



REQUISITOS E LIMITAÇÕES PARA A EXIGÊNCIA DE PAGAMENTO PELO USO DE BENS PÚBLICOS POR PARTICULARES

*Carlos César Sousa Cintra**
*Stephane Hilda Barbosa Lima***

Resumo

O presente artigo visa identificar os requisitos necessários para instituição de pagamento pelo uso dos bens públicos por particulares, buscando a delimitação dos parâmetros para a fixação destes valores dependendo do tipo de uso exercido. Para tanto, a análise será realizada a partir do estudo dos tipos de bens públicos e de seus modos de gestão, sempre tendo em mente a garantia à devida legalidade e a busca pela efetivação dos direitos fundamentais, especialmente o da isonomia e o da conservação do patrimônio público.

Palavras-chave

Bens Públicos. Requisitos para pagamento. Limitações na cobrança. Uso por particulares.

REQUIREMENTS AND LIMITATIONS TO THE PAYMENT BY THE USE OF PUBLIC PROPERTY FOR INDIVIDUALS

Resumo

This article aims to identify the requirements for the use of public goods payment institution, seeking the definition of the parameters for setting these values depending on the type of use exercised by the individual. Therefore, the analysis will be carried out from the study of the types of public goods and their modes of management, always keeping in mind the principle of legality and the search for the realization of fundamental rights, especially the isonomy and the conservation of public property.

Keywords

Public Goods. Requirements for payment. Limitations in the collection. Uses by individuals.

* Doutor e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Adjunto da Universidade Federal do Ceará. Professor da Graduação e Pós-graduação da Unichristus. Professor Conferencista do IBET – Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Membro do ICET – Instituto Cearense de Estudos Tributários. Advogado em Fortaleza.

** Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Pós-graduada *lato sensu* em Direito Tributário pela Escola Jurídica – Juris. Membro Efetivo da Sociedade de Debates da UFC. Advogada.

1. INTRODUÇÃO

Sabe-se que algumas vezes o Poder Público exige a remuneração pelo uso de bens públicos por particulares, de acordo com o interesse da Administração, afastando assim a gratuidade no uso dos bens que são de todos.

De fato, o artigo 103 do Código Civil de 2002 já prescreve a possibilidade do uso comum dos bens públicos ser gratuito ou remunerado, a critério da entidade cuja administração pertencerem.

Entretanto, cumpre-nos questionar se haveria limites legais e constitucionais para a instituição de contraprestação pelo uso de bens públicos. Afinal, todo e qualquer uso de bem público poderá vir a ser remunerado? Quais seriam os critérios para distinguir aqueles os quais o uso deve sempre ser gratuito daqueles os quais poderão ensejar a cobrança de pagamento? E, por fim, haveria limite para a instituição de tal preço ou a administração poderá fixá-lo no montante que desejar?

Todas estas perguntas são importantes para que seja viável o controle da população às decisões dos entes que administram os bens públicos, sob pena de restarmos à mercê da vontade do administrador que, sob a justificativa genérica de proteger o vago conceito de interesse público, institui preço pelo uso da coisa pública sem qualquer razão que o justifique, senão unicamente com objetivo de aumentar sua arrecadação de forma escusa, atingindo ilegalmente o patrimônio do particular.

Diante disso, o objetivo deste trabalho é analisar as razões legais e constitucionais que ensejam a possibilidade de cobrança pelo uso de bem público por particular de modo a indicar possíveis parâmetros para a fixação de tais valores.

Para tanto, inicialmente faremos uma explanação acerca do conceito e da classificação dos bens públicos, diferenciando-os segundo a sua afetação ao interesse público.

Posteriormente, analisaremos o modo como se dá a gestão dos bens submetidos ao regime jurídico de direito público quanto ao seu uso por particulares, estabelecendo a distinção entre o uso comum ordinário, o uso comum extraordinário e o uso privativo.

Noutro instante procuraremos identificar os diversos instrumentos de outorga para enfim perquirir sobre as funções, os limites e a natureza da remuneração no caso de uso privativo e no de uso comum.

Por fim, a metodologia utilizada baseou-se em estudo descritivo analítico desenvolvido através de pesquisa, principalmente, bibliográfica, jurisprudencial, com ênfase nos julgados preferidos pelos Tribunais Superiores e Legislativa.

2. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DE BENS PÚBLICOS

O Código Civil de 2002, em seu art. 98, estabeleceu que são bens públicos todos aqueles que pertencem ao patrimônio das pessoas jurídicas de direito público interno, e particulares todos os outros, independentemente da pessoa a que pertencerem¹.

Marçal Justen Filho acrescenta ainda alguns requisitos para se identificar um bem como público². Segundo ele, deve ser atribuída ao Estado a propriedade daqueles bens que sejam necessários ao desempenho das funções públicas, assim como aqueles mercedores de proteção especial, os quais, por seus atributos especiais exigem um regime diferenciado do direito privado. São exemplos desses últimos bens as nascentes das águas e as terras indígenas, cuja preservação da primeira visa assegurar a perpetuação dos homens e da segunda, a cultura aborígene³.

Quanto às possíveis classificações, o art. 99, do Código Civil de 2002, apresenta três modalidades de bens distinguindo-os conforme sua afetação ao interesse público, a saber: a) os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; b) os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; c) os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades⁴.

Observa-se que o predito dispositivo da lei oferece apenas exemplos de cada espécie, sem, entretanto, fornecer-lhes os seus fundamentos, o que importa admitir que se transferiu à doutrina o labor de definir conceitualmente cada uma dessas espécies.

¹ Para Hely Lopes Meirelles, “bens públicos, em sentido amplo, são todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e empresas governamentais”. **Direito Administrativo Brasileiro**, 34. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 526.

² **Curso de Direito Administrativo**, 5.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1044.

³ *Ibid.*, p. 1045.

⁴ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quanto ao referido critério de classificação, ensina: “O critério dessa classificação é o da destinação ou afetação dos bens: os da primeira categoria são destinados, por natureza ou por lei, ao uso coletivo; os da segunda ao uso da Administração, para consecução de seus objetivos, como os imóveis onde estão instaladas as repartições públicas, os bens móveis utilizados na realização dos serviços públicos [...]; os da terceira não têm destinação pública definida, razão pela qual podem ser aplicados pelo poder público, para obtenção de renda; [...] Já se nota, por essas características, um ponto comum – a destinação pública – nas duas primeiras modalidades, e que as diferencia da terceira, sem destinação pública”. **Direito Administrativo**, 26. ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 732.

Bens de uso comum do povo ou do domínio público são aqueles abertos à utilização pública concorrente⁵, ou seja, colocados à fruição direta e imediata pelo povo⁶, de modo harmonioso e igualitário⁷.

Aquele uso comum pode ser consoante a destinação própria (ou principal) do bem, sem a imposição de qualquer restrição (calçadas para a circulação de pedestres, *ad exemplum*), ou segundo suas destinações secundárias (praça para realização de eventos culturais, *verbi gratia*).

Tratando-se de bens de uso comum do povo, o Estado tem a possibilidade de gerir, mas não poderá deles dispor, gozar ou alienar como desejar, já que tais tipos de bens devem sempre servir à destinação pública (principal ou secundária).

Entretanto, o Poder Público poderá administrar e proteger esses bens, seja restringindo seu uso, ou até mesmo impedindo-o se tal ação tiver por consequência uma maior proteção do interesse social, devidamente justificado⁸.

Os bens de uso especial ou do patrimônio administrativo são aqueles destinados especialmente à execução de serviços públicos, constituindo o aparelhamento administrativo do Estado voltado à realização dos seus fins, sendo também denominados de bens patrimoniais indisponíveis.

⁵ Diógenes Gasparini assinala que “o uso e gozo desses bens é permitido a qualquer ser humano, sem distinção entre nacionais e estrangeiros, entre pessoas físicas ou jurídicas, ou entre pessoas públicas ou privadas”. **Direito Administrativo**, 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 884.

⁶ Cf. Odete Medauar, **Direito Administrativo Moderno**, 13. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 247.

⁷ Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, **Curso de Direito Administrativo**, 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 916.

⁸ Georges Abboud alerta que o ato administrativo não poderá ser justificada a restrição a um direito fundamental sob a justificativa genérica de proteção ao interesse público, que carece de completude de sentido. Nestes termos: “X. A restrição dos direitos fundamentais pode estar constitucionalmente autorizada e fundamentada em interesse social, mas não no interesse público. Isso ocorre porque a decretação do “interesse público” é um ato arbitrário do Estado que, como um Midas, coloca o selo de “público” em tudo o que toca. Nesse cotejo, do ponto de vista prático seria complicado conseguir demonstrar que determinada restrição não atende o interesse público contra justamente o instituidor e o principal beneficiário da restrição. Ao contrário, o interesse social demanda justificativa exaustiva por parte do Poder Público quando determinar a restrição a algum direito fundamental, haja vista que terá de demonstrar, pormenorizadamente, quais os direitos fundamentais que serão beneficiados com a medida e qual o dispositivo constitucional autorizativo da referida restrição. XI. No Estado Constitucional, não há mais espaço para o ato administrativo puramente discricionário. A discricionariedade não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, uma vez que todo ato do Poder Público, principalmente aquele restritivo de direitos, deve ser amplamente fundamentado, expondo com exatidão os fundamentos fático-jurídicos a fim de demonstrar porque aquela escolha da Administração Pública é a melhor possível.” *in* Georges Abboud, O mito da supremacia do interesse público sobre o privado: a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos fundamentais para se autorizar restrição a direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 907, pág. 61, maio/2011 | DTR\2011\1443.

De se destacar que enquanto na primeira espécie o bem era destinado, em regra, ao uso de todos, indistintamente, no caso dos bens de uso especial é o próprio Poder Público quem irá utilizá-lo para a consecução de suas atividades administrativas.

José dos Santos Carvalho Filho acrescenta alguns exemplos à lista de bens de uso especial, como: as escolas e universidades públicas; os hospitais; aeroportos; museus; os veículos oficiais utilizados pelos órgãos públicos, dentre outros⁹.

Conforme se observa, por vezes o particular poderá utilizar bem de uso especial, quando estiver usufruindo de serviço público, *exempli gratia*. Entretanto, tal uso deverá observar as condições previamente fixadas pela pessoa pública interessada, como o horário de funcionamento da repartição ou o acesso restrito a certos locais, visando sempre proteger o interesse social.

Imagine-se a hipótese esdrúxula de ingressarem mil pessoas simultaneamente para atendimento em determinada repartição. Por mais que todas tenham direito a um atendimento de celeridade de qualidade, para que a prestação do serviço seja realizada de eficiente, necessário será a imposição de uma limitação, como, por exemplo, a necessidade de se realizar agendamento prévio para o atendimento.

Por fim, **os bens dominicais ou do patrimônio disponível** são aqueles que não possuem uma destinação pública definida, nem um fim administrativo específico. Compõe o patrimônio disponível do Estado, permanecendo à disposição da Administração para qualquer uso ou alienação, na forma que a lei autorizar.

Nessa última categoria encontram-se todos aqueles bens que não pertencem às outras acima. Ressalte-se que os bens públicos dominicais, diferentemente dos outros dois, submetem-se a “um regime jurídico de direito privado parcialmente derogado pelo direito público”¹⁰.

Marçal Justen Filho atenta que não se pode atualmente vincular o regime jurídico dos bens dominicais ao regime exclusivamente privado, uma vez que o Estado não detém o bem público como um privilégio a ele concedido, mas, a partir do surgimento do Estado de Direito, o bem público deve ser sempre instrumento de efetivação dos direitos fundamentais¹¹.

Portanto, não pode o Estado valer-se de seu bem da forma que lhe aprouver, ainda que componha o seu patrimônio disponível e não esteja voltado à destinação específica. Deve sempre ser considerada a utilidade pública

⁹ **Manual de Direito Administrativo**, 25. ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 1130.

¹⁰ Cf. Maria Sylvania Zanella Di Pietro, **Direito Administrativo**, 26. ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 740.

¹¹ **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1047.

daquele bem, mesmo que seja através de sua exploração econômica para o levantamento de fundos voltados ao custeio da Administração.

3. REGIME DE UTILIZAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS

A doutrina pátria¹² e estrangeira¹³ reconhece que são diversas as formas de uso dos bens públicos, especialmente os imóveis. Aos estreitos fins deste estudo interessa apenas examinar os modos de uso dos referidos bens públicos pelos particulares em suas diferentes utilidades.

3.1. Uso dos bens públicos por particular

Hodiernamente, a utilização dos bens públicos por particulares é a forma mais adequada para expressar o fim social do bem público. Não se deve mais pensar que o domínio estatal tenha de ser protegido em si mesmo, como ocorria com os bens da coroa real no período da monarquia. Esse domínio estatal necessita sempre ser considerado como um instrumento de efetivação dos direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente.

É nessa perspectiva que Marçal Justen Filho afirma que os bens públicos devem ser utilizados no máximo de seu potencial, devendo a Administração apenas regular tal uso para sempre atender ao seu fim geral, qual seja, o bem-estar de toda a comunidade¹⁴. O citado autor reconhece que há alguns bens que, para uma maior efetivação de direitos fundamentais, melhor seria a não utilização desregrada, ou que o sejam em condições limitadas, mas impedir-lhes o uso não deixa de ser também uma proteção à coletividade em alguns casos¹⁵.

¹² Acerca disso, Ruy Cirne Lima menciona três tipos de “meios de ação” dos bens públicos: “a) postos à disposição de todos os indivíduos; b) postos à disposição de algum ou alguns dos indivíduos, quando, de sua utilização por este possa advir, ou se presume advir proveito geral; c) recusados aos indivíduos, isoladamente ou em coletividade, para serem somente utilizados pela sociedade mesma, por intermédio do estado, ou de outra pessoa administrativa”. **Princípios de Direito Administrativo**, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 192.

¹³ Cf. Renato Alessi, **Instituciones de derecho administrativo**, Barcelona, Bosch, 1970, t. I.

¹⁴ Marçal Justen Filho, **Curso de Direito Administrativo**, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1047.

¹⁵ “Portanto, pode-se aludir a uma espécie de ‘função social dos bens públicos’ similar àquelas que se reconhece relativamente ao patrimônio privado. A função social dos bens públicos é incompatível com sua ociosidade e implica sua natureza instrumental para a realização dos fins impostos ao Estado. É verdade que, como apontado acima, existem alguns bens cuja fruição é vedada, precisamente porque seu uso conduziria à sua destruição. Excluídos os bens destinados à preservação, todo o restante do patrimônio estatal deve ser explorado de modo mais intenso possível”. **Curso de Direito Administrativo**, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1047.

Em síntese, cabe ao poder público disciplinar o uso, de sorte que este seja feito da forma mais intensa possível, mas mantendo absoluta compatibilidade com sua destinação pública.

O tema abordado comporta divergências doutrinárias, tendo em vista a quantidade de usos variados que são admitidos por cada bem, de modo que cada modalidade de utilização deve ser submetida a regime jurídico diverso, adaptado às características de cada aproveitamento do domínio público.

Essa discepção advinda das possibilidades existentes faz surgir classificações diferentes para cada autor. Entretanto, não será estudada a escolha de cada autor por uma ou outra denominação. O foco dirigirá-se aos princípios básicos utilizados para a fixação de critérios que permitam a distinção do uso e do regime jurídico aplicado à espécie.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro identifica os critérios fundamentais que dão origem às diversas formas de classificação¹⁶. Segundo a autora, dois são os traços necessários para se distinguir o uso realizado. O primeiro deles é o critério da exclusividade ou não do uso combinado à necessidade ou não de título jurídico para seu exercício, o que origina a modalidade do uso privativo e do uso comum. O segundo é o critério da conformidade ou não do uso com o destino principal do bem, permitindo a distinção entre uso normal e anormal.

Nesse ponto, cabe desde já esclarecer que o modo de utilização do bem não se confunde com a espécie de bem em si. Cada um dos bens, de uso comum, especial ou dominical, pode sujeitar-se, ao mesmo tempo, a mais de uma forma de utilização. O bem de uso comum do povo, por exemplo, uma praça, pode ser objeto de uso comum, quando o cidadão realiza caminhadas matinais e, simultaneamente, suporta a utilização privativa do dono de uma banca de revistas naquele mesmo espaço público.

É importante atentar para o seguinte: a denominação “bem de uso comum do povo” não deve conduzir à errônea interpretação de que estes bens apenas poderiam ser alvo de uso comum.

Caso a utilização privativa não prejudique ou impeça a consecução do fim principal a que o bem está afetado, é plenamente possível a simultaneidade do uso, cada qual sujeito a regime jurídico próprio, em concordância com o entendimento esposado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁷.

Nos próximos itens proceder-se-á a descrição das características dos distintos tipos de uso, bem como dos instrumentos necessários à outorga daqueles bens sujeitos ao regime jurídico de direito público, qual seja, bem de uso comum do povo e bem especial.

¹⁶ **Uso Privado de Bem Público Por Particular**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 8.

¹⁷ *Ibid.*, p. 15.

Não será pertinente à presente investigação a análise das modalidades dos títulos constitutivos do uso privativo de bens dominicais no direito brasileiro, uma vez que estes poderão ser objetos de relações jurídicas parcialmente regidas pelo direito privado, como alienação, locação e comodatos.

3.2. Uso Comum Ordinário

Hely Lopes Meirelles ensina que o uso comum ordinário permite a utilização do bem indistintamente por todos os membros da coletividade, sem distinção entre os usuários, que permanecem anônimos e indeterminados¹⁸. A ausência de individualização dos sujeitos gera a consequência de que este uso seja exercido sem privilégios¹⁹.

Celso Antônio Bandeira de Mello ratifica que aquele uso por todos deve sempre ser possível em concorrência igualitária e harmoniosa com os demais, respeitando-se o destino do bem e sendo realizado em condições que não cause uma sobrecarga da coisa pública de maneira invulgar²⁰. Exemplifica-se esse uso quando se observa um cidadão que utiliza a praia para banhar-se, a via pública para caminhar ou um banco de praça para sentar-se.

O referido uso comum ordinário não reclama a expedição de qualquer ato administrativo para ser exercido, e tampouco precisa ser informado previamente à autoridade sobre a intenção de utilizá-lo conforme a destinação principal do bem. Basta que o cidadão dirija-se ao bem e exerça seu uso sem maiores formalidades.

Demais disso, a utilização do bem de uso comum de maneira ordinária sequer pode ter frequência limitada ou remunerada. Para esse uso só se admite regulamentações gerais de ordem pública, sem particularização de pessoas ou categorias sociais. Assim, por exemplo, os carros podem trafegar na rua, mas devem obedecer à sinalização de trânsito.

Como forma de síntese, José dos Santos Carvalho Filho auxilia-nos ao apresentar as seguintes características do uso comum ordinário: “a) a generalidade da utilização do bem; b) a indiscriminação dos administrados no que toca ao uso do bem; c) a compatibilização do uso com os fins normais a que se destina e d) a inexistência de qualquer gravame para permitir a utilização”²¹.

Qualquer exceção a cada uma das aduzidas regras ao uso comum ordinário fará surgir um uso comum extraordinário.

¹⁸ **Direito Administrativo Brasileiro**, 39. ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 433.

¹⁹ Nas palavras do citado autor: “Ninguém tem direito ao uso exclusivo ou a privilégio na utilização do bem: o direito de cada um limita-se à igualdade com os demais na fruição do bem ou no suportar dos ônus dele resultantes.” *Ibid*, p. 591.

²⁰ **Curso de Direito Administrativo**, 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 916.

²¹ **Manual de Direito Administrativo**, 25. ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 1149.

3.3. Uso comum extraordinário

O uso comum extraordinário é espécie adotada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro²² para denominar aquela utilização que não é exercida de forma exclusiva pelo particular (I), mas que depende do preenchimento de certos requisitos para ser exercida (II), como o pagamento de valor predeterminado ou o consentimento da Administração sob a forma de licença ou autorização de polícia.

Neste átimo cabe uma importante ressalva. Observa-se que a maioria dos autores brasileiros, como Hely Lopes Meirelles²³, José dos Santos Carvalho Filho²⁴ e Celso Antônio Bandeira de Mello²⁵, não consideram a existência daquela nomenclatura empregada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, incluindo aquilo denominado de “uso comum extraordinário” na definição de uso especial de bens públicos.

Para os mencionados autores, quando o bem é utilizado de modo a imprimir uma sobrecarga em sua utilização normal ou de maneira a causar transtornos ou impedimentos à concorrência igualitária com terceiros, haverá a especialização do uso dos bens, independentemente do uso ser exercido de maneira exclusiva ou não²⁶.

Entretanto, a noção de uso especial não parece a mais adequada à análise proposta. Na verdade, quando o uso especial for executado sem caráter de exclusividade estará configurada uma autêntica hipótese de uso comum, ainda que de maneira extraordinária, uma vez que nestes casos são impostos requisitos prescindíveis ao simples uso ordinário do bem.

Por seu turno, quando for observado o uso especial com exclusividade, tratar-se-á, em verdade, de utilização privativa de bem comum, de modo que se esvazia o conceito de uso especial.

Então, em vez de empregarmos a expressão “uso especial” de modo genérico para caracterizar a utilização sujeita a regras específicas, adotaremos a locução “uso comum extraordinário” ou “uso privativo” à medida que a utilização de bem por particular seja exercida de modo exclusivo ou não, mantendo-se o uso especial para denominar apenas a utilização do bem por seu

²² **Uso Privado de Bem Público Por Particular**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p.13.

²³ **Direito Administrativo Brasileiro**, 39. Ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 592-93.

²⁴ **Manual de Direito Administrativo**, 25. ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 1129.

²⁵ **Curso de Direito Administrativo**, 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p.920-21.

²⁶ No dizer de Hely Lopes Meirelles: “Uso especial é todo aquele que por um título individual, a Administração atribui a determinada pessoa para fruir de um bem público com exclusividade, nas condições convencionadas. É também uso especial aquele a que a administração impõe restrições ou para o qual exige pagamento; bem como o que ela mesma faz de seus bens para execução de serviços públicos, como é o caso dos edifícios, veículos e equipamentos utilizados por suas repartições”. **Direito Administrativo Brasileiro**, 39. ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 593.

próprio titular, ou seja, pela a entidade pública federativa, estadual, distrital ou municipal que detém seu domínio, como é o caso das repartições públicas.

Esclarecido aquele ponto essencial, convém continuar a explanação acerca do modo extraordinário como pode ser realizado o uso comum.

Em algumas situações o uso do bem por algumas pessoas determinadas impõe uma carga excessiva à conservação do bem; em outras a utilização anormal do bem, ou seja, de modo diverso ao seu objetivo principal, conduz a uma limitação no usufruto geral. Não são essas as únicas formas de uso comum excepcional, entretanto os exemplos a seguir ajudam a elucidar o modo como atualmente o uso extraordinário é disciplinado.

Uma primeira situação que podemos citar tem que ver com a necessidade de limitar o acesso de veículos de peso elevado a determinadas vias. Em virtude de uma característica específica, qual seja, seu peso, a circulação de veículos que transportam grandes cargas por algumas estradas pode estar condicionada a um ato de autorização, com supedâneo no poder de polícia estatal²⁷.

Em um segundo exemplo, detectamos a exceção às características do uso comum ordinário quando o uso comum do bem dificulta, de algum modo, o uso normal pela coletividade. É a situação, por exemplo, da realização de protestos, corridas ou festejos nas ruas e praças públicas. Esse uso anormal do bem exige especial autorização administrativa (ato administrativo discricionário, unilateral e precário), uma vez que, prioritariamente, as ruas e as praças públicas destinam-se à circulação das pessoas, a qual será prejudicada momentaneamente pelo evento excepcional. Aqui, o uso feito em dissonância com a finalidade precípua do bem, mas compatível com o interesse público, deve ser disciplinado pelo poder público competente, que deverá garantir a função social do bem público.

Atente-se que, em nenhum dos casos trazidos a lume, o uso é exercido de modo privativo, uma vez que qualquer um que obtenha a autorização ou realize o pagamento exigido poderá utilizar livremente o bem²⁸.

Adiante se constatará que, em virtude da obrigatória presença de instrumento de outorga estatal, no uso privativo o particular poderá privar outra

²⁷ Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, **Uso Privado de Bem Público Por Particular**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p.13

²⁸ Cabe aqui a explicação do termo “uso livre” trazida por Celso Antônio Bandeira Mello: “Ao se dizer que o uso é livre, está-se caracterizando que ele independe de algum ato administrativo reportado a alguma individualização específica de tal ou qual utente. Assim, o pagamento de pedágio, a que se vem aludir, é condição geral inoponível a quaisquer condutores de veículo – e não decisão individual tomada a vista deste ou daquele usuário.” **Curso de Direito Administrativo**, 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 917.

pessoa do direito de exercer igual utilização sobre a mesma parcela do domínio. Não é o que acontece no caso *in examine*. Atendidas às imposições legais, não pode o usuário obstar o uso comum extraordinário do bem a outro.

3.4. Uso privativo

O uso privativo de bem público (ou de parcela dele) por particular é aquele realizado de modo exclusivo por alguém²⁹, de modo a impedir a utilização geral da própria coletividade ou até do poder público pelo tempo no qual persistir o consentimento expresso pela Administração³⁰.

Atente-se que inexistindo direito natural ao uso privativo de bem público, então qualquer indivíduo ou pessoa jurídica poderá obter o uso mediante contrato ou ato unilateral da administração, na forma autorizada por lei.

Por intermédio dos institutos da autorização³¹, permissão³² e concessão de uso³³, será conferido direito subjetivo ao uso do bem privativamente pelo usuário individualmente determinado, que em qualquer caso deverá observar a compatibilidade do uso com a destinação pública do bem.

No uso privativo, o usuário (pessoa física ou jurídica) sai do anonimato característico do uso comum, e, através de ato positivo da administração, usufrui do bem ou de parcela do bem público de modo tal que nenhum outro sujeito consiga retirar o mesmo proveito.

Ao poder público cabe inicialmente consentir o uso, mediante verificação de que este não conflitará com o interesse público e, posteriormente, fiscalizar a utilização privativa, com base no poder de polícia, com o fito de averiguar se estão sendo cumpridos todos os termos fixados no ato de outorga.

Para haver utilização privativa, portanto, essencial a presença destes dois requisitos, qual seja, a **exclusividade no uso do bem**, não admitindo a concorrência do uso com outras pessoas, e a **existência de outorga estatal expressa**, individualizando os sujeitos que utilizarão daquela parcela dominial após averiguação da finalidade a que o bem originalmente se destina.

Por fim, quaisquer bens podem ser objetos de uso privativo. Suponha-se, para exemplificar, o consentimento dado a um dono de uma barraca de praia para utilizar privativamente aquele espaço onde constrói o seu estabelecimento; ou certo espaço de cemitério público utilizado por determinado

²⁹ Cf. Diogo Freitas do Amaral, **A utilização do Domínio Público Pelos Particulares**, Coimbra, 1965.

³⁰ Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, **Uso Privativo de Bem Público por Particular**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 14.

³¹ Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, **Direito Administrativo**, 26 ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 770.

³² *Ibid.* p. 771.

³³ *Ibid.* p. 771-2.

corpo; ou, ainda, um prédio desativado cujo um uso privativo é autorizado pelo Estado. Estão aí exemplos de bem de uso comum do povo, de uso especial e de uso dominical.

Adiante se discorre rapidamente acerca dos tipos e características dos instrumentos de outorga, descrevendo as limitações e formas de obtenção de título para uso privativo de bem público. Entretanto, para facilitar a compreensão do motivo pelo qual são adotados diferentes regimes para cada forma de uso privativo, importante conhecer outra classificação relacionada à gestão dos bens públicos.

3.5. Uso normal e anormal

O critério para considerar se o uso de bem público enquadra-se como normal ou anormal é a destinação principal do bem. Mesmo admitindo que um único bem possa atender à demanda pública de diversas formas, sempre se admite visualizar uma finalidade principal que dificilmente seria atingida sem a utilização do bem público.

É importante ressaltar que aquela classificação não é excludente da outra apresentada anteriormente, mas ao contrário, complementa-a. Tanto o uso comum quanto o uso privativo de bens públicos podem ser exercidos de modo normal ou anormal³⁴, o que nos permite referir a uso comum normal, uso comum anormal, uso privativo normal e uso privativo anormal.

O uso normal apenas requer consentimento estatal quando se tratar de uso exclusivo de bem público por particular, uma vez que a concordância com a utilização privativa exclui idêntico benefício para outrem, gerando uma situação de desigualdade no usufruto do bem. Aqui, tal utilização ocorre segundo o destino ordinário do bem, atendendo necessariamente aos fins públicos, razão pela qual sua outorga pode ser feita por instrumento mais estável (concessão de uso, *ad exemplum*). Nos cemitérios públicos, por exemplo, o uso normal já pressupõe uma exclusividade no uso.

Já o uso anormal sempre depende da manifestação discricionária do poder público, seja ele uso comum, por meio de atos de polícia, ou uso privativo, por intermédio de instrumentos de autorização ou permissão de uso de bem

³⁴ Nas palavras de Maria Sylvia Di Pietro: “Se uma rua está aberta à circulação, tem-se o **uso comum normal**; supondo-se que esta mesma rua seja utilizada, em período determinado, para a realização de festejos, comemorações, desfiles, temos o *uso comum anormal*, pois esses não são os fins a que normalmente se destinam tais bens; a utilização anormal, neste caso, exige especial autorização de polícia. Por outro lado, quando uma pessoa obtém permissão para ocupar um Box em mercado público, tem-se o *uso privativo normal*, já que essa é a finalidade precípua do bem; no entanto, se a permissão visa à instalação de terraço de café sobre a calçada, o **uso privativo passa a ser anormal**” (grifos nossos). **Uso Privativo de Bem Público por Particular**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 15.

público, uma vez que o Estado deve averiguar se tal uso não impede ou prejudica a afetação principal do bem.³⁵

Atualmente, com os diversos tipos de uso que podem ser realizados em cada bem, mostra-se cada vez mais difícil distinguir o que seria a afetação principal e a destinação acessória do bem. Contudo, não se deve olvidar que a finalidade máxima do bem público é ser um instrumento para a efetivação dos direitos fundamentais concedidos através da Carta Magna.

Segundo Maria Sylvia Di Pietro³⁶, à medida que o desempenho da atividade do particular, pela utilização do bem, trazer maiores benefícios à coletividade, ou seja, efetivar de modo mais completo os direitos básicos dos cidadãos, mais aquele bem público desempenhará a sua destinação principal, e, portanto, em caso de uso comum, não será necessário consentimento estatal prévio e, na hipótese de uso privativo, mais estabilidade poderá ser conferida ao particular quando do ato de outorga³⁷.

4. INSTRUMENTOS PÚBLICOS DE OUTORGA³⁸

O deferimento de um instrumento de outorga ao uso privativo da coisa pública pelo particular não depende da escolha aleatória da Administração, mas, ao contrário deve se relacionar com o tipo de uso que se faz do bem. Quanto maior o interesse particular, mais precário e transitório será o ato de consentimento da Administração³⁹.

³⁵ Em que pese a escolha da administração ser discricionária não significa que, por isso, esta não deva atender a determinados critérios para sua legitimidade. Segundo Juarez Freitas, sob pena de ferir o direito fundamental à boa administração pública, direito advindo, por sua vez, do dever de cidadania instituído no Estado Constitucional, [...] “as escolhas administrativas serão legítimas se — e somente se — forem sistematicamente eficazes, sustentáveis, motivadas, proporcionais, transparentes, imparciais e ativadoras da participação social, da moralidade e da plena responsabilidade.” (FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. *Revista Nomos*, Fortaleza, vol. 35, n.01, 2015, p. 6).

³⁶ *Ibid*, p. 27.

³⁷ Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, **Uso Privativo de Bem Público por Particular**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 26-27.

³⁸ Convém assinalar que há autores que admitem a adoção de formas jurídicas de direito privado para a atribuição de uso privativo de bem público pelo particular, especialmente em se tratando de bem dominical. A esse respeito, José dos Santos Carvalho Filho, ao mesmo tempo em que recomenda que a Administração dê preferência aos instrumentos próprios do direito público, reconhece a inexistência de entraves jurídicos ao emprego de institutos do direito privado, devendo, em todos os casos, a eleição pelo Poder Público ser guiada pelo interesse público. *In Manual de direito administrativo*, 25. ed., São Paulo, Atlas, 2012.

³⁹ Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, **Uso Privativo de Bem Público por Particular**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 26.

De fato, o grau de estabilidade de cada instrumento de outorga é a principal distinção de suas três espécies: a autorização de uso, a permissão de uso e a concessão de uso⁴⁰.

De modo resumido, pode-se afirmar que a autorização de uso e a permissão de uso são atos administrativos precários emitidos de modo unilateral pela Administração⁴¹, que, avaliando a conveniência e a oportunidade, concederá parcela de seu domínio público ao uso privativo por particular determinado. Tanto a autorização quanto a permissão de uso, em geral, são expedidas sem a fixação de prazo certo para o seu fim.

Contudo, em virtude de a autorização ser utilizada para atender uso primordialmente privado, costuma ser mais precária que a permissão, a qual é emitida quando há uma conjugação do interesse privado com o interesse público.

É exemplo de autorização de uso de bem público o ato necessário para o isolamento de uma área da praia para a realização de casamento fechado, e de permissão de uso o ato que permite o uso da calçada em frente a uma sorveteria para colocação de mesas.

Já a concessão de uso é um contrato administrativo firmado entre o particular e a Administração, que concederá parcela de seu domínio público ao uso privativo por particular para que este a exerça conforme sua destinação⁴². Por tratar-se de contrato de direito público⁴³, é ato bilateral, diferenciando-se dos outros dois instrumentos expostos acima, que são atos unilaterais.

Naquele aduzido tipo de consentimento (concessão de uso) atende-se prioritariamente o interesse público em detrimento do interesse particular,

⁴⁰ Consoante ensina Maria Sylvania Di Pietro: “No Direito brasileiro, a **autorização de uso** é, em regra, a **forma mais precária de utilização privativa de bem público**, por ser outorgada para atender ao interesse predominantemente particular; e a **concessão é a mais estável**, porque outorgada para que o uso se estabeleça em consonância com a finalidade do bem ou para que sobre ele a concessionária exerça a atividade de utilidade pública. **A permissão é a modalidade intermediária, admitindo, por sua vez, diferentes graus de precariedade, que vão desde a transitoriedade e a instabilidade** que a aproximam a meros atos de tolerância, até a estabilidade, que a aproxima da concessão de uso. Com efeito, em muitos casos, embora a Administração outorgue o seu consentimento mediante permissão precária, o uso se reveste de certa estabilidade relativa, quer pela natureza da atividade a ser desempenhada [...] quer pelo custo elevado das instalações que o uso consentido acarreta ao particular, hipóteses em que normalmente se fixam condições para que a revogação unilateral possa efetivar-se, reduzindo-se, deste modo, a discricionariedade administrativa e, conseqüentemente, a precariedade do uso” (grifos nossos). **Uso Privativo de Bem Público por Particular**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 27.

⁴¹ Cf. José dos Santos Carvalho Filho, **Manual de Direito Administrativo**, 25. ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 1156-60.

⁴² Cf. Maria Sylvania Zanella Di Pietro, **Uso Privativo de Bem Público por Particular**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 86.

⁴³ *Ibid.* p.87.

motivo pelo qual o contrato possui prazo previamente fixado⁴⁴, o que confere maior estabilidade à concessão.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “tais circunstâncias afastam a possibilidade de concessão de uso para fins de interesse particular do concessionário, a não ser nas hipóteses em que o uso privativo constitua a própria finalidade do bem”⁴⁵, como ocorre no caso do uso dos box de mercado ou de cemitérios, por exemplo.

Aquela estabilidade adicional aos contratos de concessão é essencial para atrair o particular à utilização privativa do bem, exercendo a atividade pública desejada pela coletividade. Para ter tempo de ressarcir-se e lucrar com os investimentos realizados, não pode a Administração, sem o pagamento da devida indenização, extinguir a concessão antes de finalizado o limite proposto.

É um exemplo de concessão de uso de bem público as áreas aeroportuárias destinadas a serviços auxiliares que interessem diretamente às concessionárias de serviço aéreo.

Finalmente, para José dos Santos Carvalho Filho, com quem nos pomos de acordo, sempre que for possível, deve-se realizar procedimento licitatório para deferimento da permissão de uso, evitando-se favorecimentos pessoais na escolha⁴⁶. No caso da concessão, por se tratar de contrato administrativo, este deve ser sempre precedido de licitação, em virtude da exigência constitucional insculpida no art. 37, inciso XXI.

Em tempo: na situação da autorização de uso, por se tratar de instrumento extremamente precário, o entendimento majoritário entende prescindível o procedimento aludido para utilização do bem.

5. DA REMUNERAÇÃO PELO USO PRIVATIVO DE BENS PÚBLICOS

Inicialmente, quanto ao uso privativo, é mais evidente a possibilidade de imposição de contraprestação financeira em virtude do uso exclusivo do bem público, especialmente quando este não é exercido segundo a destinação principal do bem, ou seja, de modo anormal.

Marçal Justen Filho afirma que a jurisprudência segue no sentido de admitir que tal valor apenas poderá ser exigido no caso de o uso do bem ser meio para geração de riquezas ao particular, através do exercício de atividade

⁴⁴ José dos Santos Carvalho Filho, **Manual de Direito Administrativo**, 25. ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 1161.

⁴⁵ **Direito Administrativo**. 23 ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 698.

⁴⁶ **Manual de Direito Administrativo**, 25. ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 1160.

empresarial⁴⁷. Tal remuneração possuiria, então, primordialmente a função de redistribuição de renda, uma vez que não seria justo que o particular obtivesse recursos extras através do uso exclusivo de bem do domínio público estatal sem qualquer contraprestação ao ente público titular do bem, e, conseqüentemente, a todos os cidadãos que este representa.

Ainda de acordo com o referido autor, o fundamento jurídico da cobrança pelo uso privativo seria, portanto, a isonomia, a qual exigiria que o sujeito que obtém um benefício diferenciado seja onerado de modo específico proporcionalmente à intensidade dos privilégios auferidos⁴⁸.

Entretanto, nos casos em que o uso privativo do bem público seja imprescindível para a prestação de serviços públicos, tem entendido o Superior Tribunal de Justiça que seria impossível a realização da referida cobrança⁴⁹. Essa Corte Superior adota como justificativa a inexistência de serviço público específico e divisível e do exercício do poder de polícia estatal a ensejar a cobrança de taxa (I)⁵⁰ e a ausência de serviços públicos de natureza comercial e industrial a resultar na possibilidade de cobrança de tarifas (II)⁵¹, de modo que a exigência de valores pelo uso privativo de bem público seria impraticável.

⁴⁷ **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1080.

⁴⁸ *Ibid.* p. 1081.

⁴⁹ Cf. Resp. 802.428/SP, Primeiro Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU de 25/5/2006.

⁵⁰ "PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. EXPLORAÇÃO DO SERVIÇO TELEFÔNICO. PREÇO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA. INSTITUIÇÃO POR DECRETO MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE PODER DE POLÍCIA OU SERVIÇO PÚBLICO. PREÇO PÚBLICO. USO DE BEM PÚBLICO. CONCESSÃO. INEXISTÊNCIA DE SERVIÇO COMERCIAL OU INDUSTRIAL. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. 1. **A intitulada "taxa", cobrada pelo uso de vias públicas, inclusive, solo, subsolo e espaço aéreo, para a instalação de equipamentos que permitem a prestação dos serviços de telecomunicações, não pode ser considerada como de natureza tributária porque não há serviço algum do Município, nem o exercício do poder de polícia, além do fato de que somente se justificaria a cobrança como "preço" se tratasse de remuneração por um serviço público de natureza comercial ou industrial, o que não ocorre na espécie.** Precedentes da Corte: Resp 802.428/SP, DJ 25.05.2006; Resp 694.684/RS, DJ 13.03.2006; RMS 12.258/SE, DJ 05.08.2002; RMS 11.910/SE, DJ 03.06.2002; RMS 12081/SE, DJ 10.09.2001. 2. Mandado de segurança preventivo, com pedido de liminar, impetrado por concessionária de serviço público de telefonia fixa, contra ato de Secretário da Fazenda Municipal, consubstanciado na cobrança de retribuição pecuniária mensal, instituída pela Lei Municipal nº 1964/01, editada em 31.12.2001, pelo uso de vias públicas, inclusive, solo, subsolo e espaço aéreo, para a instalação de equipamentos que permitam o cumprimento da prestação dos serviços de telecomunicações. [...] 4. Recurso especial provido" (g.n.). STJ, REsp 881937/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 14/4/2008.

⁵¹ "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. REMUNERAÇÃO MENSAL PELO USO DAS VIAS PÚBLICAS INSTITUÍDA POR LEI MUNICIPAL. NATUREZA JURÍDICA. PREÇO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA. 1. [...] 2. Cuida-se, originariamente, de Mandado de Segurança impetrado por concessionária de serviço público de telefonia contra ato do Secretário Municipal da Fazenda do Município de Porto Alegre/RS, em razão da exigência, nos termos do art. 4º da Lei Municipal 8.712/2001, de pagamento de remuneração mensal pelo uso das vias públicas para instalação de seus equipamentos de telecomunicações. 3. O Tribunal a quo posicionou-se na compreensão de que a discutida remuneração é destituída da natureza

Kiyoshi Harada critica o fundamento das decisões do STJ, afirmando que este tribunal adotou uma concepção antiga quanto às receitas originárias⁵². No início dos estudos de direito financeiro, tais receitas apenas eram divididas em tarifas advindas da prestação de serviço público facultativo ou do desenvolvimento de atividade comercial ou industrial pelo poder público. Consoante o mencionado jurista, os ministros parecem não ter atentado para a possibilidade de percepção de preço público em virtude da exploração de bens públicos⁵³, a qual foi legalmente instituída a partir do advento da Lei nº 4.320, de 17-3-1964, que prevê Normas Gerais de Direito Financeiro.

De fato, o §4º do artigo 11, da Lei nº 4.320/64, explicita a possibilidade de o Estado auferir não apenas receitas industriais, comerciais e de serviços, mas também receitas patrimoniais, podendo ser originadas simplesmente do uso de bem público por particular⁵⁴.

Desse modo, o que se percebe nos precedentes do Superior Tribunal de Justiça é uma exceção à possibilidade de cobrança de preço pela utilização privativa de bem de uso comum do povo em virtude de este ser essencial para a prestação do serviço público, e não pela impossibilidade legal de fazê-lo. Com tal entendimento, apenas se assume que não pode ser imposto um ônus à concessionária que, através de sua atividade, conferirá uma comodidade a toda coletividade.

jurídica de taxa, uma vez que não há, por parte do Município, o exercício do poder de polícia, nem a prestação de quaisquer serviços públicos. Concluiu, por outro lado, que, em se tratando "de remuneração pelo uso da propriedade de bens públicos, como é o caso, fica evidente tratar-se de preço público" (fl. 572). **4. Ocorre que, contrariamente ao que decidiu a Corte de origem, tampouco se cogita natureza jurídica de preço público, pois a cobrança deste derivaria de serviço de caráter comercial ou industrial prestado pela Administração. Hipótese que não se vislumbra no presente caso, que trata tão-somente de utilização das vias públicas para a prestação de serviço em favor da coletividade, qual seja a telefonia. Precedentes do STJ.** 5. Evidente, portanto, a ilegitimidade da cobrança da remuneração prevista na Lei 8.712/2001 do Município de Porto Alegre/RS, por carecer de natureza jurídica de taxa ou de preço público. 6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido" (g.n.). STJ, REsp 897296/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 31/08/2009.

⁵² **Utilização de subsolo municipal para abertura de túnel interligando os prédios situados ao longo das vias públicas. Viabilidade Jurídica.** Parecer, São Paulo, 2011, disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj031754.pdf>, acessado em 08.07.2015, p. 13.

⁵³ *Ibid.* p. 13.

⁵⁴ Acerca do conceito de tais receitas, Kiyoshi Harada explica: "(...) As receitas patrimoniais, como o próprio nome está indicando, são aquelas geradas pela exploração do patrimônio do Estado. [...] As rendas do patrimônio imobiliário, no âmbito municipal, são as representadas pela exploração econômica do bem público, como as vias públicas e os respectivos subsolos: [...] autorização de uso da calçada para colocação de mesas e cadeiras diante de bares e restaurantes; autorização, permissão e concessão real de uso de bens públicos de natureza dominical, permissão de passagem de pedestres através de túnel executado no subsolo etc. Outrossim, os bens públicos de natureza dominical podem até serem alienados para o fim de obtenção de receita pública originária". **Direito Financeiro e Tributário**, 14. ed. rev. e ampl., São Paulo: Atlas, 2011, p. 14.

Considerando ainda que no caso ora discutido valores eventualmente cobrados a título de uso do bem público seriam naturalmente repassados aos usuários do serviço, por meio do acréscimo no valor tarifa, a remuneração com fundamento na redistribuição pública de riquezas perderia seu sentido, tornando-se assim inapropriada.

No mesmo sentido, Alkimin Júnior é outro que sustenta a possibilidade de retribuição pecuniária pelo uso privativo de bem público por concessionária de serviços públicos⁵⁵.

Pelo exposto, tem-se que a remuneração pelo uso privativo de bem público tem natureza de preço público. Em verdade, não poderia ser taxa, uma vez que a Constituição Federal sequer prevê a possibilidade desta espécie tributária para o caso de contraprestação pelo uso de bem público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro acrescenta o argumento de que não poderia se tratar de tributo, pois, apesar de ter regime jurídico de direito público, o preço exigido não é compulsório, mas simplesmente contraprestacional, exigido em decorrência de um uso voluntário e privativo de um bem público⁵⁶.

Acrescenta a autora ainda que, às vezes, pode haver a incidência de taxa sobre o uso privativo. Entretanto, isso decorre do exercício de atividade do particular sujeita à autorização estatal, e não da retribuição do uso em si, a qual pode ser fixada independentemente de eventual cobrança de taxa⁵⁷. Serio o caso, por exemplo, do pagamento de eventual taxa para expedição de licença com a finalidade de possibilitar a afixação de material publicitário na via pública. Nessa situação, poderia ser cobrada a taxa de polícia para a expedição da licença e o preço pelo uso privativo da via.

Resumindo: admite-se a cobrança de preço público pela utilização privativa de bens públicos, especialmente se o uso é feito prioritariamente no interesse privado do particular ou se, mesmo existindo interesses públicos e privados, o uso tiver o condão de se prolongar no tempo, de modo a conferir um benefício financeiro considerável a uma só pessoa determinada⁵⁸.

⁵⁵ **Retribuição pecuniária pelo uso privativo de bem público por concessionárias**, artigo, Brasília, 2012, disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,retribuicao-pecuniaria-pelo-uso-privativo-de-bem-publico-por-concessionarias,47492.html>, acessado em 11.10.2014.

⁵⁶ “Ela (a contribuição pecuniária) é não compulsória (e nisto se distingue fundamentalmente da taxa), porque somente imposta aos que efetivamente se utilizam, com exclusividade, de bem público, mediante título jurídico emitido pela Administração”. **Uso Privado de Bem Público Por Particular**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 54.

⁵⁷ Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, **Uso Privativo de Bem Público por Particular**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 53.

⁵⁸ Confira-se a seguinte orientação de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o assunto: “Na doutrina alienígena e brasileira há fartíssima referência à possibilidade de haver uso comum remunerado. Cifremo-nos aos autores nacionais. Maria Sylvia Zanella Di Pietro refere o citado art. 68 e diz que o uso comum ‘é, em geral, gratuito, mas pode, excepcionalmente, ser remunerado’. Diógenes Gasparini, que também refere o preceptivo mencionado do Código Civil, averba que

Contudo, na hipótese de o uso privativo do bem for condição indispensável para promover a prestação de serviço público por concessionária, o valor é inexigível em prol da modicidade das tarifas.

Por derradeiro, cumpre ressaltar que o *quantum* da contraprestação deve ser fixado unilateralmente pelo próprio poder concedente no ato administrativo próprio da outorga, podendo igualmente também ser objeto de ajuste entre os contratantes na concessão de uso celebrada entre a administração e particular.

O limite do valor exigido, segundo Marçal Justen Filho, deve ser sempre “o mínimo necessário ao atendimento dos fins buscados pelo Estado”⁵⁹. Arremata ainda o publicista que não pode o ente público fixar uma remuneração tão elevada que iniba o livre exercício das atividades econômicas, ferindo o art. 170, parágrafo único da Constituição Federal⁶⁰.

E mais: a predita remuneração pelo uso privativo de bem público pode ocorrer a qualquer tempo, inclusive sobre eventual uso anterior gratuito, uma vez que ao beneficiário não cabe invocar a existência de um direito adquirido àquela gratuidade.

Proceder-se-á agora às considerações acerca da remuneração em virtude do uso comum extraordinário, as quais divergem dos apontamentos ora realizados.

tal uso é ‘quase sempre gracioso’ – o que bem demonstra que nem sempre o é. Sérgio de Andréa Ferreira anota: ‘Já foi acentuado que pode o uso comum ser gratuito ou remunerado (CC, art. 68), surgindo as taxas de pedágio, de estacionamento etc’. Diogo de Figueiredo Moreira Neto preleciona: ‘A utilização comum, como indica a expressão, é a que é franqueada a todos, indistintamente, como sucede, em geral, com as ruas, estradas, avenidas, praias, mares, rios navegáveis etc. Esta liberdade de utilização poderá estar, não obstante, sujeita a uma condição, como o pagamento de um pedágio, para estradas’. Eis, pois, que, se até o uso comum de bem de uso comum pode ser remunerado, a fortiori, seu uso especial também pode sê-lo. E, como ocorre no caso sub consulta, se alguém pretende dele extrair um proveito estranho ao que é propiciado por sua destinação própria, é mais do que natural que o senhor do bem ou quem haja sido qualificado para extrair-lhe os proveitos cobre dos interessados um valor pela serventia que lhes virá a proporcionar. Seria até surpreendente que uma empresa privada pretendesse valer-se de bem alheio em busca de vantagens estranhas ao destino deste bem supondo que seu titular ou quem estivesse juridicamente titulado para explorá-lo devesse outorgar graciosamente as vantagens a serem por ela captadas. (...) Dita cobrança não tem natureza tributária, qualificando-se, antes, como um preço. Sua índole não é ressarcitória de transtornos ou despesas, mas remuneratória, consistindo em uma contrapartida da utilidade que dita passagem subterrânea oferece aos concessionários que dela se beneficiam”. **Utilização da faixa de domínio de rodovia mediante passagem subterrânea de cabos ou dutos – possibilidade de cobrança**, in RTDP 31, São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 90-96.

⁵⁹ **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1084.

⁶⁰ *Ibid.* p. 1084.

6. CONSIDERAÇÕES SOBRE A REMUNERAÇÃO PELO USO COMUM EXTRAORDINÁRIO

Quanto à possibilidade da exigência de remuneração pelo uso comum de bem público, tal hipótese se apresenta legalmente constituída no art. 103 do atual Código Civil, que repetindo o artigo 68 do Código de 1916, dispõe: “O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, **conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem**” (grifo nosso).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, interpretando aquele dispositivo, afirma que não deixa o uso de ser comum apenas porque há a exigência de retribuição, a qual deverá ser estabelecida apenas excepcionalmente⁶¹. Assim, o uso comum, apesar de remunerado, manteria “*a característica de utilização anônima, uti universi, igual para todos e independente de consentimento da administração*”⁶², perdendo apenas a caráter de ordinário ou normal, transmutando-se assim em um uso comum extraordinário, conforme já descrito no tópico 3.2.2.

Carvalho Filho, por sua vez, lembra-nos que tanto os bens de uso comum como os de uso especial podem estar sujeitos ao uso remunerado do bem⁶³. Atente-se que esse autor agrupa como uso especial tanto o uso específico por alguém como o uso exercido mediante remuneração, não utilizando a classificação de uso comum extraordinário, conforme já explicitado em momento anterior.

No caso da remuneração exigida a título de pedágio para aqueles que desejam utilizar as vias conservadas direta ou indiretamente pelo poder público, o valor cobrado dos usuários é destinado ao serviço de aprimoramento das estradas que apresentam condições especiais, quais sejam, vias expressas de alta velocidade e segurança. As rodovias permanecem abertas à utilização de todos, porém, quem decidir utilizá-las, por usufruir de condições mais vantajosas de tráfego, deverá pagar a tarifa como contraprestação do serviço oferecido indiretamente pela Administração, conforme recentemente decidido pelo STF⁶⁴.

Percebe-se que o segundo exemplo indicado pelo aduzido autor também apresenta a remuneração como contraprestação a ser paga por aquele que gera despesa necessária à construção ou manutenção do bem público. Na realidade, não se paga para simplesmente utilizar um bem, uma vez que esse uso é feito de modo concorrente com os demais, não se auferindo qualquer vantagem diferenciada. O pagamento aqui se dá porque aquela atuação específica

⁶¹ **Uso Privado de Bem Público Por Particular**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 10.

⁶² *Ibid.* p. 10.

⁶³ “O pagamento de pedágios em estradas rodoviárias e em pontes e viadutos é um exemplo de uso especial de bem de uso comum do povo. Um museu de artes pertencente ao Governo, cujo ingresso seja remunerado, é exemplo de uso especial sujeito a uso especial”. **Manual de Direito Administrativo**, 25. ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 1184.

⁶⁴ ADI 800/RS, Rel. Min. Teori Zavascki, Plenário, julgado em 11/6/2014, Info 750.

do particular gerará despesas ao Estado, que necessitará, por sua vez, prestar serviços para manter ou conservar os bens utilizados.

No caso do museu público pode ser cobrado um valor na entrada porquanto o uso do bem público por particulares gera a necessidade de manutenção e limpeza. O mesmo entendimento pode ser empregado com relação ao pedágio. Não se paga pelo simples uso da estrada, mas pelo serviço de conservação prestado.

Marçal Justen Filho afirma que a função da remuneração além de redistributiva, no caso de uso privativo, pode ser ainda compensatória ou regulatória, sendo que uma função não exclui a outra, podendo uma mesma remuneração ter funções diversas⁶⁵.

A função compensatória já foi aludida anteriormente. Visa a compensar o Estado pelas despesas necessárias à implantação ou à manutenção dos bens públicos. Os exemplos trazidos por Marçal Justen Filho, no caso da remuneração pelo uso extraordinário, são os seguintes: a cobrança de preço em parque público; o pagamento de valores para a recuperação de rodovias e aeroportos pelos usuários dos respectivos bens, e a contraprestação devida pelo motorista de transporte que acarreta desgaste extraordinário ao bem público.

Entretanto, nenhum dos exemplos trazidos é capaz de vincular a remuneração pelo uso comum ao uso do bem em si, mas sempre a uma atividade acessória, que é indispensável para amenizar a atuação diferenciada que o particular exerce sobre este bem, ou até mesmo a atuação comum que o particular exerce sobre um bem situado em condições diferenciadas.

No primeiro caso dos exemplos citados acima, o valor pago será destinado aos mesmos serviços apontados no caso do museu; no segundo, será realizado o pagamento para o serviço de recuperação dos bens, e no terceiro, o valor será pago para possibilitar serviço de manutenção da via.

Porém, em nenhuma das situações alvitadas visualiza-se a remuneração apenas pelo próprio uso comum de bem público. Apesar da disposição legal do Código Civil parecer atribuir tal possibilidade de remuneração pelo simples uso, na prática a cobrança nestes moldes parece ser inexigível, uma vez que limitaria o usufruto do bem comum sem qualquer justificativa para tanto, diferentemente do que ocorre no uso privativo de bem público quando o princípio da isonomia exige tal retribuição pelo simples benefício consubstanciado na utilização privativa de um bem.

Com isto não se quer dizer que os ingressos aos parques públicos e museus devam ser todos gratuitos, ou então que é impossível a cobrança de pe-

⁶⁵ **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1082.

dágios. Apenas se quer ressaltar a justificativa dessas remunerações. Elas surgem não em razão da simples utilização comum do bem, mas sim da necessidade que a Administração tem de ressarcir-se pela prestação de atividades essenciais para possibilitar o uso do bem público conforme o interesse coletivo.

Em outras palavras: caso o uso comum de bem público por particular possa ocorrer conforme demanda o interesse social, sem a necessidade de uma atuação estatal específica, o uso apenas poderá ser ordinário, e, portanto, livre e gratuito. O uso extraordinário remunerado pressupõe essa atuação ativa do Estado para cobrar os valores essenciais aos serviços necessários para o uso do bem.

Marçal Justen Filho afirma que há ainda outra função para a remuneração pelo uso do bem público, qual seja, a função regulatória, que visa controlar a utilização de bens públicos por particulares através do valor exigido⁶⁶.

Tal função, todavia, é meramente acessória. É certo que quando se cobra pedágio pelo uso das vias, há um desincentivo ao tráfego desnecessário de veículos por aquela região. Entretanto, na hipótese de não haver aquela prestação do serviço de conservação das estradas, a cobrança de tais valores seria impossível, pois não haveria qualquer justificativa para a remuneração pelo uso não exclusivo de bem público.

Desse modo, defende-se que o valor instituído eventualmente pelo uso comum de bem público deverá ser calculado pela Administração proporcionalmente aos serviços prestados para possibilitar a utilização do bem conforme o interesse social, considerando-se apenas acessoriamente os efeitos regulatórios que tais valores poderão ter sobre a intensidade do uso do bem.

Não é este o entendimento do tributarista Hadara, o qual defende o poder-dever de o Ente estatal explorar economicamente seus próprios bens, ainda que se trate de bem de uso comum do povo, conforme interpretação do artigo 103 do Código Civil. O autor afirma ainda que, mesmo na ausência total de serviços públicos prestados, a exigência unilateral de preço pela simples outorga de uso da via pública, por meio da zona azul, por exemplo, é possível.

Não obstante o entendimento do autor, a interpretação conferida por este ao artigo 103 do Código Civil, que cuida da possibilidade de exigência de retribuição pelo uso comum de bens públicos, é deveras abrangente. Defende-se que o pagamento mencionado apenas poderá ser exigido quando o uso comum ensejar a necessidade de uma atuação estatal voltada a possibilitar o uso

⁶⁶ “Trata-se de adoção de mecanismos econômicos para promover o acesso dos interessados a utilidades limitadas. Ao fixar um preço, a Administração desincentiva um consumo desnecessário. Nesse caso, a finalidade buscada com a fixação de uma remuneração é restringir os excessos”. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1083.

do bem público de acordo com o interesse social, de modo que o valor arrecadado será destinado para a manutenção do bem utilizado.

A Constituição de 1988 conferiu titularidade dos bens públicos aos entes federativos para que estes pudessem geri-los de modo a conferir máxima efetividade à proteção dos direitos fundamentais. É neste contexto que o Estado não é proprietário, em sentido estrito, de seus bens, não podendo dispor destes do modo como bem entender, mas devendo sempre atuar de modo a proteger prioritariamente o direito fundamental que se manifeste proporcionalmente mais relevante naquele momento.

Tratando-se, portanto, de bem de uso comum do povo, cuja natureza pressupõe um uso indiscriminado por toda a coletividade, não é possível a cobrança de preço pelo uso deste bem sem que isto esteja fundamentado necessidade de guardar outro direito fundamental, como a conservação da propriedade pública, por exemplo.

Impossível, no entanto, defender a tese de Harada de que seria possível a exigência da cobrança pelo uso de bens públicos regidos pelo direito público com o fim eminentemente arrecadatório, para o ente público atingir seus variados fins.

Ocorre que, mesmo que o Estado sofra problemas financeiros, uma cobrança indiscriminada pelo uso normal e não exclusivo de bens de uso comum do povo somente poderia ser realizada mediante a instituição de um novo imposto, cujo fato gerador fosse: “utilizar um bem X”, o qual, por sua vez, deveria obedecer às limitações constitucionais tributárias, se fosse o caso.

Não se justifica, portanto, o pagamento por um bem de uso comum do povo simplesmente para sua utilização normal sem exclusividade, senão apenas para ressarcir o Estado/Município da despesa extra que a presença do particular impõe àquele bem público de características especiais, como é o caso, por exemplo, da cobrança pela utilização de estacionamentos em vias públicas nos locais de grande demanda. Nestes locais de estacionamento regulamentado, o uso pelo particular, ainda que sem instrumento de outorga e, portanto, realizado de modo não privativo, requer um aparato estatal que torne aquele disputado espaço público na via rotativo, de modo a garantir a utilização do espaço público pelo maior número de motoristas possíveis. Por isso, defende-se, neste caso ser possível a instituição de preço pelo uso de bem público em valor proporcional ao custo do serviço necessário para proporcionar o acesso do bem de modo mais igualitário a todos os outros.

Acerca do modo de instituição deste tipo de cobrança, como não há necessidade de ato de outorga para o uso comum, o artigo 103 do Código Civil cuidou de disciplinar que a entidade titular e responsável pela administração do bem deve fixar unilateralmente, mediante lei, as condições para a exigência de valores originados em virtude de encargos especiais provenientes do uso

comum por alguns particulares. A estes últimos cabe apenas aderir às condições dispostas ou recusá-las, buscando sanar suas necessidades de outra forma que não seja utilizando aquele bem.

Também nesse caso as quantias cobradas, a título de uso comum extraordinário de bem público, possuem a natureza jurídica de preço público, pois a Constituição Federal de 1988 não admite a existência de taxa pelo uso de bem público, reservando-a ao ressarcimento de serviços públicos específicos e divisíveis ou ao efetivo exercício do poder de polícia, apenas.

O Supremo Tribunal Federal em posicionamento acerca da matéria também ratificou que é imprescindível a edição de lei municipal para o início da cobrança pelo uso comum extraordinário de bem público.⁶⁷

O preço deve, portanto, observar o princípio da legalidade, entretanto, conforme lecionado por Justen Filho, não significa que todos os valores devam ser necessariamente fixados por meio de atos legislativos. “O que se exige é que uma lei tenha autorizado a instituição da remuneração, fixando os parâmetros genéricos para a determinação de seu valor.”⁶⁸

Deste modo, a existência de limites mínimos e máximos dos valores possíveis de serem cobrados deverá ser fixados em lei, bem como a existência de critérios objetivos, como a descrição dos serviços realizados para a conservação bem, se for o caso, de modo a evitar que poder público lucre demasiadamente em detrimento dos particulares, sob a argumentação genérica de necessidade de proteção ao interesse público sem que haja parâmetros bem definidos para aferir o que significa esse interesse no caso concreto.

7. CONCLUSÃO

O uso do bem público por particulares não só é constitucionalmente válido, mas também deve sempre constituir-se em um meio de efetivação dos direitos fundamentais, através de um uso orientado sempre à busca do interesse social prevalecente naquele caso concreto, que deverá ser exaustivamente fundamentado.

⁶⁷ “Não se nega, por igual, aos Municípios, o direito de fixarem o local de estacionamento de seus veículos, de acordo com o Código Nacional de Trânsito (art. 46), porque diz respeito à administração de seu peculiar interesse, nem que o faça por intermédio de uma sociedade de economia mista. Porém, **para que se exija do indivíduo uma contraprestação pelo estacionamento em bens de uso comum do povo, é necessário que uma lei expressamente o autorize, estabelecendo os critérios para a fixação e a alteração das tarifas.** De outro modo, entregariamos o cidadão ao puro alvedrio das administrações públicas.” (RE Nº 105.201-5/RJ, Relator Ministro Cordeiro Guerra, STF- 2ª Turma, julgado em 27/8/1985, grifo nosso).

⁶⁸ Marçal Justen Filho, **Curso de Direito Administrativo**, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1084.

Quanto à remuneração pela referida utilização, esta deve atender a alguns requisitos para que seja exigida, a saber: a) o bem tem de ser utilizado privativamente por particular, em atendimento ao princípio da isonomia, à exceção daqueles bens imprescindíveis de utilização pela concessionária para a prestação de serviço público, dada a necessidade de manter a modicidade das tarifas; b) o particular deve auferir vantagem privada com o uso do bem; e, c) caso o bem seja utilizado através de uso comum extraordinário, deve o uso do bem por aquele particular específico proporcionar um uso anormal do bem, necessitando de ressarcimento para mantê-lo apto ao uso por todos.

Sendo assim, não pode o poder público instituir preços públicos pelo uso dos bens sempre que vise arrecadar mais, encontrando o limite das fixações dos seus valores na proporção do ganho experimentado por particular que utiliza privativamente o bem público, assim como no montante necessário para garantir a manutenção do bom estado de conservação da coisa pública no caso de uso comum extraordinário.

Caso a instituição dos preços pelo uso dos bens submetido ao regime de direito público não obedeça àqueles apontados limites, os quais devem estar previamente definidos em lei nos casos de bem de uso comum, ou no ato de outorga, na hipótese de uso privativo, variando de acordo com o tipo de precariedade do ato, não deve se considerar justificada a exigência de remuneração pela utilização de tais bens públicos.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**, Barcelona, Bosch, 1970, t. I.

AMARAL, Diogo Freitas do. **A utilização do Domínio Público Pelos Particulares**, Coimbra, 1965.

ALKIMIM JÚNIOR, Washington Cardoso. **Retribuição pecuniária pelo uso privativo de bem público por concessionárias**. Artigo. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,retribuicao-pecuniaria-pelo-uso-privativo-de-bem-publico-por-concessionarias,47492.html>, acessado em 11.10.2014.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal Plenário. **ADI 800/RS**, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 11.6.2014. (Informativo 750).

_____. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **REsp 881937 /RS**, Rel. Min. LUIZ FUX. Data do Julgamento: 25.03.2008.

_____. _____. Segunda Turma. **REsp: 897296 RS 2006/0234924-6**, Relator: min. HERMAN BENJAMIN, *DJ* 31.08.2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**, 25ª Edição, São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 26 ed, São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Uso Privado de Bem Público Por Particular**, São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1983.

FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. **Revista Nomos**, Fortaleza, vol. 35, n.01, 2015, p. 6

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 14ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Utilização de subsolo municipal para abertura de túnel interligando os prédios situados ao longo das vias públicas. Viabilidade Jurídica**. Parecer. São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj031754.pdf>, acessado em 11.10.2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**, 6ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 192.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, 13. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 34 ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Utilização da faixa de domínio de rodovia mediante passagem subterrânea de cabos ou dutos – possibilidade de cobrança, **RTDP** 31, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 90-96.

* Recebido em 07 out. 2016.