;
 III – as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União;
 IV – as terras devolutas não compreendidas entre as da União.

A Constituição estabeleceu os bens pertencentes ao Estado de maneira residual, excluindo aqueles bens de mesma natureza pertencentes à União.

O rol do art. 26 não é exaustivo e, portanto, não encerra todos os bens do domínio público estadual. Aos Estados pertencem os bens imóveis de sua titularidade, a dívida ativa, as ações em empresas estatais, etc.

realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las.

⁷⁴ Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1984. p. 482.

⁷⁵ Florianio de Azevedo Marques Neto. *Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 148.

Os bens elencados no art. 26 aplicam-se, também, ao Distrito Federal. Como observa Carvalho Filho,

[...] embora a Constituição, no art. 16, se tenha referido apenas aos Estados e no art. 32, que trata do Distrito Federal, não tenha feito alusão à matéria dos bens públicos, o certo é que não estabeleceu qualquer vedação a que houvesse identidade de tratamento no assunto. Ao contrário, emana do sistema constitucional a aproximação do Distrito Federal com os Estados-membros. Assim, não vemos razão para não lhe estender as regras relativas aos Estados.⁷⁶

1.3.1.3 Bens do Município

Não obstante a Constituição Federal não estabeleça rol específico de bens municipais, é certo que os Municípios detêm uma parcela do domínio público, em razão mesmo da autonomia administrativa conferida pela própria Constituição.

Assim, as ruas, praças e avenidas de trânsito local são propriedade dos Municípios.

Do mesmo modo, são bens públicos municipais os espaços livres de loteamento, a partir do momento em que seja inscrito no Registro de Imóveis.⁷⁷

De outra parte, são bens municipais as terras devolutas transferidas pelos Estados, ainda que por força de lei anterior à Constituição.⁷⁸

⁷⁶ José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1078.

⁷⁷ Lei 6.766/1979, art. 22: Desde a data de registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo.

⁷⁸ Explica Lucia Valle Figueiredo que, antes da Constituição Federal de 1988, via de regra, a Lei Orgânica Municipal era elaborada pelos Estados, não obstante a já consagrada autonomia municipal. Assim, a anterior Lei Orgânica dos Municípios dispunha que as terras devolutas que se caracterizassem dentro do raio de 6 km, contato do ponto central de seus distritos, pertenciam aos Municípios. Lucia Valle Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 577.

O Estatuto da Cidade, instituído pela Lei 10.257/2001, trouxe uma nova categoria de bens municipais: o solo criado.

O art. 28 da citada lei dispõe que

O plano diretor poderá fixar áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.

Conforme Diógenes Gasparini, atendidas as condições da lei, o Município torna-se titular de uma quantidade de “unidades de solo criado”, que poderão ser negociados com quem intentar construir acima do coeficiente de aproveitamento. Para o autor, “essas unidades de solo criado são bens públicos, pertencentes ao Município, negociáveis por força de sua própria destinação”.⁷⁹

Outrossim, também integrarão o domínio público municipal quaisquer outros bens adquiridos por uma das formas legalmente previstas, tais como a desapropriação, doação, etc.

1.3.2 *Bens pelo uso afetado*

Essa é, talvez, a classificação de maior utilidade na taxonomia do domínio público e, também, a que encerra maior problemática.

O critério para este agrupamento é a destinação dada ao bem, é dizer, a utilidade para a qual o bem se presta.

É o Código Civil que define as categorias de uso, dividindo-as em uso comum do povo, uso especial e bens dominicais (art. 99).

Entretanto, estas formas de uso não podem ser consideradas de maneira estanque, como se excludentes. O mesmo bem pode prestar-se a mais de uma forma de uso, concomitantemente, conforme sua vocação.

⁷⁹ Diógenes Gasparini. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 960.

Assim, a mesma calçada de uma rua pode destinar-se ao tráfego de pessoas, à instalação de telefones públicos e à acomodação de uma banca de jornais.

Os usos tratados pelo Código Civil, portanto, devem ser entendidos de maneira entremeada, conforme a vocação do bem sobre o qual recai.⁸⁰

A conformação da sociedade moderna, a exigir do Estado a prestação de utilidades cada vez mais complexas, demanda do operador do direito uma visão amplificada do uso dos bens do domínio público como instrumento de realização da função estatal.

Esta circunstância, no entanto, exigirá grande cautela na análise do regime jurídico aplicável a estes usos e já confirma a conclusão de que não se pode falar em um único regime para os bens do domínio público.

1.3.2.1 *Bens de uso comum*

Bem de uso comum é aquele aberto à livre disposição de todos, indistintamente. O titular direto desse uso é o indivíduo, qualquer que seja sua situação jurídica.⁸¹

Assim, não é preciso comprovar qualquer condição – seja de cidadão, de usuário de serviço público, de eleitor, enfim, o uso é franqueado a todos em igualdade de condições, “em concorrência igualitária e harmoniosa com os demais”.⁸²

⁸⁰ Neste sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto afirma que, “embora assim trate a lei civil, não é correto dizer que existam 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”, como se a afetação tornasse automaticamente aquele bem interdito a qualquer outro uso ou destinação. O que há são usos, predicadores de utilidades com características distintas, e que recaem sobre os bens do patrimônio público” (*Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 201).

⁸¹ “O uso e gozo desses bens é permitido a qualquer ser humano, sem distinção entre nacionais e estrangeiros, entre pessoas físicas ou jurídicas, ou entre pessoas públicas ou privadas.” Diógenes Gasparini. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 884.

⁸² Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 916.

Na lição de Bandeira de Mello, para esta

[...] utilização comum, ordinária e correspondente à própria destinação que têm [...] prescinde-se de qualquer ato administrativo que o faculte ou do dever de comunicar previamente a intenção de utilizá-los.⁸³

O bem de uso comum é aquele que mais aproxima o indivíduo da ideia de povo, considerado como elemento do conceito de Estado.⁸⁴ Esta forma de uso congrega os sujeitos, por vezes, até, fazendo superar outras diferenças, na fruição de bem que dá a identidade de território. “O povo é o beneficiário direto e imediato desses bens.”⁸⁵

Tanto por isso que alguns doutrinadores entendem que a natureza física do bem o define como “bem de uso comum”,⁸⁶ especialmente quando se trata de bem do domínio natural, como as praias, os mares, etc.⁸⁷

O uso comum do bem, no entanto, deverá ser regulado segundo normas gerais aplicáveis a todos, porque o uso igualitário e acessível à coletividade não significa uso desordenado que poderia levar ao perecimento do próprio bem.

A competência para disciplinar o bem de uso comum é do ente estatal que detém sua titularidade, devendo observar sua destinação e criar normas que garantam a

⁸³ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 916..

⁸⁴ “O *Estado*, como se nota, constitui-se de quatro elementos essenciais: um *poder soberano* de um *povo* situado num *território* com certas *finalidades*” (José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 98).

⁸⁵ Odete Medauar. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: RT, 2009. p. 247.

⁸⁶ “Consideram-se bens de uso comum do povo aqueles que, por determinação legal ou por sua própria natureza, podem ser utilizados por todos, em igualdade de condições, sem necessidade de consentimento individualizado por parte da administração.” Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 671.

No mesmo sentido, Marçal Justen Filho afirma que “a identificação do bem como de uso comum do povo faz-se pela conjugação da natureza do bem e sua destinação. A categoria abrange todos os bens cuja utilização não pode ou não deve ser objeto de apropriação privada exclusiva por algum sujeito” (*Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 910).

⁸⁷ Em sentido contrário, assevera Floriano Marques que os bens naturais “são considerados de uso comum sem uma prescrição legal específica. [...] no caso dos bens públicos naturais, a impregnação deles para um uso comum não haverá de ser automática” (*Bens públicos: função social e exploração econômica*. O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 210).

fruição do bem de forma isonômica, respeitados sua capacidade e o bem-estar dos utentes.

Esse tema ganha especial relevo nos dias atuais, especialmente quando se trata de bem integrante do patrimônio ambiental.

Assim, haverá casos em que, embora a vocação do bem seja o uso comum, a sua fruição individual poderá ser vedada. É a hipótese, por exemplo, de um sítio arqueológico onde a visita acarretaria a deterioração do bem.

Entretanto,

[...] a decisão de vedar, de modo absoluto, a fruição individual de um bem comum subordina-se ao princípio da proporcionalidade e somente é admissível na medida em que seja evidenciada a sua necessidade.⁸⁸

O bem de uso comum pode, ainda, ser fruído de modo gratuito ou remunerado. Embora a vocação dessa espécie de bem seja para uso gratuito, é possível que em determinados casos o utente deva pagar pela fruição do bem,⁸⁹ desde que a remuneração seja cobrada de todos por um critério de igualdade.⁹⁰

É o caso, por exemplo, da cobrança de pedágio para trafegar em rodovia pública ou a cobrança de contrapartida para visita a uma reserva ecológica. Nestas hipóteses, o uso continua sendo livre e posto à disposição de todos, mas o pagamento do pedágio ou da contrapartida é condição geral para sua fruição.

A par deste raciocínio, o Código Civil autorizou a remuneração pelo uso comum prevendo, no art. 103, que “o uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou

⁸⁸ Marçal Justen Filho. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 914.

⁸⁹ Em sentido contrário, Hely Lopes Meirelles afirma que a cobrança pelo uso comum importa em atentado ao direito subjetivo público do indivíduo de livre fruição do bem. Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1984. p. 431.

⁹⁰ Referimo-nos a um critério de igualdade, pois a cobrança pelo uso poderá variar conforme a categoria do utente, considerada de forma genérica. Assim, um caminhão pagará pedágio em valor diferente de um carro para utilização de uma rodovia; uma criança pagará valor menor como contrapartida em uma reserva ambiental.

retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem”.

1.3.2.2 *Bens de uso especial*

O bem de uso especial é aquele empregado pela Administração Pública para a consecução de seus objetivos, seja a prestação de serviço público ou a execução de serviços administrativos.

O bem de uso especial é instrumento de uma atividade administrativa e é essa qualidade que condiciona sua utilização.⁹¹ Assim, diferentemente dos bens de uso comum, em que por vezes sua própria natureza define sua fruição, o bem de uso especial é alocado como aparelho à realização de uma função pública.⁹²

Note-se, contudo, que esta distinção nem sempre se apresenta de forma clara. Observa Celso Antônio Bandeira de Mello que certos bens, partindo da classificação do Código Civil, não se acomodam propriamente entre os bens de uso especial.

O autor ressalta a diferença existente entre “um prédio onde funciona uma repartição burocrática qualquer” e, por exemplo,

[...] o complexo de coisas que constituem uma usina geradora de energia elétrica, ou uma estação transformadora de energia ou, de tratamento de água, ou uma rede de esgotos, ou o conjunto de captação de água e adutoras [...] estes últimos não são apenas sedes, locais de prestação de serviço, porém, muito mais que isto, são bens funcionalmente integrados no próprio serviço, o qual consiste precisamente naquele complexo que o identifica e que proporciona a utilidade pública. Os agentes públicos atuam como operadores ou

⁹¹ “Como os bens de uso especial são aqueles onde estão instaladas repartições públicas, compreende-se que, como regra, o uso que as pessoas podem deles fazer é o que corresponda às condições de prestação do serviço ali sediado” (Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 754).

⁹² “Nos bens de uso comum a utilidade posta à fruição dos administrados coincide com o próprio bem (as atividades ou prestações realizadas são meramente ancilares, pois que o uso do bem é o que importa), no caso dos bens de uso especial destinados a um serviço há uma atividade humana (realizada pela Administração ou pelos seus delegatários) que é usufruída pelos administrados” (Floriano de Azevedo Marques Neto. *Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 216).

manipuladores de tais bens. O serviço proporcionado a todos é menos um produto do desempenho pessoal dos funcionários do que uma resultante da utilização inerente ao próprio bem. Isto é, os bens em questão fornecem, em razão de seu próprio modo de ser, uma utilidade pública possuída em si mesma, uma vez realizada a obra em que se consubstanciam. Via de regra, são justamente bens que satisfazem não apenas uma utilidade, mas uma autêntica necessidade coletiva.⁹³

A fruição do bem de uso especial é condicionada ao atendimento de qualidade especial do utente. Deste modo, apenas poderão usufruir o bem onde se encontra instalada uma escola pública, os alunos devidamente matriculados ou os funcionários designados para a prestação daquele serviço.

A fruição do bem não está franqueada a todos indistintamente. Não obstante, essa condição especial deve atender a um critério de isonomia, que permeia toda a atividade administrativa.

A qualidade necessária para a utilização desta categoria de bem poderá limitar mais ou menos seu uso, conforme a utilidade pública a que o bem serve de suporte. Tomem-se como exemplos a residência oficial do Chefe de Governo que, dada a sua destinação, limitará ao máximo o acesso à fruição do bem. De outro lado, um zoológico exigirá como condição especial do utente apenas o pagamento de ingresso.

Frise-se, contudo, que qualquer que seja a destinação dada ao bem, ainda que restritiva do acesso público, deve prestar-se a consecução de uma finalidade pública.

O Código Civil, na mesma linha do Diploma de 1916, furta-se à definição de bens de uso especial, valendo-se de enumeração meramente exemplificativa. Para o Código Civil,

[...] são bens públicos: os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias.

⁹³ Celso Antônio Bandeira de Mello. Desapropriação de bem público. *Revista de Direito Público*, n. 29, p. 51-52, 1974.

Pela dicção do dispositivo, configura-se como especial os bens aplicados à prestação de um serviço público. Assim, um hospital, uma escola ou os gasodutos que se prestam à distribuição de gás natural são bens de uso especial.

Esta classificação abarca tanto os bens titularizados pelo ente estatal (bens públicos) como aqueles de propriedade particular (bens do domínio estatal), como é o caso dos bens de concessionárias ou delegatárias de serviço público.⁹⁴

Também se incluem nessa classificação os bens destinados ao estabelecimento de serviço administrativo, ainda que não haja fruição direta pelo administrado. É o exemplo de bem destinado à moradia do Chefe do Poder Executivo ou às instalações da Procuradoria Geral do Estado.

O bem de uso especial, com maior razão, deverá submeter-se ao regramento do ente estatal que o administra.

Quanto ao uso em si, pode dizer-se que primordialmente cabe ao Poder Público. Os indivíduos podem utilizá-los na medida em que algumas vezes precisam estar presentes nas repartições estatais, mas essa utilização deverá observar as condições previamente estabelecidas pela pessoa pública interessada, não somente quanto à autorização, ao horário, preço e regulamento.⁹⁵

Os bens de uso especial podem ser móveis ou imóveis. Desta forma, são bens de uso especial as viaturas policiais e os aparelhos de um hospital público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro critica a expressão “uso especial” acolhida no Código Civil, afirmando que ela leva à confusão com outro sentido em que é utilizada tanto no direito brasileiro quanto estrangeiro para significar o uso privativo de bem por particular, bem como para indicar espécie de uso comum sujeito a maiores restrições.

⁹⁴ Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que a expressão “serviço”, constante do art. 99, I, do Código Civil deve ser interpretada em sentido amplo, para abarcar toda atividade de interesse público exercida sob autoridade ou fiscalização do poder público. Observa a autora que nem sempre o bem será diretamente usado pela Administração, havendo casos em que sua utilização caberá ao particular, sem, contudo, retirar-lhe a condição de uso especial, sobretudo em razão da identidade do regime jurídico aplicável (*Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 671-672).

⁹⁵ José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1079.

Para a autora, é mais precisa a nomenclatura “bens do patrimônio indisponível” utilizada pelo Código de Contabilidade Pública:

[...] por aí se ressalta o caráter patrimonial do bem (ou seja, sua capacidade de ser economicamente avaliado) e sua indisponibilidade, que resulta, não da natureza do bem, mas do fato de estar ele afetado a um fim público.⁹⁶

1.3.2.3 *Bens dominicais*

A terceira e última categoria de bens trazida pelo Código Civil é a dos bens dominicais (ou dominiais).⁹⁷

Os bens dominicais, de acordo com a doutrina, são aqueles que não estão destinados a uma finalidade pública. “São destituídos de qualquer destinação, prontos para ser utilizados ou alienados ou, ainda, ter seu uso trespassado a quem por eles se interesse.”⁹⁸

José dos Santos Carvalho Filho observa que os bens dominicais constituem categoria residual, integrados pelos bens que não se enquadram na classe dos bens de uso comum ou de uso especial.⁹⁹

Conquanto não estejam diretamente destinados a uma finalidade pública, os bens dominicais constituem um importante acervo do Estado, consistindo em um

⁹⁶ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 671.

⁹⁷ José dos Santos Carvalho Filho, acolhendo as lições de Cretella Júnior, distingue bens dominicais de bens dominiais. Para o autor, “os bens dominiais devem ser entendidos em sentido amplo, abrangendo todos os bens que formam o domínio público do Estado. Os bens dominicais, por sua vez, apesar da imprecisão do termo, têm caráter residual e abarcam todos os bens que não estejam incluídos nas outras categorias de bem público” (José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1080-1081).

⁹⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 886.

⁹⁹ José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1080.

“estoque” que poderá se prestar, em um futuro mais ou menos próximo, a instrumentalizar, direta ou indiretamente, uma finalidade pública.¹⁰⁰

Portanto, poderão ser aplicados com intuito de assegurar rendas ao Estado e, dessa forma, atender a fins de interesse geral.¹⁰¹ É o exemplo de concessão de uso de próprio do Estado para a exploração remunerada por particular.

Além disso, esses bens têm seu uso frequentemente outorgado a particulares para o desempenho de finalidades públicas, por exemplo, o trespasse de uso de bem dominical para a construção de quadra de esportes aberta à comunidade, por associação de bairro.¹⁰²

Floriano de Azevedo Marques Neto defende que, mesmo que essa categoria de bens não esteja afetada a um uso administrativo, não deveriam deixar de ter uma função, reputando uma

[...] verdadeira afronta à cláusula geral da função social [da propriedade] 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.¹⁰³

É certo que, apesar de formarem esse importante acervo, o Estado deverá atribuir-lhes, dentro de um planejamento de gestão patrimonial, uma função.

É comum reservar para tais bens a rubrica “bens do domínio privado do Estado” ou “bens do patrimônio disponível”, pretendendo significar que o regime jurídico

¹⁰⁰ Para Odete Medauar, essa categoria de bens poderia ser denominada de “bens-meios” porque são aqueles que diretamente instrumentalizam as atividades administrativas (*Direito administrativo moderno*. São Paulo: RT, 2009. p. 248).

¹⁰¹ Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, tais bens “comportam uma função patrimonial ou financeira, porque se destinam a assegurar rendas ao Estado” (*Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 674).

¹⁰² Nessas hipóteses, a outorga de uso visando uma destinação pública tem o condão de alterar a afetação do bem, que migrará para a categoria de bem de uso comum ou bem de uso especial, conforme o caso. Não obstante, inicialmente trata-se de bem dominical.

¹⁰³ Florianiano de Azevedo Marques Neto. *Bens públicos: função social e exploração econômica*. O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 222.

aplicável a tais bens seria semelhante àquele aplicado aos bens privados de propriedade de um particular.¹⁰⁴

Todavia, embora não estejam afetados a uma utilidade pública, os bens dominicais submetem-se a um regime jurídico de direito público, por determinação legal, mais aproximado daquele aplicado aos bens de uso comum e uso especial do que daquele aplicado aos bens do domínio privado.

Odete Medauar chama atenção para os equívocos que essas denominações podem ensejar sobre o regime jurídico dos bens dominicais, especialmente no que toca à sua pretensa facilidade de disposição. Analisando as normas incidentes sobre os bens dominicais, conclui a autora que as afirmações clássicas de que os vínculos da Administração com seus bens dominicais seriam semelhantes aos vínculos do particular com os bens de seu patrimônio não mais prevalecem.¹⁰⁵

O Código Civil, no parágrafo único do art. 99, trouxe uma inovação cujo sentido ainda hoje não foi satisfatoriamente desvendado pela doutrina.

Determina o citado dispositivo que, “não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que a lei tenha dado estrutura de direito privado”.

A complexidade da interpretação do dispositivo reside em identificar quais seriam as pessoas jurídicas de direito público que tenham estrutura de direito privado.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o citado artigo pretendeu dizer que serão considerados bens dominicais aqueles pertencentes às pessoas da Administração indireta que tenham estrutura de direito privado, salvo contrária disposição legal.¹⁰⁶

¹⁰⁴ É a posição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem os bens dominicais, no silêncio da lei, submetem-se ao regime jurídico de direito privado (*Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 675).

¹⁰⁵ Odete Medauar. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: RT, 2009. p. 249.

¹⁰⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 904.

No entender de José dos Santos Carvalho Filho, trata-se de pessoa de direito público, que tem adaptados em sua estrutura alguns aspectos próprios das pessoas jurídicas de direito privado. Todavia, adverte o autor que, caso pretendesse tornar mais flexível a disponibilização dos bens dessas entidades, “seria mais razoável que a lei responsável pela introdução da nova estrutura de direito privado já atribuísse aos bens a referida qualificação”.¹⁰⁷

Entende-se, seguindo posição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que a referência mais provável é às fundações instituídas pelo poder público com personalidade jurídica de direito público, mas que tenham a mesma estrutura das fundações de direito privado.¹⁰⁸

1.3.3 Bens considerados em si mesmos

O Código Civil utilizou-se de quatro critérios para classificar os bens. Nos arts. 79 a 91 examinou-os, de modo objetivo, considerando-os em si mesmos, ou seja, sem nenhuma relação com outros bens ou com o seu titular. Já nos arts. 92 a 97, os distingue em principais e acessórios, a partir de sua relação com outros bens. Nos arts. 98 a 103 classificou-os em públicos ou privados conforme sua relação com o titular do domínio. Por fim, divide-os em coisas no comércio e fora do comércio quanto à suscetibilidade de serem negociados.¹⁰⁹

Para a definição do objeto do presente trabalho, importa a classificação pelo primeiro critério, isto é, os bens considerados em si mesmos, notadamente a distinção entre bens móveis e imóveis, porque, quando o tema central deste trabalho for analisado – os instrumentos estatais de uso privativo de bem público por particular –, será dedicada especial atenção aos bens imóveis do Estado.

¹⁰⁷ José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1081.

¹⁰⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 425.

¹⁰⁹ Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 338.

Por essa razão, serão pinçados da classificação do Código Civil os bens imóveis.

Maria Helena Diniz ensina que são imóveis os bens “que não se podem transportar, sem destruição, de um lugar para o outro, ou seja, são os que não podem ser removidos sem alteração de sua substância”.¹¹⁰

Por sua vez, os bens móveis são os que, “sem deterioração na substância ou na forma, podem ser transportados de um lugar para o outro, por força própria ou estranha”.¹¹¹

Ainda na disciplina da lei civil, os imóveis podem classificar-se em imóveis por natureza, imóveis por acessão física ou imóveis por disposição legal.

Bem imóvel por natureza é o solo, a superfície da terra em seu estado natural, reunindo o solo propriamente dito e o subsolo.¹¹²

Imóvel por acessão física é tudo quanto o homem incorporar permanentemente ao solo, como a semente lançada a terra, os edifícios e construções, de modo que não se possa retirar sem destruição, modificação, fratura ou dano.¹¹³

Por fim, imóvel por disposição legal são os direitos reais sobre imóveis, as ações que o asseguram, e o direito à sucessão aberta.¹¹⁴

¹¹⁰ Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 340.

¹¹¹ Idem, *ibidem*, p. 340.

¹¹² Francisco Amaral. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 358.

¹¹³ Idem, *ibidem*, p. 347.

¹¹⁴ Idem, p. 347. Floriano de Azevedo Marques Neto chama atenção para a importância dos bens públicos imóveis por definição legal, ressaltando que crescem as hipóteses da constituição de direitos reais sobre bens imóveis de terceiros, tais como a servidão, o usufruto (ainda que impróprio) e o direito de superfície (*Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009) O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2009, p. 226).

Portanto, o objeto do presente trabalho será analisado a partir da idéia de patrimônio imobiliário público e é preciso, pois, delimitá-lo. Far-se-á uso, para tanto, da formulação apresentada por Elival da Silva Ramos.

Para a definição do conceito de patrimônio imobiliário público, o autor valeu-se de três elementos: subjetivo, objetivo e normativo.¹¹⁵

Pelo primeiro deles, subjetivo, incluem-se no conceito de patrimônio imobiliário público apenas os imóveis de propriedade de pessoas jurídicas de direito público interno ou administrativo, excluindo-se do conceito os bens imóveis das empresas estatais.¹¹⁶

O segundo elemento reside na capacidade objetiva de o bem integrar o patrimônio público imobiliário, conforme o ordenamento jurídico, porque, como visto, para além daquela ideia natural de bem imóvel, a legislação inclui no rol de bens imóveis aqueles que terão essa natureza por vontade do legislador.¹¹⁷

Chega-se, assim, ao terceiro elemento – normativo –, que exige o exame do ordenamento jurídico para circunscrever o que é bem imóvel à luz desse ordenamento e, principalmente, “verificar se a legislação coonesta com a idéia de que há um vínculo de titularidade entre o bem imóvel e o Poder Público”.¹¹⁸

Postos esses elementos, conclui-se, acompanhando a lição de Elival da Silva Ramos, que no ordenamento pátrio

[...] patrimônio imobiliário público é o conjunto de bens imóveis, assim enquadrados de acordo com o estabelecido nos artigos 43 e 44 do Código Civil [arts. 79 a 81 do Código Civil vigente] ou por força da legislação legal extravagante, titularizados por pessoa jurídica de direito público e, em virtude disso, submetidos a regime jurídico publicístico, em maior ou menor extensão.¹¹⁹

¹¹⁵ Elival da Silva Ramos. Aspectos gerais do patrimônio imobiliário do Poder Público. *Cadernos Fundap*, São Paulo, ano 9, n. 17, p. 24, dez. 1989.

¹¹⁶ Idem, *ibidem*, p. 24.

¹¹⁷ Idem, p. 24.

¹¹⁸ Idem, p. 24.

¹¹⁹ Idem, p. 24. Ressalte-se que, embora acolhido o conceito, necessário ressaltar que aqueles bens privados, mas afetados a uma finalidade pública (bens do domínio público), estarão submetidos a

1.4 Regime jurídico dos bens do domínio público

Como consignado anteriormente, a aplicação do regime jurídico de direito público terá incidência maior ou menor nos bens que compõem o domínio público conforme o interesse público envolvido, aferível a partir do tipo de uso ao qual o bem esteja consagrado.

Já os bens públicos, aqui entendidos como aqueles titularizados por pessoa jurídica de direito público, comportarão a incidência desse regime jurídico independentemente do uso a que estejam afetados.

De toda sorte, para os fins deste trabalho, é necessário apresentar as características gerais do regime jurídico incidente sobre o domínio público do Estado, no plano da gestão dos bens.¹²⁰ Para tanto, serão analisados os aspectos da inalienabilidade, impenhorabilidade, imprescritibilidade e impossibilidade de oneração.

Esses aspectos advêm da premissa de que, como o interesse público é indisponível e sendo os bens públicos instrumentos para a realização desse interesse, logo os bens também seriam indisponíveis.¹²¹ Para Geraldo Ataliba, “a indisponibilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade dos bens públicos são formas de proteção dos fins a que eles servem”.¹²²

regime jurídico publicístico na medida do uso que lhes foi consagrado, sob a ótica do interesse público protegido.

¹²⁰ Floriano de Azevedo Marques Neto propõe que a abordagem do regime jurídico dos bens do domínio público deva ser ampliada para verificar quais os aspectos peculiares do regime de direito público nos planos da aquisição, gestão e disposição dos bens. Para o autor, a inalienabilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade e não oneração devem ser analisadas no plano da gestão, visto que “constituem o que chamamos de atributos dos bens públicos, predicando condicionantes do modo pelo qual é organizado e gerido o acervo público” (*Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 278).

¹²¹ Floriano de Azevedo Marques Neto. *Ibidem*. p. 288.

¹²² Geraldo Ataliba. Patrimônio administrativo – Empresas estatais delegadas de serviço público – Regime de seus bens – Execução de suas dívidas. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, v. 7, p. 22, 1994.

Para Elival da Silva Ramos,

[...] os traços caracterizadores do regime jurídico publicístico dos bens estatais, entre nós, variam conforme a classe a que pertençam esses bens; porém, fala-se, *grosso modo*, na inalienabilidade, na impenhorabilidade (e na impossibilidade de oneração) e na imprescritibilidade desses bens, como sendo as notas que assinalam a titularidade publicística sobre eles.¹²³

1.4.1 Inalienabilidade

A inalienabilidade ou alienabilidade nos termos da lei¹²⁴ é a impossibilidade de a Administração Pública dispor de seus bens, de uso comum e especial, enquanto não desafetados de tais usos e, quanto aos bens dominicais, a necessidade de observância das exigências legais, visto que não podem ser alienados pela simples vontade da Administração.¹²⁵

Tal matéria mereceu a disciplina do Código Civil que no art. 100 dispõe que “os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar”. Por seu turno, o art. 101 determina que “os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei”.¹²⁶

¹²³ Elival da Silva Ramos. Aspectos gerais do patrimônio imobiliário do Poder Público. *Cadernos Fundap*, São Paulo, ano 9, n. 17, p. 22, dez. 1989.

¹²⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 806.

¹²⁵ Para Odete Medauar, “existe uma escala ou gradação da inalienabilidade, de tal forma que são mais rigorosos os preceitos relativos à alienação de bens de uso comum do povo e de bens de uso especial do que os preceitos relativos a alguns tipos de bens dominicais” (*Direito administrativo moderno*. São Paulo: RT, 2009. p. 250).

¹²⁶ Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a observância às exigências da lei decorre da obrigatoriedade de subordinação da Administração à lei (princípio da legalidade). Assim, ainda que se entenda que o Código Civil não poderia legislar sobre matéria administrativa estadual ou municipal, também os bens desses entes estão sujeitos ao mencionado regime (*Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 906).

Percebe-se, portanto, que a inalienabilidade não é absoluta, existindo, apenas, enquanto os bens persistirem afetados a função pública a que estão destinados.¹²⁷

Por essa razão, José dos Santos Carvalho Filho afirma que “já sob a égide do Código anterior seria impróprio falar-se em inalienabilidade; a melhor interpretação era a de que os bens teriam como característica a alienabilidade condicionada, vale dizer, a alienação deveria ser efetivada em conformidade com o que a lei dispusesse”.¹²⁸

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a inalienabilidade não é absoluta, com exceção, no entanto, daqueles bens que por sua natureza são insuscetíveis de valoração patrimonial, como rios, mares, praias.¹²⁹

Sobre desafetação, Lucia Valle Figueiredo, citando Sérgio Ferraz, ensina:

[...] O que a lei tornou inalienável, só a lei pode tornar alienável. Enquanto um determinado bem, que compõe o patrimônio público, responder a um interesse coletivo, ele é impassível de ser tornado alienável. Será necessária uma operação lógico-jurídica precedente, no sentido de desafetar aquele bem daquela utilização pública, comum ou especial, que lhe está agregada, que lhe está adstrita, para que seja possível a alienação.¹³⁰

¹²⁷ Poderá haver casos em que a Constituição atribua a determinado tipo de bem o caráter de indisponibilidade. É o caso do art. 225, § 5.º, que dispõe: “São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais”. Igualmente, o disposto no art. 231 e § 4.º: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 4.º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis”.

¹²⁸ José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1085.

¹²⁹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 673. Em sentido contrário, afirma Floriano de Azevedo Marques Neto que qualquer bem é passível de desafetação, ainda que parcial. Para o autor “não se deve confundir enquadramentos de classes de bens no domínio público com a afetação do bem específico (ou de parcela dele). Insista-se no exemplo: a categoria geral de bem público ‘mar’ seguirá sendo genericamente afetada ao uso comum, embora uma parcela das terras marítimas possa ser desafetada por ato formal (v.g., para destinação à criação de crustáceos) ou material (v.g., ganho de área agricultável ou, entre nós, os exemplos cariocas do aeroporto Santos Dumont ou do Aterro do Flamengo)” (*Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 288).

¹³⁰ Lucia Valle Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 530.

Dessa forma, para ser alienado é necessário que o bem não esteja preposto a uma finalidade pública,¹³¹ bem como a observância dos requisitos e formalidades legalmente previstas, tais como autorização legislativa, avaliação prévia e sujeição ao certame licitatório.

1.4.2 Imprescritibilidade

A imprescritibilidade caracteriza-se pela impossibilidade de aquisição prescritiva de qualquer bem público. É dizer, os bens públicos são insuscetíveis de usucapião, independentemente da categoria a que pertençam.

Essa vedação está expressa no art. 183, § 3.º, da CF, ao dispor que “os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”, norma repetida no art. 191, referente aos imóveis públicos rurais.

Na mesma linha, dispõe o art. 102 do Código Civil que os bens públicos não estão sujeitos a usucapião. Essa também é a disciplina do art. 200 do Decreto-lei 9.760/1946, que regula o domínio público federal.

A doutrina dominante acolhe a imprescritibilidade como traço do regime jurídico dos bens públicos, nele abrangidas todas as categorias de bens.¹³²

Essa é, também, a posição do Supremo Tribunal Federal consolidada na Súmula 340, nos seguintes termos: “Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”.

¹³¹ Floriano de Azevedo Marques Neto alerta para a relatividade da restrição da alienação do bem em razão de ele estar qualificado a um uso de interesse público. Há bens, explica o autor, que, embora qualificados, estão consagrados à alienação e cita como exemplo casas populares construídas no âmbito de programa de moradia que compreenda a venda financiada dos imóveis para a população (*Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 293).

¹³² Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 906; José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1086; Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 676, Odete Medauar. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: RT, 2009. p. 250; Diógenes Gasparini. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 890.

No mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se firmado não só pela impossibilidade de aquisição de bem público por usucapião, como pelo descabimento de indenização por benfeitorias, previsto no art. 1.219 do Código Civil.¹³³

Surgem, no entanto, algumas vozes dissonantes.

Sílvio Luis Pereira da Rocha admite a possibilidade de usucapião de bens não afetados a uma finalidade pública (dominicais) apesar da expressa vedação constitucional. Explica o autor que

[...] as regras constitucionais que proíbem a usucapião de bens públicos (arts. 183, § 3.º, e 191, parágrafo único, da Constituição Federal) devem ser interpretadas e compreendidas à luz do princípio da função social da propriedade, que, como visto, informa, também, a propriedade pública [...] no caso dos bens dominicais, semelhantes aos bens privados, o princípio da função social da propriedade comporta o efeito de submetê-los à força aquisitiva da posse contínua e pacífica, não bastando para impedir este efeito uma proposição genérica que subtrai os bens públicos do raio de ação da prescrição aquisitiva [...] portanto, há necessidade de interpretarmos a proibição da usucapião dos bens públicos para adequá-la somente em relação aos bens considerados de uso comum do povo e de uso específico ou especial.¹³⁴

Posição semelhante é defendida por Juarez Freitas que, balizado na redação do art. 188 da CF, e se referindo a terras públicas e terras devolutas, teria criado outra categoria de bens (bens não públicos) e, portanto, usucapíveis. Conclui o autor que

[...] a leitura combinada e sistemática dos arts. 20, II, 26, IV, 188, “caput”, 183, § 3.º, e 191, parágrafo único, da Constituição Federal, desde que atenta ao “telos” inescapável e cristalino de dar adequado uso à propriedade, conduz à conclusão de que a vontade da Constituição no que tange à insuscetibilidade de usucapião de imóveis públicos pode ser relativizada por outros princípios superiores, dentre os quais avulta o da função social, obedecidos determinados requisitos legais e sem ofensa aos comandos dos arts. 183, § 3.º, e 191, parágrafo único, da Carta Ápice, conquanto, indisputavelmente, melhor, sob a ótica científica,

¹³³ REsp 863.939/RJ (2006/0117429-8), Rel. Min. Eliana Calmon e REsp 945.055/DF (2007/0092986-1), Rel. Min. Herman Benjamin.

¹³⁴ Sílvio Luís Ferreira da Rocha. *Função social da propriedade pública*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 151-153.

sustentar a mudança constitucional que agasalhe expressamente a interpretação oferecida como mais justa.¹³⁵

Não parece, contudo, ser essa a correta exegese da norma constitucional. A toda evidência, os dispositivos da Constituição que vedam a usucapião de bens públicos não fazem distinção entre categorias de bens para a submissão a essa proteção. Assim, sendo os bens dominicais integrantes da categoria bens públicos, não há razão para retirar-lhes essa garantia.

Ademais, correta a lição de Odete Medauar quando identifica que a finalidade da imprescritibilidade é, sobretudo, “a preservação dos bens públicos, protegendo-os até contra a negligência da própria Administração”.¹³⁶

De outro lado, a imprescritibilidade não pode servir de amparo para a omissão do Poder Público na gestão de seu patrimônio, mantendo bens sem atribuição a qualquer finalidade.¹³⁷

1.4.3 Impenhorabilidade

No ordenamento jurídico atual, a impenhorabilidade decorre do art. 100¹³⁸ da Constituição, que prevê uma forma específica de execução contra o Poder Público,

¹³⁵ Juarez Freitas. *Da necessária reclassificação dos bens públicos*. Estudos de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 73.

¹³⁶ Odete Medauar. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: RT, 2009. p. 250. No mesmo sentido, afirma Floriano de Azevedo Marques Neto que com a imprescritibilidade o direito impede que possa haver disposição de bem público por omissão administrativa, e não por decisão legítima (*Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 304).

¹³⁷ Engrossa-se o coro de Maria Sylvia Zanella Di Pietro quando lamenta a proibição constitucional de qualquer tipo de usucapião de imóvel público. “Essa proibição – observa a autora – constitui um retrocesso por retirar do particular que cultiva a terra um dos instrumentos de acesso à propriedade pública, precisamente no momento em que se prestigia a função social da propriedade” (*Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 676).

¹³⁸ É o texto do artigo, com as alterações trazidas pela Emenda Constitucional 62, de 09.12.2009: Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

estipulando que os créditos de terceiros contra a Fazenda Pública serão pagos pelo sistema de precatórios, inexistindo, portanto, a possibilidade de penhora de bens como forma de pagamento de uma dívida contraída pelo Estado.

§ 1.º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2.º deste artigo.

§ 2.º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3.º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório.

§ 3.º O disposto no *caput* deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

§ 4.º Para os fins do disposto no § 3.º, poderão ser fixados, por leis próprias, valores distintos às entidades de direito público, segundo as diferentes capacidades econômicas, sendo o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social.

§ 5.º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1.º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

§ 6.º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o seqüestro da quantia respectiva.

§ 7.º O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatórios incorrerá em crime de responsabilidade e responderá, também, perante o Conselho Nacional de Justiça.

§ 8.º É vedada a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução para fins de enquadramento de parcela do total ao que dispõe o § 3.º deste artigo.

§ 9.º No momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação, deles deverá ser abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial.

§ 10. Antes da expedição dos precatórios, o Tribunal solicitará à Fazenda Pública devedora, para resposta em até 30 (trinta) dias, sob pena de perda do direito de abatimento, informação sobre os débitos que preenchem as condições estabelecidas no § 9.º, para os fins nele previstos.

O Código de Processo Civil, nos arts. 730 e 731, confirma a peculiaridade das regras sobre a execução contra a Fazenda Pública.

A impenhorabilidade é medida protetiva e tem lastro na inalienabilidade dos bens do domínio público. Assim, se o bem público não pode ser alienado por disposição do ente titular, com maior razão a vedação de alienação por imposição judicial para satisfação de crédito privado.

O sistema de pagamento de créditos mediante a expedição de precatórios judiciais, criado pelo art. 100 da CF, prestigia, em última análise, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Assim, os bens afetados a um serviço ou atividade pública ficam comprometidos com o interesse público,¹³⁹ dele não podendo ser desviados, o que os torna inaptos à garantia de créditos de terceiros. No dizer de Rui Cirne Lima, a impenhorabilidade dos bens que integram o patrimônio administrativo justifica-se, uma vez que “o conceito moderno de Estado não comporta que o interesse patrimonial de um

§ 11. É facultada ao credor, conforme estabelecido em lei da entidade federativa devedora, a entrega de créditos em precatórios para compra de imóveis públicos do respectivo ente federado.

§ 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.

§ 13. O credor poderá ceder, total ou parcialmente, seus créditos em precatórios a terceiros, independentemente da concordância do devedor, não se aplicando ao cessionário o disposto nos §§ 2.º e 3.º.

§ 14. A cessão de precatórios somente produzirá efeitos após comunicação, por meio de petição protocolizada, ao tribunal de origem e à entidade devedora.

§ 15. Sem prejuízo do disposto neste artigo, lei complementar a esta Constituição Federal poderá estabelecer regime especial para pagamento de crédito de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios, dispondo sobre vinculações à receita corrente líquida e forma e prazo de liquidação.

§ 16. A seu critério exclusivo e na forma de lei, a União poderá assumir débitos, oriundos de precatórios, de Estados, Distrito Federal e Municípios, refinanciando-os diretamente.

¹³⁹ “La función administrativa se desarrolla no sólo a través de actividades administrativas, sino también mediante bienes determinados situados en una relación de pertenencia respecto al Estado o las otras entidades públicas y que son los que constituyen los bienes públicos [...]” (Renato Alessi. *Instituciones de derecho administrativo*. Barcelona: Bosch, 1970. t. I, p. 395).

cidadão determine a apreensão e a alienação de bens aplicados ao proveito comum da coletividade”.¹⁴⁰

Sem prejuízo, este sistema garante, igualmente, o princípio da isonomia na medida em que impede qualquer espécie de perseguição ou favorecimento no pagamento de créditos em face do Poder Público. Da mesma forma, atende ao princípio orçamentário (art. 167, CF), regente das finanças públicas, mormente em razão da chamada Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000), porque para todas as despesas realizadas pela Administração Pública deve haver a indicação do crédito correspondente, no orçamento da entidade, o que abrange, por óbvio, as despesas referentes aos precatórios expedidos.

Com efeito, tal prerrogativa visa salvaguardar o patrimônio público para que a atuação do Estado não seja comprometida, uma vez que, se houvesse a autorização legal para penhora e praxeamento dos bens públicos, a própria finalidade estatal restaria afetada. Em verdade, correr-se-ia, até mesmo, o risco de ver-se inviabilizada a prestação de um serviço público.

A impenhorabilidade recai, da mesma forma, sobre os bens dominicais, que são igualmente garantidos por esse atributo. Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho,

[...] o fato de serem objeto de uso por particulares, por se caracterizarem como bens dominicais, não elide a sua garantia, já que esse tipo de uso se insere na gestão normal dos bens públicos levada a efeitos pelos entes titulares.¹⁴¹

1.4.4 Não onerabilidade

A não onerabilidade impede que um bem do domínio público seja gravado com direitos reais de garantia, tais como o penhor, a hipoteca e a anticrese previstas no art. 1.419 do Código Civil.

¹⁴⁰ Ruy Cirne Lima. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: RT, 1987. p. 80.

¹⁴¹ José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1086.

Esse traço do regime jurídico tem duplo fundamento.

Decorre, em primeiro lugar, da impenhorabilidade, na medida em que, existindo uma via específica de satisfação dos credores da Fazenda Pública, constitucionalmente prevista, não pode a Administração, mesmo com autorização legislativa, abrir mão dessa proteção dos bens públicos de qualquer natureza.¹⁴²

Essa garantia se estende, da mesma forma, aos bens dominicais, como demonstra Hely Lopes Meirelles:

Se tais bens, embora alienáveis, são impenhoráveis por lei, não se prestam a execução direta, que é consectário lógico de vínculo real, que se estabelece entre a coisa e a ação do credor hipotecário, pignoratício ou anticrético. Desde que a Constituição da República retirou a possibilidade de penhora de bens da Fazenda Pública federal, estadual e municipal, retirou, também, a possibilidade de oneração de tais bens, uma vez que a execução de toda garantia real principia pela penhora, na ação executiva correspondente, para a subsequente satisfação da dívida, mediante pracemento ou adjudicação do bem dado em garantia. Uma garantia real, que não contasse com a execução direta da coisa onerada, deixaria de satisfazer a seus fins, desgarantindo o direito do credor. Não seria, de modo algum, garantia real.¹⁴³

O segundo fundamento decorre da dicção do art. 1.420 do Código Civil, nos seguintes termos: “Só aquele que pode alienar poderá empenhar, hipotecar ou dar em anticrese; só os bens que se podem alienar poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca”.

Assim, estando os bens do domínio público revestidos pela inalienabilidade, conclui-se que são colhidos pela vedação da lei civil no que toca à garantia real.

Segundo Diógenes Gasparini, a não oneração poderá ser excepcionada se houver expressa autorização legislativa. Para o autor, essa possibilidade decorre do art. 101 do Código Civil, que autoriza a alienação dos bens dominicais na forma da lei. Assim, decorreria dos poderes da autonomia de cada ente legislar sobre aquisição, uso,

¹⁴² Maria Sylvania Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 677.

¹⁴³ Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1984. p. 450.

administração, oneração e alienação de seus bens. Podendo o mais – alienar – decerto o ente poderia o menos – onerar.¹⁴⁴

Nessas hipóteses, continua o autor, o Poder Público abriria mão das garantias que lhe proporciona o regime especial das execuções contra a Fazenda Pública e destinaria, previamente, certos bens para garantir uma determinada operação.¹⁴⁵

Para Floriano de Azevedo Marques Neto, essa restrição não é absoluta. Explica o autor que a impenhorabilidade (de onde adviria a não oneração) tem dupla função: manter ordenadas as finanças públicas, a fim de que não recaiam penhoras sobre quaisquer bens, desorganizadamente; e prestigiar os princípios da moralidade, impessoalidade e isonomia, impedindo a concessão de privilégios no recebimento de créditos contra o Poder Público. Nenhuma dessas funções seria afastada com a oneração de bens dominicais para assegurar certos débitos, dado que a disponibilização do bem em garantia é decisão do Poder Público (e não do credor), amparada em lei permissiva.¹⁴⁶

Argumenta, por fim, que a Lei 8.666/1993 (art. 17, I, “a”) admite a quitação de débitos do Poder Público pela alienação de bens não qualificados mediante dação em pagamento. Conclui que,

[...] ao menos nas hipóteses em que a lei reservar um conjunto de bens dominicais, consagrando-os às finalidades de servir como garantia real a operações de crédito (por exemplo, parcerias público-privadas regidas pela Lei n.º 11.079/04), não se poderá falar em não onerabilidade dos bens públicos, traço característico a nosso ver não aplicável a todos os bens públicos.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Diógenes Gasparini. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 891.

¹⁴⁵ Idem, *ibidem*, p. 891.

¹⁴⁶ Floriano de Azevedo Marques Neto. *Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 300.

¹⁴⁷ Idem, *ibidem*, p. 301.

Parece, contudo, que o Poder Público não poderá ajustar garantia real sobre seus bens, sob pena de violação à imprescritibilidade, garantia constitucional que não poderá ser afastada.¹⁴⁸

¹⁴⁸ “A Lei 11.481/07, alterou o art. 1.473 do Código Civil, possibilitando que sejam objeto de hipoteca o direito de uso especial para fins de moradia e o direito real de uso, ambos relativos a imóvel público. Trata-se de hipoteca incidente sobre direito de uso, e não sobre o bem público” (Odete Medauar. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: RT, 2009. p. 248).

Capítulo 2

USO DE BENS PÚBLICOS POR PARTICULARES

2.1 Competência para gestão do patrimônio público

Antes de da análise dos instrumentos de trespasse de uso, é necessário tecer breves comentários acerca da competência dos entes políticos para o tratamento da matéria.

A Constituição de 1988 consagrou o federalismo como forma de organização do Estado e conferiu autonomia aos entes políticos¹⁴⁹ que compõem a federação brasileira.¹⁵⁰

A respeito de autonomia, tomem-se as lições de José Afonso da Silva, segundo o qual

[...] autonomia significa capacidade ou poder de gerir os próprios negócios, dentro de um círculo prefixado por entidade superior. E é a Constituição que se apresenta como poder distribuidor de competências nas três esferas de governo.

Esta autonomia reflete-se na capacidade de auto-organização, autolegislação, autogoverno e autoadministração.¹⁵¹

¹⁴⁹ Apesar da divergência doutrinária, entende-se que os Municípios integram a Federação. Neste sentido, acolhemos as razões expostas por Luis Alberto David Araújo e Vidal Serrano: “o Município recebe competências próprias, tem autonomia e pode auto-organizar-se por meio de lei orgânica. De todos os característicos comuns do federalismo, o Município só não possui a faculdade de fazer-se representar junto ao Senado Federal, mas tal traço não pode afastá-lo da integração federativa” (Luis Alberto David Araújo e Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 255).

¹⁵⁰ “Art. 18 da CF. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.”

¹⁵¹ José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 608.

Auto-organização implica a capacidade de elaborar a própria Constituição e instituir os órgãos de Governo local.

O autogoverno é a possibilidade de escolha dos agentes públicos que vão desempenhar as funções constitucionais de administrar, legislar e julgar.

A autoadministração, por sua vez, traduz-se pela aplicação das leis por órgãos competentes e a prestação de serviços públicos que incumbe a cada ente.¹⁵²

É precisamente a capacidade de autoadministração que interessa nestas noções preliminares.

Dotado de autoadministração, cada ente político terá seu próprio aparelho administrativo, com organização competente responsável por uma parcela material da função estatal.

Nesse contexto insere-se a gestão dos bens públicos, que envolve a ideia de sua utilização e conservação. Por tal azo, compete à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal a disciplina das formas de uso dos bens do domínio público.

Nesse sentido, a propósito da repartição de competências constitucionais, calha a lição de Luis Roberto Barroso, para quem

[...] não existe, propriamente, uma sobreposição de competências entre a União e os Estados-membros. O que existe é uma repartição de competência entre eles, feita pela Constituição Federal. Nas matérias de sua competência, a vontade do Estado-membro prevalece inclusive sobre a da União.¹⁵³

¹⁵² Luis Roberto Barroso. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 325.

¹⁵³ Idem, *ibidem*, p. 325.

Essa questão foi levada à análise do Supremo Tribunal Federal, a propósito de alguns incisos do art. 17¹⁵⁴ da Lei 8.666/1993, que disciplina as licitações e contratos no âmbito da Administração Pública.

¹⁵⁴ Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I – quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

- a) dação em pagamento;
- b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas *f*, *h* e *i*;
- c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei;
- d) investidura;
- e) venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo;
- f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;
- g) procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei n.º 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal incluía-se tal atribuição;
- h) alienação gratuita ou onerosa, 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 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;
- i) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União na Amazônia Legal onde incidam ocupações até o limite de 15 (quinze) módulos fiscais ou 1.500 ha (mil e quinhentos hectares), para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais;

II – quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos:

- a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência sócio-econômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação;
- b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública;
- c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;
- d) venda de títulos, na forma da legislação pertinente;
- e) venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades;

O dispositivo citado institui requisitos de validade para alienação de bens públicos e pressupostos para dispensa de licitação. Considerando que a lei institui normas gerais de licitação para todos os entes federativos, há, de fato, uma invasão na

f) venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe.

§ 1.º Os imóveis doados com base na alínea *b* do inciso I deste artigo, cessadas as razões que justificaram a sua doação, reverterão ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada a sua alienação pelo beneficiário.

§ 2.º A Administração também poderá conceder título de propriedade ou de direito real de uso de imóveis, dispensada licitação, quando o uso destinar-se:

I – a outro órgão ou entidade da Administração Pública, qualquer que seja a localização do imóvel;

II – a pessoa natural que, nos termos da lei, regulamento ou ato normativo do órgão competente, haja implementado os requisitos mínimos de cultura, ocupação mansa e pacífica e exploração direta sobre área rural situada na Amazônia Legal, superior a 1 (um) módulo fiscal e limitada a 15 (quinze) módulos fiscais, desde que não exceda 1.500 ha (mil e quinhentos hectares);

§ 2.º-A. As hipóteses do inciso II do § 2.º ficam dispensadas de autorização legislativa, porém submetem-se aos seguintes condicionamentos:

I – aplicação exclusivamente às áreas em que a detenção por particular seja comprovadamente anterior a 1.º de dezembro de 2004;

II – submissão aos demais requisitos e impedimentos do regime legal e administrativo da destinação e da regularização fundiária de terras públicas;

III – vedação de concessões para hipóteses de exploração não-contempladas na lei agrária, nas leis de destinação de terras públicas, ou nas normas legais ou administrativas de zoneamento ecológico-econômico; e

IV – previsão de rescisão automática da concessão, dispensada notificação, em caso de declaração de utilidade, ou necessidade pública ou interesse social.

§ 2.º-B. A hipótese do inciso II do § 2.º deste artigo:

I – só se aplica a imóvel situado em zona rural, não sujeito a vedação, impedimento ou inconveniente a sua exploração mediante atividades agropecuárias;

II – fica limitada a áreas de até quinze módulos fiscais, desde que não exceda mil e quinhentos hectares, vedada a dispensa de licitação para áreas superiores a esse limite;

III – pode ser cumulada com o quantitativo de área decorrente da figura prevista na alínea *g* do inciso I do *caput* deste artigo, até o limite previsto no inciso II deste parágrafo.

§ 3.º Entende-se por investidura, para os fins desta lei:

I – a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública, área esta que se tornar inaproveitável isoladamente, por preço nunca inferior ao da avaliação e desde que esse não ultrapasse a 50% (cinquenta por cento) do valor constante da alínea “a” do inciso II do art. 23 desta lei;

competência de Estados e Municípios na medida em que são dotados de autonomia (na faceta autoadministração) para disciplinar a gestão de seu patrimônio.

Nessa linha, o STF aplicou interpretação conforme ao dispositivo, decidindo que as vedações constantes no art. 17 têm aplicação apenas no âmbito da União Federal. Eis a ementa do julgado:

Interpretação conforme dada ao art. 17, I, “b” (doação de bem imóvel) e art. 17, II, “b” (permuta de bem móvel), para esclarecer que a vedação tem aplicação no âmbito da União Federal, apenas. Idêntico entendimento em relação ao art. 17, I, “c” e § 1.º do art. 17.¹⁵⁵

Ademais, em matéria de licitação, a competência da União limita-se à edição de normas gerais, à luz do art. 22, XXVII, da Constituição.

Ora, normas gerais são aquelas que se situam no plano das questões fundamentais, não admitindo particularizações.¹⁵⁶ Não é por outra razão que Celso Antônio Bandeira de Mello observa que as normas gerais devem veicular, apenas, dispositivos que estabeleçam princípios, fundamentos e critérios basilares, que darão contorno às leis que seguirão, para completar a disciplina da matéria, sem esgotar o assunto nela versado. Assevera, ainda, que esses dispositivos devem ser dotados de

II – a alienação, aos legítimos possuidores diretos ou, na falta destes, ao Poder Público, de imóveis para fins residenciais construídos em núcleos urbanos anexos a usinas hidrelétricas, desde que considerados dispensáveis na fase de operação dessas unidades e não integrem a categoria de bens reversíveis ao final da concessão.

§ 4.º A doação com encargo será licitada e de seu instrumento constarão, obrigatoriamente os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato, sendo dispensada a licitação no caso de interesse público devidamente justificado;

§ 5.º Na hipótese do parágrafo anterior, caso o donatário necessite oferecer o imóvel em garantia de financiamento, a cláusula de reversão e demais obrigações serão garantidas por hipoteca em segundo grau em favor do doador.

§ 6.º Para a venda de bens móveis avaliados, isolada ou globalmente, em quantia não superior ao limite previsto no art. 23, inciso II, alínea *b*, desta Lei, a Administração poderá permitir o leilão.

¹⁵⁵ ADI 927-3/RS.

¹⁵⁶ Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Normas gerais sobre licitações e contratos administrativos – Natureza e identificação no Estatuto Jurídico Federal vigente – Perspectiva de novos projetos modernizadores. *RDA* 189/47.

neutralidade que possibilite a sua aplicação em todo o País, em quaisquer de suas regiões ou localidades.¹⁵⁷

As disposições constantes do art. 17 devem, portanto, ser interpretadas como normas federais, vinculando apenas a União. Os demais entes da Federação poderão editar legislação própria em respeito ao princípio federativo.¹⁵⁸

2.1.1 Um exemplo da problemática: uso de bens públicos por concessionárias de serviços públicos

A fim de exemplificar os problemas que a diversidade de competências para a gestão do patrimônio público pode acarretar, cumpre apresentar algumas notas a propósito do uso de bens públicos por concessionárias de serviços públicos, tema que vem causando grande divergência doutrinária e ensejando dificuldades na aplicação concreta dos institutos de trespasse de uso.

Hodiernamente, a prestação de serviços públicos, em muitos setores, implica a necessidade de complexa infraestrutura tecnológica, demandando a instalação de antenas, torres, canalizações, dutos, cabos aéreos, etc.

Não raro, a acomodação dessa infraestrutura perpassa pela utilização de bens públicos, fazendo-se necessária a investigação dos institutos que melhor se prestam a essas finalidades.

Em verdade, para solução dessa questão, é preciso considerar, de um lado, a necessidade de instalação de infraestruturas para a prestação de serviço público e, de outro, o imperativo de utilização de bens públicos, que, na maior parte das vezes, pertence a ente distinto daquele titular do serviço público concedido.

¹⁵⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 525.

¹⁵⁸ Observa Marçal Justen Filho que “normas gerais poderiam dispor sobre as hipóteses de dispensa de licitação para alienação – considerando-se especificamente o permissivo do art. 37, inc. XXI, da CF/88 (que remete à lei federal a especificação das hipóteses em que a licitação prévia obrigatória poderia ser dispensada)” (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 172).

Existe, portanto, uma gama de valores conflituosos que demandam sopesamento de princípios albergados pela ordem jurídica.¹⁵⁹ Em uma ponta, há a necessidade de possibilitar a prestação do serviço público, na maioria das vezes constitucionalmente garantido, e, na outra, está a autonomia de cada ente para gerir seu patrimônio, o que inclui a utilização de seus bens, valor igualmente constitucionalizado.

Essa situação é particularmente corriqueira quando se trata de utilização de bens de uso comum ou especial do patrimônio dos Municípios, especialmente em razão de grande parte da infraestrutura necessária para serviços públicos (energia elétrica, telefonia, distribuição de gás) perpassarem por próprios municipais.

Como dito, não se pretende esgotar esse tema, o que desbordaria os limites desse trabalho, mas serão analisadas as principais questões que envolvem o ponto.

A primeira delas, diz respeito à possibilidade de cobrança, pelo ente titular do bem, da utilização pretendida pela empresa concessionária.

Eros Grau, servindo-se da teoria de Renato Alessi sobre a distinção entre interesse público primário e secundário, afirma que a cobrança pelo uso de bem público afronta o interesse público primário, pois teria o condão de enriquecer a Administração (interesse público secundário) em detrimento da coletividade, que poderia usufruir de serviços públicos com o menor custo possível, caso a outorga fosse graciosa.¹⁶⁰

Na mesma linha, Maria Sylvia Zanella Di Pietro posiciona-se pela impossibilidade da cobrança de áreas públicas para a instalação de equipamentos

¹⁵⁹ Carlos Roberto Siqueira Castro e Sérgio Guerra propõem o exame da questão à luz do princípio da ponderação de interesses. A ponderação de interesse na cobrança municipal para uso do subsolo, solo e espaço aéreo por concessionária de serviços públicos, *Interesse Público*, n. 26, Caderno de Direito Municipal, p. 221.

¹⁶⁰ Eros Grau. Concessionária de serviço público – Bens públicos – Direito de uso. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 218, p. 323, out.-nov. 1999. No mesmo sentido, concluem Carlos Roberto Siqueira Castro e Sérgio Guerra. A ponderação de interesse na cobrança municipal para uso do subsolo, solo e espaço aéreo por concessionária de serviços públicos, *Interesse Público*, n. 26, Caderno de Direito Municipal, p. 232.

necessários à prestação de serviço público, admitindo, tão somente, a instituição de taxa pelo exercício do poder de polícia, nos termos do art. 150 da Constituição.¹⁶¹

Para Adilson Abreu Dallari parte-se de uma premissa equivocada de que as áreas públicas teriam uma vocação natural para a realização de serviços públicos, e, por isso, não seria possível a cobrança pelo uso.¹⁶²

Sobre o tema, observa Floriano de Azevedo Marques Neto que

[...] o fato de um bem público ser afetado como de uso comum do povo não implica necessariamente a gratuidade deste, nem mesmo deste uso franqueado a todos (como se verifica na própria possibilidade de cobrança de pedágio em rodovias) e muito menos em vedação da onerosidade de usos outros (especiais ou privativos) que não aquele de natureza comum a toda gente.¹⁶³

Argumenta-se que o art. 2.º do Decreto 84.398/1980, que dispõe sobre a ocupação de faixas de domínio de rodovias e de terrenos de domínio de rodovias e de terrenos de domínio público e a travessia de hidrovias, rodovias e ferrovias, por linhas de transmissão, subtransmissão e distribuição de energia elétrica, impede a cobrança pelo uso do bem por concessionários de serviços públicos de energia elétrica, determinando, inclusive, que as autorizações sejam conferidas por prazo indeterminado.

Salta aos olhos a inconstitucionalidade do dispositivo que fere de morte a autonomia dos entes federativos, no tocante à gestão de seus bens.

De fato, é próprio da natureza dos bens públicos, especialmente os de uso comum do povo e os de uso especial, servir a finalidades públicas, e o mesmo bem deverá comportar o máximo de utilizações possíveis, de modo a potencializar as vantagens proporcionadas pela coletividade.

¹⁶¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 364.

¹⁶² Adilson Abreu Dallari. Uso oneroso de bens públicos por empresas concessionárias de serviços públicos. *Boletim de Direito Administrativo*, p. 923, dez. 2001.

¹⁶³ Floriano de Azevedo Marques Neto. O uso de bens públicos estaduais por concessionárias de energia elétrica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 236, p. 1-31, p. 934, abr.-jun. 2004.

Não se nega que o serviço público seja a maior fonte de vantagens para os administrados até porque é instrumento de combate de desigualdades sociais.

Todavia, não é possível concluir que haja uma obrigatoriedade dos entes públicos em disponibilizar o uso de seus bens gratuitamente. O próprio Código Civil, no art. 103, autoriza a cobrança do uso comum dos bens públicos, nos termos da lei a cuja administração pertencerem.

Por outro lado, o ente não poderá onerar de tal modo a concessionária, que inviabilize ou torne excessivamente alto o valor da tarifa do serviço público prestado. A cobrança deve atender a um critério de razoabilidade e justiça.¹⁶⁴

Tiago Marrara estabelece uma analogia com a Lei 8.884/1994, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, afirmando que,

[...] como monopolistas de bens essenciais ao exercício de atividades econômicas e condutas sociais (funções sociais do domínio urbano), não se afigura lícito que os Municípios restrinjam o pleno exercício de direitos fundamentais dos cidadãos e das liberdades econômicas das prestadoras de serviços por meio de cobranças desproporcionais pelo uso dos bens do domínio público.¹⁶⁵

A segunda questão que se coloca concerne à natureza jurídica dessa cobrança.

O tema cresce em relevância principalmente porque os entes federativos, especialmente os Municípios, por ignorância ou propositadamente, instituem preço público, fundado em ato ou fato que constitui causa justa para a cobrança de tributo ou indenização. Ou, de outro lado, instituem taxa que tem como fato gerador o próprio uso do bem, o que viola o art. 145, II, da Constituição.

¹⁶⁴ Lei 9.472/1997, art. 73: “As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis”. Apesar de consentir com esses critérios, Tiago Marrara entende possível a cobrança de preços discriminatórios em função do sujeito passivo (se prestadora de serviço público ou privado) e a região da cidade em que se quer alocar a infraestrutura. *Bens públicos, domínio urbano, infra-estruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 322.

¹⁶⁵ Tiago Marrara. *Bens públicos, domínio urbano, infra-estruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 321.

Com efeito, é preciso distinguir a cobrança instituída com base em fato gerador de taxa, ou que tenha natureza indenizatória, daquela praticada em razão do uso.

Nesse último caso, que é precisamente a que interessa, a remuneração não tem natureza de tributo, tampouco de indenização, que teria por fundamento o ressarcimento, visando a recomposição do estado anterior, mas de preço pelo uso de bem público.¹⁶⁶

Trata-se de contrapartida pela utilidade que está sendo proporcionada à concessionária.

Por fim, cumpre investigar o instituto que melhor se ajusta a essa espécie de uso.

A resposta a essa questão exige a análise dos limites de discricionariedade para a outorga do uso pretendido. É dizer: Pode o ente federativo negar à concessionária o uso de bem público para a instalação de infraestrutura necessária à prestação de serviços públicos?

Adilson Dallari responde afirmativamente, asseverando que, caso não haja entendimento quanto às condições para utilização por meio de concessão ou permissão de uso, inclusive quanto ao preço, o ente poderá negar a outorga.¹⁶⁷

No entanto, em face dessa circunstância, a concessionária poderá valer-se da forma prevista na legislação brasileira para compelir o proprietário do bem público a possibilitar seu uso, por meio da servidão administrativa.¹⁶⁸

A Lei 8.987/1995, que dispõe sobre a concessão e permissão de serviços públicos, confere à concessionária a prerrogativa de promover desapropriações e instituir servidões administrativas, referentes aos bens necessários à execução do serviço público.

¹⁶⁶ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 364. No mesmo sentido, Adilson Dallari, *Uso oneroso de bens públicos por empresas concessionárias de serviços públicos*. *Boletim de Direito Administrativo*, p. 929, dez. 2001.

¹⁶⁷ Adilson Dallari. *Uso oneroso de bens públicos por empresas concessionárias de serviços públicos*. *Boletim de Direito Administrativo*, p. 929, dez. 2001.

¹⁶⁸ Idem, *ibidem*, p. 929.

Letícia Queiróz alerta para a excepcionalidade dessa medida, em razão do princípio federativo, admitindo a possibilidade de instituição de servidão, apenas, nas hipóteses em que inviável o acordo entre as partes e o uso do bem for indispensável à prestação do serviço público correspondente.¹⁶⁹

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o ente não pode negar à concessionária de serviço público a utilização do bem, sob pena de dano ao interesse público inerente aos contratos de concessão de serviço público. Para a autora, “o ato de consentimento é mero ato de polícia, a ser exercido pela autoridade responsável pela administração do bem, para verificar se o uso pretendido está conforme as normas legais”.¹⁷⁰

A praxe, no entanto, vem mostrando uma preferência dos entes pelo instituto da permissão de uso (muitas vezes qualificada), como instrumento para a utilização de bens públicos por concessionárias de serviço público.¹⁷¹

Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani, analisando o tema, especialmente no tocante aos equipamentos públicos municipais, sustentam que as prestadoras de serviço público têm direito subjetivo ao uso privativo de espaço público e que o poder municipal relativamente à utilização de espaços públicos é limitado.¹⁷²

Por outro lado, seguem os autores, esse direito subjetivo não é absoluto e sofre condicionamentos típicos do exercício da regulação urbanística, essencialmente a cargo do Município.¹⁷³

¹⁶⁹ Letícia Queiróz. Uso compartilhado de faixa de domínio das rodovias por concessionárias de serviço público. *Revista Interesse Público*, Ed. Notadez, ano VIII, n. 40, p. 201, 2006.

¹⁷⁰ Maria Sylvia Zanella di Pietro. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 360.

¹⁷¹ Foi a solução escolhida pelo legislador do Município de São Paulo, com a edição da Lei 13.614/2003 que, entre outras, estabelece diretrizes para a implantação e instalação de equipamentos de infraestrutura urbana destinados à prestação de serviços públicos e privados. No art. 6.º da citada lei, indica a permissão de uso, a título precário e oneroso, como instrumento adequado, para essa espécie de utilização.

¹⁷² Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani. Instalação e remanejamento de redes no domínio público municipal. *Revista Brasileira de Direito Municipal*, Belo Horizonte, ano 4, n. 9, jul. 2003.

¹⁷³ Idem, *ibidem*.

Nessa linha, asseveram que os conceitos gerais incorporados pela doutrina não se prestam para o caso de uso do domínio público, para instalação das redes necessárias à prestação dos serviços públicos. Propõem uma nova figura, denominada “permissão especial de uso do domínio público para serviços de interesse coletivo”.¹⁷⁴

Não parece haver grande vantagem na criação de mais um instituto, fundado em conceitos doutrinários, visto que, como exaustivamente repetido neste trabalho, é a lei de cada ente, no uso de sua autonomia, que dará ao instrumento sua conformação, relevando mais seu conteúdo do que o rótulo apostado.

É certo que o Município (ou qualquer outro ente) não poderá opor-se, de maneira caprichosa, à utilização de seus bens por concessionárias de serviço público, tampouco, impor ônus que inviabilize a prestação do serviço.

Qualquer decisão deverá, sempre, apresentar motivação legítima, judicialmente contrastável.

Não obstante, ainda que se trate de serviço público, não parece haver respaldo no ordenamento jurídico para impor essa obrigatoriedade ao ente federativo,

¹⁷⁴ Esse novel instituto, apesar do mesmo nome (permissão), submeter-se-ia a regime jurídico próprio, com as seguintes características: “i) é de utilidade pública, pois sua obtenção e manutenção não estão vinculadas a uma mera necessidade individual do outorgado, mas sim ao interesse coletivo da atividade que ele desempenha; ii) é acessória da outorga para a prestação do serviço, devendo o bem ser obrigatoriamente utilizado nesse serviço, não podendo ser desviado para outras finalidades; iii) é obrigatória, pois sua outorga não é mera faculdade do outorgante, mas um dever imposto pelo sistema legal relativo ao serviço; iv) independe de autorização legislativa específica, pois sua outorga é obrigatória em função da legislação setorial, não decorrendo de ato de vontade do poder Público Municipal; v) independe de licitação, sendo expedida de acordo com o pedido do interessado e com os espaços disponíveis na ocasião; vi) é um ato negocial (ou, dependendo da legislação local, até mesmo contratual), pois sua expedição depende de provocação e interesse do prestador, não decorrendo de iniciativa do outorgante; vii) é permanente e estável, tendo sua duração vinculada à necessidade do serviço, mantendo-se, portanto, enquanto vigorar a outorga para prestação do serviço; viii) sujeita-se à alteração unilateral pelo outorgante, naquilo que for estritamente necessário para a convivência harmoniosa da permissão de uso do domínio público com outros usos de utilidade pública; ix) é transmissível como acessório da outorga do serviço e da rede correspondente” (Carlos Ari Sunfeld e Rodrigo Pagani. *Instalação e remanejamento de redes no domínio público municipal. Revista Brasileira de Direito Municipal*, Belo Horizonte, ano 4, n. 9, jul. 2003).

especialmente de forma gratuita, em detrimento de sua autonomia, constitucionalmente albergada.

Parece que essa utilização poderá efetivar-se mediante instrumentos de outorga de uso, por ato expedido ou contrato firmado pelo ente proprietário do bem, caso haja entre as partes convergência de interesses.

Caso contrário, a legislação municia a concessionária dos meios necessários para essa utilização, qual seja a instituição de servidão administrativa, na forma legal.

O que se pretende demonstrar é que, mesmo em se tratando de prestação de serviço público, atividade de indubitável interesse público, a questão da autonomia para a gestão dos bens públicos não é pacífica entre os estudiosos do tema. E a problemática decorrente dessa repartição de competências permeará todo o estudo dos bens públicos e, especialmente, o estudo dos institutos de trespasse de uso.

2.2 Classificação dos usos

Os bens públicos, notadamente os imóveis, podem ser usados pela própria Administração, proprietária do bem, que os detém para sua utilização normal e constante, como suporte material na realização de suas finalidades.

Da mesma forma, os bens públicos podem prestar-se, como instrumentos servíveis à realização da finalidade estatal, à utilização pela coletividade, nas suas mais variadas formas, e essa é, precisamente, a perspectiva que se quer destacar neste trabalho.

São muitas as propostas e os critérios de classificação dos usos dos bens públicos pelo particular.

Ruy Cirne Lima dividiu os usos, a que denominou “meios de ação, em três categorias:

[...] a) postos à disposição de todos os indivíduos; b) postos à disposição de algum ou alguns dos indivíduos, quando, de sua utilização por este possa advir, ou se

presuma advir proveito geral; c) recusados aos indivíduos, isoladamente ou em coletividade, para serem somente utilizados pela sociedade mesma, por intermédio do estado, ou de outra pessoa administrativa.¹⁷⁵

Renato Alessi, apartando-se da clássica distinção entre bens do domínio público e bens do domínio privado do Estado, estabeleceu uma classificação dos bens públicos a partir do uso a eles associado. Para o brilhante jurista italiano, podem-se verificar quatro categorias de bens, ressalvando que o mesmo bem pode integrar, simultaneamente, a mais de uma categoria e, portanto, a mais de um regime jurídico.

São elas: a) os bens destinados a um determinado uso direto por parte do ente proprietário; b) bens destinados ao uso público geral de todos os cidadãos; c) bens destinados a determinados usos privativos por particulares, visando um interesse público; e d) bens que recebem uma ordem especial de limitações, que refletirão no uso do particular, para garantir a integridade material do bem.¹⁷⁶

Hely Lopes Meirelles, com uma proposta que não diverge essencialmente daquela que nos parece mais adequada, classifica o uso dos bens públicos em uso comum e uso especial. A primeira categoria abarca a utilização que reconhece à coletividade em geral sobre os bens públicos, sem discriminação de usuários ou título especial para sua fruição. Na segunda categoria, inserem-se o uso exclusivo, exercido mediante título individual; o uso para o qual a Administração impõe restrições ou para o qual exige pagamento; e, finalmente, a utilização que a própria Administração faz de seus bens, para a execução dos serviços públicos.¹⁷⁷

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, as modalidades de uso dos bens públicos por particulares devem ser discernidas conforme a categoria de bem – bens de uso comum, uso especial ou dominicais.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Ruy Cirne Lima. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: RT, 1987. p. 192.

¹⁷⁶ Renato Alessi. *Instituciones de derecho administrativo*. Barcelona: Bosch, 1970. t. I, p. 410.

¹⁷⁷ Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1984. p. 433.

¹⁷⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 915.

Assim, para o autor, os bens de uso comum comportarão um uso comum e um uso especial, quando a utilização implicar sobrecarga do bem, transtorno ou impedimento para a concorrente e igualitária utilização de terceiros ou demandarem o desfrute de uma exclusividade no uso.¹⁷⁹

Já os bens de uso especial comportam a utilização que corresponda à prestação do serviço ali prestado, havendo casos, contudo, de uso exclusivo de partes das áreas dessa categoria de bens.¹⁸⁰

Por fim, os bens dominicais comportam uso exclusivo por particulares, mediante diferentes atos jurídicos.¹⁸¹

Floriano de Azevedo Marques Neto chama a atenção para a necessidade de ultrapassar a classificação feita pela identificação dos bens a um só uso, a partir de sua classificação predominante, e propõe uma sistematização que considere as diferentes utilidades associadas aos bens públicos e postas à disposição do indivíduo, identificando os distintos regimes jurídicos pela perspectiva do administrado.¹⁸²

Parece, no entanto, que a classificação que maior utilidade apresenta, ao menos para os fins do presente trabalho, pauta-se em dois critérios: 1. a restrição ao uso do bem, que resulta no uso comum e no uso privativo do bem; e a 2. a destinação principal do bem, que nos leva ao uso normal e uso anormal.¹⁸³

¹⁷⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 916.

¹⁸⁰ Idem, *ibidem*, p. 919.

¹⁸¹ Idem, p. 920.

¹⁸² Florianio de Azevedo Marques Neto. *Bens públicos: função social e exploração econômica*. O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 402.

¹⁸³ É a teoria proposta por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 7-17.

2.2.1 Quanto à restrição ao uso do bem

2.2.1.1 Uso comum

O uso comum do bem do patrimônio público é aquele que se exerce em igualdade de condições, por toda a coletividade, sem necessidade de título específico conferido pela Administração Pública.

Para Hely Lopes Meirelles,

[...] no uso comum do povo os usuários são anônimos, indeterminados, e os bens utilizados o são por todos os membros da coletividade – *uti universi* – razão pela qual ninguém tem direito ao uso exclusivo ou a privilégios na utilização do bem: o direito de cada indivíduo se limita à igualdade com os demais na fruição do bem ou no suportar o ônus dele resultantes.¹⁸⁴

A categoria de bens que melhor se ajusta a essa modalidade de uso é a dos bens de uso comum do povo, por exemplo, praças, logradouros, praias. É da natureza desses bens a destinação ao uso coletivo, de maneira geral e indiscriminada.

Contudo, também os bens de uso especial possibilitam o uso comum quando a utilização se dá em conformidade com a destinação do bem. Tome-se o exemplo dos museus, fóruns, bibliotecas públicas, onde as pessoas podem circular livremente sem necessidade de nenhuma autorização especial.¹⁸⁵

O uso comum pode ser oneroso ou gratuito, conforme estabeleça a legislação competente. Assim, a cobrança de pedágio em rodovias públicas, por exemplo, não descaracteriza o uso comum, uma vez que essa onerosidade é condição geral oponível a quaisquer veículos.

¹⁸⁴ Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1984. p. 432.

¹⁸⁵ José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1098.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, “ao dizer-se que o uso é livre, está-se caracterizando que ele independe de algum ato administrativo reportado a alguma individualização especificadora de tal ou qual utente”.¹⁸⁶

Diante do uso comum o administrado poderá ocupar duas posições: 1. o de participante do interesse coletivo na preservação do uso comum ou 2. o de usuário em concreto do bem, titular, portanto, de direito subjetivo público, administrativa e judicialmente defensável.¹⁸⁷

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina:

Com vistas à proteção do uso comum, podem existir simultaneamente interesses e direitos. Como membros da comunidade, todas as pessoas participam do interesse coletivo na defesa da afetação da coisa pública. Mas esse interesse não tem a natureza de direito subjetivo, porque seus titulares não dispõem da faculdade de compelir quem o contraria a cessar a prática do ato danoso. Diversa é a situação dos membros da coletividade que, em decorrência de ato de terceiros ou da Administração, venham a ser diretamente impedidos ou prejudicados no livre exercício do uso de bem público.¹⁸⁸

Qualquer que seja a modalidade, o uso de bem público deverá respeitar a legislação que lhe é incidente, especialmente a municipal, tais como leis de zoneamento, ocupação do solo, edificação, etc., qualquer que seja seu usuário.¹⁸⁹

Além dessa legislação geral, o uso comum está sujeito à fiscalização e regulamentação do Estado, no exercício de seu poder de polícia, podendo a Administração Pública agir diretamente e por meios próprios na defesa do domínio público, em razão da prerrogativa decorrente da autotutela administrativa.

¹⁸⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 916. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a exigência de pagamento pela utilização não desnatura o uso comum, mas faz nascer uma modalidade de uso comum extraordinário. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 14. Em sentido contrário, Hely Lopes Meirelles entende que a cobrança pela utilização do bem insere o uso na categoria especial. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1984. p. 433.

¹⁸⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 12.

¹⁸⁸ Idem, *ibidem*, p. 12.

¹⁸⁹ Diógenes Gasparini. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 924.

Em algumas hipóteses, embora a utilização do bem não se dê em caráter exclusivo, dependerá de determinados requisitos, por exemplo, a manifestação de vontade da Administração Pública.

O inafastável exemplo é o trânsito de veículos que excedam o peso ou altura legalmente permitidos ou a realização de festas populares em logradouros públicos.

Em casos tais, o uso não será privativo, uma vez que não afastará a utilização de outros indivíduos, mas, para que se efetive, demandará outorga administrativa.

Na classificação proposta por Hely Lopes Meirelles, quando a Administração impõe restrições à utilização do bem, trata-se de uso especial.¹⁹⁰

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, posição que se acompanha, cuida-se de uso comum, uma vez que a utilização é exercida sem o caráter de exclusividade que caracteriza o uso privativo, porém sujeito ao consentimento da Administração ou à retribuição de natureza pecuniária. Acompanhando a terminologia proposta por Diogo Freitas do Amaral, ensina a autora tratar-se de uso comum extraordinário, que se opõe ao uso comum ordinário (aberto a todos, indistintamente, sem restrições e gratuito).¹⁹¹

2.2.1.2 *Uso privativo*

O uso privativo, como decorre da própria denominação, caracteriza-se por conferir ao particular utilização exclusiva do bem ou parcela do bem público.

Dessa forma, a Administração Pública outorga a um particular, mediante título jurídico individual, o exercício de uso exclusivo sobre determinado bem público.¹⁹²

¹⁹⁰ No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1099.

¹⁹¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 14.

¹⁹² Idem, *ibidem*, p. 19.

O uso privativo pode ser conferido a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, sendo bastante comum o trespasse dessa modalidade de uso entre entes federados.

Pode ser objeto de uso privativo qualquer categoria de bem, “desde que a utilização consentida pela Administração não os leve à inutilização ou destruição, caso em que se converteria em alienação”.¹⁹³

O uso exclusivo de bem público por pessoa determinada excepciona a regra de utilização dos bens públicos, que se caracteriza pelo traço da generalidade, como direito de todos a ser exercido em igualdade de condições.

Como o uso privativo de bem público garante àquele que recebeu a outorga estatal o direito de usar o bem exclusivamente, afastando demais interessados, sua conferência sempre exigirá título jurídico formal, por meio do qual a Administração formalize seu consentimento e fixe as condições do uso a que o particular estará vinculado.¹⁹⁴

Esse título, no entanto, não exige o particular da observância das normas a que se submete o bem, especialmente a municipal, assim como não dispensa o licenciamento para construções ou para atividades pretendidas, junto aos órgãos competentes.¹⁹⁵

A privatividade do uso abarca apenas a parcela dominial objeto da outorga e, em qualquer caso, só poderá ser deferida se for compatível com a destinação do bem.¹⁹⁶ Assim, a outorga para a instalação de banca de jornal em logradouro público garantirá a exclusividade do uso apenas para aquela porção do bem, não impedindo o uso (comum, nesse caso) da extensão restante do bem.

¹⁹³ Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1984. p. 433.

¹⁹⁴ “Com base nesse título, o particular irá extrair do bem público algumas utilidades não conferidas, em caráter genérico, aos demais usuários, cabendo-lhe o poder de privar outras pessoas do direito de exercer igual utilização sobre a mesma parcela do domínio público” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 20).

¹⁹⁵ Diógenes Gasparini. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 926.

¹⁹⁶ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 21.

Os instrumentos jurídicos que darão supedâneo ao uso privativo do bem público submetem-se a regime jurídico de direito público, conferindo à Administração Pública prerrogativas decorrentes do interesse público que tutela.

Nesse ponto, cumpre observar que no uso privativo de bem público, espécie excepcional de utilização do patrimônio estatal, os instrumentos públicos de outorga deverão preferir aos instrumentos de direito privado.

Essa questão apresenta-se com maior intensidade quando o objeto da outorga for bem sobre o qual não recaia nenhuma afetação, é dizer, os bens dominicais.

Isso se dá porque, para aqueles bens afetados a uma finalidade pública (bens de uso comum do povo e de uso especial), não há grande dissenso na doutrina de que sua utilização deverá processar-se sob o regime jurídico de direito público, sob pena de instituir verdadeira contradição.

Todavia, para os bens dominicais, a doutrina dominante acolhe a possibilidade de utilização de institutos de direito civil com instrumentos de trespasse do uso.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a utilização privativa dos bens de uso comum do povo e dos bens de uso especial só pode ser conferida por títulos de direito público, porém, quando se trata de bens dominicais, a utilização pode ser outorgada tanto por instrumentos públicos como por institutos de direito civil, aplicados com observância de derrogações decorrentes da norma pública.

Tratando-se de bens dominicais, ensina a autora,

[...] os institutos de direito público são empregados quando a utilização tem finalidade predominantemente pública, ou seja, quando se destina ao exercício de atividades de interesse geral [...] os institutos de direito privado são aplicados quando a utilização tem por finalidade direta e imediata atender ao interesse privado do particular.¹⁹⁷

¹⁹⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 696.

Hely Lopes Meirelles, a propósito da locação e do comodato de bens públicos, afirma que são contratos de direito privado, “impróprios e inadequados para a atribuição de uso especial de bem público a particular”. Nessa linha, observa o autor,

[...] no Direito Administrativo jamais se poderá traspasar o uso e gozo do bem público com as características da locação civil, porque implicaria renúncia de poderes irrenunciáveis da Administração, para que ela viesse a se colocar em igualdade com o particular, como é da essência desse contrato no campo do direito privado.¹⁹⁸

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, embora o Poder Público deva preferir a adoção de formas regidas pelo direito público para o trespasse de bens que, em última análise, integram o patrimônio público, não há obstáculos para que o Poder Público se utilize das formas jurídicas de direito privado. Para o autor, não há óbices para que os institutos de direito público e privado convivam lado a lado, desde que, diante do caso concreto, a escolha da Administração por outro instrumento seja lastreada pelo interesse público.¹⁹⁹

Para Diógenes Gasparini, não obstante inexistir vedação expressa da utilização de institutos privados na gestão dos usos dos bens públicos, é possível extrair essa proibição do princípio da indisponibilidade dos bens, direitos e interesses públicos.

A razão dessa cautela é simples – explica o autor –, pois a Administração Pública ao se valer desses contratos equipara-se ao particular e abre mão de suas prerrogativas. Nesses ajustes inexistente a supremacia do interesse público que permite à Administração Pública contratante alterá-los e rescindí-los unilateralmente.²⁰⁰

Assim, conquanto não haja proibição no manejo de contratos privados para o trespasse de bens públicos, entendemos na esteira das lições de Diógenes Gasparini que

¹⁹⁸ Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1984. p. 437.

¹⁹⁹ José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1119.

²⁰⁰ Diógenes Gasparini. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 930. O autor, em percuciente observação, afirma que o Decreto-lei 9.760/1946, que dispõe sobre os bens imóveis da União, prevê e regula o aforamento e a locação, segundo um regime que destoa do Código Civil. Contudo, esse regramento é válido, apenas, para os imóveis federais, restando aos Estados e Municípios os institutos de direito privado na forma estabelecida no Código Civil, dado que a competência para legislar sobre direito civil é da União (art. 22, I, da CF). *Idem*, *ibidem*, p. 931.

os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, quando menos, não aconselham a adoção desses instrumentos, ainda que o objeto seja um bem dominical.

Ademais, como visto no capítulo anterior, os bens dominicais submetem-se ao regime jurídico próprio dos bens públicos, com pouquíssimas alterações (sendo a alienabilidade, na forma da lei, mais marcante delas), não sendo razoável que o regime de seu uso possa sujeitar-se a regramento tão discrepante, como aqueles previstos para os institutos de direito civil.

De outro lado, acatar essa possibilidade com base em instrumentos de direito privado com regramento dado por normas de direito público, que praticamente os desnaturam,²⁰¹ parece levar, apenas, a uma discussão logomáquica.

2.2.2 *Quanto à destinação principal do bem*

2.2.2.1 *Uso normal e uso anormal*

O bem público tem uma vocação principal, uma destinação a uma finalidade cardeal que determina a utilização que se empregará neste bem. A este uso chama-se uso normal.²⁰²

Considere-se como exemplo a clássica hipótese da calçada em via pública. A aptidão principal deste bem é o tráfego de pedestre. Este é seu uso normal.

Todavia, ao mesmo bem poderá ser aplicada outra utilidade, diferente daquela ditada por sua finalidade principal. Assim, no exemplo dado, na mesma calçada poderá

²⁰¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro reconhece que, “em todos os casos em que a Administração se utiliza do direito privado, este sofre desvios, derrogações necessárias para adaptar o instituto às peculiaridades da Administração. Às vezes esses desvios são tão grandes que desnaturam o instituto, dando-lhe conotação publicística” (*Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 696).

²⁰² Em construção semelhante, Marcello Caetano afirma que “os vários usos comuns possíveis hierarquizam-se entre si por forma que a utilização da coisa se faça sempre sem prejuízo de suas aptidões naturais. Daí que, desses usos, uns sejam predominantes e outros acessórios” (*Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1970. p. 861).

ser instalada uma banca de jornal, postes de iluminação, guaritas da Polícia Militar. Neste caso, está-se diante de um uso anormal do bem.

Na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “o uso normal é o que se exerce de conformidade com a destinação principal do bem e uso anormal é o que atende a finalidades diversas ou acessórias, às vezes em contraste com aquela destinação”.²⁰³

O uso anormal não pressupõe que a utilização dada seja contrária à destinação do bem, bastando que seja distinta, embora compatível, com sua finalidade principal.

A compatibilidade com a destinação principal do bem é elemento essencial para a utilização anormal do bem. É dizer, seu exercício não pode prejudicar ou impedir o uso normal do bem e, via de regra, depende de consentimento discricionário da Administração Pública.

O uso anormal poderá se dar em caráter transitório (quando, por exemplo, uma via pública é usada para a realização de uma maratona) ou em caráter duradouro. Esta circunstância será determinante para a averiguação do instrumento correspondente ao uso que se pretenda outorgar.

Diogo Freitas do Amaral reconhece uma hierarquia entre os usos comuns, afirmando que, no tocante à possibilidade do seu exercício, nem todos os usos comuns têm o mesmo valor. O autor português acolhe a ideia de uso normal ou anormal, conforme ou não à afetação da coisa, mas entende que o uso comum é sempre normal e o uso privativo é que comportará variação.²⁰⁴

²⁰³ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 15.

²⁰⁴ Diogo Freitas do Amaral. *A utilização do domínio público pelos particulares*. São Paulo: Juriscredi, 1972. p. 76.

De outro lado, observa Maria Silvia Zanella Di Pietro que o exame casuístico evidencia que a distinção entre uso normal e uso anormal aplica-se tanto ao uso comum quanto ao uso privativo.²⁰⁵

Desse modo, o bem público comportará, a partir desses critérios, as seguintes modalidades de utilização:

- a) Uso comum normal – quando o bem é destinado à livre e indistinta fruição de todos que dele se utilizam conforme sua destinação principal. Cite-se como exemplo logradouro público aberto à livre circulação de veículos;
- b) Uso comum anormal – quando o bem, embora destinado à livre e indistinta fruição de todos, é utilizado com finalidade diversa ou acessória daquela para o qual foi primariamente afetado. Exemplo ilustrativo é o uso de uma praça pública para a realização de festas típicas;
- c) Uso privativo normal – quando o uso que se faz do bem, não obstante exclua a utilização de outros indivíduos, se dá em conformidade com sua destinação principal. Exemplo dessa modalidade é a ocupação de boxes de mercado público para a comercialização de frutas;
- d) Uso privativo anormal – quando o uso do bem for fruído de maneira exclusiva e com finalidade diversa daquela para o qual foi afetado. Clássico exemplo é a instalação de mesas e cadeiras de restaurante na calçada pública.

A classificação dos usos conforme a destinação principal do bem apresenta uma aparente dificuldade que não pode ser menoscabada: a de identificar, em algumas espécies de bens, qual o uso será predominante e, portanto, normal.

A toda evidência, existe uma gama de utilidades associadas aos bens públicos e postas à disposição do indivíduo tornando penosa a tarefa de determinar, relativamente à forma de utilização, àquela a que se possa atribuir a designação de “uso normal”.

Entretanto, essa dificuldade desvanece-se quando as espécies de usos incidentes sobre os bens públicos são consideradas de uma forma dinâmica, objeto de constantes

²⁰⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 15.

alterações, na mesma medida que se alteram as necessidades da coletividade a informar o interesse público.²⁰⁶

Ao analisar o tema do interesse público, com inigualável maestria, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que o interesse público “é a dimensão pública dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrindo também o depósito intertemporal destes mesmos interesses”.²⁰⁷

O interesse público está em constante transformação, na medida em que os interesses dos indivíduos que compõem a sociedade também se modificam.

Assim, sendo o interesse público o vetor da gestão administrativa dos bens públicos, no que se inclui a gestão das utilidades públicas, é lógica a dedução que esta sofrerá o mesmo grau de alterações.

Tome-se com exemplo um rio que, no passado, prestava-se primordialmente à navegação e atualmente tem o seu maior potencial aplicado à produção de energia elétrica. Ora, naturalmente qualquer utilização que se pretenda fazer nesse bem deverá ser compatível com a atual destinação principal, e será normal ou anormal a partir dessa afetação.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, refutando as críticas a esse critério de classificação, afirma que

[...] não se pode, no entanto, afirmar seja totalmente destituída de importância a distinção entre uso normal (conforme à destinação do bem) e uso anormal (em contraste com essa destinação) [...] Diante da multiplicidade de formas de uso incidentes sobre um bem público, cabe à autoridade administrativa que exerce a respectiva gestão optar por aquelas que maiores utilidades proporcionam à população, imprimindo-lhes maior estabilidade na medida em que se revelem mais compatíveis com o uso comum do povo.²⁰⁸

²⁰⁶ O conteúdo de interesse público está em constante transformação.

²⁰⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 60.

²⁰⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 16.

O que se pretende ressaltar é que a destinação principal do bem deverá ser aferida no momento atual, e poderá comportar modificações ao longo do tempo, e, em muitos casos, obrigará à Administração Pública a rever eventual outorga.

2.3 Órgãos de gestão do patrimônio público

Foi dito que os bens públicos são instrumentos de políticas públicas, aparelhando o Estado na consecução de suas finalidades. Não por outra razão, o uso desses bens deve nortear-se por projetos e metas definidos com o objetivo de alcançar essas finalidades.

Para isso, muitos entes têm constituído, no âmbito de suas administrações, órgãos cuja competência é auxiliar na gestão do patrimônio público, a fim de extrair dos bens estatais toda a sua potencialidade e garantir que sejam usados (no sentido amplo do termo) no atingimento de objetivos públicos.

No âmbito federal, foi criada a Secretaria de Patrimônio da União (SPU) com atribuição de administrar o patrimônio da União e zelar por sua conservação.²⁰⁹

A SPU integra a estrutura do Ministério do Planejamento e reúne todas as competências relativas à gestão do patrimônio federal, inclusive a implementação da política dos usos dos bens públicos.²¹⁰

²⁰⁹ Em razão da caótica situação fundiária experimentada pelo Brasil, adotou-se, pouco antes da proclamação da independência, uma solução drástica, por intermédio da Resolução de 17.07.1822, quando foram suspensas todas as concessões de terras, até que lei especial regulasse, por completo, a matéria, o que foi feito por meio da Lei 601, de 18.09.1850, disciplinou o regime jurídico aplicável às terras públicas. A referida lei criou a primeira repartição pública, especificamente incumbida do problema fundiário, denominada Repartição-Geral de Terras Públicas, criada no seu art. 21 e regulamentada pelo Decreto 1.318, de 30.01.1854. Após a promulgação da República, pela Lei 2.083, de 30.07.1909, criou-se novo órgão para cuidar das terras públicas, denominado Diretoria do Patrimônio Nacional. No curso do tempo, passou-se a denominar o Órgão: Diretoria do Domínio da União (Decreto 22.250/1932), Serviço do Patrimônio da União (Decreto-lei 6.871/1944), recebendo, por força do Decreto 96.911, de 03.10.1988, sua atual denominação, Secretaria do Patrimônio da União, quando ainda integrava a estrutura do Ministério da Fazenda. Atualmente a SPU integra a estrutura do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MP), tendo em vista a alteração em lei ocorrida em 1999, que dispõe sobre a estrutura da Presidência da República e seus Ministérios. As atuais atribuições conferidas à Secretaria do Patrimônio da União encontram-se descritas no art. 29 do Decreto 3.858, de 04.07.2001, que aprovou a estrutura regimental do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

No âmbito estadual, o grande marco na gestão patrimonial ocorreu com a edição do Decreto 39.980/1995,²¹¹ que instituiu o sistema de gestão do patrimônio imobiliário do Estado, compreendido em uma única estrutura funcional, voltado prioritariamente para atender as demandas governamentais no que se refere ao aproveitamento dos imóveis pertencentes à administração direta e indireta ou por elas utilizadas (art. 1.º).

Ao definir a estrutura desse sistema de gestão, o referido diploma legal instituiu o Conselho do Patrimônio Imobiliário (art. 3.º), órgão vinculado à Secretaria de Economia e Planejamento, com finalidade de elaborar, propor e executar a política de patrimônio imobiliário, relativamente aos imóveis pertencentes ou utilizados pela administração direta e pelas autarquias, fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público e empresas em cujo capital o Estado tenha participação majoritária, bem como pelas demais entidades por ele direta ou indiretamente controladas.

²¹⁰ Compete à Secretaria de Patrimônio da União (SPU): Adotar as providências necessárias à regularidade dominial dos bens da União; lavrar, com força de escritura pública, os contratos de aquisição, alienação, locação, arrendamento, aforamento, cessão e demais atos relativos a imóveis da União e providenciar os registros e as averbações junto aos cartórios competentes; promover o controle, fiscalização e manutenção dos imóveis da União utilizados em serviço público; administrar os imóveis residenciais de propriedade da União destinados à utilização pelos agentes políticos e servidores federais; estabelecer as normas de utilização e racionalização dos imóveis da União utilizados em serviço público; proceder à incorporação de bens imóveis ao patrimônio da União; promover, diretamente ou por intermédio de terceiros, a avaliação de bens imóveis da União para as finalidades previstas em lei; promover a alienação dos imóveis da União não utilizados em serviço público, segundo regime estabelecido na legislação vigente; conceder aforamento e remição, na forma da lei; promover a cessão onerosa ou outras outorgas de direito sobre imóveis da União admitidas em lei; efetuar a locação e o arrendamento de imóveis de propriedade da União; autorizar a ocupação de imóveis da União na forma da lei, promovendo as correspondentes inscrições; estabelecer as diretrizes para a permissão de uso de bens imóveis da União; processar as aquisições de bens imóveis de interesse da União; adotar as providências administrativas necessárias à discriminação, à reivindicação de domínio e reintegração de posse dos bens imóveis da União; disciplinar a utilização de bens de uso comum do povo, adotando as providências necessárias à fiscalização de seu uso; promover a doação ou cessão gratuita de imóveis da União, quando presente o interesse público; proceder à demarcação e identificação dos imóveis de propriedade da União; formular política de cadastramento de imóveis da União, elaborando sua planta de valores genéricos; formular política de cobrança administrativa e de arrecadação patrimonial, executando, na forma permitida em lei, as ações necessárias à otimização de sua arrecadação; manter sob sua guarda e responsabilidade os documentos, títulos e processos relativos aos bens imóveis do domínio e posse da União; e coligir os elementos necessários ao registro dos bens imóveis da União e aos procedimentos judiciais destinados à sua defesa.

²¹¹ O Decreto 53.712/2008 reformulou o Sistema de Gestão do Patrimônio Imobiliário do Estado.

Compete ao Conselho do Patrimônio Imobiliário formular e executar a política patrimonial imobiliária do Estado de São Paulo, assessorar e recomendar ao Governador ações de política imobiliária do Estado, estabelecendo princípios, diretrizes e normas para a gestão do patrimônio público Estadual e adotando procedimentos referentes a aquisições, transferências, permutas, cessões, alienações e demais destinações patrimoniais.²¹²

No que tange ao uso dos bens públicos, compete ao Conselho planejar e executar a gestão administrativa imobiliária, considerando os diversos regimes de utilização e ocupação dos imóveis de propriedade do Estado.

²¹² Decreto 53.712/2008, art. 10: Compete ao Conselho do Patrimônio Imobiliário:

I – recomendar ao Governador do Estado, no que diz respeito aos imóveis pertencentes ou de interesse da administração direta e das entidades abrangidas pelo artigo 2.º deste decreto, as decisões que lhe são privativas referentes a compras, alienações onerosas ou gratuitas, permutas, cessões de qualquer natureza, destinações e transferências de administração, sem prejuízo da permissão legislativa, no que couber;

II – formular e orientar a execução da política patrimonial imobiliária do Estado de São Paulo, como a referente às aquisições, manutenções, transferências entre órgãos e entidades do governo, cessões, permissões, autorizações, concessões de uso e alienações em geral, onerosas ou gratuitas, excluídas as doações e cessões de qualquer natureza recebidas sem encargos, bem como as desapropriações, que têm regulamentação própria;

III – estabelecer princípios, diretrizes e normas para a gestão do patrimônio imobiliário, buscando a racionalização da utilização dos espaços e a adequada preservação das construções e dos terrenos, inclusive quanto a invasões e ocupações irregulares;

IV – definir regras para utilização de imóveis de terceiros, principalmente quando se tratar de ato oneroso, como as locações, que devem merecer atenção especial e rigoroso controle de sua necessidade e custos;

V – orientar e acompanhar a execução da política de patrimônio imobiliário, determinando as correções que se fizerem necessárias e, quando for o caso, a apuração de eventuais irregularidades;

VI – indicar, com base nos laudos das avaliações, o preço mínimo e as condições de venda dos imóveis;

VII – promover a integração da política patrimonial imobiliária do Estado com as demais políticas globais e setoriais do governo;

VIII – buscar o intercâmbio dos órgãos integrantes do Sistema e dos responsáveis por suas atividades operacionais com as semelhantes áreas das Universidades Estaduais, dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Estado, a fim de se obterem reciprocidade de experiências, mútua colaboração e sinergia em defesa dos imóveis públicos;

IX – baixar instruções sobre assuntos de sua competência, divulgando as normas e diretrizes de modo a alcançarem todos os órgãos integrantes do Sistema e os responsáveis por suas atividades operacionais;

X – elaborar seu Regimento Interno.

No Município de São Paulo, o Decreto 45.952/2005 criou a Comissão do Patrimônio Imobiliário²¹³ com o objetivo de apresentar propostas sobre a utilização ou modalidades de uso das áreas públicas pertencentes ao Município, bem como sobre

²¹³ Art. 3.º Para cumprir o objetivo referido no artigo 2.º deste decreto, à Comissão do Patrimônio Imobiliário do Município de São Paulo – CMPT compete:

I – recomendar ao Prefeito, no que diz respeito aos imóveis da administração direta e das entidades da administração indireta, as decisões que lhe são privativas referentes a compras, alienações onerosas ou gratuitas, permutas, cessões de qualquer natureza, destinações e transferências de administração, sem prejuízo da autorização legislativa;

II – elaborar proposta de Plano Diretor de Gestão das Áreas Públicas, nos termos do previsto no artigo 87, inciso II, da Lei n.º 13.430, de 13 de setembro de 2002;

III – acompanhar e orientar a criação do Cadastro Geral de Áreas Públicas através de sistema de informações georeferenciadas e do Sistema de Informações Patrimoniais – SIP;

IV – definir diretrizes para as autorizações e cessões de uso de bens municipais, observadas as disposições do Plano Diretor do Município e a Legislação Federal em vigor;

V – definir regras para a utilização de imóveis de terceiros, sobretudo quando esta se der a título oneroso, como nas locações;

VI – fiscalizar o fiel cumprimento da política de patrimônio imobiliário, segundo os instrumentos legislativos em vigor, apontando eventuais excessos ou omissões e propondo as correções necessárias, apurando, quando for o caso, eventuais desvios em sua condução;

VII – propor os procedimentos a serem adotados quanto aos bens adquiridos por força de herança vacante, bem como em relação àqueles arrecadados nos termos do artigo 1.276 da Lei Federal n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil;

VIII – manifestar-se previamente nos processos de transferência administrativa de bens imóveis;

IX – solicitar aos órgãos e às entidades competentes a realização de estudos, pesquisas e análises relativas ao mercado imobiliário em geral e ao patrimônio imobiliário do Município de São Paulo, inclusive vistorias e avaliações;

X – aprovar as avaliações e as condições de venda de imóveis públicos, bem como os respectivos editais de licitação;

XI – promover a integração da política patrimonial imobiliária do Município com as demais políticas públicas;

XII – aprovar as recomendações da Secretaria Municipal de Gestão quanto à efetividade e renegociação das contrapartidas e retribuições pecuniárias estabelecidas nas cessões de uso de áreas públicas, respeitados os dispositivos do Plano Diretor Estratégico e da Lei Orgânica do Município;

XIII – aprovar as sugestões da Secretaria Municipal de Gestão quanto à destinação de bens municipais disponíveis e não ocupados;

XIV – provocar a Secretaria Municipal dos Negócios Jurídicos para que, por meio da Procuradoria Geral do Município, se manifeste sobre aspectos legais relacionados ao exercício de sua competência, quando necessário;

XV – avaliar, no caso de ocupação irregular, a possibilidade da adoção de medidas saneadoras ou, em caso contrário, aquelas necessárias à retomada da área, encaminhando-as à Procuradoria Geral do Município para análise e providências;

XVI – elaborar seu regimento interno.

aquelas que vierem a ser incorporadas ao patrimônio municipal, inclusive as remanescentes de desapropriação (art. 2.º).

A instituição desses órgãos demonstra a importância da gestão do patrimônio público como veículo de implementação de políticas públicas de maneira racional, possibilitando uma visão global da administração patrimonial e, com isso, a melhor *performance* do patrimônio dos entes públicos.

Contudo, é preciso atentar para a cortina de fumaça que a criação desses instrumentos pode causar quando sua atuação não é efetiva. É dizer, a gestão patrimonial exige real atuação e racionalidade, não bastando a criação de mais um órgão com função, tão somente, burocrática. Necessário, portanto, que a esses instrumentos seja, empiricamente, reconhecida legitimidade para auxílio na administração do patrimônio público.

2.4 Formas de controle da outorga de uso dos bens públicos

As formas de trespasse de uso de bem público para particular, como de resto toda a atividade administrativa, está sujeita a controle.

Emprestando palavras, controle da Administração Pública é “o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder”.²¹⁴

Assim, embora a função de gerir e realizar o interesse público seja concernente à Administração Pública, ela não é livre para fazê-lo, devendo atuar, sempre, nos estritos limites da lei. O controle é, em verdade, garantia jurídica do administrado.²¹⁵

²¹⁴ José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 893.

²¹⁵ Idem, *ibidem*, p. 894. Para o autor, “é através do controle que os administrados e a Administração podem aferir a legitimidade ou a conveniência das condutas administrativas, e por essa razão essa possibilidade espelha, sem a menor dúvida, uma garantia para ambas” (p. 894).

Nesses termos, o art. 6.^o²¹⁶ do Decreto-lei 200/1967 eleva o controle a princípio fundamental da Administração Pública, e deverá exercer-se em todos os níveis e em todos os órgãos (art. 13).

Assim, apesar da discricionariedade da Administração na outorga dos usos, essa liberdade é limitada pela lei e, portanto, objeto de controle.

O controle poderá ser legislativo, quando exercido pelo Poder Legislativo, seja por meio de seus representantes eleitos, seja mediante o Tribunal de Contas, órgão de controle financeiro que integra o Legislativo dos entes federativos.

Exemplo desse controle é o previsto no § 8.^o do art. 114 da Lei Orgânica do Município de São Paulo, que atribui ao Prefeito o dever de encaminhar anualmente à Câmara Municipal relatório contendo a identificação dos bens municipais objeto de concessão de uso, de permissão de uso e de locação social, em cada exercício, assim como sua destinação e o beneficiário.

O controle poderá, ainda, ser judicial, quando executado pelo Poder Judiciário, a quem compete a decisão sobre a legalidade dos atos da Administração em geral.

É o caso, por exemplo, do controle exercido pelo Ministério Público por meio de ação civil pública ou por qualquer cidadão, quando a outorga implique dano ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.²¹⁷

Por fim, o controle poderá ser administrativo, quando levado a efeito pela própria Administração Pública por meio da autotutela, poder que confere aos órgãos administrativos a fiscalização e revisão de seus próprios atos.

²¹⁶ Art. 6.^o As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais: [...] V – Controle.

²¹⁷ O controle judicial da atuação administrativa (especialmente quando essa atuação é discricionária) é um tema especialmente delicado, e seu delineamento já foi (e ainda é) objeto de grandes discussões acadêmicas, derivando um sem-número de trabalhos que se prestam à análise da questão. Bem por isso, não nos dedicaremos ao mote neste trabalho.

Para possibilitar essa fiscalização, é fundamental que todo o trâmite da outorga de uso seja instrumentalizado por meio de processo administrativo, em que se possam aferir as razões que motivaram a opção administrativa pelo trespasse de determinado bem, para determinado particular, à vista de certa finalidade; o modo como a outorga foi conferida; as condições, etc.

Essa instrumentalização cresce em relevância quando, no âmbito do ente, não existe legislação disciplinando as formas de outorga. Exemplo disso é o que ocorre no Estado de São Paulo, onde as formas de trespasse de uso (autorização, permissão e concessão) estão previstas na Constituição Estadual (art. 19, V), mas não existe legislação infraconstitucional disciplinando detalhadamente os instrumentos.

O processo administrativo surge, assim, como importante instrumento de controle da gestão do patrimônio público, especialmente no tocante ao trespasse de uso para particular.

Capítulo 3

INSTRUMENTOS ESTATAIS DE OUTORGA DE USO DE BEM PÚBLICO

3.1 Considerações propedêuticas

Como visto no capítulo anterior, são várias as espécies de uso que o bem público pode suportar, havendo casos em que sobre o mesmo bem recairá mais de uma forma de utilização.

Em geral, o bem será usado conforme sua vocação principal, ou seja, o uso será *normal* de acordo com a destinação do bem, sem que, para tanto, seja preciso um título habilitador para sua utilização.

De outro lado, haverá hipóteses em que o uso pretendido é distinto daquele ditado por sua finalidade principal, configurando um uso *anormal* (ou especial) do bem.

O uso do bem poderá, ainda, ser *comum* a todos, aberto à livre disposição da coletividade ou fruível de maneira restrita.

À guisa de exemplo, um parque público poderá ser utilizado para o lazer da comunidade local, fruível por todos irrestritamente, em igualdade de condições. Do mesmo modo, poderá prestar-se, parcialmente, à instalação de um restaurante a ser explorado pelo particular. Nesta hipótese, o uso será *privativo* e sua fruição poderá ser restringida por aquele que detenha a prerrogativa de sua utilização.

Sempre que o uso de um bem público for outorgado a um terceiro com algum grau de restrição, é necessária a formalização de um instrumento por meio do qual esse trespassse se efetive.²¹⁸⁻²¹⁹

²¹⁸ Neste sentido, Otto Mayer: “El derecho del uso de todos, tal como lo hemos visto, no es el resultado de un favor que el Estado otorgaría a los individuos, sino que forma parte de la libertad individual. En cambio, todo uso de las cosas públicas que, fuera del que acabamos de estudiar, puedan hacer a los

Tais instrumentos poderão atender a um regime jurídico de direito público, como é o caso da autorização, permissão e concessão de uso de bem público, ou poderão estar submetidos a um regime jurídico de direito privado, derogado por normas de direito público, por exemplo, a locação.

Para o presente trabalho interessa-nos a investigação dos instrumentos administrativos de trespasse do uso privativo para terceiros.

3.2 A imprecisão terminológica dos institutos

Os termos autorização, permissão e concessão são comuns a mais de um capítulo do direito público, são encontrados com múltiplos significados na legislação e na doutrina.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro identificou três hipóteses de objeto da autorização, a saber:

[...] o desempenho de atividade ou a prática de atos que não seriam possíveis sem o consentimento da Administração, por existir norma legal proibitiva; a exploração de serviço público e o uso de bem público por particular.²²⁰

A primeira hipótese, explica a autora, trata de

[...] ato administrativo unilateral e discricionário pelo qual a Administração faculta ao particular o desempenho de atividade material

individuos, tendrá su origen em un acto de voluntad del Estado por el cual lo otorga; y tal uso sólo podrá existir en virtud de ese acto” (Otto Mayer. *Derecho administrativo alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1982. t. III, p. 225).

²¹⁹ Causa estranheza a hipótese de fechamento ao tráfego de veículos estranhos aos moradores de vilas, ruas sem saídas e travessas com características de ruas sem saídas, disciplinada pela Lei Municipal 15.002/2009. A referida lei estabelece as hipóteses em que pode ocorrer o fechamento, dispensando os interessados de pedido de autorização específico, bastando a comunicação do fechamento (art. 5.º), que será avaliada pelos órgãos técnicos da Prefeitura (art. 6.º).

²²⁰ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 58.

ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos.²²¹

Nessa acepção, a Administração Pública age no exercício do poder de polícia, concordando com a prática de um ato que, sem essa autorização, seria vedada pela lei.²²²

A segunda hipótese trata da exploração de serviço público e se define como “ato administrativo unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público faculta ao particular a exploração de serviço público, a título precário”.²²³

A Constituição Federal prevê no art. 21 as hipóteses de exploração, pela União, diretamente ou mediante autorização, permissão e concessão dos serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; dos serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária; os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros e os portos marítimos, fluviais e lacustres.²²⁴

²²¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 58.

²²² “Dado que o poder de polícia administrativa tem em mira cingir a livre atividade dos particulares, a fim de evitar uma consequência anti-social que dela poderia derivar, o condicionamento que impõe requer frequentemente a prévia demonstração de sujeição do particular aos ditames legais. Assim, este pode se encontrar na obrigação de não fazer alguma coisa até que a Administração verifique que a atividade por ele pretendida se realizará segundo padrões legalmente permitidos. [...] Em outras hipóteses incumbe à Administração manifestar-se discricionariamente, isto é, examinando a conveniência e oportunidade de concordar com a prática do ato que seria vedado ao particular à falta de autorização. É o caso do porte de arma, por exemplo. Estes atos de polícia administrativa apresentam-se com um cunho preventivo bastante acentuado” (Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 826).

²²³ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 60.

²²⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello chama atenção para a dubiedade da expressão “autorização” na Constituição Federal. Para o autor o cotejo do art. 21 da CF com o art. 175 (este dispendo que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, a prestação de serviços públicos”) leva à conclusão de que a autorização que está alocada no art. 21, XI e XII, diz respeito a duas espécies de situações: uma quando houver serviço de radioamador, mas não propriamente serviço público, e outra quando houver serviço público, mas em situação emergencial, até que outras providências sejam tomadas para a outorga de permissão e

A autorização de uso de bem público, terceira acepção do termo, admite duas conformações. Na primeira delas, o uso que se pretende não exclui o uso comum de outros administrados, mas configura-se como uma utilização extraordinária na medida em que se dá em condições incomuns ou com impedimento normal da utilização do bem por outros indivíduos. É a *autorização para uso comum extraordinário*.

Na segunda hipótese, a autorização é tratada pela doutrina como ato administrativo unilateral, discricionário e precário que confere a terceiros a faculdade de usar, com exclusividade, bem do domínio público.

Tal qual ocorre com a autorização, a *permissão* também é um vocábulo que encerra mais de um significado no direito administrativo. Pode-se ligar à ideia de prestação de serviço público ou ao uso de bem público por particular.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que a permissão de serviço público é

[...] tradicionalmente, considerada ato unilateral, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de um serviço público, para que o exerça em seu próprio nome e por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário.²²⁵

Em razão de seu caráter precário, a permissão de serviço público seria indicada para atividades que não demandassem grande investimento ou prazos alongados, de maneira que a instabilidade do vínculo, marcada pela precariedade, fosse compensada pela atividade prestada.²²⁶

Todavia, a Constituição Federal, no art. 175, embora atecnicamente, faz referência ao “caráter especial do contrato” de permissão.²²⁷

concessão. Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 683-684.

²²⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 300.

²²⁶ Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 753.

²²⁷ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre:

Na mesma linha, o art. 40 da Lei 8.987/1995 dispõe que

A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

Diante deste quadro, a Administração passou a firmar “contratos” de permissão a prazo, levando a doutrina a dividir-se em variadas posições.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a fixação de prazo aproxima de tal forma a permissão da concessão que quase desaparecem as diferenças entre os dois institutos”.²²⁸

José dos Santos Carvalho Filho, após criticar as inovações trazidas pelos dispositivos legais citados, afirma que, “com essa fisionomia, atualmente inexiste, na prática, distinção entre a concessão e a permissão de serviço público”.²²⁹

Segundo Egon Bockmann, “a permissão da Lei 8.987/1995 situa-se num meio-termo entre a concessão e a autorização, cuja nitidez só é aferível em decorrência do exame do caso concreto”.²³⁰

Concorda-se com Celso Antônio Bandeira de Mello que, após qualificar de “kafikiano” o quadro criado pelo legislador, conclui que a permissão é ato unilateral e precário e seu encerramento por decisão do permitente não gera direito à indenização. Portanto, não pode haver permissões com prazo determinado, pois, neste caso, encerrado o vínculo prematuramente, surgiria para o permissionário direito à indenização. Ressalva, porém, que a escolha por este instituto não se insere na liberdade do

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu **contrato** e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

²²⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 302.

²²⁹ José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 356

²³⁰ Egon Bockmann. Notas sobre a permissão de serviço público no direito brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, p. 4, maio-jun.-jul. 2009.

Administrador e só pode ser outorgado em hipóteses compatíveis com o préstimo natural do instituto.²³¹

A permissão pode significar, também, instrumento de trespasse de uso de bem público ao particular, afigurando-se como ato administrativo, unilateral, precário e discricionário e é essa acepção que interessa no presente trabalho.

A concessão, igualmente, é vocábulo equívoco e presta-se a nominar mais de um instituto no direito nacional e estrangeiro.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello divide a concessão em dois tipos fundamentais: a translativa de direito e a constitutiva de direito.²³²

No primeiro tipo, a Administração atribui ao concessionário, de maneira inalterada, os poderes e deveres que lhe são próprios, para praticar ato jurídico, construir obra pública ou prestar serviço público. Nessas hipóteses, o concessionário atua no lugar da Administração, com as mesmas prerrogativas, conferidas pela concessão.²³³

No segundo tipo, o concedente atribui ao concessionário poderes para utilizar ou explorar bem público. Nesses casos, os poderes são delegados em qualidade e quantidade inferior do que aquelas que detém a Administração Pública.²³⁴

No mesmo sentido, ensina Raimundo Nonato Fernandes que a concessão de uso

[...] caracteriza-se com uma atribuição a terceiros de poderes ou direitos que preexistentes na entidade concedente ou derivados do ordenamento jurídico. No primeiro caso diz-se traslativa, porque opera uma transferência de poderes ou direitos que a Administração já exercia; no

²³¹ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 761.

²³² Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. *Princípios gerais de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 557.

²³³ Idem, *ibidem*, p. 558.

²³⁴ Idem, p. 559.

segundo diz-se constitutiva, porque os poderes ou direitos decorrem, originariamente, da concessão em si.²³⁵

Otto Mayer observa que a concessão é uma instituição geral do direito público e comporta aplicações em diversos sentidos. Sustenta o autor que a noção fundamental em todas as aplicações é de ato que confere ao administrado um poder jurídico sobre uma parte da Administração Pública.²³⁶

Celso Antônio Bandeira de Mello reconhece na concessão “designação genérica de forma pela qual são expedidos atos ampliativos da esfera jurídica de alguém”. Enumera, como exemplos, “a concessão de cidadania, de exploração de jazida, de obra pública”. Observa o autor, no entanto, a inconveniência da reunião, sob o mesmo signo, de atos com estrutura e regime jurídico tão distintos.²³⁷

Especificamente quanto aos instrumentos de trespasse de uso de bem público, observa Edmir Netto de Araújo que, “ao contrário das concessões e permissões de serviço público, o uso privativo de bens públicos não dispõe de disciplina legal, em nível nacional”, o que ressalta a “importância da construção doutrinária e jurisprudencial sobre tais instrumentos jurídicos de outorga de uso privativo de bem público”.²³⁸

Essa circunstância contribui para uma legislação esparsa e heterogênea, criando grande confusão teórica.²³⁹ Com efeito, os legisladores e, por seu turno, os administradores não têm qualquer preocupação técnica no manejo dos instrumentos de trespasse de uso, por vezes utilizando-se dos termos de forma indistinta.

²³⁵ Raimundo Nonato Fernandes. Da concessão de uso de bem público. *Revista de Direito Administrativo*, n 118/1-11, p. 5, out.-dez. 1974.

²³⁶ Otto Mayer. *Derecho administrativo alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1982. t. III, p. 245.

²³⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 431.

²³⁸ Edmir Netto de Araújo. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1118.

²³⁹ “No Direito brasileiro, de regime federativo, cada esfera de governo tem competência para legislar sobre gestão de bens públicos [...] Em conseqüência, a disciplina legal da matéria não é uniforme, pois varia de um para outro ente público e, também conforme a modalidade de bem público de que se cuide” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 24).

A análise da aplicação concreta pode revelar-se estarrecedora na medida em que se percebe o emprego de regramento excessivamente genérico, relegando à casuística a determinação do regime jurídico aplicável.

Tiago Marrara tece comentário cético a propósito da questão e propõe a rediscussão da teoria geral dos institutos públicos de outorga. Afirma o autor que

[...] a atipicidade natural desses institutos, decorrente da autonomia de cada ente político, repele diversos esforços de sistematização e condena quaisquer rótulos ou nomes jurídicos que se queira empregar para otimizar a linguagem jurídica [...] Sugere-se que a teoria dedique menos esforços aos tipos de outorga de uso (permissão, autorização, licenças etc.) e confira mais destaque ao conteúdo das outorgas em uma ou outra situação.²⁴⁰

Com efeito, o legislador poderá chamar de autorização aquilo que a doutrina conhece por permissão ou tratar por concessão aquilo que os juristas denominam permissão.²⁴¹ Essa babel legislativa pode, inclusive, levar os próprios doutrinadores a conclusões díspares.

Malgrado a dificuldade na sistematização do tema, afigura-se possível, no entanto, identificar os principais traços característicos dos respectivos institutos e, com isso, permitir a análise dos conteúdos dos instrumentos previstos nas variadas legislações, independentemente do nome aposto.

Vale dizer, em matéria de bens públicos, e especialmente dos instrumentos de outorga de uso, é preciso fazer um exercício de abstração, desconectando o *nomen juris* dado ao instituto do regime jurídico que determinado diploma legal lhe confere.

Como dito, é preciso ater-se ao conteúdo e desligar-se dos rótulos.

²⁴⁰ Tiago Marrara. *Bens públicos, domínio urbano, infra-estruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 138. Alvitra o autor uma sistematização pela qual a outorga dos bens públicos se mostra de três maneiras: legalmente, unilateralmente e contratualmente.

²⁴¹ Exemplo desta atecnia é o art. 22 da Lei 9.636/1998, que determina que a *autorização* para uso de bem imóvel se dará sob regime de *permissão*. É o texto: “A utilização, a título precário, de áreas de domínio da União para a realização de eventos de curta duração, de natureza recreativa, esportiva, cultural, religiosa ou educacional, poderá ser autorizada, na forma do regulamento, sob o regime de permissão de uso, em ato do Secretário do Patrimônio da União, publicada no Diário Oficial da União”.

Por isso, interessa-nos para os fins do presente estudo, a investigação da substância dos instrumentos administrativos de trespasse de uso – especialmente a autorização, permissão e concessão²⁴² –, dado que a análise individualizada de toda a legislação correspondente afigura-se tarefa hercúlea e que não se compatibiliza com os objetivos deste trabalho.²⁴³

Importa-nos, insistimos na ressalva, a identificação dos traços característicos destes instrumentos com o intuito de auxiliar na busca das soluções dos problemas que envolvem o tema.

Cabe consignar, no entanto, que, para uma organização mental, serão utilizados os signos eleitos pela doutrina. É dizer, não obstante na legislação podem-se encontrar conteúdos distintos marcados com o mesmo rótulo (e é contra isso que se tenta prevenir o leitor), é preciso partir de um ponto para a proposta de uma sistematização.

Assim, não parece produtivo criar novos rótulos ou renomear aqueles institutos já consagrados na doutrina. O que se pretende é a identificação dos principais traços característicos de cada instituto, de maneira que, na análise do caso concreto, esta circunscrição seja reveladora do regime jurídico aplicável, e não, simplesmente, o rótulo conferido pela legislação.

Feitas essas breves considerações a propósito da competência de cada ente para a gestão do seu respectivo patrimônio, bem como a confusão legislativa e doutrinária que isso acarreta, cumpre analisar mais detidamente os instrumentos públicos de trespasse de uso.

²⁴² Reconhecemos a existência de outros institutos estatais de outorga de uso de bem público – por exemplo, a inscrição de ocupação prevista no âmbito federal –, decorrência da competência de cada ente para a disciplina da matéria. No entanto, para os fins deste trabalho, analisaremos os institutos clássicos, quais sejam a autorização, a permissão e a concessão de uso de bem público.

²⁴³ “Os nomes jurídicos dos mecanismos de outorga de uso não encontram respaldo constitucional, de modo que cada ente político, incluindo mais de 5.500 Municípios brasileiros, pode chamá-los da maneira que desejar. Por isso, hoje, importa saber o verdadeiro conteúdo e as características da outorga, a despeito de seu nome legal” (Tiago Marrara. *Bens públicos, domínio urbano, infra-estruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 292-293).

3.3 Instrumentos precários de trespasse de uso: autorização e permissão

Os bens públicos constituem verdadeiro instrumental para realização das finalidades estatais e, portanto, devem ser usados pela Administração de maneira versátil e dinâmica, assim como o é o interesse público.

Para tanto, na gestão dos usos dos bens públicos, a Administração Pública precisa dispor de instrumentos de outorga que possibilitem um uso mais transitório ou mais duradouro; que impliquem menor ou maior investimento; que confirmem maior ou menor estabilidade ao utente, tudo isso conforme aconselhar a destinação a ser conferida.

Isso porque a Administração deverá ser capaz de avaliar, pelo prisma da oportunidade e conveniência, o que melhor atende ao interesse público em cada situação.

Neste contexto, verifica-se na legislação e na doutrina, nacional e estrangeira, a existência de duas principais formas de outorga de uso privativo: aquela consentida precariamente, possibilitando à Administração Pública revogar o ato sem gerar direito de indenização ao particular; e aquela que constitui direito público subjetivo para o outorgado, em que a revogação implica dever da Administração de indenizar.

Dessa forma, a nomenclatura destes instrumentos poderá ser a mais variada – autorização, permissão, concessão, cessão –, mas o principal traço divisor do regime jurídico aplicável a esses institutos é a precariedade.

Assim, em tempos em que a polissemia e a atecnia imperam na produção legislativa nacional, vê-se na precariedade a característica norteadora para a identificação do regime jurídico pertinente.

O ordenamento jurídico brasileiro acabou por prever dois instrumentos precários: a autorização e a permissão de uso, que são institutos que guardam regime jurídico muito assemelhado. Ambas são formas unilaterais, precárias e discricionárias de outorga de uso a terceiros.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta, no Brasil, a existência de uma gradação entre os institutos da autorização, da permissão e da concessão,²⁴⁴ e, de fato, esta nuance parece dizer respeito ao “nível” de precariedade conferido a cada um desses objetos jurídicos.

Todavia, como será analisado em item próprio, essa “gradação” que criaria “níveis” diferentes de precariedade não se afigura de fácil percepção diante do caso concreto, o que simplesmente dificultaria sua aplicação e o conhecimento de seus limites.

Tal é a similaridade desses instrumentos que afirma a citada autora não existirem diferenças de fundo ou de forma entre a autorização e a permissão de uso privativo.²⁴⁵

De fato, a semelhança, ao menos teórica, entre os dois institutos é de tal ordem que incita a concluir que inexistente diferença que justifique a dicotomia autorização/permissão de uso de bem público, parecendo vantajoso reuni-los em uma mesma categoria.²⁴⁶

Por outro lado, encontram-se no direito positivo pátrio as figuras da permissão e da autorização, por vezes, como objetos jurídicos autônomos e, portanto, marcados por características de direito que isolam regimes jurídicos distintos.

Por opção metodológica, voltar-se-á ao tema após analisados individualmente os dois institutos.

²⁴⁴ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 58.

²⁴⁵ Idem, *ibidem*, p. 64.

²⁴⁶ É a instigante conclusão de José dos Santos Carvalho Filho. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro, n. 16, p. 130, 2002.

3.3.1 Breve análise da doutrina estrangeira

Cenário diverso encontra-se no direito alienígena, em que, via de regra, há previsão de um tipo de instrumento precário e outro que confere maior estabilidade ao utente.

No direito português, por exemplo, Marcello Caetano ensina que o uso privativo pode ser outorgado pela Administração por meio da licença ou da concessão. Explica o autor que “o uso privativo é umas vezes permitido com base em títulos precários, outras vezes com base em títulos constitutivos de direitos: aos primeiros chamam-se licenças, aos segundos, concessões”.²⁴⁷

Otto Mayer, por sua vez, dá conta da existência de duas figuras jurídicas que se prestam a outorgar o uso da coisa pública ao indivíduo: a permissão especial de uso e a concessão de uso. A primeira figura é revogável a qualquer tempo, sem gerar para o indivíduo direito de indenização. Já a concessão de uso cria um direito subjetivo público ao indivíduo, e sua revogação gera para Administração o dever de indenizar.²⁴⁸

Na Espanha, Juan Alfonso Santamaría Pastor explica que o uso privativo do bem público está condicionado à obtenção de um título habilitante da Administração titular do bem e pode consistir em uma autorização ou em uma concessão. Segundo o autor, a outorga mediante um ou outro instituto deve-se a critérios pragmáticos:

[...] basta autorização quando o uso se realiza “unicamente com instalações desmontáveis ou bens móveis” e sua duração não excede quatro anos (art. 86:20; quando a utilização se leva a cabo “com obras ou instalações fixas” ou, em qualquer caso, quando sua duração excede os citados quatro anos, se requer concessão (art. 86:3)).

A autorização pode ser unilateralmente revogada pela Administração, sem gerar direito à indenização, ao passo que a concessão poderá ser “deixada sem efeito mediante resgate”, mas será necessário indenizar o concessionário pelos danos causados.²⁴⁹

²⁴⁷ Marcello Caetano. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1970. t. II, p. 867.

²⁴⁸ Otto Mayer. *Derecho administrativo alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1982. t. III, p. 225 e 244.

²⁴⁹ Idem, *ibidem*, p. 572-573.

Roberto Dromi identifica três formas de uso privativo no direito argentino: “permiso”, “concesión” e “prescripción”. A primeira é definida como ato unilateral e precário, podendo ser revogado pela Administração Pública, sem gerar para o possuidor direito a ressarcimento. Já a “concesión” pode revestir a forma de ato ou contrato administrativo, criando para o concessionário direito subjetivo. Por fim, para a “prescripción”, explica o autor, é necessário que o Estado estabeleça os meios e formas, através de uma lei especial e deve regular-se, por analogia, pelas normas correspondentes à “concesión”.²⁵⁰

3.3.2 *Autorização de uso privativo*

Hely Lopes Meirelles define o instituto da autorização de uso de bem público como “o ato unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração consente na prática de determinada atividade individual incidente sobre um bem público”.²⁵¹

Examinar-se-á, inicialmente, os elementos integrantes do conceito apresentado para, a seguir, apresentar os demais traços característicos do regime jurídico a que se submete a autorização de uso privativo de bem público.

3.3.2.1 *Unilateralidade*

O primeiro elemento definidor da autorização de uso é a *unilateralidade*. Assim, basta a manifestação de vontade da Administração para que o ato se aperfeiçoe, sendo desnecessária a anuência do autorizatário.

Esta característica reflete-se, também, nos termos em que o ato será expedido. É dizer, quando a Administração Pública autoriza o uso de bem público, o faz estabelecendo termos e condições ao beneficiário. Tome-se como exemplo a autorização dada a um restaurante para utilização de calçadas públicas para colocação de mesas e cadeiras para comemoração de um evento. O ato administrativo que autorizar o uso

²⁵⁰ Roberto Dromi. *Derecho administrativo*. México: Ciudad Argentina, 2006. p. 900-901.

²⁵¹ Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1984. p. 433-434.

poderá disciplinar o modo como a utilização se fará, v.g., limitando a quantidade de mesas que poderão ser alocadas e o horário em que deverão ser recolhidas.

As condições a serem respeitadas pelo beneficiário do ato devem ser impostas pela Administração Pública com base na capacidade e vocação do bem cujo uso pretende-se autorizar, observado, em qualquer hipótese, o interesse público.

3.3.2.2 *Discretionariedade*

O segundo elemento da definição do instituto da autorização de uso é a *discretionariedade*. Para Celso Antônio Bandeira de Mello atos discricionários.

[...] seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou de decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles.²⁵²

Com efeito, para a outorga de autorização de uso, a Administração Pública deverá fazer uma análise de conveniência e oportunidade, podendo o pedido ser deferido ou indeferido.²⁵³

²⁵² Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 424.

²⁵³ O art. 163, § 1.º, da Lei 9.472/1997 prevê que a autorização de uso de espectro de frequência é ato administrativo vinculado. É o texto: “Art. 163. O uso de radiofrequência, tendo ou não caráter de exclusividade, dependerá de prévia outorga da Agência, mediante autorização, nos termos da regulamentação. § 1.º Autorização de uso de radiofrequência é o ato administrativo vinculado, associado à concessão, permissão ou autorização para prestação de serviço de telecomunicações, que atribui a interessado, por prazo determinado, o direito de uso de radiofrequência, nas condições legais e regulamentares”. Dois pontos merecem relevo: 1) a autorização prevista no citado dispositivo é parte integrante da concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicação. Assim, a autorização de uso de espectro de frequência não é autônoma, mas ancilar à outorga atribuída ao interessado; 2) a autorização em análise é outorgada por prazo determinado, com a mesma duração da concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicação atribuída ao particular. Em verdade, andou mal o legislador ao chamar o ato de “autorização de uso”, pois não se verifica o requisito da precariedade, subjazendo a um ato principal (concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicação), bem como expressamente afasta a análise discricionária da Administração, atribuindo natureza vinculada ao ato administrativo.

Isto significa que o administrado não tem um direito subjetivo ao uso daquele bem, e, portanto, não poderá pleitear junto ao Poder Judiciário aquilo que a Administração não quis lhe conceder.²⁵⁴

A discricionariedade, no entanto, não confere ao administrador ampla liberdade na decisão a ser tomada, existindo alguns limitadores para o deferimento do ato.

Em primeiro lugar, é preciso levar em conta a vocação do bem cujo uso pretende-se outorgar. Isto porque, muito embora se diga que a autorização de uso é outorgada no interesse do particular, a utilização pretendida deve ser condizente com a finalidade do bem.

Como já demonstrado, o bem público, via de regra, comporta mais de uma forma de utilização. Na maioria dos casos é possível identificar qual a fruição principal que se pode extrair de determinado bem, é dizer, qual sua principal destinação, o que não impede, contudo, a atribuição de outras utilidades.

Assim, embora possível, a destinação que terceiro pretenda dar ao bem, ainda que visando seu próprio interesse, deve ser compatibilizada com a finalidade do bem.²⁵⁵

Ressalte-se que para a definição da vocação do bem deve-se levar em consideração não só a destinação física, mas, também, a destinação jurídica do bem.

Assim, embora o prédio onde esteja instalada uma escola comporte, fisicamente, as mais diversas espécies de uso, é certo que na análise do pedido a Administração Pública deverá considerar a finalidade do bem e sua compatibilidade com o uso que se pretende autorizar.

²⁵⁴ Diferente, portanto, do raciocínio que se aplica para a licença para construir, por exemplo. Sendo ato vinculado, preenchidos os requisitos, a Administração Pública deve expedir o ato pleiteado.

²⁵⁵ Neste sentido, explica Floriano de Azevedo Marques Neto, “devemos registrar que a prevalência do interesse particular no uso privativo (é dizer, a inexistência de um interesse específico do ente estatal suficiente para mover a outorga do uso privativo nestes casos) não faz possível que o uso autorizado seja contrário ao interesse geral” (*Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 337).

Em segundo lugar, é preciso levar em conta a capacidade do bem de suportar o uso pleiteado. Na análise de eventual pedido, a Administração deverá sopesar questões físicas, ambientais, históricas que digam respeito ao bem, visto que é dever do Estado a preservação de seu patrimônio.

Em muitos casos, a lei prevê o regime jurídico a que se sujeitará o bem, definindo o processo de outorga, as condições de uso e suas formas de extinção.²⁵⁶

A discricionariedade, nestas hipóteses, estará limitada à avaliação da oportunidade e conveniência em consentir ou não o uso do bem. Uma vez decidindo-se pela outorga do uso, o método de escolha do usuário e os requisitos da outorga deverão atender a previsão legal.²⁵⁷

Com efeito, e esta assertiva vale para toda atuação administrativa, a existência de lei que discipline a outorga de uso privativo de bem público limita a discricionariedade administrativa e confere maior proteção ao particular. Bem por isso que muitas vezes depara-se com uma total omissão legislativa, ou, quando muito, a edição de norma extremamente genérica.

3.3.2.3 Precariedade

O terceiro traço definidor da autorização de uso é a *precariedade*.

Ato precário é aquele que pode, a qualquer tempo, ser revogado pela Administração, por razões de conveniência e oportunidade, sem gerar para o destinatário do ato direito à indenização.²⁵⁸

²⁵⁶ Por exemplo, a Lei 13.614/2003 que estabelece as diretrizes para a utilização das vias públicas municipais, inclusive subsolo e espaço aéreo e das obras de arte de domínio municipal.

²⁵⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que, existindo lei que discipline a outorga do uso privativo, os requisitos por ela estabelecidos ganham *status* de elementos vinculados do ato administrativo e sua inobservância gera, para o particular que tenha seu interesse prejudicado, o direito de impugnar, administrativa ou judicialmente, o ato ilegal (*Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 30).

²⁵⁸ Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 754.

Em obra monográfica sobre o tema, Carlos M. Grecco e Guillermo A. Muñoz asseveram que:

Estritamente, sem embargo, a precariedade não se vincula com a revogação por razões de oportunidade. A revogação por motivos de oportunidade exige indispensavelmente a fundamentação da valoração de interesse público, atribuível primariamente à Administração. O ato administrativo revogatório requer sempre causa e motivação [...] embora se aleguem razões de oportunidade, mérito ou conveniência. A extinção de direitos está subordinada al cumprimento de tais exigências. A precariedade é algo diverso e aparecem nos casos em que os direitos, para empregar uma expressão utilizada por Cassagne, nascem “debilitados” e nos quais a Administração não está inexoravelmente obrigada a dar explicações fundamentadas do ato cancelatório.²⁵⁹

Não obstante, não parece que a precariedade que reveste o ato elide a obrigação da Administração de motivar o ato revogatório. É verdade que a revogação é conatural à relação que se estabelece a partir do ato precário, todavia, em qualquer hipótese de retirada de ato que tenha outorgado a autorização de uso, a Administração está obrigada a expor os motivos que fundamentem sua edição.

Com efeito, a condição de precariedade é conhecida pelo autorizatário e deve ser levada em conta quando da utilização do bem.²⁶⁰ É dizer, seja qual for o uso que o particular pretenda conferir ao próprio público, é preciso considerar que a autorização que o legitima pode, a qualquer tempo, ser revogada pelo Poder Público. Há, portanto, uma instabilidade impregnada nesta relação.

A ideia de precariedade relaciona-se a hipóteses em que a Administração carece de maior maleabilidade de decisão, manifestando uma maior liberdade administrativa, em que a competência discricionária se mostra mais extensa.

²⁵⁹ Tradução livre. Carlos M. Grecco e Guillermo A. Muñoz. *La precariedad en los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones*. Buenos Aires: Depalma, 1992. p. 40.

²⁶⁰ Segundo Otto Mayer, a revogação se efetiva “sin ningún derecho a indemnización para el interesado; es la condición sobre la cosa pública: debió contar con ella” (*Derecho administrativo alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1982. t. III, p. 239).

Contudo, é importante assinalar que o Estado não pode agir de maneira desleal ou irresponsável, alterando suas decisões inadvertidamente. O administrado deve confiar na Administração de modo a agir (e eventualmente investir) com base nesta confiança.²⁶¹

Embora de caráter transitório, a autorização de uso pode, por exemplo, prestar-se à realização de atividades que demandem grande investimento do particular. É o caso de autorização para a realização de um festival de música, envolvendo bandas internacionais, em terreno público, patrocinado por um banco ou empresa de telefonia móvel.

Daniele Talamini, acolhendo a doutrina de Filipa Urbano Calvão, entende possível, ainda que excepcionalmente, a indenização do administrado pela revogação de ato precário. Ensina a autora que, quando o ato é extinto antes que o administrado possa beneficiar-se de qualquer das vantagens que lhe foram atribuídas, e tendo realizado investimentos, poderá fazer jus à indenização, presentes os demais requisitos para revogação. Sustenta que este direito baseia-se no princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos, pelo qual o prejuízo sofrido seja suportado por todos.²⁶²

Ressalta a autora, no entanto, que se trata de hipótese excepcional, e a indenização, nestes casos, limitar-se-ia às despesas realizadas pelo administrado para a execução do ato.²⁶³

Assim, conquanto legítimo o direito da Administração Pública em revogar a autorização outorgada, é preciso que aponte (e demonstre) as razões que levaram a esta decisão, sob pena de nulidade do ato de revogação.

Isto porque, como explica Daniele Talamini,

²⁶¹ Rafael Valim, ao propor uma sistematização ao princípio da segurança jurídica, trata da proteção à confiança legítima e explica que “a confiança legítima ampara a confiança do indivíduo de boa-fé na ação do Estado, a qual pode se traduzir em um direito subjetivo invalidamente constituído ou em uma mera expectativa legítima gerada pelo Estado. Daí a maior abrangência deste subprincípio em relação ao direito adquirido” (*O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 112).

²⁶² Daniele Coutinho Talamini. *Revogação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 239.

²⁶³ Idem, *ibidem*, p. 239.

[...] a revogação não se fundamenta na instabilidade do vínculo produzido com o ato, mas na necessidade de se eliminar os efeitos do ato praticado, por estarem eles em desacordo com o interesse público [...] a revogação só será possível se todos os seus requisitos estiverem presentes: a disponibilidade atual da competência, a produção de efeitos inconvenientes e inoportunos pelo ato etc. Isto significa que o ato pode ter sido praticado a título precário e não ser revogável.²⁶⁴

Neste ponto, importante estabelecer uma distinção entre as razões que fundamentem a revogação de outorga de uso de bem público por instrumento precário.

A Administração Pública poderá revogar a autorização por razões de conveniência e oportunidade ou quando o utente descumprir algum dos requisitos estabelecidos no ato de outorga.

Em qualquer dessas hipóteses haverá uma diminuição na esfera jurídica do administrado a reclamar a oitiva do autorizatário, por meio de procedimento administrativo.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, a formalização de processo administrativo é obrigatória quando tratar-se de providência de que possa resultar restrição à esfera jurídica do administrado, por força do art. 5.º, LIV, da Constituição.²⁶⁵

Em elucidativo artigo sobre o tema, Rafael Valim salienta que a inobservância dessa obrigatoriedade conduz à invalidade do ato administrativo.²⁶⁶

Assim, embora se trate de ato precário, a Administração Pública deverá instaurar processo administrativo, assegurando ao particular o devido processo legal.

Nas hipóteses em que o Poder Público necessite recuperar o bem imediatamente, o contraditório poderá ser diferido, mas não poderá ser menoscabado.

²⁶⁴ Daniele Coutinho Talamini. *Revogação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 118.

²⁶⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 504-505.

²⁶⁶ Rafael Valim. Comentários ao acórdão do STF na MC em Rcl 6.207-4 (865)/AM. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, p. 320-328.

Quando o ato fundar-se em razões de conveniência e oportunidade, o particular poderá alegar, por exemplo, ilegalidade ou abuso de poder. Com maior razão, nos casos em que a revogação motivar-se no descumprimento, pelo particular, de alguma obrigação constante no termo de outorga.²⁶⁷

A jurisprudência, de outro lado, reconhece o caráter precário da autorização, mas não a necessidade de oitiva do utente em caso de revogação da outorga. O raciocínio empregado é cartesiano: tratando-se de ato precário, a revogação poderá ser sumária.

O STJ, no julgamento do RMS 14301/RJ, em que se discutia a revogação de autorização conferida a vendedores ambulantes, decidiu que “A autorização do comerciante ambulante é concedida a título precário, passível de ser revogada a qualquer tempo quando o interesse público assim exigir”.

No mesmo sentido, RMS 16280/RJ, Rel. Min. José Delgado, 19.02.2004:

A autorização de uso de imóvel municipal por particular é ato unilateral da Administração Pública, de natureza discricionária, precária, através do qual esta consente na prática de determinada atividade individual incidente sobre um bem público. Trata-se, portanto, de ato revogável, sumariamente, a qualquer tempo, e sem ônus para o Poder Público. Como a Administração Pública Municipal não mais consente a permanência da impetrante no local, a autorização perdeu sua eficácia. Logo, não há direito líquido e certo a ser tutelado na hipótese dos autos.

Na mesma linha, RMS 17644/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 12.04.2007:

²⁶⁷ Ilustrativo o exemplo do Decreto 48.172/2007, que dispõe sobre o funcionamento das feiras livres no Município de São Paulo, e prevê, no art. 32, a possibilidade de imposição de sanções para o caso de descumprimento das disposições do Decreto, garantindo, contudo, a ampla defesa do interessado. “Art. 32. As sanções são independentes e a aplicação de uma não excluirá a de outra, podendo ser impostas em conjunto ou separadamente, em decorrência da configuração do ato praticado e observada a sua dosimetria, **garantida a ampla defesa do interessado**, nos termos e prazos estabelecidos no Capítulo VII da Lei n.º 14.141, de 27 de março de 2006, observado o disposto em seu artigo 13.”

Administrativo. Processo civil. Mandado de segurança. Ato juiz de direito do TJDF. Competência. Permissão de uso. Revogação. Súmula n. 473 do STF. Desnecessidade de contraditório. “Termo de contrato” que autoriza sua rescisão se ausente finalidade. [...] 2. A permissão de uso é instituto de caráter precário que pode ser revogado a qualquer tempo pela Administração Pública, desde que não mais se demonstre conveniente e oportuna. Aplicação da Súmula 473 do STF. 3. No caso, ademais, a permissão deixou de ter a destinação para a qual fora concedida, fato por si só autorizador da sua revogação, segundo previsto no contrato.

Na tentativa de estabelecer uma distinção com o instituto da permissão de uso, que será adiante tratado, a doutrina atribui à autorização um maior grau de precariedade, em razão de ser outorgada no interesse prevalente do particular.

Ensina Edmir Netto de Araújo que

[...] dos instrumentos de direito público para utilização de bem público, a autorização de uso é aquele dotado de maior grau de precariedade, justificando-se pelo fato de que é outorgada no interesse do particular, apenas, embora não possa contrariar o interesse público.²⁶⁸

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

[...] na medida em que os fatores relacionados com o interesse público predominam na avaliação discricionária da Administração, ao conferir o uso privativo, decresce a instabilidade ou a precariedade da utilização, pois, se o uso for de interesse público relevante, a sua revogação só poderá ocorrer, motivadamente, em razão de outro interesse público que àquele se sobreponha. Nas hipóteses em que o interesse particular predomina na outorga do uso, o ato de consentimento da Administração encerra, implicitamente, a idéia de instabilidade e transitoriedade.²⁶⁹

Esta assertiva, todavia, é de difícil constatação na aplicação concreta dos institutos. É dizer, a precariedade confere à Administração Pública o poder de revogar o ato de outorga, unilateralmente, sem gerar para o possuidor o direito à indenização.

Presentes os requisitos da oportunidade e da conveniência a motivar o ato, o Poder Público poderá revogar o ato precário de outorga de uso, qualquer que seja o

²⁶⁸ Edmir Netto de Araújo. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1118.

²⁶⁹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 27.

interesse nele prevalente. Assim, ainda que o ato houvesse sido expedido visando o interesse público (como, segundo a doutrina, ocorre nos casos de permissão), se razões supervenientes reclamarem sua alteração ou revogação, a Administração Pública está autorizada a fazê-lo.

Poder-se-á dizer que a análise da oportunidade e conveniência, nestes casos, levará em consideração a preponderância do interesse público na outorga do uso, mas as condições de precariedade do ato permanecem as mesmas. Ou seja, a Administração permanece com poderes de alterar ou revogar o ato e, em qualquer situação, deverá motivar sua decisão.

Nessa linha, se o uso atender a um interesse público relevante ou simplesmente prestar-se à satisfação dos interesses do particular utente, a distinção estará na motivação para alteração ou revogação do ato. Isso, como de regra, para toda a atividade administrativa.

Não parece, pois, haver graus de precariedade: ou o ato é precário e poderá ser alterado ou revogado sem necessidade de ressarcimento ao possuidor, ou o ato confere ao particular direito subjetivo e, portanto, eventuais prejuízos deverão ser indenizados.

Esse direito subjetivo garante ao utente a indenização que abarcará os investimentos realizados pelo particular no bem, mas não confere direito à manutenção do ato.

3.3.2.4 Traços característicos da autorização

Na tentativa de conferir à autorização um regime jurídico próprio, a doutrina aponta traços característicos desse instrumento, que os distinguiriam dos demais.

Assim, a autorização é tida como *ato expedido em proveito do autorizatário*, atingindo o interesse público apenas indiretamente.

[O] benefício maior do uso do bem público pertence ao administrado que obteve a utilização privativa. Portanto, é de se considerar que na autorização de uso é prevalente o interesse privado do autorizatário.²⁷⁰

Evidentemente, o interesse do autorizatário deverá ser compatibilizado com o interesse público, pois toda atuação estatal deve ser direcionada para a consecução de finalidade pública.

Outro traço característico da autorização é a *transitoriedade*, ou seja, o uso autorizado é aquele de caráter transitório, adequado para atividades temporárias, tais como instalação de circo, exposições transitórias, canteiros de obras, etc.

Do fato de a autorização ser outorgada no interesse prevalente do particular decorre que não há para o autorizatário um dever, senão uma *faculdade* na utilização do bem.

Assim, o particular pode ou não utilizar-se do bem sem que isso afete a outorga obtida.

Com efeito, tratando-se de utilização do bem no interesse imediato do particular, não haverá, em princípio, nenhum prejuízo ao interesse público resultante da inércia do autorizatário.

Tome-se como ilustração autorização outorgada para a instalação de um circo em terreno público. Caso o particular responsável pelo empreendimento, pela razão que for, não utilize o bem, não haverá dano ao interesse público.

Todavia, esta assertiva deve ser acolhida com comedimento, uma vez que haverá casos em que não será oportuno ou conveniente para a Administração que o bem cujo uso tenha sido autorizado não seja utilizado.

²⁷⁰ José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1105.

Isto porque, na gestão do patrimônio público, prevalece a ideia de maximizar as utilidades dos bens de forma a potencializar o proveito da coletividade, direta ou indiretamente.

Volte-se ao mesmo exemplo da autorização de uso para instalação de um circo. Caso surjam outros interessados na utilização daquele bem, não convém à Administração manter a autorização dada, se não houver o uso efetivo do próprio público.

3.3.2.5 *Autorização onerosa ou gratuita*

A autorização pode ser *onerosa ou gratuita*, conforme o uso seja ou não remunerado pelo autorizatário.

Marcello Caetano é radical ao afirmar que

[...] o uso privativo, ao contrário do uso comum, nunca é gratuito: os particulares são sempre obrigados ao pagamento de taxas, calculadas em função da área a ocupar e do valor das utilidades proporcionadas.²⁷¹

Entende-se que o uso pode ser autorizado gratuitamente, mas, neste caso, a Administração Pública deverá justificar o ato, uma vez que a renda auferida pela utilização do patrimônio público reverte-se em benefício do interesse público. Assim, a ausência de cobrança deve fundar-se em razões que superem as vantagens na arrecadação de valores que seriam empregados a bem da coletividade.

O Estado não pode agir com liberalidades que não atendam ao interesse público.

O particular utente pode remunerar a Administração Pública por meio de benfeitorias a serem realizadas no bem. Considere-se o exemplo de um hospital privado que obtém a autorização de uso de bem público para a acomodação de canteiro de obras visando a expansão de suas instalações. A contrapartida, neste caso, poderia ser a construção, no bem, de unidade para abrigar um batalhão do corpo de bombeiros.

²⁷¹ Marcello Caetano. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1970. t. II, p. 872.

Em todos os casos de uso remunerado do bem a Administração precisa basear-se em laudo técnico para a cobrança de valor da remuneração. O preço a ser cobrado do utente não pode ser fixado aleatoriamente, sendo necessária a elaboração de laudo de avaliação, por órgão técnico qualificado para tanto, ou por empresa especializada contratada para este objetivo.²⁷²

A remuneração deverá levar em conta a natureza do uso que será empregado no bem e a vantagem que o particular usufruirá.

Quanto à natureza jurídica da remuneração, Maria Silvia Zanella Di Pietro ensina que poderá tratar-se de taxa, ligada ao exercício de poder de polícia, quando o utente se sujeita à fiscalização do Poder Público, visando a conservação do bem e a sua utilização nos termos deferidos. Trata-se, portanto, de atividade submetida à fiscalização e, desta forma, ao poder de polícia do Estado.²⁷³

Poderá, também, tratar-se de preço público quando a remuneração prestar-se à retribuição pelo uso do bem. Para a citada autora,

[...] a renda resultante da utilização privativa enquadra-se, não como receita derivada (decorrente da manifestação do *jus imperium* do Estado), mas como receita originária (resultante da exploração econômica do patrimônio público) [...] não se trata de tributo e sim de preço público, como tal considerada, no caso, a contribuição pecuniária não compulsória, contraprestacional, exigida em decorrência do uso privativo de bem público.²⁷⁴

Para os fins deste trabalho, interessa a investigação a propósito da natureza jurídica da remuneração quando destinar-se ao pagamento pelo uso do bem. Nesta hipótese, a remuneração cobrada tem natureza jurídica de preço público.²⁷⁵

²⁷² Usualmente, esses laudos são elaborados com técnica parecida com aquela aplicada à apuração de valor para locação, procedendo ao levantamento do valor de mercado do bem objeto da outorga. Todavia, é preciso aplicar um redutor ao valor encontrado por este método, visto que a autorização, por ser instrumento precário, não confere a mesma estabilidade que a locação.

²⁷³ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 53.

²⁷⁴ Idem, *ibidem*, p. 54.

²⁷⁵ No Município de São Paulo, o Decreto 48.172/2007, que regulamenta o funcionamento das feiras livres, dispõe que a remuneração pelo uso do bem público far-se-á por preço público, calculado com

3.3.2.6 Licitação

Como na autorização de uso prevalece o interesse do particular, na maior parte das vezes não há necessidade de *licitação*. O interessado na utilização do bem pleiteará a outorga e esta será ou não deferida conforme análise discricionária da Administração.

Evidentemente que, se houver mais de um interessado no uso de determinado bem, será obrigatória a adoção de método que prestigie o princípio da igualdade.

Da mesma forma, existindo lei que discipline a outorga, a Administração vincula-se ao procedimento previsto aos requisitos estabelecidos.

3.3.2.7 Formalização

Leciona a doutrina que a autorização de uso não exige *formalização*²⁷⁶ ou requisitos específicos para sua efetivação, visto que tem por finalidade atividades transitórias e irrelevantes para o Poder Público.²⁷⁷

Em qualquer hipótese, a outorga não pode se dar tacitamente, carecendo de forma escrita para se aperfeiçoar, em que constem os termos a serem observados pelo autorizatário.²⁷⁸

Situação distinta se dá quando existe lei disciplinando as condições da outorga. Com efeito, a lei pode disciplinar as balizas para a autorização de uso para determinados bens (ruas e vias de circulação, por exemplo) ou para determinadas finalidades (instalação de canteiro de obras).

base na quantidade de feiras designadas na matrícula do usuário, bem como a área utilizada pelo feirante, em metros quadrados, por feira livre (art. 22).

²⁷⁶ “Formalização é a específica maneira pela qual o ato deve ser externado. Com efeito: ademais de exteriorizado, cumpre que o seja de um dado modo, isto é, segundo uma certa aparência externa. Enquanto a forma significa exteriorização, formalização significa o modo específico, o modo próprio, desta exteriorização” (Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 406).

²⁷⁷ Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1984. p. 434.

²⁷⁸ Neste sentido, Idem, *ibidem*, p. 434.

Nestes casos, em respeito ao princípio constitucional da legalidade, a Administração Pública deve observar os requisitos e eventuais formalidades legalmente previstas para que a outorga se efetive validamente.

A *competência* para autorizar a outorga de uso é, em geral, do chefe do Poder Executivo por ser a autoridade responsável pela gestão do patrimônio público. Todavia, esta competência pode ser delegada pela lei ou por decreto.

A Lei 9.636/1998, que disciplina os bens imóveis da União, permite a delegação da competência para autorizar a cessão de uso ao Ministro de Estado da Fazenda (art. 18, § 4.º).

O mesmo diploma legal autoriza a delegação de competência para autorização de permissão de uso aos titulares das Delegacias do Patrimônio da União nos Estados (art. 22, § 1.º).

No Estado de São Paulo, o Governador, com base no art. 47, XVI, da CE pode delegar a competência para outorga de uso para autoridade do Executivo. É o caso, por exemplo, do Decreto 55.393/2010 que atribui ao Secretário do Meio Ambiente a competência para autorizar a outorga de cessão e permissão de uso de bens imóveis, visando a realização integrada de ações relacionadas ao licenciamento e à fiscalização ambiental.

A Lei Orgânica do Município de São Paulo confere ao Prefeito a administração dos bens municipais, respeitada a competência da Câmara quanto àqueles usados em seus serviços (art. 111).

Muitas vezes a autoridade competente para autorizar a outorga não é a mesma que formalizará o termo. Esta competência também poderá ser delegada até porque aquele que pode o mais certamente poderá o menos.

O tipo de ato exigido para a o trespasse do uso variará conforme o ente. Assim, no Município de São Paulo, a Lei Orgânica, no art. 114, § 5.º, exige a edição de portaria para autorização de uso.

No Estado de São Paulo, a autorização se dará por decreto, resolução, deliberação ou portaria, conforme a autoridade competente seja, respectivamente, o chefe do Executivo, os Secretários de Estado, órgãos colegiados e demais autoridades, nos termos do art. 12 da Lei Estadual 10.177/1998.

3.3.2.8 *Autorização qualificada*

Apesar de a doutrina afirmar a precariedade da autorização de uso, no ordenamento jurídico brasileiro encontra-se exemplos de autorização com prazo de vigência, criando a figura denominada “autorização qualificada”.

É o caso da Lei Orgânica do Município de São Paulo que fixa prazo máximo de noventa dias para a vigência da autorização de uso, excepcionando os casos em que o bem se destina à formação de canteiro de obra ou serviço público, caso em que o prazo obedecerá ao da duração da obra ou serviço.²⁷⁹

Também a Lei 9.427/1996, que disciplina o regime de concessões de serviço público de energia elétrica, prevê a possibilidade de aprazamento na autorização de acréscimo de capacidade de geração visando o aproveitamento ótimo do potencial hidráulico, autorizando, inclusive, a prorrogação por prazo suficiente à amortização do investimento.²⁸⁰

Igualmente, o Código de Águas determina a obrigatoriedade de fixação de prazo para a autorização para a derivação de águas no interesse do particular.²⁸¹

²⁷⁹ Art. 114, § 5.º: “A autorização será formalizada por portaria, para atividades ou usos específicos e transitórios, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, exceto quando se destinar a formar canteiro de obra ou de serviço público, caso em que o prazo corresponderá ao da duração da obra ou do serviço”.

²⁸⁰ Lei 9.427/1996: “Art. 26. Cabe ao Poder Concedente, diretamente ou mediante delegação à ANEEL, autorizar: [...] V – os acréscimos de capacidade de geração, objetivando o aproveitamento ótimo do potencial hidráulico. § 7.º As autorizações e concessões que venham a ter acréscimo de capacidade na forma do inciso V deste artigo poderão ser prorrogadas por prazo suficiente à amortização dos investimentos, limitado a 20 (vinte) anos”.

²⁸¹ Art. 43. As águas públicas não podem ser derivadas para as aplicações da agricultura, da indústria e da higiene, sem a existência de concessão administrativa, no caso de utilidade pública e, não se

Em hipóteses como estas, em que a Administração Pública fixa prazo de vigência para a outorga do uso, o instituto perde o caráter de precariedade, obrigando o Poder Público à observância do prazo estipulado e criando, para o autorizatário, direito subjetivo à indenização.²⁸²

Em casos tais, não obstante a lei atribua ao instituto o rótulo de autorização, o regime jurídico aplicável aproximar-se-á daquele reservado à concessão, dado que a fixação de prazo cria para o particular direito público subjetivo ao uso do bem até o advento do termo final, ou indenização pela sua não observância.

Registre-se, no entanto, que a Administração Pública, na outorga da autorização de uso, poderá fixar prazo para que o ato seja revisto em dado tempo, para fins de controle do Poder Público.

Com efeito, hodiernamente há uma deturpação na aplicação prática destes institutos. Como não há fixação de prazo para a autorização de uso (e da mesma forma a permissão de uso, como se verá), em vista da precariedade que os informa, a outorga acaba estabelecendo-se permanentemente.

verificando esta, de autorização administrativa, que será dispensada, todavia, na hipótese de derivações insignificantes.

§ 1.º A autorização não confere, em hipótese alguma, delegação de poder público ao seu titular.

§ 2.º Toda concessão ou autorização se fará por tempo fixo, e nunca excedente de trinta anos, determinando-se também um prazo razoável, não só para serem iniciadas, como para serem concluídas, sob pena de caducidade, as obras propostas pelo peticionário.

§ 3.º Ficará sem efeito a concessão, desde que, durante três anos consecutivos, se deixe de fazer o uso privativo das águas.

²⁸² A propósito do tema, válidas as palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “A fixação de prazo tira à autorização o caráter de precariedade, conferindo ao uso privativo certo grau de estabilidade; vincula a Administração à obediência do prazo e cria, para o particular, direito público subjetivo ao exercício da utilização até o termo final previamente fixado; em consequência, se razões de interesse público obrigarem à revogação extemporânea, ficará o poder público na contingência de ter de pagar indenização ao particular, para compensar o sacrifício de seu direito. Manifesta é a inconveniência de estipulação de prazo nas autorizações”. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 691.

Assim, *v.g.*, aquele que obteve permissão para uso de próprio público acabará usufruindo o bem de forma *perene*, ao passo que o concessionário o utilizará com prazo determinado.

Não se está defendendo a fixação de prazo nos instrumentos precários, pois haveria aí uma verdadeira contradição. Apenas parece possível, e até mesmo desejável, que a Administração Pública obrigue-se a rever as outorgas atribuídas em caráter precário até mesmo para reavaliar a necessidade, oportunidade e conveniência de sua manutenção.

Esta revisão serve de instrumento a uma racional gestão do patrimônio público e atende, em última análise, ao princípio constitucional da eficiência.

É preciso, contudo, que a fixação de prazo para este fim esteja posta de forma clara no ato de outorga da autorização ou permissão de modo que o particular compreenda que o ato permanece precário, podendo ser alterado ou revogado a qualquer momento, mas que, transcorrido o termo determinado, a Administração deverá rever a outorga.

Há, portanto, uma distinção entre a chamada autorização qualificada e a autorização com prazo para revisão do ato.

Na primeira há aprazamento para a utilização do bem, vinculando a Administração Pública à observância do termo final estabelecido e criando para o autorizatário direito subjetivo à indenização em caso de revogação intempestiva.²⁸³

Na segunda, o prazo não se atrela à duração do uso, mas, sim, cria para a Administração a obrigação de rever a outorga conferida. Caso surja hipótese que justifique a revogação do ato antes deste termo, a Administração Pública poderá fazê-lo, sem gerar qualquer direito ao particular.

²⁸³ Nesse sentido, Cretella Júnior afirma que mesmo uma autorização de uso precaríssimo, de sessenta dias, por exemplo, não pode ser revogada, sem conseqüências, antes desse prazo. Regime jurídico das permissões de uso no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, 101/24, p. 34.

3.3.2.9 Autorização para uso comum extraordinário

Como visto no capítulo anterior, o uso do bem público pode comportar situações que, embora não contemplem a utilização exclusiva do bem pelo particular, também não se coadunam com o uso comum que está disponível a todos.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar do uso especial de bens de uso comum, ensina que, quando o uso de tais bens, embora consoante com sua destinação específica, for extraordinário porque realizado em circunstâncias incomuns, que causem transtornos para terceiros ou sobrecarga para o bem, será necessária prévia manifestação administrativa mediante autorização.²⁸⁴

Trata-se, ressalta o incomparável autor, de hipóteses de uso incomum e, por isso mesmo, episódico e excepcional.²⁸⁵

É o caso, por exemplo, da autorização, prevista no art. 101 do Código de Trânsito (Lei 9.503/1997), para o tráfego de veículos que excedam os limites de peso e dimensão estabelecidos pelo Contran.²⁸⁶

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro esta espécie de autorização traduz-se no exercício do poder de polícia da Administração, que pode restringir o uso do bem no interesse da coletividade.²⁸⁷ Ensina a autora que, com base nesse poder,

²⁸⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 917.

²⁸⁵ Idem, *ibidem*, p. 917.

²⁸⁶ “Art. 101. Ao veículo ou combinação de veículos utilizado no transporte de carga indivisível, que não se enquadre nos limites de peso e dimensões estabelecidos pelo CONTRAN, poderá ser concedida, pela autoridade com circunscrição sobre a via, autorização especial de trânsito, com prazo certo, válida para cada viagem, atendidas as medidas de segurança consideradas necessárias. § 1.º A autorização será concedida mediante requerimento que especificará as características do veículo ou combinação de veículos e de carga, o percurso, a data e o horário do deslocamento inicial. § 2.º A autorização não exime o beneficiário da responsabilidade por eventuais danos que o veículo ou a combinação de veículos causar à via ou a terceiros. § 3.º Aos guindastes autopropelidos ou sobre caminhões poderá ser concedida, pela autoridade com circunscrição sobre a via, autorização especial de trânsito, com prazo de seis meses, atendidas as medidas de segurança consideradas necessárias.”

[...] a Administração regulamenta o uso de bem público, estabelece restrições ao exercício de determinadas faculdades, vedando algumas e sujeitando outras ao seu prévio consentimento ou ao pagamento de prestação pecuniária, fiscaliza e impõe sanções.²⁸⁸

O uso extraordinário a justificar a autorização administrativa é aquele que esbarra em condicionamentos que criam uma distinção entre os administrados. Assim, a existência de condições para a fruição de bem de uso comum, quando impostas para toda a coletividade, não desqualifica o uso comum ordinário e, portanto, não reclama a obtenção de autorização administrativa. Portanto, a cobrança de pedágio de todos aqueles que trafegam por uma rodovia pública ou a disciplina de horário para a visita em uma reserva ecológica, imposta a todos, são condicionantes que não retiram do uso comum seu caráter ordinário.

A autorização para uso comum extraordinário pressupõe, assim, a existência de norma que vede ou restrinja aquele uso invulgar que se pretenda fazer.²⁸⁹

Diogo Freitas do Amaral destaca que é da essência do uso comum a necessidade de utilização não só para preservação do próprio bem, como também para a proteção dos utentes que, desordenadamente, podem prejudicar-se reciprocamente. Não obstante, releva o autor que a restrição imposta ao uso comum só pode ser admitida na exata medida do necessário para a garantia de uma utilização disciplinada. Os poderes da Administração para limitar o uso comum são, portanto, também estremados.²⁹⁰

²⁸⁷ Para a autora, a autorização administrativa de uso comum extraordinário é “ato administrativo unilateral, discricionário e precário, que tem por objetivo afastar, em determinados casos concretos e mediante provocação do interessado, a incidência de norma legal proibitiva ou restritiva do uso comum. A liberdade individual de usufruir da coisa pública, antes restringida por uma proibição legal, é restabelecida com a autorização de uso outorgada pela Administração”. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 62.

²⁸⁸ Idem, *ibidem*, p. 62.

²⁸⁹ Tiago Marrara entende que esta espécie de autorização, fundada no poder de polícia, tem natureza unilateral vinculada. *Bens públicos, domínio urbano, infra-estruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 141.

²⁹⁰ Diogo Freitas do Amaral. *A utilização do domínio público pelos particulares*. São Paulo: Juriscredi, 1972. p. 110.

Como esta forma de utilização fundamenta-se no poder de polícia administrativa, o usuário fica sujeito à fiscalização do Poder Público, podendo a lei instituir taxa que venha a incidir sobre o uso.

Situação distinta se dá quando o uso pretendido, embora se compatibilize com a destinação secundária do bem, cause impedimento à normal utilização por outros indivíduos, conforme a vocação principal do bem. É o caso da realização de passeatas, desfiles ou comícios em vias públicas, que resultem na concentração de grande quantidade de pessoas impedindo, assim, o uso normal do bem por terceiros.²⁹¹

Nesta hipótese, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, é preciso “dar prévia ciência à Administração de que se pretende fazer determinada utilização de um certo bem público de uso comum, para que o Poder Público possa vetá-la, se for o caso”.²⁹²

Aqui não se pleiteará prévia autorização administrativa, mas reserva-se à Administração a prerrogativa de obstar a utilização pretendida se assim aconselhar o interesse público.

3.3.2.10 Autorização de uso de natureza urbanística

A Medida Provisória 2.220, de 04.09.2001, trouxe uma nova espécie de autorização de uso de bem público, batizada pela doutrina de “autorização de uso de natureza urbanística”.²⁹³

²⁹¹ No Município de São Paulo, o exercício do direito de manifestação por meio de passeatas, desfiles ou outro tipo de concentração popular é disciplinado pela Lei 12.151/1996, que exige prévio aviso à Companhia de Engenharia e Tráfego – CET (art. 1.º), bem como atribui responsabilidade pessoal aos organizadores por danos ao patrimônio público e privado que eventualmente venham a ser cometidos pelos participantes do evento (art. 2.º).

²⁹² Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 917.

²⁹³ . “Como esse diploma, com lastro nos arts. 182 e 183 da CF, trata de instrumentos adotados para a política urbana, inclusive a concessão de uso especial para fins de moradia, [...] poderíamos qualificá-la, distinguindo-a da autorização clássica, como **autorização de uso de imóvel público de natureza urbanística**” (José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1013).

Nos termos do art. 9.º do referido diploma será facultado ao Poder Público competente dar, gratuitamente, autorização de uso àquele que, até 30.06.2001, possuiu como seu, por cinco anos, de forma pacífica e ininterrupta, imóvel público, de até duzentos e cinquenta metros quadrados, em área urbana, utilizando-a para fins comerciais. Para completar o prazo legal, a lei admite que o possuidor acrescente sua posse à do antecessor, desde que ambas sejam contínuas.

Esta nova forma de autorização de uso não coincide com a autorização até aqui estudada, apresentando regime jurídico próprio.²⁹⁴

Em primeiro lugar, a lei define os requisitos que o particular deverá apresentar para obter a autorização, exigindo a comprovação de que até 30.06.2001, possuía como seu, por cinco anos ininterruptos, imóvel público em área urbana de até 250 m². Há, portanto, uma significativa restrição da discricionariedade da Administração para a outorga do ato.

Em segundo lugar, uma vez outorgado o trespasse do uso, a Administração não poderá revogar o ato, inexistindo, portanto, o caráter de precariedade, inafastável na autorização de uso. Como ensina José dos Santos Carvalho Filho, na autorização urbanística

[...] inexistente precariedade: uma vez deferida a autorização, o uso se tornará definitivo, não mais havendo ensejo para a revogação administrativa, que, aliás, só se aplica, como regra, quando se cuida de ato precário.²⁹⁵

Também a finalidade dessa modalidade de autorização já está predefinida na lei, que dispõe que o possuidor deva usar o imóvel para “fins comerciais”.

²⁹⁴ Para Celso Antônio Bandeira de Mello, este instituto não criou um direito para o administrado, mas uma mera possibilidade, cuja realização está a cargo e a critério da Administração. Para o autor “esta liberdade ilimitada quanto à decisão é inconstitucional pela ausência de pautas que permitiriam controlar a obediência ou desobediência ao princípio constitucional da igualdade” (*Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 923).

²⁹⁵ José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1013-1014.

Finalmente, previu o legislador hipóteses em que a autorização de uso de natureza urbanística poderá ser outorgada em local diverso daquele ocupado pelo particular quando, por exemplo, se trate de local que ofereça risco à vida ou à saúde do ocupante; ou imóvel qualificado como bem de uso comum do povo; ou área destinada à urbanização ou à preservação ambiental.²⁹⁶

3.3.3 *Permissão de uso privativo de bem público*

Celso Antônio Bandeira de Mello define permissão de uso de bem público como o “ato unilateral, precário e discricionário quanto à decisão de outorga, pelo qual se faculta a alguém o uso de um bem público”.²⁹⁷

O conceito de permissão aproxima-se muito da definição de autorização, e, da mesma forma, o regime jurídico aplicável. Examinar-se-ão, inicialmente, os elementos integrantes do conceito de permissão de uso para, a seguir, apresentar os demais traços característicos do regime jurídico a que se submete o instituto.

3.3.3.1 *Unilateralidade*

O primeiro elemento do conceito de permissão de uso é a *unilateralidade*. Ato unilateral é aquele expedido pela Administração Pública sem interferência da vontade do particular, ainda que tenha provocado a manifestação administrativa.²⁹⁸

Isto significa que incumbe à Administração a elaboração do termo de permissão de uso, em que deverão constar as condições e obrigações do permissionário, sem espaço para a vontade do particular.

²⁹⁶ Art. 9.º, §§ 3.º, e 4.º e 5.º, da MP 2.220.

²⁹⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 919.

²⁹⁸ Ensina Celso Antônio Bandeira de Mello que atos unilaterais são aqueles “formados pela declaração jurídica de uma só parte [...] não afeta a unilateralidade a circunstância, muito freqüente, de o ato depender, para sua produção ou para seus efeitos, do concurso da vontade do particular, seja solicitando-lhe a prática, seja aceitando seus efeitos” (Idem, *ibidem*, p. 422).

Hely Lopes Meirelles²⁹⁹ trata a permissão de uso como ato negocial, e, como tal, “pode ser com ou sem condições, gratuito ou remunerado, por tempo certo ou indeterminado, conforme estabelecido no termo próprio”.³⁰⁰

Para Floriano de Azevedo Marques Neto a permissão pode ser unilateral ou bilateral, sem que isso signifique a formação de um vínculo contratual estável. Para o autor, o fato de a permissão envolver modalidade de uso que atenda ao interesse público já lhe confere caráter bilateral, e, conclui, ser unilateral ou bilateral em nada altera a natureza precária do ato.³⁰¹

No mesmo sentido, defende Adilson Abreu Dallari, ao tratar das formas de trespasse de uso de bens públicos que,

[...] de qualquer maneira, e isto é o que se quer destacar, em todos esses casos [autorização, permissão ou concessão] há uma relação negocial; não há compulsoriedade. Todas essas formas de uso especial de bem público pressupõem um acordo de vontades, inclusive quanto ao preço a ser pago pelo uso.³⁰²

Não obstante a unilateralidade não infirme a precariedade, tem-se que não há que falar em bilateralidade na formação do ato que outorga a permissão. O fato de o particular, no pedido de outorga do bem, por exemplo, sugerir alguma condição que possa, eventualmente, ser acolhida pela Administração no termo da permissão não transforma o ato em bilateral.³⁰³ Não há para a Administração dever de negociação com

²⁹⁹ Permissão de uso é ato negocial unilateral, discricionário e precário por meio do qual a Administração faculta ao particular a utilização individual de determinado bem público (Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1984. p. 434).

³⁰⁰ Idem, *ibidem*, p. 434.

³⁰¹ Floriano de Azevedo Marques Neto. *Bens públicos: função social e exploração econômica*. O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 341.

³⁰² Adilson Abreu Dallari. Uso do espaço urbano por concessionárias de serviços de telecomunicações. *Biblioteca Digital Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU*, Belo Horizonte, ano 1, n. 5, set.-out. 2002. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=10506>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

³⁰³ Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “atos bilaterais são formados por um acordo de vontades entre partes. São os atos convencionais” (*Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 422).

o particular, nem quanto às condições tampouco quanto ao preço que deverá, sempre que oneroso o trespassar, fundamentar-se em laudo técnico especializado.

A unilateralidade significa que para formalização do ato prescinde-se da vontade do particular, bastando a declaração da Administração Pública.

José dos Santos Carvalho Filho anota que a expressão “ato negocial” contém uma impropriedade porque não há negócio jurídico bilateral. O que existe, continua o autor, é, de um lado, o interesse do particular na obtenção do ato e, de outro, o ato de anuência do Poder Público. Trata-se, conclui, de atos de consentimento estatal.³⁰⁴

Conquanto seja unilateral, a formação do ato estará vinculada nas hipóteses em que a lei discipline as condições do termo de permissão. É o caso, por exemplo, no Município de São Paulo, de permissão de uso de passeios públicos fronteiros a bares e restaurantes³⁰⁵ ou da instalação de bancas de jornais e revistas em logradouros públicos.³⁰⁶

A unilateralidade é traço comum entre a permissão e a autorização de uso e são válidas aqui as demais observações lançadas a propósito da autorização.

3.3.3.2 *Discricionariedade*

A *discricionariedade* também integra o conceito da permissão de uso. Assim, a Administração Pública poderá proceder a uma análise de conveniência e oportunidade para o deferimento do pedido. Aplicam-se a discricionariedade todos os limites explicitados para a autorização de uso.

Florianio de Azevedo Marques Neto destaca que a discricionariedade da Administração para a outorga da permissão ficará reduzida, ou até mesmo eliminada, nas hipóteses em que o Poder Público já tenha permitido determinado uso e depre-

³⁰⁴ José dos Santos Carvalho Filho. Autorização e permissão: a necessidade de unificação dos Institutos. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n. 16, p. 118, 2002.

³⁰⁵ Lei 10.667/1988.

³⁰⁶ Lei 10.072/1986.

com pleito idêntico, apresentado por particular que reúna as mesmas condições daquele já permissionário. Nesta situação, afirma o autor, “a outorga da permissão passa a ser vinculada, desde que o bem objeto da permissão admita outros permissionários daquele uso específico”.³⁰⁷

A Administração também ficará adstrita às condições que constam no ato de outorga. Desta forma, caso as hipóteses de revogação do ato estejam expressos no termo de permissão, a discricionariedade da Administração para seu desfazimento limita-se a esta disposição.

Não se está a dizer que, surgindo alguma razão de interesse público, não disposta no termo, a Administração está impedida de revogar o ato, mas, apenas, que poderá surgir para o permissionário direito à indenização.

No trespasse de uso de bens públicos a Administração deve observar, igualmente, a existência de política pública aplicável à área onde está inserido o bem ou o setor no qual se encaixa o uso que se pretende. Por exemplo, se em determinado município praiano existe política pública que vise o fomento de atividade turística, aconselha-se a permissão de uso para exploração de quiosques na calçada à beira-mar. Por outro lado, a permissão de uso para o comércio ambulante não se apresenta consoante com a política que pretenda ampliar a acessibilidade para portadores de deficiência física em certos logradouros públicos.

O princípio constitucional da eficiência reclama da Administração uma gestão de seu patrimônio que busque o atendimento de políticas públicas formuladas pelos Poderes Legislativo e Executivo.³⁰⁸ A discricionariedade administrativa na outorga de

³⁰⁷ Floriano de Azevedo Marques Neto. *Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 342.

³⁰⁸ Maria Paula Dallari Bucci propõe o seguinte conceito de política pública: “Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados” (O conceito de

uso de bens públicos (instrumento de gestão do patrimônio público) deve, portanto, delimitar-se para o atingimento desses programas estatais.³⁰⁹

3.3.3.3 Precariedade

O terceiro traço característico da permissão de uso é a *precariedade* que autoriza a Administração a revogar o ato de outorga sem gerar para o permissionário direito à indenização.

Nesse ponto, além de corroborar as observações propostas para a autorização, imperioso proceder a uma breve digressão sobre o atributo da precariedade, especialmente para as formas de uso de bem público.

A ideia de precariedade remonta ao direito romano, em que se configurava como uma situação de fato que, somada à gratuidade, garantia ao outorgante a possibilidade de revogar, conforme sua vontade, o uso conferido em condições tão efêmeras.³¹⁰

Posteriormente, foi adotada pelo direito civil, em que se associou às situações de mera tolerância, que podiam ser extintas a qualquer momento pelo concedente.

A precariedade é marcada, portanto, pela instabilidade, possibilitando a extinção da situação jurídica criada, a qualquer momento, e conforme a vontade daquele que a instituiu.

política pública em direito. In: Maria Paula Dallari Bucci (Org.). *Política pública, reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39).

³⁰⁹ O ideal de uma política pública é resultar no atingimento dos objetivos sociais mensuráveis a que se propôs; obter resultados determinados, em certo espaço de tempo (Maria Paula Dallari Bucci. O conceito de política pública em direito. In: ——— (Org.). *Política pública, reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 43).

³¹⁰ Carlos M. Grecco e Guillermo A. Muñoz. *La precariedad en los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones*. Buenos Aires: Depalma, 1992. p. 127.

No direito público, entretanto, em razão do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, traço essencial do regime jurídico administrativo,³¹¹ as relações firmadas com a Administração Pública podem, a qualquer momento, ser modificadas ou extintas, a critério do Poder Público, desde que devidamente motivado.³¹²

Verifica-se que nas relações jurídicas estabelecidas com a Administração tudo será precário, se a este termo for conferido o sentido de *expugnável, a qualquer tempo, segundo critério daquele que o outorgou*.³¹³

A precariedade encontrou terreno fértil no campo dos usos dos bens públicos. A natureza dos bens e a necessidade de assegurar o interesse público determinaram que o caráter da outorga fosse frágil o bastante para sua retirada, a critério da Administração, sem prazo previamente fixado.

Por outro lado, a necessidade de usos que demandem investimentos do particular fez surgir instrumentos mais estáveis, que garantam ao utente a utilização do bem por um prazo determinado.

Não obstante, ainda esses instrumentos, embora dotados de prazo final, também são suscetíveis de serem revogados ou modificados pela Administração, conforme um critério de interesse público.³¹⁴

³¹¹ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 69.

³¹² Ressalvam-se, aqui, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido que gozam de proteção constitucional (art. 5.º, XXXVI).

³¹³ “Precarista somos todos frente a la administración, si por tal entendemos la inexistencia de posiciones inexpugnables. Lo que sí podemos obtener es una compensación. Por eso el vocablo debe suprimirse de los textos que lo utilizan, tanto legales como reglamentarios” (García Trevijano, apud Carlos M. Grecco e Guillermo A. Muñoz. *La precariedad en los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones*. Buenos Aires: Depalma, 1992. p. VII).

³¹⁴ “Nem se deixe de lado o **princípio informativo básico do direito público** – o interesse público prevalece sobre o interesse particular –, diante do qual o **uso privativo** de qualquer tipo de bem público jamais pode ser **perpétuo**, o que leva à conclusão inevitável de que o atributo da **precariedade** em maior ou menor grau está presente em todos os institutos conhecidos e consagrados tradicionalmente pelo direito para explicarem a que título a Administração fez a outorga de uso ao particular *uti singuli*” (José Cretella Júnior. Regime jurídico das permissões de uso no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, n. 101/24, p. 27 – grifo no original).

Assim, a possibilidade ou não de revogação, a qualquer tempo, não confere um traço diferencial ao termo precariedade. É preciso que a esse sentido acrescente-se outra informação: a revogação se dará sem gerar para o beneficiário do ato direito à indenização.

Esse, pois, parece ser o sentido que deve ser dado ao atributo da precariedade no direito público: a possibilidade de modificação ou revogação do ato, a critério da Administração Pública, fundada em razões de conveniência e oportunidade, sem criar para o particular direito à indenização.³¹⁵

Não é, pois, a precariedade que autoriza a revogação do ato a qualquer tempo. Esta é uma prerrogativa própria da Administração Pública, decorrente do princípio da supremacia do interesse público. A precariedade traz para o vínculo formado uma alta carga de instabilidade e libera a Administração de indenizar o permissionário pelo desfazimento prematuro do ato.

Conforme magistério de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, o Estado utiliza-se da permissão quando não deseja constituir o particular em direito contra ele, mas apenas contra terceiros.³¹⁶

É assente na doutrina que a permissão presta-se a usos que, embora de interesse do particular, proporcionam, também, uma vantagem à coletividade. Partindo dessa premissa, concluem esses estudiosos, o grau de precariedade na permissão é menor do que aquele verificado na autorização.³¹⁷ Ou seja, o vínculo formado entre permissionário e Poder Público é unguido de pouco mais de estabilidade (ou menos instabilidade?).

³¹⁵ Nesse sentido, para Celso Antônio Bandeira de Mello, “[...] precariedade significa, a final, que a Administração dispõe de poderes para, flexivelmente, estabelecer alterações ou encerrá-las, a qualquer tempo, desde que fundadas razões de interesse público o aconselhem, sem obrigação de indenizar o permissionário” (*Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 754).

³¹⁶ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. *Princípios gerais de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 560.

³¹⁷ “[...] a permissão de uso é menos precária porque outorgada por razões predominantes de interesse público, o que torna menor o contraste entre o interesse do permissionário e o do usuário do bem público sobre o qual incide a utilização privativa” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 75). “Menos precária que a autorização, mas, não obstante, não tão estável quanto a concessão, a permissão de uso se afigura meio adequado para

É bastante ilustrativa desta vertente a posição de Hely Lopes Meirelles:

[...] se não houver interesse para a comunidade, mas tão-somente para o particular, o uso especial não deve ser permitido nem concedido, mas simplesmente autorizado, em caráter precaríssimo. Vê-se, portanto, que a permissão de uso é um meio-termo entre a informal autorização e a contratual concessão, pois é menos precária que aquela, sem atingir a estabilidade desta. A diferença é de grau na atribuição do uso especial e na vinculação do usuário com a Administração.³¹⁸

O fulcro deste raciocínio é a ideia de que na autorização, havendo prevalência de interesse do particular no uso, a revogação da outorga demandará razões de menor vulto, ao passo que a permissão, conferida a um uso de interesse público, reclama a superveniência de interesse público que, sopesado com aquele que motivou o trespasses, justifique a revogação.

Como já afirmado, quando tratou-se da autorização, não pareceu haver graus de precariedade,³¹⁹ uma vez que a revogação será sempre possível e a motivação, sempre exigível. A variável está na possibilidade ou não de indenização.

A precariedade que impregna o vínculo, tanto na permissão quanto na autorização, não comporta graus. Em ambos os casos, a Administração deverá motivar o ato que será igualmente revogável sem gerar para o utente direito à indenização.³²⁰

a outorga de uso privativo nos casos de interesse público” (Edmir Neto de Araújo. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1118).

³¹⁸ Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1984. p. 434.

³¹⁹ “[...] também não é certo afirmar que a permissão é menos precária que a autorização. Ambos são atos administrativos discricionários e precários [...] e são precários porque, em princípio, a pessoa não faz jus à continuação da atividade consentida, vale dizer, o Poder Público tem o poder de revogá-los na medida em que sobrevenha interesse público diverso daquele que norteou o administrador quando os conferiu” (José dos Santos Carvalho Filho. *Autorização e permissão: a necessidade de unificação dos Institutos*. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n. 16, p. 126, 2002).

³²⁰ Em sentido contrário, entendendo existentes diferentes graus de precariedade, leciona Cretella Júnior que “há uma precariedade muito precária, uma precariedade mais ou menos precária e uma precariedade bem pouco precária, ou seja, existem graus diversos de intensidade na utilização precária do bem público”. Não obstante, afirma o autor que, “se o poder público marca termo final para qualquer desses institutos [autorização, permissão ou concessão], deixa ele de ser precário, visto não mais poder ser revogável a qualquer tempo, mas numa determinada época já conhecida, de

3.3.3.4 Traços característicos da permissão de uso

A exemplo da autorização de uso, também no tocante à permissão, a doutrina aponta traços característicos desse instrumento, que os distinguiriam dos demais.

Ensina a doutrina que a permissão é o instrumento adequado quando o trespasse do uso do bem gere para a coletividade uma vantagem.³²¹ O incansável exemplo é a permissão de uso para instalação de banca de jornais e revistas em logradouro público. Não obstante haja interesse do particular, a exploração desse uso propicia um proveito para os administrados.

Por esta razão, a permissão, em contraposição com a autorização, demandaria uso mais duradouro.

Em razão de a permissão ser outorgada visando um interesse público, decorre que o permissionário tem o dever, e não mera faculdade, de usar o bem nos termos do trespasse, sob pena de revogação do ato.

Esta é uma das distinções apontadas pela doutrina entre a autorização e a permissão de uso. Na lição de Maria Sylvania Zanella Di Pietro,

[...] a autorização, sendo dada no interesse privado do usuário, cria para este uma faculdade, ao passo que a permissão, sendo conferida no interesse predominante da coletividade, obriga o usuário, sob pena de caducidade do uso consentido.³²²

antemão, pelo usuário” (Regime jurídico das permissões de uso no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, 101/24, p. 27).

³²¹ Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o uso dependerá de permissão “quando o uso do bem, comportado em suas destinações secundárias, compatível, portanto, com sua destinação principal e até mesmo propiciando uma serventia para a coletividade, implicar ocupação de parte dele com caráter de exclusividade em relação ao uso propiciado pela sobredita ocupação” (*Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 919).

³²² Maria Sylvania Zanella Di Pietro. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 76.

3.3.3.5 Bens públicos passíveis de permissão de uso

A permissão de uso pode recair sobre qualquer tipo de bem público (uso comum, uso especial ou dominicais).³²³

A doutrina ensina que a permissão melhor se ajusta ao uso anormal do bem, “em que a utilização privativa, embora conferida com vistas a fim de natureza pública, está em contraste com a afetação do bem ou com sua principal destinação”.³²⁴

Seguindo essa linha de raciocínio, quando o uso a ser outorgado conformar-se com o uso normal do bem, haverá menor contraste entre o uso privativo e o uso comum, favorecendo uma outorga mais estável.

Para Floriano Marques Neto,

[...] a permissão deve ter por objeto um uso de interesse público que a Administração não tenha interesse ou necessidade específica de prover [...] quando o uso do bem público corresponder a uma utilidade a ser provida no interesse público, o instrumento apto para tanto será a concessão.³²⁵

Estas assertivas são válidas quando se trata de outorga de uso para bens de uso comum ou bens de uso especial.

A permissão de uso de bem dominical, e, portanto, sem destinação, deverá ser condicionada a que o particular confira ao bem uma utilidade pública, previamente aprovada pela Administração.

Assim, por exemplo, a permissão conferida a uma Associação, para uso de um galpão municipal, com a finalidade de distribuição de alimentação, produtos de higiene

³²³ Odete Medauar. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: RT, 2009. p. 254.

³²⁴ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 74

³²⁵ Floriano de Azevedo Marques Neto. *Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 345.

e limpeza para a população carente. Ou a permissão de uso de terreno público para a instalação de uma oficina de teatro aberta à população local.

3.3.3.6 Licitação

A outorga de permissão de uso prescinde, em regra, da licitação, mas, na esteira das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, sempre que possível a Administração deve lançar mão de procedimento que prestigie a igualdade entre os interessados.³²⁶

Haverá casos em que a licitação será inviável, por exemplo, a permissão de uso de calçadas públicas outorgada a restaurante para colocação de mesas e cadeiras.

O art. 17, I, *f*, da Lei 8.666/1993 dispensa a licitação para os casos de permissão de uso de bens imóveis construídos destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública.

A Constituição do Estado de São Paulo silencia quanto à obrigatoriedade de certame para outorga de permissão, e não existe lei estadual que discipline, genericamente, a permissão de uso.

A Lei Orgânica do Município de São Paulo dispõe que a permissão de uso independe de licitação (art. 114, § 4.º),³²⁷ todavia são muitos os exemplos de permissão de uso outorgada mediante prévio processo de seleção.³²⁸

³²⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 919.

³²⁷ Art. 114, § 4.º: A permissão de uso, que poderá incidir sobre qualquer bem público, independe de licitação e será sempre por tempo indeterminado e formalizada por termo administrativo.

³²⁸ Decreto 48.172/2007, que dispõe sobre o funcionamento de feiras livres no Município de São Paulo: Art. 12. A ocupação dos espaços públicos destinados ao comércio praticado nas feiras livres será deferida na forma de permissão de uso, outorgada a título precário, oneroso e por prazo indeterminado, mediante regular processo de seleção. Na mesma linha, a Lei 10.072/1986, que dispõe sobre instalação de bancas de jornais e revistas em logradouros públicos.

Certo que, sempre que o uso que se vai permitir admitir disputa entre interessados, sua outorga deverá ser precedida de licitação ou outro método que resguarde o tratamento isonômico entre os administrados.³²⁹ Esta é a interpretação que se extrai da Constituição Federal,³³⁰ não podendo ser infirmada pela legislação infraconstitucional.

3.3.3.6 Formalização

Assim como na autorização, também a permissão de uso exige forma escrita para se aperfeiçoar, em que constem os termos a serem observados pelo permissionário.

Em âmbito federal, a permissão de uso poderá ser outorgada por ato do Secretário do Patrimônio da União, na forma regulamentada.³³¹

No Estado de São Paulo, o trespasse será permitido por Decreto do Governador e o termo de permissão de uso será formalizado por integrante da Procuradoria Geral do Estado.³³²

³²⁹ Odete Medauar. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: RT, 2009. p. 254.

³³⁰ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: inc. XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

³³¹ Lei 9.636/1998: “Art. 22 A utilização, a título precário, de áreas de domínio da União para realização de eventos de curta duração, de natureza recreativa, esportiva, cultural, religiosa ou educacional, poderá ser autorizada, na forma do regulamento, sob o regime de permissão de uso, em ato do Secretário do Patrimônio da União, publicado no Diário Oficial da União”.

³³² CE: “Artigo 19. Compete à Assembléia Legislativa, com a sanção do Governador, dispor sobre todas as matérias de competência do Estado, ressalvadas as especificadas no art. 20, e especialmente sobre: V – autorização para cessão ou para concessão de uso de bens imóveis do Estado para particulares, **dispensado o consentimento** nos casos de permissão e autorização de uso, outorgada a título precário, para atendimento de sua destinação” (grifou-se);

“Artigo 99. São funções institucionais da Procuradoria Geral do Estado: I – representar judicial e extrajudicialmente o Estado e suas autarquias, inclusive as de regime especial, exceto as universidades públicas estaduais”.

Da mesma forma, no Município de São Paulo a outorga será consentida pelo Prefeito e será formalizada por termo administrativo.³³³

Também será possível o trespasse de uso, de maneira padronizada, para usuários individualizáveis. Assim, a autoridade competente para permitir o trespasse poderá fazê-lo em ato que contemple usuários indefinidos em um primeiro momento, mas definíveis quando da formalização do termo da outorga.

É o exemplo de Decreto editado pelo Governador do Estado de São Paulo, autorizando o uso de áreas no entorno das represas estaduais, mediante a assinatura de termo de permissão de uso, previamente elaborado e aprovado como minuta padrão.³³⁴

Neste caso, o trespasse poderá ser autorizado de maneira geral, individualizável quando da assinatura do ato de outorga.

A competência para outorga da permissão de uso é do Chefe do Poder Executivo, autoridade responsável pela administração do patrimônio público. Como visto na análise da autorização, essa competência pode ser delegada por lei ou por ato da autoridade competente.

Por vezes, esta delegação se faz necessária para uma melhor racionalidade na gestão dos bens. É o caso, por exemplo, da delegação permitida pela Lei 9.636/1998 que trata dos bens do patrimônio da União.

Tendo em vista as dimensões continentais do País, seria muito difícil concentrar toda a competência do trespasse de uso, por exemplo, nas mãos do Presidente da República.

³³³ Lei Orgânica: “Art. 114, § 4.º A permissão de uso, que poderá incidir sobre qualquer bem público, independe de licitação e será sempre por tempo indeterminado e formalizada por termo administrativo”.

³³⁴ É o caso do Decreto 53.675/2008, que autoriza a Sabesp a ceder a proprietários lindeiros o direito de uso das respectivas áreas que se localizem no entorno dos reservatórios de propriedade ou de posse desta, mediante a assinatura de termo de cessão padronizado e previamente aprovado pelo Conselho do Patrimônio Imobiliário.

No entanto, ainda que se dê a delegação de competência, é necessário que os órgãos responsáveis hajam de maneira uniforme, não só para garantir uma unidade na gestão dos bens, como para prestigiar o princípio da isonomia, tendo em vista a discricionariedade que permeia a questão.

A outorga de permissão de uso não depende de autorização legislativa, bastando ato do Chefe do Poder Executivo. Por esta razão, a permissão afigura-se um instrumento de grande versatilidade para o administrador público, já que se presta a usos de interesse público e enfrenta processo mais célere para sua formalização.³³⁵

A permissão de uso pode ser gratuita ou onerosa e aqui valem as considerações tecidas a propósito da autorização.

A permissão de uso (e estas considerações aplicam-se igualmente à autorização) é ato de efeito constitutivo, fazendo nascer uma situação jurídica. “Os respectivos atos de outorga conferem ao usuário poder jurídico de utilizar-se, com exclusividade, de bem público, por forma que ultrapassa os limites do uso comum.”³³⁶

Nessa situação, o direito do particular constitui-se a partir da formalização do termo, e a permissão de uso confere título *intuito personae*, pessoal e intransferível.

3.3.3.7 Extinção

A extinção da permissão de uso pode ocorrer por vontade do permissionário, que deverá notificar a Administração Pública, se outra não for a disposição constante no termo de outorga.

³³⁵ O outro gume desta espada é a má utilização do instituto, transfigurando-o em concessão de uso. Edmir Netto de Araújo alerta que “muitas vezes o administrador público se utiliza desta forma [permissão], incluindo prazo e condições, quando seria cabível a concessão, isto para burlar as exigências de autorização legislativa e licitação, quando pode haver mais de um interessado” (*Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1119).

³³⁶ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 75.

Poderá cessar por ato do Poder Público que revogue a permissão por razões de conveniência e oportunidade, devidamente motivado.

A extinção dar-se-á, ainda, se advir o descumprimento, pelo permissionário, das condições ou obrigações constantes do termo de outorga. A extinção, aqui, terá efeito sancionador, decorrente de ação ou omissão do utente.

Diogo Freitas do Amaral, ao enumerar as hipóteses de extinção do uso privativo, denomina de caducidade a hipótese que se funda no não cumprimento das obrigações impostas ao particular. Para o autor, trata-se de sanção cuja aplicação incumbe à Administração.³³⁷

A caducidade é forma extintiva dos contratos de concessão e permissão de serviço público³³⁸ (art. 35, III, da Lei 8.987/1995) e seu conceito pode, por analogia, ser acolhido para os casos de trespasse de uso de bens públicos.

Nessas situações, a lei ou o título jurídico que outorgou o uso devem indicar quais os casos de extinção do ato, não podendo a retirada fundar-se em razão diversa daquela constante no termo.

Assim, por exemplo, a permissão poderá ser revogada se o permissionário desviar o uso do bem da finalidade para qual foi permitido ou deixar de pagar o preço determinado tratando-se de permissão onerosa.

A extinção da outorga também se dará pelo decurso do prazo, quando tratar-se de permissão qualificada.

³³⁷ Diogo Freitas do Amaral. *A utilização do domínio público pelos particulares*. São Paulo: Juriscredi, 1972. p. 227.

³³⁸ Explica Celso Antônio Bandeira de Mello que a caducidade “é a modalidade de encerramento da concessão, por ato do concedente, antes da conclusão do prazo inicialmente fixado, em razão de inadimplência do concessionário; isto é, por motivo de fato comissivo ou omissivo, doloso ou culposo, imputável ao concessionário caracterizável como violação grave de suas obrigações” (*Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 743).

O ato que extingue a permissão, seja qual for sua motivação e ainda que devidamente expedido, não tem o condão de autorizar o Poder Público a imitir-se, *manu militari*, na posse do imóvel.

Isto ocorre porque o ato que extingue a permissão de uso não tem, em princípio, o atributo da autoexecutoriedade a autorizar a retomada da posse do bem forçosamente.³³⁹

Assim, se o particular recusa-se a deixar o bem após revogado o ato de outorga da permissão, incumbe à Administração Pública buscar os meios judiciais para a retomada da posse.

O particular deixará o lugar de permissionário e passará à posição de esbulhador,³⁴⁰ podendo, inclusive, ser condenado por eventuais danos decorrentes da ocupação ilegal.

Não se está a dizer que a Administração não possa retomar o bem se configurada uma situação emergencial, cujo interesse público assim o recomende, e não haja via jurídica eficaz. Neste caso, a autoexecutoriedade do ato apresenta-se como indispensável para a tutela do interesse coletivo confiado à Administração, sob pena de seu perecimento.

Tome-se como exemplo a retomada de bem inserido em área de proteção ambiental, dado em permissão de uso, em que haja fundado receio de ocorrência de dano ambiental.

³³⁹ Neste sentido, Diógenes Gasparini. Permissão de uso de bem público. *Revista de Direito Público*, n. 11, p. 92.

³⁴⁰ Neste sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “Processual civil e administrativo. Recurso especial. Imóvel funcional. Ocupação posterior à vigência da Lei 8.025/90. Vínculo com a administração pública federal por via de cargo de confiança. **Revogação da permissão de uso conferida pela União. Inexistência de regularidade da posse. Ocorrência de esbulho. Possibilidade de reintegração do bem litigioso.** Argumentos recursais insuficientes para afastar os fundamentos do acórdão recorrido. Ausência de prequestionamento dos artigos 537 do CPC, 17 da Lei 8.025/90 e 22 do Decreto 99.266/90. Aplicação da Súmula 211/STJ. Recurso especial não-provido” (REsp 749555/DF, Min. José Delgado, publicado em 17.10.2005 – grifou-se).

Em nenhuma hipótese, registre-se, será possível a retenção do permissionário por benfeitorias erigidas no bem, uma vez que a Administração Pública não pode se ver impedida de cumprir seu mister para benefício do particular, sob pena de violação do princípio da supremacia do interesse público.³⁴¹

Ademais, conclusão distinta feriria mortalmente a noção de precariedade do ato de outorga, livremente revogável independentemente de indenização.

Extinta a outorga, em regra, o permissionário não faz jus à indenização em razão da natureza precária do ato. As benfeitorias realizadas no bem, salvo disposição em contrário, deverão ser removidas pelo permissionário e as fixas reverterão para o patrimônio público.

Essa afirmativa, no entanto, deve ser considerada com cautela.

Se de um lado a precariedade permeia o vínculo formado entre permissionário e Poder Público, de outro, o ordenamento jurídico veda o enriquecimento sem causa, e isto precisa ser compatibilizado.

Esta é uma questão que se põe tanto para autorização quanto para a permissão de uso, mas nesta última o problema emerge com mais força porque essa forma de outorga pressupõe um interesse público e presta-se a usos mais duradouros.

Diogo Freitas do Amaral propõe a seguinte solução:

[...] há que se distinguir hipóteses, separando para um lado as utilizações que não alteram a estrutura material da coisa pública ou que se traduzem na ocupação dela com instalações desmontáveis e, para outro lado, as que se caracterizam pela edificação de construções fixas – as primeiras deverão considerar-se precárias, mas não assim as segundas. E por quê? Porque só assim se conseguirá garantir a necessária segurança ao particular nos casos em que não apenas a este,

³⁴¹ Neste sentido, cumpre trazer à colação trecho do voto da lavra do Ministro Herman Benjamin, proferido nos autos do REsp 945.055/DF: “Seria absurdo admitir que um particular retenha imóvel público, sob qualquer fundamento. Isso seria reconhecer, por via transversa, a posse privada do bem coletivo, o que não se coaduna com os Princípios da Indisponibilidade do Patrimônio Público e da Supremacia do Interesse Público”.

mas também à Administração Pública, interesse fomentar o investimento em construções fixas.³⁴²

Na mesma linha, Diógenes Gasparini assevera que não haveria interesse do particular em fazer investimentos de monta para dotar o bem do aparelhamento necessário para sua melhor utilização sem nenhuma garantia de retorno.³⁴³

Em verdade, essa discussão tem como pano de fundo, no mais das vezes, a má aplicação dos institutos de outorga. Ora, o uso que demande grandes investimentos ou que implique transformações no bem que sejam irreversíveis (fática ou economicamente) não deveriam fundar-se em autorização ou permissão, mas, sim, em concessão de uso, instrumento que garante maior estabilidade ao utente, como será visto no capítulo subsequente.³⁴⁴

A regra é, portanto, a não indenização por benfeitorias realizadas dado o caráter precário do ato. Contudo, em hipóteses excepcionais, em que a Administração consente com o aporte de altos investimentos no bem, ainda que o ato tenha sido formalizado sob o *nome iuris* de permissão ou autorização, em caráter precário e sem prazo,³⁴⁵ dever-se-á aplicar o raciocínio válido para a concessão, qual seja a indenização.³⁴⁶

Vale, aqui, o alerta feito por Diogo Freitas do Amaral:

[...] só há que pagar o valor das obras e não uma indenização pelos lucros cessantes [...] é que, como dissemos atrás, os poderes de uso privativo são resolúveis: o particular, ao recebê-los, sujeita-se a que a

³⁴² Diogo Freitas do Amaral. *A utilização do domínio público pelos particulares*. São Paulo: Juriscredi, 1972. p. 235.

³⁴³ Diógenes Gasparini. Permissão de uso de bem público. *Revista de Direito Público*, n. 11, p. 92.

³⁴⁴ Reconhecemos que nem sempre é simples estabelecer os parâmetros que norteiam a escolha do instrumento que melhor se ajusta à hipótese concreta.

³⁴⁵ Isto porque, havendo aprazamento, como já explicitado, o regime jurídico aplicável confunde-se com o da concessão de uso.

³⁴⁶ Nesta linha, é a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em voto da lavra do Desembargador Cherubin Helcias Schwartz Júnior, proferido na Apelação 2006.001.28238. Pincelou-se o seguinte trecho: “Efetivamente, independente do *nomen iuris* conferido ao instituto, o que o define é o seu conteúdo e, no caso, infere-se que as regras constantes da permissão de uso conferiram à Glen uma posição jurídica incompatível com um pretense caráter precário e revogável do negócio em espécie”.

sua situação se extinga se o interesse público assim o exigir. E, se não tem direito à continuidade da exploração, desde que o interesse público imponha a revogação, não são indenizáveis os lucros cessantes.³⁴⁷

3.3.3.8 Permissão qualificada

Assim como ocorre com a autorização de uso, a permissão, quando aprazada, é denominada de permissão qualificada ou permissão condicionada.³⁴⁸

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a outorga de permissão de uso qualificada autolimita o poder da Administração de revogar o ato, fazendo-se possível, apenas, quando o uso mostrar-se incompatível com a destinação do bem ou tornar-se contrário ao interesse público.³⁴⁹

Hely Lopes Meirelles admite a possibilidade de aprazamento na permissão, ressalvando que “a revogação se faz, em geral, sem indenização, salvo se em contrário se dispuser, pois a regra é a revogabilidade sem ônus para a Administração”.³⁵⁰

Cretella Júnior propôs a existência de duas modalidades de permissão de uso: a permissão de primeiro grau ou permissão simples, de estacionamento, que pressupõe uma ocupação do bem sem modificação do solo ou do subsolo; e a permissão de segundo grau ou permissão qualificada que implica utilização privativa do bem com empresa, isto é, com instalações fixas que demandem investimento por parte do permissionário.³⁵¹

³⁴⁷ Diogo Freitas do Amaral. *A utilização do domínio público pelos particulares*. São Paulo: Juriscredi, 1972. p. 236.

³⁴⁸ Odete Medauar. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: RT, 2009. p. 254; Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1984. p. 433-434; José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1108; Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 80; Edmir Netto de Araújo. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1119.

³⁴⁹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 81.

³⁵⁰ Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1984. p. 433-434

³⁵¹ José Cretella Júnior. Regime jurídico das permissões de uso no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, 101/24, p. 30.

Afirma o autor que

[...] não há uma diferença qualitativa, mas quantitativa, revelada na intensidade da ocupação do domínio público. A precariedade, neste tipo de permissão, é menor, tornando-a qualificada pelo grau de aderência da empresa permissionária ao seu suporte dominial. Menor a precariedade, em relação, à permissão simples, maior, porém, relativamente à concessão.³⁵²

Por demandar investimentos no bem público, continua o autor, a permissão qualificada exige a fixação de prazo, que retira do instituto a precariedade, incompatível com a necessidade de recuperação do capital aplicado.³⁵³

De fato, o aprazamento da permissão de uso retira do ato de outorga o caráter de precariedade, uma vez que vincula a Administração à observância do prazo estabelecido. Parece que a principal consequência é o surgimento, para o permissionário, de direito à indenização em caso de extinção prematura da outorga, pois a revogação, em qualquer caso, estará vinculada a uma análise de interesse público.

Cretella Júnior sustenta que,

[...] modernamente, a tendência do direito administrativo é estabelecer princípios restritivos da precariedade, introduzindo, nas permissões, a conotação do termo *ad quem*. Nesse caso, o permissionário poderá responsabilizar o Estado por perdas e danos, como na concessão, em casos de revogação do ato permissivo, sem motivo justificado.³⁵⁴

³⁵² José Cretella Júnior. Regime jurídico das permissões de uso no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, 101/24, p. 31.

³⁵³ Idem, *ibidem*, p. 30. Afirma o autor que a permissão qualificada de uso “é um degrau a mais na escala da intensidade da ocupação dominial. Menos precária do que a permissão simples e mais precária do que a concessão de uso”. Criticando essa posição, José dos Santos Carvalho Filho observa que “é duvidoso marcar um instituto – no caso a permissão de uso como ‘meio-termo’ entre dois outros. Não há termos maiores ou menores, todos são iguais. O que se pode é demarcar linhas que representem delineamentos diversos de institutos. Nesse caso, nenhum deles sobreleva ao outro, apenas apresentam contornos jurídicos diversos” (Autorização e permissão: a necessidade de unificação dos Institutos. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n. 16, p. 130, 2002).

³⁵⁴ José Cretella Júnior. Regime jurídico das permissões de uso no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, 101/24, p. 34.

A existência de prazo não confere ao permissionário direito à manutenção do ato, não podendo opor seu direito contra a Administração para atalhar a revogação, salvo comprovada ilegalidade ou abuso de poder.³⁵⁵

Ao permissionário reserva-se, portanto, o direito à indenização pela não observância do prazo.

Há um alinhamento doutrinário no entendimento de que a permissão qualificada aproxima-se da concessão de uso, pois traz para a relação formada uma estabilidade própria dos contratos.³⁵⁶

Isso ocorre porque, eliminado o traço da precariedade, a permissão se avizinha da concessão de uso, criando para o permissionário direito subjetivo à indenização em caso de revogação do ato antes do prazo determinado.³⁵⁷

Explica Cretella Júnior que a explicação é de ordem econômica. Para o autor

[...] quem investe grandes capitais no sentido de aparelhar do melhor modo possível o bem público para melhor utilizá-lo, privativamente, mas trazendo reais benefícios à coletividade, está realizando serviço de utilidade pública, que merece a garantia da continuidade, no tempo. Como outorgar com absoluta precariedade parte do bem público e, logo depois, revogar a permissão de uso?³⁵⁸

Assevera, com precisão, Floriano de Azevedo Marques Neto que

[...] a permissão é um instrumento bastante dúctil, podendo tanto se apresentar com uma feição próxima à autorização (quando for veiculada por ato administrativo unilateral, discricionário e precário), como pode

³⁵⁵ A precisa observação é de Maria Sylvania Zanella Di Pietro. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 81.

³⁵⁶ É o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1108; Maria Sylvania Zanella Di Pietro. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 81; José Cretella Júnior. Regime jurídico das permissões de uso no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, 101/24, p. 29.

³⁵⁷ Valem, aqui, as observações quanto ao direito subjetivo à indenização feitas a propósito da autorização qualificada.

³⁵⁸ José Cretella Júnior. Regime jurídico das permissões de uso no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, 101/24, p. 39.

assumir configuração qualificada, quando adquire maior estabilidade, é outorgada por prazo certo e, destarte, assume configuração negocial que a aproxima da concessão de uso.³⁵⁹

De certo, ainda que se questione a conveniência (ou inconveniência) da utilização da permissão qualificada pela Administração, não há, *a priori*, impedimento para sua utilização.

No entanto, essa modalidade de permissão nem sempre será possível e, em alguns casos, dever-se-ão observar algumas condições para sua formalização.

Assim, nos casos em que a lei proíba o aprazamento, claramente a Administração não poderá proceder à outorga de maneira qualificada. É o exemplo da Lei Orgânica do Município de São Paulo, que dispõe que a permissão de uso será sempre por prazo indeterminado.³⁶⁰

Quando a norma exigir prévia autorização legislativa para a concessão de uso, este requisito deverá ser observado também para permissão outorgada com prazo determinado.³⁶¹

Entendimento diverso levaria à inaceitável conclusão de que a Administração poderia lançar mão da permissão qualificada, para outorga de uso em caráter estável,

³⁵⁹ Floriano de Azevedo Marques Neto. *Bens públicos: função social e exploração econômica*. O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 344.

³⁶⁰ “Art. 114, § 4.º A permissão de uso, que poderá incidir sobre qualquer bem público, independente de licitação e será sempre por tempo indeterminado e formalizada por termo administrativo.”

³⁶¹ Esse é o exemplo do Estado de São Paulo que exige autorização legislativa para concessão de uso de bem imóvel, mas a dispensa nos casos de outorga de permissão a título precário. Constituição Estadual, artigo 19: “Compete à Assembléia Legislativa, com a sanção do Governador, dispor sobre todas as matérias de competência do Estado, ressalvadas as especificadas no art. 20, e especialmente sobre:

V – autorização para cessão ou para concessão de uso de bens imóveis do Estado para particulares, dispensado o consentimento nos casos de permissão e autorização de uso, outorgada a título precário, para atendimento de sua destinação específica”.

com regime praticamente idêntico ao da concessão,³⁶² burlando a condição de prévia autorização legislativa.

Pode haver, ainda, casos em que a própria lei estabeleça a permissão qualificada para outorga de uso de determinado bem (ou espécie de bem), indicando, inclusive, o prazo máximo para sua duração, prevendo ou não a possibilidade de renovação do prazo.

Nessas hipóteses, não se faz necessária a edição de lei específica, uma vez que o legislador já permitiu a outorga, ainda que de forma genérica, mas a Administração estará adstrita aos termos da norma.

Também para a permissão merecem as considerações lançadas quanto à possibilidade de prazo para revisão do ato pela Administração, ressaltando que não se trata de permissão a prazo certo, e, sim, de obrigação para a Administração rever o ato de outorga, configurando-se instrumento de gestão do patrimônio público.

3.3.4 *Dicotomia permissão/autorização*³⁶³

Analizados em apartado os instrumentos precários de trespasse de uso privativo de bem público – autorização e permissão –, cumpre investigar, à luz do regime jurídico aplicável, se há diferenças que justifiquem a dicotomia autorização/permissão.

A doutrina aponta três principais dissimilaridades entre os dois institutos.³⁶⁴

³⁶² “A permissão qualificada é dotada da mesma estabilidade de que se reveste a concessão de uso, pois no ato de outorga não haverá o traço da precariedade; os dois institutos, nesse caso, se assemelham no sentido de que o permissionário adquire, da mesma forma que o concessionário, direito subjetivo à indenização em caso de revogação antes do prazo determinado. A diferença entre os dois institutos estará apenas na formação do ato, pois a permissão se constitui pela manifestação unilateral da Administração, enquanto a concessão decorre de acordo de vontades, precedido de autorização legislativa. Quanto aos efeitos, não existe diferença porque em um e outro caso surgem obrigações recíprocas para ambas as partes: para o usuário, a obrigação de utilizar a coisa de acordo com as condições estabelecidas no ato de outorga e, para a Administração, a obrigação de respeitar o uso objeto da permissão qualificada por todo o tempo previamente delimitado” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 81).

³⁶³ Nesse ponto, analisar-se-á a dicotomia entre autorização e permissão de uso privativo de bem público, como ato unilateral, precário e discricionário, excluídas, portanto, as chamadas autorizações e permissões qualificadas, bem como a autorização para uso extraordinário.

A primeira delas diz respeito à natureza do uso que se pretende dar ao bem. Na autorização, a utilização seria de interesse do particular, ao passo que na permissão o uso, embora também atenda ao interesse do particular, propiciaria uma vantagem à coletividade.

Dessa distinção decorreria a segunda: na autorização, o nível de precariedade do ato é maior do que na permissão, em que haveria uma maior limitação à Administração para revogação do ato, acarretando, portanto, mais estabilidade ao vínculo.

A terceira diferença, também consequência da primeira, é que a autorização, outorgada no interesse do particular, conferiria ao utente uma faculdade de uso privativo, e a permissão, sendo dada no interesse público, criaria para o particular uma obrigação no uso do bem.

Nota-se que o traço distintivo fundamental, do qual decorrem as demais diferenças apontadas, reside na natureza do uso que se dará ao bem: se puramente no interesse do utente ou se diretamente³⁶⁵ coincidente com o interesse público.

Para Floriano de Azevedo Marques Neto, embora usualmente presentes, essas diferenças são insuficientes para distinguir os dois institutos, e aponta a dificuldade de estabelecer uma escala de predominância do interesse que seja mais relevante para fins de outorga de autorização ou permissão. Explica que é necessário existir algum interesse coletivo que fundamente a permissão, mas, de outro lado, o particular deve vislumbrar algum interesse privado que lhe motive.³⁶⁶

³⁶⁴ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 75; Edmir Netto de Araújo. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1118.

³⁶⁵ Diz-se diretamente porque, como visto, ainda que o uso atenda primordialmente o interesse do particular, nunca poderá discordar do interesse público.

³⁶⁶ Floriano de Azevedo Marques Neto. *Bens públicos: função social e exploração econômica*. O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 345.

Marçal Justen Filho reputa incabível a distinção entre autorização de uso e permissão de uso calcada no interesse do particular. Para o autor, o particular sempre objetiva uma atuação não estatal, ainda que conforme o bem comum.³⁶⁷

A diferença fundamenta-se, afirma o autor,

[...] na natureza transitória ou não da utilização pretendida pelo particular. Quanto menos transitória for a utilização pretendida, tanto maior deverá ser o grau de compatibilidade entre a fruição privativa e as necessidades coletivas.³⁶⁸

Celso Antônio Bandeira de Mello atribui à autorização as situações de uso episódico de curta duração e à permissão, o uso do bem em caráter de exclusividade, podendo propiciar uma serventia à coletividade.³⁶⁹

Para Lucia Valle Figueiredo, a outorga da autorização de uso cabe “para a execução de determinada atividade necessária, urgente e absolutamente precária.” Já a permissão de uso possibilita a utilização de bem público “enquanto a Administração dele não necessitar, ou enquanto permanecer o interesse público existente à época da emanção do ato”.³⁷⁰

Diógenes Gasparini, apesar de não enfrentar diretamente a questão, trata conjuntamente dos dois institutos, conferindo-lhes idêntico regime jurídico.³⁷¹

Do exame acurado da autorização e da permissão identifica-se que ambos os institutos apresentam os mesmos elementos definidores: ato unilateral, precário e discricionário que confere ao particular uso privativo de bem público.

³⁶⁷ Marçal Justen Filho. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 937.

³⁶⁸ Idem, *ibidem*, p. 937.

³⁶⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 917-919.

³⁷⁰ Lucia Valle Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 590.

³⁷¹ Diógenes Gasparini. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 927.

Ao analisar as distinções apresentadas pela doutrina autorizada verifica-se quão nebulosa é a diferenciação entre os dois instrumentos.

O critério da natureza do uso que se dará ao bem (se de interesse particular ou interesse coletivo) não se mostra capaz de diferenciar os institutos, por se mostrar excessivamente fluido e subjetivo. Nem mesmo a própria doutrina está em consenso quando analisa os mais clássicos exemplos.

Para Hely Lopes Meirelles, a outorga de bem público para instalação de banca de jornais deve dar-se por permissão de uso ante a vantagem que traz à coletividade.³⁷² José dos Santos Carvalho Filho afirma que, levada em conta a natureza da atividade, esse seria um exemplo de autorização de uso, visto que as bancas de jornais são microempresas que visam o lucro, e o interesse imediato é do particular, e não da coletividade.³⁷³

Florianio de Azevedo Marques Neto observa que há casos em que a permissão de uso atende a um interesse do permissionário desproporcionalmente maior do que da coletividade, e cita o exemplo das permissões para exploração de comércio em praias.³⁷⁴

Também as consequências que decorreriam desse critério não parecem prosperar.

A obrigatoriedade ou não no uso do bem, conforme a outorga se dê visando uma utilidade pública ou um interesse particular, como já fora demonstrado, não pode ser tomada de forma absoluta.

Não raro, ainda que seja outorgada autorização para uso de bem, no inequívoco interesse do particular, o uso pode ser obrigatório se assim aconselhar a gestão do patrimônio público. É dizer, considerando a necessidade de extrair do bem todas as suas potencialidades, como forma de melhor atender ao interesse da coletividade, a outorga autorizada a um indivíduo (que dela não faz uso) pode interessar a outro, que

³⁷² Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1984. p. 433-434.

³⁷³ José dos Santos Carvalho Filho. Autorização e permissão: a necessidade de unificação dos Institutos. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n. 16, p. 125, 2002.

³⁷⁴ Florianio de Azevedo Marques Neto. *Bens públicos: função social e exploração econômica*. O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 340.

efetivamente usaria o bem, o que pode motivar a Administração a revogar o primeiro ato, com fundamento na inércia do particular.

De igual modo, não parece ser possível falar em níveis de precariedade. Ou o ato é precário e pode a qualquer momento ser revogado pela Administração, sem necessidade de indenização, ou não o é.

Ademais, o nível de vinculação do particular à Administração sofrerá mudanças conforme a hipótese concreta, podendo ser definida na lei e no ato administrativo de outorga.³⁷⁵

A transitoriedade da outorga, igualmente, não parece ser elemento bastante para justificar a distinção entre os dois instrumentos. Novamente, a fluidez e a imprecisão desse critério não permitem estabelecer uma diferença segura entre a autorização e a permissão.

Em alentado estudo sobre a questão, José dos Santos Carvalho Filho propõe a unificação dos institutos em apenas uma categoria,³⁷⁶ em razão da extrema dificuldade e imprecisão na tentativa de distingui-los.³⁷⁷

Para o autor, não há nada que justifique a dicotomia autorização/permissão. “A questão da natureza da atividade – se de interesse privado ou utilidade pública – não tem carga de densidade suficiente para propiciar rigorosa distinção entre eles.”³⁷⁸

³⁷⁵ José dos Santos Carvalho Filho. Autorização e permissão: a necessidade de unificação dos Institutos. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n. 16, p. 129, 2002.

³⁷⁶ No estudo apontado, o autor analisa tanto as figuras da autorização e permissão para uso de bem público quanto para prestação de atividade. Sugere o autor a adoção do termo “autorização” para reunião dos dois institutos por duas razões principais: 1. A figura da permissão para o desempenho de atividade teria sido banida, dando lugar ao “contrato de permissão de serviço público; 2. O uso do vocábulo “autorização” serviria para fazer um contraponto à “licença”, cujo traço distintivo está na vinculação na expedição do ato. José dos Santos Carvalho Filho. Autorização e permissão: a necessidade de unificação dos Institutos. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n. 16, p. 130, 2002.

³⁷⁷ Idem, *ibidem*.

Conclui o autor que,

[...] tanto a autorização como a permissão têm linhas básicas de identidade: são atos discricionários e precários; estampam consentimento estatal; dependem de provocação do interessado; e legitimam a atividade que o particular pretende desempenhar. Sendo idênticas as premissas, idênticos serão os efeitos jurídicos [...] A unificação da permissão e da autorização renderá ensejo à eliminação das dúvidas que hoje aparecem no que toca à nomenclatura dos atos de consentimento, bem propiciará a supressão dos frágeis elementos hoje apontados como distintivos.³⁷⁹

Com efeito, as distinções apontadas não penetram na essência dos institutos, que guardam a mesma natureza jurídica e, como se espera ter demonstrado, produzem os mesmos efeitos jurídicos.

No entanto, a lei dos vários entes traz, por vezes, as duas figuras com notas, ainda que sutis, distintas de regime jurídico aplicável à autorização e à permissão.³⁸⁰

Por essa razão, entende-se que ainda há alguma relevância no estudo dissociado dessas figuras, embora ontologicamente a autorização e a permissão integrem idêntica categoria, configurando-se como ato de consentimento estatal, unilateral, precário e discricionário.

³⁷⁸ José dos Santos Carvalho Filho. Autorização e permissão: a necessidade de unificação dos Institutos. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n. 16, p. 129, 2002.

³⁷⁹ Idem, *ibidem*, p. 130.

³⁸⁰ É o caso da Lei Orgânica do Município de São Paulo. No art. 114, § 5.º, trata da autorização de uso, nos seguintes termos: “A autorização será formalizada por portaria, para atividades ou usos específicos e transitórios, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, exceto quando se destinar a formar canteiro de obra ou de serviço público, caso em que o prazo corresponderá ao da duração da obra ou do serviço”. Já no art. 114, § 4.º, disciplina a permissão de uso: “A permissão de uso, que poderá incidir sobre qualquer bem público, independe de licitação e será sempre por tempo indeterminado e formalizada por termo administrativo”.

3.4 Instrumento contratual de trespasse de uso: concessão

3.4.1 Concessão de uso privativo de bem público

A concessão de uso é o contrato administrativo pelo qual a Administração confere a alguém o uso privativo de um bem público, para usá-lo conforme sua destinação, para uma finalidade específica.

3.4.1.1 Contrato administrativo

A concessão distingue-se substancialmente dos instrumentos precários de trespasse de uso (autorização e permissão) por sua natureza contratual.³⁸¹

Trata-se de contrato de direito público, sinalagmático, gratuito ou oneroso e formalizado *intuitu personae*.³⁸²

Essa natureza contratual já foi objeto de grande dissenso, havendo autores que alocam a concessão na categoria dos atos unilaterais.³⁸³

³⁸¹ Não obstante a natureza contratual da concessão, em algumas hipóteses, o ordenamento jurídico utiliza-se inapropriadamente desse rótulo. É o caso das concessões de lavra que, pelo Decreto-lei 227/1967, têm por título uma portaria (ato, portanto) do Ministro de Estado de Minas e Energia (art. 43 do Decreto-lei 227/1967 com a redação dada pela Lei 9.314/1996).

³⁸² Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 86.

³⁸³ É a posição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: “a concessão resulta de acordo de vontades entre concedente e concessionário. Contudo, esse acordo existe para a formação de vínculo jurídico, pois o regime jurídico da concessão – ante o caráter público do ato jurídico a ser praticado, da obra a ser executada e do serviço a ser prestado – rege-se por normas regulamentares, unilaterais, baixadas pelo concedente, no seu curso, quanto aos meios, modos e formas da prática do ato jurídico, da feitura da obra e da satisfação do serviço, a que o concessionário se subordina. Decorre de ato convencional, mas não contratual; portanto, de ato-união” (*Princípios gerais de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 382).

Otto Mayer compreende a concessão como ato administrativo. *Derecho administrativo alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1982. t. III, p. 248.

Celso Antônio Bandeira de Mello, embora atribua natureza contratual à concessão, quando cuida do contrato administrativo, ressalva que as prerrogativas da Administração Pública de modificar (ainda

Marcello Caetano atribui à concessão ora natureza contratual, ora natureza de ato unilateral, conforme o uso a que se presta, e à vista do direito positivo português.³⁸⁴

Hodiernamente, no Brasil, não há discussão sobre a natureza contratual da concessão, caminhando a doutrina para um ajuste em torno dessa posição.³⁸⁵

Maria Sylvia Zanella Di Pietro anota que estão presentes na concessão todos os elementos do contrato administrativo: (i) existe acordo de vontades sobre determinado objeto; (ii) os interesses do concedente e do concessionário são contraditórios e condicionantes; (iii) do acordo decorrem efeitos jurídicos para concedente e concessionário. Conclui a autora que não há, portanto, como negar a natureza contratual da concessão de uso.³⁸⁶

A concessão de uso é instrumento de gestão do patrimônio público e, por isso, sua regulação insere-se na competência de cada ente. Compete à União Federal expedir normas gerais sobre contratação, em todas as modalidades, para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e

que dentro de certos limites) ou extinguir unilateralmente a relação jurídica estabelecida com o particular, subvertem a noção de contrato esposada pela teoria geral do direito, questionando a propriedade da expressão contrato. Afirma, todavia, que a qualificação “administrativo” que se une ao termo “contrato” parece alterar o sentido subjetivo da palavra (*Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 610).

³⁸⁴ O autor reconhece a existência de duas espécies de concessão: a de uso privativo, que transferem, apenas, a utilização do bem, não implicando gestão; e a de exploração do domínio, mediante as quais a Administração transfere para o particular os seus direitos de gestão, com todos os poderes inerentes (Marcello Caetano. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1970. t. II, p. 867).

³⁸⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 86; José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1109; Edmir Netto de Araújo. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1120; Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 920; Floriano de Azevedo Marques Neto. *Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 347; Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1984. p. 436; Odete Medauar. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: RT, 2009. p. 254; e Diógenes Gasparini. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 927.

³⁸⁶ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 88.

Municípios, como dispõe o art. 22, XXVII, da CF. Estados e Municípios editarão normas para si, observadas essas normas gerais.

No exercício dessa competência, a União editou a Lei 8.666/1993, que dispõe sobre licitações e contratos (com as alterações trazidas pela Lei 8.883/1994). Contudo, o art. 121 do citado diploma legal exclui a aplicação dessa lei aos contratos relativos a imóveis da União, mantendo a regência da Lei 9.760/1946 e suas alterações.³⁸⁷

O Estado de São Paulo não editou nova legislação, estando em vigor a Lei 6.544/1989, que deve se ajustar às normas gerais constantes na lei federal. O Município de São Paulo, por sua vez, editou a Lei 13.278/2002.

A concessão de uso rege-se pelas leis específicas do ente proprietário do bem, vinculando as partes contratantes. Na ausência de lei, a outorga será disciplinada pelas condições decorrentes do contrato de concessão, que poderá dispor sobre prazo, remuneração, formas de rescisão e outras condições não estabelecidas em lei. Havendo, todavia, lacuna na lei e no contrato, aplicam-se as normas gerais atinentes ao instituto da concessão, elencadas na Lei 8.987/1995 e correlatas.

Observa Floriano de Azevedo Marques Neto que, “apesar de estas normas serem voltadas a reger a concessão de serviço público, elas contêm linhas gerais relativas ao instituto da concessão, aplicando-se subsidiariamente aos contratos de concessão de uso”.³⁸⁸

Para a formalização do contrato de concessão de uso de bem, deverão ser observadas as prerrogativas da Administração Pública, tais como a modificação unilateral do ajuste, para melhor adequação ao interesse público; a possibilidade de extinção unilateral, nos casos previstos na lei ou no contrato; a fiscalização da execução

³⁸⁷ Art. 121, parágrafo único: Os contratos relativos a imóveis do patrimônio da União continuam a reger-se pelas disposições do Decreto-lei n.º 9.760, de 5 de setembro de 1946, com suas alterações, e os relativos a operações de crédito interno ou externo celebrados pela União ou a concessão de garantia do Tesouro Nacional continuam regidos pela legislação pertinente, aplicando-se esta Lei, no que couber.

³⁸⁸ Floriano de Azevedo Marques Neto. *Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 351.

do contrato, conforme a finalidade avençada e a possibilidade de aplicação de sanção, também nos termos da lei e do contrato, nos casos de descumprimento dos termos do pactuado.³⁸⁹

Em razão dessa natureza contratual, a concessão apresenta-se como instrumento adequado para as outorgas que demandem maior investimento, pois confere estabilidade para o particular, que só pode ser despido de seu direito de utilização privativa do bem, antes do prazo avençado, por razões de interesse público e mediante justa indenização.

3.4.1.2 Uso conforme a destinação do bem

A concessão de uso pode incidir sobre qualquer espécie de bens, seja de uso comum do povo, de uso especial ou dominicais.

Quando o objeto for um bem afetado (uso comum ou especial), a natureza contratual da concessão recomenda que sua outorga se dê para usos compatíveis ou conforme a destinação do bem.³⁹⁰

Tome-se como exemplo a outorga de uso para boxes em mercados. Trata-se de bem de uso especial cuja destinação é a comercialização de produtos. A utilização que o particular fará amolda-se, perfeitamente, à afetação do bem.

Revestida de estabilidade, a Administração encontrará limites (e consequências) para a extinção da concessão, inclusive a obrigação de indenizar o concessionário. Assim, conferindo-se a outorga para o uso normal do bem, reduz-se a probabilidade de a utilização conferida ao particular revelar-se inconveniente ou inoportuna à luz do interesse público.

³⁸⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 619.

³⁹⁰ No mesmo sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto. *Bens públicos: função social e exploração econômica*. O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 352.

A outorga poderá ter por objeto, ainda, bens dominicais e, portanto, não afetados a uma utilidade pública. Nessas hipóteses, a outorga poderá ter como finalidade específica uma utilização de interesse coletivo³⁹¹ ou o bem poderá, tão somente, prestar-se à realização de interesse do particular, visando, apenas, a geração de receita para o Poder Público.

3.4.1.3 *Uso para uma finalidade específica*

Por ser ferramenta de gestão patrimonial, a concessão de uso deve ser outorgada para atendimento de uma finalidade específica, a ser cumprida pelo concessionário, que deverá levar em conta a existência de política pública de que possa ser instrumento o bem objeto da outorga.

Assim, por exemplo, atende a uma política pública a concessão de uso de um hotel público, para a exploração pelo particular em um Município que busque incrementar a atividade turística. Ou a concessão de boxes para comércio de peixes e frutos do mar, em Município que tenha acentuada atividade pesqueira.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao tratar da concessão de uso, afirma que, quando a utilização recair sobre bem de uso comum, a outorga só será possível para fins de interesse público. Justifica a autora que,

[...] em decorrência da concessão, a parcela do bem público concedida fica com sua destinação desviada para finalidade diversa: o uso comum a que o bem estava afetado substitui-se, apenas naquela pequena parcela, pelo uso a ser exercido pelo concessionário.

Assevera, por fim, que a exceção se dá “nas hipóteses em que o uso privativo constitua a própria finalidade do bem. A utilização que ele exercerá terá que ser

³⁹¹ Nessas hipóteses, entende Floriano de Azevedo Marques Neto que, não obstante a outorga recaia sobre bem dominical, a vinculação da outorga a uma utilização de interesse público, implica uma afetação por via contratual. Assim, o uso do bem, enquanto vigente a concessão, estará vinculado ao uso ao qual o particular se obrigou. *Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 352.

compatível com a destinação principal do bem ou atender a outro fim de interesse coletivo”.³⁹²

Parece, entretanto, que esse critério se apresenta de difícil aplicação prática, e, conforme já demonstrado neste trabalho, gera mais dúvidas do que certezas.³⁹³

Ilustrando essa assertiva, basta considerar a outorga para instalação de restaurantes nas praias. Se, de um lado, pode-se pensar que há uma vantagem para a coletividade, de outro, também é válida a conclusão de que o interesse primordial é do particular que explora a atividade.

É certo que a outorga de uso privativo sobre parcela de bens de uso comum, em benefício de um particular e, portanto, a restrição dessa mesma fração à coletividade devem ser assimiladas com cautela.

Não obstante, não há, *per se*, impedimento para que a concessão se dê com o desiderato de produzir receitas para o Estado.

Ressalve-se, insiste-se, que o Estado não é especulador imobiliário, e seus bens, especialmente os de uso comum e uso especial, têm, como destinação principal, propiciar vantagens para a coletividade e não gerar lucro para os cofres públicos. A Administração deverá, pois, agir com razoabilidade na outorga de uso privativo sobre bens afetados, e, em qualquer hipótese, motivar seu ato.

Os bens dominicais, por outro lado, comportam maior maleabilidade e ajustam-se, sem maiores problemas, à exploração pelo particular, seja para implementação de utilidade de interesse geral, seja para auferir receita com a remuneração paga pelo particular.

³⁹² Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 89. No mesmo sentido, Tiago Marrara. *Bens públicos, domínio urbano, infra-estruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 144.

³⁹³ Conforme item 3.3.4.

A outorga de concessão deverá, sempre, apontar a finalidade do uso e o particular não poderá alterá-la, sem prévia anuência da Administração Pública, sob pena de caducidade.

3.4.1.4 *Discricionariedade*

A concessão, embora tenha cunho contratual, insere-se na competência discricionária da Administração Pública.³⁹⁴

Desse modo, para o trespasse de uso ao particular, por meio da concessão de uso, o Poder Público deverá avaliar a conveniência e a oportunidade, aproximando-se, nesse ponto, da autorização e permissão de uso.

A Administração deverá, por meio de seus órgãos técnicos, definir se o bem será ou não objeto de concessão, se a outorga se dará de maneira gratuita ou onerosa, o prazo de duração do contrato.

A existência de lei que regule o trespasse vincula a Administração que deverá observar os requisitos e finalidade legais, havendo, nessas hipóteses, uma limitação na margem de escolha do administrador público.

3.4.1.5 *Licitação*

A regra para a outorga de concessão de uso é a licitação prévia. Essa obrigatoriedade decorre do art. 2.º da Lei 8.666/1993 que exige o certame para a contratação com a Administração Pública.³⁹⁵

³⁹⁴ No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1109.

³⁹⁵ Art. 2.º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei. Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Floriano de Azevedo Marques Neto destaca que a concessão subsume-se tipicamente ao parágrafo único do citado artigo, uma vez que se caracteriza por ser um vínculo contratual, sinalagmático, entre poder concedente e concessionário. Distingue, todavia, a exigência de licitação para concessões de serviço público, que tem sede no art. 175 da Constituição e, portanto, é inafastável, daquela aplicável à concessão de uso, que decorre da regra geral constante no art. 37, XXI, do Texto Constitucional, e comporta situações de dispensa e inexigibilidade, nos termos da lei.³⁹⁶

O art. 23 da Lei 8.666/1993 determina a modalidade de licitação para as espécies de contrato e no § 3.º relaciona os contratos para os quais a concorrência é obrigatória.

No referido dispositivo, a lei faz expressa menção à concessão de direito real de uso, silenciando, contudo, quanto à concessão de uso. Tal se dá em razão do disposto no precitado art. 121 da Lei 8.666/1993, que retira os bens imóveis do âmbito de regência da Lei de Licitações.³⁹⁷ Não há, pois, previsão da modalidade de licitação para as concessões de uso que, ademais, não é matéria de norma geral, cabendo a cada ente a disciplina da matéria.³⁹⁸

No Estado de São Paulo, a Lei 6.544/1989 refere-se, apenas, à concessão de direito real de uso, indicando a concorrência como modalidade obrigatória.³⁹⁹ Todavia,

³⁹⁶ Floriano de Azevedo Marques Neto. *Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 355.

Caso ilustrativo é a concessão de uso, outorgada pelo Estado de São Paulo à Associação de Amigos do Autista, de imóvel já antes ocupado pela referida Associação, em razão de permissão de uso. Na hipótese, reconheceu-se a inexigibilidade de licitação, em razão da impossibilidade de competição, bem como da natureza da atividade prestada pela concessionária (Processo Administrativo SJDC 232.876/1986).

³⁹⁷ O referido artigo mantém a disciplina dos contratos relacionados aos bens imóveis da União sob a égide do Decreto-lei 9.760/1946 e suas alterações (hoje, a principal delas, trazida pela Lei 9.636/1998). No entanto, esse diploma não cuida da concessão de uso, e, sim, da cessão de uso.

³⁹⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro recomenda, por via das dúvidas, a realização de concorrência. Bens públicos e o trespasse de uso. *Boletim de Direito Administrativo*, NDJ, p. 410, abr. 2005.

³⁹⁹ Art. 20, § 1.º: A Administração, preferencialmente à venda ou doação de bens imóveis, contratará concessões de direito real de uso, mediante prévia autorização legislativa e concorrência. A concorrência poderá ser dispensada quando o uso se destinar a concessionários de serviço público, a entidades assistenciais ou quando verificar-se relevante interesse público na concessão, devidamente justificado.

por analogia, a concorrência tem sido usada também para contratação de concessão de uso.

A Lei Orgânica do Município de São Paulo torna obrigatória a concorrência para a concessão de uso, dispensando-a quando o uso se destinar a concessionárias de serviço público, entidades assistenciais ou filantrópicas ou quando houver interesse público ou social devidamente justificado.⁴⁰⁰

3.4.1.6 Tipos de concessão

A concessão de uso comportará classificação a seguir.⁴⁰¹

Poderá ser de exploração, quando prestar-se a legitimar a exploração de um bem pelo particular ou de simples uso.

Será temporária, quando houver prazo estabelecido para seu término e perpétua quando for outorgada perenemente.⁴⁰²

Será autônoma ou acessória, conforme esteja ou não conjugada a uma concessão de serviço público ou de obra pública.

⁴⁰⁰ Art. 114, § 1.º: “A concessão administrativa de bens públicos depende de autorização legislativa e concorrência e será formalizada mediante contrato, sob pena de nulidade. § 2.º A concorrência a que se refere o § 1.º será dispensada quando o uso se destinar a concessionárias de serviço público, entidades assistenciais ou filantrópicas ou quando houver interesse público ou social devidamente justificado”.

⁴⁰¹ Raimundo Nonato. Da concessão de uso de bem público. *Revista de Direito Administrativo*, n. 118/1-11, p. 7, out.-dez. 1974.

⁴⁰² Adiante restará explicitada a impossibilidade de concessão de uso sem prazo determinado, em razão mesmo de sua natureza contratual. Não obstante, essa assertiva comporta exceção. É o caso da concessão de terreno em cemitérios públicos. Conforme magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a concessão de uso é o título constitutivo de utilização privativa que melhor se enquadra para essa espécie de uso, visto que a outorga se processa mediante acordo entre as partes (Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 101). Nessas hipóteses, a concessão se dará em caráter perpétuo.

São exemplos as Leis do Município de São Paulo: 3.885/1950, que dispõe sobre a concessão de terreno no cemitério da Consolação à viúva do escritor Monteiro Lobato, e 4.310/1952, que dispõe sobre a concessão de terreno, em caráter perpétuo, no cemitério da Quarta Parada.

3.4.1.7 Concessão onerosa ou gratuita

A concessão de uso pode ser onerosa ou gratuita conforme o utente remunere, ou não, a Administração pelo uso do bem público, inexistindo norma genérica que disponha a esse respeito.

Essa remuneração é determinada segundo critérios patrimoniais e econômicos do uso a ser concedido, levando-se em conta o valor do bem, o investimento necessário, o tempo necessário para sua amortização, a lucratividade da exploração ou o proveito coletivo que proporcionará e outros elementos conforme a questão concreta exija.⁴⁰³

Esses critérios deverão constar do edital da licitação e do contrato a ser firmado e deve contemplar, também, as regras que assegurem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, direito do concessionário constitucionalmente afirmado.⁴⁰⁴

A natureza da remuneração, à semelhança do que foi dito a propósito da permissão e autorização, é de preço público. Edmir Netto de Araújo observa que não se deve confundir com a tarifa que, embora guarde natureza de preço público, é cobrada dos particulares em contrapartida pela utilização de um serviço público.

Igualmente, diferem da taxa, pois não derivam do exercício de poder de polícia do Estado ou da utilização de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados aos administrados ou postos à sua disposição.

Não raro, a remuneração pode dar-se por meio de benfeitorias, ou da própria construção de novo prédio, que, ao final do contrato, reverterão para o poder concedente.

A concessão de uso gratuita deverá vislumbrar um interesse coletivo que a justifique. Isso porque, como já afirmado, o Estado, executor que é da função administrativa, não pode agir com liberalidades que não encontrem respaldo no interesse público.

⁴⁰³ Edmir Netto de Araújo. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 719.

⁴⁰⁴ Art. 37, XXI, CF.

São muitos os casos de concessão de uso gratuita onde o bem serve como meio para o desempenho de atividade de interesse coletivo, por exemplo, a outorga para associações de saúde, culturais, que visem o combate de desigualdades sociais. Enfim, para que a Administração conceda o uso de um bem público sem ônus para o particular, é preciso que a coletividade também se beneficie desse uso.

Do mesmo modo, quando oneroso, também o equilíbrio econômico-financeiro do contrato deverá ser mantido.

3.4.1.8 Autorização legislativa

É comum encontrar na doutrina a exigência de prévia autorização legislativa para a outorga de concessão de uso.

Diógenes Gasparini afirma que a concessão de uso só será legítima se precedida de lei autorizadora.⁴⁰⁵ No mesmo sentido, posicionam-se Odete Medauar e Hely Lopes Meirelles.⁴⁰⁶

Com efeito, essa é uma exigência usualmente encontrada nas legislações dos vários entes, especialmente nas Leis Orgânicas municipais. É o caso da Constituição do Estado de São Paulo que prevê, expressamente, a necessidade de autorização legislativa para a outorga de bem mediante concessão uso. No mesmo sentido, a Lei Orgânica do Município de São Paulo.

⁴⁰⁵ Diógenes Gasparini. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 927.

CF: “Art. 188. A destinação de terras públicas e devolutas será compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária. § 1.º A alienação ou a concessão, a qualquer título, de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares a pessoa física ou jurídica, ainda que por interposta pessoa, dependerá de prévia aprovação do Congresso Nacional. § 2.º Excetua-se do disposto no parágrafo anterior as alienações ou as concessões de terras públicas para fins de reforma agrária”.

CF: “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: XVII – aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares”.

⁴⁰⁶ Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1984. p. 436; Odete Medauar. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: RT, 2009. p. 254.

Sobre o tema, afirma Edmir Netto de Araújo que, tratando-se de “dispor de bens da coletividade, o natural seria que essa coletividade autorizasse, por seus representantes nas casas legislativas, qualquer tipo de disponibilidade”.⁴⁰⁷

Nessa linha, destaca o autor os arts. 49, XVII, e 188, § 1.º, da Constituição, que exigem prévia autorização do Congresso Nacional para concessão de uso de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares.⁴⁰⁸

Com a devida vênia, discorda-se do raciocínio acima transcrito, pois a concessão de uso não implica disposição do domínio do bem, havendo, apenas, transferência da posse.⁴⁰⁹ Raciocínio contrário levaria à conclusão de que também a permissão e a autorização de uso reclamariam prévia autorização legislativa, porque haverá, igualmente, transferência da posse do bem, ainda que precariamente.

Ademais, os dispositivos constitucionais citados apenas reforçam essa ideia, visto que há um limitador (área superior a 2.500 ha) para a exigência de autorização legislativa, donde conclui-se que, *a contrario sensu*, para bens de dimensões inferiores a autorização não é obrigatória.

Assim, entende-se que a autorização legislativa não é uma exigência apriorística para a outorga de concessão de uso, revelando-se obrigatória quando legalmente estabelecida.

Ressalte-se que a autorização legislativa não obriga o Poder Executivo a outorgar o uso. Com efeito, como emana da própria expressão, a autorização legislativa revela o consentimento do Poder Legislativo com a utilização pretendida, configurando-se requisito formal, que pode ou não ser exigido, mas que não vincula a decisão do Poder Executivo, a quem compete a gestão do patrimônio imobiliário público.

⁴⁰⁷ Edmir Netto de Araújo. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 719.

⁴⁰⁸ Idem, *ibidem*, p. 720.

⁴⁰⁹ No mesmo sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto. *Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 357.

Dessa maneira, ainda que haja lei autorizando a concessão de uso de determinado bem, outra poderá vir a ser a decisão do Executivo, conforme assim recomende o interesse público.

3.4.1.9 *Autoridade competente*

A autoridade competente para formalização do ato é aquela responsável pela gestão do patrimônio do ente, titular da propriedade do bem objeto da concessão.

À maneira do que ocorre com a permissão e a autorização de uso, a competência poderá ser delegada a outras autoridades para a formalização do ajuste, atentando-se para a necessidade de a delegação abarcar poderes para firmar contrato em nome do ente.

3.4.1.10 *Prazo*

Não há regramento geral quanto à fixação de prazo para as concessões de uso.

Hely Lopes Meirelles entende que a outorga pode se dar por tempo certo ou indeterminado.⁴¹⁰

Todavia, a própria lógica do instituto exige a determinação de prazo de duração da outorga, como garantia ao concessionário para a realização dos investimentos que demandem a utilização conferida. “A fixação de prazo, na concessão, é elemento primordial, uma vez que constitui uma garantia para o concessionário, sem a qual, muitas vezes, ele não aceitaria a concessão.”⁴¹¹

⁴¹⁰ Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1984. p. 436. No mesmo sentido, Diógenes Gasparini. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 927.

⁴¹¹ Maria Sylvania Zanella Di Pietro. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 87.

De outra parte, a concessão de uso não implica alienação do bem, razão pela qual se impõe o aprazamento. Caso contrário, dada a natureza contratual da outorga, a Administração não teria perspectiva de extinção da concessão sem pagamento de indenização ao particular.

Some-se a isso a vedação de contrato administrativo com prazo de vigência indeterminado, imposta pelo art. 57, § 3.º, da Lei 8.666/1993. Assim, como visto, apesar do disposto no art. 121 do mesmo diploma legal, a mencionada vedação pode ser subsidiariamente aplicada às concessões de uso.

Tal se dá porque o Decreto-lei 9.760/1946 e suas alterações (especialmente a Lei 9.636/1998) não encerram normas que disciplinem essa questão. Vale, aqui, a acurada observação de Floriano de Azevedo Marques Neto para quem

[...] a ressalva constante da lei geral de licitações e contratos atine àquelas disposições constantes da legislação específica sobre o patrimônio da União e não indica uma imunidade absoluta às regras gerais de contratos administrativos.⁴¹²

O prazo de duração da concessão de uso deverá ser determinado em função da recuperação do investimento ou relativo à finalidade de interesse público que fundamenta a outorga.⁴¹³

Assim, nos casos em que o bem se presta à exploração econômica do particular, o prazo deverá ser suficiente para a amortização do investimento, levando-se em conta a margem de lucro auferido com a utilização empreendida pelo particular.⁴¹⁴ Tome-se o

⁴¹² Floriano de Azevedo Marques Neto. *Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 354. Afirma o autor que, nos casos em que a outorga tenha sido conferida sem prazo determinado, ela deverá ser considerada como vigente por cinco anos e ser prorrogada automaticamente no término deste período por igual prazo (ibidem, p. 354).

⁴¹³ Edmir Netto de Araújo. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 718. No mesmo sentido, ensina Marcello Caetano que “o prazo deve ser marcado em função do tempo necessário para amortizar os capitais investidos” (*Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1970. t. II, p. 871).

⁴¹⁴ Essa é a inteligência do art. 3.º, § 3.º, da Lei 5.332/1967, que dispõe sobre o arrendamento de áreas aeroportuárias às empresas e pessoas físicas ou jurídicas ligadas às atividades aeronáuticas. É o texto: “Art. 3.º A autoridade competente poderá, nos casos que julgar conveniente e mediante as

exemplo da concessão de uso de um teatro público, em que o particular se compromete a restaurar o bem e implementar melhorias, podendo, em contrapartida, alugar o espaço para espetáculos.

Quando, por outro lado, o uso é concedido para a realização de finalidade de interesse público, que não represente a exploração do bem, mas que, ainda assim, demande investimentos pelo particular, o prazo deverá ser fixado conforme a utilização a ser realizada. Assim, por exemplo, a concessão de uso outorgada a uma associação para a construção de centro profissionalizante voltado para ex-detentos.

A lei poderá estabelecer o prazo máximo para a duração da concessão de determinada espécie de bem ou para uma dada utilização, hipótese em que a Administração estará vinculada ao regramento legal.

Embora não haja regramento genérico quanto à fixação de prazo na concessão de uso, a Administração deverá agir com razoabilidade, segundo os critérios acima, revelando-se inconveniente a outorga por prazo excessivamente longo.

Como dito, a concessão de uso não implica alienação do bem, pois este permanece no domínio no ente estatal. Dessa maneira, ainda que se trate de investimentos de grande vulto ou de objeto de relevante interesse coletivo, não se pode conceber a outorga por prazo que, praticamente, represente a transferência do bem.

Essa era uma prática comum no âmbito de algumas administrações, que concediam a utilização de bens públicos pelo prazo de 99 anos.⁴¹⁵

Exemplo dessa prática é a concessão de uso outorgada pelo Município de São Paulo, pelo prazo de 99 anos, à Sociedade de Amigos dos Museus, de imóvel que hoje

condições que determinar, ceder aos concessionários áreas para construção de benfeitorias consideradas permanentes, que reverterão ao domínio da União, ao fim do prazo contratual, sem indenização de espécie alguma. § 1.º Nesses casos, o prazo da concessão deverá ser tal que permita a amortização do capital empregado na instalação”.

⁴¹⁵ Em algumas hipóteses, o trespasse de uso se dava mediante contrato de comodato, instrumento de direito privado e, portanto, inadequado para a gestão de bens públicos, conforme tratado no item 2.2.1.2.

compreende as instalações do Museu Brasileiro de Escultura Mariliza Rathsam (MUBE), por meio da Lei Municipal 10.254/1986.

Note-se que a concessão de uso por prazo tão elevado engessa a Administração, podendo criar situações de difícil solução. Situação ilustrativa revela-se na concessão de uso outorgada pelo Município de São Paulo a clubes e associações esportivas profissionais e amadoras.

O dilatado prazo de outorga conferida a essas entidades, bem como a inexistência de previsão de contraprestação pecuniária, levou o Prefeito Municipal a editar o Decreto 47.531/2006,⁴¹⁶ estabelecendo diretrizes para a revisão dessas permissões e concessões de áreas públicas.

3.4.1.11 Direito subjetivo

A outorga do uso por meio da concessão de uso confere ao concessionário direito subjetivo ao uso do bem, na forma concedida.

O direito subjetivo é uma categoria fundamental do direito e traduz-se no “poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir e de exigir de outrem determinado comportamento”.⁴¹⁷

Contrapõe-se ao direito objetivo que é definido como “o complexo de normas jurídicas que regem o comportamento humano, de modo obrigatório, prescrevendo uma sanção no caso de sua violação”.⁴¹⁸

Assim, o direito subjetivo constitui-se em uma capacidade de atuação jurídica reconhecida e limitada pelo direito objetivo.

⁴¹⁶ Esse Decreto foi posteriormente revogado pelo Decreto 47.531/2006 que criou, no âmbito da Secretaria Municipal de Gestão, uma Comissão para Revisão das Permissões de Uso e das Concessões Administrativas de Uso de Áreas Públicas Municipais outorgadas a clubes e associações esportivas.

⁴¹⁷ Francisco Amaral. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 224.

⁴¹⁸ Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 10.

É subjetivo porque essas capacidades, com base na norma jurídica, são próprias dos indivíduos que a possuem, podendo ser ou não usadas por eles.⁴¹⁹

Na concessão, a relação jurídica instaurada entre poder concedente e concessionário é marcada pela estabilidade, obrigando-se a Administração a não embaraçar o exercício do uso concedido ao particular, respeitando o prazo estabelecido e as condições da outorga, inclusive as razões de sua extinção.⁴²⁰

Por essa razão, Renato Alessi qualifica o uso privativo decorrente da concessão como “direito perfeito”. Segundo o autor italiano, nessas hipóteses, o sistema de tutela do interesse apresenta-se estruturalmente completo e perfeito, pois a revogação da outorga, embora possível, apresenta-se como uma possibilidade anormal, com todas as consequências que derivam disso, especialmente a obrigação de indenizar o concessionário.⁴²¹

De outro lado, continua o autor, o uso privativo decorrente de ato precário insere-se na categoria de “direito debilitado” porque, nesses casos, a possibilidade de revogação apresenta-se como estruturalmente conatural à relação, constituindo uma fonte imanente de precariedade, uma falha no sistema de proteção do interesse do titular. Aqui, a revogação é um fenômeno fisiológico, ao passo que na concessão constitui fenômeno patológico.

⁴¹⁹ Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 11.

⁴²⁰ Como já destacado neste trabalho, a autorização e, principalmente, a permissão de uso quando são aprazadas ganham *status* de “qualificada”, circunstância que confere, assim como ocorre na concessão de uso, estabilidade à relação. Sobre essa específica questão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro oferece primorosa observação ao afirmar que, “para fins de fixação da natureza jurídica do uso privativo no Direito brasileiro, não importa distinguir a permissão da concessão, mas, isto sim, o uso precário do uso estável. Considerando-se, pois, de um lado, o uso precário e, de outro, o uso estável, a diferença básica, no que concerne à sua natureza jurídica, está em que apenas este último aparece, frente à Administração, como direito subjetivo público” (*Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 34).

⁴²¹ Renato Alessi. *Instituciones de derecho administrativo*. Barcelona: Bosch, 1970. t. I, p. 354.

Essa natureza de “direito debilitado” não impede que seja oponível perante terceiros, para quem o direito aparenta ser perfeito e pode ser protegido como tal, sendo despiciendo se o uso é precário ou estável.⁴²²

De outro lado, esse direito subjetivo não garante ao concessionário o direito à manutenção do ato diante de uma revogação legítima. Existindo interesse público a motivar o ato de retirada, o direito subjetivo ao uso privativo converte-se em direito à reparação pecuniária.⁴²³

A doutrina discute, ainda, se esse direito subjetivo tem natureza real ou obrigacional.

Raimundo Nonato, acolhendo a posição de Hauriou, entende mais adequada a concepção de direito público subjetivo de natureza real, resolúvel e resgatável porque da concessão resulta um poder de gozo da coisa pública. Observa, no entanto, que esse direito não prevalece contra a Administração concedente em razão da revogabilidade da outorga.⁴²⁴

Diogo Freitas do Amaral qualifica como obrigacional o direito do concessionário, fundamentando sua posição em duas assertivas: 1. o poder do utente privativo de gozar da parcela dominial não é suscetível de ser exercido imediatamente, dependendo de uma prestação da Administração, representada pela outorga; e 2. a defesa do bem perante terceiros só é possível indiretamente, mediante atuação da Administração Pública.⁴²⁵

⁴²² Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 36.

⁴²³ Nesse sentido, afirma Alessi que, considerada a possibilidade de revogação com indenização, entendida esta como sacrifício e a conversão de um direito subjetivo “la existencia de un derecho subjetivo no puede constituir una limitación infranqueable para el ejercicio de la potestad de revogación” (*Instituciones de derecho administrativo*. Barcelona: Bosch, 1970. t. I, p. 353).

⁴²⁴ Raimundo Nonato Fernandes. Da concessão de uso de bem público. *Revista de Direito Administrativo*, n 118/1-11, p. 5, out.-dez. 1974. No mesmo sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto. *Bens públicos: função social e exploração econômica*. O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 350.

⁴²⁵ Diogo Freitas do Amaral. *A utilização do domínio público pelos particulares*. São Paulo: Juriscredi, 1972. p. 261.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

[...] no direito brasileiro, não se pode afirmar seja de natureza real ou obrigacional o uso privativo de bem público, pois este pode ser de uma ou outra modalidade, dependendo do exame das características que lhe forem atribuídas em cada caso.⁴²⁶

Com efeito, a concessão de uso decorre de uma relação contratual, de natureza obrigacional, firmada entre o Estado e o particular. Caso o objeto dessa avença fosse um direito real, estar-se-ia diante da concessão de direito real de uso, modalidade que encontra contornos normativos mais definidos, como se verá adiante.

Essa é a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello para quem a concessão de uso compõe um direito de natureza obrigacional (isto é, pessoal).⁴²⁷

O Superior Tribunal de Justiça, em reiteradas decisões proferidas em ações que visam a cobrança de IPTU sobre imóveis públicos, dados em concessão de uso para pessoas jurídicas de direito privado, tem reconhecido a natureza pessoal do direito decorrente dessa concessão. É o que se depreende do trecho do voto do Ministro Francisco Falcão:

O IPTU deve ser cobrado do proprietário ou de quem detém o domínio útil ou a posse por direito real do bem, no caso, a recorrida, cessionária do direito de uso, possui relação de direito pessoal com o imóvel, razão pela qual não pode ser contribuinte do IPTU.⁴²⁸

⁴²⁶ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 40.

⁴²⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 921. No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1112.

⁴²⁸ AgRg no REsp 685308/RJ, 1.ª Turma, DJ 14.03.2006. No mesmo sentido, AgRg nos EDcl no REsp 744910/RJ (2005/0067735-9), Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 12.05.2009, e AgRg no Ag 832.767/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, 1.ª Turma, DJ 26.04.2007.

3.2.1.12 Defesa possessória

A outorga da concessão reveste o concessionário de direitos oponíveis a terceiros, o que lhe faculta o uso de ações possessórias, em caso de esbulho ou turbação. Essa é uma questão que envolve grande dissenso na doutrina especializada.

Marcello Caetano nega a posse civil, por particulares, das coisas públicas por estarem estas fora do comércio privado e, portanto, indefensáveis pelos meios possessórios civis.⁴²⁹

No mesmo sentido, e pelos mesmos fundamentos, segue Diogo Freitas do Amaral, afirmando que o utente privativo poderá valer-se, apenas, de uma defesa indireta da sua situação contra terceiros. Segundo o autor, “o particular tem de dirigir-se sempre à Administração e só a esta compete, através dos poderes de polícia, efetivar a garantia do direito daquele perante terceiros”.⁴³⁰

A questão já ensejou maiores problemas enquanto vigia o Código Civil de 1916⁴³¹ que, no art. 520, III, enumerava como causa de perda da posse, a coisa ser posta fora do comércio. No art. 69, o mesmo diploma dispunha serem coisas fora do comércio as insuscetíveis de apropriação, e as legalmente inalienáveis.

Neste contexto, sendo os bens públicos inalienáveis, integravam a categoria das coisas fora de comércio e, portanto, não poderiam ser objeto de posse nos moldes do direito privado.

O Código Civil de 2002 não trouxe dispositivo que encerrasse idêntica ou similar redação do art. 520, III, do Código de 1916.

⁴²⁹ Marcello Caetano. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1970. t. II, p. 875.

⁴³⁰ Diogo Freitas do Amaral. *A utilização do domínio público pelos particulares*. São Paulo: Juriscredi, 1972. p. 267.

⁴³¹ Sobre a questão, no âmbito do Código Civil revogado, ver Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 45-51.

O atual Diploma Civil manteve a teoria objetiva da posse de Inhering, definindo o possuidor como aquele que tem, de fato, o exercício de algum dos poderes inerentes à propriedade.⁴³²

Poder-se-ia argumentar que o particular não poderá exercer a posse sobre bem público, pois jamais exerce poderes de propriedade, visto que o imóvel público não pode ser usucapido (art. 183, § 3.º, da CF).

Nesse ponto, precisas as conclusões de Cláudia Cimardi, em trabalho monográfico sobre a proteção processual da posse. Para a autora

[...] é certo que esta posse, entregue pelo poder público, não se subsume exatamente ao conceito contido no art. 1.196 do CC, pois o particular possuidor de bem público tem absoluta consciência de que a propriedade do mesmo é regida por normas de direito público, e não poderá gerar todos os efeitos possíveis previstos pelas normas de direito privado, como, por exemplo, a usucapião. Trata-se, pois, de posse precária, uma vez que é imanente a obrigação de restituição do bem público, tão logo o mesmo seja requerido pela administração [...] apesar de a posse do bem público ser qualificada como precária – pois a qualquer momento pode cessar –, é posse, e assim deve ser considerada para todos os efeitos.⁴³³

Portanto, o particular, para quem foi legalmente outorgado o uso privativo de bem público, pode valer-se dos meios de defesa da posse relativamente a terceiros.⁴³⁴ “Protege-se o direito de uso nos limites em que foi concedido.”⁴³⁵

Mesmo nas recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça, em que a matéria foi analisada tangencialmente, há reconhecimento do cabimento de ações possessórias

⁴³² Conforme o art. 1.196, CC.

⁴³³ Cláudia Cimardi. *Proteção processual da posse*. São Paulo: RT, 2007. p. 37.

⁴³⁴ É a posição de Floriano de Azevedo Marques Neto. *Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 351; Edmir Netto de Araújo. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1118; e Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1984. p. 434.

⁴³⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983. p. 49.

para garantia da utilização permitida pela Administração, quando o uso é admitido de maneira formal.⁴³⁶

Em nenhuma hipótese, contudo, a ação possessória será oponível contra a pessoa jurídica de direito público que outorgou o título constitutivo, tendo em vista as prerrogativas da Administração de retirar o ato (ou rescindir o contrato), em qualquer momento, por razões de interesse público.

3.4.1.13 Extinção da concessão

A concessão poderá extinguir-se pelo decurso do prazo estipulado no contrato, salvo se houver prorrogação autorizada.

A extinção também poderá ser antecipada, em uma das seguintes hipóteses:

a) Quando o concessionário renunciar o direito ao uso privativo. Nessas hipóteses, se a renúncia do particular implicar prejuízos à Administração, será cabível ação indenizatória;

b) quando ambas as partes acordarem pela rescisão;

c) quando a extinção decorrer por fato exterior ao contrato, por exemplo, a perda do bem;

d) quando a extinção decorrer de revogação da Administração pública, por razões de interesse público, mediante indenização ao concessionário;

e) pela caducidade, quando o concessionário descumprir os termos do contrato ou conferir ao bem destinação diversa daquela constante no termo de outorga, sem prévia autorização administrativa.

⁴³⁶ REsp 863.939/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* 24.11.2008. No mesmo sentido, REsp 699374/DF, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* 18.06.2007; REsp 489.732/DF, Rel. Min. Barros Monteiro, *DJ* 13.06.2005. Nessas decisões, o STJ analisava o cabimento ou não de indenização por benfeitorias realizadas em bem público, ocupados de maneira irregular.

A indenização devida em caso de revogação da Administração deverá abarcar todo o investimento realizado pelo concessionário, bem como aquilo que deixou de receber em razão da rescisão extemporânea do contrato.

Aplica-se, aqui, raciocínio semelhante ao reservado às concessões de serviço público. Sobre o tema, assevera Marçal Justen Filho que não só o dano emergente, mas também o lucro cessante, deverá ser indenizado. Para o autor,

[...] a proposta formulada pelo particular e aceita pela Administração tinha em vista a execução da prestação como um todo. Se o particular soubesse, de antemão, que o contrato se restringiria a um montante mais reduzido, sua proposta seria diferente. Eventualmente, não teria sequer participado dessa licitação. A Administração, através da faculdade de rescisão unilateral, não pode subtrair do particular o lucro que ele obteria através da execução integral.⁴³⁷

Raimundo Nonato afirma que as obras e instalações permanentes, construídas pelo utente, reverterem gratuitamente ao poder concedente quando a rescisão decorrer do advento do prazo ou da caducidade.⁴³⁸

Para Floriano de Azevedo Marques Neto as regras para a extinção antecipada da outorga da concessão de uso são as mesmas verificadas para a concessão de serviço público e, em caso de rescisão por encampação (quando a Administração, fundada em interesse público, decide retomar o bem antes do término no prazo), a indenização deverá ser prévia.

A rescisão deverá ser precedida de processo administrativo que garanta ao concessionário o direito à ampla defesa e ao contraditório, com instauração de prévio processo administrativo, especialmente nos casos em que a rescisão se dá por culpa do concessionário.

Essa é a inteligência do art. 78, parágrafo único,⁴³⁹ da Lei 8.666/1993 que, embora não tenha aplicação completa às contratações que tenham por objeto imóveis

⁴³⁷ Marçal Justen Filho. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 603.

⁴³⁸ Raimundo Nonato Fernandes. Da concessão de uso de bem público. *Revista de Direito Administrativo*, n 118/1-11, p. 9, out.-dez. 1974.

públicos, poderá ser usada analogicamente, naquilo que não conflitar com a legislação específica.

Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão proferido nos autos do Mandado de Segurança 148.408-0/2, impetrado pela Sociedade de Amigos dos Museus (SAM Nacional), contra ato do Prefeito Municipal de São Paulo que declarou rescindida a concessão de uso de área municipal onde está instalado o Museu Brasileiro de Escultura Mariliza Rathsam (MUBE).⁴⁴⁰

Extrai-se do voto do Rel. Des. Munhoz Soares que,

[...] na hipótese de a administração pública apurar eventual situação que enseje a rescisão unilateral deve ser assegurado, ao particular, a oportunidade de tomar completo conhecimento da imputação que lhe é feita, por meio de prévia notificação, assim como de apresentar razões, de produzir provas em sua defesa, de esclarecer fatos e prestar informações, e isso durante todo o procedimento administrativo. Evidente que a faculdade de o contratado exercer o contraditório e a ampla defesa não se confunde com a possibilidade de interferir nos rumos da administração, a quem cumpre desfazer os negócios jurídicos que não mais atendem ao interesse público. Ainda que possa prevalecer, em determinadas relações contratuais, o critério da conveniência e oportunidade, o devido processo legal há de ser sempre observado, de modo a reportar a realidade discutida entre contratado e poder público a todos os administrados, a fim de se dar efetividade aos princípios da Administração Pública, especialmente os da moralidade, transparência e publicidade dos atos administrativos.

3.4.2 *Concessão de direito real de uso*

A concessão de direito real de uso, regulada pelo art. 7.º do Decreto-lei 271/1967, pode ser considerada uma espécie de concessão, submetendo-se a regime

⁴³⁹ Art. 78, parágrafo único. “Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa”.

⁴⁴⁰ No mesmo sentido, é a decisão proferida em sede do Mandado de Segurança 130.592.0/4, impetrado pelo Círculo Militar do Estado de São Paulo contra ato do Prefeito Municipal de São Paulo que rescindiu unilateralmente a concessão outorgada. É a ementa do acórdão: “Mandado de segurança – Concessão administrativa de área pública – Rescisão por afirmado descumprimento das obrigações assumidas – Inexistência de procedimento específico em que indicadas as falhas cometidas e autorizada a ampla defesa – Afronta aos arts. 5.º, LV, da Constituição Federal e 78, parágrafo único, da Lei Federal n. 8.666/93 – Doutrina nesse sentido – Segurança concedida” (TJSP, Rel. Des. Corrêa Viana).

jurídico muito semelhante daquele aplicado à concessão de uso.⁴⁴¹ Por essa razão, reservar-se-á à identificação das principais distinções entre os dois institutos.

Define-a José dos Santos Carvalho Filho como “o contrato administrativo pelo qual o Poder Público confere ao particular o direito real resolúvel de uso de terreno público ou sobre o espaço aéreo que o recobre, para os fins que, prévia e determinadamente, o justificaram”.⁴⁴²

Embora não seja um instrumento privativo do direito público, podendo ser aplicado nas relações privadas, a concessão de direito real de uso ganhou *status* de contrato administrativo na legislação vigente (art. 17, I, “f”, e § 2.º, da Lei 8.666/1993).

A concessão de direito real encontra-se legalmente disciplinada no art. 7.º da do Decreto-lei 271/1967, com a redação dada pela Lei 11.481/2007:

É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas.

São duas as principais distinções desse instituto em relação à concessão de uso.

A primeira delas reside na limitação da finalidade da outorga da concessão de direito real de uso que não pode desbordar das hipóteses legalmente previstas, quais sejam regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou usos de interesse social em áreas urbanas.

⁴⁴¹ Nesse sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto. *Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 357; Edmir Netto de Araújo. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1121.

⁴⁴² José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1111.

Por outro lado, a concessão de uso poderá contemplar usos variados, de interesse geral ou particular, conforme melhor aconselhe o interesse público.

A segunda distinção está na natureza jurídica dos institutos em análise. A concessão de uso tem natureza obrigacional, pois instaura relação jurídica de caráter pessoal.

A concessão de direito real de uso, por sua vez, como decorre da própria expressão, tem natureza de direito real resolúvel, legalmente atribuída.

Essa natureza real foi reconhecida pelo Código Civil, no art. 1.225, XII, que elenca a concessão em foco, no rol dos direitos reais, conforme as introduções trazidas pela Lei 11.481/2007.

Também nos termos dessa lei, a concessão de direito real de uso passou a ser suscetível de incidência de hipoteca (art. 1.473, § 3.º, do CC) e objeto de alienação fiduciária (art. 22, III, Lei 9.514/1997), limitadas, em ambas as hipóteses, à duração do prazo estabelecido no contrato de outorga.

O direito real oriundo dessa espécie de concessão é transmissível por atos *inter vivos* ou *causa mortis*, desde que não haja disposição diversa no contrato. O sucessor, no entanto, não poderá desviar o bem da finalidade da outorga.⁴⁴³

A concessão em tela deve incidir sobre terrenos incultos, não se aplicando a imóveis construídos ou bens móveis.⁴⁴⁴ Poderá ser gratuita ou remunerada e será formalizada por escritura pública ou termo administrativo, devendo o direito real ser inscrito no respectivo Registro de Imóveis.

A partir da inscrição da concessão o concessionário fruirá plenamente do terreno para os fins estabelecidos no contrato e responderá por todos os encargos civis, administrativos e tributários que venham a incidir sobre o imóvel e suas rendas (§ 2.º).

⁴⁴³ José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1113.

⁴⁴⁴ Diógenes Gasparini. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 928.

O *caput* do art. 7.º do Decreto-lei 271/1967 dispõe que a concessão poderá ser outorgada por prazo certo ou indeterminado. Todavia, o § 3.º do mesmo dispositivo traz as hipóteses de extinção da outorga, fazendo expressa menção ao termo da concessão.

A doutrina acolhe a possibilidade de concessão com prazo indeterminado⁴⁴⁵ (art. 7.º, Dec.-lei 271/1967), entretanto parece que, pelas mesmas razões lançadas a propósito da concessão de uso, também aqui não cabe falar em prazo indeterminado.⁴⁴⁶

A concessão deverá ser precedida de licitação, salvo quando esta for inexigível ou incidir uma das hipóteses de dispensa legalmente previstas.

O art. 17 da Lei 8.666/1993 autoriza a dispensa da licitação quando a outorga da concessão for conferida a outro órgão ou entidade da Administração Pública; quando destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social, desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; quando destinar-se ao uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; quando tratar-se de uso de terras públicas rurais da União na Amazônia Legal onde incidam ocupações até o limite de 15 módulos fiscais ou 1.500 ha, para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais; quando conferida a pessoa natural que, nos termos da lei, regulamento ou ato normativo do órgão competente, haja implementado os requisitos mínimos de cultura, ocupação mansa e pacífica e exploração direta sobre área rural situada na Amazônia Legal, superior a um módulo fiscal e limitada a 15 módulos fiscais, desde que não exceda 1.500 ha.

Essa modalidade de concessão tem caráter resolúvel caso o concessionário dê ao imóvel destinação diversa da estabelecida no contrato ou descumpra cláusula resolutória do ajuste, perdendo, nessa hipótese, as benfeitorias de qualquer natureza (§ 3.º do art. 7.º).

⁴⁴⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 700; Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1984. p. 433/434.

⁴⁴⁶ No mesmo sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto. *Bens públicos: função social e exploração econômica*. O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 359.

Hely Lopes Meirelles afirma que essa natureza resolúvel assegura à Administração Pública a destinação do bem, conforme estabelecido no contrato, evitando nefastas especulações imobiliárias.⁴⁴⁷

Para Marçal Justen Filho, um dos aspectos mais significativos da concessão de direito real de uso reside na impossibilidade de resolução de outorga em virtude de razões de conveniência administrativa, estando a Administração Pública vinculada às hipóteses previstas na lei.⁴⁴⁸

No entanto, parece que Administração poderá retomar o bem por razões de interesse público, mediante indenização do concessionário.⁴⁴⁹

Alguns entes trazem em sua legislação dispositivo que prescreva que em lugar da venda ou doação deve o Poder Público valer-se da concessão de direito real de uso.⁴⁵⁰

Na precisa lição de José dos Santos Carvalho Filho, a concessão em foco

[...] salvaguarda o patrimônio da Administração e evita a alienação de bens públicos, autorizada às vezes sem qualquer vantagem para ela. Além do mais, o concessionário não fica livre para dar ao uso a destinação que lhe convier, mas ao contrário, será obrigado a destiná-lo ao fim estabelecido em lei, o que mantém resguardado o interesse público que originou a concessão real de uso.⁴⁵¹

⁴⁴⁷ Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1984. p. 433-434.

⁴⁴⁸ Marçal Justen Filho. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 937.

⁴⁴⁹ “Os ônus reais sobre bens públicos somente são aceitáveis quando a Administração Pública não abra mão de seus poderes irrenunciáveis; dentre eles se insere, incontestavelmente, o de retomar os imóveis cedidos a terceiros quando o interesse público, devidamente demonstrado, impuser a adoção de tal medida” (Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz (Coord.). *Concessão de uso especial para fins de moradia. Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 168.

⁴⁵⁰ É o caso da Lei paulista 6.544/1989 (art. 20, § 1.º).

⁴⁵¹ José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1113. Para Marçal Justen Filho, “essas figuras [onde se insere a concessão de direito real de uso] envolvem, normalmente, a regularização fundiária e a solução para acesso dos carentes ao uso e fruição dos bens imóveis. Deixa-se de praticar a alienação em virtude da constatação de que, em situação de carência, o beneficiário promoveria a alienação do bem a terceiros e daria início a outra situação conflitiva” (*Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 942).

Celso Antônio Bandeira de Mello observa que a concessão em análise é instituto assemelhado com o antigo “direito de superfície”, mas, ao contrário deste, “não tem seu âmbito de aplicação circunscrito ao nível do solo”,⁴⁵² eis que o art. 8.º do Decreto-lei 271/1967 permite a concessão de uso do espaço aéreo sobre a superfície de terrenos públicos ou particulares, tomada em projeção vertical, nos termos e para os fins do artigo anterior e na forma que for regulamentada.

A concessão de direito real de uso está prevista no extenso rol de instrumentos de política urbana constantes no art. 4.º do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), mas a regência do instituto é expressamente atribuída à legislação própria (§ 1.º).⁴⁵³

3.4.3 Concessão especial para fins de moradia⁴⁵⁴

Dispõe o art. 183 da CF que:

Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

O § 1.º do mesmo dispositivo estende esses requisitos para a outorga de concessão de uso.⁴⁵⁵

⁴⁵² Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 922.

⁴⁵³ Em comentários ao Estatuto da Cidade, Fernando Dias Menezes de Almeida explica que, “seja por força de repartição constitucional de competências, seja pela conveniência de sistematização de nosso ordenamento jurídico, nem todos os instrumentos de política urbana mencionados nesta Lei têm sua disciplina por ela estabelecida ou esgotada” (Odete Medauar e Fernando Dias Menezes de Almeida (Coord.). *Dos instrumentos da política urbana. Estatuto da Cidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 54).

⁴⁵⁴ O presente instituto será aqui analisado com base na Medida Provisória que o instituiu, ressalvando, todavia, a inconstitucionalidade de suas disposições, especialmente no que toca a sua natureza de ato vinculado, por representarem afronta aos preceitos constitucionais que garantem a imprescritibilidade dos bens público.

⁴⁵⁵ “§ 1.º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.”

A concessão de uso especial para fins de moradia foi inserida no ordenamento jurídico pelo art. 4.º, V, “h”, do Estatuto da Cidade, para regulamentar o art. 183 da CF, como instrumento de política urbana, especialmente para a realização do direito fundamental à moradia.

O regime jurídico do novel instituto vinha disciplinado nos arts. 15 a 20 do Projeto que resultou na Lei 10.257/2001, contudo teve sua redação vetada pelo Presidente da República.⁴⁵⁶

Não obstante, reconhecendo a relevância do instrumento, foi editada a medida Provisória 2.220/2001 posteriormente perpetuada pela EC 32/2001, que traz os contornos desse instituto.

Faz jus à concessão de uso especial todo aquele, seja o homem, a mulher ou ambos, que até 30.06.2001 possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, imóvel público localizado em área urbana, de até 250 m², utilizando-o para fins de moradia, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.⁴⁵⁷

Desse modo, preenchidos os requisitos, o indivíduo tem o direito subjetivo de exigir da Administração Pública a outorga da concessão especial. Em caso de recusa ou omissão administrativa, poderá o interessado recorrer ao Poder Judiciário para fazer valer seu direito.⁴⁵⁸

⁴⁵⁶ São razões do veto: “O instituto jurídico da concessão de uso especial para fins de moradia em áreas públicas é um importante instrumento para propiciar segurança da posse – fundamento do direito à moradia – a milhões de moradores de favelas e loteamentos irregulares. Algumas imprecisões do projeto de lei trazem, no entanto, riscos à aplicação desse instrumento inovador, contrariando o interesse público”.

⁴⁵⁷ Conforme art. 1.º da MP 2.220/2001.

⁴⁵⁸ Art. 6.º da MP 2.220/2001.

Inexiste, portanto, margem de discricionariedade para a Administração avaliar a concessão ou não da outorga. Trata-se, em verdade, de ato administrativo vinculado.⁴⁵⁹

A reforçar esse argumento, José dos Santos Carvalho Filho acresce que não há na configuração dada pela lei ao instituto qualquer traço de negócio jurídico bilateral que se assemelhe à celebração de um contrato. E, para além disso, não se pode admitir “contrato vinculado” em que a Administração esteja obrigada à sua celebração.

A concessão especial deve ser expedida gratuitamente e reclama registro no competente Cartório de Registro de Imóveis. Pode ser transferida por atos *inter vivos* ou *causa mortis* (art. 7.º, MP 2.220/2001) e não será outorgada ao mesmo concessionário mais de uma vez.

Poderá ser formalizada por termo administrativo, quando o requerimento for atendido pela Administração Pública ou por sentença judicial nos casos de denegação do pleito ou omissão administrativa, hipótese que autorizam o ocupante a formular pedido em juízo.⁴⁶⁰

O Poder Público poderá indicar outro imóvel para o exercício do direito do possuidor, nos casos em que a ocupação se dê em bens de uso comum do povo, destinados a projeto de urbanização, de interesse da defesa nacional,⁴⁶¹ da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais.

Observe-se que também aqui há uma limitação na discricionariedade administrativa que só poderá indicar outro local nos casos previstos. Caso contrário, o possuidor terá direito à outorga de concessão especial no imóvel que ocupava.

⁴⁵⁹ No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Concessão de uso especial para fins de moradia. In: Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz (Coord.). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 165.

⁴⁶⁰ “Coerente com a vinculação do administrador, a lei atribuiu à sentença judicial a natureza declaratória, demonstrando que o direito era preexistente.” José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1117.

⁴⁶¹ Art. 22-A, § 2.º “Os imóveis sob administração do Ministério da Defesa ou dos Comandos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica são considerados de interesse da defesa nacional para efeito do disposto no inciso III do *caput* do art. 5.º da Medida Provisória n. 2.220, de 4 de setembro de 2001, sem prejuízo do estabelecido no § 1.º deste artigo” (alteração da Lei 11.481/2007).

Ainda nos casos em que a ocupação acarretar risco à vida ou à saúde dos ocupantes, a Administração Pública deverá assegurar-lhes o direito à concessão especial, realocando-os em outro imóvel.

O art. 3.º da Medida Provisória 2.220/2001 estende a obrigação da outorga da concessão especial aos Estados e Municípios, garantindo aos possuidores de imóveis pertencentes a esses entes o mesmo direito subjetivo.

Com razão, sustenta Maria Sylvia Zanella Di Pietro que a imposição dessa obrigação aos demais entes da Federação fere a autonomia municipal e estadual, especialmente se considerado o ônus financeiro sobre o patrimônio público de Estados e Municípios, viola, inclusive, dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal.⁴⁶²

Para a autora,

[...] a medida provisória, além de inconstitucional por invadir esfera de competência legislativa dos Estados e Municípios, ainda fere dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal, que, por ter a natureza de lei complementar, não pode ser contrariada por normas hierarquicamente inferiores, como é o caso da medida provisória.⁴⁶³

Assim, no âmbito federal, a concessão especial pode recair sobre áreas de propriedade da União, abarcando, inclusive, os terrenos de marinha e acrescidos, mas excluídos os imóveis funcionais.

A Lei 11.481/2007 alterou o art. 1.225 do Código Civil, incluindo a concessão especial no rol dos direitos reais, eliminando, portanto, quaisquer dúvidas quanto à natureza do direito subjetivo criado por esse instituto. A mesma lei autorizou instituição de hipoteca sobre esse direito, como decorre do art. 1473, VIII, do Código Civil.

⁴⁶² Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Concessão de uso especial para fins de moradia. In: Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz (Coord.). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 160. A autora aponta especial violação ao art. 16 da LRF que exige, a cada criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa, estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes e declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

⁴⁶³ Idem, *ibidem*, p. 161.

A concessão especial presta-se para figurar como objeto de alienação fiduciária, podendo, portanto, o devedor transferi-lo, de forma resolúvel, ao credor como instrumento de garantia contratual.⁴⁶⁴ Pode, ainda, ser objeto de garantia real “assegurada sua aceitação pelos agentes financeiros no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação – SFH”.⁴⁶⁵

O direito à concessão especial extingue-se se o concessionário desviar o imóvel de sua única finalidade possível (a moradia) ou adquirir a propriedade ou concessão de uso de outro imóvel. Por tratar-se de direito real, com eficácia *erga omnes*, a extinção da concessão especial deve ser averbada no competente Registro de Imóveis para ciência de terceiros.

A Medida Provisória 2.220/2001 não incluiu, nas formas de extinção da concessão especial, o direito de retomada do imóvel por razões de interesse público. Não obstante, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é possível a retomada do bem fundada no interesse coletivo, mediante indenização, equivalente a uma desapropriação de direito.⁴⁶⁶

Em razão das necessidades urbanísticas prementes, e especialmente para solucionar a ocupação em favelas, o legislador instituiu a concessão coletiva de uso especial para fins de moradia, que será outorgada quando, cumpridos os mesmos requisitos, houver ocupação por população de baixa renda para sua moradia e não for possível identificar os terrenos ocupados por possuidor (art. 2.º).

É inegável a semelhança desse instituto com a usucapião especial urbana, prevista no art. 183 da Constituição.

Nesse sentido, afirma Carlos Bastide Horbach que

[...] não se está diante de uma forma corriqueira de concessão de uso, mas sim de uma verdadeira modalidade peculiar de prescrição aquisitiva do direito de uso em relação a imóveis públicos urbanos [...]

⁴⁶⁴ Conforme art. 22, § 1.º, II, da Lei 9.514/1997, com as alterações da Lei 11.481/2007.

⁴⁶⁵ Art. 13 da Lei 11.481/2007.

⁴⁶⁶ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Concessão de uso especial para fins de moradia. In: Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz (Coord.). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 169.

trata-se de direito que, aparentemente, contraria a imprescritibilidade dos bens públicos, tal como consagrada no Direito brasileiro, tendo em vista que, diante da posse por cinco anos, afasta um bem público de sua afetação original e o submete ao gozo exclusivo de um particular, independentemente do interesse público e de anuência da Administração.⁴⁶⁷

Em sentido contrário, para Floriano de Azevedo Marques Neto não há incompatibilidade entre o direito real resultante da concessão especial e a vedação constitucional da imprescritibilidade dos bens públicos. Segundo o autor, o impedimento da aquisição da propriedade pública por usucapião não implica a imprescritibilidade dos demais direitos reais que compõem a propriedade.⁴⁶⁸

Com efeito, a concessão especial, apesar dessa nomenclatura, guarda poucas semelhanças com a concessão de uso, configurando-se como *tertium genus*, com regime jurídico distinto.

Duas são as principais diferenças entre a concessão especial e a concessão de uso.

A primeira delas reside na própria natureza jurídica dos institutos. Enquanto a concessão de uso é contrato administrativo, a concessão especial constitui verdadeiro ato administrativo vinculado.

A segunda distinção está na finalidade dos instrumentos. A concessão especial só pode ser utilizada para fins de moradia, ao passo que a concessão de uso poderá prestar-se a qualquer tipo de utilização, seja no interesse do particular, seja criando uma vantagem para a coletividade.

Essas dessemelhanças aplicam-se também em relação à concessão de direito real de uso que, embora se assemelhe à concessão especial em razão da natureza real do

⁴⁶⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Concessão de uso especial para fins de moradia. In: Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz (Coord.). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 153-158.

⁴⁶⁸ Floriano de Azevedo Marques Neto. *Bens públicos: função social e exploração econômica*. O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 362.

direito subjetivo, comporta outras finalidades que não a moradia, e tem natureza contratual.

3.5 Cessão

A cessão de uso é, possivelmente, o instrumento de outorga de uso que maior confusão causa entre estudiosos do assunto.

Em uma primeira acepção, esse instituto é comumente definido na doutrina como o instrumento por meio do qual o Poder Público confere o uso gratuito de bem público a órgão da mesma pessoa ou de pessoa distinta, por meio de termo de cessão, por tempo certo ou indeterminado. É medida de colaboração entre órgãos públicos.⁴⁶⁹

No entanto, a legislação, por vezes, acaba por conferir ao instituto conformação diversa daquela indicada na doutrina.

O art. 18 da Lei Federal 9.636/1998 dispõe que o Poder Executivo poderá, a seu critério, ceder imóveis da União a Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades sem fins lucrativos das áreas de educação, cultura, assistência social ou saúde ou a pessoas físicas ou jurídicas, tratando-se de interesse público ou social ou de aproveitamento econômico de interesse nacional.

A cessão, no âmbito federal, não depende de autorização legislativa, e será autorizada em ato do Presidente da República e formalizar-se-á mediante termo ou contrato, do qual constarão expressamente as condições estabelecidas, entre as quais a finalidade da sua realização e o prazo para seu cumprimento, e tornar-se-á nula, independentemente de ato especial, se ao imóvel, no todo ou em parte, vier a ser dada aplicação diversa da prevista no ato autorizativo e consequente termo ou contrato.⁴⁷⁰

A cessão poderá ocorrer sob qualquer dos regimes do Decreto-lei 9.760/1946 (art. 18, *caput*), sob a forma de concessão de direito real de uso (§ 1.º) ou formalizar-se

⁴⁶⁹ Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1984. p. 435; Diógenes Gasparini. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 929.

⁴⁷⁰ Art. 18, § 3.º.

por meio de termo ou contrato (§ 3.º), configurando-se como sinônimo de transferência de uso, pelos mais diversos instrumentos.⁴⁷¹

Nesse sentido, em uma segunda acepção, a cessão corresponderia a gênero aglutinador de outros institutos de outorga de uso privativo de um bem público a particular.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a cessão de uso será sempre gratuita, por prazo determinado, e só poderá recair sobre bens dominicais. Afirma a autora que a cessão é espécie do gênero concessão de uso.⁴⁷²

Diante da indefinição que permeia o regime e a aplicação dos diversos instrumentos de trespasse de uso, Floriano de Azevedo Marques Neto propõe o manejo de apenas um conceito de instrumento de outorga do direito de uso privativo, denominado genericamente de cessão, que seria delimitado conforme o tipo de outorga que se queira atribuir.⁴⁷³

No Estado de São Paulo inexistente legislação que discipline especificamente a cessão de uso. A normatização do instituto tem sede constitucional, conforme o art. 19, V, da Constituição Estadual, que exige prévia manifestação parlamentar para cessão de uso de bens imóveis para particulares. No entanto, é manejada, conforme lição clássica da doutrina, como instrumento de trespasse de uso de bem público de uma entidade para outra.⁴⁷⁴

Verifica-se, portanto, que a cessão de uso acaba por apresentar múltiplas faces, tantas quantas lhe conferirem o legislador dos diversos entes.

⁴⁷¹ Diógenes Gasparini. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 929.

⁴⁷² Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 699.

⁴⁷³ Floriano de Azevedo Marques Neto. *Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 368.

⁴⁷⁴ Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella di Pietro, em parecer PA-3 n. 131/1991, proferido no Processo Administrativo GS 0102/1989, na qualidade de Chefe da 3.ª Subprocuradoria Administrativa da Procuradoria Geral do Estado. Segundo a autora, “não há razão para que não se utilize o mesmo instituto, já aceito pela doutrina, à semelhança dos demais, que também não têm uma definição legal, mas são amplamente aceitos e utilizados rotineiramente, com base nas construções doutrinárias”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo dos bens públicos implica análise de expressões e vocábulos equívocos que admitem vários significados e são empregados com diferentes acepções na doutrina pátria e estrangeira.

Entre elas admitiram-se, no presente trabalho, como premissas para desenvolvimento do estudo, embora nem sempre imprescindíveis, as seguintes noções: (i) o domínio eminente liga-se à idéia de soberania estatal e traduz-se no poder do Estado de submeter todos os bens situados em seu território à sua vontade, devendo ser compreendida como parcela do dever-poder estatal, instrumento, portanto, para a consecução de suas funções; (ii) patrimônio Público relaciona-se com o conceito de domínio público, distinto daquela universalidade de bens que, independentemente de pertencerem ao Poder Público, guardam relevância por suas peculiares características; (iii) a noção de domínio público é mais ampla do que aquela reservada ao bem público, abrangendo os bens – públicos ou privados afetados a uma destinação pública, e na medida desta – como um envoltório de normas jurídicas de direito público; (iv) bem público é aquele titularizado pela pessoa jurídica de direito público, independentemente da finalidade a que esteja atribuído.

Na mesma linha, os bens públicos comportam variadas classificações, mostrando-se mais relevante para o desenvolvimento do presente trabalho o estudo a partir dos critérios de titularidade e afetação.

Com base nas classificações adotadas, acolheu-se o conceito de patrimônio imobiliário público como o conjunto de bens imóveis, assim enquadrados de acordo com o estabelecido nos arts. 79 a 81 do Código Civil ou por força da legislação legal extravagante, titularizados por pessoa jurídica de direito público e, em virtude disso, submetidos a regime jurídico publicístico, em maior ou menor extensão.⁴⁷⁵

⁴⁷⁵ Elival da Silva Ramos. Aspectos gerais do patrimônio imobiliário do Poder Público. *Cadernos Fundap*, São Paulo, ano 9, n. 17, p. 24, dez. 1989.

A gestão desse patrimônio é atribuição dos entes políticos que compõem a federação brasileira, como expressão de sua autonomia. Em consequência, compete à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal a disciplina das formas de uso dos bens do domínio público.

Dotado de autoadministração, cada ente político terá seu próprio aparelho administrativo, com organização competente responsável por uma parcela material da função estatal na qual se insere a gestão dos bens públicos, que envolve a idéia de sua utilização e conservação.

Nesse contexto, os bens públicos podem prestar-se à utilização pela coletividade, nas suas mais variadas formas, como instrumentos servíveis à realização da finalidade estatal.

A classificação das modalidades de usos de bens públicos que maior utilidade apresenta pauta-se em dois critérios: (1) a destinação principal do bem, que nos leva ao uso normal e uso anormal; e (2) a restrição ao uso do bem, que resulta no uso comum e no uso privativo do bem.

A classificação dos usos conforme a destinação principal do bem apresenta uma aparente dificuldade que não pode ser menoscabada: a de identificar, em algumas espécies de bens, qual o uso será predominante e, portanto, normal.

Todavia, essa dificuldade desvanece-se quando as espécies de usos incidentes sobre os bens públicos são consideradas de uma forma dinâmica, objeto de constantes alterações, na mesma medida que se alteram as necessidades da coletividade a informar o interesse público.

De outra parte, o uso privativo de bem público garante àquele que recebeu a outorga estatal o direito de usar o bem exclusivamente, afastando demais interessados, sua conferência sempre exigirá título jurídico formal, por meio do qual a Administração veicule seu consentimento e fixe as condições do uso a que o particular estará vinculado.

Os instrumentos jurídicos que darão supedâneo ao uso privativo do bem público submetem-se a regime jurídico de direito público, conferindo à Administração Pública prerrogativas decorrentes do interesse público que tutela.

Conquanto não haja proibição no manejo de contratos privados para o trespasse de bens públicos, os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, quando menos, não aconselham a adoção desses instrumentos, ainda que o objeto seja um bem dominical.

Malgrado a dificuldade na sistematização do tema, afigura-se possível identificar os principais traços característicos dos institutos de trespasse de uso privativo – autorização, permissão e concessão – e, com isso, permitir a análise dos conteúdos dos instrumentos previstos nas variadas legislações, independentemente do nome aposto.

Com efeito e como enfatizado ao longo do trabalho, em matéria de bens públicos, e especialmente dos instrumentos de outorga de uso, é preciso fazer um exercício de abstração, desconectando o *nomen juris* dado ao instituto, do regime jurídico que determinado diploma legal lhe confere.

Ademais, o correto manejo desses instrumentos propicia a implementação de políticas públicas de maneira racional, possibilitando uma visão global da administração patrimonial e, com isso, a melhor *performance* do patrimônio dos entes públicos.

É fundamental que essa dinâmica se submeta à fiscalização efetiva, o que torna indispensável que todo o trâmite da outorga de uso seja instrumentalizado por meio de processo administrativo, em que se possam aferir as razões que motivaram a opção administrativa pelo trespasse de determinado bem, para determinado particular, à vista de certa finalidade; o modo como a outorga foi conferida; as condições, etc.

Isto porque a outorga dos instrumentos de uso privativo é expressão, ainda que em níveis diferentes de incidência, da discricionariedade administrativa.

Verifica-se na legislação e na doutrina, nacional e estrangeira, a existência de duas principais formas de outorga de uso privativo: aquela consentida precariamente, possibilitando à Administração Pública revogar o ato sem gerar direito de indenização

ao particular; e aquela que constitui direito público subjetivo para o outorgado, em que a revogação implica dever da Administração de indenizar.

A ideia de precariedade relaciona-se a hipóteses em que a Administração carece de maior maleabilidade de decisão, manifestando uma maior liberdade administrativa, em que a competência discricionária se mostra mais extensa. São exemplos de instrumentos de outorga de uso precário a autorização e a permissão.

Na tentativa de estabelecer uma distinção com o instituto da permissão de uso, a doutrina atribui à autorização um maior grau de precariedade, em razão de ser outorgada no interesse prevalente do particular.

No entanto, não parece haver graus de precariedade: ou o ato é precário e poderá ser alterado ou revogado sem necessidade de ressarcimento ao utente, ou o ato confere ao particular direito subjetivo e, portanto, eventuais prejuízos deverão ser indenizados.

Nesse sentido, o aprazamento da autorização e da permissão de uso, predicando-as como qualificadas, retira dos institutos o caráter precário, aproximando-os do regime jurídico aplicável à concessão de uso, na medida em que obriga o Poder Público à observância do prazo estipulado e podendo criar, para o utente, direito subjetivo à indenização.

Ainda que se questione a conveniência (ou inconveniência) da utilização da permissão qualificada pela Administração, não há, *a priori*, impedimento para sua utilização.

Por outro lado, na outorga da autorização e da permissão de uso a Administração Pública poderá fixar prazo para que o ato seja revisto em dado tempo, para fins de controle do Poder Público, sem que isto lhes confira o *status* de qualificado. Caso surja hipótese que justifique a revogação do ato antes deste termo, a Administração Pública poderá fazê-lo, sem gerar qualquer direito a indenização para o particular.

Precariedade é a possibilidade de modificação ou revogação do ato, a critério da Administração Pública, fundada em razões de conveniência e oportunidade. A esse

aspecto acresce-se, necessariamente, outra informação: a revogação se dará sem gerar para o beneficiário do ato direito à indenização.

A análise crítica da autorização e da permissão de uso permite concluir que as distinções apontadas pela doutrina não penetram na essência dos institutos, que guardam a mesma natureza jurídica e produzem os mesmos efeitos jurídicos.

No entanto, a lei dos vários entes traz, por vezes, as duas figuras com notas distintas, ainda que sutis, no regime jurídico aplicável, o que justificou o estudo dissociado dessas figuras, embora, como dito, ontologicamente a autorização e a permissão integrem idêntica categoria, configurando-se como ato de consentimento estatal, unilateral, precário e discricionário.

Situação menos conflituosa se verifica relativamente à concessão de uso, cuja natureza jurídica contratual é consenso na doutrina.

Em razão da natureza contratual, a concessão de uso apresenta-se como instrumento adequado para as outorgas que demandem maior investimento, pois confere estabilidade para o particular, que só pode ser despido de seu direito de utilização privativa do bem, antes do prazo avençado, por razões de interesse público e mediante justa indenização.

A dificuldade que se identificou diz respeito às situações em que se verificarem lacunas nos contratos e inexistirem disposições legais disciplinando a aplicação do instituto no âmbito do ente concedente.

Isso porque, na ausência de lei específica disciplinando o instituto, a outorga será disciplinada pelas condições decorrentes do contrato de concessão, que poderá dispor sobre prazo, remuneração, formas de rescisão e outras condições não estabelecidas em lei. Havendo, todavia, lacuna na lei ou no contrato, a solução termina por consistir em aplicar as normas gerais atinentes ao instituto da concessão, elencadas na Lei 8.987/1995 e correlatas.

Por ser ferramenta de gestão patrimonial, embora tenha cunho contratual, submetendo-se, inclusive às disposições que regem as licitações, insere-se na competência discricionária da Administração Pública.

A autorização legislativa não é uma exigência apriorística para a outorga de concessão de uso, revelando-se obrigatória quando legalmente estabelecida.

De qualquer forma, a concessão de uso deve ser outorgada para atendimento, pelo concessionário, de uma finalidade pública, direta ou indiretamente aferível, que deverá levar em conta a existência de política pública de que possa ser instrumento o bem objeto da outorga.

Em razão de a concessão de uso conferir ao concessionário direito subjetivo ao uso do bem, a Administração deverá agir com razoabilidade no aprazamento dos contratos de concessão, podendo-se revelar inconveniente a outorga por prazo excessivamente longo, não sendo concebível a outorga por tempo que, na prática, represente a transferência do bem.

Não obstante, esse direito subjetivo não contempla a manutenção do contrato diante de uma revogação legítima. Existindo interesse público a motivar o ato de retirada, o direito subjetivo ao uso privativo converte-se em direito à reparação pecuniária.

A indenização devida em caso de revogação da Administração deverá abarcar todo o investimento realizado pelo concessionário, bem como aquilo que deixou de receber em razão da rescisão extemporânea do contrato, rescisão esta que deverá ser precedida de processo administrativo que garanta ao concessionário o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Quanto a terceiros, a outorga da concessão reveste o concessionário de direitos àqueles oponíveis, o que, para alguns, compreende o manejo de ações possessórias, em caso de esbulho ou turbação.

A outorga de qualquer dos instrumentos aqui tratados, quais sejam a autorização, a permissão ou a concessão de uso, poderá ser onerosa ou gratuita, conforme o uso seja ou não remunerado pelo utente.

No entanto, o uso gratuito deverá ser justificado pela Administração Pública, demonstrando as razões que superem as vantagens na arrecadação de valores que seriam empregados a bem da coletividade.

Por fim, cumpre fazer algumas notas sobre a concessão de direito real de uso e sobre a cessão de uso, institutos que não foram objeto específico do presente trabalho, embora correlatos ao tema.

A concessão de direito real de uso pode ser considerada uma espécie de concessão, submetendo-se a regime jurídico muito semelhante àquele aplicado à concessão de uso, distinguindo-se desta quanto à finalidade e à natureza.

Quanto à cessão de uso, é comumente definida como o instrumento de outorga de uso gratuito de bem público a órgão da mesma pessoa ou de pessoa distinta, mas por vezes também é tida como gênero aglutinador de outros institutos de outorga de uso privativo de um bem público a particular.

Denota-se assim, que também inexistente consenso quanto às hipóteses que se subsumem à cessão de uso, o que reforça a importância da ênfase ao conteúdo dos atos, preterindo-se a eleição isolada pelo *nomen juris*.

Portanto, os instrumentos de trespasse de uso de bens públicos são ferramentas essenciais na gestão do patrimônio público imobiliário e devem ser manejados com cautela pela Administração, sempre compatibilizando a utilização que se pretenda conferir com a vocação do bem objeto da outorga.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABE, Nilma. *Gestão do patrimônio público imobiliário: aspectos jurídicos da destinação, delimitação, fiscalização e responsabilidade*. São Paulo: JH Mizuno, 2006.
- ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Barcelona: Bosch, 1970. t. I.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *A utilização do domínio público pelos particulares*. São Paulo: Juriscredi, 1972.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ARAÚJO, Luis Alberto David; SERRANO, Vidal. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ATALIBA, Geraldo. Patrimônio administrativo – Empresas estatais delegadas de serviço público – Regime de seus bens – Execução de suas dívidas. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, v. 7, p. 22, 1994.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- . Desapropriação de bem público. *Revista de Direito Público*, n. 29, p. 51-52, 1974.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

- BOCKMANN, Egon. Notas sobre a permissão de serviço público no direito brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, p. 4, maio-jun.-jul. 2009.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: ——— (Org.). *Política pública, reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.
- CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1970. t. II.
- CAMMAROSANO, Márcio. A ampliação do conceito de patrimônio público e sua proteção. In: Carlos Ari Sunfeld; Cassio Scarpinella Bueno (Coord.). *Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 266.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Autorização e permissão: a necessidade de unificação dos Institutos. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n. 16, p. 118-130, 2002.
- . *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira; GUERRA, Sérgio. A ponderação de interesse na cobrança municipal para uso do subsolo, solo e espaço aéreo por concessionária de serviços públicos, *Interesse Público*, n. 26, Caderno de Direito Municipal, p. 221
- CIMARDI, Cláudia. *Proteção processual da posse*. São Paulo: RT, 2007.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Dos bens públicos no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1969.
- . Regime jurídico das permissões de uso no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, 101/24, p. 34.

DALLARI, Adilson Abreu. Uso do espaço urbano por concessionárias de serviços de telecomunicações. *Biblioteca Digital Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDUA*, Belo Horizonte, ano 1, n. 5, set.-out. 2002. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=10506>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

———. Uso oneroso de bens públicos por empresas concessionárias de serviços públicos. *Boletim de Direito Administrativo*, p. 923, dez. 2001.

———; FERRAZ, Sérgio (Coord.). Concessão de uso especial para fins de moradia. *Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 168.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Concessão de uso especial para fins de moradia. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 169.

———. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009.

———. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2002.

———. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: RT, 1983.

DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. México: Ciudad Argentina, 2006.

ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1990. v. 2.

FERNANDES, Raimundo Nonato. Da concessão de uso de bem público. *Revista de Direito Administrativo*, n 118/1-11, p. 5, out.-dez. 1974.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Juarez. *Da necessária reclassificação dos bens públicos*. Estudos de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 1995.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

———. Permissão de uso de bem público. *Revista de Direito Público*, n. 11, p. 92.

GORDILLO, Agustin. *Princípios gerais de direito público*. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: RT, 1977.

GRAU, Eros. Concessionária de serviço público – Bens públicos – Direito de uso. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 218, p. 323, out.-nov. 1999.

GRECCO, Carlos M.; MUÑOZ, Guillermo A. *La precariedad en los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones*. Buenos Aires: Depalma, 1992.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005.

———. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 937.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: RT, 1987.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

———. O uso de bens públicos estaduais por concessionárias de energia elétrica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 236, p. 1-31, p. 934, abr.-jun. 2004.

MARRARA, Tiago. *Bens públicos, domínio urbano, infra-estruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MAYER, Oto. *Derecho administrativo alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1982. t. III.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: RT, 2009.

———; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Coord.). Dos instrumentos da política urbana. *Estatuto da Cidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1984.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Normas gerais sobre licitações e contratos administrativos –Natureza e identificação no Estatuto Jurídico Federal vigente – Perspectiva de novos projetos modernizadores. *RDA* 189/47.

NERY JR., Nelson. Defesa do patrimônio público em juízo: o sistema do processo coletivo e o interesse público. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 257-258

OCTAVIO, Rodrigo. *Do domínio da União e dos Estados segundo a Constituição Federal*. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1924.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Principios de derecho administrativo general II*. Madrid: Iustel, 2009.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Loteamentos urbanos: natureza jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

QUEIRÓZ, Leticia. Uso compartilhado de faixa de domínio das rodovias por concessionárias de serviço público. *Revista Interesse Público*, Ed. Notadez, ano VIII, n. 40, p. 201, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. Aspectos gerais do patrimônio imobiliário do Poder Público. *Cadernos Fundap*, São Paulo, Ano 9, n. 17, p. 19, dez. 1989.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Função social da propriedade pública*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

———. ————. São Paulo: Malheiros, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. Formação e alterações no patrimônio imobiliário do Poder Público. *Cadernos Fundap*, São Paulo, ano 9, n. 17, p. 39, dez. 1989.

———; PAGANI, Rodrigo. Instalação e remanejamento de redes no domínio público municipal. *Revista Brasileira de Direito Municipal*, Belo Horizonte, ano 4, n. 9, jul. 2003.

TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

VALIM, Rafael. Comentários ao acórdão do STF na MC em Rcl 6.207-4 (865)/AM. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, p. 320-328.

———. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.