

A CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO COMO INSTRUMENTO JURÍDICO DE DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA LOCAL¹

Márcia Rosa de Lima²

1. Introdução. 2. Instrumentos Jurídicos de
utilização dos bens públicos. 3. Instrumentos
Jurídicos de Defesa. 4. Conclusão.

1. Introdução.

Este trabalho pretende abordar a concessão de direito real de uso e outros instrumentos jurídicos que o Poder Público Municipal pode utilizar, disponibilizando a posse de bens públicos imóveis a terceiros, visando dar efetividade à sua competência de definição e implantação das políticas locais.

A defesa do patrimônio público deve merecer a atenção dos estudiosos do Direito Público, bem como maior atenção dos administradores e para isto é importante que tenhamos clareza sobre o que constitui o bem público e sobre a forma possível de sua utilização.

A Constituição Federal determinou que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público (inc. I do art.

¹ Trabalho premiado como Tese no XXVIII Encontro Nacional de Procuradores Municipais, realizado em Natal, RN. Texto publicado na Revista Interesse Público, Ano 4, nº 15, julho/setembro de 2002, Porto Alegre: Notadez, 2002, p. 143/157.

² Procuradora do Município de Porto Alegre da Equipe de Patrimônio e Domínio Público, mestre em Direito Público - Instituições do Estado, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, membro do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul.

23)³.

O uso do bem, por seu titular, não guarda maiores preocupações ou perquirições. A indagação ocorre, quando este, pretende transferir a posse direta de um bem público a um terceiro (particular ou outro ente público).

Segundo Bandeira de Mello⁴, os bens públicos possuem três características: inalienabilidade ou alienabilidade nos termos da lei (art. 67 do Código Civil Brasileiro⁵); impenhorabilidade; e imprescritibilidade.

O que deve nortear, a atuação e a decisão do administrador público, são os princípios contidos no art. 37 da Constituição Federal/88⁶, moralidade, impessoalidade, legalidade e, ainda, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, assim como o Estado-proprietário.

Segundo Humberto Bergmann Ávila⁷ o primeiro ponto de análise seria a caracterização da supremacia do interesse público como princípio.

“Primeiro, ele seria um ‘princípio jurídico’ (ou norma-princípio), cuja função

³ Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
I– zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000. p. 753/755.

⁵ Código Civil Brasileiro:

Art. 67– Os bens de que trata o artigo antecedente só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e forma que a lei prescrever.

⁶ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 37. A administração pública direta, indireta, fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
(...)(redação dada pela emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998)

⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. “Repensando o ‘Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular’”, p.99/127, in **O Direito Público em Tempos de Crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Alexandre Pasqualini et al.; Ingo Wolfgang Sarlet, organizador. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999, p. 100/101.

primordial seria regular as relações entre o Estado e o particular. Sua pressuposta validade e posição hierárquica no ordenamento jurídico brasileiro permitiriam que ele fosse descoberto a priori, sem o prévio exame da sua referência ao ordenamento jurídico ('axioma'). Segundo, ele não seria apenas um princípio, mas um 'princípio relacional': ele regularia a 'supremacia' do interesse público sobre o particular,..., mas com referência à 'relação entre o Estado e o particular'. O seu conteúdo normativo pressupõe, portanto, a possibilidade de conflito entre o interesse público e o interesse particular no exercício da função administrativa, cuja solução deveria ser (em abstrato e em princípio) em favor do interesse público.” (grifos do Autor)

Assim, para citado Autor, “o discutido ‘princípio da supremacia’ explica, antes, uma ‘regra de preferência’ (p. 101).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello⁸ “o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado fundamenta-se na própria idéia de Estado”. Encontra-se presente, de forma mais evidente, nos institutos da desapropriação e da requisição, previstos constitucionalmente nos inc. XXIV e XXV do art. 5º.⁹

Contudo, o interesse público e a sua supremacia não de ser considerados também no momento da escolha dos instrumentos de transferência, de posse ou titularidade, do bem público.

Pelo próprio teor das palavras contidas no “princípio da supremacia do interesse público” temos que há uma relação com outros interesses, no caso, com os

⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 13ª ed., Revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Malheiros, 2000; p. 73.

⁹ Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 5º - ...

XXIV—a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV—no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

privados.

Por tudo isto reporto-me às conclusões do Prof. Humberto Bergmann Ávila¹⁰ quando pondera acerca do “princípio” afirmando “*que não pode ser havido como um postulado explicativo do direito Administrativo:*

- *ele não pode ser descrito separada ou contrapostamente aos interesses privados: os interesses privados consistem em uma parte do interesse público;*
- *ele não pode ser descrito sem referência a uma situação concreta e , sendo assim, em vez de um ‘princípio abstrato de supremacia’ teríamos ‘regras condicionais concretas de prevalência’ (variáveis segundo o contexto).*

Com propriedade, Juarez Freitas¹¹ afirma que “as normas civis jamais regerão o domínio público, a não ser de modo subsidiário e sempre sob a cogência subordinante dos princípios e regras de Direito Administrativo.”

Agrega-se a este os demais princípios.

Com referência ao princípio da legalidade diz, Romeu Bacellar Filho¹², com propriedade que:

“o princípio da legalidade, impõe à Administração Pública odediência à lei formal como norte de atuação e limite da garantia ao cidadão. No cumprimento de suas funções, o agente público não tem liberdade ou vontade pessoal. A imperatividade das leis não obriga somente ao particular, mas, antes de tudo, a própria Administração ao constituir-lhes

10 ÁVILA, Humberto Bergmann. ob. cit., p. 126/127.

11 FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo** 2 ed., Rev. e atual., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 66.

12 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo, Max Limonad, 1998; p. 161.

poderes-deveres, indisponíveis e irrenunciáveis.”

1. Instrumentos jurídicos de utilização dos bens públicos.

Os bens públicos podem ser utilizados pela pessoa jurídica de Direito Público à que pertencem, independentemente, da sua classificação (bens de uso comum, de uso especial ou dominial). As questões que mais importam são a utilização do bem público por pessoa diversa do titular; e a forma de alienar. Não difere desta posição a doutrina e legislação espanhola, por exemplo.¹³

Os instrumentos mais adequados são de Direito Público. Carlos Ari Sundfeld¹⁴ sustenta que “*os instrumentos para tanto são: a autorização de uso, a permissão de uso, a concessão de uso e a concessão de direito real de uso*”. Adiante lembra que:

“a autorização de uso e a permissão de uso, são caracterizados pela precariedade do vínculo que estabelecem. Ambos, apesar de conferirem direitos aos outorgados contra terceiros (a exclusividade no uso dos bens públicos), não estabelecem direitos frente à Administração – por isso são precários -, podendo a qualquer tempo ser revogados por razões de interesse público, sem qualquer violação à esfera de direitos dos particulares.”¹⁵

13 MARTÍN, Manuel Guedea. in VERA, José Bermejo e Outros. **Derecho Administrativo - Parte Especial**. 4 ed., Civitas, Madrid, 1999; p. 347: “En nuestro ordenamiento jurídico cabe distinguir entre la utilización de los bienes demaniales por las Administraciones públicas titulares de los mismos o por particulares. El uso de los bienes demaniales por la Administración puede revestir dos formas: utilización administrativa y reserva demanial. La utilización por los particulares de los bienes demaniales admite, también, dos formas como son los usos comunes y los usos privativos.”

14 SUNDFELD, Carlos Ari, e CÂMARA, Jacintho de Arruda. Concessão de direito real de uso de utilidade pública – Possibilidade de o poder público conferir a particular a gestão exclusiva de seu bens para fins de utilidade pública. Hipótese em que a outorga independerá de licitação, por ser esta inexigível., **Boletim de licitações e contratos**. vol. 10, n. 12, p. 593 a 602, dez. 1997, p.594.

15 Ibid, p. 596.

Carvalho Filho¹⁶, afirma que “o Poder Público sempre deve preferir a adoção das formas regidas pelo direito público, tendo em vista que, em última análise, o uso incide sobre bens do domínio público”, no entanto, nos faz recordar que existem formas de Direito Privado utilizáveis pelos entes públicos titulares dos bens para transferir a posse direta, sem alterar a propriedade.

Hely Lopes Meirelles¹⁷ conceitua estes instrumentos da seguinte maneira:

“Autorização de uso – é o ato unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração consente na prática de determinada atividade individual incidente sobre um bem público.

...

Permissão de uso – é o ato negocial, unilateral, discricionário e precário através do qual a Administração faculta ao particular a utilização individual de determinado bem público.

...

Cessão de uso – é a transferência gratuita da posse de um bem público de uma entidade ou órgão para outro, a fim de que o cessionário o utilize nas condições estabelecidas no respectivo termo, por tempo certo ou indeterminado.

...

Concessão de uso – é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público atribui a utilização exclusiva de um bem de seu domínio a particular, para que o explore segundo sua destinação específica.

...

Concessão de direito real de uso – é o contrato pelo qual a Administração transfere o uso remunerado ou gratuito de terreno público a particular, como direito real resolúvel, para que dele se utilize em fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo ou qualquer outra

¹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 9 ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002; p. 902.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26 ed., Atualizada, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 485/490.

exploração de interesse social. “

A Constituição Federal, no inciso XXVII do art. 22 (inciso alterado pela Emenda Constitucional nº 19 de 04.06.1998)¹⁸, dá competência à União para editar normas gerais de licitação e contratação, assim vige a Lei nº 8.666 de 21.06.1993 (alterada pelas Leis nº 8.883 de 08.06.94 e 9.648 de 27.05.98) que regulamentou o art. 37, inciso XXI¹⁹ da Constituição Federal.

A qual forma de alienação se refere a Constituição Federal? A todas as formas de transferência de domínio. A compra e venda²⁰, a dação em pagamento²¹, a doação²² (gratuita e onerosa), a permuta²³ e a incorporação²⁴ são institutos do Direito

18 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:...

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1, III;

19 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 37:...

XXI– ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

20 MEIRELLES, Hely Lopes. ob. cit., p. 495.

Compra e venda: é o contrato civil ou comercial pelo qual uma das partes (vendedor) transfere a propriedade de um bem à outra (comprador), mediante preço certo em dinheiro (CC, art. 1.122, e C. Comercial, art. 191).

21 MEIRELLES, Hely Lopes. ob. cit., p. 496.

Dação em pagamento: é a entrega de um bem que não seja dinheiro para solver dívida anterior.

22 MEIRELLES, Hely Lopes. ob. cit., p. 496.

Doação: é o contrato pelo qual uma pessoa (doador), por liberalidade, transfere um bem do seu patrimônio para o de outra (donatário), que o aceita (CC, art. 1165).

23 MEIRELLES, Hely Lopes. ob. cit., p. 497.

Permuta: é o contrato pelo qual as partes transferem e recebem um bem, uma da outra, bens, esses, que se substituem reciprocamente no patrimônio dos permutantes.

24 COSTA, Nelson Nery. **Curso de direito municipal brasileiro.** Rio de Janeiro, Forense, 1999, p.195: “incorporação ocorre quando o Município constitui empresa paraestatal, participando com seu patrimônio, que fica incorporado à nova pessoa jurídica, podendo ser de dinheiro ou de bens móveis ou imóveis. Deve haver prévia avaliação e autorização legal.” Observe-se que

Privado utilizados pelo Direito Público, sendo que aqui terá as características compatíveis com os ditames da esfera administrativa (pública). Deste modo pode-se afirmar que para o Estado alienar seus bens utilizar-se-á, parcialmente, de institutos de Direito Privado.²⁵ A alienação pode ser onerosa ou gratuita. Ainda pode haver alienação por investidura, concessão de domínio, legitimação de posse ou retrocessão, formas de Direito Público.

Dentro do Direito Público, as regras para a realização de alienação de bens pertencentes ao domínio público, estão postas na Lei nº 8.666/93, com suas alterações posteriores, como dito. A Seção VI trata “Das alienações”. No entanto o art. 17 trata, também, de situações que não são tecnicamente alienações. Vê-se isto na *alínea “f” do inciso I*²⁶ do citado artigo pois a locação, a permissão de uso e a concessão de direito real de uso não podem ser consideradas alienações, mas apenas a transferência da posse direta do bem. Assim, percebe-se que a Lei de Licitações trata, ainda, das relações entre administrado e administrador no uso do bem público.

O art. 17 diz quais são os requisitos e formas para realizar a alienação e o uso do bem público, conforme a categoria de móveis e imóveis. O *caput* de tal artigo²⁷ determina que deve existir avaliação prévia e interesse público e estes requisitos valem para os dois tipos de bens.

este conceito não se aplica apenas quando o ente federativo em questão é o Município. Mesmo entendimento professa José dos Santos Carvalho Filho. ob. cit., p. 911.

²⁵Igual entendimento tem Hely Lopes Meirelles. ob. cit., p. 482.

²⁶Lei nº 8.666/93, com as alíneas “e” e “f” do inc. I do art. 17 com redação introduzida pela Lei nº 8.883, de 08.06.94:

Art. 17 - ...

I - ...

f) alienação, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis construídos e destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais de interesse social, por órgãos ou entidades da Administração Pública especificamente criados para esse fim.

²⁷Lei nº 8.666, de 21.06.1993:

Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à *existência de interesse público* devidamente justificado, será *precedida de avaliação* e obedecerá às seguintes normas: ...(grifamos)

O regime de utilização do bem público permite que o titular transfira a outro órgão ou entidade da Administração Pública a posse direta do bem (al. “f” do inc. I do art. 17 da Lei nº 8.666/93). Está dispensada a licitação se o uso do bem for para implantação de programas habitacionais de interesse social, seguindo a política de desenvolvimento urbano traçada pela Constituição Federal de 1988, a qual dá prioridade para o respeito ao cumprimento da função social do imóvel urbano e deixa claro que este bem deve ser utilizado, precipuamente, para fins de moradia.

A Constituição Federal ao estabelecer no art. 183²⁸ as novas condições para a aquisição do domínio pelo uso do bem imóvel (lapso de tempo, área do imóvel, forma de uso e exigência de não ser proprietário de outro bem), também ratificou o entendimento que os bens públicos não são usucapíveis²⁹ e que o direito de uso poderá ser respeitado por meio da concessão de uso ou concessão de direito real de uso (art. 183, § 1º).

O festejado Estatuto da Cidade³⁰ pretendia abordar, nos arts. 15 a 20, a concessão de direito real de uso especial para fins de moradia, artigos vetados e que originaram a expedição da Medida Provisória nº 2.220, de 04 de setembro de 2001.

2. Instrumentos jurídicos de defesa.

²⁸ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

²⁹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 183....

§ 3º- Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.”

³⁰ Lei nº 10.257, de 10.07.2001.

Carvalho Filho aponta, de forma correta, as vantagens para a Administração Pública, da utilização deste instrumento:

“A concessão de direito real de uso salvaguarda o patrimônio da Administração e evita a alienação de bens públicos, autorizada às vezes sem qualquer vantagem para ela. Além do mais, o concessionário não fica livre para dar ao uso a destinação que lhe convier, mas, ao contrário, será obrigado a destiná-lo ao fim estabelecido em lei, o que mantém resguardado o interesse público que originou a concessão real de uso.”³¹

A concessão de uso e de direito real de uso não são instrumentos precários, conferem direitos estáveis, perenes, que permitem e revogação por interesse público, ficando resguardado o direito à indenização do edificado. Diga-se que os dois institutos existem com características diversas.

O art. 17 § 2º³² da Lei nº 8.666/93 prevê a possibilidade de dispensa de licitação quando a concessão de direito real de uso se destina a outro órgão ou entidade da Administração. Portanto para os demais casos seria exigível o procedimento licitatório.

A Medida Provisória nº 2.220, de 04 de setembro de 2001, foi publicada para disciplinar a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição Federal.

No art. 1º³³, da referida medida, ficam determinados os requisitos para

³¹ CARVALHO PINTO, José dos Santos. ob. cit., p. 897.

³² Lei nº 8.666, de 21.06.93:

Art. 17....

§ 2º A Administração poderá conceder direito real de uso de bens imóveis, dispensada licitação, quando o uso se destina a outro órgão ou entidade da Administração Pública.

³³ Medida Provisória nº 2.220, de 04.09.2001:

Art. 1º- Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel

conferência do direito. É estabelecido limite temporal da ocupação (30 de junho de 2001) e ratificados os requisitos constitucionais (limite de área, prazo, condições do possuidor) vinculados a incidência da norma. Fica, igualmente, disposto que a concessão será gratuita. Confirmada a situação de direito, a concessão torna-se exigível, perante o ente federativo titular do bem.

Há opiniões contrárias, entendendo que tais disposições atingem bens de titularidade da União, não retirando a eficácia e validade das disposições pré-existentes estipuladas pelos demais entes federativos em relação aos seus bens.

Sundfeld e Câmara³⁴ afirmam que *“a lei deve delinear os principais aspectos do contrato de concessão a ser firmado, prescrevendo sua forma, o processo de outorga, suas cláusulas essenciais, o prazo de duração, a extinção, bem como as responsabilidades do poder concedente e do concessionário em relação ao bem.”*

Por tudo isto é que devemos utilizar os instrumentos de direito público.

Analisemos os instrumentos de utilização dos bens públicos, os quais são diversos e peculiares em relação àqueles de Direito Privado.

A característica da gratuidade na concessão especial para fins de moradia, a qual estava presente no artigo 15 § 1º do projeto, repetido no § 1º do art. 1º da Medida Provisória nº 2.220 não pode prosperar, por respeito ao interesse público e à Constituição Federal.

público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º -A concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º - O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo concessionário mais de uma vez.

§ 3º -Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, na posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

34 Sundfeld, Carlos Ari, e Câmara, Jacintho de Arruda, Ob. Cit., p. 600.

José Rubens Costa³⁵ ao discorrer sobre a dispensa de procedimento licitatório apenas para a doação ao “governo” contrapõe afirmando que:

“A Constituição de 1988, todavia, consagra o Brasil como Estado Democrático de Direito (preâmbulo e art. 1º), assegurando como um de seus fundamentos “a dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III). Constituem, outrossim, objetivos fundamentais da república “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I) e “erradicar a pobreza e a marginalização” (art. 3º, III).

Entre os direitos coletivos, vem o direito à propriedade (art. 5º, caput) ou o direito ao acesso ao domínio, inserido em posição limitativa do próprio direito de propriedade (art. 5º, XXII), este condicionado, ainda, pela função social (art. 5º, XXIII).

É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promover programas de construção de moradia e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (art. 24, IX). “

O Superior Tribunal de Justiça, reafirma a posição doutrinária de regime de direito público dos bens públicos, e a inaplicabilidade das normas civis na sua utilização:

“ADMINISTRATIVO – BENS PÚBLICOS – IMÓVEL – CESSÃO DE USO – REGIME JURÍDICO – NORMAS DE DIREITO PRIVADO – INAPLICABILIDADE. O bem público não está sujeito à legislação civil, não se aplicando aos contratos de locação firmados pela Administração Pública federal, estadual e municipal a Lei de Luvas. Recurso improvido.”³⁶

A autorização de uso “pode incidir sobre qualquer tipo de bem”³⁷,

³⁵ COSTA, José Rubens. Doação de bens municipais a população carente e a lei de licitações, Boletim de Direito Municipal, vol. 12, n. 6, p. 321 a 323, jun. 1996; p. 322.

³⁶ Superior Tribunal de Justiça. RESP 59448/SP. Relator Min. Garcia Vieira. Primeira Turma. Mesmo sentido: RESP 717-SC, RESP 55276/ES, RESP 55565/ES, RESP 55275/ES.

³⁷ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno, 6ª ed., ver. E atual., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002; p. 303.

independe de autorização legislativa específica e de licitação, o prazo de uso é curto, “utilização episódica.”³⁸

Carvalho Filho³⁹ entende que a autorização de uso não atende o interesse público e que o benefício maior é para o autorizatário e que a mesma, se concedida não deve conter prazo certo, tendo em vista a precariedade que favorece a Administração.

A permissão de uso de bem público é ato de caráter precário que não gera direito subjetivo ao permissionário, podendo o Poder Público revogá-la a qualquer tempo sem indenizá-la, segundo a conveniência e oportunidade pública. Há uma coincidência de interesses (público e privado) que levam à permissão, a qual é *intuitu personae*, pois não pode ser transferida a outrem, salvo com o consentimento do permitente, o que configura nova permissão.⁴⁰ Esta fica submetida à adoção de procedimento licitatório ou de processo seletivo que escolha a proposta mais vantajosa para a Administração.

Este instrumento pode ser utilizado, também para programas habitacionais, para cooperativas, apesar da precariedade, conforme decisão do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul:

“BENS PÚBLICOS MUNICIPAIS – PROGRAMAS HABITACIONAIS DE INTERESSE SOCIAL – COOPERATIVAS HABITACIONAIS – PERMISSÃO DE USO – DISPENSA DE LICITAÇÃO – REQUISITOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS

À luz do ordenamento constitucional e da legislação local, o Município pode ceder, na forma de Permissão de Uso, área de terras destinada a Programas habitacionais de Interesse Social para Cooperativas Habitacionais, com a dispensa de licitação prevista no art. 17, inciso I, letra f, da Lei nº 8.666/93,

³⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Ob. cit., p. 765.

³⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos, Ob. cit., p. 891.

⁴⁰ Neste sentido CARVALHO FILHO, José dos Santos, Ob. cit., p. 893/894.

mediante autorização legislativa e prévia avaliação.”⁴¹

Diógenes Gasparini⁴² coloca a permissão e a autorização de uso em igualdade de características, como atos administrativos veiculados por decretos ou portarias, sem qualquer menção ao interesse gerador da utilização exclusiva do bem. Considero equivocado este entendimento igualitário, por entender que a autorização é instrumento que deva ser forma para utilização de lapso temporal curto.

A cessão serve para utilização efêmera dos bens públicos, “como é o caso dos auditórios (para cursos, congressos, conferências, formaturas, por exemplo), teatros (formaturas, apresentações artísticas, por exemplo), salas de aulas (para concursos públicos, congressos, simpósios, por exemplo), de modo gratuito ou remunerado.”⁴³, sempre para órgãos públicos.⁴⁴

A concessão de uso é um contrato, portanto apresenta bilateralidade, o que difere das formas anteriores (atos unilaterais) e admite-se duas espécies: a) a remunerada e b) a gratuita e deve ter prazo determinado, extinguindo-se ao seu termo final.⁴⁵ Diógenes Gasparini acrescenta que a concessão é *intuitu personae*⁴⁶.

A concessão de direito real de uso é um instituto criado pelo Decreto-lei nº 271, de 28.02.67, no seu art. 7º⁴⁷. É um contrato administrativo, de direito real,

41 Processo nº 8854-02.00/99-2 – Interessado: Executivo Municipal de N.H. – Assunto: Consulta – Sessão Plenária de 22.03.2000. REVISTA INTERESSE PÚBLICO – Ano 3, especial sobre licitação, dezembro de 2001, Sapucaia do Sul, Notadez, 2001.

42 GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo, 5ª ed., rev. e ampl., São Paulo, Saraiva, 2000; p. 690.

43 MEDAUAR, Odete, Ob. cit., p. 307.

44 Igual entendimento tem CARVALHO FILHO, José dos Santos, Ob. cit., p. 901/902, sendo que acrescenta a possibilidade de cessão à entidade privada que desempenhe atividade não lucrativa que beneficie a coletividade. E Diógenes Gasparini, Ob. cit., p. 691.

45 CARVALHO FILHO, José dos Santos, Ob. cit., p. 896.

46 GASPARINI, Diógenes, Ob. cit., p. 690.

47 Decreto-lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967:

transmissível por ato *inter vivos* e *causa mortis*.⁴⁸

Carvalho Filho aponta, de forma correta, as vantagens para a Administração Pública, da utilização deste instrumento:

*“A concessão de direito real de uso salvaguarda o patrimônio da Administração e evita a alienação de bens públicos, autorizada às vezes sem qualquer vantagem para ela. Além do mais, o concessionário não fica livre para dar ao uso a destinação que lhe convier, mas, ao contrário, será obrigado a destiná-lo ao fim estabelecido em lei, o que mantém resguardado o interesse público que originou a concessão real de uso.”*⁴⁹

Existem também os instrumentos de Direito Privado que podem ser utilizados: enfiteuse ou aforamento, locação e comodato.

A enfiteuse ou aforamento é a entrega, ao particular, do domínio útil do bem público, mediante o pagamento de uma pensão ou foro anual, valor certo e invariável. O laudêmio é o valor que o enfiteuta deverá pagar pela transmissão do domínio útil, sendo calculado sobre o valor da alienação. Este uso privativo do bem público é chamado enfiteuse e é regulado pelos arts. 678 a 694 do Código Civil/1916 (o

“Art. 7º -É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social.

§ 1º A concessão de uso poderá ser contratada por instrumento público ou particular, ou por simples termo administrativo, e será inscrita e cancelada em livro especial.

§ 2º Desde a inscrição da concessão de uso, o concessionário fruirá plenamente do terreno para os fins estabelecidos no contrato e responderá por todos os encargos civis administrativos e tributários que venham a incidir sobre o imóvel e suas rendas.

§ 3º Resolve-se a concessão antes de seu termo, desde que o concessionário dê ao imóvel destinação diversa da estabelecida no Contrato ou Termo, ou descumpra cláusula resolutória do ajuste, perdendo, neste caso, as benfeitorias de qualquer natureza.

§ 4º A concessão de uso, salvo disposição contratual, transfere-se por ato *inter vivos* ou por sucessão legítima ou testamentária, como os demais direitos reais sobre as coisas alheias, registrando-se a transferência.”

⁴⁸ GASPARINI, Diógenes, Ob. cit., 692; CARVALHO FILHO, José dos Santos, Ob. cit., p. 896/897.

⁴⁹ CARVALHO PINTO, José dos Santos. Ob. cit., p. 897.

Novo Código Civil não fala em enfiteuse, apenas em direito de superfície, concessão do uso, art. 1.369 a 1.377).

Este instituto de Direito Civil poderia ter seu uso dispensado, por inadequação e desnecessidade. A “perpetuidade” desatende o interesse público e imobiliza o patrimônio público, o qual deve estar sob a gerência da Administração. Concordo com Hely Lopes Meirelles, quando afirma que poderíamos utilizar outros instrumentos “mais simples e eficazes”⁵⁰.

A locação não é o meio mais usual e adequado à transferência da posse de um bem público, contudo não há vedação constitucional para que tal ocorra. O mesmo ocorre com o comodato, sendo que este “é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis” (art. 1.248, Código Civil/1916; art. 549 do Novo Código).

O regime dos bens exige que os instrumentos sejam de direito público. O Superior Tribunal de Justiça já analisou este tema:

“ADMINISTRATIVO. CONTRATO INTITULADO ‘DE LOCAÇÃO’, FIRMADO PELA ADMINISTRAÇÃO E POR PARTICULAR. NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE USO. REGRAS APLICÁVEIS: DE DIREITO PÚBLICO. RECURSO NÃO CONHECIDO.

I – Ainda que tenha sido intitulado “contrato de locação”, o acordo firmado entre a Administração e o particular para a instalação de lanchonete em rodoviária municipal, configura concessão de uso, dando ensejo à aplicação das regras de Direito Público não da legislação civil.

II – Recurso especial não conhecido. “Manutenção “ das decisões proferidas nas instâncias ordinárias.” (RESP 717/SC)⁵¹

Apesar da não vedação à utilização destes instrumentos e Direito Privado,

⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. ob. cit., p. 491.

⁵¹ Superior Tribunal de Justiça. RESP 717/ SC. Data de julgamento: 11/12/1997. Segunda Turma. Min. Relator Adhemar Maciel.

há que se dizer sobre a inconveniência de tratar o bem público como se fosse privado.

Em Recurso Especial interposto por J.R.S. Guimarães e Companhia Ltda. contra a Empresa Brasileira de Infra Estrutura Aeroportuária – INFRAERO⁵², o Superior Tribunal de Justiça assim decidiu:

“Administrativo – Empresa Pública e Empresa Privada como Contratantes – Ajuste Tendo por Objeto Bem Imóvel da União Federal – Natureza Jurídica do Contrato – Retomada do Uso – Constituição Federal, arts. 37 e 173, § 1º - Lei 8.666/93 (arts. 1º e 54) – Dec. Lei 299/67.

I - A empresa pública, de finalidade e características próprias, cujos bens são considerados públicos, sujeita-se aos princípios da Administração Pública, que são aplicáveis para as suas atividades fins, bem apartadas do Direito Privado. A rigor, a sua função administrativa consiste no dever do Estado, com regime jurídico-administrativo, com regras próprias e prevalecentemente de Direito Público. Os contratos que celebra têm por pressuposto lógico o exercício de função pública. Soma-se que a empresa pública está inscrita no capítulo apropriado à Administração Pública (art. 37, Constituição Federal).

2 - A remuneração pelo uso de bem público não configura aluguel e o disciplinamento do ajuste, firmado entre empresa pública e a particular, não submetendo às normas ditadas à locação comum, mas sob os albores do Direito Público. Forçando, caso admitida a locação, mesmo assim, não escaparia dos preceitos de Direito Público (arts. 1º e 54), Lei 8.666/93).

3 - Na alcatifa de contrato administrativo, extinto o prazo e justapostos o seu objeto e especificações, mostra-se incensurável o vergastado acórdão.

4 - Recurso improvido.” (RESP 55.565-5/ES)

Os instrumentos públicos, que viabilizam a utilização dos bens públicos por particulares, respeitam as características e os princípios de direito administrativo por isto a adequação na sua utilização.

⁵² Superior Tribunal de Justiça. RESP 55565-5/ES. Data do julgamento: 01/06/1995, Primeira Turma.

J. Cretella Júnior,⁵³ quando fala acerca do instituto da desapropriação afirma que:

“o interesse público prepondera sobre o interesse privado – eis o grande princípio que informa o instituto expropriatório, em todas as épocas e em todos os países. Quer se trate de necessidade ou de utilidade pública, quer se trate de interesse social, o fundamento expropriatório é não individual, mas social, coletivo, público, em qualquer de suas modalidades.(os grifos são do autor)

Desta forma concluo que é defensável o posicionamento da desnecessidade de procedimento licitatório quando a finalidade do uso é a manutenção do uso com fins habitacionais.

A Lei Complementar nº 101 de 04 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) ao tratar da preservação do patrimônio público (Seção II) no Capítulo VIII – Da Gestão Patrimonial, deixa claro que o administrador público não pode destinar a receita obtida com a venda de bens públicos para o cumprimento de despesas correntes (art. 44).⁵⁴

A determinação desta norma apresenta lógica incontestável pois, atendendo ao princípio constitucional da moralidade e da impessoalidade, não permite que o administrador transforme o patrimônio público em pecúnia para depois perdê-lo. O administrador estaria diminuindo o patrimônio do ente que está sob sua responsabilidade.

“Permissão de uso

Autorização de uso

⁵³ CRETELLA JR., José, Comentários às Leis de Desapropriação, p. 22

⁵⁴ Lei Complementar nº 101, de 04.05.2000:

“**Art. 44.** É vedada a aplicação da receita de capital derivada da alienação de bens e direitos que integram o patrimônio público para o financiamento de despesa corrente, salvo se destinada por lei aos regimes de previdência social, geral e próprio dos servidores públicos.”

Concessão de direito real de uso”

A concessão de direito real de uso é um instituto criado pelo Decreto-lei nº 271, de 28.02.67, no seu art. 7º⁵⁵, podendo ser utilizado na transmissão da posse direta de bens públicos ou privados, de forma gratuita ou remunerada, visando dar cumprimento à função social do bem na cidade onde se localiza. A nomenclatura ali colocada é concessão de uso, mas pelas características definidas nos parágrafos, vê-se que se trata do que, adiante, a doutrina chamaria de concessão de direito real de uso. É um contrato administrativo, de direito real, transmissível por ato inter vivos e causa mortis⁵⁶.

3. Conclusão.

Após estas rápidas análises, impõem-se as seguintes conclusões:

a) A utilização do bem público tem instrumentos específicos. A autorização, a permissão, a cessão a concessão de uso e a concessão de direito real de uso, são os instrumentos possíveis para a disponibilização temporária à outrem que não o titular do bem;

⁵⁵ Decreto-lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967:

“**Art. 7º** - É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social.

§ 1º A concessão de uso poderá ser contratada por instrumento público ou particular, ou por simples termo administrativo, e será inscrita e cancelada em livro especial.

§ 2º Desde a inscrição da concessão de uso, o concessionário fruirá plenamente do terreno para os fins estabelecidos no contrato e responderá por todos os encargos civis administrativos e tributários que venham a incidir sobre o imóvel e suas rendas.

§ 3º Resolve-se a concessão antes de seu termo, desde que o concessionário dê ao imóvel destinação diversa da estabelecida no Contrato ou Termo, ou descumpra cláusula resolutória do ajuste, perdendo, neste caso, as benfeitorias de qualquer natureza.

§ 4º A concessão de uso, salvo disposição contratual, transfere-se por ato inter vivos ou por sucessão legítima ou testamentária, como os demais direitos reais sobre as coisas alheias, registrando-se a transferência.”

⁵⁶ GASPARINI, Diógenes, ob. cit., p. 692; CARVALHO FILHO, José dos Santos, ob. cit., p. 896/897.

b) Para definir o instrumento a ser utilizado, há que se considerar a quem se dá o uso, o lapso de tempo deste uso, a característica física do bem, a melhor forma de retomada do bem (conforme os preceitos de direito administrativo) e a retribuição para tal uso, podendo ser ato ou contrato administrativo dependendo de sua configuração;

c) Os instrumentos de Direito Civil possíveis, ofendem o interesse público, não convindo à Administração Pública utilizá-los em face da, necessária, defesa do seu patrimônio.

d) a concessão de direito real de uso, em verdade, surgiu no Decreto-lei nº 271 (art. 7º), apesar da denominação do instituto estar posta como concessão de uso; sendo que este instrumento tem três espécies: 1) para fins industriais; 2) para fins comerciais; 3) para fins de moradia; assim a concessão do direito real de uso para fins de moradia é espécie do gênero concessão do direito real de uso;

e) cada espécie de concessão de direito real de uso guarda especificidades ligadas às suas finalidades, sendo que cada uma delas, respeitando a diretriz geral posta pela legislação federal, deverá receber orientação legislativa de seu ente-proprietário, o que garantirá a orientação conforme a política local, e favorecerá o cumprimento do fim pretendido;

f) Sempre que o Município, suas entidades estatais, autárquicas, fundacionais e empresas governamentais pretenderem entregar um bem de sua titularidade para uso específico, deverá utilizar-se da concessão de direito real de uso, inclusive em substituição à doação com encargo;

g) a concessão de direito real de uso para fins de moradia, veio dar efetividade ao direito fundamental à moradia, lembrando o Poder Público que também é

sua obrigação respeitar a função social da propriedade, mormente do imóvel urbano, bem como, o direito fundamental da dignidade da pessoa humana. No entanto, sendo espécie, não é necessária a criação de nova regulamentação;

h) a legislação local respeita, de forma mais adequada, aos princípios constitucionais do art. 37, “caput”;

i) a Medida Provisória nº 2.220 afronta os arts. 183, § 3º e art. 1º da Constituição Federal de 1988, quando pretende ser respeitada, por todos os entes da federação e quando determina que a concessão de direito real de uso seja, obrigatoriamente, gratuita, desconfigurando o instituto para usucapião de posse.