COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 2

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

COORDENAÇÃO DO TOMO 2

Vidal Serrano Nunes Júnior

Maurício Zockun

Carolina Zancaner Zockun

André Luiz Freire

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Pedro Paulo Teixeira Manus
DIRETOR ADJUNTO
Vidal Serrano Nunes Júnior

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1
<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello
Elizabeth Nazar Carrazza
Fábio Ulhoa Coelho
Fernando Menezes de Almeida
Guilherme Nucci
José Manoel de Arruda Alvim
Luiz Alberto David Araújo
Luiz Edson Fachin
Marco Antonio Marques da Silva
Maria Helena Diniz
Nelson Nery Júnior
Oswaldo Duek Marques
Paulo de Barros Carvalho
Ronaldo Porto Macedo Júnior
Roque Antonio Carrazza
Rosa Maria de Andrade Nery
Rui da Cunha Martins
Tercio Sampaio Ferraz Junior
Teresa Celina de Arruda Alvim
Wagner Balera

TOMO DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL | ISBN 978-85-60453-37-5

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico)
: direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [*et al.*] - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017
Recurso eletrônico World Wide Web (10 tomos)
Bibliografia.

1.Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

USO DE BEM PÚBLICO

Thiago Marrara

INTRODUÇÃO

A divisão dos bens entre públicos e particulares, ancorada no Código Civil, já não reflete mais a complexidade de tipos e regimes jurídicos dos mais diversos objetos que compõem o patrimônio estatal. Para se compreender a teoria dos usos dos bens na atualidade, há que se partir da reclassificação dos bens, tratar da diferenciação entre bens estatais públicos e bens estatais privados, da tripartição dos bens públicos, do conceito de afetação até se atingir uma escala de dominialidade, nas quais os bens estatais, públicos privados, ao lado dos bens públicos de fato (ou bens do domínio público impróprio) e dos bens particulares não estatais distribuem-se numa rica cadeia de regimes jurídicos. Com suporte nesta teoria é que coteja o uso dos bens públicos. Para tratar do fenômeno, busca-se inicialmente demonstrar a relação entre uso, sustentabilidade e direitos fundamentais. Em seguida, apontam-se classificações doutrinárias de uso, apresenta-se uma teoria de resolução dos conflitos de uso e, ao final, ingressa-se na discussão de mecanismos de outorga de uso em espécie.

SUMÁRIO

Introdução 2
1. Bens estatais no direito brasileiro: panorama 4
   1.1. Bens estatais 4
   1.2. Bens públicos 6
   1.3. Tripartição dos bens públicos 6
   1.4. Bens públicos de uso comum do povo 7
   1.5. Bens públicos de uso especial 13
   1.6. Bens públicos dominicais 16
   1.7. Bens públicos híbridos 20
2. Afetação, usos e escala de dominialidade 22

2.1. Afetação, desafetação e reafetação 22
2.2. Afetação expressa, tácita e fática 24
2.3. Afetação múltipla e usos secundários 27
2.4. Escala de dominialidade dos bens no Brasil 29
2.5. Domínio público estatal 32
2.6. Domínio público impróprio e os *bens públicos de fato* 36
2.7. Domínio público não afetado 41
2.8. Domínio privado estatal 43
2.9. Domínio privado não estatal 44
2.10. Fatores de diferenciação 45
3. Usos dos bens estatais 47
3.1. Função social e uso múltiplo 48
3.2. Sustentabilidade: limite ao uso múltiplo 50
3.3. Classificação de usos 51
3.4. Usos em espécie: classificação consagrada 52
3.5. Uso comum 53
3.6. Uso comum ordinário e uso comum extraordinário 55
3.7. Uso privativo 56
3.8. Uso normal, uso anormal e uso proibido 57
3.9. Usos em espécie: novas propostas 59
3.10. Uso livre e uso geral 60
3.11. Usos específicos administrativo e utilitário 61
3.12. Usos econômicos de interesse geral e de interesse particular 62
3.13. Uso exclusivo de caráter não-econômico 63
4. Conflitos de uso e regras de superação 63
4.1. Classificação dos usos e dos conflitos de uso 64

4.2. Situações conflituosas e soluções: primeira proposta teórica 65
4.3. Uso normal x uso anormal 67
4.4. Uso comum x uso privativo 68
4.5. Uso normal x uso normal 69
4.6. Uso atual x uso futuro 71
4.7. Situações conflituosas e soluções: segunda proposta teórica 72
4.8. Garantia da isonomia e licitação de usos 75
5. Outorgas administrativas de uso 78
5.1. Classificações do instrumento de outorga 78
5.2. Autorização e permissão de uso 80
5.3. Concessão de uso e instrumentos próximos 82
5.4. Deficiências da tipologia e reclassificação 85
5.5. Outorgas unilaterais: discricionárias e vinculadas 89
5.6. Outorgas contratuais gerais e especiais 93
Referências 96

1. BENS ESTATAIS NO DIREITO BRASILEIRO: PANORAMA

1.1. Bens estatais

No direito brasileiro, existem duas grandes categorias de bens quanto à pessoa: os bens do Estado e os bens de pessoas não estatais, físicas ou jurídicas. À luz deste critério subjetivo, os bens estatais ora são públicos, ora privados. Disso decorre que a expressão "bens estatais" não é sinônima de "bens públicos", pois representa um conjunto patrimonial muito mais abrangente.

A razão dessa distinção teórica é simples e revela sua essencialidade. O Estado, em sua estrutura multiforme, reparte-se em planos políticos federativos, em Poderes, e

também em entidades de direito público e de direito privado, tudo isso para se especializar e executar com mais eficiência suas tarefas primárias. Isso revela que nem sempre o Estado atua por uma entidade de direito público interno. Há casos, por exemplo, em que desempenha suas atividades por meio de associações privadas (estatais), empresas (estatais), fundações privadas (estatais) e assim por diante. Daí porque seus bens não são todos públicos. Há *bens estatais públicos* ou *privados.*

Sucede que nem a Constituição, nem o Código Civil se referem textualmente a uma categoria de bens estatais em contrapartida a bens não-estatais. A seu turno, o Código Civil destaca apenas os bens públicos, dando margem a inúmeros erros interpretativos, dos quais dois merecem destaque.

O primeiro erro ou confusão consiste na utilização da expressão bens públicos para indicar o conjunto total dos bens do Estado (bens estatais). Melhor dizendo: não é raro que a doutrina e a jurisprudência, por força da redação do Código Civil, lancem a expressão bens públicos para apontar os bens contidos no patrimônio de qualquer ente estatal. Isso se vislumbra em praticamente todos os cursos e manuais de direito administrativo. Não se abre, neles, um capítulo sobre os bens estatais, mas sim sobre os bens públicos.

O segundo erro grave, também induzido pela redação constante do Código Civil, é acreditar que não existiriam bens estatais em regime predominantemente privado, já que todos os bens teriam que se encaixar em uma das três formas dos bens públicos previstas no Código Civil.[1] Ocorre que os bens estatais privados não são bens públicos, mas tampouco entram em um regime idêntico aos bens de entidades privadas desligadas do Estado. Embora se guiem pelo regime mais privatístico, sua gestão está sujeita a controles diferenciados, por exemplo, pelos Tribunais de Contas, por ações populares, por ações civis públicas, por ações de improbidade etc.

[1] Parece ser essa a leitura de Marçal Justen Filho, para quem são públicos os bens de sujeitos administrativos com personalidade jurídica de direito privado. Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 1112. Também Hely Lopes Meirelles parece incorrer no mesmo problema interpretativo, pois considerava 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, fundacionais e *empresas governamentais*". Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 469 (grifos nossos).

1.2. Bens públicos

No direito positivo brasileiro, o Código Civil explicitamente considerou públicos os bens pertencentes a pessoas jurídicas de direito público interno. O critério empregado pelo Código Civil reside, indubitavelmente, na titularidade. É a natureza jurídica do sujeito, do proprietário, do dono que pauta a natureza do bem em seu patrimônio. Trata-se, pois, de uma concepção subjetivista. Público é o bem de entidade de direito público interno. Não basta que se trate de uma entidade estatal. É preciso somar à natureza estatal à pública para que seus bens sejam públicos.

Assim, na prática, para se saber se um bem estatal é público, basta que se recorra às normas do próprio Código Civil que definem as pessoas jurídicas de direito público interno. Por conseguinte, de acordo com o art. 41, são públicos os bens da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios, dos Municípios, das autarquias, inclusive das associações públicas e de todas as entidades que venham a ser criadas por lei com natureza de pessoa jurídica de direito público interno.

Quanto a esse dispositivo legal, há duas considerações oportunas. Em primeiro lugar, a menção à União, Estados e Municípios deve ser lida com cautela. O Código não quis apontar toda e qualquer entidade em que esses entes se desdobrem, mas tão somente a Administração Direta e os entes legislativos e judiciários. Em segundo lugar, a lista de pessoas jurídicas de direito público é meramente exemplificativa, de modo que o legislador detém espaço para criar outras entidades não previstas no Código Civil.

Em contraste com os bens estatais públicos, os bens privados em geral são definidos por um critério residual ou de exclusão. Adotando-se a técnica determinada pelo Código Civil, particulares são os bens que pertencem: a) às pessoas físicas, nacionais ou estrangeiras; b) às pessoas jurídicas de direito privado, nacionais ou estrangeiras, incluindo-se, nesta categoria, as sociedades, os partidos políticos e as entidades religiosas; c) às pessoas jurídicas de direito privado do Estado ou que sejam por ele controladas; e d) às pessoas jurídicas de direito público externo, incluindo os Estados estrangeiros e demais sujeitos de direito internacional público, como as organizações internacionais.

1.3. Tripartição dos bens públicos

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

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

1.4. Bens públicos de uso comum do povo

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

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

Como bens de uso, tais objetos, móveis ou imóveis, devem ser compulsoriamente geridos como meios de satisfação direta de necessidades da coletividade. Trazendo-se tal noção para o campo dos bens públicos, é possível sustentar que a Administração Pública não deve estocá-los, vedar sua função primária de ser usado

por alguém, nem mantê-los em seu patrimônio somente para fins especulativos ou de mero investimento. O não usar é omissão incompatível com o desejo do legislador.

Mas não é o uso por qualquer pessoa que serve para caracterizar esse tipo de bem público. Nesse ponto, a divergência do conceito administrativista em relação à propriedade em sentido tradicional é gritante. No direito privado, segundo Luciano de Camargo Penteado, "o imbricamento entre uso e personalidade é imediato. Usar designa genericamente a ação que o proprietário exerce sobre o bem no sentido de extrair do mesmo benefícios ou proveitos diretos (...). Esta faculdade orienta-se a uma função individual que tem a propriedade, a qual permite prover àquilo que o titular pode retirar diretamente do bem".[2]

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

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

Sociologicamente, define-se o povo como grupo de pessoas unidas por afinidade étnica. No plano jurídico, trata-se do conjunto de pessoas sujeitas ao poder soberano do Estado (ou, em outra terminologia, ao poder de regulação ou ao domínio eminente). Por vezes, restringe-se esse grupo de pessoas àquelas que detêm nacionalidade e, se for inserido um componente democrático no debate, o grupo será então reduzido às pessoas autorizadas a eleger representantes ou a participar diretamente da vida política, como explica Reinhold Zippelius.[3]

Para o direito administrativo, o significado de povo é mais flexível que o da teoria do Estado. Não se exige relação com uma nação em sentido sociológico, nem sequer com a cidadania ativa. O uso do povo, no direito administrativo dos bens,

[2] PENTEADO, Luciano Camargo. *Direito das coisas*, p. 70.
[3] ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*, p. 92 e ss.

representa o uso por qualquer pessoa física, nacional ou estrangeira, assim como por pessoas jurídicas de direito privado e de direito público, incluindo o proprietário estatal do bem usado por todos. Qualquer pessoa que esteja em território nacional licitamente está autorizada se beneficiar dos bens de uso comum do povo para satisfazer suas necessidades básicas e concretizar seus direitos fundamentais.

É o que se vislumbra em relação às ruas. Poderão usá-las, por exemplo, os condutores brasileiros de veículos de uso doméstico, os turistas estrangeiros com seus veículos alugados, empresas privadas para entregar suas mercadorias ou buscar suas matérias-primas, entidades estatais prestadoras de transporte público e de serviços postais etc. Desses meros exemplos se extrai que "povo", nos termos do Código Civil (art. 99, I), é palavra que exige interpretação extensiva.

Essa característica ainda não esgota a definição legal. Não é suficiente afirmar que o uso desses bens públicos seja realizado pelo povo. É preciso que o uso assuma um caráter comum e isso significa que estará sujeito aos mandamentos da isonomia, da generalidade, da ausência de restrições, salvo quando algum interesse público primário as permitir ou exigir e sempre à luz da razoabilidade. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles e Celso Antônio Bandeira de Mello definem os bens de uso comum do povo como aqueles abertos ao uso indistinto de todos.[4] A ideia de uso indistinto incorpora a de generalidade.

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

[4] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 471 e BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 921.

a influenciar indiretamente o uso desses bens.

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

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

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

A razão de existir desse conteúdo diverso explica-se pelo fato de que o uso comum de certos bens configura um serviço público essencial para a vida em sociedade. É preciso haver vias sobre as quais todos possam circular; é preciso haver águas que todos possam consumir para sobreviver e assim por diante. Não por outro motivo, com precisão, Ruy Cirne Lima sustentava que o uso comum do povo é um serviço público em si![5] O serviço consiste, pois, em prover a coletividade com bens essenciais para sua integração cultural e social, para a satisfação de suas necessidades vitais e, por consequência, para a

[5] CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de direito administrativo*, p. 79. No direito estrangeiro, cf. INGROSSO, Gustavo. Demanio (diritto moderno). *Novissimo Digesto Italiano*, v. 05, p. 430.

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

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

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

Em situações excepcionais, é possível sustentar que a discricionariedade de outorga será reduzida a zero por motivos concorrenciais ou econômicos. Se o uso privativo do bem for compatível com a afetação comum ao povo e configurar uma infraestrutura essencial, então o Estado poderá ser compelido a ceder o uso para não negar efeito a princípios constitucionais da ordem econômica. Aqui, fala-se de um direito de uso privativo de bem público em favor de certa pessoa como expressão da teoria das "*essential facilities*".[6] Tal direito surgirá apenas quando se constatar que o bem não pode

[6] A respeito da teoria, cf. PITOFSKY, Robert; PATTERSON, Donna; HOOKS, Jonathan. The essential facilities under U.S. Antitrust Law. *Antitrust law journal*, v. 70, pp. 443-462; SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*, p. 54 e ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Serviços públicos e concorrência. *Revista de direito administrativo*, vol. 233, pp. 311-371.

ser substituído por outro ou que não pode ser reproduzido sem custos irrazoáveis por aquele que necessita do uso privativo (sobre parte de seu solo, subsolo ou espaço aéreo).

Em outras situações, é concebível que o bem de uso comum seja acoplado a usos especiais, isto é, colocado à disposição de entidades públicas ou privadas que estão a cargo da prestação de serviços públicos e necessitam do bem de uso comum para se desincumbir de suas tarefas. A discricionariedade da entidade proprietária do bem de uso comum, nessa situação, é muito menor que a existente em relação a requerimentos de uso privativo. Basicamente, a discricionariedade não é de ação (dizer sim ou não), mas sim de conteúdo (dizer como será o uso secundário).[7] É que o uso especial configura uso administrativo, vinculado a serviço considerado relevante para a população, de modo que negá-lo, mesmo em relação a um bem de uso comum, significaria prejudicar a própria coletividade.

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

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

[7] Para uma distinção entre discricionariedade de ação e de conteúdo, cf. MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. *Revista de direito administrativo*, v. 259, p. 207 e ss.

finalidade primária constante da afetação tácita ou jurídica.[8]

1.5. Bens públicos de uso especial

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

Os bens de uso especial são análogos aos que, em ordenamentos europeus, denominam-se bens patrimoniais disponíveis ou bens de uso administrativo. O uso especial configura um sinônimo de uso administrativo, o qual, como mostra o direito alemão, pode ser interno ou externo. Entretanto, a redação do Código não expressa exatamente essa ideia, mas sim que os bens estarão vinculados a serviços (sem qualquer qualificação) ou a estabelecimentos da Administração de qualquer nível federativo.

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

O *uso administrativo externo*, em contraste, volta-se a agentes públicos e igualmente a usuários dos serviços ou dos estabelecimentos do Estado. É o que ocorre em salas de aula de universidades públicas, acessadas por alunos e docentes; bem como em áreas de atendimento de um hospital público, usadas por pacientes e médicos da instituição. Em todos os casos, o uso é especial e não comum do povo, porque é restrito

[8] Em sentido semelhante, cf. GRAU, Eros Roberto. Bens de uso comum. *Revista de direito público*, nº 76, pp. 50-51.

a pessoas consideradas usuárias do serviço ou do estabelecimento ao qual o bem está vinculado como suporte material. Os usuários são previamente admitidos ao serviço ou ao estabelecimento e, uma vez declarados usuários da atividade estatal concreta, aproveitam-se dos bens acessórios a ela.

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

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

Ainda no tocante à redação do Código Civil atual (art. 99, II), houve uma sutil, porém, relevante alteração redacional quanto às disposições do Código Civil de 1916 (art. 66, II). Enquanto a legislação passada se referia a bens de uso especial como aqueles *"aplicados"* em serviço ou estabelecimento da Administração Pública federal, estadual, territorial ou municipal, incluindo as autarquias, na legislação em vigor se faz menção a bens *"destinados"* a serviço ou estabelecimento.

Aparentemente, a leve modificação textual estendeu o conceito de bens de uso especial para abarcar objetos que ainda não estejam sendo efetivamente aplicados em serviço ou estabelecimento, mas tenham sido direcionados para tanto. Aqui é útil retomar exemplo que se ofereceu alhures.

Imaginemos que "exista um terreno no qual se pretenda instalar um hospital municipal. Provavelmente, a data de afetação ou destinação do terreno à construção do prédio público precederá a data de início de funcionamento do hospital. Pela interpretação literal do Código de 1916, o bem somente estaria protegido pelo princípio da indisponibilidade (inalienabilidade, impenhorabilidade e imprescritibilidade) após a sua verdadeira utilização, depois de realmente aplicado ao serviço de saúde. Pelo Código de 2002, de modo diverso, o bem já passará a gozar dos benefícios da indisponibilidade desde o momento que algum ato jurídico o destine aos serviços futuros. Assim, resta patente que o terreno não poderia ser usucapido nem penhorado a partir de sua destinação jurídica ao serviço de saúde, independentemente do funcionamento efetivo do hospital".[9]

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

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

Isso não deve ser lido, contudo, como uma vedação para outras formas de uso. O que se aduziu em relação aos bens de uso comum do povo vale igualmente para os bens

[9] MARRARA, Thiago. *Bens públicos, domínio urbano, infraestruturas*, p. 62.

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

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

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

1.6. Bens públicos dominicais

A terceira e última subcategoria de bens públicos do direito positivo brasileiro é a dos dominicais, por vezes chamados de dominiais,[10] patrimoniais disponíveis ou bem públicos sem afetação. Ao defini-los, o Código Civil afastou-se da técnica de

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

exemplificação e os designou em termos genéricos como bens "que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades".

Isso mostra que esses bens, apesar do nome, não guardam relação com o domínio público, entendido como conjunto de bens afetados, sobretudo na tradição italiana e francesa. A terminologia é semelhante, mas o conteúdo é totalmente distinto. Aliás, na formulação do texto do Código Civil de 1916, tais bens foram batizados como patrimoniais,[11] mas no texto publicado após os trabalhos da comissão de revisão eles apareceram como bens dominicais – adjetivo que foi mantido em 2002 e se incorporou na doutrina e na jurisprudência brasileiras.

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

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

Em relação a um bem dominical, o gestor público está autorizado a decidir empregá-los em favor de certos serviços, ora em benefício de usos comuns, ora cedê-los parcial ou integralmente em uso privativo de natureza econômica ou ora empregá-los para

[11] A respeito dessa alteração de nomenclatura, cf. AZEVEDO MARQUES, José Manuel. Histórico da formação do artigo 67 do Código Civil sobre a alienabilidade e prescritibilidade dos bens públicos. *Revista dos Tribunais*, nº 334, pp. 06-09.

geração de receitas. Desde que tais usos sejam realizados sem afetação por ato administrativo, a gestão do bem será flexível, embora ainda regida por muitas normas de direito público.

Outra implicação da ausência de afetação é a comercialidade privada desses bens. Além de serem objeto de alienação ou transferência por meio de mecanismos administrativos, a falta da vinculação jurídica e formal a um ou mais usos afetados também permite a alienação mediante instrumentos de direito privado, inclusive por contrato de compra e venda.[12] Para além da fácil alienabilidade, é possível outorgar seu uso para terceiros, inclusive com exclusividade e de modo integral, por exemplo, por contratos de locação ou de arrendamento ou pela constituição de direito real de uso ou direito real de superfície.

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

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

[12] A possibilidade de alienação está expressa no artigo 101 do Código Civil de 2002.

monta, razão pela qual deve ser devidamente punida e censurada, inclusive pelos Tribunais de Contas e pelo Ministério Público.

Essa determinação de produção de utilidades que se extrai do ordenamento jurídico e incide sobre o gestor de bens dominicais é também explicitada com veemência por Floriano de Azevedo Marques Neto. Para o autor, é "imperativo o emprego econômico dos bens dominicais de forma a que eles cumpram a finalidade de gerar receitas para a Administração Pública. Isso não apenas pelo sobredito princípio da função social da propriedade (que interdita a ociosidade, a não utilização de bens), mas também pelo princípio da economicidade, consagrado também pela Constituição e objeto de tutela pelos Tribunais de Contas (art. 70, *caput*, CF)".[13] Em complemento a esse raciocínio, adicione-se que a ociosidade não necessitará ser combatida apenas com usos geradores de receitas financeiras. Além deles, os bens dominicais poderão produzir utilidades por meio de usos gratuitos de natureza social, comuns ou privativos, seja pela população, seja pelo ente proprietário, seja por outros entes estatais.

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

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

[13] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos*: *função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*, p. 222.

privadas, como as empresas estatais. No primeiro caso, os bens serão públicos dominicais como regra geral e no segundo, bens estatais privados (jamais bens públicos).[14]

1.7. Bens públicos híbridos

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

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

Essa interessante questão surgiu de modo incidental em julgado prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça.[15] No referido caso, o Tribunal lidou com a cobrança pelo uso de bens públicos municipais para instalação de infraestruturas. Em mais detalhes: tratava-se de recurso interposto em mandado de segurança impetrado pela Companhia de Saneamento de Sergipe (DESO), sociedade de economia mista concessionária de serviços municipais. A ação se voltava contra ato do prefeito do município sergipano de Lagarto, consistente no sancionamento de leis que tornavam exigível o recolhimento de taxas (sic)[16] aos cofres públicos pela utilização, por particular, do solo da municipalidade para

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

[15] Cf. o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (ROMS) n. 11.412/SE, julgado em 09 abr. 2002, relatora Min. Laurita Vaz e relatora para acórdão, Min. Eliana Calmon. Vale transcrever a ementa do julgado: Tributário e administrativo – uso do solo municipal para serviço de utilidade pública – cobrança. 1. Não pode o município cobrar pelo uso do solo, se o serviço se destina a comunidade municipal. 2 Sem ser taxa (porque inexiste serviço prestado pelo Município) e sem ser contraprestação pela utilização do solo, caracteriza-se como cobrança de um bem público. 3. Ilegalidade da cobrança. 4. Recurso provido em parte.

[16] Vale lembrar que taxas são cobradas por exercício do poder de polícia ou prestação de serviço público. Em relação ao uso dos bens públicos, cobra-se preço, tal como previsto no Código Civil. Não apenas o uso

fins de instalação de tubulações hidráulicas, elétricas, de telecomunicações e de esgotamento sanitário.

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

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

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

Em segundo lugar, reforçando essa última observação, não parece possível presumir que um bem seja híbrido, tal como se viu no julgado do STJ. Se não houver previsão explícita em lei ou ato administrativo do titular do bem, nem qualquer

privativo, mas também o uso comum de bens públicos pode ser remunerado por preço baseado em lei do ente federativo que detém o bem.

mandamento implícito na legislação ou nos atos da entidade proprietária, então há que se presumir que o bem recai em apenas uma das categorias do Código Civil. Isso, porque se um bem configura uma unidade jurídica, é de se pressupor que sua afetação o atinja por inteiro. Daí a necessidade de que o hibridismo finalístico esteja explícito ou implícito na afetação.

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

2. AFETAÇÃO, USOS E ESCALA DE DOMINIALIDADE

2.1. Afetação, desafetação e reafetação

Uma vez adquiridos, os bens passam a ser empregados para as mais diversas finalidades atribuídas pela legislação aos entes estatais. Para se entender como a Administração Pública utiliza seus bens, há que se retomar o tema da afetação e aprofundá-lo.

A (des)afetação não configura instrumento exclusivo do direito administrativo brasileiro. Pelo contrário. Inúmeros ordenamentos ocidentais preveem conceitos análogos (como a "*Widmung*" e a "*Entwidmung*" do direito alemão). Aliás, foi certamente pela influência dos sistemas estrangeiros, sobretudo dos europeus, que o instrumento ingressou no direito brasileiro e, aos poucos, tornou-se tão relevante, mesmo que o Código Civil tenha deixado de abordá-lo de forma explícita ao tratar de normas gerais sobre bens públicos.

Afetar nada mais é que vincular, conectar, ligar juridicamente um determinado bem a certa função pública concreta e primária. Por via reversa, desafetar significa afastar

a associação jurídica da coisa a uma função ou utilidade pública.[17] Reafetar ou reclassificar consiste em trocar, modificar, substituir a afetação atual por nova destinação ou acoplar à afetação inicial usos primários novos.

Em última instância, todo o patrimônio estatal e, por conseguinte, qualquer bem que o componha, deve ser gerido de maneira a produzir utilidades para a coletividade. Se o Estado hodierno, de fundamento racional e caráter democrático, somente existe e se justifica como meio de promoção de interesses públicos primários em benefício da sociedade, seria incoerente aceitar que entidades estatais pudessem manejar seus bens para ocasionar efeitos nocivos ou prejuízos aos cidadãos.

Todo tipo de bem estatal deve produzir alguma utilidade social. Nenhum bem inserido no patrimônio público se destina a causar prejuízos constantes, a sangrar os cofres públicos ou a gerar desvantagens injustificáveis à população. O Estado sequer está autorizado a manter bens inúteis em seu patrimônio, sobretudo quando eles acarretarem custos de manutenção e ocasionarem prejuízos indiretos à coletividade – que, em última instância, sustenta o próprio Estado não apenas do ponto de vista político, mas também em termos financeiros por meio de seus tributos.

Essa conclusão primária é capaz de levar a uma confusão na compreensão da disciplina jurídica dos bens estatais públicos. Se todos os bens pertencentes ao Estado devem ser direcionados à produção de utilidades, então todos são afetados? Tecnicamente não.

A afetação representa vinculação formal a utilidades mais específicas e que se encaixam basicamente em dois grandes grupos. Ou a afetação do bem implica sua disposição para o uso comum pelo povo, ou designa que o bem será empregado na prestação de um serviço público de natureza econômica, social ou administrativa. É por isso que os bens de uso comum do povo e os bens de uso especial, previstos no Código Civil, são conhecidos na doutrina como bens afetados. Já os bens dominicais, que não estão vinculados primariamente a serviços públicos ou uso geral do povo, configuram bens não afetados.

[17] Sobre o conceito, cf. também CRETELLA JÚNIOR, José. *Dicionário de direito administrativo*, p. 28; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 750 e BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 922.

Em relação aos bens privados, geralmente não se faz qualquer apontamento, mas a distinção é igualmente válida. Os bens do domínio privado estatal não são afetados, mas os bens, estatais ou não, que ingressam no domínio público impróprio, por exemplo, em razão de sua essencialidade à prestação de um serviço público delegado, são bens análogos aos bens afetados, embora no direito privado não haja a necessidade de ato formal de afetação ou desafetação.

Como dito, no tocante aos bens de uso comum do povo e de uso especial, a afetação consiste em associação formal a certas destinações primárias. Por *associação formal*, entenda-se um vínculo que é criado por ato jurídico de natureza legislativa ou administrativa, ainda que de modo implícito. Por *destinações primárias*, busca-se ressaltar que os usos afetados detêm supremacia sobre os não afetados.

Um rio afetado à navegação também pode ser utilizado para lazer da população, caso não se proibida esta atividade. Não se permite, porém, que os usos não previstos na afetação suplantem, impeçam, obstem os previstos. De igual forma, uma fazenda da União (bem dominical) se compatibiliza com uso em serviço público, embora não esteja vinculada primariamente a ela. Nesse caso, a falta de afetação apenas significa que o uso para o serviço não está protegido, de modo que, sem grande dificuldade, o administrador público está autorizado a mantê-lo, afastá-lo ou substituí-lo por outro uso. A afetação – repita-se – consiste em *vinculação jurídica* da coisa a um ou mais usos precípuos, daí a razão pela qual não se confunde com o uso que se faz da coisa em si. Trata-se de um liame jurídico indutor de proteção de uso e não de uso concreto.

2.2. Afetação expressa, tácita e fática

No plano teórico, a (des)afetação como (des)vinculação jurídica de um bem a um ou mais destinações primárias assume três formas hipotéticas, a saber: a expressa, a tácita e a fática. Nem todas elas se mostram juridicamente compatíveis com o direito administrativo brasileiro.

A afetação expressa indica mandamento contido em ato jurídico legislativo ou administrativo pelo qual se vincula um bem de modo explícito, claro, expresso, inquestionável a uma ou mais destinações primárias. O Decreto que prevê a desapropriação de um terreno para vinculá-lo a uma futura escola ou a uma estação de

transporte urbano configura um ato expresso de afetação. A lei que direciona uma fazenda à criação de um parque público e o ato de registro de um loteamento que transfere vias de tráfego para o Município são outros exemplos.

Diversa é a afetação tácita, pois nesta a associação do bem a uma finalidade precípua esconde-se no texto do ato legislativo ou administrativo. O mandamento não se encontra explícito. Conforme se aduziu alhures, "se tácito é o que está subentendido, implícito, a (des)afetação tácita seria aquela que não decorre de uma previsão específica, de um ato legal ou administrativo de efeitos concretos do qual se retire um comando de alteração na destinação de uso precípuo do bem. A (des)afetação tácita deve ser compreendida como um comando que está subjacente em um ato (...)".[18] A criação de uma autarquia por lei faz supor que todos os bens que ela receba originariamente venham a ser aplicados no exercício de suas funções administrativas.

A terceira hipótese teórica representa a (des)afetação fática, ou melhor, a (des)vinculação de coisa, móvel ou imóvel, a certa finalidade pública primária por força de fatos, usos, costumes, comportamentos humanos em geral, a despeito de um ato jurídico. Embora o conceito seja simples, não parece fácil responder se ele é ou não compatível com o direito positivo brasileiro.

Imagine-se uma praça municipal (bem de uso comum) que passa a ser utilizada para atividades de uma creche municipal (como bem de uso especial). Imagine-se outra praça abandonada que, pela sua situação, seja tomada como bem dominical pelo Município e vendida sem desafetação. Considere-se, ainda, a biblioteca de uma faculdade pública de direito (bem de uso especial) que passe a ser utilizada por todos do povo ao longo de muitas décadas (como bem de uso comum). Em todos esses três exemplos, a hipótese abstrata é idêntica. O uso fático que se fez do bem transformou ou afastou sua afetação originária? Os fatos produziram efeito jurídico? Modificaram mandamento jurídico anterior?

Acredita-se que não. O comportamento, omissivo ou comissivo, da coletividade ou dos agentes públicos, a despeito de sua extensão temporal e de boa-fé, não se revela capaz de alterar a vinculação formal de um bem público a uma ou mais destinações primárias. A afetação fática, conquanto possa ser reconhecida no plano dos conceitos, não

[18] MARRARA, Thiago. *Bens públicos, domínio urbano, infraestruturas*, p. 73.

se afigura válida no direito brasileiro, pois, caso fosse, representaria o reconhecimento de que o costume constitui fonte de normas jurídico-administrativas, o que contraria os princípios constitucionais da legalidade e da moralidade.[19]

Retome-se a hipótese narrada do Município que vende certa praça abandonada sem qualquer desafetação prévia por considerá-la um bem dominical surgido por decorrência da falta de uso pela população ao longo dos anos. Além de questionável sob o ponto de vista da legalidade, já que viola ato legislativo ou administrativo anterior, a ação municipal poderia ser tachada de imoral por consistir em alienação de bem destinado à produção de utilidades públicas.

As praxes administrativas e os usos sociais não justificam a alteração ou a negação da vontade do povo ou da Administração Pública em relação à vinculação jurídica de certo bem a finalidades públicas. O reconhecimento do instituto da (des)afetação fática colocaria as condições e as predisposições naturais ou sociais do bem em uma situação de primazia quanto às opções da coletividade expressas por meio de seus representantes diretos ou indiretos, o que feriria, em última instância, o modelo democrático. Não é o uso, o desuso ou a natureza do bem que define, em última instância, sua afetação. Esta constitui opção política ou administrativa formal que se deixa influenciar pelas características fáticas do bem, mas deriva principalmente de considerações de ordem política, administrativa, econômica, cultural, social etc.

É preciso cuidado para não se misturar a (des)afetação fática, instituto incompatível com o direito administrativo brasileiro, com a transformação ou o desaparecimento da coisa. Em várias ocasiões, o uso normal do bem ou certos fenômenos naturais que o atingem são capazes de modificar sua estrutura e natureza física. Eis o que sucede com o edifício afetado a serviço público, mas transformado em escombro por força de terremoto ou em cinzas após grande incêndio. Caso semelhante é o das cadeiras e de lousas de uma escola pública que se desgastam com o uso e se transformam em material inservível (ou seja, resíduo).

[19] Sobre o papel do costume no direito administrativo, cf., entre outros, GORDILLO, Agustin. *Tratado de derecho administrativo*, t. 1. pp. VII-43-45; ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*, p. 64; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, pp. 70-71 e MARRARA, Thiago. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. *Revista digital de direito administrativo,* nº 1, p. 40.

Na hipótese em que o bem se esgote ou se transforme em outro por resultado do uso ou de fenômenos naturais, não se opera real desafetação. Ocorre, sim, destruição ou transformação significativa do próprio objeto que, mediatamente, afasta a afetação originária, já que esta depende da aptidão de o bem produzir utilidades públicas determinadas.

Um exemplo serve para ilustrar a problemática e o entendimento teórico aqui registrado. Imagine-se o prédio do hospital público atingido por enchente. Por conta do desastre, as atividades do hospital são suspensas, mas nisso se verificam duas situações diversas. Alguns materiais, equipamentos e setores do prédio continuam intactos e úteis à produção de suas utilidades originárias. Outros bens mostram-se destruídos, tornaram-se inservíveis ao serviço público de saúde.

No tocante ao primeiro grupo de bens, nada mudou juridicamente. Eles permanecem na categoria dos bens de uso especial, mesmo porque o Código Civil (art. 99, II) prescreve que basta a destinação formal do bem ao serviço, independentemente da utilização efetiva ou da suspensão da atividade principal. Já o segundo grupo de bens, destruídos ou comprometidos funcionalmente, não são mais bens afetados. Isso não resulta, contudo, de desafetação, mas sim de perecimento, esgotamento ou descaracterização do bem. Não se trata de desvinculação jurídica resultante de usos e costumes do povo ou de agentes públicos, mas sim da transformação ou desaparecimento do bem e, por conseguinte, da afetação originária que o acompanhava.

2.3. Afetação múltipla e usos secundários

Ao se apresentar o instituto da afetação, mencionou-se que a vinculação da coisa a uma destinação pública não precisa ser exclusiva. É possível que a afetação consista em associação com um único uso ou com um conjunto de usos. Nessa última situação, fala-se de afetação múltipla, de pluralidade de usos primários. Um mesmo bem é vinculado a inúmeras destinações públicas, as quais ora são hierarquizadas no ato de afetação ou tratadas sem qualquer distinção jurídica.

Para se prevenir e se solucionar conflito de uso, é sempre mais adequado que o ato de afetação já disponha sobre a ordem de preferência de usos primários, de sorte a orientar a autoridade pública sobre como gerir o bem público afetado. Solução alternativa

a tal técnica consiste em prever os usos preferenciais em casos de conflitos. Nessa linha, a legislação de águas (Lei 9.433/1997), ainda que não tenha apontado os diversos usos afetados, traz norma que impõe o uso preferencial em favor do consumo humano e da dessedentação de animais em situações de escassez. Este mesmo diploma reconhece que a gestão das águas há que favorecer o uso múltiplo, mas acertadamente não define a afetação dos recursos hídricos brasileiros, deixando ao gestor público a flexibilidade necessária para tratar da questão. Em outras palavras: autoriza-se a afetação múltipla por outro ato, mas garante-se a preferência de certos usos primários na lei geral.

É importante não confundir a afetação múltipla com usos acessórios ou secundários. A afetação indica sempre vinculação jurídica a usos ou a destinações ditas primárias. Ela não impede que o bem afetado (de uso comum do povo ou de uso especial) seja empregado para usos outros que não estejam previstos no ato de afetação. Desse modo, um edifício pertencente a certa escola pública aceita utilização para festa junina ou para reunião da associação de bairro. Da mesma forma, uma biblioteca afetada a certa Faculdade pública de direito se abre a uso por cidadãos em geral, incluindo alunos de cursos privados de preparação para concursos públicos. Em ambos os exemplos, despontam usos secundários ou acessórios aos usos afetados.

Em contraste com os afetados, os usos secundários dependem de um juízo de conveniência e oportunidade do gestor público. Não existe direito subjetivo de uso secundário, pois a decisão da autoridade responsável é discricionária em regra. Não se olvide, contudo, que os bens públicos sujeitam-se a um imperativo de uso múltiplo (função social qualificada), o qual sugere a aceitação de usos secundários compatíveis ao uso afetado quando não haja motivo plausível para negá-lo.

Considerando-se que uma festa junina em escola pública não prejudique as aulas regulares e não seja prejudicial à conservação do bem, qual seria a razão para vedá-la como uso secundário? De igual modo, considerando-se que o emprego de determinada sala por um centro acadêmico (associação ou fundação privada) não obste a destinação da faculdade pública para o curso superior a que se destina, qual será o motivo legítimo para obstá-lo?

Para que possa ser aceito pela Administração, qualquer uso secundário é sempre dependente da comprovação de sua compatibilidade com o uso afetado (primário). É também condicionado ao cotejo da sustentabilidade no manejo do bem estatal. Caso esses

valores e preceitos inerentes à boa gestão patrimonial não restem prejudicados, então a autoridade pública se deixará guiar pelo imperativo de uso múltiplo (gratuito ou oneroso), consistente na necessidade de se maximizarem as utilidades públicas que o patrimônio estatal é capaz de gerar, mas respeitando-se a moralidade, a isonomia no tratamento dos interessados e as finalidades públicas.

2.4. Escala de dominialidade dos bens no Brasil

Por muito tempo, vigorou na doutrina a visão dicotômica do regime jurídico dos bens – visão essa derivada de um apego à tradição civilista de separar os bens de acordo com a titularidade. Se o Código Civil somente menciona bens públicos e bens privados, então, por paralelismo, existiriam apenas dois regimes: um público e um privado.

O problema é que o raciocínio bipolar faliu, não mais explica a realidade social nem estatal. O cruzamento de critérios subjetivos e funcionais (que valorizam o uso) revelou que a bipartição dos regimes jurídicos encontrou seus limites. Não reflete a complexidade real da matéria. Há bens estatais que são públicos, mas outros que não. Há bens privados em regime tradicional e outros que, por uma vinculação com funções públicas, sujeitam-se à incidência significativa do direito administrativo como se públicos fossem. Na evolução histórica, chegou-se a uma situação em que nem tudo o que é estatal é público e nem tudo que é particular é privado.

É por conta dessa simples constatação que se justifica a necessidade de se passar da tradicional, porém restrita "teoria dos bens públicos" para o campo abrangente de um verdadeiro *"direito administrativo dos bens"*, o qual abrange três pilares: bens estatais públicos, bens estatais privados e bens privados em função pública (ou bens públicos fáticos). Sob enfoque analítico alargado, a compreensão do regime jurídico dos bens públicos reduz-se a um capítulo da investigação maior, que lida com bens compreendidos em inúmeros pacotes normativos.

À luz do direito administrativo dos bens, os regimes jurídicos são variados e diversificados. Perde sentido explicá-los a partir da diferenciação clássica entre regime de direito administrativo e regime de direito privado. A complexidade real pede nova fórmula explicativa dos regimes jurídicos e, como resposta a essa demanda, desponta a *"teoria da escala de dominialidade"*. Trata-se de escala teórica que serve para indicar

um conjunto de regimes jurídicos graduados de acordo com a interferência maior ou menor do direito administrativo. Eis uma nova maneira de examinar o regime dos bens e que não se restringe ao direito brasileiro.

Embora não mencione o termo "escala", em Portugal, Ana Raquel Moniz aceita a multiplicidade de regimes ao analisar o tema. Explica que o "confronto dos vários regimes jurídicos incidentes sobre a propriedade dos bens denota um crescendo na interferência do direito administrativo". Por consequência, parece-lhe adequado separar ao menos três regimes, quais sejam: o da "propriedade privada dos particulares", o da "propriedade privada da Administração Pública" e o da "propriedade pública da Administração Pública". Em relação ao primeiro grupo, o direito público corresponderia basicamente a limitações da propriedade (poder de polícia – vale dizer); em relação ao segundo, ele incidiria de modo mais intenso, já que aí estão bens de titularidade do Estado e, no terceiro grupo, o regime seria quase puramente público pelo fato de haver titularidade estatal somada a função pública.[20]

A lógica aqui defendida é a mesma, mas a ordenação dos regimes é diferente. No cenário brasileiro, a consideração de três degraus na escala de dominialidade se mostra insuficiente. O primeiro fator a exigir uma ampliação quantitativa da escala é o reconhecimento de que o regime de bens privados não pode ser único, ao contrário do que sustenta Ana Raquel Moniz em sua tripartição de regimes. Há bens privados em função privada e bens privados em função pública. O regime desses dois grupos de bens não se confunde, dada a incidência de regras administrativas resultantes da função que eles exercem. O segundo fator diz respeito à diferenciação, no Brasil, de dois tipos de bens públicos: os afetados (de uso comum do povo e de uso especial) e os não afetados (os dominicais).[21] Um exame rápido do Código Civil torna evidente que esses dois grupos de bens públicos não se sujeitam ao mesmo regime funcional.

Em face de fatores práticos e legislativos, a escala de dominialidade brasileira deve abranger ao menos cinco degraus. O primeiro deles, aqui denominado de *"domínio público estatal"*, inclui os bens públicos de uso comum do povo e os bens públicos de

[20] MONIZ, Ana Raquel Gonçalvez. Direito do domínio público. *Tratado de direito administrativo especial*, v. V, p. 18.
[21] Concorda-se aqui com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem as três espécies de bens públicos brasileiros podem ser reduzidas sem grandes complicações a dois regimes jurídicos. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 746.

uso especial. Esses são os bens que mais intensamente se sujeitam ao direito administrativo. O segundo, chamado de *"domínio público impróprio"*, engloba os bens de pessoas jurídicas de direito privado em função pública, sobretudo os reversíveis por força de contratos de delegação de serviços públicos, mas não apenas eles. O terceiro, *"domínio público não afetado"*, designa o conjunto de bens dominicais. O quarto, *"domínio privado estatal"*, abrange os bens de pessoas estatais de direito privado, mas sem vinculação a atividades públicas. E o quinto degrau da escala abarca bens privados não estatais e desvinculados de funções públicas, os quais não são objeto do direito administrativo dos bens, restando sujeitos tão somente a normas de restrição da propriedade baseadas no poder de polícia (*"domínio privado não estatal"*).

Em contraste ao que se sustentou em tese concluída sobre a matéria em 2005 e publicada em 2007,[22] a escala de dominialidade aqui apresentada é mais fragmentada, mais aprofundada, pois aparta o conjunto de bens dominicais do de bens estatais privados. É verdade que tais bens exercem funções semelhantes na prática, mas o direito positivo cria regras que se aplicam aos primeiros, mas não aos segundos. Veja-se a norma constitucional que consagra a imprescritibilidade de bens dominicais imóveis, mas não atinge bens estatais privados. Essas diferenças se justificam em virtude da titularidade. Enquanto os dominicais pertencem a pessoas jurídicas públicas, os estatais privados são de pessoas jurídicas de direito privado.

Uma vez que a escala de dominialidade proposta para explanar o regime jurídico dos bens se pauta simultaneamente nos dois critérios que permeiam o estudo da matéria, o subjetivo (que marca o Código Civil) e o funcional (mais presente nos estudos administrativos), dela consta a titularidade como um dos fatores determinantes dos regimes. A proposta classificatória conjuga os critérios, mas não por simples desejo de inventar teorias, senão pelo fato de que o direito positivo e a jurisprudência ora elege o critério subjetivo, ora valoriza o funcional para criar regras que compõem tais regimes jurídicos. Tampouco se pode ignorar que a mera titularidade estatal sobre um bem, a despeito de seu uso direto em funções públicas, atrai a incidência do direito administrativo. Afinal, o Estado é uma invenção do povo e a ele deve servir e direcionar

[22] MARRARA, Thiago. *Bens públicos, domínio urbano, infraestrutura*, p. 94.

suas ações, seus esforços e seu patrimônio em todos os momentos. Daí porque a presença do Estado como proprietário sempre atrai normas de direito público.

Diante desses fatores e do cruzamento dos critérios mencionados, a escala que se propõe para explicar o direito administrativo dos bens no Brasil é a seguinte:

Escala de Regimes Jurídicos dos Bens			
Titularidade	Função	Normas	Rótulo do regime
Pessoa jurídica de direito público (bem estatal público)	Uso comum do povo ou uso especial	Altíssima incidência de direito público	**Domínio público estatal**
Pessoa jurídica de direito privado ou pessoa física (bem privado não estatal)	Uso em atividade pública	Regime híbrido de direito público e privado. Predominância da lógica pública.	**Domínio público impróprio**
Pessoa jurídica de direito público (bem estatal público)	Uso público flexível (bens dominicais ou "bens curingas")	Regime híbrido (ou público flexível)	**Domínio público não afetado**
Pessoa jurídica de direito privado do Estado (bem estatal privado)	Uso semelhante ao de particulares	Regime mais privatístico, derrogado por algumas normas públicas	**Domínio privado estatal**
Bem não-estatal privado (pessoa física ou jurídica de direito privado)	Uso particular	Regime privatístico mitigado apenas por restrições estatais à propriedade (poder de polícia)	**Domínio privado não estatal**

Fonte: elaboração própria

2.5. Domínio público estatal

O domínio público estatal representa o regime jurídico funcional que incide sobre bens que detenham as seguintes características: 1) titularidade por pessoa jurídica de direito público interno e 2) uso primário em função administrativa pública. Por força desses dois critérios, são lançados nesse regime os bens de uso comum do povo e os bens

de uso especial.[23]

A titularidade é facilmente verificável. Não importa a esfera federativa a que pertença o bem. Tanto faz se o bem é da União, de Estados ou dos Municípios. Tampouco importa se pertence a entidades da Administração Direta ou Indireta. Desde que estejam no patrimônio das pessoas jurídicas públicas apontadas pelo art. 41 do Código Civil e contanto que se vinculem a uma função pública por determinação de afetação, tais bens se encaixarão no domínio público estatal.

O uso, por sua vez, deve ser comum do povo ou administrativo, externo ou interno. É imprescindível que tais bens, móveis ou imóveis, estejam afetados por ato administrativo ou por lei, de modo explícito ou implícito, para o uso por servidores públicos ou usuários de serviços ou estabelecimentos específicos, ou para o uso pela coletividade em geral. Não é necessário que o ordenamento jurídico os afete de modo explícito como domínio público, basta que se extraia do direito positivo a vinculação jurídica primária do bem ao desempenho de papel relevante na conformação do Estado, na proteção de seus elementos fulcrais ou no desempenho de suas tarefas fundamentais.

Certos autores defendem que a afetação decorre da natureza fática do bem em certos casos. Nessa linha, Ana Raquel Moniz sustenta haver um domínio público materialmente considerado, o qual independe de previsão explícita na lei e na Constituição. Tais bens seriam do domínio público pela sua essencialidade para a existência do Estado e não por uma mera escolha do legislador ordinário. Haveria, portanto, um grupo de bens do domínio público material (bens vinculados ao regime público pela sua própria natureza) e bens vinculados ao domínio formal (ou seja, eleitos pelo Poder Constituinte ou pelo legislador para ingressar no regime do domínio público).[24]

Tal distinção não é aceita com unanimidade. Floriano de Azevedo Marques Neto discorda da existência de uma destinação natural. "Mesmo os bens que contêm características que normalmente remetem à condição de 'bens públicos por sua própria

[23] A ideia é semelhante à adotada em 1984 por José Cretella Júnior. O regime jurídico publicístico atinge um "1. conjunto de bens, não incluindo os dominicais; 2. pertencentes à Administração (...); 3. afetados à Administração ou à coletividade, seja por uso direto (*uti singuli*) ou indireto (*uti universi*); 4. com regime jurídico de direito público". Cf. CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado do domínio público*, p. 29.
[24] MONIZ, Ana Raquel Gonçalvez. Direito do domínio público. *Tratado de direito administrativo especial*, v. V, p. 30.

natureza', como os rios, mares e praias, são bens públicos não pelo seu conteúdo natural, mas por expressa referência constitucional ou, em alguns casos, legal".[25] É exatamente nesse sentido que falamos de uma afetação que decorra do ordenamento. A afetação pode ser tácita em certos casos, ou seja, implícita, indireta, subjacente, mas deverá ser extraída do ordenamento, daí se mostrar incabível a ideia de um regime jurídico que decorre unicamente da natureza física do bem.

Além dessa discussão, é preciso ressaltar que os bens do domínio público estatal devem ser destinados para a coletividade na maior medida possível dentro de uma perspectiva sustentável. Mesmo quando a afetação for unitária (haja um único uso formalmente primário), ao administrador público caberá geri-los de modo a promover a maximização de utilidades na medida em que isso se harmonize com a manutenção adequada do bem para atender futuras gerações (sustentabilidade). Como se afirmou alhures, "paira sobre esses bens uma obrigação de uso múltiplo, um imperativo de que sejam geridos de modo a produzir o maior número de utilidades, externalidades positivas ou vantagens sociais".[26] Eis o mandamento que decorre de uma função social inerente aos bens públicos.[27] Não bastasse isso, sobre tais bens recaem igualmente as funções sociais que incidem sobre bens móveis ou imóveis, rurais ou urbanos. Por consequência, diferentemente do que se verifica nos bens privados em geral, nos bens do domínio público amontoam-se funções sociais e isso explica a razão pela qual o direito administrativo incide de modo tão intenso.

É a titularidade estatal (ou o fato de ser patrimônio do Estado) somada à função pública precípua que faz o direito administrativo excluir tais bens do comércio privado e colocá-los em um regime especial, rígido, publicístico e claramente protecionista dos usos públicos afetados. Tal regime restringe fortemente (mas não por completo) os poderes de disposição, bem como de gestão desses bens (uso e fruição). A discricionariedade de gestão existe em relação a eles, mas é limitada, quando comparada com a existente sobre

[25] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*, p. 122.
[26] MARRARA, Thiago. *Bens públicos, domínio urbano, infraestrutura*, p. 97.
[27] Observe-se que, em verdade, o direito positivo não chega a oferecer uma norma geral explícita sobre a função social dos bens públicos, mas tal função é inerente a eles e também se acopla aos mandamentos constitucionais que falam da função social para qualquer tipo de propriedade. É essa função que pede a maximização (sustentável, vale registrar) dos usos que são compatíveis com sua destinação. A esse respeito, cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A gestão jurídica do patrimônio imobiliário do poder público. *Cadernos Fundap: "o patrimônio imobiliário do Poder Público"*, pp. 55-66.

bens de regimes menos públicos. Diante do intenso conjunto de limitações administrativas, para alguns, a inclusão de bens na categoria em debate deve ser pautada na razoabilidade.[28]

Uma advertência merece ser frisada. Os bens do domínio público estatal não estão exatamente excluídos de todo e qualquer tipo de ato de gestão e de disposição. Eles podem ser cedidos para usos privativos. Além disso, podem ser geridos com o intuito paralelo de gerar receitas à Administração Pública, desde que não sejam violados os usos precípuos e o imperativo da sustentabilidade. Embora o comércio privado seja vedado a princípio, o mesmo não vale para o comércio público, o qual se desenvolve tanto entre entes estatais, quanto entre entes estatais e privados. Isso ocorre com base em instrumentos jurídicos exclusivos do direito administrativo (instrumentos próprios) ou por meio de mecanismos emprestados do direito privado por decisão explícita do legislador (mas limitados pela lógica publicística que rege o domínio público).[29]

Por resultado, quando o Código Civil prescreve que apenas os bens dominicais serão objetos de direito real e obrigacional, há que se ter cautela. Não se deve concluir que os bens públicos afetados (de uso comum do povo e de uso especial) estejam fora de qualquer tipo de comercialidade ou relação jurídica negocial. Existem relações obrigacionais e reais de direito público e, por conseguinte, os bens afetados a elas se sujeitam. Por isso, a norma do Código serve para explicitar que os bens dominicais são incompatíveis com institutos exclusivos do direito privado, jamais para afastar, por uma

[28] De acordo com Moniz, "a circunstância de o regime jurídico dos bens públicos ser enformado por uma nota de maior rigidez e exigência implica que o legislador apenas tenha legitimidade para considerar como públicas as coisas que revistam tais características... dadas as restrições extremas que as mesmas acarretam para o comércio jurídico privado, torna-se conveniente acentuar que a sua sujeição ao estatuto da dominialidade por ação legislativa deve ser pautada por uma imperativo de moderação e necessidade (...)". MONIZ, Ana Raquel Gonçalvez. Direito do domínio público. *Tratado de direito administrativo especial*, v. V, p. 26.

[29] Exemplo de instrumento privado que é autorizado para relações jurídicas envolvendo bens públicos afetados é o direito real de superfície, a qual aparece tanto no Estatuto da Cidade como instrumento municipal da política de desenvolvimento urbano, quanto no Código Civil (art. 1.367 a 1.377), como instrumento para usos diversos e por qualquer ente político (não apenas o Município). A propósito, vale destacar que o direito civil traz quatro regras além das dispostas no direito urbanístico. O Código autoriza a prática da concessão do direito de superfície por entes públicos; trata da indenização em caso de desapropriação do imóvel e, por conseguinte, da área sobre a qual recai a concessão do direito de superfície, determinando aí a indenização relativa; veda a estipulação de qualquer pagamento em benefício do concedente no caso de transferência do direito de superfície pelo superficiário; e proíbe, a princípio, as obras no subsolo, a não ser que haja expressa autorização contratual. Além disso, embora não explícita, existe a diferença de competência, já que o instrumento do Código pode ser usado na esfera federal, estadual e municipal, enquanto o instrumento urbanístico se destina basicamente aos entes locais.

interpretação negativa, a comercialidade peculiar dos bens afetados, tratada em inúmeros dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro.[30]

Além de se destacar a existência do comércio jurídico de direito público e outras características dos bens do domínio público estatal, outra ressalva é pertinente. Os tipos de normas jurídico-administrativas que incidem sobre os dois grupos de bens inseridos nessa categoria não são sempre idênticos. Tal constatação se evidencia em matéria de controle de uso. Em relação aos bens de uso comum do povo, além das restrições de gestão impostas pelo proprietário do bem, há grande penetração de normas baseadas no poder de polícia de entidades externas, inclusive de outros níveis da federação. De modo diverso, para os bens de uso especial, aplicam-se as normas estabelecidas pelo proprietário, certas normas decorrentes do poder de polícia e, principalmente, normas de caráter disciplinar. Como a disciplina interna é típica de qualquer serviço estatal, no caso do bem de uso especial, seus usuários internos (agentes públicos) e externos (cidadãos) vinculam-se a um código de condutas disciplinares e sujeitam-se a punições nessa esfera pelo uso indevido do patrimônio afetado ao serviço ou ao estabelecimento.

2.6. Domínio público impróprio e os *bens públicos de fato*

O domínio público impróprio constitui uma cápsula terminológica, teórica, fictícia, criada para agrupar bens privados em função pública. O grande ponto de distinção entre ele e o domínio público estatal reside na titularidade. O adjetivo "impróprio" designa que os bens não pertencem a pessoas jurídicas de direito público interno, mas sim a pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, ainda que estatais. Eles não seriam bens públicos afetados em sentido formal, não seriam bens públicos de direito, mas *bens públicos de fato*. Em outras palavras, pela regra subjetivista do Código Civil, esses bens são sempre privados. Todavia, funcionalmente, são análogos aos públicos afetados, sobretudo os de uso especial. Voltam-se todos eles a funções públicas típicas ou funções de interesse público exercidas em nome do Estado, daí o motivo pelo qual são lançados

[30] Veja-se o caso da ocupação de bem imóvel por servidor público prevista o Decreto-Lei 9.760/46. Conforme o art. 76 desse diploma, são considerados como utilizados em serviço público os imóveis ocupados: I - por serviço federal; II - por servidor da União, como residência em caráter obrigatório. Segundo o art. 81, a ocupação do imóvel será remunerada por "taxa", correspondente a 3% do valor atualizado do imóvel urbano (*caput*) ou a 0,50% do valor do rural (§ 4º).

no campo do direito administrativo, sofrendo uma série de limitações.

Em virtude da função pública que desempenham ou da vinculação ao uso administrativo a que se destinam, é possível incluir nessa categoria teórica uma lista bastante grande de objetos, a saber:

1) Os bens essenciais a serviços públicos econômicos (monopolizados), mas pertencentes a delegatários privados, como empresas concessionárias de transporte, de saneamento básico, de geração de energia elétrica etc.;
2) Os bens essenciais a serviços públicos sociais (não monopolizados), mas pertencentes a delegatários privados, como organizações sociais ou empresas que atuam nesse campo em nome do Estado, por exemplo, com base em uma parceria público-privada administrativa;
3) Os bens essenciais a serviços públicos de qualquer gênero delegados a entes estatais privados, como associações, fundações e empresas (os quais, a propósito, são muitas vezes confundidos com bens públicos);[31]
4) Os bens de pessoas físicas que se mostrem imprescindíveis a serviços públicos que lhe forem delegados ou a atividades de interesse público, executadas em nome da Administração ou por ela fomentadas (como ocorre na área de pesquisa), respeitando-se, nesse último caso, a condição de que o bem tenha sido adquirido com recursos públicos; e
5) Os direitos, reais ou obrigacionais, sobre bens de terceiros (pessoas físicas ou jurídicas) que são tomados como suporte de atividades administrativas

[31] A constatação de que existem bens estatais públicos e bens estatais privados e que, neste último grupo, existem bens em função meramente privada e bens em função pública, não parece ainda ter sido bem absorvida na jurisprudência, a qual, não raro, confunde o bem de empresas estatais (privados em sua natureza pelo Código Civil) com bens públicos. É o que mostra o seguinte julgado do STJ: "Empresa Pública e Empresa Privada. Locação de Imóvel (...) 1. A empresa pública, de finalidade e características próprias, cujos *bens são considerados públicos*, sujeita-se aos princípios da Administração Pública, que são aplicáveis para as suas atividades fins, bem distanciado do Direito Privado. A rigor, a sua função administrativa consiste no dever do Estado, com regime jurídico-administrativo, com regras próprias e prevalecentemente de Direito Público. Os contratos que celebra têm por pressuposto lógico o exercício de função pública. Soma-se que a empresa pública está inserida no capítulo apropriado à Administração Pública (art. 37, CF). 2. A remuneração pelo uso de bem público não configura aluguel e o disciplinamento do ajuste, firmado entre a empresa pública e a particular, não se submetem às normas ditadas à locação comum, e sim do Direito Público. Forçando, caso admitida a locação, mesmo assim, não escaparia dos preceitos de Direito Público (art. 1º e 54, Lei 8.666/93). 3. Recurso provido". RESP 206044/ES; Recurso Especial 1999/0018938-8. Órgão julgador: Primeira Turma. Ministro Humberto Gomes de Barros (1096), Ministro Milton Luiz Pereira (1097). Julgado em 02 de maio de 2000. Publicado no *DJ* em 03 jun. 2002, p. 143.

> típicas, executadas diretamente pelo Estado ou por delegatários, tais como os direitos de uso de um edifício alugado por uma universidade pública para atividades de ensino, de uma área arrendada por uma empresa estatal que exerce poder de polícia de trânsito ou de equipamentos alugados por uma concessionária para a produção de energia elétrica ou para a execução de um serviço público de telecomunicações.[32]

Como categoria artificial, teórica, simplificadora da realidade, o domínio público impróprio absorve todos esses bens privados por conta da função que exercem, embora eles estejam em situações ligeiramente distintas na prática. É a função pública comum a todos eles que demanda limitações extraordinárias à propriedade privada e ao regime jurídico do direito comum. Os princípios de direito administrativo que regem as funções públicas impõem restrições adicionais aos poderes de usar, fruir e dispor do proprietário, do que surge um regime híbrido, guiado por valores administrativos.

Essas restrições não são resultantes naturais da mera função social que o Código Civil impõe à propriedade privada, nem do poder de polícia estatal. Elas são extraordinárias, administrativas e patrimoniais, daí porque o regime do domínio público impróprio somente incidirá sobre um bem privado caso exista uma relação jurídica específica entre seu proprietário e o Estado. Tal relação se materializa por um contrato de concessão (incluindo parcerias público-privadas), por acordos com entes do terceiro setor, por um convênio e até mesmo por atos administrativos (sobretudo no campo do fomento).

Cumpridas as duas condições apontadas (essencialidade para uma função pública e vinculação jurídica concreta do proprietário com o Estado), o regime do domínio público impróprio deve, teoricamente, incidir sobre o bem privado. As dúvidas que então despontam são previsíveis: em que consiste esse regime? Como ele altera as características da propriedade privada e a aproxima do regime de um bem público?

O ordenamento jurídico não oferece uma resposta padrão a essa indagações. Nem o Código Civil, nem a legislação de concessões ou do terceiro setor disciplinam o assunto de modo claro e preciso. Daí porque o regime do domínio público impróprio

[32] O art. 94 da Lei Geral de Telecomunicações é explícito ao prever que a concessionária poderá empregar, para cumprir seus deveres e executar os serviços, equipamentos e infraestrutura de terceiros. Sobre o assunto, cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Bens reversíveis nas concessões do setor de telecomunicações. *Revista de direito público da economia*, nº 10, p. 112.

depende de uma construção teórica baseada nos princípios do direito administrativo e espelhada no regime dos bens estatais públicos, mas que com ele não se identifica por completo. Para referida construção teórica, levam-se em conta normas que perseguem uma finalidade pontual: proteger a função ou utilidade pública do bem privado.

Com base nessa premissa, é possível sustentar que os bens que ingressam no domínio público impróprio devem ser resguardados por: 1) condicionamentos eventuais à alienabilidade; 2) restrições quanto à prescritibilidade aquisitiva; 3) restrições quanto à penhorabilidade judicial; 4) restrições quanto à sua oneração como objeto de garantia de créditos; e 5) controle ampliado por entes públicos, como o Ministério Público, o Tribunal de Contas e o titular do serviço público ou da atividade de interesse público em que o bem se envolve.

Dada sua essencialidade a uma função pública, de modo geral, um bem contido nas cinco categorias apontadas parágrafos acima deve ser marcado pela reversibilidade. Dizer isso implica supor que a noção tradicional de "bem reversível" necessite de reconstrução. Para o direito administrativo dos bens, a reversibilidade não pode mais se reduzir a um instituto peculiar da legislação de concessões de serviços públicos econômicos. Como instrumento jurídico que permite tutelar bens imprescindíveis à promoção de interesses públicos primários, há que se estendê-la para serviços sociais, serviços administrativos e, sob certas condições, para atividades de interesse público desempenhadas por particulares em nome do Estado ou fomentadas por ele. Em seu conteúdo, a reversibilidade precisa ser lida não como um simples dever de devolução de bem ao Estado, mas como um dever de se garantir a continuidade de certa função ou utilidade pública dependente do bem, o que implica, por vezes, em transferi-lo à Administração Pública ou a terceiros por ela indicados.

A ideia de reversibilidade como um instituto mais amplo que o debatido na legislação de concessões e que forma o regime jurídico do domínio público impróprio configura uma necessidade teórica. Nem todas as cinco categorias de bens que constituem o domínio impróprio estão disciplinadas por regras que a preveem. No entanto, em face de uma omissão legislativa, os princípios de direito administrativo impõem que o administrador público aja com base na Constituição e que construa um regime de proteção do bem privado em função pública seja por meio de regras contratuais, seja por disposições de atos administrativos. Essas regras incidirão sobre o bem na medida de sua

essencialidade funcional ou sua utilidade.

Reitere-se: o regime protetivo do domínio público impróprio abarca somente os bens privados que, em determinado momento, são considerados essenciais à função pública e desde que seu proprietário seja parte de relação jurídica concreta com o Estado (principalmente, na condição de delegatário de serviços). Como o direito administrativo, para garantir certas utilidades públicas, limita a disponibilidade do bem privado e suas formas de uso, além de multiplicar os mecanismos de controle, somente os bens essenciais à função pública é que ingressarão no domínio público impróprio. Estender este regime a bens privados não vinculados à produção de utilidades públicas significa limitar indevidamente a liberdade e o patrimônio privado em desacordo com o espírito constitucional.

Tomem-se os bens de empresas concessionárias para ilustração dessa afirmação teórica. O regime do domínio impróprio somente deverá atingir: "1. os bens efetivamente empregados na prestação dos serviços públicos, tais como os ônibus em operação, no caso de serviços de transporte,[33] as redes de energia elétrica instaladas etc.; e 2. os bens de propriedade das empresas que serão potencialmente utilizados na prestação dos serviços, como os equipamentos e redes em fase de implantação, e os estoques de bens fungíveis ou as reservas financeiras, dentro dos limites quantitativos razoáveis à continuidade dos serviços nos termos oficialmente planejados".[34]

As regras gerais que condicionam a incidência do regime exorbitante do domínio público impróprio se extraem do princípio constitucional da razoabilidade, assentado principalmente na moralidade. Pela regra da adequação, o direito administrativo se aplicará desde que comprovada sua utilidade para tutelar a essencialidade do bem privado em função pública. Pela regra da necessidade, as normas administrativas restritivas incidirão sempre da maneira mais branda possível.

[33] Já decidiram os Tribunais que "é inadmissível a penhora dos direitos de exploração das linhas de transporte coletivo que, não integrando o patrimônio da concessionária de serviço público, são insuscetíveis de transferência voluntária ou forçada...". *RTJE*, 120/155. No mesmo sentido, o seguinte julgado: "Sociedade de economia mista. Só não lhe podem ser penhorados os bens que estejam diretamente comprometidos com a prestação do serviço público". STJ. RESP nº 176.078/SP. Julgado em 15 dez. 1998 e publicado no *DJU* em 08 mar. 1999, p. 200.
[34] MARRARA, Thiago. *Bens públicos, domínio urbano, infraestrutura*, p. 125.

2.7. Domínio público não afetado

Entre o domínio *público* estatal e o domínio *privado* estatal existe um regime intermediário, aqui denominado de "domínio público não afetado". Nele, inserem-se bens públicos dominicais, cujas características básicas residem: 1) na titularidade por pessoa jurídica de direito público interno e 2) na ausência de uma afetação em sentido estrito.

Em 2005, em pesquisa sobre o assunto, fez-se referência a tais bens por meio da expressão "domínio privado".[35] Ocorre que essa expressão se mostra inadequada por misturar os bens dominicais com bens de pessoas estatais com personalidade jurídica de direito privado. Daí a necessidade de separar o domínio público não afetado do que, em outro degrau da escala de dominialidade, será chamado de "domínio privado estatal".

Com base nas duas características apontadas, fica relativamente fácil explicar as fronteiras do domínio público não afetado em relação a degraus inferiores e superiores da escala de dominialidade. A titularidade pública (e a consequente natureza de bem público) é o fator que retira os dominicais do "domínio estatal privado". Tal distinção não é puramente formal, mas sim material, pois os dominicais e os estatais privados não ingressam em idêntico regime jurídico.

De outra parte, a falta de afetação ou de vinculação jurídica formal a um ou mais usos primários é o que torna os dominicais incompatíveis com o domínio público estatal, do qual fazem parte bens de uso comum do povo e bens de uso especial. Pela ausência de afetação, o regime dos bens dominicais é mais flexível que o incidente sobre as duas outras espécies de bens públicos.

Esse posicionamento poderia ser desafiado pela constatação de que, atualmente, há autores que defendem a existência de afetação diferenciada quanto aos bens dominicais. É esse o entendimento de Floriano de Azevedo Marques Neto, para quem "os bens dominicais, ainda que não possuam uma destinação de ordem geral ou específica ao uso do administrado, não deveriam deixar de ter uma função. Hão de ser consagrados a uma finalidade de instrumentalidade da ação estatal, no sentido de que se prestam a gerar

[35] MARRARA, Thiago. *Bens públicos, domínio urbano, infraestrutura*, p. 101.

receitas que sejam empregáveis no cumprimento das crescentes demandas da sociedade".[36]

Embora o emprego amplo do termo "afetação" gere confusões, a ideia central contida no excerto é válida e irrebatível por força da configuração democrática e republicana do Estado brasileiro. Dizer que os bens dominicais não estão afetados em sentido estrito não significa que eles não devam produzir utilidades ao Estado e, direta ou indiretamente, à coletividade. Como se mostrou no primeiro capítulo, a falta de afetação não autoriza o gestor público a abandonar o bem dominical, geri-lo de qualquer forma, ignorar os princípios administrativos. A ausência de afetação em sentido próprio não abafa as implicações que os valores republicanos e democráticos ocasionam à gestão dos bens públicos. Assim como os afetados em sentido estrito, os dominicais estão sujeitos a uma função social administrativa que basicamente se expressa por um imperativo de uso múltiplo, de maximização de vantagens, balizado naturalmente pela sustentabilidade.

Ora, mas se todos os bens estão vinculados a finalidades públicas, em que consiste o efeito prático da inserção de certos bens estatais no domínio público não afetado?

De modo geral, o regime dos dominicais, apesar de sua natureza pública, é muito mais flexível. A falta de afetação estrita permite que esses bens sejam chamados de curingas, já que se eles harmonizam com diferentes usos e finalidades, ainda que sejam frequentemente empregados na geração de receitas financeiras originárias ao Estado. Essa não é, porém, sua única marca.

Os dominicais se caracterizam pela alienabilidade facilitada e pela sujeição a instrumentos de garantia. No mais, podem ser geridos com base em institutos de direito administrativo ou de direito privado,[37] seja no campo das outorgas de uso, seja para fins de alienação. Uma das poucas coisas que não se altera em relação ao domínio público desafetado é o enorme controle que sobre ele se exerce, já que sua gestão e alienação são condicionadas à observância de muitas regras e sofrem fiscalização pelos mais variados entes administrativos e judiciários.[38]

---

[36] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*, p. 221.
[37] Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. II, p. 296.
[38] Por esses e outros motivos, há vozes doutrinárias a negar a existência de significativa diferença entre o regime dos bens dominicais e o dos bens afetados. Nessa linha, posiciona-se Odete Medauar. A autora

2.8. Domínio privado estatal

Há um terceiro conjunto de bens pertencentes ao Estado que se insere no regime do "domínio privado estatal". São eles os "bens estatais privados". Bens estatais, mas não públicos. Bens estatais, porém que não se confundem com bens de uso comum do povo, nem de uso especial, nem dominicais. E, no outro extremo, tampouco se identificam com os bens particulares em sentido estrito, haja vista que se inserem no patrimônio do Estado.

As características marcantes dessa categoria são: 1) a titularidade por pessoa estatal com natureza jurídica de direito privado, pois se a pessoa jurídica fosse pública, o bem somente poderia ser público afetado ou desafetado; 2) o emprego em atividades econômicas em sentido estrito, exercidas pelo Estado com base em técnica de intervenção por absorção (isto é, por monopólios) ou por participação (ou seja, mediante concorrência com agentes econômicos não estatais); e 3) a ausência de vinculação primária e formal a tarefa administrativa típica, como os serviços públicos ou o exercício de poder de polícia.

A partir desses traços fundamentais, compõem o domínio privado estatal, ou a categoria dos "bens estatais privados", os bens pertencentes a inúmeras empresas estatais (sociedades de economia mista ou empresas públicas e sociedades controladas em geral), a associações estatais privadas e a fundações estatais privadas, desde que nenhuma delas execute função pública em sentido estrito, como dito. Se a entidade estatal for privada, mas estiver em função pública, o regime dos bens será diferenciado e muito mais administrativo, ou seja, o bem recairá no domínio público impróprio e não mais no domínio privado estatal.

Dada a personalidade privada do titular e a função privada do bem, é natural que a incidência de direito privado nessa categoria seja bastante intensa. Porém, nem assim os bens estatais privados equivalerão aos bens privados em sentido puro. Afinal, eles estão sob propriedade do Estado, o qual atrai certas normas de direito público, por exemplo, relativas à alienação e ao controle patrimonial.

---

adequadamente esclarece que o regime mais flexível dos bens dominicais é derrogado: pela vedação da prescrição aquisitiva (consagrada na Súmula 340 do STF e nos art. 183, §3º, e 191, da Constituição); pela não sujeição à penhora judicial (por força do art. 100 da Constituição), pelas normas restritivas em matéria de alienação e de controle, seja pelo Tribunal de Contas, seja por meios judiciais, como a ação popular e a ação de improbidade. Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 284.

Na outra ponta, os estatais privados se afastam dos bens públicos, pois sua alienabilidade é muito menos condicionada. Ademais, seu regime jurídico é compatível com a penhorabilidade, com a oneração por garantia e com a prescrição aquisitiva. Essa última característica é, dentre outras coisas, a que os singulariza e os distancia dos bens dominicais, já que estes não são prescritíveis. Por tudo isso, em uma escala de dominialidade, na qual o regime jurídico flui, em sentido descendente, do mais público para o mais privado, os bens de uso comum do povo e de uso especial estão no degrau mais alto; os dominicais, no degrau intermediário e os estatais privados, no degrau inferior. Essa gradação de regimes se explica pela matriz básica derivada do cruzamento do fator titularidade (e, por consequência, da natureza jurídica) com o fator função ou utilidade do bem.

2.9. Domínio privado não estatal

Abaixo do regime dos bens estatais privados coloca-se um último degrau: o domínio privado não estatal. É aqui que o direito privado mais se expande, comprimindo os espaços regidos pelo direito público. O privado é regra, predomina; o público é exceção. Ainda assim, como ocorre em todos os degraus da escala de dominialidade, público e privado convivem, mas conforme um equilíbrio oposto ao que marca o domínio público estatal.

Os fatores que levam o domínio privado a ser atraído pelo direito privado de maneira tão intensa são os mesmos que explicam toda a escala de regimes jurídicos: o titular e sua natureza, a consequente natureza do bem e a função desempenhada por ele. No domínio privado não estatal, inexiste Estado proprietário. A propriedade é dos membros do corpo social, pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado, com ou sem fins lucrativos. Por sua vez, a função do bem privado é fechada, voltada primariamente ao proprietário nas ações de seu interesse e dentro dos limites de sua liberdade. Não há vinculação do bem a funções administrativas ou a execução indireta de serviços públicos econômicos ou de serviços sociais; o bem tampouco é resultado do fomento estatal a atividades de interesse público.

É verdade que aos bens do domínio privado não estatal se aplica o mandamento da função social por força da Constituição, mas trata-se de função simplificada, diferente

da que caracteriza os bens públicos. Não há impacto significativo do princípio republicano e democrático sobre tais bens privados, senão apenas na medida em que o Estado lhes impõe, em nome do povo, a função social e exerce sobre eles poder de polícia, de sorte a compatibilizá-los com certos interesses da coletividade. A função social privada é o rótulo que delimita o papel do direito administrativo para os bens do domínio privado não estatal. O direito administrativo serve para dar forma e conteúdo à função da propriedade privada, conforme o bem seja urbano, rural, de produção, imaterial etc.

Fora isso, o regime do bem é privado e assim perdurará até o ponto em que ele se vincule a uma função pública, passando a ser regido pelas regras do domínio público impróprio, ou venha a ser adquirido pela Administração, via contrato ou de modo forçado, quando então ingressará no rol de bens estatais, públicos ou privados. Caso nenhuma dessas eventualidades suceda, o regime se manterá privado e o direito administrativo permanecerá exercendo papel reduzido, restrito ao campo das restrições estatais à propriedade e afastado do direito administrativo dos bens.

2.10. Fatores de diferenciação

Em mais de um momento, frisou-se que a elaboração da escala de dominialidade, pela qual os regimes jurídicos são organizados de acordo com o diferente equilíbrio entre direito público e privado, não consiste um mero exercício especulativo, de utilidade unicamente formal. À classificação dos bens nos cinco degraus da escala apresentada está associada a distinções em seu regime jurídico. De modo geral, essas diferenças dizem respeito à:

1) *Alienabilidade*. Conforme a escala desce em direção ao direito privado, menores serão as restrições para a transferência da propriedade. Daí porque os bens do domínio público estatal são os que mais sofrem restrições nesse aspecto, característica que resulta diretamente da indisponibilidade dos interesses públicos e das utilidades que esses bens geram à coletividade,[39] seja por sua vinculação a elementos fulcrais do

[39] Nesse sentido, DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*, p. 551 e HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et droit public*, p. 648 e ss.

Estado,[40] seja por seu emprego em serviços e outras atividades típicas.[41] Apesar do maior ou menor grau de limitação imposto pelo direito positivo, praticamente todos os bens estatais são alienáveis desde que cumpridos alguns condicionamentos. Mesmo os bens públicos afetados se sujeitam à transferência de propriedade, mas dentro do comércio público, ou melhor, por meio de instrumentos de direito administrativo, exceção feita a bens públicos reservados e exclusivos por força de norma constitucional.

2) *Gestão de uso*. Ao longo da escala de dominialidade, há igualmente variações quanto às funções sociais e aos instrumentos de outorga de uso. Como aos bens públicos se impõe a função social qualificada ou especial, que demanda a maximização de utilidades na medida da sustentabilidade, eles se sujeitam ao imperativo de uso múltiplo e seus usos são controlados mediante instrumentos de direito administrativo, muitos deles marcados pela precariedade como técnica que permite garantir suas finalidades precípuas. Já os bens dominicais, sujeitam-se aos instrumentos públicos e privados e os estatais privados são manejados por instrumentos privados.
3) *Prescritibilidade*. É novamente a vinculação de certos bens estatais a interesses e a funções públicas que faz variar a incidência da prescrição aquisitiva em certos degraus da escala de dominialidade. A imprescritibilidade guarda relação lógica com o grau de restrição à alienabilidade, embora nem sempre os dois elementos andem juntos. De modo panorâmico, os bens públicos em geral são imprescritíveis; os privados, prescritíveis.
4) *Penhorabilidade*. Ao se descer pela escala de dominialidade, o bem tende

[40] Para Gustavo Ingrosso, o regime jurídico do domínio público se explica por sua essencialidade para o povo e o território. INGROSSO, Gustavo. Demanio (diritto moderno). *Novissimo Digesto Italiano*, v. 05, p. 430.
[41] Como já sustentamos, "não interessam as minúcias e as variantes do conceito de serviço público para a teoria do domínio público. O fato de o serviço público existir como um serviço especial pela função a que se presta socialmente é o bastante para se presumir que seus bens devam gozar de um regime jurídico mais restritivo como parte quer do domínio público estatal quer do domínio público impróprio". MARRARA, Thiago. *Bens públicos, domínio urbano, infraestrutura*, p. 108. Sobre o conceito de serviço público no Brasil, Sobre o conceito de serviço público no direito administrativo atual, ver, principalmente, GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, pp. 87-106 e ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*.

a se tornar penhorável. Há duas razões para tanto. O primeiro decorre das variações no grau de alienabilidade. Afinal, se certo bem público não se sujeita ao comércio privado, como poderia ser executado para saldar dívidas do Estado em prejuízo das funções e utilidades públicas que gera? O segundo fator deriva da existência de um sistema especial de pagamento de dívidas por precatórios, o qual torna prescindível o uso da penhora judicial para bens de entidades de direito público interno. Por conta desses fatores, os bens públicos são impenhoráveis e os bens estatais privados, penhoráveis, salvo quando ingressarem no regime do domínio público impróprio, situação que lhes garantirá mais proteção contra a execução judicial basicamente por força do princípio da continuidade dos serviços públicos.

5) *Incompatibilidade com garantias*. O mesmo sentido da penhorabilidade é seguido pela incompatibilidade de certos bens a instrumentos de garantia. A indisponibilidade de certos interesses, utilidade ou funções, impede que os bens que as gerem sejam dados como em garantia real ou obrigacional. Quanto maior a restrição à alienabilidade, mais intensa será a vedação para que bens estatais ou bens privados em função pública sejam oferecidos em garantia.

6) *Controle*. A intensidade e as formas do controle exercidas sobre o patrimônio do Estado variam levemente conforme se passe de um degrau a outro da escala de dominialidade. O controle social, o controle administrativo disciplinar, o controle administrativo por poder de polícia e o controle judicial por entidades de tutela de direitos difusos e coletivos, como o Ministério Público, são mais intensos em relação aos bens públicos afetados. Os bens privados do domínio público impróprio e os bens estatais privados sofrem igualmente controle significativo, sobretudo por estarem no patrimônio de entes que geralmente recebem recursos públicos.

3. *USOS DOS BENS ESTATAIS*

3.1. Função social e uso múltiplo

Afirmar que os bens estatais, públicos ou privados, necessitam ser geridos em conformidade com a função social da propriedade não representa qualquer inovação jurídica, como já destacou Eros Roberto Grau.[42] Afinal, o direito constitucional apresenta dois fatores pelos quais um bem estatal jamais escaparia da função social.

O primeiro se relaciona com a estrutura do Estado brasileiro, marcado pelo ideal republicano, democrático e pela legalidade e respeito aos direitos fundamentais. Republica não é mera oposição à monarquia; é também a consagração da ideia de que o Estado representa coisa do povo e, por conseguinte, todos os seus bens servem direta ou indiretamente à coletividade que o sustenta. A consequência que deriva do ideal democrático não é diferente. O patrimônio estatal se forma pelo esforço de todos e de cada um, devendo voltar-se para a produção de utilidades de quem o cria e custeia: o povo. Nenhum bem estatal, ainda que privado (como os vinculados às empresas estatais), pode ser distanciado desses valores e objetivos centrais que caracterizam o Estado brasileiro.

Mas não é somente isso. O direito constitucional positivo oferece outra norma que impede se desvincule o patrimônio público de gestão favorável aos interesses difusos e coletivos. O art. 5º, XXII da Carta Magna reconhece a propriedade como um direito fundamental, mas, logo em seguida, no art. 5º, XXIII, exige que ela atenda à função social. Não interessa neste momento debater qual venha a ser o conteúdo geral de função social, mas simplesmente registrar que, pela Constituição, todo e qualquer tipo de propriedade está atrelado a ela. Não interessa se o bem é móvel ou imóvel, material ou imaterial, de produção ou de consumo. Não interessa se o bem é urbano ou rural, nem mesmo se é estatal ou não estatal, público ou privado. O texto constitucional é claro: a propriedade,

[42] Nas palavras do autor, a "função social da propriedade estatal qualitativamente nada inova, visto ser ela dinamizada no exercício de uma função pública. E a referência à função social da propriedade coletiva, como vínculo a tangê-la, consubstanciaria um pleonasmo. Não obstante, embora a afirmação da função social da propriedade compreenda prévia – porém não declarada, explicitamente – afirmação da propriedade privada, umas tantas vezes a primeira afirmação foi e permanece sendo tida como 'revolucionária'". GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 253. De modo crítico sobre a função social dos bens públicos, cf. também FIGUEIREDO, Marcelo. Utilização de subsolo para passagem de equipamentos públicos – aspectos gerais e desafios do uso compartilhado. *Revista de direito administrativo,* v. 217, p. 288.

seja ela qual for, deverá perseguir função social, cabendo ao legislador preencher esse conceito jurídico indeterminado com mandamentos específicos.

Inexiste dúvida sobre a função social dos bens estatais, públicos ou privados. O problema é que o conteúdo dessa função específica não é tão evidente. Isso, porque nos parece que os bens estatais detenham uma função extra que supera aquela determinada pela sua própria natureza. Explique-se. Um bem estatal urbano ou um bem estatal imaterial naturalmente estarão vinculados às funções que o próprio direito comum determina para o que é urbano e o que é imaterial. No que, porém, o bem estatal difere em relação ao bem privado? Ou melhor, como o imóvel urbano do Estado ou seus direitos imateriais se diferenciam, em termos de função social, de bens idênticos presentes no patrimônio dos particulares?

A peculiaridade dos bens estatais em termos de função social parece estar na sua raiz democrática e republicana. Esses dois preceitos gerais que marcam o Estado e seu patrimônio são os motivos pelos quais se sustenta que bens estatais, principalmente públicos, detêm uma função social incrementada, adicional, qualidade, inexistente sobre os não estatais. E essa função, do ponto de vista teórico, consiste no dever de a Administração Pública empregá-lo de modo a gerar o máximo de utilidades sociais possíveis, sem prejudicar sua afetação e sua sustentabilidade.

Caso se possa empregar um bem estatal público, como um edifício de uma universidade afetado para aulas e pesquisa, em benefício da realização de atividades culturais da sociedade, para o esporte e para outros usos secundários que representem utilidades sociais, por que não fazê-lo? Por que obstar o uso múltiplo? Se um rio é útil à geração de energia, mas também à navegação, à pesca, ao esporte, ao lazer, à extração de riquezas naturais, por que não explorar, com as devidas cautelas, o uso múltiplo? A mesma indagação vale para bens estatais de natureza privada: se uma empresa pública detém bens que emprega em suas atividades econômicas e tais bens, sem comprometimento de referidas atividades, aceitam usos que maximizem as utilidades geradas em benefício da coletividade, por que não favorecer o uso múltiplo do patrimônio estatal?

Pretende-se evidenciar com esses exemplos que os bens estatais, públicos ou privados, na medida do possível e do sustentável, necessitam ser manejados com vistas à maximização consciente de utilidades públicas. O fato de certo bem estatal estar

vinculado a um ou poucos usos (como ocorre com bens de uso comum e de uso especial) não repele juridicamente a autorização de usos secundários. Muito pelo contrário. A função social dos bens do Estado consiste em imperativo de uso múltiplo. É por esse fator que eles tornam-se peculiares em relação aos bens dos particulares em geral. Sua função social é incrementada, potencializada, fortalecida pelo fato de pertencerem a um Estado democrático, republicano e comprometido com a promoção de direitos fundamentais.

3.2. Sustentabilidade: limite ao uso múltiplo

A função social dos bens estatais como imperativo de uso múltiplo não é absoluta. Com efeito, mostra-se imprescindível que duas cautelas sejam tomadas ao se falar de maximização de usos e utilidades na gestão patrimonial do Estado.

A primeira delas se refere à necessidade de respeito a usos afetados. Como se demonstrou anteriormente, os usos secundários devem ser autorizados somente na medida em que se harmonizem com os usos primários, já que estes são prioritários e, inclusive, demandam o emprego de mecanismos de tutela quando obstados ou prejudicados por usos secundários ou indevidos da coisa. Os secundários, por essa razão, são geralmente instrumentalizados por meio de outorgas unilaterais e precárias, pois, com isso, a qualquer momento é possível afastá-los no intuito de se garantir a afetação.

A segunda restrição ao uso múltiplo como expressão da função social dos bens estatais guarda relação com a sustentabilidade, conceito ainda pouco trabalhado no direito administrativo, embora amplamente debatido no direito ambiental e no direito urbanístico. Em poucas palavras, os usos dos bens públicos precisam ser sustentáveis! Para se compreender o que isso exprime na realidade, cabe resgatar as duas facetas básicas do conceito ora lançado.

Sob a perspectiva material ou de conteúdo, a sustentabilidade impõe políticas e medidas estatais que compatibilizem, simultaneamente, interesses ambientais, sociais e econômicos. Não poucas vezes, menciona-se a sustentabilidade como termo sinônimo à proteção do ambiente e, em alguns momentos, faz-se referência à ideia de "sustentabilidade ambiental". No entanto, a sustentabilidade não reside na supervalorização ou na primazia do ambiental em detrimento do social e do econômico. O Estado desenvolve política ou ação verdadeiramente sustentável apenas quando a

proteção ambiental caminha ao lado da promoção social e do crescimento econômico. É na intersecção das três esferas de interesses que surge uma política ou ação sustentável.

Sob a perspectiva temporal, a concretização da sustentabilidade pressupõe análises complexas da realidade; exige a verificação dos impactos de políticas e ações estatais tanto no curto prazo, quanto no médio e no longo. Em amplíssimo cenário, a sustentabilidade depende de considerações transgeracionais. É preciso verificar se uma medida estatal atende às demandas das gerações atuais sem comprometer os recursos necessários para a satisfação de demandas de gerações vindouras.

Transportando-se essa lógica para o direito administrativo dos bens, ao se afirmar que a função social entendida como imperativo de uso múltiplo há que ser sustentável, objetiva-se ressaltar que a gestão dos usos que se façam de um bem estatal: a) deve ser capaz de aliar interesses públicos de ordem ambiental, social e econômica e b) não deve permitir o esgotamento de bens essenciais ou a redução indevida de suas utilidades, de modo a obstar o atendimento das necessidades de futuros cidadãos.[43]

O uso de bens estatais deve ser calibrado para que esses possam continuar a produzir utilidades no longo prazo, de sorte a contribuir com a dignidade das próximas gerações. Por consequência, o uso múltiplo como expressão da função social não é absoluto. Ao administrador cabe tanto limitar e, quando cabível, vedar usos incompatíveis com a sustentabilidade ou, de acordo com um juízo circunstancial, instituir preços de uso para influenciar a demanda sobre o bem e também para coletar recursos necessários à sua manutenção.

3.3. Classificação de usos

A diferença entre usos primários (ou afetados) e usos secundários (ou acessórios), mencionada em inúmeros momentos, explica parte significativa da teoria dos usos de bens públicos. Todavia, para que problemas práticos na gestão dos bens possam ser compreendidos e solucionados, a distinção referida não basta. A teoria do direito administrativo dos bens necessita de uma classificação mais abrangente das diversas

[43] Em mais detalhes sobre o assunto, mais com referência a grandes infraestruturas públicas, cf. MARRARA, Thiago. Regulação sustentável de infraestruturas. *Revista brasileira de infraestrutura,* v. 1.

espécies de uso.

No direito brasileiro, grande foi a contribuição da tese de doutorado de Maria Sylvia Zanella Di Pietro para tal discussão, uma vez que nela se apresentou classificação ampla das mais espécies de uso de bem público, a qual se consagrou no direito brasileiro.[44] Mais tarde, Floriano de Azevedo Marques Neto resgatou o assunto com grande fôlego em tese de livre-docência[45] e nela sugeriu novas perspectivas de análise da temática.

Não se trata de dizer qual é a classificação mais adequada ou mais correta. Classificações são julgadas muito mais quanto à sua utilidade para a aproximação da ciência à realidade. Nesse sentido, não se pretende selecionar aqui uma abordagem em detrimento de outra. É perfeitamente cabível resgatar e somar os mais diversos tipos de critérios empregados doutrinariamente, bem como as espécies de uso que deles resultam.

Do ponto de vista prático, tanto uma proposta de classificação quanto outra serve, entre outras coisas, para: 1) fornecer um mapeamento das utilidades potenciais dos bens estatais; 2) esclarecer a diferenciação das utilidades desejadas pelo legislador ou pelo administrador público em relação às utilidades eventuais ou acessórias; 3) contribuir com o entendimento da relevância e do impacto econômico de cada tipo de uso e 4) para viabilizar a estruturação de teorias ou técnicas administrativas destinadas a solucionar conflitos de uso.

3.4. Usos em espécie: classificação consagrada

De acordo com a teoria de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, dentre os diversos tipos de uso de bens estatais públicos merecem atenção: a) o *comum* e o *privativo*, que se distinguem em virtude do critério de exclusividade quanto ao utente; b) o *comum ordinário* e *extraordinário*, separados conforme o critério da existência de limitação de

[44] A tese, embora apresentada à comunidade científica no início da década de 1980 e publicada em 1983, ainda hoje exerce papel fundamental para a teoria dos bens públicos, razão pela qual tem sido reeditada. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular*.
[45] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*, cap. 4.

uso; e c) o *normal* e o *anormal* – além do uso proibido, aqui acrescentado –, distinção devida a um critério de conformidade com a destinação primária ou principal do bem.[46]

3.5. Uso comum

Há situações em que todos os membros da coletividade, em igualdade de condições, estão livres para utilizar certo bem público sem que a Administração Pública o consinta de modo expresso e individualizado. Nos bens de uso comum do povo, como o próprio nome diz, a afetação se dá para o uso comum. No tocante a esses bens, o uso comum é protegido, preponderante, hierarquicamente superior a outros. Todavia, ao uso comum sujeitam-se também os bens de uso especial e os bens dominicais, mas nesse caso não se tratará de uso precípuo ou afetado, senão de mero uso secundário. Feita essa pequena ressalva, cumpre destacar as quatro características que marcam o uso comum.[47]

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

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

Uma ressalva é importante nesse particular. Nos bens de uso comum do povo, o uso comum é precípuo, primário, afetado. Daí que, especificamente para esses bens

[46] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular*, p. 15 e ss.
[47] *Idem*, pp. 18-19. Cf. também CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*, pp. 432-433. Para o autor português, o uso comum se rege pela liberdade, generalidade, igualdade e gratuidade.

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

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

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

Em quarto lugar, aponta Maria Sylvia Zanella Di Pietro que, diante de bem afetado ao uso comum, o administrado aparece em duas situações: ora é membro da

coletividade e zela pelo interesse coletivo na preservação do uso; ora é interessado direto no uso comum do bem para satisfazer suas necessidades individuais, situação em que se mostra titular de direito subjetivo público que permite a defesa do uso tanto na esfera administrativa, quanto na judicial – posicionamento que é seguido por Eros Roberto Grau.[48]

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

3.6. Uso comum ordinário e uso comum extraordinário

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

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

Segundo Di Pietro, essa modalidade de uso comum difere do uso privativo de bens públicos. O fator de diferenciação é relativamente simples. Em ambos existem

[48] GRAU, Eros Roberto. Bens de uso comum. *Revista de direito público*, nº 76, p. 52.

restrições ou um controle concreto de uso pelo Estado, mas o privativo se faz com exclusividade por uma ou mais pessoas determinadas no título de outorga. Isso não ocorre no uso comum condicionado (extraordinário), que continua aberto a todos, mas desde que respeitados certos requisitos.

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

3.7. Uso privativo

Como dito, em contraste com o uso comum, o privativo é uso que a "Administração Pública confere, mediante título jurídico individual (contratual ou unilateral), a pessoa ou grupo de pessoas determinadas, para que o exerçam, com exclusividade sobre parcela do bem público".[49] A pessoa que figura como utente ora é física, ora jurídica de direito público ou privado. Isso mostra que mesmo entes públicos são beneficiários de uso privativo em relação a bens de outros entes. Imagine-se um Município que solicite o uso de um auditório de uma autarquia federal para realização de treinamento de seus servidores. Ter-se-á, nesse caso, uso privativo municipal de bem federal de uso especial.

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

Sobre a questão, Diogo de Figueiredo Moreira Neto esclarece que a outorga desse tipo de uso nem sempre dependerá de ato, podendo também ser realizada por lei,[50]

[49] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular*, p. 29.
[50] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, pp. 350-355.

mas naturalmente não por lei em sentido material, senão meramente formal, ou seja, lei de efeito concreto – cumpre esclarecer. Como se mostrará no próximo item, a lei em sentido material (geral e abstrata) serve unicamente para tratar de requisitos gerais no tocante ao uso privativo normal (afetado), tal como fazem leis regentes de ocupação de boxes de mercados públicos ou de jazigos de cemitérios.

A despeito da natureza do título – assunto que será examinado em momento oportuno –, o importante é que exista outorga específica e que o uso seja bem delimitado tanto em termos espaciais (de modo a se identificar a parcela do bem que será disponibilizada a terceiro), quanto temporais (expondo-se, quando conveniente, prazo para o uso privativo). Isso não exclui o uso privativo por tempo indeterminado, hipótese em que o instrumento de outorga necessariamente deterá caráter precário. Afinal, como explicava Maurice Hauriou, a precariedade é a técnica ideal para garantir a afetação[51] e, vale agregar, também para proteger interesses públicos primários.

3.8. Uso normal, uso anormal e uso proibido

Há uma terceira classificação de uso que não se pauta pelas condições ou requisitos, nem pelos usuários ou beneficiários, mas sim pela finalidade do uso e sua compatibilidade com a destinação precípua do bem (ou afetação). É por força desse último critério que despontam o uso normal, o uso anormal e – por reflexo – os usos proibidos.[52] Essa classificação não é autônoma. Ela se agrega, ou melhor, soma-se aos usos anteriormente mencionados, de modo que tanto o uso comum quanto o uso privativo podem ser qualificados como normais, anormais ou proibidos.

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "o uso normal é o que se exerce de conformidade com a destinação principal do bem e uso anormal é o que atende a finalidades diversas ou acessórias, às vezes em contraste com aquela destinação".[53] O uso normal é o uso afetado ou primário. Se o bem for afetado a mais de um uso (afetação múltipla), todos eles serão normais. O rio afetado à navegação, à pesca e à natação assume

[51] HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*, p. 653 (nota de rodapé).
[52] Di Pietro não trata exatamente do uso proibido, mas ele decorre do critério utilizado e por isso é considerado nessa explanação. Pela tripartição ora sustentada, também se posiciona BOUTAYEB, Charira. Liberté d'utilisation du domaine public et affectation dominiale. *Revue du droit public*, nº 01, p. 226.
[53] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular*, p. 25.

três usos normais. Outros usos que se façam desse corpo hídrico serão ou anormais ou proibidos. Os anormais consistem em usos secundários (no exemplo dado, como o mergulho e outras atividades de lazer), mas compatíveis com os usos afetados. Os usos proibidos são os expressamente vedados ou faticamente incompatíveis com a afetação. Prosseguindo-se no mesmo exemplo, a lei ou o ato de afetação poderiam proibir o uso do rio para fins de irrigação ou de certos esportes.

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

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

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

Veja-se novamente o caso do uso privativo de boxes de mercado municipal. Trata-se de uso afetado (normal), na medida em que o edifício é criado e destinado ao comércio por particulares que ocupam áreas delimitadas de modo exclusivo e mediante título de outorga prévio. Diferentemente, o uso privativo anormal se vislumbra no uso de um auditório de certa universidade pública para a realização de evento fechado e

organizado por uma associação privada para seus membros.

A diferença entre o uso privativo normal e o uso privativo anormal ocasiona impacto na compreensão dos instrumentos de outorga. Como esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quando a utilização privativa "se faz de acordo com a própria destinação do bem (uso normal), como no caso de concessão de sepultura em cemitérios, as condições de utilização são estabelecidas em lei, de modo uniforme para todos que dela queiram se beneficiar-se".[54] Dessa sorte, ao gestor público cumprirá praticar um ato de outorga vinculado. Observados os requisitos abstratamente definidos, o título de outorga de uso há que ser expedido em favor de pessoa física ou jurídica interessada. De outra parte, se o uso privativo for anormal, a decisão quanto à outorga de uso será discricionária, caracterizada por mais flexibilidade, inclusive para ser revogada quando isso se mostrar fundamental à proteção de usos afetados ou de outros interesses públicos primários (por exemplo, a sustentabilidade do bem).

3.9. Usos em espécie: novas propostas

Ao teorizar sobre o tema em debate, Floriano de Azevedo Marques Neto alargou a classificação de usos por meio de cinco critérios. O primeiro deles diz respeito aos tipos de "requisitos exigidos para o indivíduo lançar mão da utilidade". O segundo consiste no "grau de rivalidade de uso", em que rivalidade designa, em conformidade com a teoria econômica, a existência de efeitos restritivos derivados do uso realizado por um indivíduo em relação ao potencial de uso por outros. O terceiro critério é o da "finalidade pública buscada pelo uso" e auferível pelo administrado. O quarto se baseia na "rentabilidade do uso", entendida como "utilidade de gerar receitas para o poder público". O quinto e último critério se refere à temporalidade do uso, de acordo com o qual se diferenciam quatro espécies: o uso permanente (perene e irrevogável), o uso temporário (ou vinculado a uma condição subjetiva), o uso aprazado (vinculado a termo final) e o uso episódico.[55]

Em comparação com a classificação proposta por Di Pietro, mais pautada em critérios jurídicos de finalidade, de conformidade do uso e quanto ao tipo de beneficiário,

[54] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular*, p. 31.
[55] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas,* p. 400 e ss.

os critérios ora apresentados adicionalmente valorizam o aspecto temporal e, com bastante intensidade, os efeitos econômicos dos usos seja em relação a outros utentes, seja para a Administração Pública na qualidade de proprietária do bem. Conquanto os critérios econômicos não devam ser misturados inconscientemente com os jurídicos, é fato que o direito administrativo e a ciência da Administração precisam, cada vez mais, abrir-se para análises interdisciplinares, daí a extrema relevância de não se considerarem apenas aspectos formais na gestão patrimonial. Critérios de ordem meramente jurídica são incapazes de revelar, com a máxima fidelidade, a complexidade real da ação pública e de seus efeitos.

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

3.10. Uso livre e uso geral

O uso livre se assemelha ao uso comum ordinário já mencionado. Trata-se de uso aberto a todos sem a necessidade de observância de exigências prévias ou condições. Isso não descarta que incidam restrições decorrentes da polícia administrativa, como a sanitária, a dos costumes e a de trânsito. Restrições desse gênero reduzem a liberdade do cidadão e acabam indiretamente por atingir o uso dos bens públicos, ainda que não configurem exatamente condições impostas pelo Estado na qualidade de proprietário do bem, daí porque se fala de um uso livre. Por sua vez, o uso geral também dispensa qualquer outorga ou titulação própria, "mas obriga a que o administrado, para habilitar-se ao uso, preencha certa exigência geral e abstrata, determinante da utilização do próprio bem".[56]

[56] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*, p. 407.

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

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

3.11. Usos específicos administrativo e utilitário

Diferentemente do uso livre e do uso geral, o uso específico é limitado em termos subjetivos. A Administração o franqueia somente a pessoas que cumpram determinados requisitos pré-estabelecidos. Além disso, para Marques Neto, "o que define o uso específico é o seu caráter rival, pois tal modo de utilização não pode ser feito por todos os administrados". O autor une à distinção jurídica, portanto, o componente econômico da rivalidade de usos.

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

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

3.12. Usos econômicos de interesse geral e de interesse particular

Uma das mais relevantes contribuições da teoria de Marques Neto talvez resida na previsão dos usos econômicos. Tradicionalmente, fala-se apenas de usos afetados e usos secundários, mas pouco se desenvolveu a teoria dos usos secundários com o escopo de se examinar sua relevância econômica. Agora, ao se mencionar o uso econômico de interesse geral, busca-se indicar uma modalidade apta a viabilizar atividade econômica em sentido amplo, incluindo serviços públicos. Nessa hipótese, "o usuário direto é um particular específico que deseja obter ganhos econômicos com o bem. A coletividade, porém, se beneficia da atividade explorada por ser de interesse geral".[57] De modo diverso, o "uso econômico de interesse particular" envolve o emprego do bem em atividade econômica, entendida de modo amplo, porém se dá de forma a excluir outros utentes ou a exaurir o bem (pelo consumo individualizado), daí porque é particular ou privativo.

Marques Neto novamente fala de rivalidade e a considera existente tanto no uso econômico de interesse geral, quanto no uso econômico de interesse particular. Entretanto, não parece que isso seja fato em todas as situações. Melhor dizendo: não obrigatoriamente a fruição para fins econômicos por um agente de mercado prejudicará a fruição do mesmo bem por outros. No plano econômico, não se deve confundir as características da "rivalidade" (derivada de condicionantes fáticos) e da "exclusividade"

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

(derivada de condicionantes fáticos ou jurídicos). O uso apenas rival caso redundar em redução de utilidades para terceiros ou no esgotamento do bem, tal como se vislumbra em relação a bens consumíveis ou recursos comuns (em sentido econômico). Caso o bem estatal seja útil á atividade econômica, mas se qualificar como "bem público" ou "monopólio natural" (segundo a teoria econômica – e não pela ciência do direito administrativo), então inexistirá rivalidade.

Conforme se sustentou em outra oportunidade, a teoria econômica dos bens a partir de um critério de demanda de utilização e de seus efeitos assenta-se no cruzamento de duas variáveis: "1. A exclusividade de uso, que se refere à possibilidade de um usuário impedir o uso ou a fruição de determinado bem ou serviço por outrem, restringindo o acesso de outros cidadãos, e 2. a rivalidade de uso, consistente na redução da possibilidade de uso ou fruição de um bem ou serviço por alguém em razão de uso ou fruição anterior por outrem. Com base nesses dois critérios, a economia distingue: bens privados (exclusivos e rivais), bens públicos (nem exclusivos, nem rivais), recursos comuns (não-exclusivos, porém rivais) e monopólios naturais (exclusivos, porém não-rivais)".[58]

3.13. Uso exclusivo de caráter não-econômico

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

4. CONFLITOS DE USO E REGRAS DE SUPERAÇÃO

[58] MARRARA, Thiago. *Bens públicos, domínio urbano, infraestruturas*, p. 199.

4.1. Classificação dos usos e dos conflitos de uso

A classificação dos usos de bens não se reduz a um mero exercício teórico. Sua relevância está em explicar os diferentes titulares ou beneficiários de cada uso, os objetivos que os motiva e a relação do uso com a vontade do Legislativo ou do Executivo expressa em eventuais atos de afetação. Ademais, a classificação de usos é pressuposto para a frutífera discussão a respeito de problema extremamente tormentoso: o conflito de usos. Assim como existem bens estatais que são poucos utilizados ou que restam indevidamente em estado de ociosidade, em descumprimento à sua função social, outros se sujeitam a disputas por excesso de usos atuais ou potenciais, bem como pela preferência incorreta dada pelo administrador a certos usos em detrimento de outros, mais relevantes.

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

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

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

tal como se verifica no uso de poste para passagem de cabos de telefonia ou para fixação de lixeiras.[59]

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

Nem todos os usos são idênticos. Por isso, há que se empregar a classificação teórica dos usos caso se pretenda esclarecer os variados conflitos que os envolvem. E isso se opera de modo relativamente simples. É por meio da teoria de usos que se identifica a matriz de conflitos que surgem na gestão cotidiana dos bens estatais e que se oferecem as justificativas necessárias para se sustentar a predominância de um ou outro uso em caso de conflito.

Para se explicar essa relação dúplice, dada a escassez doutrinária sobre o problema em debate, duas propostas teóricas serão retomadas nas linhas que se seguem: a primeira, de autoria própria, foi elaborada em 2005, por ocasião da pesquisa de mestrado a respeito da teoria dos bens públicos e da instalação de infraestruturas em território municipal; a segunda foi desenvolvida em 2009 por Floriano de Azevedo Marques Neto em tese de livre-docência sobre bens públicos e suas utilidades.

4.2. Situações conflituosas e soluções: primeira proposta teórica

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

A primeira proposta teórica, datada em 2005, parte da classificação de usos dada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro em sua tese de doutorado e a isso agrega uma segunda premissa, qual seja: a de que o uso de bens públicos gera benefícios, coletivos ou individuais, públicos ou privados, econômicos ou não, razão pela qual a função social dos bens públicos se realiza somente quando eles se abrem ao maior número de usos possíveis[60] dentro de uma perspectiva sustentável – melhor dizendo, dentro dos limites em que os usos não esgotem indevidamente o bem ou o aniquilem. O uso múltiplo é um imperativo na gestão dos bens estatais, mas ao legislador e ao gestor sempre caberá buscar a conciliação de interesses econômicos, sociais e ambientais e, de modo simultâneo, equilibrar o atendimento de demandas da sociedade atual com a garantia do bem-estar de gerações futuras.[61]

Com base nessas premissas, passou-se a considerar uma primeira distinção: a dos usos múltiplos harmônicos e a dos usos múltiplos em choque atual ou potencial. A primeira situação se caracteriza pela coexistência não conflituosa entre inúmeros usos de um mesmo bem público, sejam eles usos comuns, administrativos, privativos, normais ou anormais. Se os usos primários forem protegidos, se não houver riscos para a gestão sustentável do bem, nem qualquer choque ou tensão entre os beneficiários de uso, a hipótese em questão não apresentará qualquer desafio à doutrina administrativa. Do mesmo modo, na hipótese de um dos vários usos ser ilegal ou proibido, ainda que faticamente compatível com outros, tampouco haverá dificuldade jurídica. Bastará que se o vede ou se anule a outorga de uso, restaurando-se a legalidade.

A segunda situação, de usos múltiplos em tensão, mostra-se mais complexa. Para superá-la, não basta elaborar uma resposta jurídica genérica. A solução do conflito dependerá de inúmeras etapas, a saber: 1) da identificação dos usos em jogo; 2) da classificação desses usos; 3) da tentativa de composição administrativa do conflito por técnicas de consensualização e, 4) na impossibilidade de solução consensual, do emprego de medidas impositivas que sobreponham certos usos a outros de modo forçoso.

Seja por decisão consensual, seja por decisão imperativa e coercitiva da Administração ou do Judiciário, há que se privilegiar a legalidade (normas superiores que

[60] Nesse sentido, já se posicionava CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*, v. II, p. 933.
[61] MARRARA, Thiago. *Bens públicos, domínio urbano, infraestruturas*, pp. 130-134.

regem o bem e sua função social), a impessoalidade e a isonomia (de sorte a não se beneficiar indevidamente um ou outro utente diante do mesmo tipo de uso) e a indisponibilidade de interesses públicos primários (de modo a sempre se resguardarem as utilidades que certo bem se destina a criar como parte do patrimônio do Estado democrático, republicano e de direito).

Considerando-se referidos critérios valorativos, revela-se possível aprofundar a teoria dos conflitos de usos para forjar respostas mais concretas. Nesse escopo, quatro padrões de conflito merecem destaque, quais sejam: 1) o existente entre usos normais e anormais; 2) o existente entre uso comum e privativo; 3) o existente entre dois ou mais usos normais e 4) os conflitos transgeracionais de uso.[62]

4.3. Uso normal x uso anormal

A solução para choques entre usos normais (primários) e usos anormais (secundários) se extrai diretamente do princípio da legalidade. Dado que um ou mais usos são afetados por decorrerem de ato do Legislativo ou do Poder Público, então são eles que prevalecerão em detrimento de outros usos que, conquanto aceitos pelo direito e pela Administração, prejudiquem a finalidade precípua (única ou múltipla) a que se vincula o bem. Não é por outra razão que os mecanismos de outorga empregados pela Administração Pública para usos secundários precisam ser marcados pela precariedade. Quando precária, a outorga poderá ser revogada sem grande dificuldade sempre que despontar um conflito entre o uso secundário e o uso afetado.

Mudando-se o cenário, é possível imaginar que o uso anormal seja compatível apenas em certa quantidade com o uso normal, isto é, que o conflito surja tão somente quando o número de usos secundários ultrapasse determinado patamar. Em situação tal, é lícito que a Administração mantenha a quantidade de usos secundários compatível com os primários (afetados), mas, ao fazê-lo, terá que estabelecer procedimentos aptos a garantir a isonomia entre os potenciais interessados no uso secundário (que se tornará escasso).

[62] MARRARA, Thiago. *Bens públicos, domínio urbano, infraestruturas*, p. 216 e ss.

A proteção da isonomia, como se disse, não se opera por uma mera consideração de "quem chegou primeiro" ("*first come, first serve*"). O administrador terá que criar mecanismos de identificação de demanda e de seleção dos usuários do bem, baseando-se para tanto em critérios objetivos, transparentes e racionais. Dentre os vários critérios concebíveis, destaquem-se o da mais alta remuneração de uso (que valoriza o ganho econômico da entidade proprietária do bem) ou o do uso secundário com maior utilidade social (que favorece interesses coletivos externos). Nada no ordenamento jurídico parece indicar um dever de o administrador optar por algum deles. Por conta disso, não se pode afirmar que sejam preferíveis critérios que favoreçam economicamente o Estado em todas as situações.

4.4. Uso comum x uso privativo

O segundo conflito, mais intricado, estabelece-se entre uso comum e uso privativo. Já se viu que a distinção entre essas categorias de uso reside na delimitação dos beneficiários. No entanto, tanto o uso comum quanto o privativo podem ser normais ou anormais, razão pela qual a solução do conflito necessita ser buscada *a priori* por meio da regra de predominância dos usos normais (afetados). Se os dois usos se detiverem a mesma natureza jurídica, a regra geral de predominância do uso normal não surtirá efeito prático. Nesse cenário, portanto, será mais adequado valorizar o uso comum, pois se supõe que ele é o que atende com mais intensidade a interesses públicos primários e satisfaz ao maior número de pessoas.

Referida presunção é meramente relativa. Afinal, existem usos privativos muito mais relevantes para a coletividade que certos usos normais. É o que se vislumbra, com frequência, na instalação de equipamentos ou infraestruturas de serviços públicos em espaços municipais de uso comum do povo. A restrição parcial ao uso comum em favor do uso privativo da prestadora do serviço público se justifica na enorme utilidade pública gerada para a coletividade. Daí porque descabe afirmar, na teoria, uma predominância geral do uso comum sobre o uso privativo quando ambos sejam igualmente normais ou anormais. Reitera-se aqui o quanto dito antes: "a prioridade do uso comum sobre o uso privativo dependerá da ponderação dos interesses que estão subjacentes a cada um dos

usos em conflito, preferindo-se o uso mais diretamente ligado a interesses públicos constitucionalmente resguardados".[63]

4.5. Uso normal x uso normal

A terceira e mais complexa hipótese de conflito de usos de bens públicos é a que se deflagra entre usos igualmente normais, primários, afetados. Em regra, o ato de afetação consagra formalmente o bem a um único uso ou a vários. Existe afetação singular ou múltipla e, nesta última hipótese, despontam os conflitos de usos normais. Exemplo disso se vislumbra no conflito referente ao uso do auditório de uma Faculdade pública por docentes que dele necessitam para aulas, eventos científicos e atividades de extensão. Outro caso ilustrativo é o do domínio urbano local, empregado para locomoção por cidadãos em geral e igualmente por empresas e entes que executam serviços públicos. Nos dois exemplos, usos normais entram em tensão, o que suscita inúmeras questões: ao administrador cabe eleger um dos usos normais? Qual é o direito dos afetados pela restrição de uso normal? Como a teoria do direito administrativo dos bens contribui para a solução de conflitos do gênero?

Mais uma vez, não há uma solução única e perfeita, mas sim caminhos jurídicos diversos para evitar o problema ou superá-lo. O primeiro desses caminhos reside na própria hierarquização de usos normais no ato de afetação expedido pelo Legislador ou pela Administração Pública. A hierarquia de usos normais aponta a ordem preferencial formal, a qual à Administração cumpre observar. Ainda assim, todos os usos permanecem primários, formalmente protegidos. Por isso, não há que se confundir a hierarquização de usos afetados (interna) com a hierarquia antes debatida entre usos afetados e usos secundários (externa), ilustradas no quadro abaixo:

<table>
<tr><td rowspan="4">Bem público (de uso comum do povo ou de uso especial)</td><td>Uso primário 1</td><td rowspan="3">Hierarquia interna
(na própria afetação)</td><td rowspan="4">Hierarquia externa
(entre usos primários e secundários)</td></tr>
<tr><td>Uso primário 2</td></tr>
<tr><td>Uso primário (...)</td></tr>
<tr><td colspan="2">Usos secundários em geral</td></tr>
</table>

[63] MARRARA, Thiago. *Bens públicos, domínio urbano, infraestruturas*, pp. 270.

Fonte: elaboração própria

Quando existe hierarquia entre usos afetados, o problema se resolve com tranquilidade. Basta que se privilegie o uso "mais afetado", o uso precípuo ou preponderante sobre todos os outros, seguindo-se a ordem de preferência contida no ato de afetação, caso o conflito prevaleça. Assim, se a Universidade detém norma que define o uso preferencial de seus auditórios para atividades de ensino (em primeiro lugar), pesquisa (em segundo) e extensão (em terceiro), é o uso para fins de ensino que predominará em conflito de usos normais.

Caso não haja hierarquização formal dos usos primários no ato de afetação, o problema perdurará. No entanto, novos caminhos se abrem para solucioná-lo. Se o ato de afetação tiver sido expedido pela Administração Pública, a teoria da hierarquia de fontes permitirá que a própria entidade expeça um ato de igual hierarquia normativa ou de grau normativo superior para criar a preferência em favor de certo uso afetado, de modo a se solucionar eventual conflito. No entanto, caso a afetação esteja contida em ato legislativo, não poderá a Administração modificá-la por ato seu, dada a superioridade normativa da lei sem sentido formal.

Diante do último cenário, o direito administrativo atinge seu limite operacional, abrindo espaço para a administração informal. Como se sustentou anteriormente, "pela insuficiência dos critérios de prevalência e hierarquização de usos, só restará uma solução à Administração Pública: compatibilizar os usos por uma divisão do espaço ou sua reorganização, tendo como base cada caso concreto".[64] Se o bem não se mostrar suficiente, apesar dos esforços de gestão, para viabilizar todos os usos afetados, então somente restará ao administrador escolher dentre um deles e, antes de fazê-lo, ponderar os benefícios e malefícios de sua decisão.

Não há dúvidas que, em tais hipóteses complexas, o sacrifício imposto a certo uso afetado (por exemplo, pela ausência de capacidade de o bem suportar todos os usos primários simultaneamente) dará margem a eventuais questionamentos administrativos ou judiciais. Não obstante, sequer a judicialização oferecerá novas técnicas de superação do conflito. Ao juiz restará somente verificar se a Administração: 1) identificou

[64] MARRARA, Thiago. *Bens públicos, domínio urbano, infraestruturas*, p. 222.

corretamente os usos normais; 2) aplicou eventuais regras de hierarquia entre usos afetados e 3) caso não haja hierarquia, se a preferência por certo uso ocorreu de modo adequadamente motivado. Desde que cumpridos esses requisitos, não caberá ao juiz se substituir ao administrador público. Restar-lhe-á unicamente imputar ao ente proprietário, quando cabível e viável, que amplie seu patrimônio por meio da aquisição de novos bens ou pela expansão de sua infraestrutura – medida mais adequada, por exemplo, diante de constatada insuficiência de infraestrutura atual para garantir usos normais essenciais ao bem estar da coletividade, como escolas e hospitais.

4.6. Uso atual x uso futuro

O último conflito de usos concebível é de natureza potencial. Não há tensão entre dois usos presentes, simultâneos, mas sim entre um uso atual (ocorrente) ou iminente (prestes a ocorrer) e usos previstos para o bem público no futuro. Quando considerado um lapso temporal alargado, esses conflitos de uso assumirão natureza transgeracional.

Característica marcante do conflito em debate é a rivalidade. Existem bens cujo uso ou consumo por alguém não gera qualquer redução das utilidades que poderão ser extraídas por outrem no futuro. É o caso dos peixes de um rio em que a pesca se realiza por pequeno grupo de cidadãos. O volume de pesca é tão baixo que não prejudica a reprodução da fauna e não prejudica os interesses dos pescadores futuros. O uso do rio para pesca não é rival. A pesca atual não afeta a futura.

Há outras hipóteses em que o uso atual redunda em diminuição da possibilidade de uso por outros no futuro próximo ou distante. Ora a rivalidade do uso atual em relação ao futuro se dá, porque a oferta do bem é muito reduzida; ora, porque a oferta é normal, mas a demanda se eleva de tal modo que o bem é consumido por completo ou de tal forma que sua renovação ou regeneração se torna incapaz. Caso o uso atual se mostre incompatível com a capacidade de o bem produzir utilidades ou com sua própria manutenção, então ele passa a ser insustentável. O atendimento a interesses de usos atuais ocasiona elevados riscos à satisfação de interesses idênticos no futuro.

Em situações como a descrita, em havendo motivos que comprovem que o uso atual arrisca levar à exaustão indesejada ou à redução significativa das utilidades do bem, o Poder Legislativo e a Administração Pública assumirão o dever de tomar providências

capazes de proteger o interesse de gerações futuras e de concretizar a sustentabilidade. De modo geral, isso será viabilizado pela imposição de medidas de restrição de usos atuais.

Exatamente por isso é que o uso comum extraordinário se torna oportuno em muitos cenários. A criação de limitações ao uso comum, por exemplo, de veículos com carga muito elevada sobre o domínio viário local tem por escopo, entre outras coisas, mitigar a degradação do bem e garantir seu uso futuro. O mesmo se diga de regras que restringem a pesca ou o uso de recursos hídricos em determinados períodos. Tais limitações de uso, ora impostas por lei, ora estipuladas pelo legislador, serão plenamente justificáveis diante da indisponibilidade dos interesses públicos primários quando se mostrarem necessárias à garantia da gestão sustentável de bens públicos (incluindo bens artificiais, como as infraestruturas, e bens naturais, como os recursos minerais, florestais e hídricos).

Além da instituição de uso comum extraordinário, há outras técnicas de garantia da sustentabilidade dos bens que consistem: a) na instituição de remuneração de uso, cuja receita se emprega na manutenção ou na reconstrução do bem; b) na determinação de limites quantitativos e qualitativos de usos secundários e c) na vedação de usos secundários que tenham efeitos nocivos à manutenção do bem (excepcionando-se, pois, o imperativo de uso múltiplo que decorre da função social qualificada que marca os bens de um Estado democrático e republicano).

4.7. Situações conflituosas e soluções: segunda proposta teórica

O exame dos conflitos de uso não passou despercebido por Floriano de Azevedo Marques Neto em sua ampla pesquisa sobre a matéria e na qual se dedica espaço a "critérios para ordenação dos usos".[65] Parte o autor de duas premissas. A primeira é que os bens públicos somente devem ser empregados de modo consentâneo a finalidades públicas, as quais se expressam ora no uso direto do bem pelos administrados ora nos usos econômicos ou de outra ordem, mas que beneficiam direta ou indiretamente a

[65] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*, pp. 418-423.

coletividade. A segunda premissa reside no fato de que os bens não são ilimitados, nem passíveis de uso infinito, daí a razão pela qual o patrimônio público por vezes se revela insuficiente para viabilizar as "amplas e complexas finalidades de interesse público que compete ao Estado perseguir". Isso impõe um grau mínimo de racionalidade na gestão de uso dos bens, assim como ocorre no campo da gestão de recursos públicos.

No intuito de racionalizar a gestão dos bens e de suas variadas utilidades, Marques Neto destaca a utilidade de um arbitramento de interesses públicos, o qual passa por três etapas: "(i) eleger a parcela de beneficiários, é dizer, o universo dos utentes que usufruirão do bem; (ii) indicar os contornos desse uso e as condições para essa fruição; e (iii) arbitrar a prevalência ou não do uso em análise em relação a outros usos aos quais o bem está, potencial ou efetivamente, também consagrado".[66] Em outras palavras, há que se identificar as pessoas e os usos envolvidos para, em seguida, ponderarem-se os benefícios gerados por cada um deles, tudo isso para se decidir, ao final, qual ou quais serão preferidos.

Para executar dita tarefa, Marques Neto sugere quatro critérios gerais, cuja aplicação deve levar o Poder Público a definir o uso prevalecente no caso concreto. Esses critérios pautam-se na consideração dos seguintes elementos: afetação originária; generalidade (ou abrangência); prejudicialidade (ou rivalidade) e economicidade (ou rentabilidade). Os quatro necessitam ser empregados na ordem apontada. Caso o conflito não se resolva pelo primeiro critério, parte-se para o segundo e assim sucessivamente.

À luz do critério da afetação e por força do princípio da legalidade, o uso para o qual o bem foi afetado, por lei ou ato administrativo, predominará sobre outros usos. A lógica aqui é idêntica à tratada no item anterior. Os usos secundários jamais poderão prejudicar os usos primários, afetados. Se há um ato de afetação, ou se o respeita ou se o altera. Não se pode, porém, afrontá-lo, sobretudo quando este seja expedido pelo Legislativo.

Caso o conflito não se resolva pelo primeiro critério, há que se considerar a generalidade ou a abrangência dos usos em cotejo. Nesse particular, Marques Neto segue o entendimento de proteção do maior universo de administrados, de sorte que as utilidades

[66] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas,* p. 419.

"uti universi" prevalecerão sobre as *"uti singuli"*. Nas palavras do autor, "o uso livre prevalece sobre o geral, este sobre o específico que, por seu turno, predomina sobre o privativo e todos sobre os exclusivos".[67]

À conclusão transcrita parece útil endereçar breve observação crítica. Nem sempre os usos caminham juntos com a utilidade. Há usos privativos que geram benefícios coletivos mais abrangentes que certos usos livres. É o que se vislumbra em eventual disputa de espaço em área pública municipal entre um uso comum e o uso privativo para instalação de equipamento essencial à prestação de serviços públicos. Considerando-se que não haja alternativa técnica e razoável para solucionar o conflito, deve-se privilegiar o uso livre em detrimento da prestadora de serviços ou o uso privativo em detrimento dos cidadãos que utilizam o espaço no seu dia a dia? É inegável que o uso comum (geral, mais abrangente) deverá prevalecer sobre usos voltados a poucos ou a um único beneficiário, mas há que se temperar essa afirmação com a constatação de que tanto a abrangência do uso, quanto a quantidade de utilidades concretas precisa ser consideradas na solução do problema. O tipo de uso não se confunde com o tipo de utilidade nem a reflete automaticamente.

O terceiro critério criado por Marques Neto consiste na consideração da rivalidade ou prejudicialidade. Com base nessa lógica, uma vez que o conflito de uso perdure mesmo após a aplicação dos critérios anteriores, impõe-se a preferência dos usos que viabilizem a fruição "por um maior número de administrados ou o uso que se concilie com outras possíveis aplicações do bem". Os usos com menor rivalidade predominam sobre os usos mais rivais, pois assim se amplia a produção de utilidades derivadas do bem.

Não resolvido o conflito pelos três critérios anteriores, então incidirá um último, baseado na rentabilidade. Diante de dois ou mais usos normais ou afetados (pelo que falha o primeiro critério), que beneficiem o mesmo universo de administrados (pelo que falha o segundo critério), que apresentem o mesmo grau de rivalidade em relação a outros usos (pelo que falha o terceiro critério), a Administração Pública deverá preferir usos que engordem os cofres públicos, ou seja, que propiciem mais receitas originárias.

[67] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*, p. 421.

Nesse particular, mais uma vez se afigura relevante registrar algumas observações. De um lado, o critério da rentabilidade não logra solucionar conflitos entre usos gratuitos. De outro, ele privilegia o interesse econômico da entidade proprietária em detrimento de eventuais interesses sociais ou públicos externos, o que se mostra questionável. Afinal, embora a rentabilidade possa ser favorável à instituição proprietária, o uso preferido por força desse critério poderá ser menos benéfico em termos de utilidades sociais.

Mais uma vez, o problemático caso dos auditórios das universidades públicas vale para ilustração. Pressuponha-se que existam duas solicitações de uso, uma para fins de realização de relevante congresso científico e outra para execução de atividade de extensão paga (*e.g.* uma especialização em direito) e que ocasiona vultoso retorno econômico à Universidade. Dado que ambos os usos são primários (dado o dever de as instituições públicas de ensino superior perseguirem o ensino, a pesquisa e a extensão), que ambos atingem igual número de administrados (já que a capacidade do auditório é fixa) e são igualmente rivais a outros usos, então a regra da rentabilidade levará o administrador a preferir obrigatoriamente o uso do auditório para oferta da especialização paga, dando-se preferência ao retorno financeiro. Em que pese sua possibilidade, referida solução mostra-se passível de questionamento sob a ótica das utilidades sociais. Por isso, afigura-se criticável sustentar, no plano teórico, a existência de um critério de rentabilidade que, na insuficiência dos três anteriores, imponha à Administração Pública preferência por usos mais interessantes economicamente a partir de uma análise imediatista. Do ordenamento jurídico não parece possível extrair o dever de preferência ao uso mais rentável. Melhor se afigura, pois, sustentar a necessidade de o administrador público proceder à ponderação dos efeitos benéficos e maléficos de cada uso para então decidir, de modo motivado, pelo mais vantajoso economicamente ou pelo mais útil em termos sociais.

4.8. Garantia da isonomia e licitação de usos

A gestão de bens estatais, no ordenamento jurídico brasileiro, guia-se forçosamente por todos os princípios constitucionais da Administração Pública, em especial pela legalidade, pela indisponibilidade de finalidades e interesses públicos

primários e pela impessoalidade e isonomia. Este último mandamento obriga as entidades estatais a tratar igualmente os interessados no uso de bens quando eles estiverem em idêntica situação, mas desigualmente caso assumam posição diferenciada e desde que valor constitucional (explícito ou implícito) exija a aplicação de instrumentos discriminatórios aptos a concretizá-lo.

Diante disso e considerando-se que o uso múltiplo (porém sustentável) resulta da função social dos bens estatais e que tal imperativo dá margem ao surgimento eventual de conflitos de uso, cabe perguntar se os mecanismos licitatórios se prestam a proteger a isonomia na gestão dos bens estatais e, mais, se a licitação é obrigatória ou opção do administrador público.

Em relação à primeira indagação, menores são as dificuldades. Como instrumento de seleção de interessados a contratar com o Estado ou se beneficiar de algum ato seu, a licitação naturalmente se presta a selecionar propostas de interessados no uso de bens públicos. Sob tais circunstâncias, a licitação se revela especialmente útil e recomendada quando o uso é pago e existe potencialidade de vários interessados no bem estatal. Daí a razão pela qual a Administração a emprega na escolha de permissionários de uso de espaços estatais com vistas à instalação de bares, cantinas, restaurantes universitários, bancas de jornal etc.

O uso suscetível de licitação é o uso privativo, restrito, e não o uso comum, em que o bem resta aberto a todos. Não interessa saber se o uso privativo é normal (afetado) ou anormal (secundário ou não afetado).[68] Desse modo, a Administração está autorizada a empregar a licitação tanto para escolher os empresários que utilizarão os boxes de um mercado municipal (uso normal) quanto para selecionar os agentes que instalarão centro de cópias em cidade universitária (uso anormal). Em ambas as hipóteses, o uso é

[68] Modifica-se, aqui, posicionamento defendido anteriormente, de acordo com o qual a licitação não seria adequada para usos normais. Assim se sustentou: "outra exceção à aplicação da licitação se dá em situações de conflito entre dois usos normais. Aqui o uso não pode ser negado, senão por impossibilidade fática, falta de capacidade concreta de uso do bem. Como os usos normais são inerentes à afetação e à natureza do bem, geralmente se concretizam sem qualquer intermediação da Administração. No máximo, são condicionados à prática de atos declaratórios, tais como os mecanismos de outorga unilateral vinculada — dos quais são exemplos a licença e a autorização de uso comum extraordinário". MARRARA, Thiago. *Bens públicos, domínio urbano, infraestruturas*, p. 134. Embora se mantenha o entendimento de que os usos normais, em alguns casos, possam ser garantidos judicialmente, nem sempre a Administração Pública estará obrigada a atender a todos. É o caso dos boxes de mercados municipais e espaços em feiras livres. Nesse sentido, a licitação também se presta a resolver conflitos de interesses relativos a usos afetados.

privativo, mas ora afetado, ora secundário. A licitação será útil nas duas situações, mas desde que se cumpram os seguintes requisitos: 1) constatação da pluralidade de interessados potenciais; 2) disputa provável pelo uso do mesmo espaço ou bem e 3) impossibilidade de se viabilizar o uso múltiplo de modo sustentável, de sorte a se satisfazerem todos os interesses públicos e privados envolvidos.

Questão mais tormentosa diz respeito à faculdade do emprego da licitação como mecanismo de garantia da isonomia. A licitação é obrigatória ou não? Para se responder à indagação, é preciso resgatar mandamentos expedidos pelo Congresso Nacional, ao qual a Constituição atribuiu competência para editar normas gerais sobre licitações e contratos – normas vinculantes a todos os entes da Federação.

Na Lei de Licitações e Contratos (Lei 8.666/1993, art. 2º) consta que "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". Em outros dispositivos da lei, surgem ainda menções a permissões de uso de bens públicos imóveis e a concessões de direito real de uso (art. 17).

Diante desses dispositivos, uma interpretação que se extrai é a seguinte. Sempre que a Administração Pública decidir outorgar o uso por meio de concessão, de permissão ou de locação (apenas para bens dominicais), deverá utilizar a licitação. Como a Lei menciona esses três institutos de modo genérico, então eles abrangem as concessões e as permissões de uso (real ou não) de bem público afetado ou desafetado, além da locação dos desafetados. Diversamente, às autorizações de uso estão afastadas do mandamento.

Como a Lei de Licitações se aplica às concessões e às permissões de usos e também às locações, conclui-se que a regra geral é a licitação, nas modalidades da lei, ou a contratação direta (sem licitação) em hipóteses excepcionais de dispensa (rol taxativo) ou de inexigibilidade (rol legal exemplificativo). Nesse sentido, uma universidade pública não necessitaria realizar licitação caso demonstrasse a possibilidade de outorgar permissões de instalação de antenas a todas as operadoras de telefonia celular existentes no mercado (uso privativo de bem público de uso especial) sem qualquer necessidade de seleção de uma ou outra operadora (hipótese de indisputável inexigibilidade licitatória). A mesma universidade, por eventualidade, poderia deixar de lado o procedimento licitatório se decidisse empregar a autorização como mecanismo de outorga de uso ou

outro mecanismo inominado com características semelhantes.

As implicações da legislação geral de licitações sobre a resolução de conflitos de interesse no uso de bens públicos são apenas parciais. Quando a Lei não for aplicável, como dito anteriormente, a Administração Pública terá espaço para agir discricionariamente, de sorte a escolher o mecanismo seletivo que lhe pareça mais adequado para garantir a isonomia no tratamento dos administrados ou de agentes de mercados. Nessas ocasiões, serão úteis diversos dos critérios examinados para a superação de solução de conflitos de uso (como o da generalidade, da rivalidade, da rentabilidade, do benefício social etc.). Todavia, não será lícita a medida administrativa que solucione conflitos de uso com base em critérios arbitrários, como preferências partidárias, sentimentos de apreço ou de inimizade, orientação religiosa ou outros parâmetros incompatíveis com os valores constitucionais que guiam a Administração Pública.

5. OUTORGAS ADMINISTRATIVAS DE USO

5.1. Classificações do instrumento de outorga

Por "outorga de uso" entenda-se o ato jurídico de conteúdo concreto (legislativo ou administrativo) ou o contrato que viabiliza juridicamente o uso de bem público, em qualquer de suas espécies, a administrados, agentes econômicos, entidades estatais ou agentes públicos específicos. A utilidade desses instrumentos se relaciona, principalmente, à necessidade de controlar e gerir usos privativos (normais e anormais), mas não apenas isso. Certos usos comuns extraordinários e usos especiais (ou administrativos) dependem igualmente de instrumentos de outorga, os quais se tornam dispensáveis somente para usos comuns livres (não condicionados), sejam eles primários (afetados) ou secundários (não afetados).

Para os bens afetados – bens de uso comum do povo e bens de uso especial – esses instrumentos de direito administrativo são empregados para operacionalizar relações obrigacionais do Estado com os utentes, estatais ou não. De modo diverso, na gestão dos bens dominicais, o administrador se vale tanto de instrumentos de direito administrativo quanto de meios do direito privado (sejam de direito real ou de direito

obrigacional). Para tanto, sequer há necessidade de previsão legal específica, uma vez que o Código Civil explicitou que bens dominicais se sujeitam a relações obrigacionais e reais com base em normas de direito privado. Ainda assim, o manuseio de tais mecanismos de outorga há que se realizado de acordo com os valores centrais do direito administrativo.

Como os instrumentos privados são estudados no âmbito do direito civil das coisas e das obrigações, no momento, importa expor e debater tão somente o conjunto de instrumentos de direito administrativo. Dada sua importância prática, a doutrina tem buscado teorizá-los no intuito de superar a ausência de normas nacionais sobre a matéria e, com isso, facilitar tanto a gestão patrimonial pela Administração Pública quanto o exame de conflitos de uso de bens, inclusive pelo Judiciário. No entanto, assim como ocorre no tratamento doutrinário da tipologia dos usos e das técnicas e critérios de resolução de conflitos de uso, a teoria das outorgas administrativas se encontra em fase de amadurecimento. Certas análises se consagraram, mas não estão imunes a críticas duras a respeito de sua operacionalidade e sua capacidade de explicar a realidade patrimonial do Estado. Também por conta de suas falhas, despontaram novas propostas com o intuito de substituí-las.

A teoria que certamente mais ganhou espaço no Brasil pode ser denominada de prescritiva e idealista (sem qualquer sentido pejorativo). A adjetivação se baseia no fato de que os elementos centrais existentes em mecanismos de outorga empregados no cotidiano da Administração Pública são condensados em três formatos abstratos de outorga. Tais formatos são então empregados como modelo de orientação do legislador, do administrador e dos intérpretes do ordenamento.

A abordagem prescritiva também espelha a classificação tripartite que a doutrina e o direito positivo consagraram em matéria de delegação de serviços públicos. Por conseguinte, os mecanismos de outorga típicos do direito administrativo resumem-se a autorização, permissão e concessão de uso, instrumentos apresentados e debatidos com profundidade na tese de doutorado de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, publicada em 1983 e que, ao longo dos anos, transformou-se em referência sobre o assunto.[69]

De outra banda, existem concepções doutrinárias de cunho descritivo. Elas não se dedicam à construção de tipos teóricos ideais de outorga de uso, nem à construção de

[69] Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular*.

nomenclaturas teóricas generalizantes. A preocupação que as move é de natureza predominantemente explicativa da complexa realidade administrativa, daí porque os instrumentos utilizados pela Administração Pública (a despeito de sua nomenclatura ou aderência a modelos gerais) são classificados de acordo com certas características jurídicas comuns, a saber: a edição por lei ou medida da Administração; a natureza de ato ou contrato; a existência de vinculação ou discricionariedade em relação à expedição da outorga e seu conteúdo etc. Após o exame da concepção idealista/prescritiva e de considerações acerca de suas principais deficiências, serão retomadas tais características da perspectiva descritiva.

5.2. Autorização e permissão de uso

No ordenamento jurídico brasileiro, explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro que a autorização constitui ato administrativo marcado pela precariedade e pela discricionariedade. Como ato, a autorização é unilateral pelo fato de que, para surgir, depende apenas da manifestação de vontade da entidade administrativa. É precária, pois passível de revogação a qualquer momento e discricionária, porque sua expedição é facultativa e dependente de um juízo de conveniência e oportunidade. Quanto ao objeto, porém, o ordenamento jurídico prevê três situações distintas, a saber: 1) a autorização para a prática de atos privados (como expressão do poder de polícia); 2) a autorização para exploração, por particular, de serviço público (como técnica de gestão de tarefas) e 3) a autorização para uso de bem público por particular (como meio de gestão patrimonial).[70]

Quando empregado no campo da gestão de bens públicos, esse ato jurídico da Administração Pública geralmente assume dois propósitos.

De um lado, existem autorizações que viabilizam o chamado uso comum extraordinário, condicionado ao cumprimento de certos requisitos (de modo, de remuneração, de tempo pelo interessado). Nesse sentido, a outorga é praticada como ato liberatório de polícia administrativa, de controle do uso de bem público de uso comum

[70] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular*, p. 81. A pluralidade de sentidos do termo autorização também é destacada por GRAU, Eros Roberto. Bens de uso comum. *Revista de direito público*, nº 76, p. 54.

do povo e, como tal, serve para proteger o bem e evitar lesões a interesses públicos primários.[71] É relevante que esse tipo de autorização tenha previsão legal para ser exigida, uma vez que consiste em restrição à liberdade que seria primariamente mais ampla. Na lei, é possível tratar o ato liberatório como vinculado, dependente do preenchimento de certos requisitos pontuais, situação em que não haverá propriamente autorização, mas sim licença de uso de bem público – isso, desde que se queira acompanhar a terminologia consagrada na teoria geral do direito administrativo.

Em segundo lugar, há autorizações de uso privativo de bem público. Como há um interesse particular do beneficiário no uso exclusivo do bem ou parcela dele, ensina Di Pietro que "(a) a autorização reveste-se de maior precariedade do que a permissão e a concessão de uso; (b) é outorgada, em geral, em caráter transitório; (c) confere menores poderes e garantias ao usuário; (d) dispensa licitação (salvo a hipótese de outros possíveis interessados, a exigir competição) e autorização legislativa; (e) não cria para o usuário um dever de utilização, mas simples faculdade". Adicione-se também que a autorização para uso privativo prescinde de previsão legal, cabendo a Administração empregá-la mesmo no silêncio da lei.[72] O regime da autorização de uso privativo (baseada nos poderes do proprietário) é mais flexível que o regime incidente sobre a autorização de uso comum extraordinário, expressão da polícia administrativa fortemente limitada pela legalidade.

Em teoria, apesar de constituir um segundo tipo teórico, a permissão de uso caracteriza-se pela unilateralidade, discricionariedade e precariedade, e se mostra bastante útil para conferir usos privativos anormais sobre bens públicos afetados. Assim como a autorização, aceitam-se permissões excepcionalmente aprazadas, vinculadas a termo final. Como se verifica, nenhuma dessas características separa a autorização de uso privativo da permissão. Em verdade, segundo Di Pietro, são outros os fatores que propiciam a manutenção dos dois tipos teóricos como se fossem institutos autônomos dentro da teoria jurídica dos bens.

---

[71] Nessa toada, Diogo Freitas do Amaral aduz que certos atos de outorga são "ligados à necessidade de disciplinar a compatibilidade e hierarquia dos usos múltiplos de uma coisa dominial; outros, presos à necessidade de conservação material da própria coisa". AMARAL, Diogo Freitas do. *A utilização de bens públicos por particulares*, p. 91.
[72] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular,* pp. 89-90.

A uma, a autorização conferiria faculdade de uso privativo no interesse privado do beneficiário, enquanto a permissão seria destinada a uso privativo para fins de interesse coletivo. A duas, conquanto a autorização e a permissão sejam precárias, a permissão o seria em menor grau, pois é ela expedida na presença de interesse coletivo, fato que aproximaria o utente externo ao proprietário do bem público. Todavia, Di Pietro reconhece que a distinção da precariedade sob o aspecto "quantitativo" dificilmente se identifica na prática. Ou há precariedade, ou não há. A três, a autorização criaria faculdade de uso ao passo que a permissão obrigaria o usuário externo ao uso e, diante de seu descumprimento, o ato poderia ser cassado.[73]

Sem prejuízo dessas considerações, todas plausíveis e compreensíveis, a dúvida que resta é se existem argumentos suficientes para manter, na teoria, uma distinção entre ambos os tipos teóricos ou se eles devem ser fundidos em um só, contrapondo-se à outorga de uso realizada por concessão. Referida dúvida, vale dizer, atinge não apenas a tripartição das outorgas em matéria de bens públicos, mas igualmente a tripartição reflexa que se emprega para fins de delegação dos serviços públicos. Em que medida autorizar, permitir e conceder são verbos que ainda merecem distinção no direito administrativo dos bens e dos serviços públicos? Eis a pergunta que fica para a teoria geral.

5.3. Concessão de uso e instrumentos próximos

Não há consenso na doutrina especializada quanto à abrangência do instituto da concessão, conforme explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Ora o termo é empregado em sentido amplo para designar atos de outorga; ora como outorga de bens, serviços e direitos; ora como mero instrumento de delegação de serviços públicos. Ao tratar dos bens públicos, Di Pietro valoriza o sentido intermediário, pelo qual, a partir da elaboração teórica de Guido Zanobini, geralmente se distingue a concessão translativa da concessão constitutiva.

Ambos os institutos se aplicam de algum modo aos bens públicos afetados. Na translativa, o Estado delega ao particular "poderes e deveres da mesma natureza daqueles que lhe cabe exercer", tal como ocorre na concessão de obra pública, a qual passa a ser

[73] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular,* pp. 98-99.

gerida integralmente pelo concessionário, inclusive com recursos decorrentes da própria exploração econômica do bem. Na modalidade constitutiva, diferentemente, o "concedente outorga ao concessionário poderes e deveres de natureza diversa daqueles que lhe incumbe exercer".[74] É exatamente o que sucede na simples concessão de uso de bem público.

Sem prejuízo da diferenciação, não raro, há três institutos que são muito facilmente misturados: a *concessão de obra* pública, a *concessão de direito real* de uso e a *concessão de uso* de bem público. De maneira bastante simplificada, a diferença entre os três institutos reside na natureza jurídica, na abrangência do objeto e nos efeitos de cada um.

A concessão de obra pública é translativa, pois o bem é integralmente lançado para a administração particular. Não se trata de mera outorga de uso privativo, mas de delegação do poder de administrar e de explorar em sentido econômico certo bem em sua integralidade, como se vislumbra na concessão de rodovias. Isso se dá mediante a celebração de um contrato semelhante ao de concessão de serviços públicos, mas cujo objeto central consiste em bem público, acompanhado eventualmente de serviços acessórios. A legislação de concessões de serviços, por consequência, estende-se a esse instrumento de gestão patrimonial.

A concessão de direito real de uso, por sua vez, é instituto proveniente do direito privado inserido no rol dos direitos reais (art. 1225, VII, do Código Civil), mas também absorvido pelo direito administrativo. Segundo Luciano de Camargo Penteado, ele se dá pela "transferência da faculdade de usar, do poder público, para o particular ou outro ente estatal", o qual se rege, na prática, pelo regime jurídico do usufruto.[75]

O Decreto-Lei 271/1967, que trata do assunto, autoriza a celebração de instrumento contratual pela Administração Pública para outorgar direito real de uso apenas em relação a imóveis públicos (art. 7º) ou ao espaço aéreo desses terrenos (art. 8º). Além disso, faculta que a outorga seja gratuita ou condicionada a pagamento. Ainda que a lei não o diga, entende-se que os bens concedidos não devem ser afetados, de modo que o instituto cabe tão somente sobre bens públicos dominicais ou bens estatais privados.

[74] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular,* p. 109.
[75] PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*, pp. 609-610.

Não bastasse isso, o diploma restringe a concessão do direito real a determinadas finalidades econômicas ou sociais, como a urbanização, a industrialização, a edificação, o cultivo da terra, a preservação de comunidades tradicionais etc. Caso se dê destinação diversa ao bem, a concessão se resolve antes de seu termo final (art. 7º, § 3º), daí porque se fala de direito real resolúvel.

O parágrafo legal apontado também deixa evidente que a concessão de direito real terá prazo de duração, mandamento normativo que se harmoniza plenamente com a necessidade de se proteger o patrimônio público e evitar a "privatização" de bens por meio de contratos de prazo indeterminado. É possível, contudo, que o prazo seja bastante alongado e que, durante seu curso, o direito real se transfira por ato "*inter vivos*" ou por sucessão, salvo disposição em contrário. Isso não afasta a obrigatoriedade de se continuar a empregar o bem estatal para a finalidade pactuada no contrato. Fora isso, a entidade concedente poderá estipular cláusula contratual pela qual as transferências "*inter vivos*" (subconcessões) dependam de anuência prévia, de sorte a impedir que o bem seja transferido à posse de quem não detém condições, técnicas ou econômicas, de concretizar a finalidade do contrato.

A concessão de uso (sem o adjetivo "real") é instituto muito semelhante à modalidade anteriormente explicada pelo fato de que ambas: 1) configuram mecanismo de outorga de uso privativo de bem estatal; 2) são remuneradas ou gratuitas; 3) viabilizam-se por instrumento contratual; 4) marcam-se pela pessoalidade (*"intuitu personae"*); 5) dependem de licitação, salvo nas hipóteses de contratação direta e 6) devem ter termo final.

Sem prejuízo de todos esses traços comuns, a mera concessão assume características que desautorizam sua confusão seja com a concessão de direito real de uso, seja com a concessão de obra. Em primeiro lugar, a simples concessão de uso atinge apenas parcela do bem público, e não o bem por completo. Daí que ela configura concessão constitutiva e não translativa, ao contrário de concessão de obra. Em segundo lugar, a de uso assume natureza exclusivamente obrigacional e constitui mecanismo próprio do direito administrativo, já que não existe no direito privado. Em terceiro, ela pode ser empregada na gestão de bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais (ou seja, para bem público de qualquer espécie), enquanto a concessão de direito real vale somente para bens públicos dominicais, além de se estender para o

campo dos bens estatais privados. Em quarto, a concessão de uso não depende de lei. Assim como a autorização e a permissão de uso privativo, é lícito que a Administração Pública celebre o contrato com todo e qualquer particular interessado em se beneficiar de uso privativo. Nada obsta que haja lei que a disciplinar o instrumento, mas sua ausência não inviabilizará a celebração do contrato de uso.

Diante das figuras da autorização e da permissão de uso, as características diferenciadoras da concessão de uso são facilmente perceptíveis. A autorização e a permissão são unilaterais, discricionárias e precárias, enquanto a concessão é sempre contratual e vinculada a termo final. Embora ela possa ser revogada, a proteção da confiança e da boa-fé (quando comprovada) pressupõe a proteção dos interesses do concessionário e impõe eventuais indenizações.

Por conta dessa característica, Maria Sylvia Zanella Di Pietro registra que a concessão se mostra mais adequada nas situações em que o uso do bem público pelo particular se destinar a atividade de grande vulto, dependente de maiores investimentos e mais arriscada ao concessionário em termos econômicos.[76] A concessão de uso serve para viabilizar usos privativos normais ou anormais, de interesse público ou de interesse privado, enquanto os instrumentos precários (da autorização e permissão) são mais adequados para usos anormais (secundários).

5.4. Deficiências da tipologia e reclassificação

Em primeira leitura, a tripartição dos mecanismos administrativos de outorga se revela clara e suficiente para viabilizar a gestão de usos de bens estatais públicos conforme o regime exorbitante do direito administrativo, estruturado sob os grandes valores constitucionais. Em que pese sua boa organização e razoável coerência, a perspectiva prescritivo-idealista, contudo, mostra algumas deficiências a partir do momento em que se cotejam o direito positivo e, principalmente, a prática administrativa brasileira. Tais deficiências resultam de fatores variados de ordem normativa, doutrinária e estrutural, os quais se resumem à:

1) *Confusão dos tipos na criação do direito*. Não raro, o Poder Legislativo e

[76] Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular,* p. 113.

o próprio Executivo, ao normatizarem os instrumentos de outorga ou elaborá-los como atos ou contratos, ignoram as características teóricas da autorização, da permissão e da concessão de uso ou as distorcem. Outras vezes, os termos técnicos são misturados, gerando dificuldades de interpretativas. Isso se vislumbra na Lei 9.636/1998, em que se prescreve que "a utilização... poderá ser autorizada... sob o regime de permissão".[77] Problema do gênero se esconde ainda no Código de Águas,[78] que prevê autorizações de uso com prazos de trinta anos, em contrariedade à doutrina que prescreve a autorização para usos simples, de curta duração, e geralmente sem prazo.

2) *Incompatibilidade dos rótulos com a essência das outorgas.* Por consequência do problema anterior, muitas vezes são empregados nomes jurídicos (como concessão ou permissão de uso) sem que, com eles, designem-se institutos desenhados e conhecidos pela doutrina especializada. Isso se vislumbra na análise das polêmicas "permissões de uso do domínio urbano para instalação de infraestruturas", prevista em muitas leis municipais. Na teoria, o rótulo indica outorgas discricionárias, mas na realidade tais permissões são muitas vezes vinculadas e, por conseguinte, constituem verdadeiras licenças de uso – fenômeno que resulta da imprescindibilidade de o solo municipal ser cedido para instalação de infraestrutura de serviços públicos.[79] Outro exemplo se encontra na Lei dos Portos, a qual prevê autorização de uso que assume caráter contratual, negando a afirmação doutrinária de que autorizações

[77] No texto, porém, o legislador utiliza o termo autorização como sinônimo de outorga em geral. Não fosse a confusão terminológica, outro problema reside na menção à permissão para usos privativos de curto prazo, para os quais seria melhor o emprego da "autorização de uso". Veja-se a redação literal: 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 do regulamento, sob o regime de permissão de uso, em ato do Secretário do Patrimônio da União, publicado no Diário Oficial da União.

[78] Nos termos do 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 verificando esta, de *autorização administrativa*, que será dispensada, todavia, na hipótese de derivações insignificantes. § 2º 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.

[79] Sobre o problema, MARRARA, Thiago. *Bens públicos, domínio urbano, infraestruturas*, p. 291.

são atos administrativos e não contratos.[80]

3) *Insuficiência explicativa da variabilidade de outorgas públicas*. Ainda que não houvesse falhas no tocante ao emprego dos tipos teóricos de outorga, idealizados na doutrina, ainda assim a teoria tripartite poderia ser desafiada pelo fato de que existem inúmeros outros instrumentos de outorga de uso de bens estatais que não se identificam com a tríade autorização, permissão ou concessão. Não é raro que a outorga de uso seja viabilizada por atos vinculados, como a admissão e a licença de uso. A admissão destina-se basicamente a liberar o uso administrativo do bem a usuários de serviços, como a infraestrutura de uma universidade pública aos alunos. A licença, por sua vez, desponta como instrumento de acesso a bens públicos essenciais para prestação de serviço público ou de atividade econômica por terceiro. Ela rege usos privativos de bens públicos essenciais, como o solo, o subsolo e o espaço aéreo das vias públicas municipais por prestadores de serviços de energia, de telecomunicações, de saneamento etc.

4) *Impossibilidade estrutural de padronização na federação.* Enfim, mesmo que a teoria prescritiva dos tipos de outorga fosse ampliada de modo a abranger outros institutos administrativos, seu escopo de criar tipos padrões ideais ainda permaneceria frágil por uma razão estrutural, qual seja: a garantia de competência legislativa exclusiva dos entes federativos para legislar amplamente sobre temas de direito administrativo que não sejam lançados no rol de competências legislativas exclusivas do Congresso Nacional ou no âmbito das competências concorrentes. É verdade que normas gerais são de competência primária da União em matéria de contratos da Administração e licitações. No entanto, sobra aos Estados e aos Municípios espaço de criatividade em relação aos atos administrativos unilaterais. Ademais, como se trata de direito administrativo, ao tratar desse assunto, eles não esbarram na competência

[80] Dispõe o art. 2º, XII, da Lei 12.815/2013 que a autorização configura "outorga de direito à exploração de instalação portuária localizada fora da área do porto organizado e *formalizada mediante contrato de adesão*".

> exclusiva do Congresso para legislar sobre direito civil ou comercial. É esse espaço de autonomia estadual e municipal que torna o direito brasileiro – felizmente – aberto a inovações, à criatividade, a novos institutos, mas, ao mesmo tempo, dificulta o trabalho da doutrina na elaboração de tipos ideais que sirvam para orientar a interpretação do direito e até mesmo sua criação.[81]

Diante de algumas dessas deficiências, Maria Sylvia Zanella Di Pietro registrou considerações oportunas. Em sua perspectiva de análise, a sistematização dos institutos constitui tarefa essencial da doutrina e necessita ser mantida a despeito dos problemas apontados, pois, quando elaborada de modo adequado, é capaz influenciar positivamente o legislador a atuar de maneira mais organizada e coerente. De outro, aduz que o mau uso dos termos técnicos na legislação não deve desestimular os esforços de sistematização nem a fixação de conceitos e características ideais dos títulos jurídicos do uso privativo, mas exige a calibração da teoria com base em estudos casuísticos que permitam aproximá-la da realidade e evidenciar peculiaridades de certos mecanismos de outorga de uso.[82]

Sem deixar de reconhecer a validade dos argumentos acerca do papel da doutrina na explicação e construção do direito positivo por meio de prescrições ideais, bem como da necessidade de sistematizações teóricas para contribuir com a evolução compreensiva da matéria, mantém-se aqui o posicionamento defendido em outra oportunidade e pelo qual se considera que a solução para resolver as deficiências apontadas no sistema teórico de outorga de usos consiste em modificar os critérios de classificação adotados pela doutrina. Não é necessário abandonar os esforços de sistematização teórica, mas simplesmente de se experimentar novos recortes e novas perspectivas de análise, tal como já fez a doutrina brasileira em outras oportunidades, como revela a obra de Diogo de Figueiredo Moreira Neto.[83]

---

[81] Por conta disso, sobra razão a Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza quando afirmam que "descrições doutrinárias de modo algum vinculam o direito positivo, o qual é evidentemente livre para construir suas próprias formas. Não há qualquer *numerus clausus* no tocante aos instrumentos de outorga de uso". Sobre esse posicionamento, ressalve-se apenas que os instrumentos contratuais podem ser limitados pelo Congresso por força de sua competência para editar normas gerais na matéria. Cf. SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Instalação e remanejamento de redes no domínio público municipal. *Revista de direito municipal*, nº 09, p. 32.

[82] Quanto à discussão sobre a viabilidade da tripartição dos mecanismos de outorga, cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular*, pp. 33-35.

[83] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 350 e ss.

A partir da perspectiva do jurista fluminense, agregada de algumas alterações, defende-se a reclassificação dos mecanismos de outorga de uso e, para tanto, propõe-se uma tripartição pautada não em tipos ideais, mas sim em características jurídicas essenciais das outorgas em espécie, colocando-se em segundo plano o rótulo dos instrumentos. Em consonância com essa proposta, distinguem-se:

1) *Mecanismos de outorga de uso por via legal*, ou seja, viabilizados por ato legislativo formal, tanto de conteúdo abstrato, quanto de efeito concreto;
2) *Mecanismos de outorga por atos administrativos* discricionários (geralmente chamados de autorização ou permissão, mas não só) ou vinculados (rotulados com frequência como licença ou admissão); e
3) *Mecanismos de outorga contratual*, pelos quais se estabelecem obrigações recíprocas entre a entidade administrativa que detém a propriedade do bem e o utente contratante. A outorga eventualmente virá embutida na delegação contratual de serviços (caso em que é acessória) ou será autônoma, como se vislumbra na contratação de direito real de uso de bem público ou bem estatal privado.

5.5. Outorgas unilaterais: discricionárias e vinculadas

As chamadas outorgas unilaterais se expressam por meio de atos administrativos, isto é, atos jurídicos de efeito concreto e direcionados a facultar o uso de um bem estatal a determinada pessoa física ou jurídica ou um grupo delimitado delas. A unilateralidade indica que o ato é dependente apenas da vontade da Administração Pública, embora, na prática, seja geralmente precedido de requerimento de demonstração de interesse do particular e/ou da comprovação de requisitos previamente estabelecidos em ato normativo – comprovação que gera a obrigatoriedade de se expedir a outorga de uso em certos casos.

Constata-se daí que a outorga unilateral assume feição discricionária ou vinculada. E a discricionariedade a que se refere pode ser tanto de ação, quanto de

conteúdo.[84] Se não houver lei ou ato normativo que torne compulsória a outorga na presença de certos requisitos, a Administração expedirá o ato unilateral liberatório de acordo com juízo de oportunidade. Após realizá-lo, a Administração está autorizada a negar o acesso ao bem, quanto permiti-lo por meio do estabelecimento de condições. Por conseguinte, diante dos requerimentos de uso, existem quatro desfechos possíveis: 1) outorgar o uso sem condicionamentos; 2) outorgar o uso de modo limitado (quanto ao espaço, ao tempo ou pela imposição de condições resolutivas) ou 3) indeferir a outorga. Esses caminhos são todos primariamente cabíveis como resposta, por exemplo, ao requerimento de comércio ambulante em espaço urbano.[85]

A discricionariedade quanto à outorga não afasta o dever de o Poder Público zelar pelo princípio da impessoalidade, da legalidade (afetação do bem), da moralidade, da publicidade e da eficiência. Daí porque a margem de escolha frente a requerimentos de uso secundário não se compatibilizará com a oferta de privilégios indevidos a algumas pessoas em detrimento de outras em igual situação, nem para permitir que uns se enriqueçam ilicitamente com o uso de bem público. Conquanto discricionária, a outorga de uso há que ser racional, isonômica, motivada e compatível com os usos primários do bem e sua sustentabilidade.

A princípio, a outorga discricionária é bastante útil para viabilizar usos privativos secundários (anormais) que se harmonizem ao uso afetado do bem (afetação), mas não constituam finalidades primárias na gestão patrimonial. Além de discricionária, a precariedade da outorga se imporá nesses casos. Essa é a regra geral, mas há exceções.

Existem usos secundários considerados essenciais, não para o Estado, mas para o utente, os quais mitigam as duas características apontadas. Imagine-se certa atividade econômica que dependa do uso de bem sob a propriedade estatal, bem esse que não aceita reprodução nem substituição seja por inviabilidade fática, seja pelos altos custos econômicos. Ainda que o uso por particular seja secundário, se o bem for tido como uma

[84] Por uma distinção básica dos tipos de discricionariedade, cf. MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, p. 124.

[85] Sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça já declarou perfeitamente legal o ato administrativo, praticado por Prefeito, que cancela a autorização do uso de logradouros públicos para exercício de comércio ambulante pelo fato de se tratar de uso discricionário, inclusive quanto à localização do "ambulante". RMS 14301/RJ. Relator Min. Luiz Fux, julgamento em 03.04. 2003.

"essential facility",[86] a discricionariedade da Administração Pública será "reduzida a zero",[87] transformando-se a outorga em ato vinculado, não precário (*i.e.* não revogável, porém sujeito à cassação) e garantido pelo tempo em que a essencialidade do bem público para outros fins perdurar.

Uma Prefeitura qualquer não deverá recusar o uso do teatro municipal a grupos artísticos que não detenham outro local no Município para realizar suas apresentações cênicas. Caberá à Administração apenas estipular condições de uso e limitações temporais. O mesmo vale para o uso de estádio municipal em cidade que não disponha de outra infraestrutura análoga. Igual lógica também se estende ao uso secundário do espaço aéreo, subsolo e solo de alguns bens de uso comum do povo necessários à instalação de infraestruturas, sem as quais certas atividades econômicas jamais se tornariam exequíveis.

Em todos os exemplos citados, o bem estatal assume o papel de infraestrutura essencial e, por conseguinte, seu uso deve ser garantido se for compatível com a afetação, subsistindo à Administração apenas a possibilidade de imposição de condições de modo ou tempo ou de remuneração pelo uso. Por consequência, a revogação resta obstada, restando ao Estado somente a anulação (inclusive por reconhecimento de incompatibilidade com a afetação – "uso proibido"), a cassação (em virtude de descumprimento de regras de uso) e a possibilidade de extinção da outorga por desinteresse do utente ou seu desaparecimento (*e.g.* por morte, falência etc.).

Fora das situações em que a discricionariedade é reduzida a zero por conta da essencialidade econômica ou social dos bens do Estado para certas atividades privadas ou mesmo tarefas administrativas típicas (como serviços públicos), há inúmeras outras hipóteses de outorga unilateral vinculada. Exemplo típico de vinculação se vislumbra em usos privativos normais e usos administrativos, internos ou externos (de bens públicos de uso especial). Nesses dois casos, de modo geral, é normal e adequado que lei ou ato normativo estipule os requisitos do uso do bem público, os quais, uma vez cumpridos,

[86] Sobre a teoria das "*essential facilities*", cf., por todos, PITOFSKY, Roberto; PATTERSON, Donna e HOOKS, Jonathan. The essential facilities under U.S. Antitrust Law. *Antitrust law journal*, v. 70, p. 443.
[87] A redução da discricionariedade a zero é teoria utilizada no direito alemão para indicar situações em que *a priori* existe discricionariedade, mas essa é aniquilada por conta de fatores jurídicos contextuais. Sobre o assunto, já discorremos em MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. *Revista de direito administrativo*, v. 259.

originam outorga explícita ou implícita.

No tocante ao uso administrativo, a outorga vinculada geralmente decorre da prática de atos anteriores. É o caso do aluno aprovado no vestibular e, após cumprimento dos requisitos normativos, admitido em universidade pública. O mesmo vale para paciente que cumpre requisitos para ser atendido em certo hospital estatal. Aplica-se igualmente ao servidor público ativo em relação a bens do órgão em que está lotado. A admissão para o serviço público (na qualidade de usuário ou de agente público) embute um ato de outorga vinculada de uso de um ou vários bens públicos. O uso é vinculado ao serviço, é acessório a ele, porém essencial. A outorga é vinculada e acessória, apontada de modo implícito no ato de admissão ao serviço ou expressa como parte de suas estipulações. Na qualidade de proprietária do bem de uso especial, a Administração poderá eventualmente limitar tal uso (para reparos, reformas ou reorganização), estabelecer cobranças (sobretudo para usuários) e criar regras disciplinares de gestão patrimonial, mas não poderá evitar que o uso ocorra na medida em que for necessário para a fruição do serviço público pelo cidadão habilitado ou para a execução do serviço pelo agente público competente.

Em outras situações, o ato de outorga de uso vinculado é individualizado e se encontra explícito em documento autônomo. Isso se vislumbra no tocante ao uso privativo normal, por exemplo, para ocupação de espaços de comércio em mercado público. Aqui, é ideal que se fale de "licença". A outorga vinculada também é expressa em ato próprio nas situações de uso administrativo de bem que não é detido pelo delegatório do serviço. Veja-se a situação dos bens municipais empregados por prestadores privados de serviços públicos de energia ou telecomunicações. Tais serviços são de competência da União, mas o bem essencial para sua prestação é do Município. Desse modo, a delegação do serviço não embute automaticamente o uso do domínio urbano, restando necessário um ato do Poder Público local, o qual é vinculado, mas de acordo com as normas urbanísticas locais. Ao Município não é lícito negar o uso normal do domínio urbano para instalação de infraestrutura, mas pode estipular requisitos e condições de uso, como a instalação de infraestrutura subterrânea em vez de aérea.

A partir de inúmeros exemplos resta claro que, na classificação ora debatida, o que importa é a natureza unilateral, discricionária ou vinculada do ato outorga. Embora certos rótulos possam ser lançados para indicar algumas características da outorga

(autorização e permissão para os discricionários; licença e admissão para os vinculados), nem sempre existe correspondência entre os institutos previstos no direito positivo com os tipos ideais criados pela doutrina. Por isso, relevante para o jurista é a identificação da natureza jurídica do ato e a definição dos poderes e dos limites de ação da Administração Pública. Isso permite verificar se o interessado no uso do bem foi ou não prejudicado de modo ilícito pela decisão administrativa. Vale aqui o princípio da realidade. Não se interpreta a outorga pelo nome que o direito positivo lhe dá, mas sim pelo seu conteúdo, estrutura, requisitos, implicações jurídicas etc.[88] Nesse sentido, a visão descritiva ou realista distancia-se da teoria prescritivo-idealista.

5.6. Outorgas contratuais gerais e especiais

Quando o uso privativo do bem público, anormal ou normal, mas de longa duração ou dependente de significativos investimentos (para reforma, ampliação, manutenção etc.), mostra-se mais adequado estabelecer uma relação jurídica de natureza contratual. Afinal, supõe-se que o instrumento contratual, marcado pela comunhão de vontades e por obrigações recíprocas, confira acentuada estabilidade à relação jurídica em contraste com o ato administrativo discricionário, marcado pela precariedade e revogabilidade. Essa vantagem desaparece na comparação do contrato com o ato administrativo vinculado, dada sua irrevogabilidade. No entanto, a vantagem da via contratual residirá no fortalecimento do consenso e na possibilidade de se disciplinarem obrigações recíprocas, inclusive com a previsão de meios punitivos para estimular seu cumprimento.

Tradicionalmente, a outorga contratual é designada no direito positivo e na doutrina como concessão de uso. Isso não exclui a natureza contratual de outorgas com

[88] Veja-se o caso da concessão de bens públicos para fins de moradia. Conquanto o instrumento de outorga, pela lei, seja chamado de concessão, na prática, tem-se um ato unilateral. Ao tratar do tema, Di Pietro sustenta que essa natureza unilateral da outorga de uso fica patente quando se considera que: 1) a concessão gera apenas obrigação para uma das partes, a saber, os moradores concessionários, aos quais não somente cabe utilizar o imóvel concedido, mas também respeitar a destinação exclusivamente habitacional; e 2) o registro da concessão se faz por sentença ou por *termo administrativo*, instrumento tipicamente adotado para outorgas unilaterais, como a permissão e a autorização, enquanto para as verdadeiras concessões de uso, aplica-se contrato administrativo. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Concessão de uso especial para fins de moradia. *Estatuto da cidade, comentários à lei federal 10.257/2001*, p. 163.

outros nomes, como a cessão de uso[89] e, em certas situações, a própria permissão de uso. Não interessa, portanto, o nome dado pelo direito positivo, mas sim a estrutura da relação jurídica que viabiliza o uso.

A despeito do nome preferido, a outorga contratual regida puramente pelo direito administrativo é indicada somente para bens públicos. Os contratos privados são passíveis de utilização pela Administração Pública, mas se limitam a reger relações reais ou obrigacionais de uso que recaiam sobre bens públicos dominicais ou bens estatais privados. No tocante a esses bens, ao Estado se autoriza celebrar contrato de usufruto, de superfície, de comodato, de aluguel, de arrendamento e tantos outros que envolvam usos por terceiros.

A outorga contratual administrativa tem bastante flexibilidade. É possível celebrá-la sem prazo determinado, com prazo determinado (solução mais adequada para grande parte dos casos) ou de modo perpétuo em casos excepcionais. Também se permite a modalidade remunerada ou gratuita, de utilidade pública ou de utilidade privada, autônoma ou acessória (aqui quando o uso for necessário, porém acessório a uma tarefa administrativa delegada para particulares em instrumento próprio).

Existem ainda outorgas contratuais vinculadas ou discricionárias. As vinculadas dependem do preenchimento de meros requisitos normativos para serem celebradas. Isso se dá no tocante ao uso normal de bens públicos. De modo excepcional, por força da teoria das *"essential facilities"*, debatida no item anterior, outorgas contratuais vinculadas serão cabíveis para viabilizar o uso secundário de bens públicos quando esses se mostrarem essenciais para certas atividades econômicas, sociais ou para tarefas administrativas de outros entes da federação e a utilidade gerada pelo bem a ser usado não puder ser substituída por outra.

[89] Como já expusemos alhures: "A Lei nº 9.636/98 consagrou, ainda, a cessão de uso de imóvel da União para pessoas jurídicas de direito público ou privado e também para pessoas físicas. Geralmente tal instituto é abordado pelos doutrinadores juntamente com os mecanismos de outorga unilateral de uso. Sucede que a cessão de bem imóvel envolve não só a outorga de direito de uso, mas também de direitos de disposição, de modo que somente sobra à União a nua propriedade. Tanto é assim que o ente público, quando cessionário de um imóvel federal, poderá autorizar ou permitir seu uso para terceiros, entre outras coisas. Não fosse isso, o instituto assumiria natureza contratual pelo fato de que podem ser negociadas diversas cláusulas em favor do cessionário e disso dependerá a contrapartida que a União poderá receber, mensurada de acordo com o prazo de cessão. Em vista da transferência global do imóvel público e da grande liberdade de negociação inerente ao instrumento de cessão, não seria adequado enquadrá-la como simples modalidades de outorga unilateral de uso de bem público". MARRARA, Thiago. *Bens públicos, domínio urbano, infraestruturas*, pp. 146-147.

Já as outorgas contratuais discricionárias são as dependentes de juízo prévio de conveniência e oportunidade por parte da Administração Pública. Exemplos delas são trazidos pela legislação regente da relação do Estado com o terceiro setor. De acordo com as Leis 9.637/1998 e 9.790/1999, a Administração Pública detém a faculdade de transferir o uso de bens públicos para organizações sociais ou entidades da sociedade civil de interesse público. Em ambas as hipóteses, a outorga é precedida por um juízo administrativo de conveniência e oportunidade.

Mesmo quando discricionários e a despeito de seu rótulo ou nome jurídico, os instrumentos contratuais são geralmente irrevogáveis, salvo na presença de cláusula contendo reserva de revogação para os que forem discricionários – já que os vinculados nunca se harmonizam com o instituto da revogação. Além disso, como contratos da Administração, eles se submetem à anulação por ilegalidade, salvo quando possível a convalidação e esta não prejudicar interesse de terceiro e/ou interesse público primário.

Por consequência da teoria geral dos contratos, outorgas contratuais se extinguem naturalmente pelo atingimento de seu termo final, pela ocorrência de condição resolutiva, pela realização de seu objeto, pelo perecimento ou exaustão do bem, e pela morte ou falência do outorgado. De outra parte, sujeitam-se ao distrato, bem como à resolução unilateral punitiva (ou caducidade) em decorrência de inadimplemento do outorgado ou da própria Administração Pública.[90]

Além disso, para superar inconvenientes da irrevogabilidade, nada obsta que no instrumento contratual se preveja, em favor da entidade pública, rescisão automática em outras hipóteses consideradas oportunas, como aquela em que o bem se torna imprescindível à Administração por motivo de interesse público.

Por fim, caso se entenda que a legislação de licitações e contratos da Administração se aplica a todos os instrumentos contratuais de outorga de uso de bem – o que parece plausível para se garantir a isonomia e a eficiência na busca da melhor proposta –, a rescisão por falhas da Administração dependerá de manifestação judicial e as demais normas de rescisão serão extensíveis a tais contratos de outorga de uso na medida de seu cabimento lógico.

[90] Sobre as formas de extinção, cf. ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*, p. 1155, e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular,* pp. 113-114.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Diogo Freitas do. *A utilização de bens públicos por particulares*. São Paulo: Juriscredi, 1972.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. Serviços públicos e concorrência. *Revista de direito administrativo*, v. 233, 2003.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

AZEVEDO MARQUES, José Manuel. Histórico da formação do artigo 67 do Código Civil sobre a alienabilidade e prescritibilidade dos bens públicos. *Revista dos Tribunais*, nº 334, v. 63, 1927.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BOUTAYEB, Charira. Liberté d'utilisation du domaine public et affectation dominiale. *Revue du droit public*, nº 01, 2001.

CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1983. Volume II.

CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Dicionário de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado do domínio público*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sergio (org.). *Estatuto da cidade, comentários à lei federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A gestão jurídica do patrimônio imobiliário do poder público. *Cadernos Fundap: "o patrimônio imobiliário do Poder Público"*, 1989.

_____. Concessão de uso especial para fins de moradia. *Estatuto da cidade, comentários à lei federal 10.257/2001*. Adilson de Abreu Dallari e Sergio Ferraz (org.). São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 7 volumes.

_____. *Uso privativo de bem público por particular*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.

FIGUEIREDO, Marcelo. Utilização de subsolo para passagem de equipamentos públicos – aspectos gerais e desafios do uso compartilhado. *Revista de direito administrativo,* v. 217, 1999.

GORDILLO, Agustin. *Tratado de derecho administrativo.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003. Tomo 1.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. Bens de uso comum. *Revista de Direito Público*, nº 76, v. 18, 1985.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et droit public*. Paris: Sirey, 1927.

INGROSSO, Gustavo. Demanio (diritto moderno). *Novissimo Digesto Italiano*, v. 05. Roma: UTET, 1957.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos*: *função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas.* Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. Bens reversíveis nas concessões do setor de telecomunicações. *Revista de direito público da economia*, nº 10, 2004.

MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. *Revista de direito administrativo*, v. 259, 2012.

_____. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. *Revista digital de direito administrativo,* nº 1, v. 1, 2014.

_____. *Bens públicos, domínio urbano, infraestruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. Regulação sustentável de infraestruturas. *Revista brasileira de infraestrutura*, v. 1, 2012.

MARRARA, Thiago; FERRAZ, Luciano. *Tratado de direito administrativo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Volume 3: Direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade.

MAURER, Hartmut. *Allgemeines verwaltungsrecht*. 13. ed. Munique: Beck, 2000.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalvez. Direito do domínio público. *Tratado de direito administrativo especial*. Paulo Otero e Pedro Gonçalves (org.). Coimbra: Almedina, 2011. Volume V.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

OTERO, Paulo; GONÇALVES, Pedro (org.). *Tratado de direito administrativo especial.* Coimbra: Almedina, 2011. Volume V.

PENTEADO, Luciano Camargo. *Direito das coisas*. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012.

PITOFSKY, Robert; PATTERSON, Donna e HOOKS, Jonathan. The essential facilities under U.S. Antitrust Law. *Antitrust law journal*, v. 70, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. Tomo II.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica:* princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Instalação e remanejamento de redes no domínio público municipal. *Revista de direito municipal*, nº 09, 2003.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.