BEM PÚBLICO — DESAFETAÇÃO — DOAÇÃO

— É válida a lei que, desafetando bem de uso comum e transferido o imóvel para a categoria de bem patrimonial, a seguir o destina, mediante doação, à construção de praça de esportes.

CONSULTA

O Presidente de uma Câmara Municipal do interior de São Paulo remete-nos, para exame de legalidade, cópia do Projeto de Lei nº 34/78, de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, que “dispõe sobre transferência de área de uso comum para o Patrimônio Municipal” e, mais especificamente, indaga-nos:

“a) Se é legal o Projeto de Lei nº 34/78, como se encontra redigido?

b) Se a desafetação da área proposta no Projeto de Lei nº 34/78 é constitucional ou não?”

RESPOSTA

O município, pessoa jurídica de direito público interno (art. 14 do Código Civil), recebe, desde a sua institucionalização, coisas corpóreas e incorpóreas (art. 117, da LOM), e adquire direitos e obrigações (art. 116, da LOM). Desse conjunto

de bens que constitui o patrimônio municipal (complexo de relações jurídicas que tem valor econômico), interessa-nos, *in casu*, conhecer mais de perto os bens imóveis e o regime jurídico que lhes é aplicado.

Os bens públicos, segundo a destinação, são classificados pelo art. 66, do Código Civil, em: I — *bens de uso comum do povo*, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças; II — *bens de uso especial* — a exemplo dos edifícios, terrenos e equipamentos aplicados nos serviços públicos; III — *bens dominicais*, tais como os que constituem o patrimônio disponível. Por força dessa disposição é fácil perceber que os bens imóveis, adquiridos pelo município por qualquer dos meios admitidos pelo ordenamento positivo (contratos, desapropriação, etc.), passam não só a pertencer ao patrimônio municipal como a integrar, a partir do momento em que se transferiu a posse e independentemente de qualquer determinação legal específica, uma dessas categorias.

Também passam a pertencer ao município as áreas verdes, as áreas livres, as áreas de lazer, as áreas de ruas e praças e as áreas destinadas ao sistema de recreio e aos usos institucionais, previstas e reservadas para tais fins, nos planos de loteamentos, aprovados e recebidos pela municipalidade.

Esses bens, como os demais, são administrados segundo as normas e princípios estabelecidos pelo direito público, embora, no que esse seja omissão, apliquem-se-lhe, supletivamente, as disposições do direito privado que regem a matéria.

Por óbvio, no conceito de administração só se compreendem os poderes de utilização e conservação das coisas administradas. Assim, os meros atos de administração independem de qualquer autorização especial e competem ao Prefeito, salvo no que disserem respeito aos bens sub-

metidos à administração da Câmara Municipal. Nesse sentido é clara a regra prevista no art. 61, da LOM, que, por oportuna, merece ser transcrita:

“Art. 61 Cabe ao Prefeito a administração dos bens municipais, respeitada a competência da Câmara quanto àqueles utilizados em seus serviços.”

Os bens públicos são prestigiados pelas cláusulas da inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade, que lhes conforma o regime jurídico. A inalienabilidade dos bens públicos, assegurada, em nosso direito, desde a Constituição federal de 1824, é o atributo daquilo que não pode ser transferido, disponível ou alienado; que não pode passar de um *dominus* para outro. É a qualidade que impede a transferência (venda, doação, permuta), a terceiros, de bens assim considerados. Pela imprescritibilidade é protegida a propriedade dos bens públicos quando terceiros visam adquiri-la através de usucapião. Os bens públicos, qualquer que seja a espécie ou natureza, não podem ser usucapidos. A impenhorabilidade resguarda os bens públicos, não permitindo que sobre eles incida a penhora. Tal atributo é decorrência de preceito constitucional (art. 117), que prescreve a forma pela qual serão executadas as sentenças judiciais contra a fazenda pública. Da impenhorabilidade e inalienabilidade decorre a impossibilidade de oneração dos bens públicos. Inexistem os direitos reais de garantia sobre bens públicos, a exemplo do penhor, da hipoteca e da anticrese. Dessarte, sobre tais bens não pode recair nenhum ônus real, pois só quem pode alienar a propriedade pode hipotecar, dar em anticrese e empenhar, conforme estatui o art. 756 do Código Civil.

Esse regime, aqui palidamente enunciado, se de um lado visa, precipuamente, proteger os bens públicos dos atos iniciais para a aquisição da propriedade,

praticados por terceiros, e da dilapidação patrimonial que pode ser levada a efeito por maus agentes públicos, não impede, de outro, que, observadas certas exigências legais, sejam alienados. De fato, a alienação dos bens públicos é prevista no art. 67 do Código Civil, que estatui:

“Art. 67 Os bens de que trata o artigo antecedente só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e formas que a lei estabelecer”.

A alienação (venda, permuta, doação) dos bens públicos municipais, seja da espécie que for, também é prevista no art. 63 da LOM, que a subordina à observância de certos requisitos, a exemplo da existência de interesse público devidamente justificado, à prévia avaliação, à concorrência pública e à autorização legislativa. Completam-se as duas disposições. Com base nelas a doutrina não tem negado a possibilidade da transferência de domínio, ao afirmar que qualquer bem público pode ser alienado se previamente forem atendidas certas condições.

Dentre os autores de maior expressão e que assim entendem, está Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, 3. ed. refundida, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1975, p. 479) ao se manifestar sobre o tema da seguinte maneira:

“Os bens públicos, quaisquer que sejam, podem ser alienados, desde que a Administração satisfaça certas condições prévias para a sua transferência para o 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 específica’. Exemplificando: uma praça ou um edifício público não podem ser alienados enquanto tive-

rem essa destinação, mas qualquer deles poderá ser vendido, doado ou permutado desde o momento em que seja, por lei, desafetado da destinação originária e traspasado para a categoria de ‘bem domínial’, isto é, do ‘patrimônio disponível’ da Administração”.

No mesmo sentido já decidiu o STF, ao consignar que os bens públicos somente podem ser alienados se a lei o permitir e segundo ela o permita, conforme se depreende do acórdão estampado na *Revista dos Tribunais*, v. 106, p. 820.

O art. 63 da LOM estabelece que a alienação de bens municipais, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e, se imóveis, dependerá de autorização legislativa e concorrência, dispensada essa nos casos de doação e permuta.

Na doação, prescreve a citada disposição, deverão constar do contrato os encargos do donatário, o prazo para o seu cumprimento e a cláusula da retrocessão, sob pena de nulidade. Se essas exigências legitimam a transferência dos bens dominicais, não são, no entanto, suficientes para validar o trespasse do domínio se o bem pertencer à categoria dos de uso comum ou especial. A transferência domínial de bens dessas categorias exige a desafetação do bem a ser transacionado. Enquanto a afetação é a destinação de um bem a uma dada finalidade pública (uso especial ou comum), a desafetação é a operação inversa. A afetação pode ter origem num fato, num ato material ou, ainda, num ato jurídico (lei e ato administrativo).

A mudança natural do leito de um rio público é exemplo da primeira forma de afetação. A construção de uma estrada ou de um edifício para abrigar serviços administrativos exemplificam a segunda modalidade. As áreas livres constantes de

planos de loteamentos aprovados e recebidos pela municipalidade são exemplos de bens afetados ao uso comum por força de lei.

A desafetação, quase sempre determinada por lei, é a retirada de um bem, vinculado ao uso comum ou ao uso especial, para integrá-lo na categoria dos bens dominicais ou do patrimônio disponível. É o trespasse, por lei especial, de um bem da espécie dos inalienáveis para a dos alienáveis, no dizer de Hely Lopes Meirelles (*Estudos e Pareceres de Direito Público*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977, v. II, p. 603). Só depois de integrar essa categoria — bens dominicais ou disponíveis — é que podem ser alienados (vendidos, doados, permutados).

O Projeto de Lei nº 34/78, que acompanha a consulta, em seu art. 1º, desafeta uma área de terras destinadas, quando da aprovação do loteamento denominado Vila São Geraldo, ao sistema de recreio, por força da legislação estadual então vigente, e a transfere para a espécie dos bens patrimoniais. No art. 2º, autoriza a doação dessa área a uma entidade recreativa com sede no município. As peculiaridades do caso e a previsão estabelecida no art. 299, do Decreto estadual nº 52 497/70 (Código Sanitário), segundo a qual, na área destinada ao sistema de recreio, é vedada a construção de edifícios públicos ou particulares, não são óbices a que, por lei, seja a área desafetada e doada a terceiros. Assim nos parece porque a LOM (art. 63) e o Código Civil (art. 67) não fazem qualquer distinção quando facultam a alienação dos bens públicos, embora a subordinem aos casos e formas estabelecidos em lei. A área do sistema de recreio é, antes de mais nada, um bem público municipal que integrou o patrimônio do município, por força da aprovação do referido loteamento. Como bem público municipal, não só se submete ao

regime jurídico dos demais bens da mesma natureza, como está submetido aos atos de administração do Executivo e guardará tal destinação até que outra não lhe seja imposta, em atendimento aos interesses públicos locais. Se o interesse público devidamente justificado aconselhar a desafetação e a alienação, essas poderão ocorrer sem que se possa acoiar os atos que as concretizam de ilegais. Ademais, não há bem público absolutamente inalienável. Desse sentir são Azevedo Marques, ao afirmar que “não há texto algum em nosso direito dizendo que os bens públicos são absolutamente inalienáveis” (parecer, in *Revista dos Tribunais*, v. 62, p. 24), e Guimarães Menegale (*Direito Administrativo e Ciência da Administração*, 3. ed. p. 254). A vedação anterior, como a atual, contida no art. 299 do Código Sanitário do Estado, que impede a construção de edifícios nas áreas de recreio, é inconstitucional por afrontar diretamente a autonomia municipal, ciosamente garantida no art. 15 da Constituição federal. De fato, impedir que o município utilize seus bens segundo o seu interesse é contrariar a regra da livre administração. Agregue-se que é do peculiar interesse do município a utilização e alienação de seus bens, móveis ou imóveis, segundo as conveniências administrativas e as necessidades da população. Portanto só ao município, através do Prefeito e da Câmara, cabe valorar o seu peculiar interesse e só ele pode dizer *se, quando e como* utilizará ou alienará seus bens. Aliás, não é outra a norma de competência estabelecida no inciso V, do art. 3º, da LOM, que dirime toda e qualquer dúvida:

“Art. 3º Ao município compete prover a tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse e ao bem-estar de sua população, cabendo-lhe, privativamente, entre outras, as seguintes atribuições:

.

V — *dispor sobre administração, utilização e alienação de seus bens*” (grifo nosso).

A vedação contida na legislação estadual, que impede a construção de edifícios nas áreas do sistema de recreio, tem a natureza das normas urbanísticas, matéria também do peculiar interesse municipal. Destarte, também por essa razão, é inconstitucional. Ao município cabe dispor, privativamente, sobre urbanismo, conforme se depreende do disposto no inciso IX, do art. 3º, da LOM, cuja transcrição é de grande valia para o deslinde da dificuldade que a consulta enseja:

“Art. 3º

IX — estabelecer normas de edificação, de loteamento, de arruamento e de zoneamento urbano, bem como as limitações urbanísticas convenientes à ordenação de seu território.”

De outra sorte, não se pode, com base no art. 3º, do Decreto-lei federal nº 58 de 10.12.37, pretender a inalienabilidade dos espaços livres deixados pelo loteador, ou fundá-la em disposição absolutamente igual, constante do art. 3º do Decreto, também federal nº 3 079/38. A indisponibilidade prevista nessas regras é dirigida ao loteador. De fato, esse entendimento é o que lhe emprestou o legislador, cuja intenção estava, como ainda está, voltada para a defesa dos compradores de lotes, quase sempre ludibriados pela falácia dos loteadores. Nesse sentido manifestou-se Waldemar Loureiro, no seu *Registro da Propriedade Imóvel*, v. II, p. 41, ao escrever:

“Nos loteamentos anteriores à vigência do Decreto-lei nº 58, de 1937, freqüentemente os proprietários estimulados pela procura de terrenos diminuían os espaços reservados para logradouros públicos e ajardinamento quando os não suprimiam para acrescer alguns lotes mais à venda. A lei pôs termo ao abuso.”

Do mesmo modo expressou-se Waldemar M. Ferreira, o mais autorizado intérprete do Decreto-lei federal nº 58/37, já que lhe coube o mérito de elaborar o anteprojeto de lei, convertido, mais tarde, pelo Governo do Estado Novo, na Lei de Loteamento. Ao se referir à regra do art. 3º, dessa Lei, assim se pronunciou, como jurista e legislador:

“Esta disposição nova é salutar. Resultou das circunstâncias da vida prática. Não era fora do comum que, preparada uma planta de terrenos loteados, se fixasse a escolha dos pretendentes de lotes neste e naquele, em razão da proximidade de praça, parques ou jardins. Não tardou que ela se convertesse numa decepção ou pela transformação das praças em novos lotes ou pelo fechamento dos jardins internos e sua venda no todo ou também em lotes a terceiros” (*O Loteamento e Venda de Terrenos em Prestações*, p. 115).

Vê-se dessas manifestações que o objetivo do legislador foi o de gravar com a inalienabilidade as ruas e, principalmente, os espaços livres, descritos no memorial e na planta do loteamento, para que o loteador não se locupletasse com as áreas reservadas, sem prestigiar um interesse público.

Essas observações, que traduzem o alcance da inalienabilidade prevista na Lei de Loteamento e na legislação subsequente, são hoje mais rigorosas. Atualmente, tal inteligência, sobre não ter perdido seu significado, é reforçada pelo entendimento jurisprudencial, segundo o qual “executado o arruamento, se a municipalidade aceita o plano opera-se a transmissão do domínio particular para o público” (*RDA*, v. 84, p. 218), o que nos parece mais justo, lógico e real. Não há que se esperar a inscrição do memorial e da planta no registro de imóveis competente para que ocorra a transferência dominial e,

sobretudo, para evitar os inconvenientes apontados. As áreas das ruas e praças tornam-se bens públicos com a aprovação e o recebimento, pelo município, do loteamento executado pelo loteador (cf. nosso parecer, in *Boletim do Interior*, n. 55). Tais áreas deixam de ser propriedade do loteador e, por essa razão, como é natural, tornam-se inalienáveis por ato de seu ex-proprietário, mesmo que não depositados no cartório do registro de imóveis a planta e memorial do loteamento.

Esse vínculo não se estende ao município além do que dispõem as regras e os princípios jurídicos que regem a aquisição, a utilização e a alienação dos bens públicos. A inalienabilidade imposta pela Lei do Loteamento ao loteador desaparece com o ingresso dos bens no patrimônio público. O município recebe essas áreas que automaticamente passam a integrar uma das categorias dos bens imóveis, catalogados pelo art. 66 do Código Civil (bens de uso comum, bens de uso especial e bens dominicais), e dela só podem ser retirados nos casos e na forma que a lei prescrever. Ademais, não se justifica a indisponibilidade absoluta dessas áreas públicas, porque não militam a favor da inalienabilidade as razões que a motivaram em relação ao loteador. De fato, a desafetação e a alienação, que deverão atender ao peculiar interesse do município, as razões de ordem administrativa e as superiores necessidades da comunidade local, são sempre possíveis. Há, a prestigia-las, uma finalidade pública.

Por fim, tem-se a confirmar tal exegese o entendimento que resulta do disposto no parágrafo único, do art. 3º, do Decreto regulamentador da Lei de Loteamento ou, como hoje se admite, aprovada e recebida a modificação pela Prefeitura, depois de executada pelo loteador, cancelar-se-á a cláusula de inalienabili-

de sobre as vias e espaços livres da planta modificada.

O cancelamento da inalienabilidade deixa tais bens livres. Livres para quem — é o caso de se perguntar. Livres para o loteador que deles poderá dispor segundo melhor lhe aprouver. Se assim é, lógico é entender-se que a indisponibilidade não é absoluta. Se fosse absoluta, não poderiam retornar à propriedade particular já que pertenciam, em tal atributo, ao município, que, por força da inalienabilidade absoluta, estaria impossibilitado, juridicamente, de aquiescer na modificação, porque dela decorreria o reingresso das áreas ao patrimônio do loteador. Não há, portanto, como se sustentar a inalienabilidade desses bens quando integrantes do patrimônio municipal, se o peculiar interesse, as razões de ordem administrativa e as necessidades da população comunal impuserem a desafetação, ou essa cumulada com a alienação.

Nos termos do Código Civil, art. 1165, a doação é o contrato segundo o qual uma pessoa (doador), por liberalidade, transfere do seu patrimônio um bem para o de outra (donatário), que o aceita. O contrato pode consubstanciar uma doação simples, ou com encargos, ou, ainda, remuneratória. É simples ou pura a doação quando efetivada a favor do donatário, que desfrutará de seu objeto sem qualquer restrição. É com encargos ou condicionada a doação quando o doador impõe ao donatário uma prestação (obrigação) a ser cumprida a favor do próprio autor da liberalidade ou de terceiros. Por fim, é remuneratória a doação quando o propósito do doador é pagar um serviço prestado pelo donatário, cujo valor não foi ou não podia ser exigido na época da prestação.

No caso da consulta, a doação que se pretende ver concretizada a favor da Associação Mocidade Atlético é da segunda

espécie, isto é, doação com encargos. De fato, não se pode extrair dos documentos que instruem a consulta outro entendimento, pois os mesmos esclarecem que a transferência do bem ao patrimônio da Associação Mocidade Atlético é para construir, sob sua expensa e responsabilidade, uma praça de esportes. Ademais, o art. 2º, embora de redação imprecisa, expressa o encargo a ser cumprido pelo futuro donatário (Associação Mocidade Atlético). Nem poderia a desejada transferência patrimonial ser de outra forma, ante a inteligência que se consegue do enunciado na alínea *a*, do inciso I, do art. 63, da LOM. Essa disposição exige que nos contratos de doação constem, obrigatoriamente, sob pena de nulidade do ato, os encargos, o prazo de seu cumprimento e a cláusula de retrocessão.

A Administração municipal, depreende-se da legislação vigente (art. 63 da LOM), não é livre, como o particular, para escolher, ao doar bens, qualquer uma das formas acolhidas pelo direito positivo. Nenhuma doação de bem imóvel pertencente ao patrimônio municipal pode ser validamente concretizada sem que estejam previstos, no ato de outorga, os encargos, o prazo para serem tais obrigações cumpridas e a retrocessão (retorno do bem ao patrimônio público municipal) do bem, no caso do descumprimento das responsabilidades assumidas pelo donatário. O contrato de doação no qual o Município comparece como doador, mesmo que celebrado com base em lei autorizadora, que deixar de prever qualquer uma dessas exigências é nulo. A nulidade é a pena prevista pela LOM, na parte final da alínea *a*, do inciso I, do art. 63, para o contrato de doação que não observar tais requisitos. Cabe à Câmara Municipal fiscalizar se foram ou não atendidas, no ato de outorga, as exigências previstas, e, propugnar, na ausência do cumprimento

da lei, pela nulidade da transação. Também lhe cabe fiscalizar a observância das demais exigências (interesse público e avaliação). Por qualquer ângulo que se examine o conteúdo do Projeto de Lei nº 34/78, vê-se a sua legitimidade. Nada obsta a que alcance os fins desejados pelo seu ilustre autor.

Por último, cabe dizer que a propositura em apreço e os atos por ela autorizados dificilmente poderiam ser atacados por ilegais e lesivos ao patrimônio municipal, com a interposição de ação popular. As informações trazidas pela consulta dão conta de que “a área em questão, dadas às suas naturais declividades, jamais se prestará à implantação de área de lazer ao público, pois se localiza próxima ao leito de um ribeirão, o que viria implicar em elevados gastos pela administração para poder ser utilizada”. Se assim é a área, torna-se claro que se trata de imóvel, em tese, inaproveitável pelo Poder Público, e a doação a uma entidade particular, para que construa uma praça de esportes, ao invés de indicar um ato lesivo, caracteriza boa gestão dos negócios públicos. A população será, com as medidas que se pretende, a mais beneficiada. Quanto à ilegalidade, ela inexistente, como exaustivamente demonstramos.

Do exposto, respondemos:

1º — O Projeto de Lei nº 34/78, de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, é legal, quer quanto à competência, quer quanto à matéria que versa.

2º — A desafetação da área — sistema de recreio — e para nela ser implantada uma praça de esporte não afronta a legislação vigente. A doação, se atendidas as regras do art. 63 da LOM, é, como vimos, legítima.

Alerte-se, a título de sugestão, que a Ementa do Projeto examinando deve sofrer pequena alteração redacional, a exemplo de: “Dispõe sobre a desafetação

e doação de bem de uso comum”, e o art. 2º deve explicitar: “Fica o Poder Executivo autorizado a doar a área desafetada, descrita no artigo anterior, à Associação Mocidade Atlético, desde que observadas as exigências da Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo, se, além dessas, que são obrigatórias, sob pena de nulidade de contrato de doação, outras não forem estabelecidas pelo legis-

lador. Deixamos de nos pronunciar quanto ao mérito e outros aspectos de redação e de técnica legislativa adotados, porque temos certeza de que os mesmos não serão descurados pelos ilustres vereadores, quando da tramitação da propositura pela Câmara.

São Paulo, 12 de dezembro de 1978.
Diogenes Gasparini, Professor na Universidade Católica de São Paulo.