

CONSULTA Nº 53/2019

PROCEDIMENTO Nº IDEA 003.9.122034/2019

SUMÁRIO

1. Do objeto da consulta	01
2. Da proteção constitucional à associação e à sindicalização	02
3. Da ocupação de bem imóvel público por entidade de direito privado	18
4. Conclusão	37

1 – Do objeto da consulta

Trata-se de consulta efetuada pela Promotora de Justiça Patrícia Kathy Azevedo Medrado Alves Mendes, lotada no GEPAM.

O órgão de execução formulou consulta ao CAOPAM no sentido de obter orientação técnico-jurídica quanto à legitimidade de ocupação de bem imóvel público por entidade de direito privado sem fins lucrativos. O questionamento ministerial foi elaborado nos seguintes termos, os quais cingem a resposta a ser elaborada pelo CAOPAM:

I) Cuida a espécie de notícia de fato que questiona o funcionamento do Sindicato dos Peritos Médicos e Odonto Médicos Legais da Bahia – SINDMOBA, que pode estar ocorrendo “de forma irregular” no 2º andar do edifício que serve ao IMLNR e ao Laboratório Central de Polícia Técnica.

Oficiado o IMLNR, respondeu este, por seu Diretor, que o referido Instituto hospeda, desde a década de 1990, o referido Sindicato, sendo que no local trabalha apenas uma secretária em horário administrativo para atendimento

aos servidores, ressaltando que inexistente exercício de atividade remunerada nas dependências do Instituto e que o escritório de advocacia da entidade se situa em outro local.

Aduz também que existe parecer da Procuradoria-Geral do estado da Bahia, datado de 21 de janeiro de 2004, opinando favoravelmente ao funcionamento da entidade no citado Instituto.

No ensejo, salienta que o próprio Ministério Público do Estado da Bahia mantém, em suas dependências, sala destinada ao Sindicato dos Servidores do Ministério Público do estado da Bahia, que funciona regularmente no local.

Diante do exposto, antes de adotar posicionamento jurídico a respeito do tema, entendo adequado colher informações junto ao Centro de Apoio Operacional à Moralidade sobre qual vem sendo o entendimento predominante em referência a essa temática, notadamente pela doutrina e jurisprudência pátrias.

Com o propósito de fornecer os subsídios solicitados e respeitada a independência funcional do órgão de execução, o **CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE PROTEÇÃO À MORALIDADE ADMINISTRATIVA – CAOPAM**, com amparo no art. 17, da Resolução nº 006/2009, do Colégio de Procuradores de Justiça, bem como no art. 3º, V, IX, XIII do Ato Normativo nº 027/2014, da Procuradoria-Geral de Justiça, apresenta a seguinte análise técnico-jurídica.

2 – Da proteção constitucional à associação e à sindicalização

A Constituição Federal consagra no art. 5º, incisos XVII a XXI, o direito fundamental à liberdade de associação, nos seguintes termos:

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:

(...)

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

A doutrina especializada afirma que a liberdade de associação possui, em regra, uma dimensão positiva, vez que assegura a qualquer pessoa o direito de associar-se e de formar associações, e uma dimensão negativa, pois garante a qualquer pessoa o direito de não se associar. Nas palavras do Ministro Celso de Mello, quando do julgamento da ADI 3.045:

A primeira Constituição política do Brasil a dispor sobre a liberdade de associação foi, precisamente, a Constituição republicana de 1891, e, desde então, essa prerrogativa essencial tem sido contemplada nos sucessivos documentos constitucionais brasileiros, com a ressalva de que, somente a partir da Constituição de 1934, a liberdade de associação ganhou contornos próprios, dissociando-se do direito fundamental de reunião, consoante se depreende do art. 113, § 12, daquela Carta Política. Com efeito, a liberdade de associação não se confunde com o direito de reunião, possuindo, em relação a este, plena autonomia jurídica (...). Diria, até, que, sob a égide da vigente

Carta Política, intensificou-se o grau de proteção jurídica em torno da liberdade de associação, na medida em que, ao contrário do que dispunha a Carta anterior, nem mesmo durante a vigência do estado de sítio se torna lícito suspender o exercício concreto dessa prerrogativa. (...) Revela-se importante assinalar, neste ponto, que a liberdade de associação tem uma dimensão positiva, pois assegura a qualquer pessoa (física ou jurídica) o direito de associar-se e de formar associações. Também possui uma dimensão negativa, pois garante a qualquer pessoa o direito de não se associar, nem de ser compelida a filiar-se ou a desfiliar-se de determinada entidade. Essa importante prerrogativa constitucional também possui função inibitória, projetando-se sobre o próprio Estado, na medida em que se veda, claramente, ao poder público, a possibilidade de interferir na intimidade das associações e, até mesmo, de dissolvê-las, compulsoriamente, a não ser mediante regular processo judicial.

(STF, ADI 3.045, voto do rel. min. Celso de Mello, j. 10-8-2005, P, DJ de 1º-6-2007)

O *direito à sindicalização* possui conexão com o direito geral de associação, mas com ele não se confunde, guardando especificidades e regime constitucional próprio, notadamente por meio de garantias constitucionais específicas, também categorizadas como *fundamentais* pelo art. 8º da Carta Federal, que estabelece:

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

IV - a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.

Em relação à relativização da liberdade sindical, colhe-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO - INVIABILIDADE. Tratando-se de interposição de recurso extraordinário a partir de alegada ofensa à Carta Política da República, descabe cogitar do conhecimento e desprovemento. Verificada a transgressão, a hipótese sugere a ultrapassagem da preliminar e o provimento. Uma vez afastada, caminha-se, simplesmente, para a declaração de não-conhecimento. SINDICATO X ASSOCIAÇÃO - UNICIDADE. Não se há de confundir a liberdade de associação, prevista de forma geral no inciso XVII do rol das garantias constitucionais, com a criação, em si, de sindicato. O critério da

especificidade direciona à observação do disposto no inciso II do artigo 8º da Constituição Federal, no que agasalhada a unicidade sindical de forma mitigada, ou seja, considerada a área de atuação, nunca inferior à de um município. Superposição inconstitucional, considerados os sindicatos dos empregados em empresas de prestação de serviços, colocação e administração, de mão-de-obra, trabalho temporário, leitura de medidores e de entrega de avisos do Estado de São Paulo (primitivo) e o dos trabalhadores temporários e em serviços terceirizados do Estado de São Paulo.

(STF, RE 207858, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 27/10/1998, DJ 14-05-1999 PP-00021 EMENT VOL-01950-04 PP-00687).

(sublinhamos)

Para a doutrina especializada, a liberdade sindical é um direito fundamental representativo da luta e conquista social por melhores condições de trabalho, o que, nos termos da Constituição Federal, sujeita o Estado às prestações ativas e passivas. Nesse sentido, citando renomados autores, explica CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE¹ que:

Alfredo Ruprecht, criticando tal conceituação, invoca a interpretação dada pela Organização Internacional do Trabalho, acrescentando que a liberdade sindical: “tem um sentido muito mais amplo, pois não só se integra com as liberdades de associação e expressão em direitos individuais, mas, além disso, a liberdade sindical deve ser compreendida integrando-se plenamente no sistema de liberdades fundamentais do homem”.

José Martins Catharino considera: “ousadia e impertinência nossas aqui falarmos sobre a liberdade do ponto de vista filosófico, da sua problemática essencial e existencial, bem assim dos vários sentidos ou espécies em que pode ser considerada ou dividida”.

Não é por outro motivo que Pergolesi e Santoro-Passarelli pontificam que a liberdade sindical é “uma liberdade complexa”, porquanto derivante de outra figura complexa, que é a própria liberdade.

José Augusto Rodrigues Pinto prefere compreender a ideia do que é liberdade sindical, considerando-a como fração da ideia ampla de liberdade que, para nós, é um estado de espírito do homem, através do qual tenta alcançar a

¹ *Curso de Direito do Trabalho*, 9ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

plenitude de seu ser individual mediante o exercício de um exclusivo poder de escolha de sua postura diante do universo exterior ao seu ego (...). Representando a liberdade sindical, como representa, uma área restrita, da liberdade, concernente ao homem considerado em face de seu trabalho, impõe-se substituímos um esforço baldado para conceituá-la por uma sólida compreensão do vasto círculo de seu alcance, formado por uma pluralidade de princípios de apoio que lhe dão definitiva consistência.

Da pena lapidar de Jean-Claude Javillier extrai-se que a liberdade sindical é um elemento indispensável a todo sistema de relações profissionais entre empregadores e assalariados, e também a toda democracia política. Portanto, seu estudo deve ser minucioso e seus vários elementos – individual (aderir) e coletivo (agrupar-se); positivo (ser membro) e negativo (não sê-lo) – devem ser demoradamente pensados a fim de serem articulados de forma pertinente. Mas também se deve ter conhecimento das diferentes concepções da liberdade sindical que são aplicadas em todo o mundo. Sem dúvida é necessário um certo recuo e uma humildade intelectual, especial para convencer-se de que há diferentes modos (normativos) de se aplicar a liberdade sindical. Também, deve-se desconfiar das solenes proclamações jurídicas ou, pelo menos preocupar-se constantemente com sua aplicação no cotidiano. A liberdade sindical condiciona ela mesma outras liberdades e direitos fundamentais, tal como o direito à negociação coletiva, e, em parte, o direito à greve. Trata-se de alguma maneira de uma “liberdade-condição”. Sem a liberdade sindical, não é exagero considerar que vários direitos dos assalariados, vários elementos do sistema de relações profissionais seriam somente normas de fachada, regras desprovidas de qualquer abrangência prática.

Para LUCIANO MARTINEZ², a liberdade sindical é princípio que norteia a relação trabalhista. Nesse ponto, transcrevemos:

É o princípio segundo o qual os trabalhadores e os empregadores, sem qualquer distinção e sem autorização prévia, têm o direito de constituir as organizações que entendam convenientes, assim como o de afiliar-se a essas organizações, com a única condição de observar seus estatutos. A liberdade

² *Curso de Direito do Trabalho*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

sindical apresenta em si, entretanto, alguns conflitos essenciais, pois o sindicato, na qualidade de sujeito de liberdade, por vezes litiga com os indivíduos dele integrantes, também sujeitos de liberdade. Essa relação se torna mais complexa na medida em que entra nesse jogo dialético outro sujeito — o Estado —, cada vez mais alçado à condição de intermediário dos conflitos havidos entre as liberdades de indivíduos e grupos intermediários.

A relação entre os mencionados sujeitos gera um plexo de liberdades e limitações, assim expandido pelos Professores Orlando Gomes e Elson Gottschalk:

a) Liberdade em face do indivíduo: composta de liberdades que envolvem a opção de filiar-se ou de não se filiar a um sindicato e a liberdade de demitir-se do referido grupo intermediário.

b) Liberdade em face do grupo intermediário: envolve as liberdades de fundar um sindicato; de determinar o quadro sindical na ordem profissional e territorial; de estabelecer relações entre sindicatos para formar agrupações mais amplas; de fixar as regras internas, formais e de fundo para regular a vida sindical; de regular as relações entre o sindicalizado e o grupo profissional, o sindicato de empregados e o de empregadores; de exercer o direito sindical em relação à profissão e em relação à empresa.

c) Liberdade em face do Estado: diz respeito a liberdades que englobem independência dos sindicatos; a superação de conflito com a ação sindical e a integração dos sindicatos no Estado.

Para RICARDO JOSÉ MACEDO DE BRITTO PEREIRA³, a análise da liberdade sindical como direito fundamental envolve a preservação de mecanismos que assegurem o exercício da liberdade de organização, a exemplo do direito de estabelecer estratégias e de utilizar os meios necessários para alcançar os objetivos de classe. Vejamos:

Quando se diz que a liberdade sindical é um direito fundamental, a preservação desse status depende de mecanismos apropriados, capazes de conferir amparo à organização de grupos de pressão para interferir na determinação das condições de trabalho, observando-se determinados limites

³ *As perspectivas da relação de trabalho no Brasil: As reformas sindical e trabalhista*, Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006, p. 17-18, 20.

de fato e jurídicos. Não se mostra adequada a esse propósito a formulação de regras que estabeleçam pressupostos absolutos para sua aplicação. Os direitos fundamentais constituem modalidade de normas mais ajustadas à noção de princípios que de regras. Sua exigibilidade, em geral, está em constante tensão com outros princípios e bens constitucionais, de maneira que sua concretização se verifica por meio de um processo de ponderação dos valores presentes nas circunstâncias concretas.

(...)

Além do aspecto estrutural, deve-se tomar em conta a consagração da liberdade sindical em diversos documentos internacionais e nas Constituições dos países democráticos. Isto evidencia a posição de destaque que a liberdade sindical possui para a defesa da dignidade da pessoa humana e a realização dos princípios democráticos. Afastar-se do enunciado comum desses textos compromete, sem dúvida, a efetivação desses valores.

(...)

Em que pese o acirrado debate sobre a possibilidade de uma titularidade coletiva para os direitos, é inquestionável que a liberdade sindical só se torna efetiva quando se reconhecem às entidades sindicais determinadas possibilidades, faculdades e garantias para alcançar os resultados pretendidos. A liberdade sindical não se restringe ao exercício da liberdade de organização. Também alcança o direito de estabelecer estratégias de ação e utilizar os meios necessários para lograr os objetivos traçados. Tudo, evidentemente, em harmonia com os direitos de terceiros, assim como dos próprios trabalhadores e empregadores. A imposição de limites, porém, não pode chegar ao ponto de individualizar os interesses coletivos, pois debilitaria seriamente a atividade sindical.

Em complemento, posiciona-se o referido autor acerca da possível interferência do Estado na liberdade sindical, ora como garantidor ora como agente inibidor de excessos ou desvios. Nesse sentido⁴:

Outra questão relevante refere-se à intervenção do Estado no exercício da liberdade sindical. Como já ressaltado, por um lado, a liberdade sindical não

⁴ *As perspectivas da relação de trabalho no Brasil: As reformas sindical e trabalhista*, Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006, p. 23.

depende do Estado para seu reconhecimento e necessita de mecanismos defensivos contra a ingerência estatal. Por outro, a atuação para favorecê-la não a viola; ao contrário, faz-se extremamente necessária. O Estado possui o dever de adotar as providências para a concretização satisfatória dos direitos fundamentais. Hoje, tem ganhado prestígio a corrente que entende que os direitos fundamentais, além de direitos subjetivos dos indivíduos ou grupos, são garantias constitucionais “de esferas de vida reguladas e organizadas conforme princípios de liberdade, que possuem um significado objetivo-institucional”. São duas dimensões dos direitos fundamentais sem que uma tenha precedência lógica sobre a outra. A institucionalização dos direitos fundamentais não acarreta o “enfraquecimento da liberdade individual; ao contrário, propõe e produz um reforço da liberdade”.

Assim, o exercício do direito de liberdade está diretamente ligado ao espaço de liberdade e de atuação estatal para promovê-lo. O papel do Estado consiste em promover garantias dirigidas a cada interessado para participar à sua maneira do movimento sindical, como também ao grupo para eleger as estratégias e adotar mecanismos eficazes de pressão, removendo as barreiras que inviabilizem a realização ótima do direito, mas também coibindo os excessos, para que seu exercício não extrapole o ordenamento jurídico.

Como princípio constitucional que interage com outros princípios, e não regra de caráter absoluto, cabe ao legislador estabelecer os limites razoáveis à liberdade sindical, harmonizando seu exercício com os interesses da sociedade, sem afetar o núcleo essencial do direito. Ao mesmo tempo, compete-lhe ampliar esse exercício, removendo eventuais resistências injustificadas, para que sua concretização se dê da maneira mais ampla e efetiva possível.

A título de exemplificação, em homenagem à liberdade da atuação sindical, a Constituição Federal criou hipótese de imunidade tributária para os impostos sobre patrimônio, renda ou serviços das entidades sindicais (art. 150, VI, “c”, CF), desonerando-as de algumas obrigações com o Fisco. É dizer que, por exemplo, não incidirá IPTU nos bens imóveis das entidades sindicais.

Guardadas as devidas proporções, tal fato serve para ilustrar que entidades sindicais possuem benesses conferidas pelo Estado quando se trata do

desempenho de suas atividades. Nota-se que o Constituinte optou por limitar seu poder de tributação em prol do exercício da liberdade sindical, inclusive com a garantia de meios para tanto, em nítido reforço constitucional ao direito fundamental da liberdade sindical e interferência mínima do Estado no funcionamento de tais entidades (art. 5º, XVII c/c art. 8º da CF). Nesse ponto, merece transcrição o art. 150, VI, “c” da Constituição Federal:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI - instituir impostos sobre:

(...)

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

Interpretando o dispositivo, o Supremo Tribunal Federal possui decisões que reafirmam o direito fundamental à imunidade dos impostos sobre patrimônio, renda ou serviços das entidades sindicais. Vejamos alguns julgados:

Súmula Vinculante 52: Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, "c", da Constituição Federal, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades para as quais tais entidades foram constituídas.

IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – IMUNIDADE – ARTIGO 150, INCISO VI, ALÍNEA C, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A imunidade prevista no artigo 150, inciso VI, alínea “c”, do Diploma Maior, a impedir a instituição de impostos sobre patrimônio, renda ou serviços das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, está umbilicalmente ligada ao contribuinte de direito, não abarcando o contribuinte de fato. (RE 491574 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em

21/08/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 05-09-2012 PUBLIC 06-09-2012)

Imunidade. Entidade educacional. Artigo 150, inciso VI, alínea c, da Constituição Federal. ITBI. Aquisição de terreno sem edificação. Fato gerador. Momento da aquisição. Destinação às finalidades essenciais da entidade. Presunção. Ônus da prova. Precedentes. 1. No caso do ITBI, a destinação do imóvel às finalidades essenciais da entidade deve ser pressuposta, sob pena de não haver imunidade para esse tributo. 2. A condição de um imóvel estar vago ou sem edificação não é suficiente, por si só, para destituir a garantia constitucional da imunidade. 3. A regra da imunidade se traduz numa negativa de competência, limitando, a priori, o poder impositivo do Estado. 4. Na regra imunizante, como a garantia decorre diretamente da Carta Política, mediante decote de competência legislativa, as presunções sobre o enquadramento originalmente conferido devem militar a favor das pessoas ou das entidades que apontam a norma constitucional. 5. Quanto à imunidade prevista no art. 150, inciso VI, alínea c, da Constituição Federal, o ônus de elidir a presunção de vinculação às atividades essenciais é do Fisco. 6. Recurso extraordinário provido. (RE 470520, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 17/09/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-229 DIVULG 20-11-2013 PUBLIC 21-11-2013).

Sindicato. Colônia de férias. Inexistência de imunidade tributária por não ser o patrimônio ligado às finalidades essenciais do sindicato. Recurso extraordinário: descabimento. 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que no recurso extraordinário devem ser considerados os fatos da causa "na versão do acórdão recorrido". 2. Afirmando pelo acórdão recorrido que a colônia de férias não é destinada às finalidades essenciais do sindicato, para se chegar a entendimento diverso seria necessário o reexame dos fatos e das provas, inadmissível no recurso extraordinário (Súmula 279). (RE 245093 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 14/11/2006, DJ 07-12-2006 PP-00047 EMENT VOL-02259-03 PP-00614 RTJ VOL-00202-02 PP-00819 RDDT n. 138, 2007, p. 225).

Nesse cenário, consolida-se o sindicato como figura determinante para a

realização do direito fundamental de liberdade de associação sindical.

Sem embargo da clara finalidade de interesse público, o ordenamento jurídico categorizou o sindicato como pessoa jurídica de direito privado, tratando-o como espécie do gênero associação. Vejamos o que preceituam os arts. 44 e 45 do Código Civil:

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações.

IV - as organizações religiosas;

V - os partidos políticos.

VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada.

§ 1º São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento.

§ 2º As disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades que são objeto do Livro II da Parte Especial deste Código.

§ 3º Os partidos políticos serão organizados e funcionarão conforme o disposto em lei específica.

Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando

necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Parágrafo único. Decai em três anos o direito de anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito do ato respectivo, contado o prazo da publicação de sua inscrição no registro.

(sublinhamos)

Explicando a natureza jurídica das associações, CRISTIANO CHAVES DE FARIAS E NELSON ROSENVALD⁵ afirmam que as entidades sindicais possuem natureza associativa, portanto, observam os preceitos gerais que norteiam as associações, afastando-se, no entanto, daquelas disposições legais que destoem do seu específico regramento, consoante lição abaixo:

As associações, por sua vez, são corporações que não têm em mira uma finalidade lucrativa, como estampa o art. 53 da Lei Civil: “Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos”. Não é raro encontrar, por todo o território nacional, associações estudantis, beneficentes, filantrópicas, recreativas, esportivas, de determinadas classes ou categorias profissionais, de moradores de bairro, etc.

É preciso, entretanto, uma interpretação *cum grano salis* da referida norma. Veja-se que as associações podem (e, por que não dizer, devem) ter ganho financeiro. No entanto, o eventual lucro obtido no exercício da atividade associativa será reaplicado na própria entidade, vedando-se a partilha entre os associados. Logo, a lei não veda o lucro nas associações, mas a sua divisão entre os associados. Equivale a dizer: o que não há nas associações é a persecução de lucro para a partilha entre os associados.

Assim, a associação se consubstancia na união de pessoas naturais, organizada para atender a fins não econômicos, que podem ser literários, pios, esportivos, acadêmicos, etc., encontrando limites no disposto no art. 5º, XVII da Constituição Federal, que afirma ser plena a liberdade associativa para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar.

⁵ *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*, 15 ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 435-436.

A Constituição da República consagrou a liberdade associativa, estabelecendo que ninguém pode ser compelido a se associar ou a se manter associado (art. 5º, XX). Aliás, a importância da liberdade associativa é tamanha que o Código Penal, no art. 199, tipificou o crime de atentado contra a liberdade de associação. Compreendendo a disposição constitucional, Dirley da Cunha Júnior destaca a existência de uma “dupla dimensão – positiva e negativa – da liberdade de associação. Em face de sua dimensão positiva, assegura a qualquer pessoa o direito de associar-se e de formar associações. Já em razão de sua dimensão negativa, garante a qualquer pessoa o direito de não se associar”.

Há, portanto, diferentes aspectos decorrentes da liberdade associativa, reconhecida constitucionalmente (CF/88, art. 5º, XVII e XX): (i) o livre direito de criação e manutenção de uma associação, independentemente de autorização; (ii) o direito de se associar, não podendo ninguém ser obrigado a tanto; (iii) o direito de desassociação, que nada mais é senão a liberdade de não se manter associado.

Não se ignore que as entidades sindicais possuem natureza associativa, estando submetidas ao regramento destas, no que couber. No ponto, não se olvide que o art. 8º, I, da *Lex Fundamentalis* veda a interferência e a intervenção do Estado na organização sindical. Bem por isso, com o propósito de respeitar o Texto Magno, infere-se que nem todos os preceitos normativos regulamentadores das associações incidem nos sindicatos, somente se lhes aplicando aqueles que não colidirem com a norma constitucional, não implicando em interferência estatal. Por evidente, havendo desvio de atividade pelo sindicato, permite-se a atuação estatal, através do Judiciário, coibindo o abuso ou fraude.

Para LUCIANO MARTINEZ⁶, os sindicatos podem ser conceituados como associações autônomas, constituídas em caráter permanente e sem fins lucrativos, criadas com o objetivo de promover o estudo, a defesa e a coordenação dos interesses econômicos e profissionais, cujos atos constitutivos sujeitam-se a inscrição no cartório de registro civil e no Ministério do Trabalho e Emprego. Transcrevemos:

⁶ *Curso de Direito do Trabalho*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

Sindicatos são associações autônomas, constituídas em caráter permanente e sem fins lucrativos, criadas com o objetivo de promover o estudo, a defesa e a coordenação dos interesses econômicos e profissionais daqueles que exerçam a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.

Como qualquer associação, os sindicatos têm a natureza jurídica de pessoas jurídicas de direito privado (vide o art. 44, I, do Código Civil), e são assim formados a partir da inscrição de seu ato constitutivo num Cartório de Registro Civil, e, posteriormente, no Ministério do Trabalho e Emprego, segundo o procedimento previsto na Portaria MTE n. 186, de 10 de abril de 2008.

Anote-se, com base na reiterada jurisprudência do STF, que a exigibilidade de registro da entidade sindical funciona apenas como formalidade protetora do princípio da unicidade sindical, visando impedir a existência de mais de uma entidade sindical representativa de categoria profissional ou econômica na mesma base territorial. Pode-se, então, dizer que o registro promovido pelo MTE não autoriza nem reconhece a entidade sindical, mas apenas disciplina a unicidade sindical.

Por sua vez, CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE⁷ considera que o “sindicato é uma associação profissional, reconhecida pelo Estado e investida nas prerrogativas e obrigações legais, como representante legal de uma categoria”.
Vejamos:

Vários autores formulam conceitos distintos para sindicato. Para uns, é toda instituição ou associação, via de regra de caráter profissional, cujo objeto repousa na defesa dos interesses comuns de uma classe ou de um grupo de pessoas. Outros advogam que o sindicato é uma associação profissional, reconhecida pelo Estado e investida nas prerrogativas e obrigações legais, como representante legal de uma categoria.

(...)

Para nós, o sindicato constitui espécie do gênero associação, cuja missão precípua é a defesa dos interesses profissionais e econômicos dos que a integram.

⁷ *Curso de Direito do Trabalho*, 9ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

Nesse cenário, pode-se concluir que a figura do sindicato instrumentaliza o direito fundamental à liberdade sindical, e, por isso, é entidade destinatária de benesses conferidas pelo Estado. Nesse passo, considera-se o sindicato como pessoa jurídica de direito privado com a finalidade de representar os interesses das classes dos trabalhadores e empregadores, cuja existência sujeita-se ao requisito do registro civil. Pela sua natureza jurídica de associação, a entidade sindical não possui finalidade lucrativa, desempenhando seu *múnus* para atender aos estritos interesses da coletividade de associados.

3 – Da ocupação de bem imóvel público por entidade de direito privado

O Código Civil dispõe, nos artigos 98 a 103, acerca dos bens públicos, distinguindo-os dos demais bens a partir do critério da titularidade, como aqueles “*pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno*”. Vejamos a transcrição dos referidos artigos:

CAPÍTULO III Dos Bens Públicos

Art. 98. 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.

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.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

Art. 100. 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.

Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.

Art. 102. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.

Art. 103. O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem.

(sublinhamos)

Os bens públicos de uso comum do povo (art. 99, I, CC) são aqueles destinados, por natureza ou por lei, ao uso coletivo. Os bens públicos de uso especial (art. 99, II, CC) são aqueles afetados ao uso da Administração, para consecução de seus objetivos, como os imóveis onde estão instaladas as repartições públicas, os bens móveis utilizados na prestação dos serviços públicos (veículos oficiais, materiais de consumo, navios de guerra), as terras dos silvícolas, os mercados municipais, os teatros públicos, os cemitérios públicos. Por sua vez, bens públicos dominicais (art. 99, III, CC) são aqueles que não se encontram afetados a uma finalidade pública, ou seja, não tem destinação pública definida, sendo assim, podem ser utilizados pelo Poder Público para obtenção de renda ou outro fim de interesse público ou mesmo de interesse dos particulares, a exemplo das terras devolutas, terrenos de marinha, imóveis não utilizados pela Administração

e bens móveis que se tornem inservíveis.

O caso em análise cinge-se à hipótese de bem público de uso especial (art. 99, II, CC), vez que o edifício predial destina-se ao funcionamento de órgãos públicos, qual seja, o Instituto Médico Legal e o Laboratório Central de Polícia Técnica. Nesse passo, a representação sustenta haver o uso irregular do espaço público, vez que no segundo andar daquele prédio destinou-se área para o funcionamento do Sindicato dos Peritos Médicos e Odonto Médicos Legais da Bahia – SINDMOBA, que pela sua natureza jurídica é entidade privada.

Pois bem. A utilização de bem público por particulares ou outorga de uso de bem público por particular (seja bem público de destinação comum, especial ou dominical) pode ocorrer através de diversos instrumentos reconhecidos pelo direito administrativo, desde que seja observada, em regra, a aplicação do regime jurídico de direito público.

Nesse passo, o uso de bem público (comum, especial ou dominical) pelo particular divide-se em uso comum e uso privativo. O uso comum de bem público é aquele exercido em igualdade de condições por toda a coletividade, sem necessidade de consentimento individualizado da Administração Pública. O uso privativo é o que a Administração confere à pessoa, mediante título jurídico individual, o exercício exclusivo de parcela do bem público. Aqui nos interessam, portanto, as peculiaridades atinentes ao uso privativo de bem público de uso especial, porquanto o caso em análise refere-se a parcela de bem de uso especial (com destinação legal) sujeito à exclusividade de uso por particular específico – o sindicato SINDMOBA.

Para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO⁸, o bem público de uso especial pode ser objeto de uso privativo pelo particular, contudo, como os demais bens públicos que sejam utilizados de forma privativa pelo particular, devem observar necessariamente a existência de exclusividade (utilização por pessoa determinada de forma compatível com a destinação do bem) e formalização de título jurídico

⁸ *Uso privativo de bem público por particular*, 2ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 30.

individual. Além disso, a cessão dirá respeito à *parte dominial* do bem de uso especial, ou seja, àquela fração do imóvel que não esteja atualmente afetada a uma específica atividade pública. Nas precisas palavras da autora:

Em regra, a utilização de bens públicos por particulares caracteriza-se pelo traço da generalidade; é direito que pode ser exercido por todos, em igualdade de condições, observadas as limitações impostas pelo Poder Público em benefício do interesse geral.

(...)

Porém, excepcionalmente, a utilização pode ser exercida, com exclusividade, por pessoas determinadas, detentoras de título jurídico individual concedido pela Administração. Com base nesse título, o particular irá extrair do bem público algumas utilidades não conferidas, em caráter genérico, aos demais usuários, cabendo-lhes o poder de privar outras pessoas do direito de exercer igual utilização sobre a mesma parcela do domínio público.

Trata-se de um dos traços essenciais que distingue o uso privativo do uso comum. A lei pode exigir obtenção de anuência da autoridade administrativa para a circulação de veículos com peso excessivo por determinadas estradas; o uso não é privativo, porque não existe, aí, exclusividade; existe uso comum extraordinário, limitado com base no poder de polícia do Estado. Ao contrário, o uso torna-se privativo, se, com a outorga administrativa, nasce o poder de utilizar, com exclusividade parcela da via pública para instalação de banca de jornal.

A exclusividade somente atinge a parcela dominial objeto da outorga administrativa e só pode ser consentida pela Administração se for compatível com a destinação do bem, ou seja, com o uso comum ou com o uso especial a que o bem se destina.

(sublinhamos)

Construindo o raciocínio, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO⁹ ensina que esse uso privativo de bem público “especial” pode ocorrer ainda de forma normal ou anormal. A distinção estará adstrita a saber se há perfeita subsunção do uso do particular à destinação legal de uso do bem. Nesse ponto, transcrevemos:

⁹ *Uso privativo de bem público por particular*, 2ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 31-33.

O uso privativo pode ser exercido de acordo com a própria destinação legal do bem, como no caso de uso de box em mercado público. É a utilização que se diz normal, porque conforme ao fim a que o bem está afetado.

Mas o uso privativo também pode ser anormal, no sentido de que não se exerce em consonância com o principal destino a que o bem está afetado; ao contrário, atende a finalidades diversas ou secundárias, muitas vezes em contraste com a principal.

Em qualquer hipótese, seja normal ou anormal, o uso privativo depende de consentimento da Administração, manifestado por meio de ato administrativo unilateral ou mediante contrato, nos quais são estabelecidas as condições em que a utilização será exercida, entre as quais a finalidade, o prazo, a remuneração, os direitos e deveres do usuário e as formas de extinção.

Em geral, quando a utilização se faz de acordo com a própria destinação do bem (uso normal) como no caso de concessão de uso de sepultura em cemitério, as condições de utilização são estabelecidas em lei, de modo uniforme para todos que dele queiram beneficiar-se (...).

Quando a finalidade pretendida com a utilização não coincide com o fim principal a que o bem está afetado (uso anormal), a autoridade administrativa competente terá que verificar, em cada caso, se o uso privativo é compatível com sua destinação legal, ou seja, se pode ser exercido sem prejuízo dessa destinação. Nessas hipóteses, maior é a esfera de atuação discricionária, abrangendo, essa discricionariedade, a possibilidade de consentir ou negar a utilização, estabelecer o fim a que se destina e fixar as condições em que o uso privativo se exercerá.

A utilização privativa do domínio público pode recair sobre bens de qualquer natureza: de uso comum, de uso especial e dominical. A rigor, os instrumentos de que a Administração se utiliza para outorgar o uso privativo são os mesmos para qualquer tipo de bem público, regidos todos eles, por normas publicísticas.

(...)

Os bens de uso comum e os de uso especial só podem ser objeto de uso privativo consentido por títulos jurídicos de direito público. Assim é porque, estando eles afetados a finalidade pública, a sua vinculação a título jurídico de direito privado, que coloca o particular em igualdade de condições com a Administração, viria em prejuízo do interesse geral, pois retiraria a esta a

possibilidade de apreciar a qualquer momento a conveniência da utilização privativa consentida e de extingui-la quando prejudicial à finalidade precípua a que o bem se destina. Todas as relações jurídicas que têm por objeto os bens de uso comum e de uso especial sujeitam-se a regime de direito público; daí as razões de afirmar-se que os bens dessa natureza estão fora do comércio jurídico de direito privado.

Com referência às várias modalidades de títulos publicísticos, verifica-se, mais uma vez, a falta de uniformidade na terminologia adotada, a dificultar a sistematização da matéria e, principalmente, a aplicação do método do direito comparado. As diferenças, contudo, são mais aparentes do que de conteúdo; a terminologia é diversa, mas não afeta a natureza do uso privativo, em suas diferentes modalidades.

Constitui peculiaridade do direito brasileiro a classificação dos títulos constitutivos do uso privativo em três categorias diversas: autorização, permissão e concessão.

(...)

No direito brasileiro, as expressões que mais comumente se empregam, na doutrina e na jurisprudência, são permissão de uso e concessão de uso, para designar, respectivamente, o ato unilateral e o contrato, constitutivos do uso privativo de bem público. Mas é inegável que a autorização está consagrada na legislação, embora poucos doutrinadores a ela se refiram. Admite-se, ainda, a concessão de direito real de uso, a locação, o arrendamento, o aforamento (só aplicáveis aos bens dominicais), a admissão e a licença.

(sublinhamos)

No mesmo sentido, ensina MARÇAL JUSTEN FILHO¹⁰:

A utilização de bens públicos imóveis – sejam eles bens de uso comum, especial ou dominicais – pelos particulares pode ser feita por meio de diversos institutos. Cabe uma exposição sobre os institutos gerais existentes. Há outros institutos específicos, que serão examinados conjuntamente com as categorias de bens públicos a que se aplicam.

¹⁰ *Curso de direito administrativo*, 5ª ed. em e-book, baseada na 13ª ed. impressa, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2018, disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/91049397/v13/document/157101051/anchor/a-157101051>

Alguns deles são peculiares ao direito público e se destinam a assegurar a submissão ao regime de direito público da utilização privativa do bem por um particular. Essa solução se aplica especialmente quando se trata de bens de uso comum, de uso especial ou quando, em se tratando de bens dominicais, forem destinados a uma atividade relevante para a comunidade.

Nessa categoria, podem ser referidos três institutos, basicamente:

- autorização de uso;

- permissão de uso;

- concessão de uso.

(sublinhamos)

Dessa forma, verifica-se que a situação sob apreciação corresponde ao uso privativo e anormal de bem especial por particular, vez que não se trata da utilização de parcela do prédio do IML em consonância com o seu principal destino, qual seja, ofertar serviços de perícias médicas, e sim, possibilitar que o sindicato dos seus servidores públicos ali exerça atividades de interesse da categoria médica. Trata-se, portanto, de interesse privado (embora de inegável interesse público).

Como visto acima, para a doutrina especializada, não há óbice para a utilização do bem de uso especial de forma anormal pelo particular (fora da destinação legal do bem). Contudo, sustenta a autora que devem ser observadas condições para a legalidade desse uso. Nesse ponto, ensina que deve existir, além da exclusividade e título jurídico individual regido pelo regime jurídico de direito público, a análise da existência ou não de prejuízo à destinação do bem. É dizer que deve ser analisado caso a caso se as hipóteses de uso (pelo Poder Público e pelo particular) podem ocorrer de forma concomitante e se o exercício de um anula o exercício do outro. Assim, preenchidas as formalidades e inexistindo prejuízo ao funcionamento do bem público, não há óbice legal para o uso privativo de bem público pelo particular, conforme relatado na representação.

A doutrina administrativista, nas precisas palavras de MARIA SYLVIA

ZANELLA DI PIETRO, aponta que o direito administrativo prevê institutos jurídicos típicos para cada espécie de uso privativo pelo particular, o que pode variar conforme a precariedade, temporariedade, conveniência e oportunidade da Administração Pública, que analisará, caso a caso, o instrumento jurídico que se adéqua ao seu interesse público. Perceba-se que, pelo entendimento doutrinário colacionado no presente trabalho, não se cogitou a exigência de realização de procedimento licitatório para possibilitar o uso privativo de bem pelo particular, vez que ausente a transferência de propriedade do bem público e a definitividade no uso privativo de bem público. Assim, em atenção aos termos da representação, citaremos os instrumentos que a doutrina considera mais usuais para outorga de uso, quais sejam: (i) autorização de uso; (ii) permissão de uso; (iii) concessão de uso.

No tocante ao instrumento autorização de uso de bem público, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO¹¹ ensina que:

Autorização de uso privativo é o ato administrativo unilateral e discricionário pelo qual a Administração Pública consente, a título precário, que o particular se utilize de bem público com exclusividade.

Como toda autorização administrativa, a de uso privativo é ato unilateral, porque, não obstante outorgada mediante provocação do particular, se perfaz com a exclusiva manifestação de vontade do Poder público; discricionário, uma vez que o consentimento pode ser dado ou negado, segundo considerações de oportunidade e conveniência, a cargo da Administração; precário, no sentido de que pode ser revogado a qualquer momento, quando o uso se revelar contrário ao interesse público. Pode ser gratuito ou oneroso. Seu efeito é constitutivo, porque outorga ao particular uma faculdade que ele não poderia exercer sem a edição desse ato, ou seja, confere-lhe o poder de utilizar privativamente um bem público ou parcela dele, com exclusão de terceiros. Entra na categoria dos atos negociais, porque não possui o atributo da imperatividade, sendo de interesse de ambas as partes.

A utilização não é conferida com vistas à utilidade pública, mas no interesse privado do usuário, que não poderá utilizar-se do bem para fim diverso

¹¹ *Uso privativo de bem público por particular*, 2ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 89-90.

daquele que motivou a outorga. Aliás, esse é um dos traços que pode ser apontado para distinguir, de um lado, a autorização e, de outro, a permissão e a concessão de uso, as quais são consentidas para fins de utilidade pública, inclusive para a prestação de serviço público.

(...)

De fato, tratar-se de utilização exercida no interesse particular do beneficiário decorrem importantes efeitos: (a) a autorização reveste-se de maior precariedade do que a permissão e a concessão de uso; (b) é outorgada, em geral, em caráter transitório; (c) confere menores poderes e garantias ao usuário; (d) dispensa licitação (salvo a hipótese de outros possíveis interessados, a exigir competição) e autorização legislativa; (e) não cria para o usuário um dever de utilização, mas simples faculdade.

(...)

A autorização de uso privativo, ao contrário, não depende, necessariamente de previsão legal. Em alguns casos, essa previsão existe, como na hipótese de autorização para derivação de águas públicas. Mas, em geral, a possibilidade de autorizar a utilização privativa insere-se no poder de gestão que a Administração exerce sobre os bens públicos.

Por sua vez, no que se refere ao instrumento permissão de uso de bem público, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO¹² ensina que:

A permissão pode recair sobre bens públicos de qualquer espécie (de uso comum, de uso especial e dominical). Seu regime jurídico é de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum; sua constituição decorre de ato emitido, mediante provocação do interessado, pela Administração, com o poder discricionário que lhe permite apreciar o mérito da medida, para outorgá-la ou não, bem como fixar unilateralmente as condições de uso; o exercício da utilização permitida fica sujeito à fiscalização por parte da autoridade administrativa, a quem cabe verificar se o uso obedece às condições estabelecidas e se não se tornou incompatível com a afetação normal do bem; a extinção também se faz pelos moldes do direito público, podendo ocorrer a qualquer momento, quando o Poder Público verificar que o uso se tornou prejudicial à destinação do bem ou, por qualquer forma,

¹² *Uso privativo de bem público por particular*, 2ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 96-99.

contrário ao interesse geral, ou, ainda, quando o permissionário deixar de cumprir as condições de uso impostas pela Administração.

(...)

Três diferenças podem ser assinaladas, no direito brasileiro:

a) Enquanto a autorização confere a faculdade de uso privativo no interesse privado do beneficiário, a permissão implica a utilização privativa para fins de interesse coletivo. Ainda que o uso traga também vantagens para o permissionário, a permissão só deve ser outorgada quando disso resultar atendimento de algum interesse público. É o que se verifica na permissão para instalação, nas calçadas de bancas de jornais, ou de mesas e cadeiras para servir bebidas e lanches (...) Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, “se não houver interesse para a comunidade, mas tão somente para o particular, o uso especial não deve ser permitido nem concedido, mas simplesmente autorizado, em caráter precaríssimo”.

b) Dessa primeira diferença entre autorização e permissão decorre outra, relativa à precariedade. Esse traço existe em ambas as modalidades, contudo é mais acentuado na primeira. O fato de destinar-se, a autorização de uso privativo, a atender ao interesse do permissionário e o do usuário do bem público sobre o qual incide a utilização privativa. É uma distinção que se faz no plano teórico, mas que, na prática, é difícil de aplicar-se porque a distinção, quanto à precariedade, é apenas quantitativa.

c) A autorização, sendo dada no interesse privado do usuário, cria para este uma faculdade, ao passo que a permissão, sendo conferida no interesse predominante da coletividade, obriga o usuário, sob pena de caducidade do uso consentido.

(sublinhamos)

Por fim, ao tratar da concessão de uso de bem público, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO¹³ ensina que:

Concessão de uso é o contrato administrativo pelo qual a Administração faculta ao particular a utilização privativa do bem público, para que a exerça conforme a sua destinação.

(...)

¹³ *Uso privativo de bem público por particular*, 2ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 111-113.

A esse respeito, cabe assinalar que a concessão é o instituto empregado, preferentemente à permissão, nos casos em que a utilização do bem público tem por objetivo o exercício de atividades de utilidade pública de maior vulto e, por isso mesmo, mais onerosas para o concessionário. Este assume obrigações perante terceiros e encargos financeiros elevados, que somente se justificam se ele for beneficiado com a fixação de prazos mais prolongados, que assegurem um mínimo de estabilidade no exercício de suas atividades. Em consequência, a forma mais adequada para a concretização da medida é a contratual, que permite, mediante acordo de vontades entre concedente e concessionário, a fixação das condições em que o uso se exercerá, entre as quais a finalidade, o prazo, a remuneração, a fiscalização, as sanções. A fixação de prazo, na concessão, é elemento primordial, uma vez que constitui uma garantia para o concessionário, sem a qual, muitas vezes, ele não aceitaria a concessão.

(...)

Outro aspecto importante é o fato de que a concessão investe o concessionário em posse sobre parcela dominial objeto do contrato. Francisco Campos, falando a respeito da concessão para instalação e exploração de uma usina hidrelétrica, afirma que a “concessão envolve a investidura na pessoa do concessionário de amplos poderes sobre a coisa pública necessária ao exercício dos direitos e obrigações resultantes do ato de concessão”. E acrescenta que “esses poderes se afirmam, em primeiro lugar, pela posse exclusiva do concessionário sobre a porção do domínio público afetada aos serviços de cuja exploração é titular. O concessionário se instala sobre a coisa pública, podendo até alterar ou modificar o seu estado, a sua fisionomia, o seu relevo ou a sua aparência, se a natureza do serviço o exige, como, por exemplo, no caso de instalações hidrelétricas, com as suas barragens, canais, túneis e tubulações”.

No entanto, a renomada autora¹⁴ destaca que, inexistindo previsão legal específica sobre qual instrumento jurídico deve ser utilizado (autorização, permissão, concessão), é preferível que o Poder Público adote o instrumento permissão de uso. Vejamos:

¹⁴ *Uso privativo de bem público por particular*, 2ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 118.

Não se encontram leis genéricas disciplinando esses institutos. A referência a eles consta, em regra, de leis esparsas que definem a forma de utilização a ser adotada relativamente a algumas modalidades de bens.

Na omissão da lei, tem-se que considerar a permissão de uso (excepcionalmente a autorização, quando se trate de interesse privado transitório) como o título jurídico mais adequado para a utilização de bens de uso comum do povo; toda utilização privativa que se exerce sobre os bens dessa natureza tem o caráter de utilização anormal, ou seja, em contraste com o fim precípua a que o bem está destinado.

Com efeito, o uso coletivo, indiscriminado, igual para todos, corresponde à afetação desses bens; o uso privativo é a finalidade objetivada pela permissão. Em razão desse contraste, deve o Poder Público preferir as utilizações precárias, sem prazo estabelecido, sem qualquer direito à indenização em caso de revogação.

Quando, ao contrário, o uso privativo se exerce sobre bem de uso especial, destinado a essa finalidade, a concessão apresenta-se como forma preferível, pois nesse caso a utilização é normal, ou seja, em consonância com a destinação do bem. É o caso da concessão de sepultura, da concessão de áreas situadas nos portos organizados, da concessão de áreas em aeroportos oficiais e da concessão de boxe nos mercados públicos; trata-se de exemplos típicos de bens destinados, ainda que parcialmente, a serem utilizados privativamente por particulares. Não havendo contraste entre a destinação do bem e o interesse do particular que exerce o uso privativo, é possível imprimir-se ao ato de outorga a estabilidade própria da concessão de uso.

Não se trata, contudo, de critérios absolutos, pois, dependendo do interesse da utilização privativa para a coletividade, o Poder Público pode preferir empregar a permissão de uso na ocupação normal ou a concessão na ocupação anormal, como se verificará pelo exame de alguns casos concretos disciplinados pelo legislador.

Note-se, no entanto, que, como visto acima, a permissão de uso será preferível se for para atender interesse coletivo ou da comunidade. No caso, tratando-se de outorga de uso para atender interesse privado do beneficiário, “o uso especial não deve ser permitido nem concedido, mas simplesmente autorizado, em caráter precaríssimo”. Com efeito: é necessário enquadrar a cessão ora questionada

em uma das duas modalidades, consistentes no atendimento de interesse da comunidade, ou no atendimento de interesse particular. À luz do que foi exposto no tópico anterior, tem-se que o desempenho das atividades sindicais, embora possua natureza de direito fundamental, tem caráter restrito à categoria profissional respectiva. Em outras palavras, no espaço físico do sindicato não se desenvolvem atividades de interesse coletivo amplo, mas de defesa de direitos laborais de seus filiados. Por essa razão, afigura-se mais adequada a incidência do instituto da autorização de uso de bem público, no que pertine ao título jurídico que legitima a ocupação de parte de imóvel estatal para essa finalidade.

Nesse cenário, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO¹⁵ explica que o uso privativo do bem pelo particular estará sempre sujeito à atividade fiscalizatória do Estado. Vejamos:

Consentido o uso privativo, o seu exercício fica sujeito à fiscalização por parte da autoridade administrativa competente que, com base no poder de polícia do Estado, terá a prerrogativa de verificar, a todo momento, se a utilização se faz de acordo com os termos em que foi outorgada, se não causa danos aos bens sobre que incide, se não prejudica a destinação principal a que o bem está afetado, ou se por qualquer forma não conflita com o interesse público. Pelo mesmo fundamento pode a Administração alterar unilateralmente as condições de uso, como localização, remuneração e prazo.

Além disso, a autora destaca¹⁶ que, em razão da exclusividade, o Poder Público pode instituir cobrança de valores pelo uso privativo do bem público, tendo por base fatos geradores diversos: o simples uso do bem (retribuição pelo uso) e a fiscalização do uso do bem (taxa instituída mediante lei), situação que, não afasta a possibilidade de outorga gratuita do bem, conforme entendimento do Poder Público. Contudo, ressalta a autora que ainda há divergência na doutrina quanto a esse assunto. Nesses termos:

O uso privativo de bem público, em especial aquele exercido em contraste

¹⁵ *Uso privativo de bem público por particular*, 2ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 40.

¹⁶ *Uso privativo de bem público por particular*, 2ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 64-67.

com a destinação principal do bem, assegura ao usuário poder maior do que o usufruído pela generalidade dos indivíduos. Por isso mesmo, nada impede seja imposta retribuição de natureza pecuniária ao particular que obtém esse poder.

(...)

Estudando-se o tema à luz do direito positivo brasileiro, verifica-se que, de conformidade com o artigo 145, II, da Constituição, duas modalidades de taxas podem ser instituídas: a) em razão do exercício do poder de polícia; ou b) pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

No caso de outorga de uso privativo, a Administração não presta ao particular um serviço público, mas apenas lhe confere o poder de uso de parcela de domínio público, para fim predeterminado, de modo que não ocorrerá a incidência de taxa naquela segunda modalidade.

Contudo, outorgado o uso, o usuário pode ficar sujeito à fiscalização do Poder Público, exercida quer no interesse da conservação da coisa, quer para assegurar que o uso se exerça pela forma em que foi deferido, quer para evitar que o mesmo se torne prejudicial ao interesse público. Em decorrência do exercício dessa fiscalização, inerente ao poder de polícia do Estado, pode a lei instituir taxa que venha a incidir sobre o uso privativo. Muitas vezes, a taxa é imposta em razão da atividade a ser exercida pelo usuário, como, por exemplo, no caso de autorização para fazer publicidade na via pública. A atividade está sujeita à fiscalização e, portanto, ao poder de polícia do Estado. Mas essa taxa não se destina a retribuir o uso consentido, tanto assim que, independentemente de sua cobrança, pode o usuário ficar sujeito ao pagamento de importância correspondente ao uso da coisa pública.

Para concluir-se que a remuneração do uso privativo não corresponde a taxa nem a qualquer outra forma de tributo, basta lembrar que o quantum dessa remuneração é, em grande parte dos casos, estabelecido no próprio ato administrativo de outorga ou no contrato celebrado entre a Administração e o particular, o que não seria possível em se tratando de tributo, em decorrência do princípio da legalidade tributária, previsto no art. 150, I, da Constituição.

(...)

Do exposto se conclui que o uso privativo de bem público pode ser gratuito ou remunerado. O usuário pode estar sujeito ao pagamento de taxa, como

ocorre com qualquer particular que exercite atividade fiscalizada pelo Poder Público. Mas essa taxa não tem por fato gerador o uso privativo de bem público e sim o exercício do poder de polícia do Estado. A taxa não remunera o uso; a contraprestação deste constitui preço público, estabelecido mediante contrato (concessão) ou ato administrativo negocial (permissão ou autorização).

(sublinhamos)

A falta de uniformidade relativamente a esse aspecto é atestada pelo exame da jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Assim, no sentido da inadmissibilidade da cessão gratuita, merece referência a lição de MARCELO NEVES e DENISE HOLANDA C. LIMA¹⁷, embasada na jurisprudência da Corte de Contas Federal:

Começamos por gizarr que, conforme a jurisprudência do TCU, ancorada no art. 1º do Decreto nº 99.509/907, não mais se admite, aos órgãos e entidades da administração federal a cessão de imóveis, a título gratuito, a sociedades civis, de caráter social ou esportivo, inclusive os que congreguem os respectivos servidores ou empregados e seus familiares, tais como associações de servidores ou quaisquer outras entidades congêneres.

(sublinhamos)

Por outro lado, existe precedente recente, admitindo a cessão *graciosa* de uso de áreas da Administração Pública para entidades privadas com fins lucrativos quando tais serviços destinarem-se exclusivamente à maior parte dos servidores públicos e forem prestados no interesse exclusivo da Administração. Vejamos:

Acórdão 2109/2008 - Segunda Câmara

Data da sessão: 15/07/2008

Relator: ANDRÉ DE CARVALHO

Área: Desestatização

Tema: Concessão pública

Subtema: Bens públicos

¹⁷ "Ocupação por terceiros de espaço físico em bens imóveis de órgãos públicos: análise da juridicidade", in *Revista do TCU*, nº 108, jan-abr. 2007, pp. 46-47.

Tipo do processo: TOMADA DE CONTAS

Enunciado: Os contratos de concessão de uso de áreas da Administração Pública para restaurantes e lanchonetes destinados a atendimento exclusivo à maior parte dos servidores, prestadores de serviços e demais visitantes do órgão público podem justificar a concessão graciosa de uso, pois a utilidade geral e efetiva do serviço prestado no interesse exclusivo da Administração Pública prepondera sobre a exploração comercial realizada pelo concessionário, desde que condicionada à oferta de melhores condições para o usuário, como serviço e produtos de qualidade a preços inferiores aos praticados pelo mercado.

(sublinhamos)

É certo que o desempenho de atividade sindical possui a natureza de direito fundamental, não podendo ser obstaculizado ou prejudicado pelo Estado. Por outro lado, isso não significa que exista, para o Poder Público, um irrestrito dever de subsidiar, direta ou indiretamente, as atividades sindicais. Nesse campo, a regra seria que a entidade sindical locasse ou adquirisse imóvel próprio, para o desempenho de suas atividades. Embora nada impeça que o ente público ceda espaço não utilizado em imóvel público para a instalação do sindicato, não existe, a princípio, fundamento jurídico para impor a gratuidade dessa cessão. Por essa razão, apresenta-se mais adequado aos princípios administrativos (notadamente o da eficiência no zelo pelo erário) considerar que essa forma de utilização do espaço público não deve ser conferida a título gratuito.

Feitas essas considerações, resta um último ponto a ser observado, concernente à eventual necessidade de licitação para a cessão do espaço público sob comento.

Com efeito: já restou assentado que a utilização total ou parcial de bens públicos por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado é juridicamente admissível. Essa cessão de uso pode se fazer mediante ato unilateral da Administração Pública (autorização e permissão de uso), bem como através de ato bilateral (concessão de uso). Como regra geral, a outorga desse direito deve ser

conferida mediante licitação, *nos casos em que estiverem presentes os pressupostos da competitividade*. Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União tem decidido reiteradamente:

Diante da possibilidade de demanda por vários estabelecimentos privados para a ocupação de espaço físico de órgão público, para fins não institucionais, cumpre à autoridade administrativa competente determinar o devido certame licitatório no intuito de concretizar a cessão de uso.

Acórdão 1059/2013-Segunda Câmara | Relator: JOSÉ JORGE

ÁREA: Desestatização | TEMA: Concessão pública | SUBTEMA: Bens públicos

Acórdão 3947/2012 - Segunda Câmara

Data da sessão: 05/06/2012

Relator: AUGUSTO NARDES

Área: Desestatização

Tema: Concessão pública

Subtema: Bens públicos

Tipo do processo: PRESTAÇÃO DE CONTAS

Enunciado: A cessão de imóveis por parte da Administração Pública a associações e outras entidades deve ser antecedida de licitação, em regra, sendo o pagamento das despesas de água e energia elétrica atribuíveis aos ocupantes do imóvel, cabendo a restituição dos valores assumidos indevidamente pela instituição pública, se for o caso.

(sublinhamos)

Acórdão 1108/2008-Plenário

Data da sessão: 11/06/2008

Relator: RAIMUNDO CARREIRO

Área: Desestatização

Tema: Concessão pública

Subtema: Bens públicos

Tipo do processo: REPRESENTAÇÃO

Enunciado: O uso de espaço físico de imóveis pertencentes ao Poder Legislativo por partidos políticos deve ser formalizado mediante cessão de uso. Caso a cessão seja destinada à execução de empreendimento com fins

lucrativos, sempre que houver condições de competitividade, deve ser realizada licitação.

Note-se que a característica da *competitividade* que fundamenta a adoção de procedimentos licitatórios (quer à luz da Lei Federal nº 8.666/93, quer à luz da Lei Estadual nº 9.433/05) tem, em seu âmago, a ideia de *outorga de prestação de caráter econômico a particulares*. Nesses casos, nos quais o Poder Público dispõe-se a desembolsar determinado valor para contratar bem, serviço ou obra, ou manifesta interesse em receber determinado pagamento para a alienação de bem público, é necessário instaurar procedimento competitivo para garantir que o benefício econômico será outorgado de maneira isonômica e imparcial aos particulares interessados.

Essas hipóteses não coincidem com a situação sob apreciação, em que se questiona a utilização de imóvel público sem finalidades lucrativas, para desempenhar atividade de natureza não econômica.

No que respeita à falta de obrigatoriedade de realização de licitação nesses casos (embora a Administração Pública possa facultativamente realizá-la, se entender cabível), ensinam MARCELO NEVES e DENISE HOLANDA C. LIMA¹⁸:

Como bem sabemos, a autorização de uso é deferida independentemente de prévia licitação.

Quanto à necessidade de licitação para cessão de imóvel mediante permissão de uso, reproduzo abaixo o entendimento defendido pelo eminente Ministro Adhemar Ghisi sobre a questão quando da apreciação do processo TC nº 625.182/1995-0 (Acórdão nº 29/2000-TCU-2ª Câmara):

[...] a permissão de uso de bem público, pelas suas características, está excluída da exigência do art. 2º do Estatuto de Licitações, pelas definições ali contidas, especialmente a do seu parágrafo único que, ao definir contrato, estabelece: “Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da

¹⁸ “Ocupação por terceiros de espaço físico em bens imóveis de órgãos públicos: análise da juridicidade”, in *Revista do TCU*, nº 108, jan-abr. 2007, p. 47.

administração pública. e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.” Com efeito, a permissão, concedida a título precário, não cria obrigações para a administração pública., que a concede e a retira, estritamente em razão de interesse público, e sem que haja necessidade de consentimento do permissionário. Nesses casos, como a permissão de uso não tem natureza contratual, preleciona a administrativista Maria Sylvia Zanella di Pietro (Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos, Malheiros Editores, 2ª ed., 1995): “[...] não está abrangida pela Lei nº 8.666/93, o que não impede a Administração de fazer licitação ou instituir outro processo de seleção, sempre recomendável quando se trata de assegurar igualdade de oportunidade a todos os eventuais interessados.”

(sublinhamos)

Conforme visto anteriormente, entende o CAOPAM que a modalidade de cessão cabível no caso sob apreciação é a *autorização*, a qual independe de licitação.

4 – Conclusão

Diante do exposto, em resposta à consulta efetuada, o CAOPAM manifesta o seguinte entendimento:

(a) A Constituição Federal assegurou no art. 5º, XVII a XXI e no art. 8º, respectivamente, a liberdade de associação e a liberdade sindical, erigindo-as ao patamar de direitos fundamentais e assegurando a interferência mínima do Estado no seu funcionamento. Em homenagem a esse direito constitucional, o Estado concedeu benesses para a instituição de associações sindicais, a exemplo da desoneração de tributos como a imunidade tributária de impostos sobre patrimônio, renda ou serviços das entidades sindicais (art. 150, VI, “c”

da Constituição Federal).

(b) Regulamentando o dispositivo constitucional (art. 5º, XVII a XXI e no art. 8º), o Código Civil criou as associações como pessoa jurídica de direito privado (art. 44, inciso I, CC), categoria na qual se enquadram as entidades sindicais. Pela sua natureza jurídica de *associação*, as entidades sindicais são instituídas para representar os interesses das classes dos trabalhadores e empregadores, desempenhando seu *múnus* sem finalidade lucrativa.

(c) O Poder Público pode ceder imóveis públicos, total ou parcialmente, para entidades de natureza privada. Por esse motivo, é admissível, em tese, a cessão de espaço no IML, pelo Governo da Bahia, para que o SINDMOB desenvolva suas atividades. Essa cessão deve, necessariamente, ser formalizada por meio de ato administrativo próprio (autorização ou permissão de uso), preferencialmente a título oneroso, e não depende necessariamente da realização de licitação.

Colocamo-nos à disposição para fornecer outros subsídios que se revelem necessários.

Salvador, 10 de setembro de 2019.

Luciano Taques Ghignone
Promotor de Justiça
Coordenador do CAOPAM