

RELATÓRIO PRÉVIO Nº 515/95

AUDITORIA GERAL – AUDITOR LUIZ ARCOVERDE C FILHO
PROCESSO TC Nº 9504349-4;

ASSUNTO: CONSULTA

ORIGEM: CÂMARA MUNICIPAL DO RECIFE;

CONSULENTES: DJALMA PAES, JOÃO PAULO E PAULO RUBEM
(DEPUTADOS ESTADUAIS); DILSON PEIXOTO,
SÉRGIO LEITE, NELSON BORGES, PAULO DAN-
TAS E PAULO MARCELO (VEREADORES);

RELATOR: CONS. ANTÔNIO CORRÊA.

I

A consulta em epígrafe versa sobre a utilização de bens públicos por particulares. Foram formuladas 3 questões, a saber:

1. O contrato de permissão de uso de bem público com particular não notificado no tempo avençado ou na sua extinção natural, permanecendo o bem na posse do permissionário, confere a este o direito subjetivo à prorrogação do ajuste, motivado pela inércia do Poder Público, resultando na alteração fundamental da condição do negócio jurídico ajustado?
2. O uso, por particulares, da área de circulação de imóvel destinado ao serviço público é sempre em caráter precário, caracterizada a outorga, a título da unilateral autorização desse uso? E, como tal, revogada, unilateralmente e a qualquer tempo, sem ônus para a Administração Pública?
3. Os permissionários de uso dos boxes dos mercados públicos municipais subordinam-se ao processo licitatório para assegurarem a manutenção desses espaços públicos?

II

Antes da proposta de resposta objetiva à consulta formulada, necessário se faz tecermos algumas considerações preliminares com o intuito de familiarizarmos com a matéria, que apresenta conotações bastante sutis.

Inicialmente, tentando evitar confusões, cabe-nos diferenciar a matéria da consulta com a prestação de serviços públicos, sob a forma de concessão ou permissão, por particulares, prevista no artigo 175 da Constituição Federal, mediante cobrança de tarifas. São fartos os exemplos de serviços públicos prestados por particulares, mediante pagamento de

tarifas: transporte rodoviário, energia elétrica, telefone, gás, entre muitos outros.

O assunto da consulta, no entanto, é o de utilização de bens públicos e não a prestação de serviços públicos por particulares.

O Código Civil em seu artigo 66 classifica os bens públicos em três modalidades:

- **Bens de uso comum do povo:** destinados ao uso coletivo por sua própria natureza, como as ruas, as estradas, os mares, os rios e praças;
- **Bens de uso especial:** os que a Administração utiliza aplicados a serviços para consecução de seus objetivos, como os edifícios de repartições públicas;
- **Bens dominiais:** os que constituem o patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal ou real.

De se notar que as duas primeiras modalidades têm como característica a destinação pública, diferentemente da terceira modalidade, onde não há destinação pública. As primeiras pertencem ao domínio público do Estado, por consequência são indisponíveis, ao passo que a última pertence ao domínio privado do Estado, sendo, portanto, disponíveis.

Nem sempre é fácil diante de um bem público classificá-lo em uma das modalidades supramencionadas, notadamente quando se trata de bens que não são utilizados diretamente pela Administração a exemplo de mercados públicos, aeroportos, terminais rodoviários e cemitérios. Esta dificuldade se encerra se dermos um sentido amplo ao termo “serviço” presente no art. 66, II do Código Civil, que trata dos bens de uso especial, para abranger não só o bem utilizado diretamente pela Administração, bem como toda a atividade de interesse geral exercida sob autoridade ou sob fiscalização do poder

público, inclusive exercida por particular. Ademais, quanto ao regime jurídico, estes bens em nada se diferenciam dos utilizados diretamente pela Administração para execução dos serviços públicos. Sob este prisma os mercados públicos, os aeroportos, os terminais rodoviários e os cemitérios classificam-se em bens públicos de uso especial.

Registre-se que todas as modalidades de bens públicos podem ser objeto de uso por particulares. Esta utilização por particulares podem ser classificadas de duas formas: **normal ou anormal e comum ou privativa**.

O uso do bem público por particular classifica-se em normal ou anormal de acordo com a conformidade ou não da utilização com o destino principal a que o bem está afetado. O **uso normal** é o que se exerce de conformidade com a destinação principal do bem, e o **uso anormal** é o que atende a finalidades diversas ou acessórias. Podemos citar como exemplo de um uso normal a utilização de áreas delimitadas de um mercado público para comercialização de produtos, e como exemplo de um uso anormal a mesma utilização em uma área de um terminal rodoviário ou aeroporto. A finalidade precípua de um mercado público é a comercialização, o que não acontece com aeroportos e terminais rodoviários. Ressalte-se que as utilizações anormais só devem ser consentidas na medida em que sejam compatíveis com o fim principal a que o bem está afetado, ou seja, desde que não prejudiquem o uso normal do bem.

É justamente a utilização anormal ou normal de um bem público que deverá nortear a adoção de um título jurídico mais precário, a **permissão de uso**, que possibilita à Administração revogar a outorga ou particular, uma vez verificada a sua incompatibilidade com a utilização normal, no caso de uso anormal, ou a adoção de um título jurídico mais estável, que vem a ser a **concessão de uso**, no caso de uso normal, como veremos em seguida.

A classificação em comum ou privativo resulta do critério de exclusividade ou não do uso, combinado com a necessidade ou não de consentimento expresso da Administração. O **uso comum** é que o se exerce, em igualdade de condições, por todos os membros da coletividade e o **uso privativo** é o que a Administração Pública confere a particular para que o exerça, com exclusividade, sobre parcela de bem público.

Para fim de uso privativo de um bem público de uso comum ou de uso especial, os instrumentos jurídicos possíveis são a **autorização, a permissão e a concessão de uso**. Na hipótese de bens dominiais são permitidos títulos privados, a exemplo de locação, comodato e arrendamento. Registre-se que a matéria concernente a autorização, permissão e concessão de uso não está sistematizada no direito positivo, salvo algumas hipóteses específicas. É na doutrina que encontramos as diferenças entre os três tipos de utilização.

Para distinguir os instrumentos, que apresentam fronteiras muito tênues, acarretando muitas dificuldades, valho-me das lições dadas com grande maestria pela administrativista Maria Sylvania Zanella di Pietro (Direito Administrativo, 1992: 388).

No conceito da renomada Mesta **Autorização de uso** é o ato administrativo unilateral e discricionário, pelo qual a Administração consente, a título precário, que o particular se utilize de bem público com exclusividade.

A utilização não é conferida com vistas à utilidade pública, mas no interesse privado do utente. Aliás, essa é uma das características que distingue a autorização da permissão e da concessão.

Por sua vez, a **Permissão de uso** é o ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta a utilização privativa de bem público, para fins de interesse público.

Sendo ato precário, revela-se mais adequado nos chamados usos normais em que a utilização privativa, embora com vistas a fim de natureza pública, está em contraste com a afetação do bem ou com sua destinação principal. É precisamente esse contraste do uso privativo com a afetação que exige seja imprimida precariedade ao ato de outorga.

Por fim nos ensina a autora: Concessão de uso é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a utilização privativa de bem público, para que a exerça conforme a sua destinação.

A concessão é o instituto empregado, preferentemente à permissão, nos casos de utilização normal de bem público, bem como nos casos em que a utilização objetiva o exercício de atividades de utilidade pública de maior vulto e, por isso mesmo, mais onerosas para o concessionário.

Malgrado a permissão de uso se caracterizar

pela precariedade da outorga, ocorre na prática casos de permissão de uso com prazos estabelecidos, que confere ao beneficiário a mesma estabilidade que decorre da concessão, inclusive, quanto a possíveis indenizações em caso de revogação de permissão antes do prazo preestabelecido. Trata-se, portanto, de uma permissão de uso apenas na forma e de uma concessão de uso de fato. Os dois institutos neste caso se assemelham.

Releva destacar que anteriormente se fazia também a distinção entre a concessão de uso e a permissão de uso no que se refere a exigência de processo licitatório. O Decreto-Lei nº 2.300/86, que regia as licitações até pouco tempo atrás, no seu art. 21, § 1º fazia referência a necessidade de instauração de uma concorrência para a concessão de uso e silenciava quanto à permissão de uso, o que deu margem a interpretação de que para a permissão de uso era dispensável a licitação, enquanto para a concessão de uso a licitação era exigível na modalidade de concorrência.

Esta diferenciação caiu por terra com o advento da Lei nº 8.666/93, atualizada pela Lei nº 8.883/94. Com efeito, a partir desse diploma legal, a permissão de uso se equipara a concessão de uso quanto à necessidade de instauração de processo licitatório. Dispõe o artigo 2º da Lei nº 8.66/93 que tanto as concessões quanto as permissões serão necessariamente precedidas de licitação. Portanto, a regra agora é a licitação tanto para permissão como para a concessão de uso. Logicamente a licitação só será possível quando houver viabilidade de competição e quando for possível aferir a proposta mais vantajosa para a Administração.

III

Feitas estas considerações, passemos a resposta de cada uma das questões da consulta.

1ª QUESTÃO

A resposta do primeiro questionamento está condicionada a forma em que foi concedida a permissão de uso do bem público ao particular.

A princípio, como vimos, a permissão de uso é ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração concede a um particular a utilização de um bem público. Como

ato precário, pode ser revogado a qualquer momento, quando o seu uso se tornar contrário ao interesse público. Nestas condições, a revogação da outorga, a princípio, não acarreta quaisquer implicações jurídicas para a Administração, a exemplo de indenização. A princípio porque nada impede que os permissionários destituídos sentindo-se lesados reclamem perante o Judiciário possíveis direitos, cabendo a este a decisão final sobre a lide.

Diferente é a situação caso a permissão tenha sido concedida com caráter de estabilidade, com estipulação de prazos e sob a forma de um contrato, assemelhando-se a uma concessão de uso. Nesta hipótese, saltam aos olhos a possibilidade de indenização ao permissionário em caso de revogação antes do prazo estabelecido e em caso de descumprimento de cláusulas contratuais.

A inércia da Administração em reaver o bem, após o decurso do prazo estipulado, não acarreta prorrogação do ajuste, por constituir mera tolerância. Entretanto, enquanto o permissionário permanecer na posse do bem deve cumprir com as obrigações preestabelecidas.

2ª QUESTÃO

A utilização de uma área de um bem público por particulares pode ser objeto de uma permissão de uso ou de uma concessão de uso. Esta com caráter de estabilidade formalizada através de um contrato e aquela com caráter de precariedade, unilateralidade e menos estabilidade, podendo ser revogada a qualquer tempo.

O instrumento da permissão de uso é recomendável nas hipóteses de utilização anormal de um bem público, ou seja, quando a utilização do bem visa a finalidade diversa ou acessória da destinação principal do bem. Tal instrumento permite com mais facilidade a revogação da outorga ao particular quando verificada a sua incompatibilidade com a utilização normal. É o exemplo da utilização de áreas de um terminal rodoviário ou de um aeroporto por particulares para comercialização.

Por sua vez, a concessão de uso é a forma indicada na hipótese de utilização normal de um bem público, ou seja, quando há uma perfeita consonância da utilização pelo particular com a finalidade principal do bem. Um exemplo bastante claro é a

utilização por particulares de boxes de um mercado público para comercialização.

3ª QUESTÃO

A utilização de boxes de mercados públicos está sujeita a processo licitatório nos termos do art. 2º da Lei nº 8.666/93 com alterações introduzidas pela Lei nº 8.883/94. A instauração de processo licitatório

visa a assegurar igualdade de oportunidades a todos os eventuais interessados na utilização do bem público.

É o relatório.

Recife, 24 de julho de 1995

Luiz Arcoverde C. Filho

Auditor