Nº 37 – Janeiro/Fevereiro/Março de 2014 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

FUNÇÃO SOCIAL DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

Élcio Arruda
Professor universitário, mestre em direito pela UNIFRAN, doutorando em direito pela FADISP, juiz federal.

1. Introdução

A utilização do bem público por particular é tema incluído no âmbito do direito administrativo, sob a égide de princípios, institutos e normas de direito público, fora do círculo das regras de direito comum.

Um parêntesis de logo se impõe, acerca da dicotomia entre direito público e privado: referindo-se especificamente ao Código Civil, Ricardo Luis Lorenzetti, também Ministro da Suprema Corte de Justiça da Nação (Argentina), aponta a subsistência, nos tempos atuais, da chamada "era da desordem", não há mais diferenciação nítida entre o direito público e o privado, já que os pressupostos à separação sucumbiram. O direito privado não mais se encontra integralmente contemplado no Código Civil, há um dilúvio torrencial de leis esparsas, decretos, tratados, regulamentos, etc. A tarefa do intérprete, neste sentido, torna-se decisiva. Surgiram vários microssistemas: *"o Código é o Sol, ilumina-os, colabora com sua vida, mas já não pode incidir diretamente sobre eles. Também se pode utilizar a famosa descrição de Wittgenstein, aplicada ao direito, pela qual o Código é o velho centro da cidade, a que foram se agregando novos subúrbios, cada qual com seus próprios centros e características de bairro. Poucos são os que se visitam uns aos outros. Ao centro, apenas se vai de vez em quando a contemplar relíquias históricas"*[1].

Retornando propriamente à temática, a análise do uso do bem público por particular é ainda mais intrincada, porquanto a matéria não se encontra integralmente sistematizada em lei, a terminologia empregada pela doutrina não é uniforme (e a confusão de palavras, sabidamente, acarreta a confusão de coisas), cada categoria de bem se sujeita a regime jurídico específico e é passível de uso

[1] LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito.* Tradução portuguesa de Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 43-44.

pelo particular de diversas formas, sob a égide de títulos jurídicos de diferentes modalidades[2].

No campo das dificuldades, em relação aos bens de uso especial (ou do patrimônio administrativo) e os de uso comum do povo (ou do domínio público) referem afetação jurídica e, por isto, são excluídos do comércio jurídico de direito privado (*extra commercium*). Os bens de uso especial não podem ser utilizados por particulares, salvo a título de exceção e segundo normas de direito público, já que destinados ao uso pela administração pública ou por outros fins de interesse público. Aos bens de uso comum do povo são aplicáveis idênticas restrições, condição necessária a permitir-lhes o acesso a todos. Nenhum gravame ou vínculo apto a obstar a utilização geral pode incidir sobre as duas categorias de bens públicos.

Já quanto aos bens dominicais, também rotulados patrimônio disponível ou patrimônio fiscal[3], não destinados ao uso comum do povo, nem ao uso especial da administração pública, são empregados nas mais diversas finalidades públicas: podem ser objeto de alienação ou exploração para obtenção de renda, podem ser cedidos gratuita ou onerosamente para fins educacionais, esportivos, culturais, artísticos ou industriais, podem ser empregados como instrumento à fixação do homem no campo, podem ser objeto de exploração agrícola, de cultivo, de urbanização, de industrialização e tantos outros empregos de interesse social.

Independentemente da categoria de bem público (uso comum do povo/domínio público, uso especial/patrimônio administrativo ou dominicais/patrimônio disponível), forçosamente, há de se ter presente a *função social da propriedade pública*, intrínseca à sua própria natureza: *"os bens públicos devem ser disponibilizados de tal forma que permitam proporcionar o máximo de benefícios à coletividade, podendo desdobrar-se em tantas modalidades de uso quantas foram compatíveis com a destinação e conservação do bem"*[4].

Há bens públicos passíveis de inúmeras formas de utilização, mediante conjugação do uso comum do povo com utilização por particulares, para diferentes finalidades. Nestes casos, há se atentar ao binômio: utilidade para população e ausência de prejuízo ao direito de uso comum. Nesta linha, a utilização de vias públicas para realização de feiras-livres, exposições de artes, venda de combustíveis, distribuição de jornais, comércio de flores e frutas, por exemplo, revelam situações de harmonização entre o uso comum do povo e a outorga de maior poder sobre o bem para alguns membros da coletividade.

Igualmente, as águas públicas podem atender a diversos objetivos, alguns de uso comum (navegação) e outros de uso particular (desvio para fins agrícolas ou industriais). Também podem servir à execução de serviço público (produção de energia elétrica ou abastecimento da população).

---

[2] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 1.
[3] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 433.
[4] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 2.

Nos cemitérios, conjuga-se o uso comum do povo, transeunte nas alamedas, com o uso especial consistente na inumação de cadáveres em valas comuns e com o uso privativo de sepulturas concedidas pelo poder público.

Nos mercados públicos, há duas modalidades de utilização: a privativa, titularizada pelos usuários dos boxes ali instalados e destinados ao comércio; a comum, permissão à circulação pelas dependências franqueada a qualquer um do povo.

À luz da apontada função social da propriedade, ao poder público incumbe harmonizar a conciliar as diversas formas de uso dos bens públicos. Para tanto, age sob o manto da discricionariedade (oportunidade e conveniência: liberdade de escolha a partir do marco legal), figura diversa da arbitrariedade, a ser amalgamada mediante disponibilização idônea a propiciar o máximo de benefícios à coletividade. Sobre a discricionariedade, cumpre rememorar lição do saudoso Hely Lopes Meirelles: *"Já temos a acentuado, e insistimos mais uma vez, que ato discricionário não se confunde com ato arbitrário. Discrição e arbítrio são conceitos inteiramente diversos. Discrição é liberdade de ação dentro dos limites legais; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, portanto, quando permitido pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é, sempre e sempre, ilegítimo e inválido"*[5].

Naturalmente, a utilização de bens públicos por particulares suscita relações jurídicas, todas elas balizadas pelo trinômio adiante explicitado: 1) O bem público é vocacionado ao cumprimento de dada finalidade e, como tal, é insusceptível de comercialização, nem é passível de regulação por preceitos de direito privado, ressalvados os bens dominicais ou do patrimônio disponível; 2) a pessoa jurídica de direito público que consente a utilização do bem público age em supremacia sobre o particular, atua sob a égide da discricionariedade, exerce poder de polícia sobre o bem e sobre a atuação dos usuários, sempre a fim de compatibilizar as várias formas de uso do bem ao interesse público a que estiver afetado; 3) quanto ao particular a quem se permite a utilização, é de se analisar a extensão, os limites e a forma de tutela de seus direitos[6].

2. Conceito e classificação dos bens públicos

O uso de bens públicos por particulares, como é intuitivo, tem como de partida a espécie do bem: daí a necessidade de rememorar conceitos e classificações ortodoxas.

À símile de seu antecessor (art. 65), o atual Código Civil dispõe: *"são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem"* (art. 98). O critério de titularidade eleito pela legislação reitora é francamente insuficiente, porquanto há pessoas jurídicas de direito privado detentoras ou

[5] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 151.
[6] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 3.

possuidoras de bens reputados públicos, como ocorre com empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionárias e permissionárias de serviços públicos (CF, art. 175). Nestas situações, presente intervenção indireta (verticalidade: poder de império), o patrimônio, conquanto incorporado a entidade privada, permanece adjungido às hostes públicas[7]. Agora, diferentemente, quando paraestatais atuarem no segmento de intervenção direta (segurança nacional e relevante interesse coletivo: CF, art. 173)[8], dada a paridade em relação à iniciativa privada (horizontalidade), não haverá de se falar em patrimônio público, nem em seus consectários[9].

O Código Civil, no artigo 99, assim classifica os bens públicos em três categorias, a saber, de uso comum do povo, de uso especial e dominicais:

> I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;
>
> II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;
>
> III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.
>
> Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

Com maior rigor técnico, para efeitos administrativos, a primeira categoria (uso comum do povo) é constituída por bens de domínio público, a segunda categoria (de uso especial) é constituída por bens patrimoniais indisponíveis e a terceira categoria (dominicais) é constituída por bens patrimoniais disponíveis[10].

De toda sorte, o critério da classificação é a destinação ou a *afetação* do bem. Os bens de uso comum do povo ou de domínio público são aqueles destinados à utilização pública e coletiva, é o povo em quem deles usufrui: são os mares, os rios, estradas, ruas e praças, dentre outros. Os bens de uso especial[11] ou do patrimônio

---

[7] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 430-431; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 519-520.

[8] *"Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei"*.

[9] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 500-503.

[10] CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, P. 556-558.

[11] A expressão "uso especial" seria imprópria à designação de tal modalidade de bem, já que pode induzir à utilização privativa de bem público por particular e o uso comum sob maiores restrições (pagamento de pedágio,

administrativo se prestam à execução dos serviços públicos, são os prédios e edifícios onde funcionam as repartições públicas, os veículos de qualquer dos poderes, os matadouros, mercados, rodoviárias, aeroportos, teatros públicos, cemitérios públicos, as terras dos silvícolas e outras serventias postas à disposição do público com destinação específica. Já os bens dominiais, dominicais, do patrimônio disponível ou fiscal, por sua vez, não são aplicados nem ao uso comum nem ao uso especial, carecem de destinação pública específica, podem ser empregados para qualquer fim, até mesmo alienados. Na categoria de bens dominicais, incluem-se as terras devolutas[12], aquelas pertencentes ao Estado, sem cometimento a qualquer uso público, já que não transferidas do poder público ao particular – ou, transferidas, foram objeto de comisso (reversão) – ou não se integraram ao domínio privado por alguma irregularidade (defeito ou nulidade de título, *v.g.*).

Tem-se a chamada afetação quando a dado bem é destinado a uso comum (domínio público) ou ao uso especial (patrimônio administrativo ou patrimônio indisponível). Já a desafetação é a retirada do bem de dado destino. Os bens dominicais, foi dito, não se encontram afetados a qualquer uso público. A afetação pode decorrer da natureza do próprio bem (mares, ruas, estradas praças, etc), pode decorrer de lei ou ato administrativo ordenando a aplicação de bem dominical ou do patrimônio indisponível ao uso comum. Já a desafetação de bem de uso comum ou do patrimônio administrativo/indisponível depende de lei e de ato do poder executivo[13]: assim, por exemplo, a falta de uso de dado logradouro não induz à sua desafetação[14].

3. Regime jurídico dos bens públicos

O regime jurídico de bens públicos é matizado pela inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade[15].

---

autorização à circulação de veículos especiais, etc). Daí se afigurar mais consentânea a locução "bem do patrimônio indisponível" ou mesmo do "patrimônio administrativo" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 730).

[12] Sobre a origem das terras devolutas, explicita Celso Antônio Bandeira de Mello: *"são as terras públicas não aplicadas ao uso comum nem ao uso especial. Sua origem é a seguinte. Com a descoberta do País, todo o território passou a integrar o domínio da Coroa portuguesa. Destas terras, largos tratos foram trespassados aos colonizadores, mediante as chamadas concessões de sesmarias e cartas de data, com a obrigação de medi-las, demarcá-las e cultivá-las (quando, então, lhes adviria a confirmação, o que, aliás, raras vezes sucedeu), sob pena de "comisso", isto é, de reversão delas à Coroa, caso fossem descumpridas as sobreditas obrigações. Tanto as terras que jamais foram trespassadas, como as que caíram em comisso, se não ingressaram no domínio privado por algum título legítimo e não receberam destinação pública, constituem as terras devolutas. Com a independência do País passaram a integrar o domínio imobiliário do Estado brasileiro"* (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 533).

[13] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 529.

[14] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 732.

[15] CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 338, v. 3.

Sobre a *inalienabilidade*, dispõe o Código Civil, no art. 100: *"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"*. A vedação à alienação pressupõe a afetação do bem e, pois, sua inclusão ou na categoria de uso comum (domínio público) ou de uso especial (patrimônio administrativo ou patrimônio indisponível). Se houver desafetação, é possível a alienação. Os bens dominiais, exatamente porque desafetados por natureza, comportam alienação.

A *imprescritibilidade* decorre da inalienabilidade: se o bem público é originariamente inalienável, a ninguém é dado obtê-lo via prescrição aquisitiva (usucapião): *"Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião"* (CC, art. 102). Em idêntica vertente, dispõe a Carta Política, nos artigos 183, § 3º, e 181, parágrafo único. Todavia, no passado, pretendeu-se exercer a prescrição aquisitiva especialmente quanto a bens públicos dominicais, mormente porque as Constituições anteriores à atual não contemplavam regra expressa vetando a usucapião quanto a bens públicos, muito embora o Código Civil de 1916, no art. 67 (*"Os bens de que trata o artigo antecedente só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e forma que a lei prescrever"*), assentasse a inalienabilidade, a desaguar em imprescritibilidade. Naquele tempo, foram editados Decretos federais (19.924/31, 22.785/33 e 710/38) proibindo, às expressas, a usucapião de bens públicos, vedação ulteriormente solidificada pela súmula 340 do Pretório Excelso: "*Desde a vigência do código civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião"* (1964). De qualquer maneira, ao longo da República, a partir de dispositivos constitucionais (CF/34, art. 125; CF/37, art. 148; CF/46, art. 156, § 3º), permitia-se a usucapião *pro labore* mesmo em relação a áreas públicas, em favor de quem cultivasse a terra com o próprio trabalho e o de sua família[16]. Nesta linha, a usucapião especial contemplada na Lei 6.969/81 era igualmente exercitável contra bens particulares e públicos (terras devolutas)[17]: aliás, quanto às terras devolutas, o reconhecimento da usucapião deveria ser preferencialmente pela via administrativa (idem, art. 4º § 2º). A atual Carta Política, entretanto, embora também consagre a usucapião *pro labore* (art. 191), agregou sua vedação quanto a bens públicos[18]. Hoje, pois, diante do arcabouço constitucional, não mais é permitida usucapião em relação a qualquer espécie ou categoria de bem público, diretriz retrógrada, na acepção de Di Pietro, *"por retirar do particular que cultiva a terra um dos instrumentos de acesso à propriedade pública, precisamente no momento em que prestigia a função social da propriedade"*[19].

A *impenhorabilidade* decorre da dicção da Carta Política, 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*

[16] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, 531.
[17] *"Art. 2º - A usucapião especial, a que se refere esta Lei, abrange as terras particulares e as terras devolutas, em geral, sem prejuízo de outros direitos conferidos ao posseiro, pelo Estatuto da Terra ou pelas leis que dispõem sobre processo discriminatório de terras devolutas"*.
[18] *"Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinqüenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião"*.
[19] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 735.

créditos adicionais abertos para este fim". Em idêntica vertente, é a diretriz consagrada no Código de Processo Civil, artigos 730 e 731 (execução contra a Fazenda Pública). De tal sorte, nem sob autorização legislativa à Fazenda Pública é dado abrir mão da impenhorabilidade dos bens públicos. Daí decorre a impossibilidade de onerar o patrimônio público, sob qualquer forma. Um parêntesis se impõe: à luz da dicção constitucional, circunscrito o regime de precatórios a pagamentos "em virtude de sentença judiciária", pagamentos administrativos, não oriundos de processos judiciais, escapam-lhe aos domínios.

No terreno do regime jurídico dos bens públicos, é interessante refletir sobre situações envolvendo órgãos da administração indireta (paraestatais). Consoante já assinalado (n. 2), são públicos os bens de entidades privadas – empresas públicas, sociedades de economia mista e concessionárias de serviços públicos – prestadoras de serviços públicos, dês que afetados a tal finalidade. Do contrário, sobreviria descontinuidade na prestação dos serviços públicos. Daí a inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade dos bens assim caracterizados[20]. Assim, por exemplo, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (Correios), na dicção do Pretório Excelso, é equiparada à Fazenda Pública e, por arrastamento, seus bens, rendas e serviços são impenhoráveis[21], além de usufruir de imunidade tributária[22]. É bem de ver, no entanto, a existência de divergência no âmbito do próprio Pretório Excelso: ao ensejo de julgamento em processo – a que se conferiu repercussão geral (CPC, art. 543-A: eficácia vinculante)[23] – onde figurava como parte concessionária de serviço público de fornecimento de energia elétrica, Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A (Eletronorte), sociedade de economia mista, debatida a necessidade, ou não, de submissão de suas dívidas ao regime de precatório, por maioria, prevaleceu o entendimento no sentido de que, além do regime de concorrência, como o escopo principal da empresa fosse a exploração lucrativa do serviço, em benefício de seus acionistas (entidades públicas ou privadas), o lucro teria como perspectiva o particular, não o Estado, de modo a ser inaplicável o regime de precatório[24].

---

[20] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 311-327.

[21] *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IMPENHORABILIDADE DE SEUS BENS, RENDAS E SERVIÇOS. RECEPÇÃO DO ARTIGO 12 DO DECRETO-LEI Nº 509/69. 1. À empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-lei nº 509/69 e não-incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. 2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal. Vícios no julgamento. Embargos de declaração rejeitados"* (STF – RE 230051 ED – Rel. Maurício Corrêa – Pleno – j. 11-06-2003 – DJ 08-08-2003).

[22] STF – ACO 765 QO – Rel. Marco Aurélio – Rel. p/ Acórdão Eros Grau – Pleno – j. 1º-06-2005.

[23] *"Em razão da tendência de transformação do recurso extraordinário em instrumento do controle difuso e abstrato da constitucional idade das leis, é correta a observação de que o pronunciamento do Plenário do STF sobre a repercussão geral de determinada questão vincula os demais órgãos do tribunal e dispensa, inclusive, que se remeta o tema a um novo exame do Plenário, em recurso extraordinário que verse sobre a questão cuja amplitude da repercussão já tenha sido examinada"* (DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, p. 334-335, v. 3).

[24] *"FINANCEIRO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PAGAMENTO DE VALORES POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. INAPLICABILIDADE DO REGIME DE PRECATÓRIO. ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL CUJA REPERCUSSÃO GERAL*

Nesta conjuntura, a problemática ganha mais corpo quando entes paraestatais se dedicam à prestação de serviços públicos (intervenção indireta) e, concomitantemente, desempenhavam serviços cometidos à iniciativa privada em geral (intervenção direta na economia). Neste sentido, é emblemática a situação dos Correios. A prestação de *serviços postais* se inclui no rol das obrigações cometidas à União (CF, art. 21, X). Ausente coeficiente idôneo à caracterização de atividade econômica em sentido estrito e ausente – talvez por isto mesmo – alusão a propósito no catálogo constitucional (idem, art. 177), é incabível se falar de "monopólio postal". O serviço postal configura, sim, *privilégio* cometido à União, a quem incumbe prestá-lo em caráter de exclusividade[25], no tocante a atividades postais próprias (Lei 6.538/1978, art. 9º)[26]. Daí a desconformidade da Lei de Serviços Postais (Lei

---

FOI RECONHECIDA. Os privilégios da Fazenda Pública são inextensíveis às sociedades de economia mista que executam atividades em regime de concorrência ou que tenham como objetivo distribuir lucros aos seus acionistas. Portanto, a empresa Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. - Eletronorte não pode se beneficiar do sistema de pagamento por precatório de dívidas decorrentes de decisões judiciais (art. 100 da Constituição). Recurso extraordinário ao qual se nega provimento" (STF – RE 599.628 – Repercussão Geral – Rel. Ayres Britto – Rel. p/ Acórdão Joaquim Barbosa – Pleno – j. 25-05-2011).

[25] *"EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. EMPRESA PÚBLICA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS. PRIVILÉGIO DE ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIAS. SERVIÇO POSTAL. CONTROVÉRSIA REFERENTE À LEI FEDERAL 6.538, DE 22 DE JUNHO DE 1978. ATO NORMATIVO QUE REGULA DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONCERNENTES AO SERVIÇO POSTAL. PREVISÃO DE SANÇÕES NAS HIPÓTESES DE VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL. COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL VIGENTE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 1º, INCISO IV; 5º, INCISO XIII, 170, CAPUT, INCISO IV E PARÁGRAFO ÚNICO, E 173 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. ARGUIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO CONFERIDA AO ARTIGO 42 DA LEI N. 6.538, QUE ESTABELECE SANÇÃO, SE CONFIGURADA A VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL DA UNIÃO. APLICAÇÃO ÀS ATIVIDADES POSTAIS DESCRITAS NO ARTIGO 9º, DA LEI. 1. O serviço postal --- conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado --- não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público. 2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar. 3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso X]. 4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei n. 509, de 10 de março de 1.969. 5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. 6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal. 7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade. 8. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 42 da Lei n. 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo"* (STF – ADPF 46 – Rel. Marco Aurélio – Rel. p/ Acórdão Eros Grau – Pleno – j. 05-08-2009, DJe-035).

[26] *"Art. 9º - São exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais: I - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal; II - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de correspondência agrupada: III - fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal. § 1º - Dependem de prévia e expressa autorização da empresa exploradora do serviço postal; a) venda de selos e outras fórmulas de franqueamento postal; b) fabricação, importação e utilização de máquinas de franquear correspondência, bem como de matrizes para estampagem de selo ou carimbo postal. § 2º - Não se incluem no regime de monopólio: a) transporte de carta ou cartão-postal, efetuado entre dependências da mesma pessoa jurídica, em negócios de sua economia, por meios próprios, sem intermediação comercial; b) transporte e*

6.538/1978), quando se refere à figura de "monopólio", à dicção da vigente Constituição Federal. Naturalmente, o serviço de transporte de encomendas, aí incluídas as entregas expressas (SEDEX e congêneres), escapa ao privilégio postal outorgado aos Correios. Neste terreno, presente atuação em segmento propriamente econômico (intervenção direta), a empresa pública se sujeita a regime jurídico ordinário (CF, art. 173, § 1º, II), isto é, às regras jurídicas aplicáveis à generalidade das empresas transportadoras de carga (regime paritário: horizontalidade). De conseguinte, não há espaço à incidência da disciplina consagrada na Lei de Serviços Postais, aplicável apenas quando subsistente atividade postal própria, a atrair o *privilégio postal*: *"Os Correios são, a um só tempo, empresa pública prestadora de serviço público em sentido estrito, e agente inserido no mercado, desempenhando, neste caso, típica atividade econômica e se sujeitando ao regime de direito privado"*[27]. A diretiva assim explicitada induz a consectários práticos de alargado relevo. Processualmente, um deles seria a incidência, em demandas envolvendo entregas expressas a cargo dos Correios, do Código de Defesa do Consumidor, presente relação consumerista (Lei 8.078/90, art. 3º, § 2º[(28)]) [Enunciado 369/CJF, IV Jornada de Direito Civil][29]. Nesta linha, a vulnerabilidade inerente à condição de todo e qualquer consumidor (CDC, art. 4º, I)[30], permite a infirmação de abusos e distorções amiúde perpetrados por fornecedores de serviços, em detrimento dos tomadores-consumidores, economicamente mais débeis. Em consequência, a hipossuficiência, em qualquer de suas modalidades (técnica, jurídica, fática ou informacional)[31], se e quando comprovada, caracteriza a vulnerabilidade e legitima a atuação das regras protetivas instituídas em prol do consumidor, aí incluída a inversão do ônus da prova (idem, art. 6º, VII)[32]. Sob a óptica material, eventual condenação judicial imposta à empresa pública por conta do exercício de atividade de intervenção direta na economia não se sujeita ao regime de precatórios, seu patrimônio é passível de constrição, vale dizer, observar-se-ão regras de direito comum.

---

entrega de carta e cartão-postal; executados eventualmente e sem fins lucrativos, na forma definida em regulamento".

[27] STJ – REsp 976.564/SP – Rel. Luis Felipe Salomão – 4. Turma – j. 20-09-2012, DJe 23-10-2012.

[28] *"Art. 3º, § 2°: Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista."*

[29] "Enunciado 369, IV Jornada de Direito Civil: *"Diante do preceito constante no CC 732, teleologicamente e em uma visão constitucional da unidade do sistema, quando o contrato de transporte constituir uma relação de consumo, aplicam-se as normas do CDC que forem mais benéficas a este"*.

[30] *"Todo consumidor é sempre vulnerável, característica intrínseca à própria condição de destinatário final do produto ou serviço, mas nem sempre será hipossuficiente, como se verá a seguir. Assim, enquadrando-se a pessoa como consumidora, fará jus aos benefícios previstos nesse importante estatuto jurídico protetivo. Assim, pode-se dizer que a vulnerabilidade é elemento posto da relação de consumo e não um elemento pressuposto, em regra. O elemento pressuposto é a condição de consumidor"* (TARTUCE, Flávio. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Gen/Método, 2013, p. 32-33).

[31] Na hipossuficiência técnica, ao consumidor falta conhecimento específico sobre o produto ou serviço consumido; na jurídica, ele carece de suficientes noções jurídicas, contábeis ou econômicas atinentes à relação de consumo; na fática, fatores físicos, econômicos e até mesmo psicológicos o colocam em inferioridade frente ao fornecedor; na informacional, os dados sobre o produto ou serviço, hábeis a influenciar o consumidor no processo decisório de compra, são insuficientes (LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 90-91).

[32] STJ – REsp 1080719/MG – Rel. Nancy Andrighi – 3. Turma – j. 10-02-2009, DJe 17-08-2009.

4. Utilização dos bens públicos

Os bens públicos, em qualquer de suas modalidades, comportam utilização pela própria administração pública detentora da titularidade, por outros entes públicos, por particulares engajados no cumprimento de serviços públicos ou por particulares. Em todos os casos, os bens permanecem sob administração e vigilância do poder público, no afã de assegurar-lhes a conservação e permitir o uso por todos em geral (*quisque de populo*). Nos limites da espécie, interessa-nos perquirir o uso do bem público pelo particular.

4.1 Utilização do bem público por particular

O uso do bem público por particular é encarado fundamentalmente sob o ângulo da exclusividade, ou não, da utilização, a resultar na necessidade, ou não, de consentimento da administração pública: tem-se, então, o uso comum e o uso privativo, respectivamente.

4.1.1 Uso comum: ordinário e extraordinário

No uso comum ordinário, os bens públicos são cometidos ao livre uso de todos, passíveis de utilização indiscriminada. É o uso feito pela população das ruas, estradas, mares, rios, praias naturais, praças, etc. O uso ordinário ou normal não reclama autorização ou permissão especial, nem contraprestação, nem limitações individuais, particularizações de pessoas ou categorias sociais. Os usuários são anônimos, ninguém tem privilégios ou restrições, todos são iguais. Apenas regulamentações gerais de ordem pública, calcadas no poder de polícia, podem ser baixadas, no afã de se manter a segurança, higiene, saúde, moral e bons costumes[33]. Daí as características do uso comum ordinário: generalidade (possibilidade de utilização por todos), liberdade (dispensa de autorização), igualdade (garantido a todos), gratuidade (desnecessidade de pagamento)[34]. Eventual aposição de obstáculos ou limitações de acesso aos bens públicos autoriza contraste na via administrativa e em juízo[35].

Por outra parte, é possível a utilização do bem de uso comum sob forma extraordinária, destoante da comum, cerceando ou dificultando, em alguma medida, a utilização pelos demais membros da comunhão e, às vezes, onerando o próprio bem. São hipóteses em que o bem permanece de uso comum do povo, sem

[33] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 435.
[34] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 747.
[35] *"- Loteamento. Fechamento de acesso a ruas que interligam lotes e conduzem à orla marítima. - Legalidade de ato da Prefeitura Municipal, removendo obstáculos que impediam aquele livre acesso. - Inconstitucionalidade inocorrente da Lei Municipal nº 557/79, de Ubatuba: assegura direito à utilização de bem público de uso comum do povo. Recurso Extraordinário não conhecido"* (STF – RE 94253 – Rel. Oscar Corrêa – 1. Turma – j. 12-11-1982 – DJ 17-12-1982).

cometimento exclusivo a algum particular, mas, tem lugar a imposição de maiores restrições, ou limitando o uso a determinadas categorias de pessoas, ou se exigindo remuneração ou se reclamando prévia autorização administrativa. É o caso, por exemplo, de veículos muito longos, largos ou pesados a transitar por rodovias; da realização de desfiles, comícios, festejos e feiras em ruas ou praças públicas. A utilização excepcional, muitas vezes, impede a normal utilização por terceiros, como sucede em manifestações e passeatas onde haja grande concentração de pessoas, em ordem a inviabilizar a circulação de veículos e de transeuntes. Em casos tais, o direito de reunião constitucionalmente assegurado (CF, art. 5, XVI)[36] há de ser compatibilizado ao uso do bem pela coletividade em geral: com isto, à administração pública, uma vez comunicada (providência obrigatória), é dado vetar o local pretendido e colocar outro ou outros à disposição dos interessados[37],[38], dês que não esvazie o sentido da manifestação popular. A cobrança de remuneração à utilização do bem público, outrossim, configura uso comum extraordinário. A propósito, via de regra, a utilização dos bens de uso comum do povo é gratuita. É possível, nada obstante, o uso remunerado, dês que haja expressa previsão em lei *stricto sensu*: *"O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem"* (CC, art. 103). A cobrança de pedágio (CF, art. 150, V)[39] é exemplo de uso comum extraordinário: a rodovia é aberta a todos, mas, o pedágio haverá de ser pago por quantos tantos por ali pretendam passar. Quanto ao pedágio, é questionável sua cobrança quando a rodovia "pedagiada" é a única via regular de comunicação de determinado distrito ao restante do município, de modo que o pedágio é cobrado dos moradores pela circulação de seus veículos dentro dos limites do próprio município:

---

[36] *"Todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente"*.

[37] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 540-541.

[38] Até mesmo reuniões públicas voltadas à defesa da descriminalização do uso de drogas são admissíveis, dês que previamente comunicadas ao poder público: *"EMENTA: ACÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE "INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO" DO § 2º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006, CRIMINALIZADOR DAS CONDUTAS DE "INDUZIR, INSTIGAR OU AUXILIAR ALGUÉM AO USO INDEVIDO DE DROGA". 1. Cabível o pedido de "interpretação conforme à Constituição" de preceito legal portador de mais de um sentido, dando-se que ao menos um deles é contrário à Constituição Federal. 2. A utilização do § 3º do art. 33 da Lei 11.343/2006 como fundamento para a proibição judicial de eventos públicos de defesa da legalização ou da descriminalização do uso de entorpecentes ofende o direito fundamental de reunião, expressamente outorgado pelo inciso XVI do art. 5º da Carta Magna. Regular exercício das liberdades constitucionais de manifestação de pensamento e expressão, em sentido lato, além do direito de acesso à informação (incisos IV, IX e XIV do art. 5º da Constituição Republicana, respectivamente). 3. Nenhuma lei, seja ela civil ou penal, pode blindar-se contra a discussão do seu próprio conteúdo. Nem mesmo a Constituição está a salvo da ampla, livre e aberta discussão dos seus defeitos e das suas virtudes, desde que sejam obedecidas as condicionantes ao direito constitucional de reunião, tal como a prévia comunicação às autoridades competentes. 4. Impossibilidade de restrição ao direito fundamental de reunião que não se contenha nas duas situações excepcionais que a própria Constituição prevê: o estado de defesa e o estado de sítio (art. 136, § 1º, inciso I, alínea "a", e art. 139, inciso IV). 5. Ação direta julgada procedente para dar ao § 2º do art. 33 da Lei 11.343/2006 "interpretação conforme à Constituição" e dele excluir qualquer significado que enseje a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psicofísicas"* (STF – ADI 4274, Rel. Ayres de Brito – Pleno – j. 23-11-2011).

[39] A cobrança de pedágio tem assento constitucional: *"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público"*.

"pois, ainda que a Constituição Federal autorize expressamente a cobrança de pedágio, a questão não deve ser enfrentada apenas sob o aspecto tributário, não devendo o interesse econômico da empresa concessionária prevalecer sobre o interesse coletivo dos moradores do município, suspendendo-se a cobrança até a construção de via alternativa gratuita para os moradores"[40].

No contexto do uso comum do bem público por particulares, há quem opere a distinção entre uso normal e uso anormal, a partir da conformação, ou não, ao destino de sua afetação: no primeiro caso (uso conforme a afetação), ter-se-ia o uso normal; no segundo (uso em desconformidade à afetação), ter-se-ia o uso anormal[41]. Nada obstante, com a devida vênia, a dicotomia soa supérflua, na medida em que já açambarcada pela distinção entre uso ordinário e extraordinário: o uso ordinário equivale ao normal e o extraordinário ao anormal. Por isto mesmo, a classificação sob exame é estranha aos domínios da doutrina clássica.

4.1.2 Uso privativo ou especial dos bens públicos

Há uso privativo ou especial de bem público por particular quando a administração pública atribui-lhe a franquia de utilização em caráter de exclusividade, arredada a fruição geral e indiscriminada pelos demais membros da comunhão e pelo próprio poder público. Todos os bens públicos, em princípio, comportam uso privativo por particular (pessoa física ou jurídica) ou até mesmo por outra pessoa jurídica, dês que a utilização não conduza à deterioração ou inutilização. Evidentemente, a obtenção do uso em caráter privativo reclama expressa aquiescência do poder público, mediante ato unilateral ou contrato, gratuito ou oneroso, por tempo certo ou indeterminado. Investido na titularidade de uso privativo do bem público, ao particular passa a acudir direito subjetivo, exercitável contra quem quer que seja[42].

Duas características, pois, afluem do uso privativo dos bens públicos: exclusividade, contanto que observada a finalidade consentida; existência de título jurídico individual. À exclusividade e à titulação, soma-se a precariedade, vale dizer, a possibilidade de revogação a qualquer tempo, por motivo de interesse público. Eventual direito a indenização em razão revogação depende de se a outorga sucedera sem ou com prazo: no primeiro caso, impregnada a precariedade à raiz, não haverá direito a ressarcimento; já no segundo caso, de outorga com prazo fixo, mercê da estabilidade, ao outorgado assistirá direito a compensação.

Os títulos de investidura do particular no uso privativo do bem público podem ser públicos ou privados: aqueles (públicos), passíveis de emprego quanto aos bens de uso comum do povo e especiais (*extra commercium*: fora do comércio), consubstanciam-se em autorizações, permissões e concessões; os últimos (privados), restritos a bens dominicais (inseridos no comércio jurídico), materializam-

[40] STJ – AgRg na SLS 1.304/RJ – Voto vencido do Min. Luiz Fux – Corte Especial – j. 16-02-2011 – DJe 23-09-2011.
[41] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 744-745.
[42] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 436-437.

se em locações, arrendamentos, comodatos, enfiteuses, cessões ou concessões de uso e concessões de direito real de uso, em contratos regidos pelo Código Civil, flexibilizados por normas de ordem pública, conquanto também possa haver a cessão de bens dominicais através dos já aludidos instrumentos de direito público[43].

4.1.2.1 Instrumentos públicos: bens de uso comum do povo e de uso especial

4.1.2.1.1 Autorização

Autorização de uso consiste em ato unilateral, discricionário e precário. Com ela, de modo gratuito ou oneroso, permite-se dada atividade individual sobre um bem público, no interesse privado do utente, não da administração pública. Ela prescinde de licitação e consentimento legislativo, nem gera dever de uso pelo beneficiário, sim mera faculdade. Exemplo de autorização de uso é a envolvendo extração de recursos hídricos (Lei 9.433/97).

Materializada sob forma escrita (Decreto, Resolução, Deliberação ou Portaria), a autorização comporta revogação a qualquer tempo, sem ônus para o poder público. Contudo, se ela referir prazo de duração determinado[44], caso em que será condicionada ou qualificada, diante da estabilidade conferida ao beneficiário, assistir-lhe-á direito a indenização, caso sobrevenha revogação antes do *dies ad quem* assinalado[45].

4.1.2.1.2 Permissão

Permissão de uso é ato unilateral, discricionário, precário, gratuito ou oneroso, mediante o qual a administração pública permite a utilização de dado bem público, no interesse preponderantemente coletivo, não só do utente: o uso, sem embargo de proporcionar determinada vantagem a ele próprio, deve proporcionar algum proveito de caráter geral, aos demais membros da comunhão. O ato de permissão cria o dever de utilização pelo permissionário, sob pena de caducidade. Podem ser reportados como exemplos de permissão a outorga à instalação de bancas de jornais em logradouros público, à instalação de vestiários em praias, à utilização, a título precário de áreas da União para eventos de curta duração, de natureza recreativa, esportiva, cultural, religiosa ou educacional (Lei 9.636/98, art. 22)[46], à

[43] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 146.
[44] A título de exemplo, a Lei 9.433/97 (política nacional de recursos hídricos) prevê a concessão de autorização com prazo máximo de 35 anos (art. 16).
[45] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 749-750.
[46] *"Art. 22. 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*

execução de serviço de táxi, etc. Por isto mesmo, diferentemente da autorização (interesse exclusivo do usuário), na permissão (uso no interesse coletivo), o beneficiário se obriga a cumprir a utilização declarada, sob pena de revogação do ato. O emprego do bem no interesse coletivo confere estabilidade mais acentuada à permissão, em cotejo à autorização, apesar de menor do que aquela atinente à concessão: a permissão é uma espécie de "meio-termo" entre a autorização e a concessão[47].

De regra, a permissão, enquanto ato unilateral, dispensa licitação, somente exigível quando houver necessidade de subscrição de contrato (Lei 8.666/93, art. 2º)[48] ou previsão legal específica. Se houver mais de um interessado na permissão, a administração deve adotar critérios objetivos à escolha do interessado, sem ter de necessariamente adotar licitação, em qualquer de suas modalidades (concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão). A permissão pode ser passada sem ou com a fixação de prazo: aplica-se, no ponto, a diretriz já declinada quando do exame da autorização. Quando a permissão contemplar prazo determinado, ela se assemelhará à concessão, o único diferencial é que aquela é ato unilateral, enquanto a derradeira é formalizada sob contrato precedido de autorização legislativa e licitação. A prescindência de autorização legislativa e contrato para a permissão, no entanto, não permite-lhe a utilização ao invés da concessão.

4.1.2.1.3 Concessão

Concessão de uso consiste em contrato administrativo de direito público, bilateral, oneroso ou gratuito, comutativo e *intuitu personae*. Através dele, a administração pública permite ao particular a utilização exclusiva de bem de seu domínio particular, sob condições ajustadas em contrato. Não há discricionariedade, nem precariedade. A natureza contratual, a estabilidade da outorga, a necessidade de autorização legislativa e de licitação são suas principais características, aptas a discerni-la da autorização e da permissão. A concessão pode ser remunerada ou gratuita, por prazo certo ou indeterminado. O contrato confere direitos subjetivos e individuais ao beneficiário, a quem é dado exigir-lhe o cumprimento, sob pena de ressarcimento. Dada a prevalência do interesse público, é possível a mudança de cláusulas contratuais, mediante compensação ao particular, em ordem a manter o equilíbrio econômico-financeiro. Constituem exemplos de concessão de uso a outorga de áreas (boxes) em mercados municipais[49], a outorga de locais para bares

---

do regulamento, sob o regime de permissão de uso, em ato do Secretário do Patrimônio da União, publicado no Diário Oficial da União".

[47] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 438.

[48] *"Art. 2º. 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".*

[49] Muito embora a predileção do legislador tenha sido pela outorga de "permissão a título precário", por possibilitar ao poder público a expedita revogação do ato, por motivo de interesse público, sem indenização ao

ou restaurantes em edifícios públicos, de áreas de dependências de aeroportos[50], de ocupação de sepulturas, concessão de minas, etc.

A concessão é vocacionada a hipóteses de utilização mais expressiva do bem público – normalmente, envolvendo empresas – e, como tais, mais onerosas ao outorgado, exatamente por implicar a realização de investimentos e a assunção de obrigações perante terceiros. O acordo de vontades plasmado no contrato confere maior estabilidade ao exercício das atividades do concessionário. Aliás, o contrato decorrente da concessão haverá de contemplar a finalidade de uso do bem, o prazo, a remuneração, a fiscalização e as sanções. Quanto ao prazo, é obrigatória sua tabulação, por injunção legal (Lei 8.666/93, art. 57, § 3º). A respeito da finalidade, em se tratando de bem de uso comum do povo, a outorga somente é possível para fim de interesse público, vedada concessão de uso no interesse exclusivamente particular do concessionário: assim, por exemplo, é inadmissível a outorga de porção de praia localizada defronte à residência de um particular, a fim dele utilizá-la em caráter privativo. Ainda no terreno da finalidade, em se cuidando de bem de uso especial, a utilização haverá de se conformar à sua destinação: por exemplo, num boxe de mercado público, é intolerável a instalação de boate, totalmente incompatível à afetação do bem.

A concessão pode ser de exploração (concessão de minas de campo de algas, *e.g.*) ou de simples uso (áreas de dependências de aeroportos, ocupação de via pública, sepultura, etc), temporária (a maioria das utilizações privativas) ou perpétua (sepultura), remunerada ou gratuita, de utilidade pública (concessão de serviço público) ou de utilidade privada (derivação de águas para irrigação, sepultura, etc)[51].

A concessão reclama licitação, forçosamente. A modalidade a ser adotada (concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão) depende de critério de valor consagrado em na legislação reitora (Lei 8.666/93, art. 23).

Sobre a concessão, julgado da lavra da Superior Tribunal de Justiça bem sintetiza-lhe os traços fundamentais:

> [...] 1. A Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, e geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.

---

beneficiário, dês que ausente tabulação de prazo (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 123).

[50] Os *"imóveis situados nas áreas cedidas à INFRAERO, correspondente ao perímetro do aeroporto, estão sujeitos às normas de direito público, porque pública é a finalidade da própria pessoa jurídica"* (STJ – REsp 1126150/ES – Rel. Eliana Calmon – 2. Turma – j. 03-11-2009 – DJe 17-11-2009).

[51] FERNANDES, Raimundo Nonato. *Da Concessão de uso de bens públicos.* Revista de Direito Administrativo. Revista de Direito Administrativo, n. 118, p. 1-11, out./dez. 1974.

> 2. O concessionário trava duas espécies de relações jurídicas a saber: (a) uma com o Poder concedente, titular, dentre outros, do *ius imperii* no atendimento do interesse público, ressalvadas eventuais indenizações legais; (b) outra com os usuários, de natureza consumerista reguladas, ambas, pelo contrato e supervisionadas pela Agência Reguladora correspondente.
>
> 3. A relação jurídica tributária é travada entre as pessoas jurídicas de Direito público (União, Estados; e Municípios) e o contribuinte, a qual, no regime da concessão de serviços públicos, é protagonizada pelo Poder Concedente e pela Concessionária, cujo vínculo jurídico sofre o influxo da supremacia das regras do direito tributário [...][52].

De resto, presente o interdito da usucapião quanto a imóveis públicos, cumpre aludir à concessão de uso contemplada na Constituição Federal, art. 183, parágrafo 1º(53), disciplinada pela Medida Provisória 2.220, de 04-09-2001 (*"Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano - CNDU e dá outras providências"*), e Lei 9.636/96, art. 22-A (Art. 22-A: *"A concessão de uso especial para fins de moradia aplica-se às áreas de propriedade da União, inclusive aos terrenos de marinha e acrescidos, e será conferida aos possuidores ou ocupantes que preencham os requisitos legais estabelecidos na Medida Provisória no 2.220, de 4 de setembro de 2001"*).

4.1.2.2 Instrumentos de direito privado: bens dominicais

A autorização, a permissão e a concessão corporificam institutos de direito público voltados a outorgar a particulares o uso privativo/exclusivo de *bens de uso comum do povo* e de *bens especiais*, vedada a utilização de outros instrumentos. São modos de outorga sujeitos a regime jurídico de direito público, arredadas as regras de direito comum, mercê do *ius imperii* para consecução de interesse público[54].

Já no tocante aos bens dominicais, dominiais, dominicais, do patrimônio disponível ou fiscal (aqueles não aplicados nem ao uso comum nem ao uso especial, sem destinação pública específica, susceptíveis de emprego para qualquer fim, até mesmo alienação), a utilização pode ser aquiescida mediante institutos de direito

---

[52] STJ – REsp 976.836/RS – Rel. Luiz Fux – 1. Seção – j. 25-08-2010 – DJe 05-10-2010.

[53] *"Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco ano", 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. § 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil".*

[54] *"Atos de império ou de autoridade são todos aqueles que a Administração pratica usando de sua supremacia sobre o administrado ou servidor e lhes impõe obrigatório atendimento"* (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 148).

civil (locações, arrendamentos, comodatos, enfiteuses, cessões ou concessões de uso e concessões de direito real de uso). Assim se justifica porque o escopo imediato da outorga de uso é o atendimento de interesse igualmente privado de particular, muito embora também seja atendido, em alguma medida, o interesse público, mediante obtenção de renda ou conservação do bem a expensas de outrem. Por outra parte, para salvaguarda do interesse público, os instrumentos de direito privado deverão se ajustar às normas de ordem pública: por isto mesmo, a Lei de Licitações (8.666/93), no artigo 62, § 3º, às expressas, permite à administração pública, em termos largos, fazer valer sua supremacia sobre o particular mesmo em contratos de direito privado: *"§ 3º. Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber: I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado; II - aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público"*. De tal sorte, se e quando necessário, dada a hibridação entre o direito privado e o público, mesmo em contratos de direito civil envolvendo bens dominicais, à administração pública será dado se valer de sua supremacia, de sorte a subtrair bem objeto de outorga do âmbito do comércio privado, a fim de imprimir-lhe destinação pública. Nada obstante, é bem de ver a possibilidade de outorga de uso de bens dominicais mediante institutos de direito público (autorização, permissão, concessão), quando o destino for o interesse geral, como, por exemplo, na concessão de uso de água para fim de abastecimento da população em geral: trata-se, contudo, de situações excepcionais, a regra, em tema de outorga de uso de bens dominicais, é o emprego de institutos de direito privado, amoldados às derrogações de ordem pública[55].

Na esfera federal, o uso privativo de bens imóveis vem disciplinado no Decreto-Lei 9.760, de 05-09-1946, alinhando os títulos jurídicos de locação/arrendamento, enfiteuse/aforamento/emprazamento[56] e a cessão de uso (art. 64), os dois primeiros conhecidos do direito civil. No âmbito dos demais entes federativos (Estados, Distrito Federal e Municípios), inexiste norma de caráter geral disciplinando a outorga de uso de bens dominicais ao particular, conquanto todos eles possuam acervo patrimonial assim classificado. Contudo, apesar de a legislação evocada se restringir a "bens imóveis da União", inexiste óbice à sua aplicabilidade em relação aos demais entes federativos, no que não contrariar leis estaduais, distritais ou municipais: quando não, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão se valer dos institutos próprios de direito público (autorização, permissão, concessão)[57].

---

[55] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 146-147.

[56] Vedada pelo atual Código Civil ("*Art. 2.038. Fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei nº 3.071, de 1o de janeiro de 1916, e leis posteriores*"), a enfiteuse era assim disciplinada pelo caduco Código Civil (1916): *"Art. 678. Dá-se a enfiteuse, aforamento, ou emprazamento, quando por ato entre vivos, ou de última vontade, o proprietário atribui a outro o domínio útil do imóvel, pagando a pessoa, que o adquire, e assim se constitui enfiteuta, ao senhorio direto uma pensão, ou foro, anual, certo e invariável.*

Art. 679. O contrato de enfiteuse é perpétuo. A enfiteuse por tempo limitado considera-se arrendamento, e com tal se rege.

Art. 680. Só podem ser objeto de enfiteuse terras não cultivadas ou terrenos que se destinem a edificação".

[57] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 160.

4.1.2.2.1 Locação e arrendamento

A locação de imóveis é regida pela Lei 8.245/91. Todavia, o Código Civil e leis especiais são aplicáveis àquelas alusivas a *"imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios, de suas autarquias e fundações públicas"* (idem, art. 1º, parágrafo único, "a", "1"). O Decreto-Lei 9.760/46 contempla a possibilidade de locação de bens imóveis da União *"para residência de autoridades federais ou de outros servidores da União, no interesse do serviço, para residência de servidor da União, em caráter voluntário ou a quaisquer interessados"*. Quando a locação beneficiar terceiros, haverá a necessidade de concorrência pública, observado o maior preço oferecido (art. 95, parágrafo único). Formalizada sob contrato, a locação será regida pela legislação evocada, em caráter de exclusividade (art. 87). Trata-se de outorga de uso de bem público levada a efeito no interesse direto preponderante do locatário, já que, em relação ao poder público, o interesse é indireto, consistente na obtenção de renda, diversamente da concessão de uso, instituída em nome do interesse público. Já há algum tempo, a locação de bens imóveis da União para agentes públicos e servidores públicos federais é disciplinada pelo Decreto 980/93, com as alterações do Decreto 4.528/02: sua formalização vem ocorrendo *"mediante permissão em caráter precário e por prazo indeterminado"*, sob pagamento de taxa de uso (um milésimo do valor do imóvel: Lei 8.025/90, art. 16). Presente inadimplemento ou verificada sublocação, opera-se a rescisão contratual de pleno direito, com sumária imissão da União na posse do bem. Se o imóvel se tornar necessário aos serviços públicos, à União é dado promover à rescisão contratual, sem pagamento de indenização ao locatário (Decreto-Lei 9.760/46, art. 89). Por isto mesmo, a título de exemplo, a contratos de locação celebrados entre empresa pública federal incumbida da administração dos aeroportos nacionais (INFRAERO) e particulares ocupantes de áreas localizadas no perímetro de aeroportos são inaplicáveis as regras de direito comum[58]: agora, situação diversa diz respeito aos abusos de preços amiúde perpetrados, inclusive e especialmente quanto a gêneros alimentícios (normalmente, três vezes mais), pelos permissionários instalados nos aeroportos nacionais, hipótese a desafiar a atuação de agências de defesa do consumidor, presente inarredável prática abusiva (Lei 8.078/90, art. 39, X).

O *arrendamento* contemplado no Decreto-Lei 9.760/46 é previsto como modalidade de locação, quando a outorga do imóvel colimar a *"exploração de frutos ou prestação de serviços"* (artigos 64, § 1º), celebrado o contrato sob condições especiais, ditadas pelo poder público (idem, art. 96).

4.1.2.2.2 Enfiteuse

[58] *"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - OMISSÃO - USO DE BEM DE EMPRESA PÚBLICA: REGIME JURÍDICO. 1. Inexistência de omissão no acórdão recorrido. 2. Os bens de empresa pública afetados à sua finalidade não podem ser utilizados senão dentro das regras de Direito Público. 3. Bens da INFRAERO na área das atividades aeroportuárias não seguem as regras de locação (precedentes desta Corte). 4. Recurso não conhecido"* (STJ – REsp 296.287/ES – Rel. Eliana Calmon – 2. Turma – j. em 23-10-2001 – DJ 18-02-2002, p. 335).

No plano das relações privadas, a enfiteuse foi vedada pelo atual Código Civil (art. 2.028)[59] e substituída pelo direito de superfície (art. 1.225)[60]. O caduco Código Civil (1916) assim a disciplinava:

> Art. 678. Dá-se a enfiteuse, aforamento, ou emprazamento, quando por ato entre vivos, ou de última vontade, o proprietário atribui a outro o domínio útil do imóvel, pagando a pessoa, que o adquire, e assim se constitui enfiteuta, ao senhorio direto uma pensão, ou foro, anual, certo e invariável.
>
> Art. 679. O contrato de enfiteuse é perpétuo. A enfiteuse por tempo limitado considera-se arrendamento, e com tal se rege.
>
> Art. 680. Só podem ser objeto de enfiteuse terras não cultivadas ou terrenos que se destinem a edificação.

No plano do direito público, a Carta Política instituíra disciplina voltada à extinção da enfiteuse, salvo no tocante *"aos terrenos de marinha e seus acrescidos, situados na faixa de segurança, a partir da orla marítima"* (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, art. 49)[61].

As enfiteuses já constituídas sobre bens imóveis da União seguem disciplinadas pelo Decreto-Lei 9.760/46 e Lei 9.636/98; aquelas pertinentes a imóveis dos Estados, Distrito Federal e Municípios, por sua vez, permanecem disciplinadas pelo Código Civil caduco. Novas enfiteuses somente são permitidas em relação a imóveis da União, unicamente em referência a *"terrenos de marinha e seus acrescidos, situados na faixa de segurança, a partir da orla marítima"* (ADCT, art. 49, § 3º).

---

[59] Art. 2.038: *"Fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, e leis posteriores"*.

[60] Substituto da enfiteuse e apontado como mais favorável do que ela, o direito real de superfície ainda é instituto de minguada utilização no cenário nacional: *"O direito real de superfície surgiu para substituir a enfiteuse [...] Quando do surgimento do instituto, apontava-se que a superfície seria bem mais vantajosa do que a enfiteuse, pelas diferenças marcantes entre os institutos. Primeiro, porque a superfície pode ser gratuita ou onerosa, enquanto a enfiteuse era sempre onerosa. Segundo, pois a superfície é temporária ou não, enquanto a enfiteuse é necessariamente perpétua, o que era uma grande desvantagem, pois a perpetuidade não é mais marca dos novos tempos. De toda sorte, até a presente data, passados mais de oito anos da vigência do CC/2002, a superfície não teve a concreção que se esperava"* (TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. São Paulo: Método, 2011, p. 916).

[61] *"Art. 49. A lei disporá sobre o instituto da enfiteuse em imóveis urbanos, sendo facultada aos foreiros, no caso de sua extinção, a remição dos aforamentos mediante aquisição do domínio direto, na conformidade do que dispuserem os respectivos contratos. § 1º - Quando não existir cláusula contratual, serão adotados os critérios e bases hoje vigentes na legislação especial dos imóveis da União. § 2º - Os direitos dos atuais ocupantes inscritos ficam assegurados pela aplicação de outra modalidade de contrato. § 3º - A enfiteuse continuará sendo aplicada aos terrenos de marinha e seus acrescidos, situados na faixa de segurança, a partir da orla marítima. § 4º - Remido o foro, o antigo titular do domínio direto deverá, no prazo de noventa dias, sob pena de responsabilidade, confiar à guarda do registro de imóveis competente toda a documentação a ele relativa"*.

Na enfiteuse, a propriedade se bifurca em domínio direto (exercida pelo proprietário) e domínio útil (exercida pelo foreiro ou enfiteuta). Tratando-se de direito real, quando envolve bens públicos, agrega-se-lhe o *plus* público: *direito real de natureza pública*[62].

Em se tratando de imóveis situados em zonas sujeitas ao regime enfitêutico, a efetivação da enfiteuse se atrela à existência de lei ou à realização de concorrência pública*, "respeitado, como preço mínimo, o valor de mercado do respectivo domínio útil, estabelecido em avaliação de precisão, realizada, especificamente para esse fim, pela SPU ou, sempre que necessário, pela Caixa Econômica Federal, com validade de seis meses a contar da data de sua publicação"* (Lei 9.636/98, art. 12). A remuneração através do foro, correspondente a pagamento anual de 0,6% do valor do domínio pleno do bem (Decreto-Lei 9.760/46, art. 101).

Em caso de transferência do domínio útil a terceiro, o foreiro ou enfiteuta é obrigado a pagar o chamado laudêmio ao senhorio direto (proprietário: União), equivalente a 5% do valor atualizado do domínio pleno e das benfeitorias (Decreto-Lei 2.398/87, art. 3º).

A enfiteuse se extingue por inadimplemento, pela remição, pela caducidade (inadimplemento por três anos consecutivos ou quatro anos intercalados), pelo abandono do imóvel ou pela retomada do imóvel procedida pela administração pública, motivada por interesse público, sob pagamento de prévia indenização (Decreto-Lei 9.760/46, art. 101 e 103).

4.1.2.2.3 Cessão ou concessão de uso

Originariamente contemplada no Decreto-Lei 9.760/46 (artigos 125 e 126), a cessão de uso, hodiernamente, encontra disciplina na Lei 9.636/98, artigos 18 a 21. A propósito, logo à partida, é bem de ver a identidade entre os institutos de cessão ou concessão de uso, dada a possibilidade de destinação tanto a entidades públicas quanto a particulares, conforme se verá adiante[63].

Entidade típica de direito público, ontologicamente, a cessão de uso envolve a outorga gratuita, por prazo determinado, de bens, a Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades sem fins lucrativos das áreas da educação, cultura, assistência social ou saúde, bem como a pessoas físicas ou jurídicas executantes de atividades de interesse público ou social de interesse nacional, sem fins lucrativos. O imóvel serve ao fim a que estiver destinado ou no interesse público. Nesta perspectiva, assemelhada ao comodato do direito civil, trata-se de *"ato de colaboração entre repartições públicas, em que aquela que tem bens desnecessários aos seus serviços cede o uso a outra que deles está precisando"*[64], permitida a retomada pelo cedente a qualquer tempo, sob motivo de interesse público, ou ao cabo do prazo ajustado.

[62] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 759.
[63] FERRAZ, Luciano. *Direito municipal aplicado*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 309.
[64] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 438.

Outra modalidade de cessão de uso, somente instituída pela Lei 9.636/98[65], é aquela em prol de pessoas físicas ou jurídicas, em caso de interesse público ou social ou de aproveitamento econômico de interesse nacional: na última hipótese (aproveitamento econômico de interesse social), presente fim de lucro, a cessão ou concessão será onerosa e se sujeitará a procedimento licitatório (idem, art. 18, § 5º), a ensejar, bem da verdade, futura outorga mediante locação, arrendamento, enfiteuse ou direito real de uso[66].

Espécie autêntica de cessão de uso de bem público dominial é também aquela tendo por objeto o espaço aéreo sobre bens públicos, o espaço físico em águas públicas, as áreas de álveo de lagos, rios e quaisquer correntes d'água, de vazantes, da plataforma continental e de outros bens de domínio da União, insusceptíveis de transferência de direitos reais a terceiros (9.636/98, art. 18, § 2º).

Outorga de uso privativo de qualquer tipo de imóvel público classificado como dominial, a cessão ou concessão de uso somente exige licitação na hipótese de destinação a particular, para empreendimento dotado de fins lucrativos, dês que possível competitividade: quanto às demais, é prescindível licitação[67].

A cessão ou concessão de uso é formalizada mediante contrato, onde poderão ser concedidos diversos direitos o cessionário, como o domínio útil, direito real de uso sobre frações do terreno, hipoteca do domínio útil, locação ou arrendamento de parte do imóvel (9.636/98, art. 19).

4.1.2.2.4 Concessão de direito real de uso

A concessão de direito real de uso é outro meio de outorgar ao particular o uso de bem dominical. Instituída pelo Decreto-Lei 271/67, incide sobre terrenos públicos ou particulares, pode ser remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, consistindo em 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"* (art. 7º, com a redação dada pela Lei 11.481/07).

A concessão de direito real de uso – de incidência restrita a terrenos públicos não-edificados e correlato espaço aéreo, quando for o caso – é matizada pela resolubilidade, vale dizer, a qualquer tempo, a administração pública pode desfazê-la e reaver o bem, se o cessionário ou seus sucessores não lhe conferirem o uso ajustado ou o desviarem da finalidade proposta, hipótese em que não haverá direito a retenção de benfeitorias, independentemente da natureza. Constituída sob

[65] A doutrina clássica apontava a impossibilidade de cessão de uso de bens públicos para entes não administrativos e para particulares (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 439).

[66] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 168.

[67] FERRAZ, Luciano. Bem público. *Uso privativo por particular*. JAM Jurídica: administração pública, executivo & legislativo, administração municipal, v. 16, n. 10, p. 83-87, out. 2011.

simples termo administrativo, por instrumento público ou particular, pode ser remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado.

Enquanto direito real (CC, art. 1.225, XII), a concessão de direito real de uso é passível de transferência por atos *inter vivos* ou mediante sucessão. Inclusive, a concessão de direito real de uso comporta a instituição de hipoteca (idem, art. 1.473, IX). Por igual, o direito real de uso, se alienável, comporta alienação fiduciária, em contratos afetos ao sistema financeiro de habitação (Lei 9.514/97, art. 22, § 1º, III). O instituto ainda é contemplado como veículo à regularização fundiária de ocupações incidentes sobre terras da União localizadas na Amazônia legal (Lei 11.952/2009).

De ordinário, a concessão real de uso reclama autorização legislativa e licitação (Lei. 8.666/93, art. 23, § 3º). Nada obstante, é prescindível licitação quando beneficiário for *"outro órgão ou entidade da administração pública, qualquer que seja a localização do imóvel"* ou "*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 1.500ha (mil e quinhentos hectares)"* (Lei 8.666/93, art. 17, § 2º, I e II). Igualmente, é dispensada a licitação para concessão de direito real de uso para bens *"destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública"* (idem, art. 17, I, "f") e quanto a *"bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinqüenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública"* (ibidem, "h")

Não se trata de instituto exclusivo de direito público, porquanto cabível sua utilização também por particulares. Sua abrangência, vale repetir, transcende a terrenos não edificados, na medida em que pode igualmente açambarcar o uso de espaço aéreo sobre a superfície de terrenos públicos ou particulares.

Para a administração pública, a concessão de direito real de uso é mais vantajosa do que as doações e vendas, porquanto o patrimônio permanece integrando do rol público e é cometido a particular, doravante incumbido de zelar pelo bem (terreno não edificado)[68].

A concessão de direito real de uso de bens públicos dominicais a particulares guarda semelhança com o direito de superfície, outra modalidade de direito real (CC, art. 1.225, II). Ambos, porém, não se baralham: o primeiro é essencialmente resolúvel, enquanto o último é perpétuo ou de longo prazo, não se extingue pela ausência de uso; toda concessão de uso é matizada pela finalidade social, ao passo que o direito de superfície coloca em primeiro plano o atendimento do interesse do particular[69].

[68] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 441.
[69] AZEVEDO Júnior, José Osório de. *Considerações sobre a nova lei de loteamentos: a concessão de uso: um novo direito real.* Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 57, n. 388, p. 31-43, fev. 1968.

5. Função social dos bens públicos

A ideia motriz de *função social do direito* é a compreensão da norma de modo a permitir a concretização de interesses do corpo social, ao invés de conferir absoluta proeminência à individualidade. Aliás, a socialidade, de par à eticidade e à operabilidade, amalgama o tripé estrutural do vigente Código Civil[70]. Em termos práticos, função social significa substituir o "eu" pelo "nós"[71], diretriz avalizada por fontes pretorianas[72].

A Carta Política, amiúde, faz alusão à "função social" da propriedade: art. 5º, XXIII (*"a propriedade atenderá a sua função social"*); art. 170, III (*"função social da propriedade"* como princípio da ordem econômica); art. 182, § 2º (*"a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor"*); art. 184, *caput* (desapropriação quando a propriedade não atender a função social).

E a diretriz de consecução da "função social" é aplicável tanto à propriedade privada quanto à pública.

Relativamente à propriedade particular, os atributos a si inerentes (gozar, reaver, usar e dispor) são, às expressas, contrabalançados por sua concorrente função social, fonte de deveres ao proprietário (CC, art. 1.228, § 1º)[73].

Em relação à propriedade pública, a função social é intrínseca a ela mesma, diz respeito à sua própria gênese: ela, em si e por si, é – ou deveria ser – a própria função social[74]. À símile da propriedade privada, a função social também impõe limitações e condicionantes à utilização da propriedade pública, endereçadas, agora, ao poder público, de quem os integrantes da comunhão poderão reclamar o efetivo cumprimento da diretiva, na instância administrativa ou judicial.

---

[70] *Eticidade:* ao invés do legalismo e do tecnicismo estéreis, outorga-se precedência a vetores morais e éticos, idôneos à consecução do bem comum; *socialidade:* ao invés do prestígio absoluto à individualidade, o sentido da norma há de atender à concretização de interesses sociais; *operabilidade:* ao invés de o texto legal contemplar conceitos cerrados e cláusulas herméticas, ele consagra princípios e cláusulas gerais, além de fórmulas indeterminadas, em ordem a viabilizar a adequada solução do caso concreto (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 237-238).

[71] TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. São Paulo: Método, 2011, p. 23.

[72] *" [...] O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. - O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade [...]"* (STF – ADI 2213 MC – Rel. Celso de Mello – Pleno – j. 04-04-2002 – DJ 23-04-2004).

[73] *"Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas"*.

[74] JAMBRENGHI, Vincenzo Caputi. *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*. Napoli: Jovene, 1979, p. 6-7, apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 2 e 236.

A estrela guia à consecução da função social da propriedade pública é utilizá-lo de forma a permitir *"proporcionar o máximo de benefícios à coletividade, podendo desdobrar-se em tantas modalidades de uso quantas foram compatíveis com a destinação e conservação do bem"*[75].

Nesta perspectiva, é possível se conciliar o uso de bens comuns do povo com utilizações privativas exercidos por particulares. Assim, por exemplo, o uso de vias públicas para realização de feiras-livres, exposições de artes, venda de combustíveis, distribuição de jornais, comércio de flores e frutas traduzem situações de harmonização entre o uso comum do povo e a outorga de maior poder sobre o bem a alguns membros da coletividade.

Igualmente, em bens de uso especial, é possível a instalação de restaurantes, postos bancários, livrarias, dentre outros, expedientes providos de alguma utilidade pública e não conflitantes à destinação principal do bem. Em se tratando de bens *extra commercium*, as ampliações de uso devem ser operacionalizadas mediante títulos públicos (autorização, permissão, concessão), evidentemente: *acessorium sequitur principale*.

Outrossim, aos bens dominicais, conquanto integrantes do patrimônio disponível da administração pública, há de se emprestar fim público, sob o império do princípio da função social da propriedade. Por isto mesmo, a Carta Política ordena a destinação de terras públicas e devolutas em harmonia à política agrícola e ao plano nacional de reforma agrária (CF, art. 188)[76]. E, mais ainda, o Estatuto das Cidades dispõe: *"A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas [...]"* (Lei 10.257/2001, art. 39).

Enfim, o princípio da função social da propriedade pública compele o poder público a potencializar e amplificar as possibilidades de sua utilização, em qualquer de suas modalidades, sempre sob a baliza da supremacia do interesse público, aferível a partir de parâmetros de discricionariedade, controláveis judicialmente[77].

6. Conclusão

O uso de bens públicos por particulares impõe a revisitação de conceitos e classificações ortodoxas a respeito, seguidos de exemplificação.

O critério de titularidade eleito pela legislação para definição de bem público é insuficiente. Basta apontar a existência de pessoas jurídicas de direito privado

[75] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 2 e 236.
[76] *"Art. 188. A destinação de terras públicas e devolutas será compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária"*.
[77] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 242-243.

detentoras ou possuidoras de bens reputados públicos, como ocorre com empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionárias e permissionárias de serviços públicos. Nestas hipóteses, presente intervenção indireta (verticalidade: poder de império), o patrimônio, conquanto incorporado a entidade privada, permanece adjungido às hostes públicas. Diversamente, se empresas estatais atuarem no segmento de intervenção direta, dada a paridade em relação à iniciativa privada (horizontalidade), não haverá de se falar em patrimônio público, nem em seus consectários.

Todos os bens públicos (de uso comum do povo, de uso especial e dominiais) se sujeitam a tríplice regime jurídico: inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade. O regime jurídico dos bens públicos é problemático em hipóteses onde paraestatais, de par à intervenção indireta na economia, também a exerçam diretamente: a hibridação dificulta a aplicação do sistema sem fraturas.

Em todas as hipóteses de uso de bens públicos por particulares, o acervo patrimonial permanece sob administração e vigilância do poder público.

O uso dos bens públicos por todos (*quisque de populo*) pode ser ordinário (independente de outorga especial ou condicionantes) ou extraordinário (há dificuldade, em alguma medida, na utilização pelos demais membros da comunhão e, às vezes, oneração do próprio bem).

O uso privativo ou especial de bem público por particular ocorre quando a administração pública atribui-lhe a franquia de utilização em caráter de exclusividade, arredada a fruição geral e indiscriminada pelos demais membros da comunhão e pelo próprio poder público.

Os títulos de investidura do particular no uso privativo do bem público podem ser públicos ou privados: aqueles (públicos), passíveis de emprego quanto aos bens de uso comum do povo e especiais (*extra commercium*: fora do comércio), consubstanciam-se em autorizações, permissões e concessões; os últimos (privados), restritos a bens dominicais (inseridos no comércio jurídico), materializam-se em locações, arrendamentos, comodatos, enfiteuses, cessões ou concessões de uso e concessões de direito real de uso, em contratos regidos pelo Código Civil, flexibilizado por normas de ordem pública, conquanto também possa haver a cessão de bens dominicais através dos já aludidos instrumentos de direito público.

A função social da propriedade pública é intrínseca a ela mesma, diz respeito à sua própria gênese: ela, em si e por si, é – ou deveria ser – a própria função social. À símile da propriedade privada, a função social também impõe limitações e condicionantes à utilização da propriedade pública, endereçadas, agora, ao poder público, de quem os integrantes da comunhão poderão reclamar o efetivo cumprimento da diretiva, na instância administrativa ou judicial. Para tanto, a vertente bussolar é potencializar e amplificar as possibilidades de uso do bem público, em qualquer de suas modalidades, sempre sob a baliza da supremacia do interesse público, aferível a partir de parâmetros de discricionariedade, controláveis judicialmente. Por igual, há de se ter presente o binômio: utilidade para população/atendimento do interesse social e ausência de prejuízo ao direito de uso comum.

***

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

ARAÚJO, Barbara Almeida de. *A posse dos bens públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

AZEVEDO Júnior, José Osório de. *Considerações sobre a nova lei de loteamentos: a concessão de uso: um novo direito real*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 57, n. 388, p. 31-43, fev. 1968.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed., 8. reimpr. rev. e atual. por Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Almedina, 2005.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, v. 3.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Uso privativo de bem público por particular*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERNANDES, Raimundo Nonato. *Da Concessão de uso de bens públicos.* Revista de Direito Administrativo. Revista de Direito Administrativo, n. 118, p. 1-11, out./dez. 1974.

FERRAZ, Luciano. Bem público. *Uso privativo por particular*. JAM Jurídica: administração pública, executivo & legislativo, administração municipal, v. 16, n. 10, p. 83-87, out. 2011.

_____. *Direito municipal aplicado*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FERRAZ, Luciano. FRANCO JÚNIOR, Raul de Mello. *Alienação de bem público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Modalidades de usucapião no direito brasileiro*. Revista do Tribunal Regional Federal: 3. Região, n. 41, p. 9-43, jan./mar. 2000.

JAMBRENGHI, Vincenzo Caputi. *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*. Napoli: Jovene, 1979.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed., revista e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito.* Tradução portuguesa de Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *Direito municipal brasileiro.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. São Paulo: Método, 2011.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

ARRUDA, Élcio. FUNÇÃO SOCIAL DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 37, janeiro/fevereiro/março de 2014. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-37-JAN-2014-ELCIO-ARRUDA.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.