ATO ADMINISTRATIVO — GESTÃO PÚBLICA E GESTÃO PRIVADA — CONTRATO DE ARRENDAMENTO — BENS PÚBLICOS — MERCADO MUNICIPAL

— Em matéria de contratos o princípio geral é que a Administração, quando pactua, não age como poder público, praticando ato de império, mas como pessoa de direito privado.

— Regulado o contrato de arrendamento, celebrado pela Municipalidade, pelas normas de direito comum, sôbre êle incide a lei do inquilinato.

PARECER

1. É lição assente e de há muito consagrada pelo Direito Administrativo que os atos administrativos (ou *atos de gestão*, em contraposição aos atos políticos, governamentais ou *de império*) dividem-se em dois grandes grupos, a saber: *a*) *atos de gestão pública*; *b*) *atos de gestão privada*.

Os atos de gestão pública são os atos administrativos pròpriamente ditos, isto é, atos praticados pela Administração pública, na execução de serviços públicos, e regidos pela disciplina especial do Direito Administrativo.

Os *atos de gestão privada*, ao contrário, são os que a Administração pratica, não com o caráter de pessoa de direito público, mas como pessoa de direito privado, realizando atos da vida civil.

Eis, a propósito, o ensinamento de Bielsa:

Atos de gestión privada son los que la Administración pública realiza, pero "non como tal", sino como persona de derecho privado, estando, en su virtud, sometidos los atos y la Administración pública a las normas positivas del derecho privado (civil o comercial, minero, etc., en su caso) (Rafael Bielsa, *Derecho Administrativo*, 2.ª ed., tomo I, pág. 80).

E, em nota, acrescenta:

En la actividad privada, esencialmente patrimonial, el Estado se coloca en la situación de los particulares; sus actos son de economia privada y su actividad es, por eso mismo, no social sino individual. Tal ocurre, por ejemplo, con la explotación de los ferrocariles en nuestro país (op. e loc. cits., nota n.º 19).

Exemplificando, observa, a seguir, o eminente professor da Universidade de Buenos Aires:

Entre los actos de gestión privada puede comprenderse la venta, "la locación" o disposición de los bienes que constituyen el patrimonio disponible del Estado, los contratos privados que la Administración pública realiza para provisión o abastecimiento, para la construcción y conservación de obras particulares (no públicas) del Estado, etc. (op. e loc. cits.).

Entre nós, outro não é o entender de Matos Vasconcelos:

"Atos de gestão privada são os atos praticados pela Administração, não nessa qualidade ou na qualidade de pessoa ligada ao direito público, porém como pessoa de direito privado em virtude de que tais atos e suas conseqüências jurídicas são submetidos aos princípios da lei civil como acontece com os particulares na gestão de seu patrimônio".

.....

"Na atividade privada, essencialmente patrimonial, esclarece Ranelleti, o Estado coloca-se na situação dos particulares; seus atos são de economia privada e sua atividade, por isso mesmo, é individual e não social (*apud* Bielsa, pág. 52).

Outros exemplos poderiam ser dados, tais como a venda, a locação dos bens do domínio do Estado, os contratos privados que a Administração pública rea-

liza para provisão e abastecimento à população, para construção e conservação de obras particulares do Estado, etc. (op. cit., pág. 53).

O nosso Código de Contabilidade, dispensada a concorrência prevê, por parte da administração, o arrendamento ou compra de prédios destinados aos serviços públicos (art. 51, letra *d*) (José Matos de Vasconcelos, *Direito Administrativo*, vol. I, pág. 101).

2. Em matéria de contratos o princípio geral é o de que a Administração, quando pactua, não age como poder público, praticando ato de império, mas, sim, como pessoa jurídica de direito privado.

É êsse, de há muito, o ensinamento dos doutores:

"A Administração pública municipal, estadual ou federal" — já dizia Lafayete — "nos contratos que celebra com particulares, companhias ou indivíduos, para qualquer gênero de serviço, toma a posição de particular e fica sujeita às disposições do Direito Civil, como um simples particular" (*Parecer*, na *Revista Forense*, vol. V, pág. 174).

Barradas, igualmente, acentuava:

"Quando a Administração pública contrata, não funciona como poder público, não exerce ato do império; obra como pessoa jurídica, e põe-se em contato com a atividade livre dos particulares, no mesmo pé de igualdade. O contrato é debatido, rejeitado ou aceito, livremente, pelos contraentes, e gera direitos e obrigações tanto para a Administração como para o administrado (Barthelemy, *Dir. Adm.*, págs. 46-48).

Assim o contrato entre a Administração e o particular obedece e é sujeito às normas do direito civil; é a lei a que os contraentes voluntàriamente se submeteram" (*Parecer*, na *Revista Forense*, vol. V, pág. 182).

E outra não era a autorizada lição de Rui Barbosa:

"Quando o Estado contrata, ou o faça para acudir à gestão e liquidação do seu patrimônio, ou a fim de prover a serviços públicos, as figuras jurídicas derivantes das suas estipulações ou promessas são verdadeiras convenções de direito privado" (Giorgio Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche*, vol. II, pág. 359) (*Parecer*, na *Revista Forense*, vol. V, pág. 180).

E, em outro ensejo, repete que "o Estado quando contrata, está sujeito às normas do direito civil, se lei especial não houver, que reja a matéria no caso (Amaro Cavalcânti, op. cit., pág. 531; Mendonça, *Obrigações*, 2.ª ed., vol. 2.º, pág. 569; Ribas, *Dir. Ad.*, pág. 52; Uruguay, *Dir. Administr.*, ed. de 1862, cap. XV, pág. 86; Rui Barbosa, *Culpa Civ. da Administr. Públ., passim.*)" (*Laudo arbitral*, na *Revista Forense*, vol. XXIX, pág. 84).

3. Entre nós, o Regulamento Geral de Contabilidade Pública, aprovado pelo Decreto n.º 15.783, de 8 de novembro de 1922, é até expresso em declarar — art. 766 — que "os contratos administrativos regulam-se *pelos mesmos princípios gerais que regem os contratos de direito comum*, no que concerne ao acôrdo das vontades e ao objeto, observadas, porém, quanto à sua estipulação, aprovação e execução, as normas prescritas no presente capítulo".

4. Mesmo, porém, que se admita — e muitos, realmente, admitem — a existência de contratos típicos de Direito Administrativo, são acordes os autores em reconhecer que freqüentes são os contratos firmados pela Administração disciplinados pelas normas do Direito Privado.

Existe una tendencia muy difundida — informa Fritz Fleiner — *a comprender bajo el nombre de "contratos administrativos" todos los contratos (de Derecho público y de Derecho Privado), que concluye la Administración pública.* Grosch, *"Der Staat als Kontrahent"* (*Jahrböff R.*, 5.267). Hausmeister, *"Der*

Abschluss verpflichtender Verträge durch Gemeinden" (Pr.VBI., 34.872). Fromm, *PrVBI.*, 35, 46, *En Francia tales contratos son estimados en favor de la Administración pública, como contratos de Derecho público (respecto de los cuales han de juzgar los Tribunales contencioso-administrativos).* Jèze, *"Principes"*, pág. 40. Hatschek, *"Einleitung i. d. "offentl. Recht"*, 79 y s. *Pero desde el final de la guerra mundial la jurisprudencia del Conseil d'Etat y del Tribunal de Conflictos ha reconocido cada vez en mayor grado la licitud de contratos de suministros y otros, de carácter privado, etc.* (Hauriou, *"Précis de Droit administratif"*, 11. págs. 914 y s. *(Instituciones de Derecho Administrativo, trad. da 8.ª ed. alemã, ed. Labor,* 1933, *pág.* 168, *nota n.º* 87).

5. Investigando o problema, a saber se os contratos de arrendamento de dependências do domínio público são de direito civil ou de direito administrativo, presta Louis Jacquignon, em modernissimo trabalho, a mesma informação que a de Fleiner, acima transcrita.

E, após esclarecer que, em França, a princípio certas instâncias inferiores entendiam ser tais contratos de direito administrativo, observa:

Mais la Cour de Cassation, le Conseil d'Etat et le Tribunal des Conflits ne furent pas aussi impératifs. La jurisprudence distinguait selon que le preneur des lieux loués avait ou non une activité constitutive d'un service public. La tendance des juridictions supérieures était favorable à la reconnaissance du caractère civil du contrat. La ligne de partage entre contrat civil et contrat administratif existait cependant. Pour que ce dernier caractère fut reconnu, il fallait que l'activité du co-contractant de l'administration fut constitutive d'un service public (Le Regime des Biens des Entreprises Nationales, Paris, 1956, tomo I, n.º 288, pág. 352).

6. Face à possibilidade de celebrar a Administração, a par de contratos de direito privado, contratos de direito público, cumpre, para distinguí-los, examinar o ajuste em si.

Dois são os critérios diferenciadores, segundo a lição dos mestres: *a*) o critério do *serviço público*, e *b*) o critério *formal*, ou seja, a do regime sob o qual age a Administração (Bielsa, *Derecho Administrativo*, 4.ª ed., tomo I, n.º 100, pág. 297).

7. À luz do primeiro critério, não vemos como classificar como *serviço público* o contrato que nos foi presente.

Se não, vejamos.

No caso da consulta trata-se de arrendamento, feito pela Prefeitura, e mediante determinado preço, de um edifício de sua propriedade, *denominado* "Mercado Municipal", para o fim de serem, pela arrendatária, *sublocados* os respectivos compartimentos, para a venda de produtos.

8. Outrora instalavam-se os mercados na via pública e nas praças públicas, por meio de barracas, sem caráter estável. Eram, por isso, considerados bens de uso comum, indisponíveis, por conseguinte.

Hoje em dia, porém, o mesmo não acontece. Os mercados são situados em edifícios já destinados a êsse fim, seja pelo poder público, seja por particulares. As "feiras" desempenham, hoje, o papel reservado, antigamente, aos mercados e e êstes foram substituídos pelos grandes "magazins", de iniciativa privada.

A existência de mercados impunha-se, como uma necessidade geral, na época em que difíceis eram os meios de transporte e raras as vias de comunicação. Não hoje, em que tais dificuldades já não mais existem e em que a distribuição dos produtos de consumo é feita fácil e ràpidamente.

9. Não desempenham os mercados — tal como o de que é objeto a consulta — nenhum *serviço público*. No Estado capitalista não exerce o poder pú-

blico, através dos mercados, qualquer função que lhe sejam peculiar, ou qualquer contrôle na distribuição dos bens de consumo, em benefício da coletividade. Nos mercados os arrendatários dos alojamentos vendem e compram, como quaisquer outros comerciantes, visando lucro, visando o *seu* interêsse e não o interêsse da comunidade. E o contrôle estatal, quando se exerce, não atinge em especial os mercados, mas o comércio *em geral*. É o que ocorre, entre nós, com os tabelamentos impostos pela COFAP.

Não possui o contrato em exame, por outro lado, quaisquer características de concessão de serviço público, tais como tarifas, fiscalização, regulamentação, etc.

10. Tudo isso mostra que, arrendando um prédio como o fêz a municipalidade na hipótese de que nos ocupamos — para nêle ser instalado um mercado, nada mais fêz do que, simplesmente, dispor de um bem patrimonial, com o fito exclusivo de auferir renda.

Ora, assim sendo, está-se em face daquela situação, a que se refere Bielsa, já acima citada e aqui repetida:

En la atividad privada, essencialmente "patrimonial", el Estado se coloca en la situación de los particulares; sus actos son de economia privada y su actividad es, por eso mesmo, no social sino "individual".

Frente ao segundo critério — o critério *formal* — a outra conclusão não se chegará, igualmente, pois não há, que o saibamos, qualquer legislação específica de direito administrativo regulando as relações entre a Prefeitura do Distrito Federal e os usuários dos mercados. E o contrato, *in casu*, nenhum regime especial estabelece.

12. O fato de ser o contrato designado como de "concessão" é de todo irrelevante, pois não é o *nomen iuris* que influi na sua disciplina, mas, sim, a sua configuração econômica jurídica, pois *Contractu non ex nomine sed ex re legem accipiunt*. E o nosso Código Civil, em seu art. 85, recomenda, mesmo, que "nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem".

No caso vertente, aliás, o "Têrmo Aditivo" celebrado entre a Municipalidade e a arrendatária não deixa a menor dúvida quanto à natureza locatícia do ajuste. Através dêle assumiu a arrendatária — dita concessionária — até mesmo a *obrigação* de celebrar com os ocupantes contratos de locação, vale dizer, de sublocação. E só subloca quem é locatário.

13. Por tudo o que ficou dito conclui-se que o contrato em causa rege-se, não pelas normas do direito administrativo, mas pelas do direito privado.

14. A circunstância de ser o edifício, objeto do arrendamento, um bem público não modifica tal conclusão.

15. Divide o nosso Código Civil — art. 66 — os bens públicos em três categorias distintas: *a*) os de *uso comum do povo*, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças; *b*) os de *uso especial*, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal; e *c*) os *dominicais*, isto é, os que constituem o patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades.

Tal classificação assemelha-se à adotada, no direito alemão, por Fritz Fleiner, que divide os bens públicos em: *a*) bens de uso comum; *b*) bens do patrimônio administrativo; e *c*) bens do patrimônio fiscal.

Pela sua própria natureza, os bens compreendidos nos dois primeiros grupos — os de uso comum do povo e os de uso especial ou do patrimônio administrativo — são destinados ao gôzo *in natura*, seja por parte do povo, seja por parte do Estado. São, por isso mesmo, *indisponíveis*.

16. Os bens dominicais, ou do patrimônio fiscal, ao contrário, têm por fim fornecer ao Estado meios para obtenção de renda. São bens *disponíveis*. Como observa Ruggiero, têm êles "a função de fornecer no Estado, sob a forma de preço de alienação, de correspondente da *locação*, etc., os meios econômicos necessários para a satisfação das outras necessidades públicas" (*Instituições de Direito Civil*, trad. Ari dos Santos, vol. II, § 69, pág. 303).

17. Enquanto que os bens de uso comum e os de uso especial constituem, em regra, fonte de despesa, os bens patrimoniais são fonte de receita.

18. No caso da consulta, o bem arrendado não foi destinado ao uso público nem, como vimos, à realização de qualquer serviço público. Por destinação é êle um bem patrimonial.

Como salienta Lentini, *sono beni patrimoniali disponibili quelli che non sono destinati nè all'uso púbblico, nè all'esplitamento di uno speciale servizio pubblico.*

E continua:

Essi reppresentano per gli enti pubblici un'utilita indiretta in quanto danno a questi un utile economico analogo a quella che viene ai privati dal godimento del loro patrimonio. "Essi sono sogetti al diritto comune..." (Arturo Lentini, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, vol. I, pág. 142).

Idênticas são, como vimos, as lições de Bielsa (op. cit., pág. 285) é de Jacquignon (op. e loc. cits.). E, entre nós, Menegale, reformando ponto de vista anterior, conclui:

"Mais demorado exame da questão, entretanto, força-nos a concluir que os bens patrimoniais do Estado permanecem, antes, sujeitos, no geral, às regras do direito privado (J. Guimarães Menegale, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, 2.ª ed., vol. II, página 81).

19. Aliás, a própria legislação específica referente aos bens da União prevê, do modo *expresso*, *a locação* de seus bens patrimoniais.

Segundo dispõe o art. 64, § 1.º, do Decreto-lei n.º 9.760, de 5 de setembro de 1946 —

"A *locação* se fará quando houver conveniência em tornar o imóvel produtivo, conservando, porém, a União, sua plena propriedade, considerada arrendamento mediante condições especiais, quando objetivada a exploração de frutos ou prestação de serviços".

20. Baudry, Lacantinerie e Wahl aludindo expressamente aos mercados, afirmam que: *les tribunaux administratifs ne sont pas compétents sur les actions nées des baux communaux ou domaniaux et des droits de place dans les halles et marchés* (*Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, vol. II, *Du Contrat de Louage*, 2.ª ed., n.º 1.587, pág. 103).

21. Regulando-se, pois, o contrato de arrendamento objeto da consulta pelas normas do direito comum, e não pelas do direito administrativo, sôbre êle incide a legislação de emergência referente ao inquilinato. O contrato, quando vencido, ficará prorrogado por tempo indeterminado (Lei n.º 1.300, de 1950, art. 12), só podendo ser rescindido por qualquer dos fundamentos constantes do art. 15 da referida Lei.

22. Ainda que à espécie não se aplicasse a Lei do Inquilinato, mas a lei civil comum — vale dizer — o Código Civil, nem por isso poderia o locador recobrar a posse direta do imóvel, findo o arrendamento, através da ação de reintegração.

Para lançar fora o alugador a ação — adequada e *específica* é a de despejo. Não pode, em conseqüência, ser substituída por outra.

É o nosso parecer, S. M. J.

Rio de Janeiro, 13 de junho de 1957. — *Luís Antônio de Andrade*, Advogado no Distrito Federal.