DA UTILIZAÇÃO PRIVADA DOS BENS PÚBLICOS DE USO COMUM

A. B. COTRIM NETO

Professor na Faculdade de Direito do Rio de Janeiro

SUMÁRIO: *A transformação do Estado e o regime de seus bens. Classificação dos bens do Estado contemporâneo, e seu regime jurídico. Construção de Marcello Caetano sôbre as formas de uso privado de bens públicos de uso comum. Formas de uso privado dos bens públicos de uso comum e suas características jurídicas. Natureza jurídica da permissão de uso privado. Uso privado decorrente de contrato* sui generis. *Uso privado como corolário de* concessão do serviço público. *A regra da onerosidade no uso privado. O uso privado sob o poder de polícia.*

1. A ampliação do volume dos bens públicos, pelo Estado contemporâneo, haveria de ter necessárias implicações no plano jurídico. É certo que o tema já apresentava campos para debates, desde o ancião direito romano: a divisão de competência, entre o Imperador e o Senado, repercutia até no concernente à fixação de tributos, quando se tratasse das terras estrangeiras administradas pelo primeiro, ou pelo segundo. Ademais, ainda no século XVIII, ao se iniciar a construção do Estado de Direito, cuidou-se, através da *Fiskustheorie* — engendrada na Alemanha —, de distinguir os bens do Estado dos bens do Monarca, ainda absoluto e no gôzo de imunidades regalengas, e a matéria voltou a ser freqüentada pelos juristas.

A densidade dos encargos de serviço público lançados sôbre o Estado contemporâneo implica, de modo óbvio, no avultamento dos bens de que êle é titular, em nome da sociedade a que organiza. E isso teria, por outro lado, que reabrir as controvérsias de ontem, visto como, se desapareceu o Soberano individual com imunidades regalengas, e com seus bens particulares às vêzes confundidos com os bens colocados à disposição do povo, cresceu o Estado, também revestido de regalismo, e dispondo de bens com características de patrimonialidade, ao lado de outros destinados ao uso comum do povo.

Todavia, a diferençar o sentido dos problemas jurídicos de hoje, o Estado de Direito já se implantou, e a idéia da imunidade do Soberano tornou-se perempta.

2. Embora a matéria seja passível de certas discrepâncias, os bens do Estado (ou *públicos,* como os denomina o nosso Código Civil) podem ser classificados em duas categorias: a) *os bens públicos no sentido estrito,* incluindo — segundo nosso direito legislado — os de uso comum do povo (mares, rios, estradas, ruas e praças) e os do uso especial, afetados que se acham a um serviço de administração direta (edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento público); *os bens patrimoniais — dominicais,* pela nomenclatura brasileira, — que "constituem o patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades".

A distinção que fazemos, e se encontra no artigo 66 de nosso Código Civil, não é, convenhamos, inteiramente partilhada por todos os administrativistas de hoje. Certo é que ela tem o abono de Laubadère, quando distingue o *"domaine public"* e o *"domaine privé",* mas êsse mesmo autor acrescenta que o valor da distinção tem sido pôsto em dúvida (no seu *Traité Élémentaire de Droit Administratif,* 3ª ed., vol. II, págs. 113/114); e aponta a teoria da *"échelle de la domanialité",* de Duguit, como a tríplice divisão de Duverger (1º, o *"domaine"* afetado ao uso público; 2.º, o afetado aos serviços públicos; 3.º, afinal, o *"domaine"* privado do Estado). A observação do catedrático parisiense citado é reiterada por dois autores modernissimos, Jean-Marie e Robert Ducos-Ader, professôres da Faculdade de Direito de Bordeaux (*Droit Administratif,* Dalloz, 1967, pág. 274), os quais, nessa obra de parceria, se manifestam pela dicotomia apontada em Laubadère (ob. cit., pág. 201).

Outros renomados administrativistas, diremos mesmo, a maioria dêles propende para a dicotomia, embora nem sempre nos têrmos que apresentamos. Assim é que Federico Cammeo distingue o *"demanio necessario"* ("aquêle destinado ao uso público pela natureza das coisas: margens do mar, rios, etc.") do *"demanio accidentale"* ("aquêle cuja destinação ao uso público precede da vontade da administração pública: vias públicas, mercados, fortalezas, etc.") (*in Corso di Diritto Amministrativo,* Padua, 1960, págs. 461): e o notável mestre platino, recentemente desaparecido, Rafael Bielsa, também classificando numa situação binômia os bens em causa, nomeia aos dois tipos, respectivamente, como *"públicos,* sôbre os quais o Estado tem um superior poder de polícia e não direito de propriedade", e *"patrimoniais,* sôbre os quais o Estado exerce um verdadeiro direito de propriedade, diferenciado segundo a classe de bens e o serviço público a que sejam afetados (*Princípios de Direcho Administrativo,* 3ª ed., 1966, pág. 783).

Não obstante, de qualquer modo que se encare o problema, é indiscutível e universalmente reconhecido que nem todo bem do Estado — "bem público" pelo nosso direito, *"domaine"* ou *"demanio"* da nomenclatura francesa e italiana, respectivamente, ou *"Staatsgut"* ou *"öffentliche Sache"* da germânica, — recebe o mesmo tratamento jurídico: se é possível questionar elementos de patrimonialidade nos bens *públicos em sentido estrito,* aquêles *"usus publicus destinatae, res quae in publico usu habentur",* bens que têm a feição das *"res sanctae"* do romanismo, e que, por isso são *"res extra commercium",* o mesmo não será possível no concernente aos *bens dominicais.*

Com efeito, os últimos apresentam peculiaridades de regime que fecundam a doutrina há mais de um século, segundo Auby e Ducos-Ader (ob. cit., pág. 373),

e que Fritz Fleiner já identificara no prisco direito romano (*Institutionen des Deutschen Verwaltungsrecht,* 6ª/7ª ed., 1922, pág. 331). A natureza dos bens que não se encontram afetados, pelo Estado, ao uso comum do povo, — os bens do "domínio privado" de entidade pública de administração direta ou de administração descentralizada, — são dependentes de um regime bem aproximado daquele que rege a patrimonialidade privada.

A doutrina antiproprietarista, construída para a França (v. Auby et Ader, ob. cit., págs. 275/6) por Proudhon, no século XIX, e retomada posteriormente por Ducroq e Berthélémy, pretendia que os bens públicos não teriam os três atributos tradicionais da propriedade, o *usus,* o *fructus* e o *abusus.* Os citados Auby et Ader indicam ter sido, êsse entendimento, produto de reação contra as concepções do Antigo-Regime, consagradores da "propriedade da coroa"; na Alemanha, pela informação de Fleiner, essa doutrina foi difundida por Otto Mayer, quando introduziu em seu país a distinção — igualmente tomada da escola gaulesa — ente a *"öffentliche Eigentum"* (propriedade pública) e a *"Eigentum der öffentlichen Hand"* (propriedade de mão pública) (cfr. Fleiner, ob. e págs. cits., e, ainda, Hans J. Wolff, *Verwaltungsrecht,* 6ª ed., 1965, vol. I, pág. 341).

Mas o avultamento dos serviços que o Estado contemporâneo passou a desempenhar, e o corolário desenvolvimento dos chamados "processos privados" no desempenho de muitos dêles, deu relêvo e densidade quantitativa a certos bens públicos que se devem submeter — pelos últimos decênios, — à regra da disponibilidade, do *"abusus",* portanto.

Saliente-se, contudo, que os bens públicos de uso comum do povo permanecem regidos pelo princípio da indisponibilidade, sendo possível admitir-se, em relação a êles, a anciã imunidade regalenga e a característica de coisa não-patrimonial. — Essas imunidade e característica são, precisamente, o que geram controvérsias, quando se há de apreciar natureza e efeitos jurídicos da utilização privada, privativa, ou individual, dos bens públicos de uso comum.

3. Existem várias modalidades de utilização privada dos bens de uso comum. Embora não aceitando o conceito de "coisa pública", de Marcello Caetano, — êsse autor, partindo da repulsa à idéia da dupla personalidade do Estado (uma, o Fisco; outra, o Soberano), repele a distinção entre *domínio público* e *domínio privado* do Estado, considerando-os de espécie única, e todos comerciáveis, — temos por engenhosa a classificação que êle faz das várias modalidades de utilização privada, destarte: a) *aproveitamento direto;* b) *aproveitamento para instalação de serviço;* e, c) *exploração.*

Situa na primeira classe as "concessões" (a tôdas essas formas de utilização privada chama "concessões") de águas públicas para rega, fins industriais, etc.; de terrenos em cemitérios, para sepulturas perpétuas; de terrenos em portos, para armazéns e outros usos; e assim por diante. Na segunda classe, o jurista luso situa os casos de utilização privativa em corolário de concessão de serviço público, quando, por suas palavras, "o concessionário só pretende os bens como condição material da montagem de um serviço público". Como concessões de exploração, na terceira classe, distinguindo-as das outras duas, "que são meras

licenças e só impròpriamente se designam por concessões", aponta a exploração ou gestão dos bens do Estado por alguém que toma o lugar da pessoa de direito público titular do domínio (cfr. *Manual de Direito Administrativo*, 7ª ed., 1965, págs. 203/205 e 608/612).

É engenhosa a classificação de Marcello Caetano pela circunstância de permitir enquadramento daquelas utilizações geralmente deslembradas de outros administrativistas, e existentes no direito público do Brasil, constituindo objeto de concessões de exploração a terceiros, como as de "jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica" (Constituição federal, art. 161).

No entanto, as utilizações privativas mais ordinárias, como aquelas das estradas, ruas e praças, essas ficaram insuficientemente pensadas na obra do eminente professor de Lisboa, razão de não vermos interêsse em seguir sua construção doutrinária.

4. A semelhantes utilizações privadas de seu *"domaine public"*, os franceses dão um nome intraduzível no vernáculo, *"permission de voirie"*, cujos contornos são, para Laubadère, os de "um ato administrativo unilateral que autoriza em particular a ocupar, privativamente e anormalmente, uma porção do domínio afetado ao uso público" (ob. e vol. cits., pág. 181).

Êsses autores franceses, todavia, distinguem entre a *"permission de voirie"* no sentido estrito, e o *"permis de stationnement"*: a primeira comporta uma ocupação com certa fixação ao solo ou subsolo (*"avec emprise"*), como obras de infra-estrutura, canalizações, etc. (exemplos dos mesmos: aparelho de distribuição de gasolina, com tanque subterrâneo; quiosque de jornal com placa de cimento instalada sôbre o passeio; trilhos de bonde); quanto à *permissão de estacionamento*, que dá oportunidade a simples exposições de produtos, ou à colocação de cadeiras e mesas de café ou construções ligeiras, sôbre o solo e desprovidas de fundações, esta não se confunde com a primeira, e, conquanto ambas sejam permissões *precárias*, a segunda tem ainda menores resguardos jurídicos (cfr. Auby et Ader, ob. cit., págs. 331/2; Waline, *Droit Administratif*, 8ª ed. Sirey, págs. 877/9) — Essa nos parece a orientação mais adequada ao nosso sistema jurídico.

Precisamente em virtude das características específicas, com reflexos jurídicos particulares, dum e doutro tipos de uso privado do bem público de uso comum, é que o professor Hans Wolff os distingue como *"Schlichte Sondernutzungen"* (que se pode traduzir como "utilizações privadas simples") e *"Besondere Sondernutzungen"* ("utilizações privadas especiais"): as utilizações privadas simples correspondem, aproximadamente, à permissão de estacionamento dos franceses, objeto de outorga *precária*, revogável a qualquer tempo sem necessidade do processo ou de aviso prévio (v. Auby et Ader, pág. 341); no pertinente às utilizações privadas especiais, estas se identificarão com a permissão de *"voirie"*, e, se pelo geral têm o mesmo regime da precedente, implicam nalguns direitos subjetivos públicos, embora sejam sempre inoponíveis à Administração, e, por isso, são *precárias, revogáveis* e *submetidas ao poder discricionário* da mesma, na outorga como na recusa (Wolff, ob. cit., pág. 361: para a doutrina francesa, idêntica, ver Auby et Ader, ob. cit., págs. 345 e 361; Laubadère, ob. e vol. cits., págs. 182 e 184; Waline, ob. cit., págs. 877 e 880. Ver, ainda, Bielsa, ob. cit., pág. 800).

A idéia de que em certos dêsses usos privados residirá um direito especial, fêz surgir a tese dos *direitos reais administrativos,* engendrada por Hauriou, e seguida por vários de seus discípulos, como Rigaud e Mestre: êsses juristas apontaram direitos reais dessa ordem, particularmente no "direito exclusivo de gôzo" do concessionário de caminho de ferro, na concessão de sepultura, nas vantagens dos ribeirinhos de canais ou de vias públicas, porque, em tais casos, a fruição do bem de uso público é mais intensa do que a dos usuários anônimos.

A característica dêsses "direitos reais" assentaria no fato de que, embora fôsse êle "precário *vis-à-vis* da Administração seria oponível a terceiros, nas mesmas condições do direito real de direito privado" (Auby et Ader, pág. 346: Laubadère, ob. e log. cits., pág. 190). — Registre-se que êsses autores franceses de nossa citação, repelindo a idéia de Hauriou, proclamam seu descrédito ante a doutrina moderna.

5. A permissão para o uso privado de bens públicos afetados ao uso comum é um ato administrativo unilateral, que autoriza indivíduo ou emprêsa a ocupar porção do mesmo bem; é de salientar-se, porém, que tal permissão só poderá ser dada enquanto o desfrute privativo seja compatível e não perturbador do uso por todos. Uma vez que essa permissão autoriza condições de uso discrepantes do uso ordinário, costuma-se chamar de *anormal* ao mesmo uso.

Entretanto, não devem ser confundidas as utilizações estribadas em ato jurídico unilateral da Administração com as resultantes de contratos privados, entre essa e o ocupante: aqui, òbviamente, as responsabilidades da Administração passam a ser de outra ordem, e os direitos dos ocupantes terão as garantias de estabilidade naturais dos atos bilaterais.

6. O professor Waline, na sua principal obra sôbre o Direito Administrativo, estuda uma terceira espécie de uso privado de *"domaine public",* que decorrerá de contrato *sui generis* entre a administração e o usuário. Em longa enumeração, êsse catedrático de Paris aponta alguns exemplos de outorgas contratuais, assim: concessão de abatedouro de gado; concessão de domínio público marítimo para estabelecimentos de pesca, para instalação de cabinas de banhos ou para instalação de aparelhagens privadas nos portos; cafeterias nas estações de estradas de ferro, rodoviárias, ou nos aeroportos. No quadro dessas outorgas contratadas, Waline refere, como negócio bilateral ainda mais peculiar. as concessões de áreas privativas nos mercados públicos (v. ob. cit., págs. 881/3).

Tais contratos para uso anormal de bem público de uso comum não revestem, porém, a forma, nem se apresentam no mesmo regime das concessões de serviço público. Destas últimas se distinguem sobretudo porque seu regime jurídico ainda tem um fundo da precariedade, embora o usuário possa exercer direitos contra a administração e, até, exigir indenização contra ela (cfr. Waline, ob. cit., pág. 181, *in fine,* e segs.).

7. Pode verificar-se, também, que um indivíduo ou emprêsa seja autorizado a uso anormal de bens da natureza em referência, pela via de outro tipo de contrato: é na ocorrência de uso corolário de uma concessão de serviço público,

no caso, por exemplo, de concessões telefônicas, ferroviárias, de distribuição de gás, etc., quando o concessionário terá o indispensável direito de colocar sôbre, ou sob, as vias públicas seus fios, seus trilhos ou suas canalizações. Naturalmente, em semelhantes circunstâncias, o uso do bem público não será precário e os direitos do concessionário são bem mais sólidos e, sempre, oponíveis à administração.

8. Matéria que apresente interêsse teórico e prático, no plano do assunto apreciado, é a legitimidade da imposição de ônus à utilização privada do bem público, e a fixação da natureza jurídica dêsses ônus. Em princípio, domina a regra da gratuidade de utilização do "bem público de uso comum" (Auby et Ader, pág. 330; Laubadère, pág. 181; Cammeo, pág. 457; Themístocles Cavalcanti, *in Curso de Direito Administrativo,* 8ª ed., 1967, pág. 448); mas, em se tratando de uso anormal, a regra precedente cede à oposta, da imponibilidade de um julgamento, o qual não será *imposto,* e sim *taxa* ou *contribuição especial* (Bielsa, ob. cit., pág. 800; Themístocles Cavalcanti, ob. cit., pág. 449). Aliás, Auby et Ader (ob. cit., págs. 336/7), bem como Waline (ob. cit., pág. 879), que têm o mesmo entendimento de Bielsa, repelem expressamente a idéia da identificação da imposição em referência com o preço de uma locação, como em certa época se pensou: por isso é que o valor do pagamento há de ser uniforme, pela sua feição tributária, e em obediência ao preceito da igualdade de todos ante o poder tributante.

Em qualquer caso, todavia, a razão doutrinária apontada para a discrepância da regra da gratuidade, na onerosidade do uso privado, assenta no fato de que o beneficiário do uso anormal deve compensar a comunidade pela desigualdade do desfrute do seu bem.

Deve-se esclarecer, porém, que *nem sempre* o ônus atribuído ao uso privado corresponderá a uma taxa, uniforme para todos os casos: Waline exprime, embora o fazendo de modo vago, que na outorga contratual de uso de áreas em mercado público o preço exigido do concessionário tem natureza de preço de locação, embora subordinado a regime de direito público (ob. cit., pág. 883): não obstante, tese contrária, sustentando a possibilidade da locação em regime privado, foi admitida pela Casação italiana, apesar do ponto de vista de Cammeo (ver obra cit., dêste autor, pág. 458 e nota *b,* de rodapé).

9. O regime dos bens públicos de uso comum depende do direito público, embora a matéria que com êles se relaciona esteja freqüentemente tratada nos códigos civis: isso se explica em virtude de conservarem, êsses diplomas, a clássica filiação com o estatuto do individualismo jurídico, que o foi o Código Napoleão.[1] A autoridade administrativa compete garantir o exercício dos direitos

1. O nôvo Código Civil português, promulgado em 25 de novembro de 1966, já se afasta dessa tradição: êle exclui de seu âmbito a definição e o regime dos bens de domínio público, e o faz deliberadamente. Ao revés dêste último diploma, o anterior — o de 1867 — definia "as coisas públicas", fazendo-o no seu artigo 380: mas, conforme escreveu Marcello Caetano, tal Código "não traça uma teoria do domínio público, limita-se a fazer a classificação das coisas dentro dos quadros do Direito Privado; as coisas públicas a que se refere estão longe de ser tôdas as atualmente sujeitas ao regime de propriedade pública" cfr. *Manual* cit., pág. 191); por demais, ainda se há de observar, a propósito da apresentação da matéria, com as palavras do citado professor lisboeta, "não se pode ficar prêso às disposições do Código, muito

que os membros da comunidade têm no uso de tais bens, o que faz através do Poder de Polícia.

Nessas condições, para que se conserve o *optimum*, no estado e no desfrutamento dêsses bens, a autoridade titular do Poder de Polícia — conforme o caso, seja federal, estadual ou municipal, — é a competente para edição de preceitos que o tornem efetivo, inclusive e sobretudo os *regulamentos*.

Desde que, e a lição é de Bielsa, as utilizações individuais do domínio público se limitam a um direito de uso *"salva rerum superficie"*, incompatível com o exercício de atos de apropriação ou de modificação da situação do bem em causa, as normas e as ações de Polícia (assim as outorgas precárias e a discrição na regulamentação) são bastantes para desempenho das manifestações do Estado. São bastantes e são realmente idôneas.

---

distanciadas do nosso tempo e anteriores à elaboração científica do Direito Administrativo" (*ib.*, pág. 189).

Conquanto nosso Código Civil seja apenas meio-centenário, enquanto o português revogado era centenário, pode-se dizer do estatuto nacional o mesmo que Marcello Caetano daquele de seu país, na crítica apresentada.

Quanto ao nôvo Código Civil de Portugal, tudo o que nêle se contém sôbre as "coisas públicas" está em seu artigo 202 — n.º 2, assim: "Consideram-se, porém, fora do comércio tôdas as coisas que não podem ser objeto de direitos privados, tais como as que se encontram no domínio público e as que são, por sua natureza, insuceptíveis de apropriação individual".

— Disso resulta, òbviamente, uma vinculação ao que a escola francesa vem desenvolvendo há muito: os bens públicos de uso comum são *"extra commercium"*, de natureza não patrimonial, e inapropriáveis; serão, pelo contrário, bens de natureza privada e comerciáveis os integrados no ativo de entidades outras que não o próprio Estado, ainda que sejam pessoas jurídicas de direito público.

A doutrina do Código não acolheu, nessas condições, o entendimento de Marcello Caetano, ao qual — embora resumidamente — mencionamos no artigo 3.