# ALGUNS ASPECTOS DA PERMISSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO

SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA*

*I — Introdução — II — Os atributos da permissão como ato jurídico — III — As variadas naturezas das diferentes espécies de uso de bens públicos: o uso na permissão*

## I — *Introdução*

No estudo das várias formas de *utilização das coisas públicas — permissão, cessão, concessão, locação* —, a tônica tem sido sempre dada ao sentido desses termos, com olvido de que a cada uma dessas categorias jurídicas corresponde uma espécie própria de uso do bem.

O presente trabalho busca dar realce equivalente a ambos os elementos caracterizadores, no caso da *permissão de uso*.

## II — *Os atributos da permissão como ato jurídico*

1. Um primeiro aspecto é o da *discricionariedade* na *apreciação dos motivos*, dos *antecedentes* da prática do ato *permissivo*; discrição, inclusive, quanto à deliberação de outorgar, ou não, a *permissão*.

2. Característica igualmente ínsita ao gênero é a da *revogabilidade* dos atos em tela.

2.1. Por considerações de *mérito* (conveniência, oportunidade, eficiência, economicidade, melhoria técnica), no procedimento de *revisão do ato administrativo*, a Administração pode operar o desfazimento do ato, através da produção de um efeito jurídico que corresponde à *revogação*. A *revogação* é, como consabido, o desfazimento do ato administrativo em razão de seu *mérito*, de seu *merecimento*.

* Professor Titular de Direito Administrativo e Advogado no Rio de Janeiro. Desembargador Federal aposentado. Ex-membro do Ministério Público Estadual. Da Academia Brasileira de Letras Jurídicas e do Instituto dos Advogados Brasileiros.

2.1.1. A origem etimológica do vocábulo *revogar* traduz bem o exato sentido do fenômeno jurídico que ele rotula. *Revogar* significa *retirar a voz* (em latim, *vox*). Na *revogação*, aquele que *revoga retira a voz*, a expressão da vontade, do substrato fático do ato, implodindo a *manifestação, a declaração de vontade* que o compunha. Desfeito o substrato, desfaz-se o próprio ato que era produto da entrada desse substrato no mundo jurídico.

2.1.2. Diz-se que um ato jurídico é *revogável*, quando a lei permite a seu autor, ou outrem, ir até o mundo fático e de lá retirar a anterior expressão de vontade.

No *Direito Privado*, há casos de *revogação*, como o da *doação, por ingratidão do donatário*, o do *mandato*, o da *promessa de recompensa*.

No *Direito Público*, o instituto assume importância fundamental, chegando mesmo a se afirmar, como princípio geral, o da *revogabilidade* das leis e o dos *atos administrativos*.

2.1.3. A *revogação* é sempre *unilateral*, e o *poder de revogar* é necessário à Administração Pública, para que ela possa permanentemente adequar suas soluções, sua atuação, aos interesses públicos e sociais, em constante transformação, eis que, quando *revoga*, a Administração Pública está simplesmente *administrando*.

2.1.4. À *revogação* corresponde um efeito jurídico que redunda, como acabamos de ver, na retirada do ato do mundo jurídico.

Esse efeito pode ser obtido de vários modos.

Em primeiro lugar, *expressamente*, através de um novo ato que declara que revoga, ou, como se diz comumente, que "torna sem efeito" o ato revogado. O efeito revocatório pode ser obtido, todavia, *tácita* ou *implicitamente*, mediante a prática do ato posterior incompatível com o anterior.

2.1.5. A *revogação* é produto do exercício de um *poder jurídico originário*, tal como o foi a prática do ato revogado. É o que ocorre, p. ex., quando a Administração concede determinada autorização de ocupação de calçada com mesas e cadeiras de bar, e a revoga.

A *revogação* é sempre, deste modo, manifestação da chamada *Administração Ativa*. Quando esta *revoga*, expressa ou tacitamente, ela está, simplesmente, como salientado, *administrando*.

2.2. A *revogação* pode ser inteiramente *livre*, como no caso, exatamente, dos atos a *título precário* (*art. 35* da *Lei Complementar RJ nº 08, de 25.10.77*, que dispõe sobre o regime jurídico dos bens imóveis do Estado do Rio de Janeiro); ou pode ser *dependente* de algum fato, como no caso da revogação por ingratidão do donatário.

2.3. Só à própria Administração cabe *revogar* atos administrativos, eis que ao Judiciário só compete apreciar o aspecto de *legalidade* dos mesmos (verbete nº 473 da Súmula STF).

2.4. Ao lado da revogabilidade *simples* ou *gratuita*, existe a *revogabilidade com indenização*, desde que a lei assim o estabeleça.

Na *permissão*, a lei, ao contrário, prescreve, como regra, a *não-indenizibilidade* (*art. 35, § 3º*, da citada *Lei Complementar RJ nº 08/77*).

3. Atributo da *posição jurídica*, resultante da prática do ato de *permissão*, é a sua *precariedade*.

3.1. Distinguindo-se do "*status*", da *qualidade jurídica, permanente*, que têm exemplos no estado civil, na nacionalidade; a *posição jurídica*, por si só, já é "acidental, exterior e temporal".

Por isso, o *permissionário* se encontra em *posição jurídica*. E, mais ainda, em posição *jurídica precária*.

3.2. A *precariedade* traduz, de um lado, a idéia da *revogabilidade livre* e *gratuita*.

É que a *precariedade* envolve, como é proclamado, a *instabilidade*, a possibilidade do *desfazimento, ad libitum, da posição jurídica*.

3.3. Mas a *precariedade* tem seu sentido específico, eis que nem tudo que é *revogável* é *precário*, como é o caso, já citado, da *doação* (Código Civil, arts. 1.181 a 1.187).

O *fundamento* (o *título*, a *causa*) da *posição jurídica precária* é um *ato* ou um *fato* que não tem por *objeto* a *investidura efetiva* e *plena* numa *situação jurídica*, mas, tão-somente, a *ocupação provisória* de uma *posição*.

É o caso, por exemplo, do Vice-Presidente da República, que está no *exercício da Presidência*; do servidor *interino*; do Ministro de uma Pasta, que, *interinamente*, substitui ou sucede a outro, de Secretaria diversa, que foi exonerado; do *responsável pelo expediente*.

3.4. O *poder de desfazimento* dessa *posição* é, por isso, diferente de outras formas de *extinção* de *situações* e de *posições jurídicas*, como a *denúncia*, a *resolução*, a *resilição*, a *rescisão*, a *exoneração*.

Assim, o Ministro de Estado titular, embora *livremente exonerável*, não está em situação *precária*.

Em latim, *precario* (advérbio) significava, exatamente, "por empréstimo, a título de auxílio"; e *precarius*, a, um (adjetivo, derivado de *precari*, pedir, rogar, suplicar) tinha o sentido de "alheio, de outro, por outro" (*precaria manu scribere*: escrever por mão de outrem, isto é, ditar uma carta a outro que a escreve), e, por conseqüência, sem segurança, passageiro, não-efetivo.

3.5. Mesmo no sentido comum, *precário* é o *insuficiente*, o *limitado, débil, contingencial*, e, em decorrência, *pouco durável* (Aurélio, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*).

Como assinala Diogo Freitas do Amaral (*A Utilização do Domínio Público pelos Particulares*, São Paulo, Juriscredi, 1972, p. 240), os *atos precários*, como as *autorizações* ou *permissões administrativas*, não são *atos constitutivos*, diversamente das *concessões*, que o são.

Otto Mayer (*Derecho Administrativo Alemán*, Buenos Aires, Depalma, 1951) é incisivo, ao proclamar que o ato de *permissão, discricionário* e *revogável* por natureza, não sendo *alienativo*, e compreendendo-se na *gestão* corrente da coisa, pela Administração Pública (*gestão* que não se transfere para o *autorizatário* ou *permissionário*), não cria *direito subjetivo*, não integrando seu efeito o *patrimônio do permissionário*.

No *precário* inexiste *investidura, transferência, atribuição, delegação*; há *tolerância, assentimento, aquiescência*, em condições de emergência, de exceção, de urgência, de lacuna, de vacância, de *contigencialidade*.

Na *precariedade* existe o ensejo de exercício de poderes e faculdades, mas em grau *insuficiente* para caracterizar a *investidura* na *situação jurídica* em sua *plenitude*.

Ocupa-se a *situação*, mas *a título de posição*, com as características apontadas.

Como toda situação de *insuficiência*, o conjunto de *faculdades*, objeto da *permissão*, não tem força jurídica para fazer nascer, no mundo do Direito, a *investidura* na *situação jurídica*, restringindo-se à *ocupação* de uma *posição transitória* e *limitada*.

4. O ato de *permissão* é *existencialmente unilateral*.

4.1. Sob o aspecto de *existência do ato jurídico*, os conceitos de *unilateralidade, bilateralidade* e *plurilateralidade* levam em conta o número de *partes* ou *lados* que expressam a sua vontade na *formação do ato*.

4.2. Se apenas *uma parte* o faz, temos o *ato unilateral*, que é, no campo do *Direito Administrativo*, da maior importância, porque, em geral, a *Administração Pública* age através da prática de atos jurídicos para cuja *existência* se exige apenas a sua declaração de vontade.

*Atos administrativos bilaterais*, como os *contratos administrativos*, são aqueles em que encontramos *duas partes* declarantes, uma diante da outra, expressando vontades que se entrecruzam.

*Atos administrativos plurilaterais*, como nos convênios entre entidades públicas, têm duas ou mais *partes* cujas vontades convergem para um ponto comum.

Por outro lado, nem todo *ato bilateral* é *contrato*. No chamado *ato-união*, como em algumas *concessões*, há duas partes, é um ato bilateral, mas sem a característica do contrato.

4.3. *Ato unilateral*, a *permissão* pressupõe um *pedido* prévio do interessado; ou sua *aceitação* ulterior.

4.3.1. Daí ser possível a prática do *ato de permissão* e do de *aceitação* num mesmo *instrumento*, do que decorre uma *bilateralidade instrumental*, cristalizada em um *termo* — de *permissão* —, com duas *partes*.

É o que indica Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, Rio, Borsoi, 3ª ed., 1970, p. 173), ao realçar a distinção entre *forma* e *instrumento do ato jurídico*: a *comunidade de instrumentalização de dois atos não os unifica*.

4.3.2. Anote-se, ademais, que o *ato bilateral* é a *fusão* de dois *atos unilaterais*, a *oferta* e a *aceitação*, que se soldam, porque a isso se destinam. São dois *negócios jurídicos* que se destinam a formar um só, e *necessários* à *existência* do último, donde não ser a *aceitação* tão-somente *pressuposto de eficácia* da *oferta*, mas, diversamente, junto com aquela, *elemento constitutivo do ato jurídico bilateral*.

Assim, mesmo na *doação*, há *oferta* e *aceitação*: art. 1.165 do Código Civil.

Explica Pontes de Miranda (*Tratado* cit., XLVI: 198) que a "doação é contrato", porque "têm de existir a oferta e a aceitação". E aduz: "se A que faz uma liberalidade a B, com a intenção de doar, somente se há de pensar em contrato, concluído, de doação, quando B consentir, expressa ou tacitamente, em que se considere a título gratuito tal prestação".

Enquanto não há *aceitação*, não há *doação*; "se A quis doar e B não aceitou a oferta, o que A prestou pode ser exigido com fundamentação no enriquecimento injustificado (cf. Código Civil, arts. 964/971)".

4.3.3. Já a *permissão unilateral*, como expressão volitiva de *uma única parte, existe*, por si só, mas o *efeito*, no atingimento do *destinatário* daquela, depende da *recepção* da manifestação de vontade.

Não há *contrato*, nem *acordo* ou *ajuste*, porque não se trata de *proposta* ou *oferta*, a ser, ou não, *aceita*, mas de *permissão* já *aperfeiçoada* no plano da *existência jurídica*.

É o que alguns chamam de *ato unilateral eficacialmente relativo* (cf. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Rio, Forense, 2ª ed., 1975, I: 434), que *se complementa* (e não, *se completa*) com o concurso de outro *ato unilateral, autônomo*, e que constitui um pressuposto da emanação ou da concretização do *efeito* do outro. Por sua *autonomia*, participam de um *procedimento administrativo*, e não da formação de um *ato jurídico bilateral*.

4.3.4. O *ato jurídico existencialmente unilateral* é expressão de vontade que entra no mundo jurídico e se faz ato jurídico, sem que precise ou venha a precisar de qualquer expressão volitiva de outrem para o completar.

Lafayete Pondé, em festejo trabalho sobre *A Vontade Privada na Formação* ou na *Eficácia do Ato Administrativo* (RDA 63:19) assinala, com propriedade, que, em muitas hipóteses, "a interferência do particular não integra o ato da Administração", eis que "este se apresenta como um ato unilateral". A "prévia manifestação de vontade privada pode constituir um pressuposto jurídico de sua validade"; ou, se a manifestação for *a posteriori*, poderá ter influência na vigência, na irradiação da eficácia ou no efeito já produzido do ato da autoridade pública.

4.3.5. Pode ver-se, na postura do *destinatário* que *consente* em receber a *permissão*, a mesma daquele que formaliza a *adição* ou *aceitação* que é feita à herança (art. 1.581 do Código Civil).

Não é *aceitação* de *oferta*, eis que se trata de *ato jurídico unilateral*, autônomo, e, tal como no Direito das Sucessões, tem lugar diante de um *fato jurídico consumado*, com seu efeito irradiado: na sucessão, "no momento em que ocorreu a morte, a herança transferiu-se aos herdeiros, automaticamente".

4.4. A *permissão* é *ato jurídico em sentido estrito*, isto é, corresponde a ato voluntário em que a vontade está dirigida a *efeitos ex lege*. Diferentes são os *negócios jurídicos*, nos quais as partes escolhem as formas jurídicas mediante as quais administrarão os seus interesses, e que, mercê do auto-regramento da vontade, fornecem os exemplos mais expressivos de utilização dos poderes jurídicos de que dispõem.

4.5. É certo que a *permissão* tem sido, em certas hipóteses, *contratualizada*, mas, cremos, na maioria dos casos, mais sob o ângulo *instrumental*, também já referido.

De qualquer modo, neste caso, haverá não *permissão* e ulterior *aquiescência*, ambos como *atos autônomos*; existirão *proposta* (*oferta*) e *aceitação* fundidas, sob a modalidade de *negócio jurídico*.

5. No plano da *eficácia* dos *atos jurídicos*, também se usam as expressões *unilateralidade* e *bilateralidade*; na primeira espécie, só há *prestação* de um lado,

ou porque o ato é *existencialmente unilateral* (só tem uma *parte*), ou, mesmo sendo *bilateral*, apenas um dos lados *presta*; na segunda, existe *prestação* e *contraprestação*, caracterizando-se, portanto, *onerosidade*, ou seja, *vantagem* para ambas as *partes*.

5.1. Quando se trata de um *contrato administrativo*, este tem de revestir-se, como atributos necessários, de *bilateralidade* (é, como também se diz, *contrato sinalagmático*), criando direitos e deveres para ambas as partes; e de *onerosidade* — que se opõe à *gratuidade* —, eis que *prestação* e *contraprestação* trazem *ônus* e *bônus* para os dois *lados*.

Por isso, o *art. 2º, parágrafo único*, da *Lei nº 8.666/93*, ao conceituar o *contrato administrativo*, alude a "acordo de vontade para a formação de *vínculo* e a *estipulação de obrigações recíprocas*".

Bem configurados estão, na definição, a *bilateralidade* e a *onerosidade*, evidenciando-se estar no campo de *Direito Administrativo Obrigacional*.

Com efeito, presente a noção de *vínculo jurídico*, pelo qual alguém está adstrito a *dar, fazer, não fazer, suportar*; portanto, a alguma *ação ou abstenção*; a uma *prestação*, com valor patrimonial, do *devedor* em favor do *credor*.

Outrossim, inerente ao conceito, a *reciprocidade das obrigações*, das *prestações* de valor patrimonial, sendo cada uma das partes, ao mesmo tempo, *credora* e *devedora* da outra.

5.2. A *permissão de uso* não envolve *obrigações, vínculos, prestações recíprocas*.

*Bilateralidade* e *onerosidade* haveria, se houvesse *prestação* e *contraprestação*, e, neste caso, já estaríamos num terreno *contratual*.

A *permissão* só é *contratual* se houver *obrigação*, do *permissionário*, de cumprir a *destinação*, de exercer a *atividade*, como na de *serviço público* (art. 175, parágrafo único, da CF; art. 40 da Lei nº 8.987, de 13.02.95).

O que pode haver é a *revogação* da *permissão*, em face do desinteresse do *permissionário*; ou *caducidade* da mesma, por mau uso.

5.3. É própria da *permissão* a presença de uma *prestação secundária*, como o *ônus* do *pagamento* de *preço público* pelo *uso* da coisa, mas que não diz respeito à *obrigação* de cumprir a *destinação*: o permissionário *pode*, mas não é sua *obrigação* efetivar tal cumprimento.

Diogo do Amaral (op. cit., p. 215/217) sublinha que, pela obtenção do *uso privativo* e pelo exercício das atividades que, com ele, o particular intenta explorar, tem o interessado de efetuar prestações pecuniárias a favor da Administração Pública.

Essa remuneração pode ser traduzida pela figura de um *preço público tarifado*. Mas acrescenta o Autor (p. 217):

"*De outras vezes, porém, as quantias a pagar pelo uso privativo dos bens dominiais não decorrem da aplicação de uma tarifa geral previamente estabelecida, mas sim de uma fixação especial da Administração em cada caso concreto.*"

Nesta linha, a regra do *art. 36, I, da Lei Complementar RJ nº 08/77*.

5.4. É possível haver, também, a *imposição de encargo*, que é, na expressiva linguagem pontiana (*Tratado* cit., V: 216), *determinação anexa*, e não *inexa* ou *ínsita*

— diferentemente, pois, da *condição* e do *termo* —, e que se põe ao lado da manifestação de vontade nuclear.

Como se vê pelo *art. 128* do *Código Civil*, o *encargo* não tem nenhuma interferência na *eficácia* do ato a que está anexado, como não o tem na sua *existência*, nem em sua *validade*.

6. Os *atos* de *permissão* são *atos-condição*, na medida em que colocam o *destinatário* em uma *posição estatutária, objetiva*, cujo conteúdo está nas regras do *Direito Positivo*, do *Direito Objetivo*: e não, *atos subjetivadores*, criadores de *situação jurídica subjetiva*.

São *individualizados*, na medida em que determinam o *destinatário*, que, conforme salientado, se coloca, *precariamente*, numa *posição* — e não, em uma *situação* —, que nada tem de *subjetiva*.

Se o *ato permissivo* aduzir novas *condições*, será, nessa parte, *ato regulamentar*: conterá *regras*, e não *cláusulas propriamente ditas*.

7. A *permissão de uso* é *formalizada* através de *termo*, o que, em sede de *instrumentalização de atos jurídico-administrativos*, pode servir à corporificação de *contratos* ou, como no caso, a *atos não-contratuais*.

Cabe, outrossim, reiterar que, mesmo que se apresentem como *instrumentalmente bilaterais*, pela presença de duas *partes*, o que existem são dois *atos unilaterais sucessivos* e *autônomos*: o de *permissão* (e não *proposta* ou *oferta*) praticado pelo Poder Público; e o de *aceitação* pelo *permissionário*.

8. Por seu turno, o *prazo* não descaracteriza o *ato unilateral* de *permissão*, não configurando a existência de um *contrato*, que envolveria a *bilateralização*, eis que o período fixado é o *segmento temporal máximo* de duração do *efeito jurídico* do *ato* — e, muitas vezes, base para a mensuração da *remuneração* pela *autorização* —, *efeito* que pode ser, no entanto, desconstituído a qualquer momento.

8.1. A citada *Lei Complementar RJ nº 08/77*, que tem servido para exemplificações neste trabalho, contempla a fixação de *prazo* para as *permissões de uso*, que pode ser superior a 60 (sessenta) dias, na dicção expressa do art. 7º, § 3º, desse diploma legal.

8.2. Neste sentido, a *Minuta-padrão nº P-3/92*, aprovada pela *Procuradoria-Geral do Estado*, contém cláusula sobre *prazo* de *permissão de uso* para exploração de cantina em dependências imobiliárias estaduais, e que traduz, com precisão, essa noção, ao estatuir que "*não poderá a utilização efetiva do imóvel exceder de ... anos*", contados do dia da assinatura do termo.

8.3. Diogo Freitas do Amaral (*A Utilização do Domínio Público pelos Particulares*, p. 213/214) discorre, com argúcia, sobre a *fixação de prazo nas autorizações precárias* de *uso* de bens públicos.

Lê-se em seu estudo que

"*se estas (as autorizações precárias), por definição, podem ser revogadas a todo o tempo, parece à primeira vista que não tem interesse a fixação de um prazo*";

mas que concorrem razões para que semelhante fixação se verifique na prática, como aquela que

"*consiste em que a marcação do prazo facilita o cômputo da taxa devida pela utilização do domínio, taxa cujo pagamento é imposto em alguns casos ainda que a licença caduque.*

E arremata:

"*O que se acaba de dizer leva a concluir, portanto, que, ao permitir um uso privativo mediante licença precária, a Administração não quer significar de modo nenhum que não haja probabilidades de a licença se prolongar no tempo: esse será mesmo o resultado mais provável, desde que o interesse público não reclame coisa diversa.*"

8.4. Saliente-se que ao *prazo*, na hipótese em tela, não está associado qualquer direito à indenização, em favor do *autorizado*, no caso de *revogação antecipada.*

Pelo contrário, a legislação dispõe de forma inversa: *Lei Complementar RJ nº 08/77, art. 45, § 3º.*

9. O *Direito Federal*, por meio da *Lei nº 9.636, de 15.05.98*, que trata dos *bens imóveis da União*, contempla (art. 22, e seus §§) tipo de *permissão de uso* em seu sentido clássico, e consistente na *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, *autorizada por ato administrativo.*

## III — *As variadas naturezas das diferentes espécies de uso de bens públicos: o uso na permissão*

1. A *utilização* de uma *coisa* pode ser a diferentes *títulos*, e, com diversas *naturezas*, em *situações* e *posições jurídicas* variadas.

2. O *usus* (*uso*), em sua configuração máxima, é, ao lado do *fructus* (*gozo*) e do *abusus* (*disposição*), *elemento* do *conteúdo* do *direito de propriedade*: art. 524 do Código Civil, segundo o qual é assegurado ao proprietário o direito de *usar, gozar* e *dispor* de seus bens.

Está-se, no primeiro caso, perante o *ius utendi*, que é o *direito*, do proprietário, de *usar da coisa*; o direito de dela tirar todos os *serviços* que o bem pode prestar, dentro das limitações legais, sem que haja modificação em sua substância (Maria Helena Diniz, *Código Civil Anotado*, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 400).

O proprietário, que *usa*, retira da *coisa* as *utilidades*, que não os *frutos*: "Na mesma fazenda, *usa-se* a casa de moradia e *desfruta-se* a horta" (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, São Paulo, RT, 3ª ed., 1983, XIX: 79).

3. Esta espécie de *uso, dado fático*, que está presente no *poder*, do *proprietário*, de extrair as *utilidades* da coisa, pode ser *transferida* a terceiro, e pôr-se no *conteúdo* de *direitos reais sobre coisa alheia*, como o *direito real de uso*, de *usufruto* e o de *habitação*; e nos de *direitos pessoais*, como o *de locação*, de *comodato*, de *depósito.*

4. Este *uso*, o *ius utendi dominial*, seja ele exercido pelo proprietário, seja por esse *transferido* a *terceiro*, tem, como *poder factual*, sua *natureza* específica, porquanto se traduz na *posse* da *coisa.*

5. A *posse*, segundo Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado* cit., X: 07) é o *estado de fato* de quem se acha na possibilidade de exercer poder *como*

aquele que seria exercido por quem fosse *proprietário*; poder incluso no *direito de propriedade*: é o *usus* (*uso*) ou o *fructus* (*gozo*), como se lê no já citado *art. 524* do *Código Civil*.

5.1. A *posse* é relação inter-humana, entre o possuidor e o *alter*, a comunidade. É relação *erga omnes*, de natureza *real*, eis que a *situação* do *possuidor* exclui a de qualquer outra pessoa.

5.2. Salienta Pontes (*op. cit.*, p. 08) que a definição de *posse* que se tem no *art. 485 do Código Civil* é a melhor (embora oblíqua, porquanto define *possuidor*) que até hoje se deu em texto legislativo: "Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade".

É *poder fático sobre a coisa*, e a que *corresponde* o exercício de alguns dos citados *poderes dominiais*.

5.3. A *posse*, como salientado, está sempre vinculada a algum *título* anterior, derivado de *direito real*, seja a *propriedade*, seja a *concessão de uso*, o *aforamento*, o *usufruto*; ou, então, de *direito pessoal*, como a *locação*, o *comodato*, o *depósito*.

Até mesmo no *usucapião extraordinário* de *coisa imóvel*, em que está presente o *animus domini*, a vontade dirigida ao *possuir o bem como seu*, presume-se o *título* (Código Civil, art. 550), dispensado este, apenas, no caso de *móvel* (art. 619).

6. Nem todo *uso*, no entanto, é tradução da *posse*, isto é, nem a todo *ter, fisicamente*, a coisa corresponde o *ius utendi* de *proprietário*, nem, em conseqüência, a *posse*.

7. Neste sentido, os *arts. 487 e 497, 1ª parte, do Código Civil* são explícitos:

"*Não é possuidor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas.*"

"*Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância.*"

7.1. Nestas hipóteses, só se caracteriza a *detenção*, a *tença*, com o que se afina o disposto no *art. 35 da Lei Complementar RJ nº 08/77*, que, explicita, de modo categórico, que a *permissão de uso* "*não induz a posse*".

7.2. Já nossa vetusta codificação civil e, em sua esteira, a Lei estadual são, portanto, expressas quanto a que mera *permissão de uso* de um bem não gera *posse*, e, portanto, ao *permissionário* não é *transferido* o *ius utendi* de *proprietário*, mas, apenas, a *detenção da coisa*, que é uma *faculdade qualitativa* e *quantitativamente* diversa do *poder* do *possuidor*, poder este que, como grifado, é, este sim, de mesma *natureza* e *intensidade* do *usus* do *dominus*.

7.3. A simples *detenção* da coisa, a sua *utilização* pelo *detentor*, difere, inclusive, do que o *art. 489 do Código Civil* chama de *posse precária*.

7.3.1. Serpa Lopes (*Curso de Direito Civil*, Rio, Freitas Bastos, 1960, VI: 137) distingue, com clareza, entre *posse precária* (aquela atribuída com a possibilidade de *revogação ad nutum*, e que se torna *viciosa*, a partir do momento em que o precarista se recusa a obedecer à ordem de restituição) e a situação prevista no *art. 497, 1ª parte, do Código Civil*, ao prescrever que *não induzem posse* (é, exatamente, a linguagem do *art. 35 da Lei Complementar RJ nº 08/77*, quando trata da *permissão de uso*) os atos de mera *permissão* ou *tolerância*, situação em que, havendo simples

*faculdade* do *detentor*, e não *poder*, é também eminentemente *revogável*, pois que igualmente *precária*.

7.3.2. Na *detenção*, e no *uso* correspondente da coisa, a *posição* (não chega a ser uma *situação jurídica*) é *precária*; o *ato* que a enseja é livremente *revogável*, e, mais ainda: não é *posse*, não é *uso* como se fora *proprietário*; enfim, o *ter* a coisa não é a título de *possuidor*. Está-se diante do *detentor*, e não do *possuidor*.

7.4. Em suma, na *permissão de uso*, não há *transferência* de *domínio* ou *posse*: ocorre, apenas, *tolerância, consentimento*, na *utilização* do bem, ou de parte desse.

E como não tem índole contratual — nem de *direito real*, nem de *direito pessoal* —, inocorre, na espécie, por exemplo, a *garantia* da *evicção*; (*art. 1.107*, e *parágrafo único*, do *Código Civil*).

7.5. O *Código Penal*, ao tipificar, no seu *art. 168*, o crime de *apropriação indébita*, distingue entre *posse* e *detenção*.

Explica, a propósito, Nélson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, Rio, Forense, 2ª ed., 1958, VII: 130/131):

"*Com o primeiro termo, quer designar a posse direta, de que cuida o art. 486 do Código Civil ('Quando, por força de obrigação, ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, se exerce temporariamente a posse direta, não anula esta às pessoas, de quem eles a houveram, a posse indireta'); com o segundo termo, quer significar o poder de fato que, segundo os arts. 487 e 497 do citado Código, não constitui posse, isto é, quando quem o exerce: (a) 'achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas'; (b) não o faz senão por 'mera permissão ou tolerância' do proprietário ou quem de direito.*

.....

*A posse de que trata o art. 168 é precisa e exclusivamente a posse direta do art. 486 do Código Civil, da qual se distingue, conceitualmente, a simples detenção, exercida pelo* servus possessionis *(fâmulo da posse) ou por 'mera permissão ou tolerância' do* dominus *(ex.: a detenção que o empregado doméstico exerce sobre o dinheiro que o patrão lhe entrega para compras na feira, ou a que exerce alguém sobre o automóvel que o dono lhe cede para um passeio).*"

8. O vocábulo *uso* é oriundo do latim *usus, us*, que deriva de *utor, uti*, usar, servir-se de, e de que provém, igualmente, *utilis*, e, e *utilitas, atis*.

8.1. Todo esse conjunto traduz, de um lado, a idéia de *serventia*, de *destinação proveitosa*, de *capacidade* de *satisfação de uma necessidade*, de *atendimento a um fim vantajoso*; e, de outro, de *obtenção dos proveitos* daquilo que se *usa*.

8.2. No *Direito Público*, em que o elemento *finalidade*, e as figuras da *afetação*, da *destinação*, da *vinculação* são fundamentais, lembrar-se esse contexto etimológico é de decisiva relevância.

Daí falar-se de *usuário* dos *bens públicos*, de seu *utente*, que é aquele que se *utiliza* dos mesmos, com uma certa *finalidade*, estando os *bens*, ou partes suas, e o respectivo *uso*, *afetados, destinados, vinculados* a um *fim*, a um determinado *interesse*.

8.3. O *uso*, nesta área, se objeto de mera *permissão*, produto de ato *revogável ad nutum*, ensejador de uma *posição precária*, não é *a título de propriedade*, nem

de sua *exteriorização*. que é a *posse*; não é geradora dessa, mas propiciadora de mera *detenção*.

Temos, portanto, a figura do *usuário, do detentor*, e não do *possuidor*. É o *utente*, que tem *posição* específica, diversa do locatário, do comodatário, do depositário, do usufrutuário, do enfiteuta, do concessionário, que também *usam*, mas o fazem a título de *possuidores*, e em *situações jurídicas* próprias, cada uma com a respectiva *natureza* e *conteúdo*.

9. Por outro lado, no *Direito Público*, a noção de *uso* de *bens públicos* dá lugar a uma especificação própria desses, de importância fundamental, e que serve para evidenciar as peculiaridades e as variedades que o instituto oferece no *ius publicum*.

10. O *uso* é, com efeito, figura fundamental, em sede de *bens públicos*.

10.1. Nesta linha, a *finalidade do uso* e, cognatamente, a *espécie de uso* servem para classificar os *bens públicos*, de acordo, exatamente, com a *destinação*.

10.2. Daí, a distinção entre *bens de uso comum do povo; bens de uso especial* e *dominicais; Código Civil, art. 66, I a III; art. 803, a* a *c*, do *Regulamento do Código de Contabilidade Pública da União* (aprovado pelo Decreto nº 15.783, de 08.11.22; *art. 2º* da *Lei Complementar RJ nº 08/77*).

Assinale-se que pode tratar-se de um *bem por inteiro*; ou de *uma parte* dele.

11. O *uso comum* é aquele que, objeto de *faculdade ampla* da *população*, é *uso de todos*, e, conseqüentemente, *de cada um*.

Esse *uso*, ao qual se estabelecem *limites*; que se *regulamenta*; que pode ser *retribuído*, é, em geral, apenas *atuação* ou até *contemplação*, não chegando, sequer, a uma *detenção* da coisa, bastando lembrar os *bens* que são rotulados como *de uso comum*: logradouros públicos, os rios públicos, as praças públicas.

11.1. O *uso comum* não constitui objeto de *direito subjetivo*.

Explana Pontes de Miranda (*Tratado cit.*, V: 237) que "posso sentar-me durante o tempo que me apraz, no banco A do jardim público de uso comum", mas "não tenho direito subjetivo a isso". Se há alguma vedação para mim, "ferem-me o direito de ir, ficar e vir (liberdade física), para a tutela da qual me cabe pedir *habeas corpus*; não, porém, o direito subjetivo de sentar me no banco A do jardim público".

11.2. Expressivo é o tratamento dado, pela *Constituição Federal* vigente, ao *meio ambiente*, que é por ela caracterizado, no *art. 225*, como *bem de uso comum do povo*.

Este *uso* nada tem a ver com *propriedade, posse* ou *detenção*, mas identifica o *desfrute*, por todos, da *função ecológica* dos *bens ambientais*.

Se a *função ecológica* encerra a noção de *vinculação* ao *fim* de propiciar uma "sadia qualidade de vida", o *uso* dos *bens* que compõem o *meio ambiente* corresponde à *faculdade* de *fruição* da *utilidade* que resulta dessa *função*.

11.3. O mesmo conceito de *uso*, como *desfrute* de *uma função* própria do *bem*, a que ele está *destinado, comprometido*, jurídica e faticamente, se encontra no campo do *patrimônio cultural*, definido no *art. 216*, e seus *incisos*, da *Carta Magna Nacional*, e que se identifica pelo *valor cultural*, pela *utilidade*, pela *função* histórica, paisagística, artística, arqueológica, paleontológica, ecológica, científica, tecnológica, dos *bens* que compõem esse patrimônio.

A *faculdade, comum de todos*, tem por objeto o *desfrute* da *função cultural* das coisas que integram tal *universalidade*.

Tudo isso, sem qualquer ligação com *propriedade, posse* ou *detenção*.

11.4. Esses exemplos dados evidenciam a multifária significação; o poliédrico conteúdo do termo *uso*, muito especialmente em sede de *bens públicos*, de *bens nacionais* em sentido amplo.

E — o que é fundamental — essa noção do *uso* como *desfrute* da *função* a que *se destina* o *bem* pode ocorrer num determinado *espaço físico*, mas a *fruição da utilidade* sobreleva a da própria *ocupação* de um *locus*.

O *uso* é *atividade* que traduz seu *conteúdo*, seu *objetivo*, e sua *finalidade*, sua *destinação*.

12. O *uso especial* é o *uso administrativo*, o *usus* pela *Administração Pública: bens de uso especial* (art. 66, II, do Código Civil; art. 808, *b*, do Regulamento) são aqueles total ou parcialmente *afetados, destinados* à *utilização*, ao desfrute da *utilidade* do bem, pela AP, "como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal". É a chamada *utilização no serviço público (arts. 27 a 29 da Lei Complementar RJ nº 08/77)*.

Os integrantes da *população* têm *direito de acesso* aos bens imóveis de *uso especial* em que funcionam repartições abertas ao público, que é o *uso comum* sob a forma de *utilização tornada objetivamente especial* (PONTES, *Tratado cit.*, II: 157). Esse *acesso* é *regulamentável* e, através da *polícia dos bens de uso especial*, pode a Administração Pública impedir a entrada de pessoas de comportamento nocivo.

13. Os *bens dominiais* — total ou parcialmente — são os *bens residuais*, e que restam *sem uso* em determinado momento; ou em que se enseja a chamada *utilização do bem por terceiros*, sob diferentes *regimes jurídicos*.

14. O conceito de *utilização de bens por terceiros* não inclui o *uso comum*, porque o *povo* não é um *terceiro*: é o *destinatário*, enquanto *população*.

O *uso por particulares* é o chamado *uso privativo*, que é aquele *consentido* a uma ou a algumas pessoas determinadas, com base em um *título jurídico individual*.

14.1. O *uso privativo* é, portanto, o modo de *utilização*, do domínio público, consentida a uma ou a algumas pessoas individualmente determinadas, ocupando o *utente* uma porção limitada do domínio público, excluídas outras pessoas individualmente determinadas, ocupando o *utente* uma porção limitada do domínio público, excluídas outras pessoas.

Diogo Freitas do Amaral (*A Utilização do Domínio Público pelos Particulares*, São Paulo, Juriscredi, 1972, p. 163) cita Laubadère, para assinalar que os bens públicos se afirmam cada vez mais, modernamente, como devendo ser objeto de *gestão econômica*, como uma riqueza a explorar, na medida em que sua destinação não for contrariada.

14.2. Se, de um lado, o *particular* busca a maior *estabilidade* possível na *utilização privativa*; de outro, o *interesse público* aponta para a *precariedade*, para a *desfazibilidade do uso*.

E aduz Diogo do Amaral (op. cit., p. 164):

"*A história do regime do domínio público, pelo que respeita aos usos privativos, é feita de uma tensão permanente entre estes dois interesses de sinal contrário, que*

*o Direito Administrativo tem procurado ponderar justamente e equilibrar nas soluções que estabelece.*"

14.3. Francesco Alessandro Querci (*Demanio Marittimo*, "in" *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII, 1964, p. 102) grifa que o mais frisante na *posição jurídica de utente* são os *aspectos passivos*, notadamente o de pagar uma prestação pecuniária à Administração, o dever de utilizar a coisa, ou sua fração, conforme o disposto nas leis, regulamentos e no ato autorizativo.

14.4. É mister salientar que não há *direito preexistente* ao *uso privativo*, nem a *autorização* para ele confere *direitos subjetivos*, mas apenas *legitima interesses*, permite o exercício de *faculdades*. A situação é eminentemente *objetiva*, eis que as *faculdades* derivam do *direito objetivo*, inclusive do *regulamento* contido no próprio ato autorizativo, que, efetivamente, ostenta caráter *regulamentar*: contém, em verdade, *regras*, e não *cláusulas*.

14.5. Os *regimes de utilização de bens públicos por particulares* englobam a *permissão de uso*, a *cessão* e a *concessão de uso*, isto no sistema dos arts. 34 a 49 da Lei Complementar RJ nº 08/77, que não contempla a *locação*, e põe, em capítulos diversos, a *servidão* (arts. 50 e 51), não admitindo o *aforamento*.

A *Lei federal nº 9.636/98* contempla, como visto, a *permissão de uso* (art. 22, e §§) e a *cessão*, já aí como *gênero* (art. 18 a 21), sob qualquer dos regimes previstos no Decreto-lei nº 9.760, de 1946, e sob a forma de *concessão real de uso*, resolúvel, prevista no art. 7º do *Decreto-lei nº 271, de 28.02.67*.

14.6. Assim, o *uso privativo* pode ter por base um *ato unilateral* — só uma *parte* (*lado*) emissora da *expressão de vontade*, assim como *prestação* somente do *particular* destinatário —, e que é o caso da *permissão*; ou um *ato existencialmente bilateral* — duas partes emissoras — e *eficacialmente unilateral* — uma só *prestadora* —, ou *bilateral* e *oneroso*.

14.7. A *permissão* enseja o exercício de *faculdades*, poderes *factuais* (o étimo *fac* é o mesmo em *fa(c)to* e em *faculdade*).

A *cessão* gera *direitos pessoais*; e a *concessão* e a *servidão*, o nascimento de *direitos reais*, que *oneram* o bem (cf. *art. 4º* da *Lei Complementar RJ nº 08/77*).

14.8. Em verdade, portanto, essas formas de *utilização* diferem entre si, substancialmente, porque somente a *cessão*, a *concessão* e a *servidão* são *contratuais*; da primeira irradiando-se direito *pessoal*, e as duas últimas participando do surgimento de *direito real*.

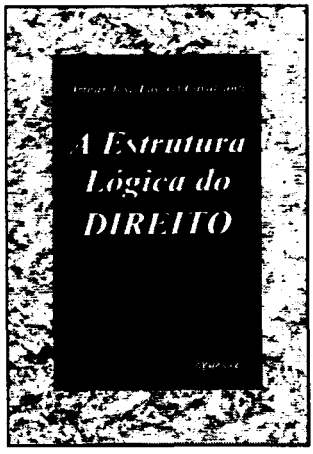
Outrossim, a *cessão* só pode ser outorgada, no *Estado do Rio de Janeiro*, a pessoas públicas e administrativas ou a pessoas jurídicas de relevante valor social (*Lei Complementar RJ nº 08/77, art. 40*).

Assim, a *utilização*, não baseada em *direito real*, fora dessas hipóteses, só pode dar-se por *permissão unilateral, revogável, precária, não indutora de posse*.

14.9. A *utilização privativa*, neste termos, pode ter lugar nos *bens de uso comum* (uso de calçadas, por bares, para instalação de cadeiras e mesas); de *uso especial* (os que ocupam e exploram os boxes de mercado público); ou os *dominiais (ocupação temporária de terreno baldio público por um circo)*.

# A Estrutura Lógica do Direito

*Arthur José Faveret Cavalcanti*




Este livro é uma teoria geral do direito. Há velhos temas abordados de forma inusitada. O tratamento dado à questão da personalidade jurídica é um exemplo. São também vistas questões que até aqui haviam passado despercebidas, como a de elucidar as relações lógicas entre normas pertencentes ao mesmo ordenamento. Para lançar luz sobre pontos obscuros, os leitores são convidados a participar de experimentos mentais.

**Ref. 0124** **Brochura** **347 págs.**
**Form. 14x21** **1996**

# A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado

*Jacob Dolinger*

Esta obra versa o princípio da ordem pública no direito internacional privado, que representa a mais importante "válvula de escape" de que se utilizam juízes e tribunais do mundo todo, para deixar de aplicar a lei estrangeira indicada pelas regras de conexão, sempre que sentirem que a norma estrangeira não é consentânea com os princípios fundamentais do direito do foro.




**Ref. 0071** **Distribuição** **Brochura**
**282 págs.** **Form. 16x23** **1979**