

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO  
Escola de Direito, Turismo e Museologia  
Departamento de Direito

Rayane Aparecida Bitencourt Ribeiro

**A REDEFINIÇÃO DE BENS PÚBLICOS A PARTIR DO CRITÉRIO  
FUNCIONALISTA (OBJETIVO) E DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE:  
análise da (im)possibilidade de onerabilidade de bens dominicais**

Ouro Preto

2022

Rayane Aparecida Bitencourt Ribeiro

**A REDEFINIÇÃO DE BENS PÚBLICOS A PARTIR DO CRITÉRIO  
FUNCIONALISTA (OBJETIVO) E DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE:  
análise da (im)possibilidade de onerabilidade de bens dominicais**

Monografia apresentada ao curso de Direito da  
Universidade Federal de Ouro Preto, como requisito  
parcial para obtenção de título de Bacharel em  
Direito.

Orientador: Professor Federico Nunes de Matos

Ouro Preto

2022



## FOLHA DE APROVAÇÃO

**Rayane Aparecida Bitencourt Ribeiro**

A redefinição de bens públicos a partir do critério funcionalista (objetivo) e da função social da propriedade: análise da (im)possibilidade de onerabilidade de bens dominicais

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito

Aprovada em 20 de junho de 2022

### Membros da banca

Doutor - Federico Nunes de Matos  
Doutora - Renata Barbosa de Almeida  
Doutor - Felipe Comarela Milanez

Federico Nunes de Matos, orientador do trabalho, aprovou a versão final e autorizou seu depósito na Biblioteca Digital de Trabalhos de Conclusão de Curso da UFOP em 20/06/2022



Documento assinado eletronicamente por **Federico Nunes de Matos, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 20/06/2022, às 21:06, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site [http://sei.ufop.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **0347694** e o código CRC **F1EF9BFA**.

## AGRADECIMENTOS

Acredito que os meus agradecimentos são a reflexão e a busca para redigir ínfima parte das inúmeras conquistas alcançadas até aqui. Olhar para os últimos cinco anos vividos, agora, torna-se momento de sincera alegria. Isso, porque, durante a graduação, havia em mim a sensação de que o tempo estava passando rápido demais e eu não iria conseguir lembrar dos momentos vividos, desde os mais difíceis aos mais prazerosos.

Chegar até aqui remonta a minha história. Chegar até aqui é a prova de que fui capaz independentemente das várias vezes em que tudo parecia se perder. Chegar até aqui é um ato de resistência pessoal, de autoconhecimento, de valorização daqueles que me proporcionaram a chance de cursar Direito.

Meus agradecimentos fundam-se em tudo que construí até aqui e no maior motivo de ter tido tal oportunidade: meus pais, Ivone Lourenço e Israel Neres.

A vocês sou eternamente grata por essa conquista. Estar na reta final do curso de Direito é resultado do amor, do esforço, da dedicação, da confiança e do sacrifício enfrentado dia após dia por vocês para que esse momento chegasse.

A Deus agradeço por não me abandonar. Agradeço por estar sempre ao meu lado e ouvir as minhas preces, tão longas e incessantes preces. Agradeço pela chance de estar na reta final da tão sonhada graduação.

Aos professores e professoras que deixaram um pouco do seu conhecimento em minha bagagem, meu eterno agradecimento. Em especial, agradeço à Professora Doutora Iara Antunes de Souza pela oportunidade e pela confiança de fazer parte do Projeto de Extensão Direitos da Pessoa com Deficiência. Por agregar conhecimento e amadurecimento durante a minha permanência no projeto como pesquisadora extensionista e coordenadora.

Assim, também enfatizo meus agradecimentos ao Professor Doutor Federico Nunes de Matos pela oportunidade e pela atenção dispensada.

À vida republicana e a todos e todas que fizeram parte dela.

À Universidade Federal de Ouro Preto por tornar um sonho em realidade, bem como pelo ensino público, gratuito e de qualidade.

E, à cidade de Ouro Preto por me acolher nesses cinco anos.

Dessa forma, carrego comigo a certeza de que o aprendizado e o amadurecimento alcançado nessa jornada foram cruciais para que eu me tornasse quem sou atualmente.

Muito obrigada!

## RESUMO

A Constituição da República de 1988 garante aos bens públicos regime jurídico protetivo a fim de resguardar o patrimônio do Estado, evitando que ele seja dilapidado por meio de alienação, penhora, prescrição aquisitiva ou por meio do inadimplemento de débitos garantidos pelos direitos reais de penhor, hipoteca e anticrese. Assim, o ordenamento jurídico utiliza do critério subjetivo (civilista) para reforçar a proteção desses bens, independente de afetação, isto é, independe de haver destinação específica que atenda o interesse coletivo. Para tanto, a presente pesquisa possui caráter essencialmente teórico, com análise bibliográfica, que visa identificar os entendimentos doutrinários acerca do assunto. Ademais, será utilizado o processo jurídico prospectivo para demonstrar a inadequação do critério civilista (subjetivo), acolhido pelo art. 98 do Código Civil brasileiro, com o mandamento da função social da propriedade (artigo 5º, XXIII e artigo 170, III da Constituição da República de 1988). Por se tratar de pesquisa de caráter eminentemente teórico, visando a crítica e a reconstrução de concepções teóricas atinentes ao Direito Administrativo e ao Direito Civil, por meio de procedimentos discursivos e argumentativos, o principal procedimento de análise empregado foi a análise de conteúdo. A análise de conteúdo empregada, em especial, no exame de documentos de legislação e de jurisprudência sobre a temática da presente pesquisa. Desse modo, intenciona-se analisar as implicações acerca da adoção do critério civilista ao considerar como bem público todos os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público, independentemente de estarem vinculados a atividade voltada ao bem-estar da coletividade, submetendo ao regime jurídico do direito público bens que são mero objeto de domínio por parte da Administração Pública. Em consequência da adoção desse critério, os bens públicos dominicais são considerados impenhoráveis, imprescritíveis e insuscetíveis de oneração. Assim, ao considerar como necessária a proteção de bens públicos desprovidos de qualquer funcionalidade para a sociedade, o ordenamento jurídico brasileiro passa a impedir que bens dominicais sejam passíveis de oneração. Portanto, depreende-se que aos bens públicos dominicais sem afetação e sem destinação de interesse coletivo possa ter relativizados a proteção trazida pelo regime jurídico empregado constitucionalmente. Assim, tornar-se-ia viável que esses bens, meros objetos de domínio do Poder Público, obtivessem destinação.

**Palavras-chave:** Bens Públicos. Função Social da Propriedade. Regime Jurídico. Bens Dominicais. Critério Funcionalista.

## ABSTRACT

The Constitution of the Republic of 1988 guarantees public assets a protective legal regime in order to protect the assets of the Public Power, preventing it from being dilapidated through alienation, attachment, acquisitive prescription or through default of debts guaranteed by the real rights of attachment, mortgage and antichresis. Thus, the legal system uses the subjective (civilist) criterion to reinforce the protection of these assets, regardless of affectation, that is, regardless of whether there is a specific destination that meets the collective interest. Therefore, the present research has an essentially theoretical character, with bibliographic analysis, which aims to identify the doctrinal understandings on the subject. Furthermore, the prospective legal process will be used to demonstrate the inadequacy of the civilist (subjective) criterion, supported by art. 98 of the Brazilian Civil Code, with the commandment of the social function of property (article 5º, XXIII and article 170, III, Federal Constitution of 1988). As this is an eminently theoretical research, aiming at the criticism and reconstruction of theoretical concepts related to Administrative Law and Civil Law, through discursive and argumentative procedures, the main analysis procedure used was content analysis. The content analysis used, in particular, in the examination of documents, legislation and jurisprudence on the subject of this research. In this way, it is intended to analyze the implications regarding the adoption of the civilist criterion when considering as public good all goods belonging to legal entities governed by public law, regardless of whether they are linked to activities aimed at the well-being of the community, submitting to the legal regime of the public law goods that are a mere object of dominion by the Public Administration. As a result of the adoption of this criterion, public domain assets are considered unattachable, imprescriptible and not subject to encumbrance. Thus, when considering as necessary the protection of public goods that are devoid of any functionality for society, the Brazilian legal system starts to prevent that proprietary goods are subject to encumbrance. Therefore, it appears that Sunday public goods without affectation and without destination of collective interest may have relativized the protection brought by the legal regime used constitutionally. Thus, it would become viable for these goods, mere objects of the domain of the Public Power, to obtain a destination.

**Keywords:** Public Goods. Social Function of Property. Legal regime. Sunday Goods. Functionalist Criterion.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 DEFINIÇÃO DE BENS PÚBLICOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....</b>	<b>11</b>
<b>2.1 Instituto da afetação e desafetação dos bens públicos.....</b>	<b>12</b>
<b>2.2 Delimitação e Característica dos bens públicos .....</b>	<b>13</b>
<b>2.3 Delimitação a partir da Concepção Funcionalista (objetiva) dos bens públicos .....</b>	<b>14</b>
<b>2.4 Delimitação a partir do Critério subjetivo (civilista) dos bens públicos .....</b>	<b>14</b>
<b>2.5 Regime jurídico de proteção aos bens públicos .....</b>	<b>15</b>
<i>2.5.1 Inalienabilidade.....</i>	<i>15</i>
<i>2.5.2 Impenhorabilidade .....</i>	<i>16</i>
<i>2.5.3 Imprescritibilidade .....</i>	<i>16</i>
<b>3 MANDAMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 .....</b>	<b>18</b>
<b>3.1 Função Social da Propriedade Pública.....</b>	<b>19</b>
<b>3.2 Função Social e o regime jurídico dos bens públicos .....</b>	<b>20</b>
<b>4 O PRINCÍPIO DA NÃO ONERABILIDADE E SUAS IMPLICÂNCIAS.....</b>	<b>23</b>
<b>4.1 Direitos reais de garantia.....</b>	<b>24</b>
<i>4.1.1 Penhor .....</i>	<i>25</i>
<i>4.1.2 Hipoteca .....</i>	<i>25</i>
<i>4.1.3 Anticrese .....</i>	<i>26</i>
<b>4.2 Delimitação do princípio da não onerabilidade .....</b>	<b>26</b>
<b>4.3 Da controvérsia no Código Civil sobre a não onerabilidade de bens públicos .....</b>	<b>27</b>
<b>5 (IM)POSSIBILIDADE DA ONERABILIDADE NAS CONTAS PÚBLICAS.....</b>	<b>30</b>
<b>5.1 Lei Federal de Parcerias Público-Privadas (Lei n.º 11.079/2004) .....</b>	<b>30</b>
<b>5.2 Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas .....</b>	<b>34</b>
<b>6 CONCLUSÃO.....</b>	<b>36</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>38</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro derroga aos bens públicos regime jurídico protetivo a fim de evitar que o patrimônio público venha a ser dilapidado. Segundo Hely Lopes Meirelles, os bens públicos são “todas as coisas corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, e empresas governamentais” (MEIRELLES, 2004, p. 493).

Para tanto, a gestão dos bens públicos condiciona-se ao uso que a Administração Pública irá destiná-los, diferentemente dos bens privados, e ao atendimento do interesse coletivo. De acordo com Odete Medauar (2018, p. 237), a relação da Administração Pública com os bens públicos “trata-se de um vínculo específico, de natureza administrativa, que permite e impõe ao Poder Público, titular do bem, assegurar a continuidade e regularidade da sua destinação, contra quaisquer ingerências”.

Seguindo esse raciocínio, a afetação dos bens públicos deve estar em congruência com o interesse público segundo a divisão aludida no artigo 99 do Código Civil, a saber:

Art. 99. “são bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - 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;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades”.

(BRASIL, 2002).

Ainda sobre o instituto da afetação, Marques Neto (2014, p. 480), leciona que a noção é entendida como a “consagração do bem a uma utilização concernente a uma utilidade pública”. Ao atender a uma utilidade pública, o bem pode ser classificado como de uso comum do povo, visando atender ao interesse coletivo; ou de uso especial, visando atender ao interesse da administração e da sociedade conjuntamente.

Seguindo esse raciocínio, a Constituição da República de 1988, em seu artigo 170, inciso III, traz o princípio da função social da propriedade. Como expõe Maria Sylvia Zanella Di Pietro citada por Marques Neto esse princípio visa:

(...) garantir que o direito de propriedade seja utilizado, não só em benefício do seu titular, mas também em proveito da coletividade. Com base nesse princípio, impõem-se aos proprietários deveres de utilização e aproveitamento que, se não cumpridos, sujeitam o proprietário a sanções, inclusive à perda da propriedade pela desapropriação. (DI PIETRO *apud* MARQUES NETO, 2014, p. 19).

A autora ainda completa:

Com muito mais razão, o princípio deve ser aplicado em relação aos bens públicos. Tudo o que é do domínio público está vocacionado ao atendimento de fins de interesse coletivo. Por isso, quando se fala em função social da propriedade pública o que se tem em vista é ampliar o máximo possível o potencial de aproveitamento e utilização, não só dos bens de uso comum e de uso especial, mas também dos bens dominicais, de forma a garantir o máximo de proveito para a coletividade. (DI PIETRO *apud* MARQUES NETO, 2014, p. 19).

Observa-se que a autora também frisa a necessidade de os bens públicos dominicais, sem afetação e sem destinação a uma finalidade de interesse público, cumpram, de mesmo modo, o mandamento da função social.

Nessa senda, torna-se imprescindível a análise do critério subjetivo (civilista) adotado pelo Código Civil contraposto ao critério funcionalista (objetivo) acerca da definição de bem público, no qual o primeiro se concretiza em relação a quem a titularidade do bem público pertence, enquanto o segundo se empenha em observar a finalidade do bem. Assim, a redefinição de bens públicos por meio do critério funcionalista (objetivo) permitiria que, caso o bem não possuía afetação e não cumpra com sua função social de atender ao interesse coletivo, a ele seria relativizado o regime jurídico protetivo.

As características desse regime jurídico protetivo são a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a impenhorabilidade e a impossibilidade de oneração. O artigo 183, §3º e o artigo 191 (CR/88), parágrafo único, aludem acerca da imprescritibilidade, qual seja, a impossibilidade de se adquirir bens públicos por meio do instituto da usucapião.

O instituto da impenhorabilidade alude sobre a impossibilidade de utilizar um bem público com o fim de satisfazer débito da Fazenda Pública decorrente de sentença judiciária. Enquanto a característica da impossibilidade de oneração consiste na impossibilidade de utilizar de garantias reais como o penhor, a anticrese ou a hipoteca para garantir débitos públicos.

Assim, esse regime jurídico protetivo aliado ao critério adotado pelo Código Civil faz com que os bens dominicais, por exemplo, sigam preservados. Já por outro lado, descumprem o mandamento constitucional da função social da propriedade, visto que há bens imóveis em domínio da Administração Pública sem afetação e, conseqüentemente, sem atender ao interesse coletivo. A fim de corroborar, Marques Neto leciona:

No caso dos bens dominicais, parece-nos ser uma verdadeira afronta à cláusula geral de função social imaginar possível que o ente público detenha um acervo de bens

(móveis ou imóveis) e não lhes dê qualquer uso, nem mesmo no sentido de geração de receitas empregáveis no custeio de necessidades coletivas ou na viabilização de empreendimentos públicos. Se bens dominicais existem, a eles deve ser dada a destinação patrimonial: o acervo destes bens deve ser administrado de forma a propiciar resultado econômico (rendas para a Administração) ou a permitir que os particulares o façam, preferencialmente com reversão de ônus em favor do poder público. (MARQUES NETO, 2014, p. 221).

Dessa forma, apresentados, inicialmente, as características dos bens públicos, sua definição e classificações, a presente pesquisa analisará a utilização do critério funcionalista (objetivo) sob a ótica do regime jurídico destinado aos bens públicos. À luz dessa observação, será necessário estudar as possibilidades de oneração de bens públicos dominicais no ordenamento jurídico sem ferir, com isso, a Constituição da República de 1988. Para tanto, o estudo da Lei de Parcerias Público-Privadas será de grande importância, no que tange ao princípio da não-onerabilidade, assim como a análise do Fundo de Garantidor responsável por prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública nesta espécie de contratado administrativo.

## 2 DEFINIÇÃO DE BENS PÚBLICOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No ordenamento jurídico brasileiro, a relação de domínio dos bens públicos perpassa pelo Direito Público e pelo Direito Privado, divergindo de acordo com a natureza da pessoa na qual o bem se relaciona e a finalidade a que se destina. Nessa senda, os bens públicos compreendem aqueles pertencentes às pessoas jurídicas, de qualquer natureza, móveis ou imóveis, que compõe o patrimônio público com a finalidade de atender ao interesse da coletividade. Para tanto, a doutrina administrativista conceitua os bens públicos como pertencentes à Administração Pública direta e indireta.

A delimitação de bens públicos perpassará por duas concepções doutrinárias, a concepção subjetiva e a concepção funcionalista. Seguindo esse raciocínio, a partir do critério funcionalista acerca dos bens públicos, Marques Neto descreve:

(...) o regime público recairá sobre os bens que estejam de alguma forma empregados numa utilidade de interesse geral. Pelo critério funcionalista, pouco importa saber quem é o titular do domínio do bem; releva verificar a que finalidade ele se presta. Ou seja, o que conferiria o caráter de público não é a pessoa titular do domínio, mas a função que cumpre o bem. (MARQUES NETO, 2014, p.117).

Nesse ínterim, para analisar o regime jurídico de um bem de acordo com a função que ele cumpre é utilizado o instituto da afetação. Esse instituto visa distinguir se haverá alguma destinação ao bem e se haverá uma função específica a que ele cumprirá para a coletividade. Desta feita, para melhor compreender a afetação, é necessário compreender a classificação dos bens públicos conforme a sua destinação.

O artigo 99 do Código Civil (BRASIL, 2002) apresenta três classes de bens. O inciso I trata sobre aqueles de uso comum do povo, isto é, quando afetado para permitir que a coletividade possa acessá-los. No inciso II, há a classificação de bens de uso especial, responsável por conferir ao bem aplicação que proporcione a coletividade serviço ou estabelecimento público, tendo como usuário direto o poder público (MARQUES NETO, 2014, p. 215). Enquanto o inciso III apresenta os bens dominicais, aqueles desprovidos de afetação, integrantes do patrimônio público para fins apenas patrimoniais. Não possuem qualquer destinação e nem apresentam uso que proporcione benefícios à coletividade.

Seguindo o raciocínio acerca dos bens dominicais, aqueles que não possuem qualquer destinação ou finalidade pública, Marques Neto aponta:

De outra forma, seriam esses bens aqueles que, integrando o patrimônio do Estado, não estivessem consagrados diretamente a uma finalidade pública (uso comum ou especial), demarcando o caráter residual dessa classe de bens. Dizemos não diretamente, pois estes bens dominicais devem cumprir uma finalidade patrimonial (gerar rendas para a Administração, receitas estas supostamente empregadas em finalidades públicas) que, instrumentalmente, seja útil à função pública. (MARQUES NETO, 2014, p. 221).

Logo, ao contrário dos bens públicos de uso comum e especial, os bens dominicais não estão empregados ao cumprimento das demandas da coletividade. Consonante, há entre os bens dominicais divisão, os que possuem uso e os sem uso. Os bens dominicais com uso são aqueles que, mesmo não afetados a destinação pública específica, são destinados a função patrimonial ou financeira (MARQUES NETO, 2014, p. 222). A fim exemplificar, o autor apresenta os bens imóveis objeto de uso remunerado pelos particulares, como prédio público alugado.

Em relação aos bens dominicais sem uso, esses não possuem, direta ou indiretamente, afetação que atenda à finalidade pública, como explica Marques Neto:

Há, porém, toda uma gama de bens públicos dominicais que não têm qualquer destinação, qualquer aplicação, integrando o patrimônio público apenas como objeto de domínio, mas sem nenhuma utilidade. Estes bens, ainda que não onerem diretamente o poder público, como ocorre com os bens privados inaproveitados — por força da imunidade tributária assegurada pelo artigo 150, VI, *a*, da Constituição —, não deixam de gerar gastos, pois a gestão patrimonial demanda recursos materiais e humanos e se não realizada redundando na dilapidação deste patrimônio. (MARQUES NETO, 2014, p. 224).

Com isso, os bens dominicais são parte do patrimônio da Administração Pública, porém, não possuem destinação social e, portanto, não cumprem função social como os bens de uso de uso comum do povo e os bens de uso especial. Eles apenas integram parte do patrimônio público, indo em desencontro com o mandamento constitucional de cumprimento do princípio da função social, o qual analisaremos melhor logo a frente. Ademais, além de os bens dominicais sem afetação não serem destinados a finalidade pública, eles estão submetidos ao regime jurídico de direito público, previsto na Constituição da República de 1988, responsável por garantir que esses bens sejam inalienáveis, impenhoráveis, imprescritíveis e impossibilitados de serem onerados.

## **2.1 Instituto da afetação e desafetação dos bens públicos**

A afetação, segundo leciona José dos Santos Carvalho Filho “diz respeito aos fins para os quais está sendo utilizado o bem público. Se um bem está sendo utilizado para determinado

fim público, seja diretamente do Estado, seja pelo uso dos indivíduos em geral, diz-se que está afetado a determinado fim público” (CARVALHO FILHO, 2022, p. 1042). Em contrapartida, diz-se que o bem público está desafetado quando a ele não é destinado um fim que atenda ao interesse público. Para tanto, o instituto da afetação e da desafetação ocorre por meio de ato administrativo, de acordo com o mesmo autor supracitado. Vale pontuar que nos ensinamentos de Odete Medauar tais institutos correm pela “lei, pelo ato administrativo e pelo registro de projeto de loteamento (Lei nº 6.766/79, artigos 17 e 22)” (MEDAUAR, 2018, p. 241).

Nessa senda, ambas as características possuem possibilidade de serem modificadas. É possível que um bem público afetado a um fim passe pela desafetação, qual seja, o bem passa a não possuir mais a finalidade que anteriormente lhe era designada, o torna desafetado porque desvincula o bem do emprego que possuía. Em mesmo sentido, um bem desafetado pode sofrer a afetação, isto é, o Poder Público lhe confere destinação para atender a um fim público específico.

A fim de agregar o exposto, José dos Santos Carvalho Filho expõe:

A afetação e a desafetação servem para demonstrar que os bens públicos não se perenizam, em regra, com a natureza que adquiriram em decorrência de sua destinação. Um prédio onde haja uma Secretaria de Estado em funcionamento pode ser desativado para que o órgão seja instalado em local diverso. Esse prédio, como é lógico, sairá de sua categoria de bem de uso especial e ingressará na de bem dominical. A desativação do prédio implica sua desafetação. Se, posteriormente, no mesmo prédio for instalada uma creche organizada pelo Estado, haverá afetação, e o bem, que estava na categoria dos dominicais, retornará a sua condição de bem de uso especial. (CARVALHO FILHO, 2022, p. 1.042).

Portanto, é imprescindível a análise do instituto da afetação e da desafetação acerca dos bens públicos. Isto, porque, o emprego do bem a finalidade pública gerará, inicialmente, o cumprimento da função social da propriedade, mandamento constitucional. Ademais, em consequência, permitirá o estudo de quais as implicações acerca de o bem compreender mera posição de objeto de domínio sob a ótica do Poder Público.

## **2.2 Delimitação e Característica dos bens públicos**

A delimitação dos bens públicos por meio de determinado critério visa delimitar o tratamento jurídico incidente sobre bem. Para tanto, existem duas correntes: a da concepção funcionalista (objetiva); e a concepção subjetiva (civilista), ambas apresentadas pelo autor Marques Neto em sua obra. Já a respeito das características dos bens públicos, essas fazem parte

do regime jurídico protetivo consagrado pela Constituição da República de 1988 com o fim de preservar os bens públicos de serem dilapidados.

A fim de compreender o conceito de cada corrente, a sua aplicação e as implicações das características dos bens públicos, analisaremos os tópicos a seguir.

### **2.3 Delimitação a partir da Concepção Funcionalista (objetiva) dos bens públicos**

A concepção funcionalista (objetiva) dos bens públicos é regida com base na utilidade que o bem tem para a sociedade. Assim sendo, o critério objetivo visa classificar o bem público de acordo com a finalidade e a utilidade empregada, portanto, estaria protegido pelo regime jurídico aqueles bens públicos que estejam afetados a destinação de interesse social. Para tanto, Marques Neto aponta que “nesta perspectiva, o que daria o atributo de público aos bens seria sua utilidade, seu emprego, e não a circunstância de ser o bem de propriedade de pessoa jurídica de direito público” (MARQUES NETO, 2014, p. 117).

Apesar de tal conceito promover melhor destino aos bens públicos, o ordenamento jurídico brasileiro não o acolhe na definição legal, não sendo o critério adotado pelo Código Civil. Assim, independentemente de o bem público estar ou não afetado a uma atividade de interesse coletivo, ele estaria protegido pelo regime jurídico dos bens públicos, ou seja, inalienáveis, impenhoráveis, imprescritíveis e impossibilitados de serem onerados.

Seguindo o raciocínio de melhor aproveitamento do bem público por meio do critério funcionalista, caso o bem esteja desafetado e, por consequência, não cumpra a sua função, ele não estaria protegido pelo regime jurídico. Portanto, permitiria que o bem sem afetação, apenas objeto de domínio da Administração Pública, pudesse ser destinado a outra finalidade, como por exemplo, servir de garantia a operação de crédito realizada pela Administração Pública.

### **2.4 Delimitação a partir do Critério subjetivo (civilista) dos bens públicos**

Contraposto à concepção funcionalista, o critério civilista (subjetivo) está presente no Código Civil, em seu artigo 98 (BRASIL, 2002) “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”. Em síntese, a concepção civilista se preocupa em caracterizar o bem de acordo com a pessoa a qual pertence. Nesse sentido, leciona Marques Neto:

Uma das formas de se disciplinar juridicamente os bens públicos é aquela adotada pela lei civil, consistente em defini-los a partir da relação de domínio por parte de uma pessoa jurídica de direito público interno. Em regra, o critério de definição dos bens públicos pela titularidade do domínio é forte entre os autores de Direito Civil e menos frequente entre os administrativistas. (MARQUES NETO, 2014, p. 104).

Resta evidente que o Código Civil busca proteger e delimitar os bens públicos em detrimento dos bens privados. Seguindo esse raciocínio, Marques Neto ainda apresenta que “não é a relação jurídica de uso que pauta o tratamento civilista dos bens, mas sim a relação de domínio. Preocupa o legislador civil a relação ‘sujeito – bem’, tal como a proteção daquele nas suas relações com terceiros, tendo por objeto o próprio bem” (MARQUES NETO, 2014, p. 106). Assim, a finalidade a que o bem se destina para a coletividade não é, pelo menos inicialmente, o objetivo que garante a proteção aos bens públicos.

## **2.5 Regime jurídico de proteção aos bens públicos**

A Constituição da República de 1988 cuidou de construir regime de proteção aos bens públicos por meio de algumas características. Os bens públicos, como parte integrante do acervo patrimonial da Administração Pública, gozam de regime jurídico protetivo, composto de atributos e características peculiares aos bens desta natureza quando comparados com os bens de caráter privado, dentro os quais, destacam-se a inalienabilidade, a impenhorabilidade e a imprescritibilidade. No que diz respeito a não-onerabilidade, objeto da presente pesquisa, ela será estudada individualmente no próximo capítulo.

Para tanto, será analisado a seguir as demais características.

### *2.5.1 Inalienabilidade*

Aplicada aos bens de uso comum do povo e uso especial, a inalienabilidade está presente no artigo 100 do Código Civil (BRASIL, 2002), “os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar”. Para complementar o mandamento do artigo, vale analisar a ressalva levantada pela doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A inalienabilidade, no entanto, não é absoluta, a não ser com relação àqueles bens que, por sua própria natureza, são insuscetíveis de valorização patrimonial, como os mares, praias, rios navegáveis; os que sejam inalienáveis em decorrência de

destinação legal e sejam suscetíveis de valoração patrimonial podem perder o caráter de inalienabilidade, desde que percam a destinação pública, o que ocorre pela desafetação, definida, por José Cretella Júnior (1984:160-161) como o “fato ou a manifestação de vontade do poder público mediante a qual o bem do domínio público é subtraído à dominialidade pública para ser incorporado ao domínio privado, do Estado ou do administrado”. (PIETRO, 2022, p. 874).

Portanto, é possível inferir que os bens dominicais, ou seja, sem afetação, estariam passíveis de serem alienados conforme expõe o artigo 101 do Código Civil (BRASIL, 2002), bem como expõe Marques Neto: “o fato é que os bens públicos não são em geral inalienáveis, salvo nas poucas hipóteses assim designadas na Constituição. Mesmo quando sobre eles recai uma cláusula de inalienabilidade, ela não será absoluta” (MARQUES NETO, 2014, p. 292).

Sendo assim, os bens públicos dominicais, de acordo com as hipóteses presentes no ordenamento jurídico, podem ser passíveis de serem alienados por meio de institutos como a permuta, a compra e venda, a dação em pagamento ou a doação. Em contrapartida, se possuírem afetação, isto é, destinação de interesse público, o bem público será protegido pelo instituto da inalienabilidade.

### *2.5.2 Impenhorabilidade*

A impenhorabilidade está relacionada a impossibilidade de satisfazer créditos decorrentes de decisões judiciais por meio da penhora de bem público. Para tanto, é considerada decorrente da característica de inalienabilidade, como elenca Marques Neto:

Há dois fundamentos jurídicos para a impenhorabilidade. O primeiro é decorrência da suposta inalienabilidade. Se o bem público não pode ser alienado por disposição do poder público seu titular, menos ainda poderia ter de ser alienado por imposição judicial para satisfazer credor privado. “Por serem inalienáveis, são impenhoráveis de acordo com a legislação em vigor todos os bens do Estado, qualquer que seja sua natureza.” (MARQUES NETO, 2014, p. 294).

Nesse sentido, para que haja a possibilidade de penhora de bem público, a Administração Pública utiliza de suas próprias regras para que um bem seja executado contra a Fazenda Pública, como aludido no artigo 100 da Constituição Federal (CR/88). Portanto, assim como a inalienabilidade, a impenhorabilidade não é absoluta.

### *2.5.3 Imprescritibilidade*

O instituto da imprescritibilidade alude sobre a impossibilidade de os bens públicos de sujeitarem à prescrição aquisitiva, ou seja, impossibilita que sejam adquiridos por meio de usucapião, independentemente de possuírem afetação ou não.

Nesse sentido, a Constituição da República de 1988 traz, em seu artigo 183, §3º, o mandamento de que os imóveis públicos não poderão ser adquiridos por usucapião. Em mesmo sentido há o artigo 191, parágrafo único, do mesmo diploma, o artigo 102 do Código Civil (BRASIL, 2002) e a Súmula 340 do Supremo Tribunal Federal.

Vale ressaltar que a característica de imprescritibilidade dos bens públicos não advém do critério subjetivo, isto é, impossível de ser usucapido por que pertence à pessoa de direito público. Ela decorre da própria natureza do bem público, como pontuado por José dos Santos Carvalho Filho no seguinte trecho:

A propósito, cabe lembrar que desde o Brasil Colônia já era acolhida essa proteção. A Lei nº 601, de 1850, a primeira lei de terras, também fixou a imprescritibilidade. Posteriormente, os Decretos nºs 19.924, de 27.4.1931, 22.785, de 31.5.1933, e 710, de 17.9.1938, confirmaram a garantia. Mais recentemente, o STF, em sua Súmula 340, assentou: “Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”. A matéria, pois, está sedimentada. (CARVALHO FILHO, 2022, p. 1.045).

Assim sendo, a imprescritibilidade é a característica mais antiga dos bens públicos porque visam evitar que o poder público perca seu domínio sobre o bem devido a ocupação pacífica por parte da sociedade. Ademais, Marques Neto ressalta que a proteção garantida pela imprescritibilidade ao bem público não dá permissão ao poder público para possuir em seu domínio grande acervo de bens ociosos, sem cumprir a função social e, portanto, não atender ao interesse coletivo (MARQUES NETO, 2014, p. 304).

Ademais, se faz necessário entender, de mesmo modo, o princípio da função social da propriedade presente na Constituição da República de 1988 no subtópico a seguir.

### **3 MANDAMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988**

A Constituição da República de 1988 consagrou no ordenamento jurídico brasileiro, o direito fundamental da propriedade vinculado ao princípio da função social da propriedade, que visa garantir o uso da coisa em conformidade com os interesses da sociedade. Assim, toda propriedade obriga-se ao cumprimento da função social ao passo que o exercício dos bens deve ser conforme o interesse coletivo. Estão presentes no texto constitucional de 1988 nos artigos 5º, inciso XXII e XXIII, e 170, incisos II e III (CR/88), como se lê a seguir:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII – é garantido o direito de propriedade;

XXIII – a propriedade atenderá à sua função social;

Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade.” (BRASIL, 1988).

Vinculado à garantia fundamental de propriedade, está o dever de atender às necessidades de interesse social. Com efeito, a propriedade só pode ser definida se for levada em conta sua função social. Esse seria, portanto, mais um elemento essencial do direito de propriedade, junto com os poderes de uso, gozo, disposição e persecução aludidos no Código Civil, em seu artigo 1.228, § 1º (BRASIL, 2002).

A função social se baseia noção de que, como parte da sociedade, o homem deve se esforçar para contribuir no âmbito do bem-estar social da coletividade e assim deixar em segundo plano os interesses estritamente individuais. Isso implica na ideia de que o seu direito de propriedade deve obedecer aos parâmetros legais e morais determinados para atender ao interesse coletivo. Assim, o proprietário faz uso do seu bem em prol do bem estar social e ainda tem os seus direitos enquanto proprietário resguardados.

No domínio privado, essa função social determina-se pela lei e varia conforme o tipo de propriedade (urbana, rural, mobiliária, de produção etc.). A fim de exemplificar, há o artigo 182, § 2º da Constituição da República de 1988, no qual preleciona que a “propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. Fábio Comparato explica que, quando não balizado expressamente

por lei, a função social da propriedade decorre da própria natureza do bem, de sua destinação habitual, que deve convergir com os interesses coletivos (COMPARATO, 2015, p. 71).

O autor ainda leciona que o descumprimento do dever social significa lesão ao direito fundamental de acesso à propriedade. Motivo pelo qual, nesse caso, as garantias ligadas à propriedade são afastadas. Em outras palavras, quem não cumpre a função social perde as garantias, judiciais e extrajudiciais, de proteção à propriedade. Por outro lado, garante-se o acesso à propriedade a todos os que a empreguem destinação social e que dela dependem como meio de subsistência.

Nessa senda, observa-se, com isso, a importância do atendimento à função social para a garantia da propriedade, atendimento ao interesse coletivo e a proteção às garantias judiciais e extrajudiciais da propriedade. Sabe-se que os bens particulares devem obedecer aos requisitos deste conceito e se questiona se o mesmo é aplicável aos bens públicos.

### **3.1 Função Social da Propriedade Pública**

Como verificado em tópico supra, a Constituição da República de 1988 trouxe consigo o instituto da função social da propriedade, que visa garantir o uso da coisa em conformidade com os interesses sociais. Por certo, verificou-se que esse princípio da função social abarca não só os bens privados, mas, inclusive, os chamados bens públicos.

A Constituição da República de 1988, no rol de direitos fundamentais, elencou o direito fundamental à propriedade condicionando-a, no entanto, ao cumprimento de função social, conforme o artigo 5º, incisos XII e XIII e 170, III (CR/88). É interessante notar que qualquer distinção foi feita entre bem público e bem particular, de forma que ambos se obrigam ao cumprimento do ditame constitucional de atendimento às necessidades de interesse coletivo.

Em relação à propriedade pública, conforme o pensamento de Élcio Arruda, é inconcebível pensá-la de maneira dissociada ao mandamento da função social da propriedade. Isso porque, segundo o autor, no que tange à propriedade pública, “a função social é intrínseca a ela mesma, diz respeito à sua própria gênese: ela, em si e por si, é – ou deveria ser – a própria função social” (ARRUDA, 2014, p. 23). Dessa forma, ao poder público também se endereça os limites e condicionantes decorrentes de tal diretiva constitucional.

Nessa senda, induz-se que a função social é intrínseca à natureza dos bens públicos independente de sua categoria. Como então se baliza o mandamento constitucional dentro das categorias de bens públicos adotadas pelo Código Civil (bens de uso comum, bens de uso

especial e bens dominicais). Acerca disso, é pertinente a esse trabalho voltar-se novamente aos ensinamentos de Élcio Arruda, a saber:

A estrela guia à consecução da função social da propriedade pública é utilizá-la de forma a permitir proporcionar o máximo de benefícios à coletividade, podendo desdobrar-se em tantas modalidades de uso quantas foram compatíveis com a destinação e conservação do bem. (...) Outrossim, aos bens dominicais, conquanto integrantes do patrimônio disponível da administração pública, há de se emprestar fim público, sob o império do princípio da função social da propriedade. Por isto mesmo, a Carta Política ordena a destinação de terras públicas e devolutas em harmonia à política agrícola e ao plano nacional de reforma agrária (CF, art. 188). E, mais ainda, o Estatuto das Cidades dispõe: “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas [...] (Lei 10.257/2001, art. 39). (ARRUDA, 2014, p. 24).

Seguindo o raciocínio, verifica-se que, o cumprimento da função social no âmbito dos bens públicos, de modo geral, implica na potencialização e ampliação, por parte do poder público, das possibilidades de uso do bem, em qualquer de suas modalidades, sempre sob a baliza da supremacia do interesse público.

No entanto, acontece na prática, o total ócio e inutilidade de bens de titularidade de pessoas jurídicas de direito público, que, por vezes, se encontram em total estado de abandono, não atendendo a nenhuma necessidade de interesse social. É o caso de alguns dos chamados bens dominicais, isto é, aqueles cujos quais não tem afetação específica, não são empregados na consecução de atividades de interesse público, tendo apenas a finalidade patrimonial de gerar renda à Administração.

No que diz respeito aos bens imóveis, implicaria a observância do princípio da função social das cidades. Estariam submetidos, na área urbana, às limitações impostas pelo Plano Diretor, como também enquadrar-se-ia, na zona rural, aos planos de reforma agrária, nos termos da Constituição da República de 1988, artigo 188, §1º (CR/88).

### **3.2 Função Social e o regime jurídico dos bens públicos**

O artigo 5º, inciso XXII (CR/88), alude acerca da garantia ao direito a propriedade, enquanto o inciso XXIII determina que a propriedade atenderá à sua função social.

Nos dizeres da doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a função social presente na Constituição “está atribuindo ao proprietário o dever de utilizar o bem de sua propriedade em proveito do bem comum” (PIETRO, 2022, p. 611). Logo, o cumprimento da função social por

parte do detentor de uma propriedade consiste no objetivo de atender ao interesse coletivo, proporcionando ônus ao proprietário.

Seguindo o raciocínio, esse ônus ao proprietário, seja o bem público ou privado, o leva ao dever de conceder à propriedade uma destinação que atenda ao interesse da coletividade e cumpra o mandamento constitucional do princípio da função social. A fim de corroborar, José dos Santos Carvalho Filho escreve:

O texto constitucional revela a existência de um direito contraposto a um dever jurídico. Dizendo que a propriedade deve atender à função social, assegura o direito do proprietário, de um lado, tornando inatacável sua propriedade se consonante com aquela função, e, de outro, impõe ao Estado o dever jurídico de respeitá-la nessas condições. Sob outro enfoque, o dispositivo garante ao Estado a intervenção na propriedade se descompassada com a função social, ao mesmo tempo em que faz incidir sobre o proprietário o dever jurídico de mantê-la ajustada à exigência constitucional. (CARVALHO FILHO, 2022, p. 704).

Assim sendo, cabe aos bens de propriedade pública o cumprimento da função social, bem como os bens de propriedade privada, vez que não há na Constituição da República de 1988 distinção entre ambos em seu conteúdo.

Não obstante, apresentados os conceitos, é possível analisar a implicância acerca do descumprimento da função social da propriedade em relação a bens públicos sem afetação. A fim de corroborar com tal indagação, Marques Neto aponta:

De outro, porque põe em pauta a reflexão sobre o que seja a função social dos bens públicos, função esta que certamente variará conforme as utilidades impregnadas nestes bens. Isso nos faz chegar à constatação de que, sempre que possível, sem esvaziar a utilidade correspondente à afetação principal do bem público, a gestão do patrimônio estatal deve ser organizada de molde a permitir o seu emprego na geração de receitas e na eficiência das políticas públicas. (MARQUES NETO, 2014, p. 396).

Como já apresentado, pelo critério civilista, os bens dominicais submetem-se à proteção própria do regime jurídico público, mesmo que não atendam à função social. Sendo, em tese, imprescritíveis. Logo, não há destinação que gere benefícios para a coletividade, nem mesmo que proporcione ao Poder Público forma de garantir seus débitos por meio de alguma das garantias reais, como veremos mais a frente.

De mesmo modo, apesar de fazer parte de um regime jurídico protetivo, é comum que os bens dominicais sejam ocupados por famílias de baixa renda que passam a exercer sobre eles moradia e, até mesmo, trabalho, a fim de tornar o bem produtivo e gerador de riquezas, corroborando com a construção de uma cidade sustentável, geradora de bem-estar social a seus integrantes, conforme determina o artigo 182, *caput*, da Constituição da República de 1988.

Portanto, à luz dos esclarecimentos acima, é possível notar que há inconformidades entre os bens públicos sem afetação, existentes apenas para domínio da Administração Pública, junto do não cumprimento da função social da propriedade por esses bens. Para melhor entender essas inconsistências, resta esclarecer sobre o objeto dessa pesquisa, a impossibilidade de onerar bens dominicais, isto é, sem afetação.

#### 4 O PRINCÍPIO DA NÃO ONERABILIDADE E SUAS IMPLICÂNCIAS

O princípio da não onerabilidade diz respeito sobre a impossibilidade de a Administração Pública gravar bens públicos com direito real de garantia em favor de terceiros, isto é, penhor, hipoteca e anticrese. Para tanto, o Código Civil, em seu artigo 1.420 (BRASIL, 2002) alude que, somente aquele que pode alienar o bem, pode dá-lo em garantia, caracterizando, dessa forma, a não onerabilidade, além disso a caracteriza como decorrência da inalienabilidade. Nesse Sentido, Nilma de Castro Abe aponta a limitação que o princípio da não-onerabilidade proporciona:

“(…) acredita-se que essa proteção se estende especialmente aos imóveis públicos, mesmo os dominicais, não afetados ao uso público, os quais não podem ser objetos de penhora, pois neste caso a situação seria mais grave ainda, porque não sobriariam nem aqueles imóveis que devem ser preservados nas mãos do Estado para o exercício de um poder mínimo sobre o seu território, sob pena de atingir a sua soberania, como é o caso dos terrenos de marinha”. (ABE, 2013, p. 53).

Diante do exposto, evidencia-se como o princípio da não onerabilidade leva o nosso ordenamento jurídico a aplicar esse regime a bens que não estão afetados a qualquer uso ou interesse coletivo e, portanto, poderiam facilitar algumas transações do poder público no que diz respeito a dar um bem como garantia de uma dívida. Logo a frente será demonstrado o procedimento utilizado pela Fazenda Pública para que um bem possa ser dado em garantia. Para tanto, será possível interpretar que o regime jurídico da não-onerabilidade conteria espaço para ser aplicado de forma mais relativizada, observando as características de um bem dominical sem afetação.

Nessa esteira, há o artigo 101 do Código Civil (BRASIL, 2002) responsável por nos dizer o seguinte: “os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei”. Como apresentado anteriormente, o bem público afetado ao uso especial ou comum, não pode ser alienado, portanto, o artigo 101 do Código Civil (BRASIL, 2002) nos leva a compreender que aos bens dominicais que não possuem qualquer uso ou destinação a um interesse coletivo, poderiam ser utilizados para a finalidade de garantir a dívida pública, visto que a não-onerabilidade é decorrente da inalienabilidade.

Ainda utilizando dos ensinamentos de Nilma de Castro Abe, a doutrinadora apresenta a possibilidade descrita por Gasparini acerca da possibilidade de oneração. Contudo, vale pontuar que a autora discordar do referido do doutrinador:

(...) Diogenes Gasparini defende a possibilidade de o Estado onerar bens públicos desde que as garantias sejam expressamente previstas em lei e aponta como exemplo a Lei Municipal de São Paulo nº 10.533, de 15/06/1988, que autorizou o Executivo a dar em garantia hipotecária vários bens imóveis municipais. Para sustentar essa posição, invoca os seguintes argumentos: (i) o ente estatal, em decorrência da autonomia, pode legislar sobre aquisição uso, administração, oneração e alienação de seus bens; (ii) o Poder Público pode, por lei, abrir mão dos benefícios da execução prevista no art. 100 da CF/1988 e, em decorrência, pode o credor, se necessário, valer-se de execução comum, que é o que já ocorre em relação aos créditos de natureza alimentícia; (iii) o regime da execução contra a Fazenda Pública é instituído, como também o princípio da indisponibilidade dos bens, em benefício do Estado, e este, previamente, certos bens para garantir uma operação. (ABE, 2013, p. 54).

Seguindo esse contexto, a autora ainda apresenta sua divergência acerca da utilização do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP) com o fim de que se realize a transferência de imóveis para a formação deste fundo e, assim, se prestarem ao pagamento de obrigações desse Fundo, sendo objeto de hipoteca, de constrição judicial e alienação para satisfazer as obrigações garantidas pelo fundo.

Depreende-se, portanto, como apesentado por Marques Neto, “há que se refletir acerca da abrangência da restrição à oneração, que, a nosso ver, não tem o caráter absoluto que a doutrina parece identificar” (MARQUES NETO, 2014, p. 299). Para tanto, a fim de compreender a não-onerabilidade e suas implicações acerca do instituto da garantia real e o porquê os bens públicos não podem ser penhorados, hipotecados ou objetos de anticrese, resta necessário analisar, a seguir, brevemente esses institutos.

#### **4.1 Direitos reais de garantia**

Para melhor entender a não onerabilidade, se faz necessário compreender os institutos do direito real de garantia. De acordo com a doutrina de Orlando Gomes os direitos reais de garantia são aqueles que conferem “ao credor a pretensão de obter o pagamento da dívida com o valor de bem aplicado exclusivamente à sua satisfação” (GOMES, 2022, p. 349). Nessa senda, Stolze exemplifica:

Tais direitos emanam de um ato negocial acessório, subordinado a um ato principal. Um exemplo permitirá esclarecer tal afirmação. Visando a pactuar um financiamento (ato negocial principal), o sujeito celebra, em caráter acessório, um outro ato negocial, que, uma vez levado a registro, constituirá a hipoteca sobre determinado bem imóvel, em garantia do adimplemento da dívida. (STOLZE, 2022, p.176).

Assim, as garantias reais proporcionam maior possibilidade de que o credor receba o pagamento de uma dívida vez que há o valor de um bem atrelado ao pagamento do débito

existente. Para tanto, as garantias reais se estendem entre o penhor, a hipoteca e a anticrese, as quais serão demonstradas resumidamente a seguir.

#### *4.1.1 Penhor*

Disciplinado no artigo 1.431 do Código Civil (BRASIL, 2002), o penhor surge por meio de contrato (contrato de penhor) ou pela lei (penhor legal), sendo o contrato o modo mais comum em que consiste o referido instituto. Para melhor entender esse direito real, Orlando Gomes expõe:

A relação jurídica de penhor constitui-se no pressuposto da existência de um direito de crédito. Sua função de garantia determina-lhe a natureza acessória. Nada acrescenta ao conteúdo da relação jurídica principal, limitando-se, tão somente, como esclarece Lordi, a aumentar a probabilidade de que a obrigação seja cumprida. Destinada a oferecer maior segurança ao direito do credor, pressupõe sua existência e validade. (GOMES, 2022, p. 351).

Para tanto, o penhor se reveste da tradição real para se efetivar, recaindo sobre coisas móveis, artigo 1.226, Código Civil (BRASIL, 2002). Sendo assim, constituído o penhor, o credor tem a posse direta da coisa até que haja a satisfação da dívida.

#### *4.1.2 Hipoteca*

A hipoteca é o direito real no qual o devedor segue em posse da coisa, contudo, esse mesmo bem imóvel garante que a dívida seja paga ao credor. Ao contrário do penhor, a hipoteca recai sobre bem imóvel e dispensa a tradição, logo, é um direito real que permite ao devedor conservar o bem sobre seu poder a fim seguir usufruindo da sua utilidade garantindo ao credor que o débito será quitado. Nessa senda, há características da hipoteca que se assemelham às do penhor, como pontuam Gustavo Tepedino, Carlos Monteiro Filho e Pablo Renteria:

A hipoteca apresenta características semelhantes às do penhor. Assim como este, cuida-se de direito acessório, dotado eficácia real, que autoriza o credor a executar o bem recebido em garantia e a receber o valor obtido em pagamento do seu débito, preferindo a qualquer outro credor em caso de concurso, ressalvados os créditos – como o tributário, o trabalhista e o condominial – que, nos termos da legislação vigente, precedem o hipotecário (CC, art. 1.422). Sendo dotada de eficácia real, a hipoteca adere à coisa e segue-a por onde ela for, de sorte que o credor, valendo-se da sequela, pode executar o bem ainda que tenha sido transferido pelo devedor a outrem. (TEPEDINO; MONTEIRO FILHO; RENTERIA, 2022, p. 493).

Importante salientar que a hipoteca deve conter registro imobiliário a fim tornar-se pública, além de proporcionar que terceiros possuam conhecimento acerca da garantia real sobre aquele bem imóvel.

#### *4.1.3 Anticrese*

Disciplinada no artigo 1.506 do Código Civil (BRASIL, 2002), a anticrese ocorre quando, junto da entrega do imóvel, o devedor ou outrem, cede ao credor o direito de perceber os frutos e rendimentos diários do bem com a finalidade de quitar gradualmente a dívida.

Vale ressaltar que a anticrese recai exclusivamente sobre bem imóvel frutífero, nas palavras de Gustavo Tepedino, Carlos Monteiro Filho e Pablo Renteria, “a anticrese recai exclusivamente sobre bem imóvel, exigindo-se, também, que este seja frutífero, pois, de outro modo, não serviria ao fim da garantia, consistente na imputação dos frutos gerados pela coisa à amortização da dívida” (TEPEDINO; MONTEIRO FILHO; RENTERIA, 2022, p. 530).

Nesse sentido, caso os frutos e os rendimentos não sejam suficientes para quitar o débito, o devedor segue obrigado a satisfazer o crédito no vencimento, a fim de satisfazer a dívida completamente.

Apresentados os conceitos de garantia real, penhor, hipoteca e anticrese, far-se-á necessária análise mais profunda sobre a delimitação e as implicações do princípio da não-onerabilidade no regime jurídico dos bens públicos.

## **4.2 Delimitação do princípio da não onerabilidade**

Em sua doutrina, Marques Neto aponta que há autores que compreendem a impenhorabilidade como impeditivo da oneração, visto que a Constituição da República de 1988, em seu artigo 100, alude que o bem público não pode ser objeto de execução fora da regra constitucional (MARQUES NETO, 2014, p. 299). A fim de corroborar, Diógenes aponta:

Da impenhorabilidade e da inalienabilidade exsurge a impossibilidade de oneração dos bens públicos, isto é, a não-oneração. O administrador público (Prefeito, Governador, Presidente) não pode gravar livremente os bens que estão sob sua guarda, conservação e aprimoramento. Ou seja, esses agentes, porque não são os donos desses bens, não podem onerá-los. Inexiste, pois, em tese, a possibilidade de serem ditos bens públicos gravados com penhora, hipoteca ou anticrese. (GASPARINI, 2008, p. 874).

Assim, torna-se traço do regime jurídico de bens públicos a impossibilidade de gravá-los livremente sob garantia de direito real. Com o fim de enriquecer a pesquisa, nota-se em trecho da obra de Marques Neto entendimento contrário ao que leciona Diógenes no recorte acima:

No tocante à impossibilidade de oneração dos bens de uso comum ou especial, parecemos que ela defluiu obrigatória da combinação do disposto no artigo 1.420 com o artigo 100, ambos do Código Civil. Contudo, devemos registrar que, ao contrário do entendimento de Diógenes GASPARINI, a vedação constante do artigo 1.420 não é relativa ao agente público (como se a vedação da lei civil fosse uma restrição à pessoa), mas à incidência de que garantia legalmente prevista recaia sobre o bem que não possa ser alienado. É claro que o agente público não poderia onerar o bem público para garantir um débito próprio. Porém, em relação aos bens públicos, aplica-se a vedação constante da parte final do artigo 1.420, e não aquela pessoal, presente na parte inicial. (MARQUES NETO, 2014, p. 299).

Consoante à divergência entre o apresentado por Marques Neto e o exposto por Diógenes Gasparini, há semelhança com o destino que a presente pesquisa pretende alcançar. Isso porque resta evidente que a não-onerabilidade como parte do regime jurídico de proteção aos bens públicos advém de decisão do poder público por meio da legislação vigente e não devido ao agente público, como apontado por Gasparini.

Nessa senda, é importante compreender as controvérsias presentes no Código Civil para que seja possível analisar a crítica de alguns autores à restrição a oneração como absoluta no ordenamento jurídico brasileiro.

#### **4.3 Da controvérsia no Código Civil sobre a não onerabilidade de bens públicos**

Seguindo o raciocínio anterior, a impossibilidade de oneração não parece ser um princípio que se mostraria contrário ao ordenamento jurídico, vez que o próprio Código Civil traz hipóteses de oneração de bens públicos por meio de garantia real. Marques Neto expõe em sua doutrina que “para demonstrar que não é incontroversa a não oneração de bens públicos, vale consignar que o próprio Código Civil parece contemplar hipóteses de oneração de bens públicos com garantia real em duas situações” (MARQUES NETO, 2014, p. 301).

A primeira situação diz respeito à possibilidade de hipotecar estradas de ferro, presente no artigo 1.473, inciso IV, do Código Civil (BRASIL, 2002). Já a segunda hipótese de hipoteca sobre bens públicos, diz respeito às jazidas, às minas e aos demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica e os monumentos arqueológicos, presentes nos artigos 1.473, inciso V, e 1.230, ambos do Código Civil, demonstrados a seguir:

Art. 1.473. Podem ser objeto de hipoteca:

IV - as estradas de ferro;

V - os recursos naturais a que se refere o art. 1.230, independentemente do solo onde se acham;

Art. 1.230. A propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais.

Parágrafo único. O proprietário do solo tem o direito de explorar os recursos minerais de emprego imediato na construção civil, desde que não submetidos a transformação industrial, obedecido o disposto em lei especial. (BRASIL, 2002).

Diante da análise dos artigos acima, há espaço para a interpretação de que a impossibilidade de oneração é incontroversa, por exemplo, ao ler que o Código Civil permite a hipoteca de estradas de ferro, um bem público afetado a um serviço público e de interesse coletivo. Para tanto, Marques Neto também reforça:

Interessante, a este respeito, o fato de que, reforçando o que antes dissemos, o Código admite a hipótese de, em sendo executada a garantia, haver alienação do bem ferroviária (em tese, pelo artigo 100 do CCB, um bem inalienável, pois qualificado ao serviço público), assegurando, no entanto, regras para preservar a continuidade do serviço público de transporte ferroviário, vedando que o credor obste a exploração do serviço (artigo 1.503), exigindo que ele respeite o estado e o tempo de execução (artigo 1.504) e permitindo ao titular do serviço remir a estrada de ferro, “*pagando o preço da arrematação ou adjudicação*” (artigo 1.505). (MARQUES NETO, 2014, p. 301).

Nessa senda, a não-oneração é relativizada nos artigos do Código Civil apresentados acima, enquanto o artigo 100 da Constituição Federal prevê absoluta restrição acerca da oneração, como se lê: “os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar” (CR/88). Com o fim de corroborar, Marques Neto finaliza:

Ora, vemos então que o CCB prevê expressamente a possibilidade de hipoteca sobre bens constitucionalmente públicos (note-se que a lei civil não alude aos direitos de compensação financeira pela exploração destes recursos), o que, para dizer o mínimo, desafia a formulação peremptória de que os bens públicos não podem ser onerados e, conseqüentemente, que não podem ser dados em garantia.

Temos conosco que, ao menos nas hipóteses em que a lei reservar um conjunto de bens dominicais, consagrando-os às finalidades de servir como garantia real a operações de crédito (por exemplo, parcerias público-privadas regidas pela Lei nº 11.079/04), não se poderá falar em não onerabilidade dos bens públicos, traço característico a nosso ver não aplicável a todos os bens públicos. (MARQUES NETO, 2014, p. 302).

De sorte a interpretação de Marques Neto e o destino da presente pesquisa se assemelham, uma vez que estudado e analisado o critério funcionalista apresentado

anteriormente, a reclassificação dos bens públicos dominicais sem afetação e destinação de interesse social permitiria que o regime jurídico de proteção a esses bens fosse relativizado. Dessa forma, tornar-se-ia possível fazer com que aqueles bens públicos alvos apenas de domínio estatal também cumpram com a função social, mandamento constitucional de hierarquia jurídica superior.

Seguindo esse raciocínio, Marques Neto expõe em sua obra:

No entanto, nada impediria que, para os bens dominicais, fosse possível a penhora, a aquisição por usucapião, a sujeição a direitos reais de garantia, desde que o bem não estivesse destinado a fim público. Não há dúvida de que, por esse modo, se propiciaria o crescimento da função social da propriedade pública. (MARQUES NETO, 2014, p.19).

Importante compreender as consequências de tornar possível a oneração de bens públicos sem afetação. Para tanto veremos a análise da possibilidade de onerá-los diante das contas públicas no subtítulo a seguir.

## 5 (IM)POSSIBILIDADE DA ONERABILIDADE NAS CONTAS PÚBLICAS

Como analisado nos tópicos supra, a não onerabilidade faz parte do regime jurídico de proteção aos bens públicos, sejam eles de uso especial, de uso comum do povo ou dominicais. No que diz respeito aos bens dominicais, é válido lembrar que existem os bens dominicais com uso e sem uso. Passamos, inicialmente, a pontuar acerca dos que possuem uso.

Marques Neto leciona em sua doutrina acerca dos bens dominicais com uso aplicados especificadamente no cumprimento de uma função patrimonial ou financeira, a exemplo, o autor cita “dentro deste universo, estão várias espécies de bens, como os bens imóveis que são objeto de uso remunerado pelos particulares (como um prédio público alugado) ou os bens objeto de cessão onerosa para uso privativo (por concessão ou permissão de uso) (MARQUES NETO, 2014, p. 222).

Nessa senda, Marques Neto ainda expõe ponto interessante para a discussão desse tópico:

Estão neste quadrante também os bens que passam a integrar fundos garantidores de operações de parcerias, nos termos do que dispõe o artigo da Lei Federal nº 11.079/04, podendo-se dizer que neste caso há uma afetação específica dos bens a uma atividade pública de garantir as parcerias público privadas. É interessante notar, neste caso, que embora os bens disponibilizados em garantia sejam prontamente alienáveis (porquanto não afetados a um uso específico), não deixam de ser reservados a uma finalidade: nos termos da lei, oferecer garantias às operações de parcerias. Por isso, inclusive, é que se pode sustentar que tais bens não são colhidos nem pelo traço da inalienabilidade, nem pela marca da impenhorabilidade ou não onerosidade (na medida em que a sua oneração ou a sua conferência em garantia corresponde à destinação autorizada pela lei, v.g., poder o bem ser dado em garantia). (MARQUES NETO, 2014, p. 222).

Assim, é possível observar que há abertura no próprio ordenamento jurídico acerca da utilização de um bem público dominical para o fim de conferir garantia às operações financeiras realizadas entre o poder público e às parcerias público privadas. Antes seguir com esse raciocínio, cabe explicar sobre a Lei Federal de Parcerias Público Privada n.º 11.079/2004.

### 5.1 Lei Federal de Parcerias Público-Privadas (Lei n.º 11.079/2004)

De acordo com o que leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2022, p. 347), as parcerias público-privadas (PPP) foram instituídas como modalidades de contratos administrativo, para tanto, visa que haja compatibilidade entre os interesses públicos e privados.

Seguindo esse raciocínio, Marçal Justen Filho leciona acerca das PPP:

Contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito à remuneração, por meio da exploração da infra-estrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para a obtenção de recursos no mercado financeiro. (JUSTEN FILHO *apud* LIMA; ETINGER, 2007, p. 4).

No primeiro artigo da referida Lei são instituídas normas gerais para licitação e contratação de parceria público privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Assim, a Lei de PPP é aplicada aos órgãos da Administração pública direta e indireta, aos Poderes Executivo e Legislativo, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e aos fundos especiais. Em relação aos fundos especiais, para que o contrato administrativo de PPP seja executado, foi criado o Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas, objeto de explanação mais a frente.

Portanto, depreende-se que haverá PPP quando houver contraprestação, como explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro sobre o artigo 2º da Lei 11.079/2004:

Pelo § 1º, “concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13-2-95, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”. E, pelo § 2º, “concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”. (DI PIETRO, 2022, p.349).

A fim de completar o conteúdo dos parágrafos apresentado acima, Maria Sylvia Zanella Di Pietro continua:

Do artigo 2º e seus parágrafos resulta que a parceria público-privada pode ter por objeto a prestação de serviço público (tal como na concessão de serviço público tradicional) ou a prestação de serviços de que a Administração seja a usuária direta ou indireta (o que também pode corresponder a serviço público), envolvendo ou não, neste segundo caso, a execução de obra e o fornecimento e instalação de bens; na primeira modalidade, tem-se a concessão patrocinada, em que a remuneração compreende tarifa do usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado; na segunda modalidade, tem-se a concessão administrativa, em que a remuneração é feita exclusivamente por contraprestação do parceiro público ao parceiro privado, o que aproxima essa modalidade do contrato de empreitada. (DI PIETRO, 2022, p. 349).

Ademais, a Lei n.º 11.079/2004 elenca, em seu artigo 8º, as formas em que a Administração Pública poderá prestar garantias nos contratos de Parceria Público-Privada (LIMA; ETINGER, 2007, p. 7). Veja-se:

Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;

II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;

V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;

VI – outros mecanismos admitidos em lei. (BRASIL, 2004).

Assim sendo, é importante verificar que a Parceria Pública-Privada se subdivide em concessão patrocinada na qual a remuneração envolvida compreenda a tarifa cobrada do usuário e a contraprestação do parceiro público ao parceiro privado. Enquanto a outra divisão, isto é, a concessão administrativa, a que mais nos interessa nesse momento, se baseia na remuneração realizada exclusivamente por contraprestações como citado acima, a partir da “prestação de serviços de que a Administração seja a usuária direta ou indireta (o que também pode corresponder a serviço público), envolvendo ou não, neste segundo caso, a execução de obra e o fornecimento e instalação de bens”.

De sorte, o artigo 6º, inciso IV, da Lei n.º 11.079/2004, sobre as formas de contraprestação da concessão administrativa se refere a “outorga de direitos sobre bens públicos dominiais” (BRASIL, 2004). Além desse dispositivo, o artigo 16 da mesma Lei, em seu parágrafo 4º, apresenta que:

Art. 16. [...] §4º A integralização das cotas poderá ser realizada em dinheiro, títulos da dívida pública, **bens imóveis dominicais**, bens móveis, inclusive ações de sociedade de economia mista federal excedentes ao necessário para manutenção de seu controle pela União, ou outros direitos com valor patrimonial. (BRASIL, 2004, grifo nosso).

Resta evidente que a Lei proporciona abertura para que o bem público dominial seja objeto de garantia para assegurar que a PPP seja cumprida, ou seja, o fundo garantido da parceria público-privada vai ser composto por receita e bens públicos pertencentes à União. Aparentemente seria possível inferir que nesse contexto haveria uma forma de tornar um bem público onerável, indo de desencontro com a proteção jurídica constitucional compreendia a esses bens. Contudo, com o fim de sanar tal possibilidade, Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona:

Essas receitas e esses bens não perderão a sua natureza pública pelo fato de ficarem vinculados a um fundo, tanto assim que o artigo 19 assegura a qualquer dos cotistas a possibilidade de requerer o resgate total ou parcial de suas cotas, e o artigo 20, parágrafo único, prevê que, em caso de ser “dissolvido” (melhor se diria “extinto”) o fundo, o seu patrimônio será rateado entre os cotistas, com base na situação patrimonial à data da dissolução (“extinção”). Vale dizer que os bens voltam a integrar o patrimônio da União, autarquia ou fundação pública. (DI PIETRO, 2022, p. 366).

Em sequência a autora complementa:

Se os bens da União, autarquias e fundações públicas são públicos e, portanto, impenhoráveis, por força do artigo 100 da Constituição, não perdem essa natureza pelo fato de ficarem vinculados a um Fundo. Se isso fosse possível, estar-se-ia, pela via indireta, alcançando objetivo que o constituinte quis coibir com a regra do referido dispositivo constitucional. A cada vez que uma pessoa pública quisesse oferecer bens de seu patrimônio em garantia de dívidas, poderia instituir um fundo ao qual esses bens ficassem vinculados. Nem por lei isso pode ser feito, sob pena de burla ao preceito constitucional. Aliás, parece ter sido exatamente esse o objetivo do legislador ao instituir o Fundo. (DI PIETRO, 2022, p. 366).

Apesar do demonstrado pela autora, a presente pesquisa pretende demonstrar que o objetivo de o legislador instituir Fundo Garantidor a fim de fazer com que um bem público possa se tornar objeto de garantia de uma parceria público-privada gera movimento maior da engrenagem administrativa. À luz dos conceitos apresentados no primeiro capítulo desse texto, observou-se que os bens públicos dominicais sem uso, sem afetação e sem destinação que compreenda ao interesse coletivo seguem apenas como objeto de domínio da Administração Pública.

Assim como apontado em alguns trechos da doutrina de Marques Neto, a oneração (dar em garantia bens públicos, sem uso e sem afetação, por meio das garantias reais de hipoteca, penhor ou anticrese) proporcionaria movimento da administração direta ou indireta menos custoso, visto que não estariam protegidos pelo regime jurídico dos bens públicos de uso comum do povo e de uso especial.

Nessa senda, a autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, reforça contrariamente “em resumo, a instituição do FGP depende de lei que especifique as receitas que ficarão vinculadas ao mesmo. Não pode o Fundo ser instituído com burla à norma constitucional de que decorre a impenhorabilidade de bens públicos” (DI PIETRO, 2022, p. 367). Assim sendo, observa-se que tal alusão traz à tona o grande movimento que deve ser feito para que os bens públicos sigam com as características de seu regime jurídico mesmo não possuindo uso ou destinação específica e social.

Interessante se faz entender melhor sobre o Fundo Garantidor para que seja traçado o objetivo da presente pesquisa.

## 5.2 Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas

A autora Odete Medauar leciona que o Fundo Garantidor (FGP) foi criado em âmbito federal, com natureza privada, patrimônio próprio, direitos e obrigações próprios, com a finalidade de prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais (MEDAUAR, 2018, p. 322).

Em mesmo sentido o artigo 16 da Lei n.º 12.766/2012 alude que a finalidade do FGP será a de “prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias pelos parceiros públicos federais em virtude das parcerias de que trata esta Lei”. Quanto às cotas, elas poderão ser realizadas em dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis, inclusive ações de sociedade de economia mista federal excedentes ao necessário para manutenção de seu controle pela União, ou outros direitos com valor patrimonial. Assim, o Fundo Garantidor visa atenuar os riscos de o Poder Público ficar em inadimplência nas Parcerias Público-Privadas.

À luz de tais consideração, Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta acerca das cotas apresentadas acima:

Ocorre que o fundo, para ser assim considerado e existir validamente, tem que ser criado por lei que indique as receitas que ficarão vinculadas ao mesmo. O fundo é uma receita específica que a lei afasta do caixa único e vincula a um fim determinado. Sem receita vinculada, o fundo não tem existência legal. Não há possibilidade de ser o fundo criado por instituição financeira, ainda que esta integre a Administração Indireta. O que a instituição financeira poderá fazer é tomar as medidas administrativas para colocar o fundo em funcionamento, depois de ter sido instituído por lei. (DI PIETRO, 2022, p. 365).

Portanto, o parágrafo 1º, do artigo 18, da Lei n.º 11.079/2004, leciona as formas nas quais as garantas do Fundo Garantidor poderão se apresentar, a saber:

§1º A garantia será prestada na forma aprovada pela assembleia dos cotistas, nas seguintes modalidades:

I – fiança, sem benefício de ordem para o fiador;

II – **penhor de bens móveis** ou de direitos integrantes do patrimônio do FGP, sem transferência da posse da coisa empenhada antes da execução da garantia;

III – **hipoteca de bens imóveis** do patrimônio do FGP;

IV – **alienação fiduciária**, permanecendo a posse direta dos bens com o FGP ou com agente fiduciário por ele contratado antes da execução da garantia;

V – outros contratos que produzam efeito de garantia, desde que não transfiram a titularidade ou posse direta dos bens ao parceiro privado antes da execução da garantia;

VI – **garantia, real ou pessoal**, vinculada a um patrimônio de afetação constituído em decorrência da separação de bens e direitos pertencentes ao FGP. (BRASIL, 2004, grifo nosso)

Destarte, observa-se no conteúdo acima as características do regime jurídico dos bens públicos. Cabe a essa pesquisa reforçar que há possibilidades no ordenamento em gerar destinação financeira aos bens dominicais sem afetação e sem destinação ao interesse social que não fira o mandamento constitucional. Entretanto, observa-se que a administração pública precisa realizar longo mecanismo para conseguir contornar a proteção dedicada aos bens públicos para não ferir a Constituição da República de 1988.

## 6 CONCLUSÃO

Como exposto ao longo da pesquisa, a doutrina administrativista conceitua os bens públicos como pertencentes ao acervo da Administração Pública direta e indireta voltados ao cumprimento do interesse coletivo. Para tanto, a Constituição da República de 1988 reservou a esses bens regime jurídico protetivo, dentre os quais destacam-se a imprescritibilidade, a impenhorabilidade, a inalienabilidade e a impossibilidade de serem objetos de oneração. A impossibilidade de oneração, objeto da presente pesquisa, alude acerca da proteção aos bens públicos de ocuparem posição de garantia real a respeito de um débito público, qual seja, por meio de penhora, de hipoteca e de anticrese.

Nessa senda, é importante frisar a destinação que a o Código Civil direciona aos bens públicos, isso é, destinação dos bens públicos para o uso comum do povo, para o uso especial da administração e aqueles sem destinação, sem uma finalidade específica, ocupando apenas posição de mero domínio do poder público.

A partir da destinação dos bens da administração direta e indireta, cabe a análise do mandamento constitucional da função social da propriedade, presente no artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição da República de 1988. Tal dispositivo visa que a propriedade atenda ao interesse coletivo ao proporcionar bem estar para a sociedade, sendo, aparentemente, aplicada tanto à propriedade privada quanto à propriedade pública, vez que não há distinção entre ambas no referido diploma e no ordenamento jurídico pátrio.

Assim sendo, torna-se possível observar inconsistência entre a existência de bens públicos sem destinação que atenda ao interesse coletivo protegidos por regime jurídico específico e o mandamento constitucional de cumprimento da função social pela propriedade, a fim de, igualmente, atender ao interesse coletivo. Para tanto, à luz dessa discussão frisa-se a (im) possibilidade de oneração de bens públicos dominicais, vez que são meros objetos de domínio da administração pública.

É inviável que a presente pesquisa busque ferir o mandamento constitucional de que os bens públicos sejam utilizados para garantir débitos públicos por meio de penhora, de hipoteca ou de anticrese. Contudo, resta evidente que, com o fim de conseguir contornar tal proteção, o ordenamento jurídico precisa realizar mecanismo consideravelmente custoso para que possa dar destinação financeira aos bens públicos dominicais.

Seguindo esse raciocínio, foi apresentado durante a pesquisa a existência da Lei n.º 11.079/1990 de Parcerias Público-Privadas, que utilizam do Fundo Garantidor, e do artigo 18,

§ 1º, da referida Lei, para aplicar garantias reais aos bens dominicais sem destinação para que possam garantir contraprestação entre a Parceria Público-Privado.

É imperativo evidenciar que o objetivo da pesquisa não se estende aos bens públicos de uso comum do povo e aos bens de uso especial da administração, vez que seria inconstitucional e poderia levar à dilação patrimonial do Poder Público. O objetivo se apresenta na tentativa de compreender o mecanismo que a administração pública necessita realizar para que possa utilizar os bens dominicais sem ferir os mandamentos da Constituição da República de 1988.

Nessa senda, a redefinição dos bens públicos por meio do critério funcionalista (objetivo) apresentado na doutrina de Marques Neto (2014, p. 117) proporcionaria oportunidade para o ordenamento jurídico contornar tal situação. Isto porque o critério funcionalista é baseado na utilidade que o bem público tem para a coletividade (MARQUES NETO, 2014, p. 117). Portanto, no que diz respeito aos bens dominicais sem afetação, isto é, sem destinação que atenda ao interesse coletivo e à função social, restaria possível a utilização desses bens, a exemplo, como garantia de débitos públicos.

Dessa forma, a administração pública não precisaria utilizar do Fundo Garantidor para conseguir contornar o regime protetivo aplicado a tais bens. Além disso, a Administração Pública encontraria respaldo dentro da Constituição pátria e do Código Civil para utilizar os bens públicos como garantia nos contratos de Parceria Público-Privada, vez que estaria proporcionando destinação a esses bens, bem como o destinando a função social de interesse coletivo.

## REFERÊNCIAS

ABE, Nilma de Castro. **Gestão do patrimônio público imobiliário: aspectos jurídicos da destinação, delimitação, fiscalização e responsabilidade**. 2ª ed. ver. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

ARRUDA, Élcio. Função social do patrimônio público. **Boletim de Direito Municipal**, Belo Horizonte, v. 30, n. 5, p. 345-363, maio 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 10 de jun. de 2022.

BRASIL. **Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm). Acesso em: 10 de jun. de 2022.

CARVALHO FILHO, J.D.S. **Manual de Direito Administrativo**. Grupo GEN, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771837/>. Acesso em: 09 jun. 2022.

COMPARATO, F. K. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. **Revista CEJ**, v. 1, n. 3, p. 92-99, 12 dez. 1997. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/123>. Acesso em: 15 jun. 2022.

FORTINI, Cristiana. **A função social dos bens públicos e o mito da imprescritibilidade**. Revista de Direito Municipal, Belo Horizonte, v. 5, n. 12, p. 113-122, abr./jun. 2004. Disponível em: <http://dspace.xmlui/bitstream/item/6075/PDIexibepdf.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 jun. 2022.

GAGLIANO, P.S.; FILHO, R.M.V.P. **Novo Curso de Direito Divil 5 - Direitos Reais**. Editora Saraiva, 2021. 9786555592573. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555592573/>. Acesso em: 10 jun. 2022.

GASPARINI, D. **Direito administrativo**. Editora Saraiva, 2011. 9788502149236. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502149236/>. Acesso em: 10 jun 2022.

GOMES, O. **Direitos Reais**, 21ª edição. Grupo GEN, 2012. 978-85-309-4392-9. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4392-9/>. Acesso em: 10 jun 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LIMA, Ariane; ETINGER de Araujo Junior, Miguel. A (in)constitucionalidade da execução das garantias integrantes do Fundo Garantidor de Parcerias Público-privadas. **Revista do Direito Público**. Abril, 2007. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/272652800\\_A\\_inconstitucionalidade\\_da\\_execucao\\_das\\_garantias\\_integrantes\\_do\\_Fundo\\_Garantidor\\_de\\_Parcerias\\_Publico-privadas](https://www.researchgate.net/publication/272652800_A_inconstitucionalidade_da_execucao_das_garantias_integrantes_do_Fundo_Garantidor_de_Parcerias_Publico-privadas). Acesso em: 15 jun. 2022.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. 1ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014. 478p.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**/ Odete Medauar. 21. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2018. 444 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 39ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011. 894 p.

DI PIETRO, M.S.Z. **Direito Administrativo**. Grupo GEN, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643042/>. Acesso em: 09 Jun 2022

TEPEDINO, G.; FILHO, C.E.D.R.M.; RENTERIA, P. **Fundamentos do Direito Civil: Direitos Reais**. v.5. Grupo GEN, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559644087/>. Acesso em: 09 jun. 2022.