

IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA DESAFETAÇÃO LEGAL DE BENS DE USO COMUM DO POVO, NA AUSÊNCIA DE DESAFETAÇÃO DE FATO

rdai.com.br/ojs/index.php/rdai/article/view/224



Palavras-chave: desafetação dos bens de uso comum, natureza dos bens públicos, regime jurídico dos bens públicos, interesse coletivo

Resumo

1. Introdução

Sabemos todos que a dominialidade pública é constituída por três espécies de bens públicos, estes conceituados como “todas as coisas materiais e imateriais, assim como as prestações, vinculadas às pessoas jurídicas públicas que objetivam fins públicos e estão sujeitas a um regime jurídico especial derogatório ou exorbitante do direito comum” (J. Cretella Jr., Manual de Direito Administrativo, Forense, 1979, p. 281). Essas três espécies são assaz conhecidas: bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais. Os bens de uso comum do povo, segundo os tratadistas e o Código Civil (LGL\2002\400) (art. 66, I), são os mares, rios, estradas, praças, áreas verdes etc.; os de uso especial, os terrenos e edifícios afetados a serviços ou estabelecimentos federais, estaduais e municipais (CC (LGL\2002\400), art. 66, II); os dominicais, aqueles que constituem o patrimônio da União, dos Estados ou dos Municipais, como objeto de direito pessoal ou real das entidades públicas. Além do Código Civil (LGL\2002\400), dispõem sobre os bens públicos o Código da Contabilidade Pública da União e seu Regulamento. A doutrina tem acentuado a questão da inalienabilidade dos bens de uso comum do povo e de uso especial como peculiaridade desses bens, enquanto que os dominicais são alienáveis, posto que são bens de uso privado do Estado, desde que atendidas certas condições (concorrência pública, autorização legislativa, avaliação), pois são também subordinados ao regime de direito público. Quanto aos dois primeiros tipos de bens, a doutrina tem admitido a sua alienação, desde que desafetados de sua destinação por lei. Especialmente na prática administrativa dos Municípios tem ganho largo emprego essa ideia, sem maiores cuidados. Afetar, como se sabe, significa destinar, consagrar, ou “afetação é a manifestação solene de vontade do poder público em virtude da qual uma coisa fica incorporada ao uso e gozo da comunidade”, sendo ainda “fato ou ato que determina a utilização da coisa a um fim público” (J. Cretella Jr., ob. cit., p. 285); e desafetar significa desdestinar, desconsagrar, isto é, desafetar um bem, portanto, é subtrair do seu destino o uso público, fazendo-o sair do domínio público para ingressar no domínio privado do Estado ou do particular (J. Cretella Jr., ob. cit., p. 286). Pois bem, como o Código Civil

(LGL\2002\400), no art. 67, dispõe que os bens públicos (de uso comum do povo, de uso especial e dominical) só perderão a inalienabilidade que lhes é peculiar nos casos e forma que a lei prescrever, a doutrina tem advogado a tese de que os bens de uso comum e os especiais, para serem alienados, necessitam tão só que uma lei desafete tais bens para a categoria dos bens dominicais. Sérgio de Andréa Ferreira observa o seguinte: “Cabe assinalar que no tocante aos bens de uso comum do povo, a natureza que segundo o Reg. determina a inalienabilidade, pode ser intrínseca, como no caso dos mares, (e, portanto, insuperável), ou pode ser jurídica e em tal hipótese, a alienação será possível se precedido o respectivo procedimento da chamada desclassificação do bem, que passa a dominical, a partir daí seguindo-se o esquema previsto na legislação pertinente” (Direito Administrativo Didático, 1981. p. 163). Rosah Russomano e Floriana Q. M. Oliveira declaram: “Uma vez procedida a desapropriação, isto é, retirada a característica da inalienabilidade do bem, fica ele liberado para qualquer modalidade de transferência” (Você Conhece Direito Administrativo?, Ed. Rio, p. 102). E Gilberto Povina Cavalcanti afirma: “Em princípio inalienáveis, os bens públicos podem sofrer desafetação, o que significa a sua saída do patrimônio indisponível (art. 66, I e II, do CC (LGL\2002\400)) para o patrimônio disponível (art. 66, III, do CC (LGL\2002\400)) do Estado, dependendo esse transpasse de autorização legislativa expressa, a menos que a lei geral tuteladora da temática de alienação de bens públicos silencie, caso em que será imperativa a Edição de Lei Especial” (Curso Programado de Direito Administrativo. Ed. Rio, p. 71). Luciano Benévolo de Andrade indica “[...] que os bens públicos serão indisponíveis e estarão fora do comércio. Todavia, pode acontecer que circunstâncias emergentes aconselhem a disponibilidade para seu melhor aproveitamento. Porém, apenas a lei poderá dizer quando isso ocorre, face ao princípio da legalidade. Donde o art. 67 do CC decretar que os bens públicos só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e forma que a lei prescrever” (Curso Moderno de Direito Administrativo, Saraiva, 1975. p. 97). De nossa parte, entendemos que, não obstante o Código Civil (LGL\2002\400) contenha disposição expressa que abone tal posição, ela é indefensável, pelo menos com essa simplicidade de raciocínio, no que toca aos bens de uso comum do povo. Com relação aos bens de uso especial, a assertiva é correta, posto que é a administração que decide, num determinado momento, se um prédio afetado ao serviço público deve deixar de sê-lo; e, portanto, em seguida, a lei de desafetação pode efetivamente determinar o transpasse categorial do bem para dominical. Todavia, quanto aos bens da primeira categoria, a nosso ver não é nem a administração, nem o legislador, que irá determinar aquela desclassificação ab initio. É, antes de tudo, uma questão de fato, que determina a inalienabilidade do bem como sendo intrínseca, e não jurídica, num primeiro momento. A lei, no caso, necessária, sem dúvida, terá o condão de afastar (ou legalizar a atuação do administrador público) o princípio da indisponibilidade do interesse público.

2.A natureza dos bens públicos

Sabe-se que há diversas teorias tentando explicar a natureza dos bens públicos. Uma corrente entende que são propriedade do povo, não da administração; outra entende que o estado tem sobre os bens públicos direito de uso, de gestão, porém não de propriedade. Uma terceira

corrente sustenta que o Estado tem um direito de propriedade *sui generis*, administrativa, sobre os bens públicos, face aos interesses da coletividade. O Código Civil (LGL\2002\400) adotou a teoria subjetivista da dominialidade pública (art. 65), os bens que não forem públicos (do Estado) são particulares. Estamos, nesse aspecto, com Luciano Benévolo de Andrade (ob. cit., p. 94), para quem “[...] a natureza da dominialidade pública é senhorial-comunitária, quer dizer, encarnando a comunidade, o Estado a substitui no exercício dos direitos de posse. Opera-se, assim, a inerência da causa material e da causa formal, constituindo-se o patrimônio público.” É por essa razão que, vendo no bem público de uso comum do povo direitos subjetivos da comunidade, antes que do Estado, não admitimos que possa aquele, por efeito única e exclusivamente da desafetação legal, aliená-lo. O bem dessa categoria, mais do que os das outras categorias, está adstrito a uma natureza intrínseca de ordem material e de destinação, à utilização do público, da comunidade. O Estado exerce direitos de posse sobre tais bens em nome da comunidade, mas não pode desfalar a utilidade do bem para essa mesma comunidade. A essa relação de administração denominamos de “afetação fática” do bem à utilização coletiva.

3. O regime jurídico dos bens públicos

Se não há dúvidas de que o regime jurídico que domina os bens públicos é sempre administrativo; e, se “falar em regime administrativo, importa em sujeita-lo aos poderes diretivo, normativo, operativo, e de polícia” (Luciano Benévolo de Andrade, ob. cit., p. 95), parece igualmente absurdo admitir-se que o Código Civil (LGL\2002\400) possa dispor sobre os bens públicos, prescrevendo em seu art. 67 que os bens públicos (todos) perderão sua inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e formas que a lei prescrever; é de nenhuma valia jurídica tal determinação, posto que em nenhum outro tema de direito público o regime jurídico de direito administrativo se faz tão presente como no que toca aos bens públicos. E, em matéria de direito administrativo, além de não ter nenhuma aptidão jurídica para determinar comandos jurídicos às entidades públicas federadas, o Código Civil (LGL\2002\400) não pode prescrever, no Brasil, normas administrativas (salvo em relação à União), sob pena de inconstitucionalidade, eis que então estaria a União legislando matéria administrativa aos Estados e Municípios, o que seria a quebra do regime federativo. Não se argumente que, por se tratar de direito de propriedade, o Código Civil (LGL\2002\400) seria o estuário natural daquela estatuição, posto que, tratando-se de propriedade pública, é ao Direito administrativo que compete fornecer princípios, teorias, comandos normativos, que assujeitem os bens públicos. Nesse sentido, a lição precisa de J. Cretella Jr.: “O regime jurídico dos bens públicos apresenta-se como um corpo de regras globalmente autônomo, repelindo em bloco o direito privado, dando autonomia à dominialidade pública. Tratando-se dos bens que fazem parte da dominialidade pública, seu regime jurídico superpõe-se às regras do direito de propriedade, tais como a coloca o direito civil, porque agora estão em jogo princípios específicos – inalienabilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade – que distinguem os bens públicos, alterando profundamente a antiga sistemática conhecida no campo do direito privado” (ob. cit., p. 282). Assim, para nós, é imprestável, juridicamente, o art. 67 do Código Civil (LGL\2002\400), não tendo força jurídica para fundamentar a

alienação de bens públicos de uso comum do povo, posto que estes não podem, segundo o princípio da prevalência do interesse público sobre o particular, imperante no regime administrativo, ser desafetados legalmente sem a correspondente desafetação fática. Se isso ocorrer haverá lesão ao patrimônio público, caracterizada pelo desfalque da utilização de um bem pela comunidade, que continuaria a dele se utilizar, não fora a desafetação legal. Em consequência, estará presente a condição básica para a anulação do ato legislativo e administrativo de alienação, se houver, via ação popular.

4.A doutrina administrativa e a desafetação dos bens de uso comum do povo

O que supra apontamos não passou despercebido da doutrina publicística, embora sem merecer a fundamentação desejável e necessária. Assim, J. Cretella Jr. assevera: “Admitamos ao contrário, que o Estado queira vender via pública ou edifício. É necessário haver, inicialmente, uma operação de desafetação, isto é de desdestinação. Não será mais utilizada no interesse público. Foi abandonada, por exemplo, a estrada, ou o prédio deixou de ser usado. Já possuía ‘desafetação’ de fato, por um desuso, e passa a ter uma desafetação de direito, mas só o ato solene de desafetação é que vai subtrair o bem do regime jurídico de direito público para integrá-lo ao regime jurídico de direito privado” (ob. cit., p. 286). Hely Lopes Meirelles, comentando a “defeituosa redação do art. 67 do CC (LGL\2002\400)”, escreveu: “Os bens públicos, quaisquer que sejam, podem ser alienados, desde que a administração satisfaça certas condições prévias para a sua transferência ao domínio privado ou a outra entidade pública. O que a lei civil quer dizer é que os bens públicos são inalienáveis enquanto destinados ao uso comum do povo ou a fins administrativos especiais, isto é, enquanto tiverem afetação pública, ou seja, destinação pública específica” (Direito Administrativo Brasileiro, 9. ed., Ed. RT, p. 487). O ilustre administrativista parece inclinar-se aí à tese segundo a qual, enquanto o bem de uso comum do povo tiver a sua satisfação fática natural (a praça sendo utilizada pela comunidade como tal, a rua idem etc.), não poderá haver a desafetação. Contudo, mais adiante, verifica-se que ele se contenta com a desafetação legal, quanto afirma: “Exemplificando: uma praça ou um edifício público não pode ser alienado enquanto tiver uma destinação, mas qualquer deles poderá ser vendido, doado, ou permutado desde o momento em que seja, por lei, desafetado da destinação originária e traspassado para a categoria de bem dominial, isto é, ao patrimônio disponível da Administração” (ob. cit., p. 487). Para nós, a afirmação é correta em relação aos bens de uso especial, mas não quanto aos bens de uso comum do povo. Por exemplo, uma área de lazer ou área verde, deixadas, por força do art. 4º, inc. I, e parágrafo único, da Lei 6.766-99, por loteador, que passassem a integrar o domínio público com a simples aprovação do projeto (concurso voluntário), futuramente, não podem ser alienadas mediante simples desafetação legal, posto que tais áreas cumprem função de interesse coletivo e individual ao mesmo tempo, em termos de recreação para os adquirentes de lotes e de equilíbrio ambiental para a área loteada. Se tal for possível, no entanto, ao cabo das alienação, após a desafetação legal, verificar-se-á que houve, de fato, uma lesão ao patrimônio público, um desfalque em bens que serviam à coletividade, posto que cada adquirente, quando adquiriu o seu lote o fez na suposição de que teria à sua disposição, para sempre, uma área de recreação, e a coletividade toda do loteamento, de que

teria uma área verde para integrar o ambiente. Tais áreas somente poderiam ser desafetadas da categoria de uso comum do povo se passassem a não mais servir à sua destinação originária, pelo desuso ou por abandono. Enquanto tal destinação de fato se mantiver, não pode a lei efetivar a desafetação, sob pena de cometer lesão ao patrimônio público (da comunidade). Juridicamente, tal lei será imprestável, posto que não criará direito, já que “o direito não é o puro fato, nem a pura norma, mas é o fato social na forma que lhe dá uma norma racionalmente promulgada por uma autoridade competente, segundo uma ordem de valores” (Miguel Reale, Fundamentos do Direito, São Paulo, 1940. pp. 301 e 302). Além do mais, em termos genéricos, se a simples desafetação legal fosse suficiente para a alienação dos bens de uso comum do povo, seria possível, em tese, a transformação de bens dominicais de todas as ruas, praças, vielas, áreas verdes etc., de um Município, e, portanto, do seu território público todo, com a consequente alienação (possível) do mesmo, o que, evidentemente, seria contra toda a lógica jurídica, sendo mesmo um disparate que ninguém, em sã consciência, poderia admitir.

5. Conclusão

Sinteticamente, podemos resumir o que acabamos de expor na seguinte conclusão: os bens de uso comum do povo não podem ser alienados, enquanto cumprirem sua destinação originária, posto que tais bens possuem uma inalienabilidade intrínseca e não jurídica, que somente as circunstâncias de fato serão capazes de superar (desuso, abandono etc.). Enquanto servem ao “uso comum do povo” e cumprem, portanto, de fato, sua destinação, não podem ser desafetados legalmente.

Biografia do Autor

Toshio Mukai, Procuradoria do Município de São Paulo (São Paulo, São Paulo, Brasil)

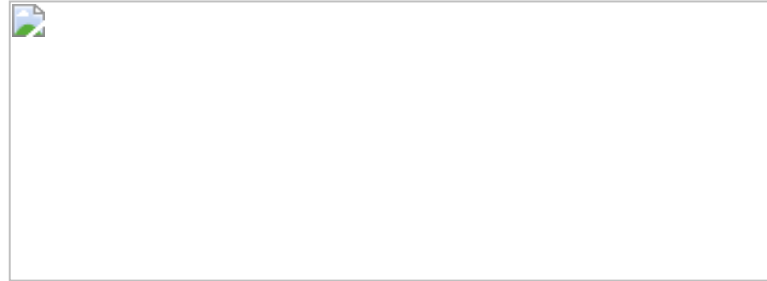
Doutor em Direito Administrativo pela USP. Procurador do Município de São Paulo aposentado. Advogado em São Paulo.

Referências

Artigo originalmente publicado na Revista de Direito Público, São Paulo, ano XVIII, n. 75, p. 246-249, jul.-set. 1985. A transcrição deste artigo foi realizada por Isaac Villasboas de Oliveira e Juliana Salinas Serrano.

MUKAI, T. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA DESAFETAÇÃO LEGAL DE BENS DE USO COMUM DO POVO, NA AUSÊNCIA DE DESAFETAÇÃO DE FATO. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura - RDAI, v. 4, n. 15, p. 359-365, 15 dez. 2020.
<https://doi.org/10.48143/RDAI.15.toshiomukai.2>

Este periódico é licenciado por
Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.



Atribuição-Compartilha- Igual 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND-SA 4.0)



A submissão e a publicação de artigos são gratuitos; avaliados por pares; o periódico utiliza o CrossCheck (antiplágio); e cumpre com o Guia dos Editores da *COPE - Committee on Publication Ethics*, além das recomendações Elsevier e SciELO.

Confira as Regras para a submissão e avaliação da RDA.