

## A OCUPAÇÃO DE BEM DE USO COMUM

EDUARDO VIANA MOTA  
Procurador do Município de São Paulo

SUMÁRIO: — *Classificação dos bens públicos. Concessão e permissão de uso. Doutrina estrangeira. Conclusão.*

O Código Civil classifica os bens públicos em bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais. A matéria interessam os primeiros. Bens de uso comum do povo. As ruas e praças do município integram tais bens. São bens do uso comum do povo.

Na lição do eminente Otto Mayer (*in Derecho Administrativo Alemán*, ed. De Palma, Buenos Aires, 1951, tomo III, pág. 225):

“O direito de uso de todos não é resultado de um favor do Estado outorgado por este aos indivíduos, mas, pelo contrário, forma parte da *liberdade individual*.”

Mas o uso dos bens de uso comum do povo não se limita aos casos em que êle, o uso, constitua um direito publico subjetivo. Casos outros há, em que, modificando-se em favor de determinadas pessoas a destinação usual da coisa, é de mister a chamada *permissão de uso*. Tal uso excepcional que o indivíduo poderá fazer da coisa pública fundar-se-á em um ato de vontade do Estado, que através dêle o cria e outorga; tal uso somente existirá em virtude e por força do ato pelo qual o Estado se manifesta (Otto Mayer, op. cit., loc. ibid.).

O ato outorgatório, segundo sua formulação jurídica, poderá pertencer a duas categorias bem definidas. Poder-se-á outorgar ao indivíduo uma faculdade puramente de fato: a faculdade de utilizar-se da coisa pública, de uma maneira não compreendida no ordinário uso de todos, sem que o dono o embarace. Será a *permissão de uso*.

Mas também se poderá criar em favor do indivíduo, e por um ato administrativo, uma posse exclusiva e um poder juridicamente protegido, sobre parte da coisa pública. Ter-se-á, então, a *concessão de uso*.

Para Marcel Waline (*in Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Recueil Sirey Paris, 1952, 6e. éd. 526) as utilizações privativas das coisas de uso comum distinguem-se em duas grandes classes: autorizações em caráter contratual e autorizações contratuais ou concessões. O ato revelador das primeiras seria, assim, a *permissão*.

A distinção não é desconhecida de nossos tratadistas:

Assim, para Hely Lopes Meireles, em obra utilíssima, *concessão de uso* é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público cede a utilização de um bem de seu domínio patrimonial, a um particular, para que dêle se sirva de acôrdo com o fim a que está destinado, e no interesse público, mediante remuneração ou a título gratuito. O que caracteriza a concessão de uso, e a diferença de outras modalidades afins (concessão de serviço público, permissão de uso, locação) é o traspasse da utilização do

bem público para que o particular a exerça consoante a destinação originária do bem e no interesse da coletividade, embora não se exclua o seu intuito de lucro na exploração da atividade a que se vai entregar. Exemplos típicos dêsse ato encontramos na entrega de locais de mercados, feiras, e outras dependências municipais a particulares, para que nêles exerçam a atividade desejada pelo próprio Município, sempre no interesse público. Na concessão de uso, como, aliás, em todo contrato administrativo, predomina o interesse da administração sobre o do particular, e, por isso mesmo, é facultada a revogação sumária da concessão a qualquer tempo, desde que o Poder Público competente entenda conveniente aos superiores interesses da coletividade a cessação ou a modificação de tal situação. Nesse sentido já se firmou a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, em repetidos julgados, bem distinguindo a natureza pública dêsse instituto, que, embora assemelhado à locação do Direito Privado, com ela não se confunde, nem se sujeita aos princípios que a norteiam”.

“*Permissão de uso é a autorização que o Poder Público confere ao particular para utilizar-se, a título precário, remunerado ou gratuito, de um bem de seu domínio patrimonial, no interesse exclusivo ou predominante do próprio permissionário*” (*in Direito Municipal Brasileiro*, ed. “Revista dos Tribunais”, São Paulo, 1957, vol. I, págs. 99-100).

Não sem jaça a lição do ilustre juiz paulista. Com efeito, restringindo o âmbito da permissão de uso às aplicações sobre o domínio patrimonial, contrariou o eminente autor a doutrina dominante, e abraçada, sem discrepância, pelos grandes mestres.

“*El permiso de uso que no forma parte del uso de todos, encontrará su esfera de aplicación tanto para las cosas que están sometidas a este último como para las que no lo están.*”

*Las calles y las plazas públicas ofrecen ejemplos variados de esos permisos que exceden el uso de todos. Son, sobre todo, las empresas industriales las que reclaman los favores de esta clase: plazas de estacionamiento para coches, quioscos de diários, quioscos de bebidas gaseosas, puestos de carnicerías y otras mercaderías. Los leteros, vidrieras, buzones, sobresalen en la parte destinada al tránsito público. Las plazas públicas están ocupadas temporariamente por puestos de feria, tiendas de curiosidades, caesitas”* (Otto Mayer, op. cit., vol. ibid., pág. 226-7).

Magnífica, a explanação de J. Guimarães Menegale:

“*Permissão e concessão — O ato jurídico, pelo qual a administração visa a criar, em proveito de particulares, o direito de uso individual exclusivo da coisa pública, traduz-se em: Permissão ou Concessão.*”

O alcance da *permissão* é menos amplo. Começa que não se refere, em regra, a uma utilização permanente da coisa pública, mas a um direito de passagem ou estacionamento, que se consumirá com o próprio ato. Falta-lhe por isso a formalidade do ajuste escrito.

Sem receio de sutilizar, acrescentaremos que *permissão* se pode compreender, também, como o ato que dá ou autoriza a *concessão*, antes de reduzi-la a contrato. De fato a concessão para uso anormal ou excepcional funde-se num título especial, necessariamente não decorre do direito, que a todos assiste, de usar a coisa pública. Não basta o ato que a autoriza, porque a concessão coloca frente a frente a administração e o concessionário; se, de um lado, o concessionário tem necessidade do título em que a ocupação se funda, à administração é dado exigir que o concessionário se comprometa a conservar a coisa e dela tirar regularmente o efeito econômico do interesse de todos. Delineia-se a reciprocidade de obrigações, inclinada a estabelecer-se no ato contratual, que se segue ao de autorização. A concessão é, por conseguinte, um contrato sinalagmático” (*in Direito Administrativo e Ciência da Administração*, ed. Borsoi, 3.<sup>a</sup> ed., Rio, 1957, pág. 277).

Não outro o meu entendimento, em parecer, há três anos oferecido ao Prefeito de São Paulo, quando por êle consultado sôbre a legitimidade de contrato celebrado entre a Municipalidade e a Companhia Municipal de Abastecimento. Assim, a autorização para o estabelecimento, em vias públicas, de barracas ou edificações destinadas ao comércio de gêneros alimentícios e outros artigos, é uma *permissão especial de uso*. Excetua-se, na Capital, aquela referente às barracas da COMA, uma vez que, em havendo contrato entre aquela firma e a administração, configura-se uma verdadeira concessão.

Na lição de Otto Mayer, as regras da permissão de uso especial da coisa pública são as seguintes:

1. Cabe ao dono da coisa outorgar a permissão de uso. A outorga não é um ato de autoridade; não é um ato administrativo no sentido estrito da palavra. A permissão pode ser dada válidamente por um agente subalterno; não é necessário que intervenha sempre a autoridade encarregada da administração da coisa pública. A questão de saber se o poder de dar a autorização deverá estar mais ou menos reservado a essa autoridade interessa à organização especial de diferentes serviços e depende da natureza da permissão a dar-se.

Assim, se se trata de outorgar uma permissão accidental, que se distancia da finalidade da coisa, isso corresponderá, sem dúvida, exclusivamente à competência da autoridade diretora.

Pelo contrário, se se tratar de uma utilização que a coisa deve objetivar institucionalmente, e, por consequência, as permissões se darão com certa regularidade e em condições mais ou menos idênticas, assume preponderância o papel dos agentes subalternos.

2. Não sendo a permissão de uso mais do que uma das diversas maneiras de o proprietário se utilizar de seu imóvel, é ela, em princípio, matéria de *livre apreciação*; não livre apreciação de um favor, como existe e se pratica entre os particulares, mas livre apreciação do interesse público, que, por um lado, realiza seu fim sendo útil aos indivíduos, e, por outro, não deve ser comprometido por uma amplitude exagerada da liberdade que se concede.

3. O efeito da permissão, uma vez outorgada, não consiste na criação de um direito subjetivo sôbre a coisa pública em benefício do indivíduo que a obteve. Não se trata de um ato jurídico de direito civil pelo qual o dono da coisa dispõe de seu direito. Tampouco se trata de um ato administrativo, ato jurídico correspondente ao Direito Público. É apenas uma declaração de vontade do proprietário da coisa de querer servir-se dela em favor de um terceiro e de consentir certos modos de uso por parte dêste último.

Este terceiro obtém a possibilidade de atuar sôbre a coisa sem chocar com o direito de dono e sem menosprezá-lo. Sua liberdade legal — que se achava limitada com relação à coisa — recebe a faculdade de estender-se sôbre ela na medida da permissão e graças a esta. O verdadeiro alcance jurídico da permissão é o de uma *ampliação parcial da liberdade*; isto não é, em si, um direito, porém a permissão deve ser respeitada em seus limites e estar ao abrigo de todo ataque e de toda repressão.

Por conseguinte, o efeito da permissão, uma vez outorgada, é essencialmente *negativo*, conforme o caráter geral da liberdade: o fato que se permite não deve ser impedido.

Dêste modo, o fato permitido terá sua importância principal frente à polícia da coisa pública, a esfera de ação desta última se acha sensivelmente restringida por efeito da permissão. Enquanto subsistir ela não se poderão tomar medidas de polícia administrativa contra os fatos através dos quais se exerce o uso permitido, ainda quando tais fatos, por excederem o direito de uso de todos e representarem inconveniente para êsse mesmo uso, devessem, em princípio, ser objeto daquelas medidas.

4. A permissão de uso da coisa pública *não cria nenhum direito em favor da-* quele que a obteve. Não pode ser objeto de um ato de disposição; não se pode aliená-la; não figura na sucessão do permissionário.

A permissão é *revogável* por natureza, como consequência do fato de que não cria um direito subjetivo em favor do permissionário. É de mister ir mais adiante. Ao contrário da permissão de polícia, não se trata aqui de um ato jurídico que engendra uma relação jurídica determinada. A permissão de polícia torna-se irrevogável quando começa atuar; os interesses novos criados sobre a base de uma relação jurídica gozam das garantias gerais e excluem todo ataque que não tenha uma nova legitimação por um fundamento legal. Tal princípio não tem cabida frente à permissão de uso especial, que não cria relação jurídica do dono da coisa. Este último pode mudar sempre de opinião quanto ao emprêgo que fêz da coisa pública ao outorgar a permissão, não obstante tôdas as disposições tomadas pelo permissionário para dela se beneficiar e tôdas as instalações — embora muito dispendiosas e valiosas — mediante as quais acreditou poder fixar-se sobre a coisa pública. A revogação efetua-se, ainda, sem nenhum direito a indenização para o interessado: a revogabilidade é a condição natural e inerente à sua situação sobre a coisa pública; tinha êle de contar com ela e levá-la em consideração (ver Otto Mayer, op. cit., vol. *ibid.*, págs. 230 a 240).

Tais permissões fazem nascer para o Estado o direito à obtenção de uma receita.

Para Hauriou, "*Les permissions d'occupations temporaires accordées moyennants des redevances qui, très logiquement, ont le caractère juridique de loyers*" (Maurice Hauriou, in *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Rec. Sirey, Paris, 1919, pág. 790).

Se inadmissível à espécie a nomenclatura privatística, uma coisa, todavia, é de tirar-se da lição de Hauriou: o caráter de *não coercitividade* da receita obtida com a outorga da permissão.

Todos os autores ressaltam o caráter eventualmente oneroso ou gravoso da permissão de uso especial.

*"Como equivalente de las ventajas particulares que procura, el permiso de "uso podrá dar origen a obligaciones de pagar "tasas". La imposición de esas tasas podrá realizarse mediante una regia de derecho establecida en forma de una ley, de una ordenanza, de un estatuto. Pero a diferencia del uso de todos, esta via no es la única posible; en realidad se la sigue muy excepcionalmente: En efecto, el permiso mismo ofrece al ducho de la cosa pública la ocasión y la facultad de asegurarse esas tasas de otra manera.*

*Aquel que deve outorgar algo puede poner condiciones; por lo tanto, se impedirá al que solicita el permiso la condición de someterse a la tasa. En virtud de esta sumisión, podrá gravarse, mediante un acto administrativo, con una obligación formal de pagar una suma.*

*Esta se hará por medio de un acto administrativo individual cuando se trate de otorgar una utilidad accidental y, en consecuencia, de fijar la tasa para un caso aislado. Supongamos, por ejemplo, que se trata de establecer quioscos o puestos de feria en la plaza pública. Se seguirán ciertos principios para calcular las tasas, pero si las circunstancias son diferentes, el interesado y la autoridad discutirán el monto en cada oportunidad. La manera de proceder se asemeja mucho a la que se sigue para establecer los precios de ciertas concesiones. Sólo que la concesión íntegra tiene necesariamente la forma de un acto administrativo; la fijación de la tasa es sólo una parte de ese acto. Aquí, el permiso, por si mismo, no presenta ese carácter; el acto administrativo que impone la tasa no es más que un apéndice que podrá cumplirse separadamente.*

.....

Por último, no hay que olvidar otra posibilidad que existe y que algunas veces parece ofrecer el procedimiento más simples para hacer pagar al permisionario un equivalente adecuado, sin ninguna formalidad jurídica, sin acto administrativo ni convención civil: consiste en otorgar el permiso contra pago inmediato, negarlo si la suma que se reclama no se paga de antemano y revocarlo cuando el permisionario deja de hacer los pagos regularmente" (Otto Mayer, op. cit., vol. ibid., pág. 241/2).

André de Laubadère tem, a propósito, lição tão cristalina, que é impossível resistir à tentação de transcrevê-la.

Depois de fazer as distinções entre uso comum e ocupações privativas, entre o uso normal e o uso anormal, ensina o eminente professor da Faculdade de Direito de Paris:

*"La distinction des usages normaux et anormaux comporte des conséquences logiques en ce qui concerne les "pouvoirs" de l'administration. En présence d'un usage normal les compétences de l'administration seront fatalement des "compétences liées", les agents publics devant réaliser l'affectation et par suite respecter ce qui lui est conforme. Au contraire l'usage anormal serat le domaine logique de "pouvoirs discrétionnaire"; en outre l'affectation n'étant pas en cause, le "droit de propriété" de l'administration pourra se manifester sous sa forme la plus voisine de la propriété ordinaire, l'usage anormal serat le cadre le plus favorable à l'idée d'exploitation patrimoniale par l'administration.*

*La distinction des utilisations communes et des occupations privatives met en cause d'autres principes: s'il est logique que l'usage commun soit "libre" et "gratuit" il est naturel que l'occupation privative, conjerant au bénéficiaire un avantage particulier, soit toujours soumise à une "autorisation" préalable et au paiement d'une redevance. Mais ces principes de l'occupation privative doivent, on le conçoit, obéir eux-mêmes à des règles différentes selon que l'occupation privative est "normale" ou "anormale"; car elle peut être de l'un ou l'autre type selon le caractère de la dépendance domaniale sur laquelle elle porte; c'est dire que le régime des utilisations domaniais varie non seulement "d'après la nature de celles-ci" mais aussi, d'après la nature des dépendances intéressées" (Traité Élémentaire de Droit Administratif. Lib. Gén. de Droit et Jur., Paris, 1953, pág. 775).*

Mas não é so.

A própria noção de dominialidade vem sofrendo uma grande transformação no sentido de se fazer do domínio uma fonte de renda para o Estado. Tal transformação é realçada por Laubadère: o domínio público é uma riqueza, de que cumpre retirar o proveito máximo.

*"Du fait de son caractère d'occupation anormale la permission de voirie a toujours été considérée comme essentiellement "précaire et révocable" et soumise au "pouvoir discrétionnaire" de l'administration soit pour en refuser l'octroi pour la retirer. Ces règles ont quelquefois été présentées comme des conséquences de l'inaliénabilité du domaine public. Une telle vue est inexacte, l'occupation n'étant ni une aliénation ni un démembrement de la propriété — et inutile, le caractère anormal de l'occupation suffisant à expliquer la précarité. Mais l'interprétation de ce "principe de précarité" a, elle aussi, évoluée.*

*A l'origine la précarité avait en effet un sens étroit et une portée limitée: elle n'existait que "dans l'intérêt de la voirie; l'administration ne pouvait en conséquence refuser ou retirer la permission que dans un but de de police ou dt viabilité, son pouvoir discrétionnaire consistant seulement dans la libre appréciation des exigences de la voirie (C. E., 14 janv. 1910, Meurdrac, 26).*

*Depuis lors la jurisprudence a progressivement admis des motifs de plus en plus larges de refus ou de retrait. Sa formule actuelle est que le refus ou le retrait sont légitimés non seulement par la consideration des "intérêts proprement dits du domai-*

ne" mais aussi de "la sauvegarde d'autres intérêts de caractère général" (C. E. 5 nov. 1937, Soc, industrielle des schistes, 897). Cette jurisprudence fait apparaitre le domaine public sous l'aspect d'une "richesse", d'un "bien dont l'administration doit assurer, dans l'intérêt collectif, la meilleure exploitation" (concl. Chenot sous l'arrêt du 5 mai 1944, précité) (in op. cit., pág. 785).

Os arestos do Conselho de Estado e as razões do eminente Procurador Chenot, adotadas por aquêl tribunal administrativo, podem ser vistos em magnífica compilação, sob o título *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, Sirey Paris, 1958.

É de mister, pois, fazer frutificar para a administração o domínio de uso comum anormalmente utilizado. Retribuam os beneficiados com o favor da administração pela exceção que se lhes concede. Exceção que lhes significa um grande interesse econômico. Retribuam pecuniariamente. Mas ao Estado. Não aos eventuais detentores do poder, como dão notícia os jornais e os inquéritos policiais. Os bens de uso comum do povo devem frutificar para o povo. Para o Erário.

Firmando este comezinho princípio de moralidade, e concebido o domínio como uma riqueza a ser explorada de forma a garantir o máximo rendimento, andarà acertadamente a administração municipal tarifando a utilização anormal, com o que estará abraçando a doutrina nova e a moderna concepção jurídica da matéria.

Poder-se-ia, então, pretender ser aplicável à hipótese a Lei municipal n.º 4.074, de 28 de junho de 1951, que torna obrigatória a concorrência pública para toda aquisição, venda, cessão e locação feitas pela Prefeitura de São Paulo.

De se responder que a permissão não configura uma cessão, e não é compatível com a concorrência, por isso mesmo que ela, segundo o ensinamento de Otto Mayer, não faz surgir para o permissionário um direito subjetivo, direito subjetivo esse que é da essência do instituto da concorrência.

Resta saber se a receita a ser obtida com a permissão de uso anormal configura um preço ou uma taxa. Isto é, se a sua decretação é da competência do órgão executivo ou do legislativo.

Na lição de Hauriou, já transcrita, tal receita tem a natureza de uma renda igual à que se obtém com locação. Ora, de acordo com a mais moderna escola, é de negar-se qualquer caráter de locação à espécie, e de recusar-se a lição de Hauriou. De abraçar-se a de Laubadère: trata-se de uma tarifa fiscal. A expressão fiscal não é sinônima de tributária. É mais ampla.

De acolher-se, outrossim, a lição de Laubadère nisso que a receita deve resultar de tarifa pré-estabelecida, e que, em igualdade de condições, deve recair em igual pessoa (Laubadère, op. cit., pág. 786).

Que não é taxa resulta do próprio fato de não se destinar a receita ao custeio de nenhum serviço, sobre não ter caráter de coercitividade, e representar uma mera frutificação do domínio.

Eis aí uma nova fonte de renda para os dessangrados cofres municipais, que tanto se queixam da discriminação constitucional das rendas. Razão bastante cabe ao insigne Allomar Baleeiro: não é na reforma constitucional que se encontrará o remédio para a pobreza dos Erários estaduais e municipais, mas na descoberta de novas fontes de receita já constitucionalmente integradas no âmbito de ação dos Estados e Municípios.