AS MANIFESTAÇÕES DO COMUM NO DIREITO BRASILEIRO: DISCUSSÕES SOBRE A DICOTOMIA PÚBLICO E PRIVADO, PENSADOS A PARTIR DOS ESPAÇOS PÚBLICOS

The Manifestations of the Commons in Brazilian Law: Discussions on the Public-Private Dichotomy, Considered from Public Spaces

Virgínia Totti Guimarães
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro -PUC-Rio, Rio de Janeiro, RJ
E-mail: virginia@puc-rio.br

Trabalho enviado em 27 de novembro de 2023 e aceito em 30 de setembro de 2024

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

RESUMO

Neste artigo discutimos as manifestações do comum no Direito brasileiro, que auxilia na problematização da dicotomia público e privado. Os bens comuns são entendidos pelos(as) juristas como instrumentos políticos e constitucionais da satisfação direta das necessidades e dos direitos fundamentais da coletividade, com base na solidariedade e não exclusão. A discussão apresenta amplo reflexo no direito brasileiro, mesmo que ainda não se trate especificamente desta categoria, auxiliando no debate sobre a diminuição da fronteira entre direito público e privado, bem como a necessidade de se pensar instrumentos jurídicos para frear a lógica do mercado que estabeleçam restrições ou limites a direitos fundamentais e, ainda, restabelecer instrumentos participativos na tomada de decisões. Debatemos sobre a titularidade dos bens de uso comum do povo e os conceitos de interesse público (primário), bem como questões relevantes a respeito dos bens difusos, em especial, o meio ambiente. Com adoção de metodologia lógico-indutiva, a partir de uma revisão bibliográfica, pretendemos colocar em questão os instrumentos à disposição no direito atual brasileiro para manutenção e preservação dos espaços públicos ou se devemos pensar em novas modelagens jurídicas capazes de alcançar tais objetivos.

Palavras-chave: comuns; não propriedade; bem de uso comum do povo; bens difusos; espaços públicos

ABSTRACT

The article discusses the manifestations of the common in Brazilian law, which helps to problematize the public-private dichotomy. Common goods are understood by jurists as political and constitutional instruments for the direct satisfaction of the needs and fundamental rights of the community, based on solidarity and non-exclusion. The discussion is widely reflected in Brazilian law, even though it does not specifically deal with this category yet, helping in the debate on reducing the boundary between public and private law, as well as the need to think about legal instruments to curb the logic of the market that establish restrictions or limits on fundamental rights and also re-establish participatory instruments in decision-making. We discuss the ownership of goods for the common use of the people and the concepts of primary public interest, as well as relevant issues regarding diffuse goods, especially the environment. Adopting a logical-inductive methodology, based on a bibliographical review, we intend to question the instruments available under current Brazilian law for maintaining and preserving public spaces or whether we should think about new legal models capable of achieving these objectives.

Keywords: commons; non-property; common good of the people; diffuse goods; public spaces

INTRODUÇÃO

A gestão dos espaços urbanos, privados e públicos, é decisiva para a cidade e seus(suas) moradores(as). Não é possível pensar uma cidade sem analisar os espaços não exclusivos – ou acessíveis

a todos(as). Além de configurar-se como uma dimensão física importante, relacionada a funções ambientais e urbanísticas, tais locais envolvem uma dimensão social que permite e produz interação entre as pessoas. No Direito brasileiro, os espaços públicos são traduzidos, em regra, como propriedades de titularidade pública, o que coloca a propriedade no centro da discussão.

A propriedade é central na reprodução moral e material do sistema capitalista, sendo relacionada ao modo como o Estado regula os direitos a ela relativos. Não há como promover o planejamento urbano sem instrumentos urbanísticos voltados à conformação da propriedade à sua função social. A afirmação de interesses apenas egoísticos dos proprietários (e isso não é exclusivo das cidades) tomaria aspectos dramáticos. De conteúdo histórico, mas não sem conflitos, o direito de propriedade vai se conformando a objetivos coletivos, determinados pelas características do tempo e do lugar no qual está inserido. A prática não se mostra pacífica, sendo permeada de situações em que se recusa o cumprimento de função social.[1]

No contexto atual, em que se discute o alinhamento entre o estado e o mercado,[2] a garantia de interesses coletivos nas propriedades públicas igualmente encontra-se em questão. A propriedade pública, que deveria ser orientada exclusivamente pelos interesses da sociedade, muitas vezes, encontra-se ociosa ou abandonada, quando poderia, por exemplo, garantir o direito de moradia; outras vezes, é destinada a interesses privados, beneficiando apenas determinados grupos ou classes sociais. Não por acaso, cada vez mais, discute-se o condicionamento da propriedade pública à função social, quando aquela deveria representar, na sua essência, o atendimento de uma finalidade não privada.

Em todas as direções, vemos uma constante disputa política para aplicação de determinadas normas do direito brasileiro. Especialmente diante de situações complexas relacionadas a garantia de direitos fundamentais, a resposta oficial do Estado, comumente, é o direito formal, que lhe garante prerrogativas com base em 'interesse público', muitas vezes, demasiadamente próximo de determinados

[1] Mesmo estando já positivada, não são poucos os casos em que se pode verificar o não cumprimento da função social, como problematiza Castro Neves. O autor questiona: "se a norma constitucional diz que toda a propriedade deverá cumprir a sua finalidade social, como o ordenamento jurídico irá tratar daquelas propriedades que não possuem qualquer fim social, ou cujo aproveitamento social seja, diante de seu potencial, péssimo?" (Castro Neves, 2002, p. 182). A resposta do autor é no sentido de que as normas são orientadas por três valores: segurança, justiça e bem comum, e que o fundamento do direito de propriedade pode variar entre eles, de acordo com o caso (Castro Neves, 2002, p. 201).

[2] Vainer afirma que o fim da separação rígida entre público e privado significa "participação direta, sem mediações, dos capitalistas e empresários nos processos de decisão referentes ao planejamento e execução de políticas" (Vainer, 2009, p. 88). Swyngedouw analisa a privatização como a externalização das funções do Estado, incluídas como um dos meios de reorganização destes "novos arranjos institucionais e de governança formais e informais que se envolvem no ato de governar fora e além-do-Estado" (Swyngedouw, 2012, p. 54).

interesses privados, com o qual se busca fugir de qualquer possibilidade de questionamento. Nas palavras de Harvey, que poderiam igualmente se aplicar à realidade brasileira, em

> resposta ao Occupy Wall Street, o Estado, com apoio do poder da classe capitalista, fez uma declaração estarrecedora: que eles, e somente eles, têm o direito exclusivo de regulamentar o espaço público e dele dispor. O público não tem nenhum direito comum ao espaço público! (Harvey, 2014, p. 283).

As categorias de bens públicos e propriedade privada, ainda que condicionadas ao cumprimento da função social, vêm sendo discutidas por se mostrarem insuficientes para atender a determinadas complexidades das relações sociais e jurídicas atuais. A noção de comum, conforme será apresentado a seguir, pode – e deve – ser problematizada no Direito, mesmo que nem todas as características e noções ainda tenham lugar no debate jurídico. Mesmo no Brasil em que não há previsão expressa dos comuns, comum ou bens comuns, vislumbram-se diversas manifestações do comum em noções como bens de uso comum do povo, interesse público, além de bens, direitos e interesses difusos.

O presente artigo tem como objetivo analisar estas expressões do comum no Direito brasileiro como forma de contribuir para o debate sobre os limites estatais em relação a determinados bens e direitos, tendo como foco, aqui, os espaços públicos. Inicialmente serão apresentadas algumas questões sobre o Direito e seus fenômenos atuais, inclusive em relação à fronteira entre público e privado, que vem servindo de base às discussões sobre o comum no Direito. A análise de características dos espaços públicos relevantes para a presente discussão será feita no item seguinte. Será estudada a categoria de bens comuns do ponto de vista jurídico, principalmente a partir de autores não nativos, que chegaram a propor alteração no Código Civil da Itália, com objetivo de inclui-lo no ordenamento daquele país. Em seguida, serão analisadas as principais características dos bens públicos de uso comum do povo, a partir de questionamentos que dialogam com a teoria dos bens comuns, como titularidade e vinculação com interesse público (e o próprio conteúdo deste). Ao final, serão apresentadas as discussões sobre a natureza jurídica do meio ambiente, que refletem a questão da titularidade de bens que não pertencem ao Estado e os reflexos sobre sua disponibilização. As categorias que, de alguma forma, problematizam a relação entre público e privado no direito brasileiro nos ajudam a refletir sobre os limites da atuação do Estado.

1. BENS COMUNS NO DIREITO: A NÃO PROPRIEDADE

As discussões sobre o comum partem de uma constatação teórica e fática: o público, em muitos casos, não representa o coletivo, mas sim o estatal aliado aos interesses de determinados grupos privados. Entendendo-se que há uma redefinição da fronteira entre público e privado, bem como que há

práticas sociais das mais diversas que apontam para a superação desta dicotomia, surgem debates a respeito de um princípio político, como afirma Dardot e Laval (Dardot; Laval, 2017), de relações comunitárias nos termos dos estudos de Ostrom (Ostrom, 1990), de um produto de relações sociais, como pensam Negri e Hardt (Hardt; Negri, 2009) e, ainda, de formas comunitárias de organização social com Federici (Federici, 2022). Estes são apenas algumas das tradições teóricas que vem se dedicando a entender estas formas de organização social, baseada em relações comunitárias, que se situam além e apesar do Estado e que apontam para outras formas políticas e sociais.[3]

Em relação aos impactos no Direito, alguns fenômenos atuais ganham destaque, a partir destes pensamentos sobre a fronteira entre público e privado, que, em última análise, nos permite analisar a dimensão democrática do Direito.

Rodotà, um dos autores de referência no tema, trata de dois fenômenos simultâneos no Direito: no âmbito econômico, a desregulamentação (redução das normas estatais), cujo efeito é a transferência para as empresas a atribuição de formular as normas sobre suas atividades (autorregulação); e, de outro lado, a regulação excessiva do mundo da vida, como pesquisas genéticas, eutanásia, aborto. Ambos os aspectos estão relacionados ao que o autor denomina de *shopping* jurídico, diante do qual se pode escolher o melhor regramento jurídico disponível (Rodotà, 2005). Neste cenário, tanto as empresas buscam locais com regulações favoráveis às suas atividades,[4] quanto as pessoas - excetuando as impedidas por questões econômicas ou religiosas - procuram países que permitam suas práticas. Para o autor, não se pode buscar uma única solução para questões tão complexas e diversas (Rodotà, 2005, p. 09-11).

No mesmo sentido, Hardt e Negri afirmam que há uma tendência de diminuição da divisão entre público e privado, nos dois sentidos. Por um lado, as investidas contra a esfera privada verificam-se no aumento do controle social sobre direitos de privacidade e do próprio direito à personalidade (como os direitos ao aborto, das minorias, bem como nas medidas destinadas ao controle do terrorismo). Por outro lado, tem-se a privatização e "expansão da propriedade privada para os terrenos da vida que até então

[3] Diferentes são as orientações teóricas a respeito do comum, o que leva a diversas formas de se referir a processos sociais similares, inclusive com divergência sobre a nomenclatura utlizada. Dentre os autores e autoras importantes, alguns(as) já mencionados no texto, podemos destacar Michael Hardt, Antonio Negri, Elinor Ostrom, Silvia Federici, Pierre Dardot, Christian Laval, Alberto Lucarelli, Stefano Rodotà. O presente artigo não tem objetivo de fazer uma revisão bibliográfica a respeito do comum, mas, partindo-se de noções importantes que serão apresentadas no item seguinte, trazer o debate para o Direito.

[4] Mattei igualmente trata deste processo, destacando que a escolha do sistema jurídico mais favorável, normalmente relaciona-se a normas ambientais e trabalhistas, o que provoca uma corrida entre Estados pela menor regulação (*rush to the bottom*) de modo a atrair empresas (Mattei, 2013, p. 34).

eram de propriedade comum, através de patentes, direitos autorais e outros instrumentos legais" (Hardt; Negri, 2012, p. 263-264).

A categoria de "bens comuns" possui uma dupla função, qual seja, problematizar e pleitear política e juridicamente bens que, ligados a direitos fundamentais, não podem ser disponibilizados pelo Estado e particulares, já que são de titularidade da coletividade e, ainda, estabelecer a dimensão democrática do direito. Os bens comuns são, assim, instrumentos políticos e constitucionais da satisfação direta das necessidades e dos direitos fundamentais da coletividade (Mattei, 2013, p. 11). Eles mesmos devem ser interpretados como um tipo de direito fundamental de 'última geração', desempenhando a função constitucional de defesa do público face ao privado e ao Estado (Mattei, 2013, p. 13).

Para Lucarelli, os bens comuns estão vinculados a direitos fundamentais, além de se relacionarem a valores e princípios gerais do direito, especialmente os relativos à sobrevivência e convivência social. Destacam-se, como exemplos de bens comuns materiais, saúde, meio ambiente, trabalho, em atendimento aos princípios da dignidade humana, justiça social e solidariedade (Lucarelli *apud* Leal, 2011, p. 25-26).[5] O autor está preocupado com o enfraquecimento da proteção dos direitos fundamentais decorrentes da deterioração dos bens comuns e privatização dos bens públicos, além da afirmação de um marco político-institucional que seja capaz de garantir a proteção dos comuns (Lucarelli, 2011, p. 11).

Lucarelli afirma que os bens comuns aumentam a responsabilidade do Estado, inclusive em relação aos interesses das gerações futuras, desta vez, não como proprietário, mas como gestor do interesse geral e do valor ético-social (Lucarelli, 2011, p. 13). O Estado passa a ter, como contrapartida, o dever de garantir tais direitos (Mattei, 2013, p. 75).

Para Rodotà, os bens comuns aparecem relacionados à solidariedade, visando à "promoção da igualdade no acesso a determinados bens" (Rodotà *apud* Bodin de Moraes, 2015, p. 01), vinculando-se à dimensão da personalidade e caracterizando-se "pelo compartilhamento, e não mais apenas pela exclusão do outro" (Rodotà, 2012, *online*).

Na Itália, em 2007, foi instituída a Comissão Rodotà com objetivo de propor uma reforma do livro do Código Civil italiano relativo à propriedade pública, o que gerou um amplo estudo sobre os bens comuns. A Comissão entendeu que os bens comuns não se confundem com propriedade pública ou privada, que são baseadas na "exclusão e concentração de poder de disposição por parte de um sujeito soberano, público ou privado, exercido sobre uma coisa" (Mattei, 2013, p. 92, tradução livre). A lógica dos bens comuns é de inclusão, de acessibilidade a todos, sejam os bens comuns de natureza física (água, ar,

[5] Leal entende que, em termos do direito brasileiro em vigor, o que melhor exemplifica a discussão em questão é o artigo 216 da Constituição Federal, que trata do patrimônio cultural, material e imaterial (Leal, 2011, p. 26).

glaciais, praias) ou culturais (museus, conhecimento, praças, monumentos). Os bens comuns, para a Comissão, escapam da lógica quantitativa de uso, não admitindo a satisfação de desejos custosos, mas seu uso deve ser quantitativamente responsável (Mattei, 2013, p. 92).

A Comissão Rodotà situa os comuns como bens fora do comércio, devendo ser geridos por uma lógica publicista, no sentido oposto à privatista, com a finalidade principal de "satisfazer os direitos fundamentais das pessoas, constitucionalmente garantidos e informados pelos princípios da igualdade e da solidariedade, inclusive em relação às gerações futuras" (Mattei, 2013, p. 93, tradução livre).[6]

Viale define bem comum como "um recurso de cuja utilização ninguém pode ser excluído sob pena de privação (pela pessoa excluída) de um componente essencial dos seus direitos de homem e do cidadão" (Viale *apud* Burocco, 2014, p. 139).

Os bens comuns estão fora do comércio e, portanto, sequer poderiam ser considerados como bens, por estarem vinculados à própria produção da vida, sendo impassíveis de serem submetidos à titularidade do Estado ou de agentes privados. E não há como se pensar bens relacionados à produção da vida com um diferenciado tratamento político e jurídico, sem novas instituições que sejam capazes garantir uma gestão direta e participativa, elaborando normas colaborativas. Esta discussão igualmente deve ser abordada do ponto de vista do Direito.

Vinculam-se os bens comuns à necessidade de um direito judicial global 'de baixo para cima' (Mattei, 2013, p. 94). Segundo o autor, a categoria de bens comuns pressupõe entender o Direito em um sentido de "legalidade rica, densa, holística, fundada em conteúdos éticos autênticos, funcionais à qualidade de vida de todos no marco de uma dialética finalmente democrática que inclua todas as vozes", rejeitando a correspondência entre Estado e Direito, bem como entre Direito e repressão de conflito (Mattei, 2013, p. 72).[7]

Neste sentido, "a decisão de determinar os direitos legais é tomada no processo de comunicação e colaboração entre singularidades", (Hardt; Negri, 2012, p. 266) e não baseada em uma função

[6] Mattei, Reviglio e Rodotà, em estudo específico sobre a propriedade pública, preocupados com as privatizações italianas, afirmam que se trata de criar um modelo de desenvolvimento de longo prazo, socialmente responsável, não somente do ponto de vista da eficiência (Mattei; Reviglio; Rodotà, 2007, p. 08).

[7] A globalização do Direito igualmente permeia a discussão do chamado novo constitucionalismo latino-americano (Garavito, 2011, p. 70), que se relaciona às mais recentes mudanças nas Constituições de países da América Latina, em especial no Equador e na Bolívia, aprovadas, respectivamente, em 2008 e 2009, buscando a análise das experiências políticas e constitucionais a partir de uma visão não dominante. Discute-se, nesta seara, a multiplicação das fontes jurídicas, que resultaria em um direito mais complexo e, ainda, a diminuição do papel central do ordenamento jurídico estatal como resultado do próprio reconhecimento da multiculturalidade e das competências próprias da jurisdição indígena, além da abertura internacional dos direitos humanos (Uprimny, 2011, p. 114).

exclusivamente policial que se pretende atribuir exclusivamente ao Estado. O próprio direito é um bem comum, que comporta múltiplas fontes, como visto acima, e deve ser construído a partir de diálogos.

Em relação ao pluralismo jurídico, há larga discussão sobre o que se considera Direito e sobre o papel do Estado na sua produção. Autores que trabalham o pluralismo jurídico afirmam alguma concepção de direito não-estatal, o que leva ao entendimento daquele como um importante e complexo fenômeno. O pluralismo jurídico, comportando várias normas, leva ao questionamento sobre o poder e importância do Estado:[8]

> Ora, enquanto o pluralismo jurídico é fato decorrente de qualquer campo social vinculado a condutas persuasivas, o 'centralismo jurídico' é um 'mito, um ideal, um clamor e uma ilusão'. Todavia, o poder dessa ideologia que concebe o Direito como ordem exclusiva e unificada numa hierarquia de proposições normativas está fortemente introjetado na imaginação dos juristas positivistas, cabendo ao 'pluralismo jurídico' desbancá-lo, contribuindo com uma proposta empírica mais clara que redefina o lugar do Direito na vida social" (Wolkmer, 2001, p. 201).

O debate do comum no Direito, assim, coloca em pauta a existência de bens relacionados à vida ou a direitos fundamentais que não podem estar regidos pela lógica do mercado ou se constituírem como objetos de negociações e, neste sentido, nega-se a gestão exclusiva do Estado ou de particulares; por isso, fala-se em não propriedade. A lógica que norteia a definição e o uso destes bens é a da solidariedade, do compartilhamento e da não exclusão. Pensam-se bens que devem ser acessados igualitariamente por todos e que, a princípio, devem estar sob o domínio e disponibilidade de todos. Estes refletem a discussão sobre a superação do público e privado também no sentido da necessidade de se pensar estruturas e conceitos jurídicos que sejam capazes de atender demandas atuais. Conduz-se à discussão sobre a democratização do Direito e da gestão dos bens comuns, inclusive, com reflexos sobre a centralidade do Estado na produção e gestão do próprio Direito.

2. ESPAÇOS PÚBLICOS, COMUNS URBANOS E ATUAÇÃO ESTATAL

O espaço público urbano designa tanto um lugar na cidade destinado a usos comuns, como praças, ruas, parques urbanos, quanto uma dimensão da vida social e política, baseada no exercício da cidadania. Pode tratar do aspecto físico, enquanto local disponibilizado pelo Estado para utilização geral

[8] Santos desenvolveu seu conceito de interlegalidade, em 2003, descrito como a 'porosidade' das ordens jurídicas e de hibridações jurídicas que ocorre na presença de normatividade local, estatal e global, mas que igualmente acontece no nível micro, "na medida em que os cidadãos e os grupos sociais organizam as suas experiências segundo o direito oficial estatal, o direito consuetudinário, o direito comunitário, local, ou o direito global, e, na maioria dos casos, segundo complexas combinações entre estas diferentes ordens jurídicas" (Santos, *apud* Araújo, 2003).

ou da apropriação social que dele se faz. Pode ser analisado sob o enfoque sociológico, antropológico, político, urbanístico, jurídico, dentre outros, e cada um destes campos com múltiplas abordagens. Na perspectiva do estudo urbano, por exemplo, há discussões sobre a própria cidade que se pretende, passando por autores adeptos da cidade funcional a outros que enfocam os espaços públicos em seu caráter histórico e cultural[9] ou, ainda, caracterizando-os como uma categoria essencialmente física.[10]

Outro exemplo desta complexidade pode ser dado com estudo de Leite que sistematizou os trabalhos realizados no Brasil, principalmente na década de 1990, quando situa a retomada desta discussão no país (Leite, 2008).[11] Leite apresenta dois grupos de autores que estudam os espaços públicos, ambos a partir de uma crítica social. Alguns autores associam o exercício da cidadania – e a possibilidade de reconhecimento de direitos sociais – a espaços de sociabilidade pública. Esta discussão "retoma os grandes temas relativos ao caráter emancipatório da vida pública e à permanente interpenetração do público e do privado, remetendo à questão da existência de um padrão de civilidade que supere a miséria, a exclusão, o autoritarismo" (Leite, 2008, p. 46). Outros autores relacionam o termo 'espaço público' com espaço urbano e enfoque no aspecto espacial da desigualdade social. Assim, promovem a recuperação do "sentido de *lugar* e a dimensão pública do espaço urbano, traduzidos nas distintas formas de ocupação dos espaços da cidade, na construção de territórios urbanos e dos lugares políticos que expressam as demandas de cidadania e pertencimento" (Leite, 2008, p. 46).

Em outro sentido, muitos são os trabalhos que partem da afirmação do declínio dos espaços públicos, inclusive as praças e espaços cívicos, quase sempre, tendo, como uma das suas referências, a obra de Sennett, 'O declínio do homem público', editada em 1974. Sennett entende que a vida pública, atualmente, corresponde a uma obrigação formal, em decadência, estando em contraposição à privacidade, considerada um fim em si mesma, o que vem sendo denominado de 'individualismo exacerbado' (Sennett, 1988, p. 15-16). Para o autor, a intimidade ganha espaço na proporção que o espaço

---

[9] Para discussão sobre espaços públicos entre urbanistas e arquitetos, v. Abrahão, 2008. O autor apresenta o VIII Congresso Internacional de Arquitetura Moderna (CIAM), realizado em 1951, e o Seminário Centro XXI, ocorrido em 1995, na cidade de São Paulo, como marcos importantes, que tinham como plano de fundo o debate sobre planejamento funcional.

[10] Neste sentido, a utilizam Vaz *et al* com o conceito que designa "espaços livres, sem edificação, com acesso público, tais como ruas, praças, largos, parques etc" (Vaz *et al,* 2008, p.8).

[11] E, na América Latina, nos anos 1990, verificam-se mudanças ostensivas na "organização e formas de produção e gestão do espaço urbano: proliferação de grandes projetos imobiliários conduzidos pelo capital privado; auge da produção de espaços públicos fechados e privativamente controlados, estratificados de acordo com os setores sociais a que estão destinados; renovação de espaços urbanos em decadência ou desuso destinados a converter-se em referentes simbólicos e turísticos; crescente difusão de condomínios fechados e controle de acesso a áreas urbanas previamente abertas, assim como de complexos urbanos multifuncionais isolados do espaço urbano tradicional; abandono de espaços públicos tradicionais por parte das classes médias e altas e colonização dos mesmos pelos setores populares" (Duhau, 2001, p. 49).

público é abandonado, sem sentido: “o espaço público morto é uma das razões, e a mais concreta delas, pelas quais as pessoas procurarão um terreno íntimo que em território alheio lhes é negado” (Sennett, 1988, p. 29). E o mesmo abandono aconteceria com os espaços públicos urbanos, entendendo-os como os destinados a “mesclar pessoas e diversificar atividades” (Sennett, 1988, p. 26).

Além deste individualismo exacerbado, outros fatores são constantemente associados ao declínio ou até desaparecimento dos espaços públicos, como violência urbana, condomínios privados, cercamento de praças e parques, cultura do medo, dentre outros.[12]

A partir desta complexidade, um dos aspectos que merece ser destacado por conta do objeto deste artigo é a metrópole como lugar de possibilidades de encontros aleatórios entre singularidades, organização e política, necessários para produção do comum, em estudos que associam os espaços públicos e o comum. A metrópole pode significar “uma generalização da rebelião e, então, possivelmente, o crescimento de redes de cooperação e comunicação, a intensidade crescente do comum e dos encontros entre singularidades” (Negri, Hardt, 2014, p 265, tradução livre). Os autores entendem ser a metrópole, atualmente, o centro vital de produção do comum e o local em que se desenvolvem forças antagônicas ao Império (Negri, Hardt, 2014, p 256).

Nestes locais, marcados pelo antagonismo, nos espaços deixados pelo planejamento e nas brechas das relações de comando, o comum é “feito de um patrimônio riquíssimo de estilos de vida, de meios coletivos de comunicação e reprodução da vida e, principalmente, do excedente da expressão comum da vida nos espaços metropolitanos” (Negri, 2010, p. 203). E as lutas ocorrem para “manutenção de um espaço comunitário vivo dentro da metrópole” (Tomasello, 2014, p. 100).

Harvey também trabalha o conceito de comum nas cidades, pressupondo, para sua constituição, uma ação política neste sentido e reconhece que existe, de fato, uma prática social de comunalização. Nas palavras do autor, o comum deve ser entendido como uma “relação social instável e maleável entre determinado grupo social autodefinido e os aspectos já existentes ou ainda por criar do meio social e/ou físico, considerada crucial para sua vida ou subsistência” (Harvey, 2014, p. 145). O autor afirma que há uma diferença entre espaços e bens públicos e os bens comuns, sendo que os primeiros se referem ao poder do Estado e à administração pública, sendo entendidos como os “gastos produtivos do Estado”

[12] Vale transcrever os comentários de Salcedo Hansen a respeito desta discussão: “É usual na literatura dos estudos urbanos, observando a realidade de segregação, guetos e enclaves, falar de um modo nostálgico de um declínio ou inclusive desaparecimento do espaço público. Autores como Caldeira (2000), Davis (1990) ou Sennett (1977 e 1990) contrastam a cidade atual com um passado mítico, localizado em algum momento da era moderna, no qual as características próprias do espaço público – multiplicidade de usos e encontro social – não somente se desenrolavam, como, ainda, estavam em constante expansão. Este discurso é próprio dos urbanistas pós-modernos, os quais idealizam conservadoramente o espaço público da modernidade e questionam os recintos propriamente pós-modernos, qualificando-os de ‘pseudo’ ou ‘pós’ públicos” (Salcedo Hansen, 2002, online).

(Harvey, 2014, p. 145). Para ele, a dificuldade em se diferenciar bens públicos de comum é estreita relação entre público e privado, como ocorre quando os projetos de desenvolvimento urbano são desenvolvidos (e muitas vezes pagos) pelo Estado para beneficiar proprietários de terras e determinadas empresas (Harvey, 2014, p. 154).

Em outro foco de debate sobre espaços públicos, determinada visão aponta para os espaços públicos como locais abertos, livres e gratuitos e, neste sentido, cuja utilização independe de qualquer diferenciação em relação à classe social, gênero e raça. Este raciocínio pressupõe, inicialmente, uma sociedade em que não há barreiras sociais, concretas – como as que decorrem da desigualdade socioterritorial brasileira – e abstratas – atribuídas à conhecidas normas de condutas social que orientam alguns setores. Além disso, para isso, seria necessário um Estado neutro e isento às forças dominantes, o que, por certo, não é possível no sistema capitalista. Ao contrário, o que se tem sido exaustivamente comprovado é que os espaços públicos brasileiros são sujeitos à forte regulação estatal e induzem, direta ou indiretamente, uma diferenciação entre classes sociais e outros fatores. Caldeira afirma que a circulação, por exemplo, envolve a diferente presença nos espaços públicos, a depender da classe social, raça e gênero (Caldeira, 2018).[13]

[13] Existe uma grande diferenciação na apropriação da cidade a depender do sujeito e sua classe social, gênero, raça. Estudos estabelecem, por exemplo, relações entre gênero e cidade, cabendo aqui apenas exemplificar com algumas destas discussões. Rolnik, ao analisar o final do século XIX, e a ressignificação da rua e dos espaços públicos pela sociedade do café afirma que, no período anterior, "a rua, o espaço público, o lugar da escravaria, e também da libertinagem e devassidão, imediatamente identificada com quem ali permanecesse. O público como domínio imoral significava coisas diferentes para homens e mulheres. Para as mulheres, era onde se poderia perder a virtude, desgraçando-se. Para os homens, tinha uma conotação moral diversa. Sair em público era a possibilidade de livrar-se da repressão e do autoritarismo da respeitabilidade encarnados na figura do marido e pai. Para os homens, portanto, a imoralidade da vida pública era uma região de liberdade, e não de desgraça" (ROLNIK, 1997, p. 34). Sevilla-Buitrago relaciona a superação entre o público e privado, correspondente à rua e casa, na qual a presença feminina era restrita a esta, às pressões que novos regimes de consumo exerciam sobre as configurações urbanas. Para o autor, em Nova Iorque, no final do século XVIII e início do século XIX, houve a formação de "novas pautas de consumo e uma nova espacialidade feminina a elas associada", destacando, no entanto, que, neste momento, ruas ainda eram locais de classes populares: "em definitivo, os quadros morais e quadros materiais da hegemonia burguesa estavam entrando em conflito no espaço público" (Sevilla-Buitrago, 2014, p. 60).
Em relação à circulação de mulheres, por exemplo, destacam-se que as práticas estudadas por Caldeira (de 'produção de inscrições', como grafites e pichações e novos modos de circulação, como motociclismo, skate e parkour) configuram hierarquias de gênero, na medida são praticadas, quase em sua totalidade, por homens jovens (Caldeira, 2012, p. 32). Neste sentido, "essa desigualdade de gênero reconfigurada está no âmago do novo tipo de esfera pública constituído por essas práticas urbanas" (Caldeira, 2012, p. 66). Em outra análise, Caldeira enfatiza as tensões de classe, raça e gênero presentes nas práticas de uso dos espaços públicos. Em relação ao gênero, a autora afirma que as mulheres, com frequência, reclamam "do assédio e incômodo nos meios de transporte coletivo, muitas vezes praticados pelos mesmos rapazes que protagonizam as várias formas de produção cultural. O prazer de circular não faz sentido para as mulheres jovens, sobretudo para as que usam transporte coletivo" (Caldeira, 2014, p. 19)

A cidade aparece, assim, com potencial de politização, tendo os espaços públicos como o lugar dos encontros e, muitas vezes, sendo o foco dos debates. A resistência presente nos espaços públicos é, muitas vezes, feita por meio de práticas e usos e, com frequência, espontâneos, decorrentes da própria ação dos que dele se utilizam.[14] A cidade desigual, do consumo e da discriminação é problematizada, ainda, por movimentos de contestação do consumismo urbano, de justiça ambiental, que questionam a privatização de serviços públicos relacionados a direitos sociais relacionados ao uso da cidade, como a mobilidade urbana, que discutem a privatização de espaços públicos por grandes negócios, dentre outros.

3. O QUE HÁ DE 'COMUM' NOS BENS DE USO COMUM DO POVO?

Os espaços públicos, em regra, assumem a forma jurídica de propriedade ou bem público. Tradicionalmente, aplicam-se dois critérios para definição dos bens públicos: o do titular do bem e o do regime jurídico aplicável. São bens públicos os de titularidade de um sujeito dotado de personalidade jurídica de direito público e os subordinados ao regime de direito público.[15] Normalmente, conjugam-se estes dois critérios (Justen Filho, 2012, p. 225) e, embora existam controvérsias no âmbito jurídico, estas não interessam ao objeto deste artigo.[16]

Os bens públicos são assim classificados por atenderem a interesses públicos, destacando-se pela relevância e presença de determinadas características, como garantia da dignidade da pessoa humana, preservação ambiental, controle estratégico em relação ao uso etc. Justen Filho afirma que a qualificação

[14]Importante lembrar que a promoção de programas de melhoria das condições das calçadas, dos passeios públicos, do mobiliário urbano e dos demais espaços de uso público é uma das atribuições da União, definidas pelo Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001).

[15] A Constituição Federal determina os bens da União e dos Estados, nos artigos 20 e 26, respectivamente.

[16] Quanto à titularidade, o Código Civil de 2002 divide os bens em públicos (que pertencem às pessoas jurídicas de direito público interno) e privados (art. 98). Neste sentido, a lei civil expressamente não reconhece bens comuns, que não seriam nem públicos, nem privados. O conceito de patrimônio público também está presente no direito brasileiro, não se confundindo com domínio público. O patrimônio público é o que pertence à coletividade como um todo, sendo passível de tutela, por exemplo, pela ação popular. Estes bens não necessariamente pertencem ao ente público, mas que estão a ele vinculados por uma finalidade pública. Lima faz esta distinção e conclui "se é suficiente para reputar-se um bem incorporado ao domínio público ou ao patrimônio administrativo que esse bem participe da administração pública como atividade e se ache, portanto, vinculado ao fim peculiar desta, então devemos concluir que o conceito de domínio público e patrimônio administrativo excede ao de propriedade pública e que, além dos bens do domínio nacional, ainda outros podem e devem classificar-se como tais" (Lima, 1982, p. 75). A lei da ação popular considera como patrimônio público os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico (Art. 1º, § 1º, da Lei 4.717/1965, com redação dada pela Lei 6.513/1977) e, "com isso, viabilizou-se a possibilidade de tutela dos referidos bens e direitos, de natureza difusa, pela via da ação popular" (Zavascki, 2011, p. 30). Marques Neto vincula patrimônio público ao estatal, mas inclui outros tipos de bens, ao afirmar que patrimônio público corresponde "ao conjunto de bens materiais e imateriais, inclusive direitos e receitas, de propriedade das pessoas de direito público", sendo um "universo maior do que o acervo dos bens detidos pela Administração Pública" (Marques Neto, 2014, p. 55).

como bem público decorre, “em grande parte dos casos, da sua intrínseca e indissociável relação com a identidade nacional e estatal. Reconhece-se como públicos aqueles bens que foram, são e serão formadores da identidade da Nação”, e, por isso, não podem ficar restritos a necessidades egoísticas de um sujeito privado, devendo ser garantido seu proveito por todos os integrantes da sociedade e sua preservação (Justen Filho, 2012, p. 226).[17]

Estes bens públicos, assim definidos por qualificações específicas, são os que mais se aproximam do conceito de bens comuns, já que se trata dos que “pela sua natureza não são apropriáveis por qualquer pessoa, que pertencem a todos em comum e são apenas atribuídos ao Estado como decorrência da soberania” (Marque Neto, 2014, p. 38). Mas estes não são os únicos bens públicos. Existem, ainda, os bens adquiridos por relações patrimoniais pelo Estado. Como afirma Marques Neto, esta distinção coloca em discussão a relação entre o público-estatal e o público-comum (Marques Neto, 2014, p. 38).

Autores do campo do Direito procuram diferenciar o domínio público composto por bens indisponíveis e ligado, de modo mais direto, ao cumprimento de interesse público, daqueles bens que estão sob uso direto do Estado e são disponíveis. No direito francês, “os vocábulos domínio ou domínio público abrangem somente dois tipos de bens públicos: os de uso geral do povo (exemplos: rua, praça) e os bens empregados no serviço público (exemplo: prédio de uma escola pública)” e utiliza-se a “expressão domínio privado do Estado para designar os bens destinados ao uso direto da própria Administração, que podem ser mais facilmente alienados”. No direito italiano fala-se em “bens do patrimônio indisponível, para designar os bens que no ordenamento brasileiro se denominam bens de uso comum e bens de uso especial; e bens do patrimônio disponível, para denominar os bens dominicais, por serem mais facilmente alienados” (Medauar, 2014, p. 278).[18]

[17] Do ponto de vista econômico, os bens públicos são definidos por dois critérios: a não rivalidade no consumo (o consumo de uns não afeta a utilidade para outros) e a não exclusão (os bens públicos não estão sujeitos ao congestionamento ou esgotamento se acessível a todos). Na presença destas duas características tem-se os bens públicos puros; se apresentarem parcialmente os bens públicos impuros (Kaul, 2012, p. 41-45).

[18] Di Pietro utiliza a terminologia francesa ao se referir aos bens integrantes do domínio público ou privado do Estado (Di Pietro, 2014, p. 7). Entendendo, ainda, que há dois regimes jurídicos diversos para os bens públicos. Por estarem afetados a uma finalidade específica, os bens de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, impenhoráveis, imprescritíveis e impassíveis de oneração. Além disso, seu uso deve se dar em benefício da coletividade. Os bens dominicais são regidos por normas de direito privado, com algumas peculiaridades impostas expressamente na legislação em vigor. Em resumo, tais bens podem ser alienados, desde que respeitadas as exigências do artigo 17 da Lei 8.666/93; não podem ser penhorados ou dados em garantia (art. 100, Constituição Federal) (Di Pietro, 2014, p. 8-12).

Nota-se que os bens públicos igualmente devem cumprir uma função social.[19] Embora esta seja mais estudada e aplicada em relação à propriedade privada, já que a propriedade pública, originalmente, sempre deve estar vinculada à determinada finalidade pública, cada vez mais, tem-se afirmado que ambas estão a ela condicionadas. Tepedino e Schreiber diferenciam 'utilidade pública' - a que todo bem público está vinculado - de 'interesse social', sendo a conjugação entre eles imposta pela função social: "controle de conformidade entre o *público* e o *social* torna-se necessário na medida em que o Estado passa a ser reconhecido não mais como um fim em si mesmo, mas como instrumento a serviço do desenvolvimento da pessoa humana" (Tepedino; Schreiber, 2006, p. 113, grifos dos autores). Neste sentido, uma das decorrências deste entendimento é a permissão ao controle da destinação dada ao bem público, ainda que revestida de aparente legitimidade, e não somente nos casos de desvio de finalidade (Tepedino; Schreiber, 2006, p. 114).

Di Pietro analisa especificamente a aplicação da função social aos bens de uso comum do povo. Para tanto, a autora parte da compreensão de que a destinação pública é inerente a esta categoria de bens, na medida em que estão vinculados a um interesse público por sua natureza ou destinação legal. No entanto, o poder público pode ampliar ou restringir as formas de uso de tais bens, de modo a garantir um melhor atendimento à função social. Como requisitos para tais atos administrativos tem-se a compatibilidade entre o uso privativo com a destinação principal do bem e o interesse público (Di Pietro, 2006, p. 07).

Questão importante, diretamente relacionada aos preceitos dos bens comuns, é saber a quem pertencem os bens públicos: à coletividade ou ao ente político?

O Direito romano tratava dos bens públicos ao referir-se a *res nullius* como coisas fora do comércio, "dentre as quais se incluíam as *res communes* (mares, portos, estuários, rios, insusceptíveis de apropriação privada), as *res publicae* (terras, escravos, de propriedade de todos e subtraídas ao comércio jurídico) e *res universitatis* (fórum, ruas, praças públicas)" (Di Pietro, 2012, p. 724), considerando a categoria (*res publicae*) como pertencente ao povo. Neste sentido, "[...] a noção de público, no sentido de que existem coisas que pertencem ao povo, e não, propriamente, ao Estado, remonta à ideia democrática que presidia à república romana" (Franco Junior, 2011, p. 14).

Os autores divergem sobre a recepção, no Brasil, desta não propriedade, prevalente no direito romano, especificamente em relação à titularidade.

---

[19] Cardoso, em dissertação que trata da "consolidação de um conceito de propriedade pública que atenda às necessidades contemporâneas da sociedade, partindo da premissa da gestão democrática como elemento indispensável à gestão dos imóveis públicos, combinando eficiência econômica, racionalidade administrativa, justiça socioambiental e segurança jurídica", advoga pela necessidade de o Estado promover adequada gestão de seu patrimônio para promover a redução das desigualdades socioterritoriais (Cardoso, 2010, p. 20).

Segundo Franco Junior, a não propriedade não seguiu no direito moderno. Adotando-se a ideia de que, em relação aos bens públicos, o vínculo de propriedade é com o Estado[20] e que "a comunidade tem, em relação a esses bens, apenas o uso e gozo, condicionados à observância dos regulamentos administrativos" (Franco Junior, 2011, p. 26-27). O autor conclui que os bens públicos – e mesmo os de uso comum – não pertencem ao povo, mas às pessoas jurídicas de direito público, citando Carvalho Santos, Washington de Barros Monteiro e Vicente Raó (Franco Junior, 2011, p. 26-27). No mesmo sentido, Buzaid afirma que os bens públicos pertencem à pessoa jurídica de direito público interno, que transfere seu uso ao povo, sem passar o domínio (Buzaid, 1966, p. 323).[21]

De outro lado, Bevilaqua entende que a coletividade detém a propriedade dos bens de uso comum do povo e, ao Estado, cabe sua administração e gestão, possuindo deveres como o da conservação (Bevilaqua, 1949, p. 316).

Outra discussão, igualmente não consensual, relaciona-se ao vínculo entre o Estado e o bem: esta relação seria ou não de propriedade. De um lado, estão os que entendem que os bens públicos são regidos por uma relação de direito real similar ao que vigora no direito privado: "defende-se a unidade do instituto da 'propriedade', aplicando-se no setor público os princípios e regras fundamentais consagrados nas relações entre particulares" (Justen Filho, 2012, p. 225).

Em sentido contrário, Lima entende que o que configura o bem público é sua participação na atividade administrativa do Estado – e não a propriedade sobre os bens. O autor afirma que a vinculação da administração pública a um fim igualmente aparece nas questões relacionada aos bens públicos: "os bens do domínio público, por sua natureza, e os do patrimônio administrativo, por destino, são insusceptíveis de propriedade, quer dizer, de vincular-se, pelo laço do direito real, a uma vontade ou personalidade" (Lima, 1982, p. 74-75). A relação entre o Estado e os bens do domínio público e do patrimônio administrativo é de administração, distinto, portanto, da propriedade: nesta "cabe ao proprietário a faculdade de excluir; no domínio público, quanto aos bens de uso comum, ao utente, a

[20] O exemplo que o autor menciona é bastante relevante: "Se antes não se cogitava em vender ruas e estradas, hoje as alterações urbanísticas fazem surgir e desaparecer novos veios e tornar inservíveis outros, antigos. Para retraçar as cidades, segundo as conveniências dos planos viários ou urbanísticos, o Estado precisa posicionar-se como proprietário das ruas, das praças, das estradas, podendo, eventualmente, cobrar pela sua utilização ou conservação ou até mesmo aliená-las, quando deixarem de cumprir uma finalidade pública" (Franco Junior, 2011, p. 26).

[21] Buzaid afirma: "Filiando-se historicamente à tradição lusitana, o Brasil considerou como domínio nacional os bens públicos, distribuindo-os às pessoas de direito público, conforme a índole do regime federativo" (Buzaid, 1966, p. 323). Marques Neto analisa a questão a partir da construção da personalidade jurídica do Estado na modernidade, o que irá ocasionar uma centralidade de um domínio único, com titularidade na pessoa do Estado: "os bens públicos, postos ou não à fruição geral, passam a ter um dono único, o Estado, titular de um domínio oponível mesmo em face dos indivíduos que antes eram seus titulares" (Marques Neto, 2014, p. 71).

pretensão de não ser excluído, enquanto se adscreve no uso à destinação do bem" (Lima, 1982, p. 77).[22] Justamente por estarem vinculados a interesses públicos, os direitos e deveres resultantes desta relação jurídica permitem e impõem "ao poder público, titular do bem, assegurar a continuidade e regularidade da sua destinação, contra quaisquer ingerências" (Medauar, 2014, p. 279), não estando sujeitos às mesmas regras da propriedade privada.

Quanto à destinação, os bens públicos são classificados em bens de uso comum do povo,[23] bens de uso especial e bens dominicais (art. 99 do Código Civil).[24] Os bens de uso especial estão afetados a algum serviço ou atividade públicos e os bens dominicais pertencem a pessoa jurídica de direito público, mas não está relacionado a um interesse público específico.

Os bens de uso comum são de "utilização geral, realizada por pluralidade de pessoas não individualizadas, [vigorando] o pleno direito ao uso comum, pois, de regra, independe de consentimento da Administração" (Medauar, 2014, p. 282), a esta incumbindo o dever de assegurar sua utilização. Os bens de uso comum do povo estão, assim, à disposição da sociedade, sem distinção e de modo gratuito, em regra.[25] Como afirma Meirelles, "todos os locais abertos à utilização pública adquirem esse caráter de comunidade, de uso coletivo, de fruição própria do provo" (Meirelles, 1993, p. 228).

Amaral elenca quatro regras gerais do uso comum, quais sejam: generalidade ("qualidade de ser ou poder ser praticado por todos os cidadãos ou por uma massa suficientemente ampla de pessoas"), igualdade ("a todos os cidadãos é garantido em igualdade de condições o uso comum"), liberdade (a Administração "não tem de apreciar se um tal acesso ao domínio público é, em cada caso, oportuno ou não") e gratuidade ("o domínio público pode em regra ser utilizado, sob a forma de uso comum, independente do pagamento de qualquer prestação pecuniária") (Amaral, 1965, pp. 76-95).[26]

---

[22] Pereira apresenta o mesmo questionamento em relação aos bens de uso comum do povo para afirmar que se trata de um direito de propriedade, mas de domínio diferente ou *sui generis,* já que presente peculiaridades como o uso não exclusivo ao proprietário (Pereira, 2015, p. 371).

[23] Como aponta Amaral, dever-se-ia falar em usos comuns, pois "não há um uso comum, senão que múltiplos usos das coisas públicas com identidade de caracteres especiais, todos enquadráveis numa só noção de uso comum. Se bem repararmos, há de facto uma grande multiplicidade e variedade de usos comuns do domínio público" (Amaral, 1965, p. 69).

[24] Embora seja uma classificação bastante difundida no direito brasileiro, deve-se notar que esta considera apenas a destinação dos bens públicos e que, ainda assim, é insuficiente. Como Justen Filho lembra, "existem outras categorias de bens públicos que não podem ser considerados nem como de uso comum do povo, nem de uso especial, nem dominicais", citando-se as terras indígenas, que são bens públicos, mas não se enquadram nesta classificação (Justen Filho, 2012, p. 228). No mesmo sentido, Meirelles (1993, p. 225-226).

[25] O artigo 103 do Código Civil define que o "uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem". A lei ainda estabelece que os bens públicos não estão sujeitos a usucapião (art. 102).

[26] O uso comum, no entanto, pode sofrer limitações que decorrem, por exemplo, da necessidade de conservação das coisas públicas ou da regulação de certos usos (Amaral, 1965, p. 109-115).

Os bens de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar (art. 100 do Código Civil). Neste sentido, é possível que uma lei determine o modo pelo qual estes bens sejam alienados, desde que antes percam a qualificação de bens de uso comum do povo ou de uso especial.

Questão interessante refere-se à natureza jurídica deste uso comum, apresentada por Amaral, que elenca três correntes sobre o tema. A primeira afirma que o uso comum é realidade de fato, entendida como reflexo do direito objetivo. Estes autores entendem que o uso comum depende do destino ou afetação do bem e que a Administração, com base em seus critérios de oportunidade, pode dar uma destinação diversa. Neste sentido, "os particulares não têm qualquer proteção jurídica para o uso comum que realizam" (Amaral, 1965, p. 124). Uma segunda corrente entende que o "uso comum corresponde ao exercício de liberdade natural do homem, situando-se fora do âmbito do direito de liberdade e constituindo, por conseguinte, uma atividade juridicamente irrelevante" (Amaral, 1965, p. 124).[27] Ao final, há uma corrente que defende ser um exercício de liberdade, mas que igualmente representa um reflexo do direito.[28]

Os bens de uso comum do povo são, assim, os que, por natureza ou força de lei, destinam-se a todos e que não são apropriáveis por qualquer pessoa, expressando melhor o interesse público que justifica a própria existência da administração pública. E, por isso, são indisponíveis e inalienáveis. Ainda que se entenda que a titularidade do bem é estatal e não coletiva, sua gestão deve ocorrer para garantir a utilização normal destes bens: a disposição geral, sem distinção, de modo igualitário e, em geral, gratuito. Neste sentido, os bens de uso comum do povo relacionam-se aos interesses da coletividade, ou da sociedade como um todo, ligando-se diretamente à garantia de valores considerados fundamentais, como dignidade da pessoa humana, preservação ambiental, dentre outros.

3.1. INTERESSE PÚBLICO E DESAFETAÇÃO DE BENS DE USO COMUM DO POVO

[27] Dada a relevância, transcreve-se trecho em que Amaral expõe entendimento de Mayer: "A afetação de uma nova coisa ao uso comum, diz OTTO MAYER, não cria o direito a esse uso, antes prepara somente as condições de uma nova ocasião para ele se manifeste. Daí que Mayer possa sustentar que a determinação do conteúdo possível das formas de exercício desta liberdade natural não é feita pela lei, mas pela consciência social ou opinião comum. Certo, a lei pode em muitos casos definir, alargando ou restringindo, a esfera natural da liberdade social. Mas não vai nunca ao ponto de eliminá-la por completo" (Amaral, 1965, p. 125).

[28] O autor alia-se aos que entendem ser o uso comum uma atividade juridicamente relevante, mas ressalvando que há direitos dos administrados, posto que os atos de desafetação são passíveis de apreciação pelo Judiciário (Amaral, 1965, p. 127-128).

O interesse público está presente em todos os bens públicos, mas em gradação diversa a depender do bem envolvido ou de sua destinação (se de uso comum do povo, de uso especial ou dominical). Nas palavras de Franco Junior, "embora o interesse público seja o fio que transpassa todos eles, no primeiro bloco percebemos que os bens estão voltados para o uso comum do povo, da coletividade. No segundo, nota-se a destinação a um fim especial", determinado pela própria pessoa jurídica de direito público e, no terceiro bloco de bens, estes não estão relacionados ao uso de todos ou a destinação específica (Franco Junior, 2011, p. 38).

Os bens de uso comum do povo estão, assim, mais diretamente ligados a interesses públicos, já que voltados à utilização comum, dizendo-se que estão vinculados – ou afetados – por fatos naturais ou pela lei (Franco Junior, 2011, p. 35). O bem terá tal característica enquanto estiver relacionado a um interesse público, sendo a afetação "o destino a que essa ou essas coisas estão sujeitas, do qual resulta um regime especial do ponto de vista dos fins a que podem ser aplicadas" (Amaral, 1965, p. 71). Ocorrendo a desafetação, o bem de uso comum do povo torna-se passível de ser alienado.

É importante destacar algumas noções e debates relacionados ao interesse público, sabendo-se da dificuldade e pluralidade de sentidos do termo, para, a seguir, avaliar limites e restrições à desafetação dos bens de uso comum do povo.

Como afirma Mello, o direito administrativo ocupa-se "essencialmente da realização do interesse público" (Mello, 2014, p. 59). A utilidade pública é o traço essencial do direito administrativo e a própria finalidade da atuação das autoridades administrativas, embora não tenha conteúdo jurídico próprio (Lima, 1982, p. 15-16): "forma-se o Direito Administrativo do acúmulo de regras de direito sobre o princípio de utilidade pública" (Lima, 1982, p. 17).[29]

Escola expressa um entendimento atualmente rechaçado, no sentido de que o interesse público é a soma dos interesses individuais "compartilhados e coincidentes de um grupo majoritário de indivíduos, que se atribui a toda comunidade" (Escola, 1989, p. 261). O autor entende que o interesse público pode ser uma vontade geral e total da comunidade, o que não significa que seja, necessariamente, a expressão de uma maioria, desde que se tenha consciência como tal, e respeite-se a minoria (Escola, 1989, p. 240). O interesse público seria obtido pelo resultado de vontades expressadas de modo livre e voluntário, e nunca impostas, enquanto o interesse do Estado não possui esta característica (Escola, 1989, p. 241).

[29] No mesmo sentido, Escola afirma que o interesse público é o verdadeiro fundamento do direito administrativo, estando presente em todos os institutos próprios deste ramo. Nas palavras do autor, "o direito administrativo é o direito do interesse público, pretendido através da atividade administrativa" (Escola, 1989, p. 235-236, tradução livre).

De acordo com a formulação de Escola, a diferença entre interesse público e privado não consiste em aspectos qualitativos, mas quantitativos. O interesse público é o "resultado do somatório de um número majoritário de interesses individuais coincidentes", enquanto o interesse privado "pertence a pessoa ou grupo de pessoas que o detém, cada uma delas de modo separado, sem chegar a constituir uma maioria" (Escola, 1989, p. 242). O interesse público, assim, é um interesse individual que se torna predominante pelo fato de agregar muitos outros interesses da mesma natureza; não há contraposição entre ambos (Escola, 1989, p. 243).

No entanto, em um sentido que parece adequado, Mello refuta tal entendimento, trazendo, ainda, relevantes contribuições ao conceito de interesse público. Contrapondo-se ao privado, o interesse público constitui-se como o interesse "do todo, ou seja, do próprio conjunto social" (Mello, 2014, p. 59), mas não existindo um antagonismo entre aquele e os interesses de cada uma das partes que compõem o todo (Mello, 2014, p. 60). Nas palavras do autor: "o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a *dimensão pública dos interesses individuais,* ou seja, dos interesses *de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado)"* (Mello, 2014, p. 60-61, grifos do autor). O autor diferencia o interesse particular que se refere às particularidades de cada um nos assuntos pessoais, do interesse igualmente pessoal nos quais as pessoas "comparecem enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos", sendo este o interesse do todo ou público (Mello, 2014, p. 61). Como consequências destas lições, conclui o autor que se desmascara a suposta vinculação entre o interesse público e o do Estado. Neste sentido, o autor irá afirmar a supremacia dos interesses públicos primários em relação aos interesses privados (ou até mesmo públicos secundários, sendo este restrito ao aparelho estatal), inclusive como um dos princípios basilares do direito administrativo brasileiro (Mello, 2014, p. 66).

No mesmo sentido, partindo de uma defesa publicista do Estado contra o ideário liberal, Di Petro aponta a necessidade de se preservar o princípio da supremacia do interesse público (Di Petro, 2012, p. 30 e seguintes). E, ainda, Barroso afirma claramente a supremacia do interesse público primário, refutando esta posição ao secundário (Barroso, 2005, p. xvi).[30]

Em última análise, a diferenciação entre interesse público primário e secundário afirma que não há uma coincidência entre o público e o estatal. Muitas vezes, o interesse mediato do Estado – e, a isso,

[30] Segundo Barroso, havendo colisão entre "interesse público primário consubstanciado em uma meta coletiva e o interesse público primário que se realiza mediante a garantia de um direito fundamental" deve-se observar dois parâmetros: a dignidade humana e a razão pública (Barroso, 2005, xvi). Sarmento expressamente refuta esta atualização do princípio da supremacia do interesse público para afirmar a superioridade *prima facie* dos direitos fundamentais sobre os interesses da coletividade (Sarmento, 2008a, p. 142).

soma-se o alinhamento deste com determinados setores do mercado – não irá corresponder a interesses que são da sociedade.[31]

Krell afirma que, no Estado moderno, há uma "permanente necessidade de justificação de qualquer exercício de poder estatal, visto que o objeto final da atuação dos entes públicos é a comunidade integral dos cidadãos, não a soma dos indivíduos" (Krell, 2013, p. 126). Uma de suas funções é conduzir forças particulares em direção a uma evolução progressiva e comum. O interesse público é, assim, "resultado de um processo de decisão política, isto é, uma tarefa permanente de concretização [...] que deve ser exercida por órgãos e entidades competentes através de determinados procedimentos legalmente fixados, sendo de suma importância a participação da sociedade civil" (Krell, 2013, p. 126-127).

Atualmente, no âmbito da emergência da constitucionalização do direito, o que, por certo, inclui o administrativo,[32] instaurou-se uma divergência sobre a existência – ou não – deste princípio e seu conteúdo. Os autores, contudo, afirmam a necessidade de posicionamento dos interesses do particular - os não estatais - ou direitos fundamentais privados, como um dos fundamentos desta crítica, o que, por certo, não contraria o afirmado por Mello, conforme visto anteriormente.

Para Medauar este princípio está ultrapassado, se é que uma vez existiu. A autora trata do princípio do atendimento do interesse público ou da finalidade, sendo interesse público associado "a bem de toda a coletividade, à percepção geral das exigências da vida na sociedade" (Medauar, 2014, p. 148). A autora justifica-se, dentre outros argumentos, afirmando a necessidade de ponderação de interesses no caso concreto, não sendo cabível falar em predominância, a priori, de nenhum deles. Além disso, a

[31] Neste sentido, reposicionando o papel do Estado, Rodrigues aproxima interesses públicos primários e difusos, ressaltando que o conteúdo desses somente será determinado no caso concreto devendo ser protegido pelo Estado (Rodrigues, 2005, p. 50). Nota-se que este não é sentido recorrente da distinção entre interesse público e difuso, sendo este colocado como uma superação da distinção entre interesse público e privado. Como exemplo, menciona-se Grinover (2000) e Mancuso (2011). E Milaré que configura os interesses públicos primários como os "valores transcendentais de toda a sociedade, e não do Estado", o que abrange os interesses gerais ou comuns, que são "mais abrangentes, que se referem a todos, que se ligam à proteção do patrimônio público e social", os difusos ("comuns a um grupo indeterminado ou indeterminável de pessoas"), os coletivos e os individuais indisponíveis (Milaré, 1990, p.9-10).

[32] Barroso afirma que constitucionalização do direito está "associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo sistema jurídico", o que, logicamente, alcança o direito administrativo (Barroso, 2008, p. 32). Justen Filho igualmente afirma a constitucionalização do direito administrativo, destacando, no entanto, a necessidade de sua reconstrução, em que se objetiva "negar a condição de protagonista ao governante e afirmar que existe uma reserva de valores que se constituem em obstáculo insuperável à atuação espetacular do Estado (Justen Filho, 2008, p. 77).

própria Constituição traria uma priorização dos direitos fundamentais que são, essencialmente, particulares (Medauar, 2014, p. 149).[33]

Nas palavras de Krell, no "Estado Democrático do Direito, o interesse público não ocupa mais uma posição autoevidente de superioridade em relação aos interesses particulares. O legislador passou a exigir uma ponderação acurada entre interesses públicos e privados na concretização do próprio bem comum, e a Administração exerce também funções de proteção de interesses privados, que devem ser sopesados com interesses públicos" (Krell, 2013, p. 129).

Ao lado desta discussão sobre o conceito de interesse público e a diferenciação entre o primário e secundário, entende-se que sua noção deve ser analisada a partir de um novo posicionamento do Estado em relação aos interesses da sociedade.

O direito administrativo reflete "o modo de ser e de atuar do Estado", sendo influenciados pelos valores (Medauar, 2014, p. 39). As atividades do Estado contemporâneo inserem-se em um contexto de valorização dos direitos e garantias individuais, podendo-se mencionar os direitos fundamentais de formulação clássica, como à vida, integridade física, direitos políticos, direitos sociais, direito ao meio ambiente, dentre outros (Medauar, 2014, p. 39). Pode-se mencionar, ainda, o direito à cidade. O Estado não pode ficar alheio às alterações que vêm sendo verificadas nos processos sociais e políticos.

O Estado Democrático de Direito repercute imediatamente no modo de agir da administração pública, já que o aspecto democrático deve determinar, inclusive, o modo de tomada de decisão dos eleitos, a partir do entendimento dos cidadãos como sujeitos de direitos – e não mais súditos (Medauar, 2014, p. 41). Justen Filho afirma que, neste contexto, o direito administrativo caracteriza-se pelo respeito aos direitos fundamentais e supremacia da soberania popular (Justen Filho, 2008, p. 66). Uma das questões principais que se apresenta é a necessidade de repensar os mecanismos democráticos, incluindo sua adoção em relação à disposição dos bens públicos. Não é compatível com o Estado Democrático de Direito, ainda que envolva a elaboração de lei, que o Estado promova a desafetação de bem de uso comum do povo e o destine à finalidade diversa, contrariamente à vontade e projetos da sociedade e sem participação pública.

[33] No mesmo sentido, Justen Filho (2008), Aragão (2005), Sarmento (2005), Ávila (2005). Nota-se que, em um certo sentido, esta discussão igualmente busca reposicionar o Estado em relação à sociedade para afirmar que aquele, como ente dotado de prerrogativas, capazes de fazer valer seu entendimento, por meio de "uma genérica e mítica invocação do 'interesse público'" (Aragão, 2005, p. 4). Além disso, questiona-se a própria imprecisão do conceito, o que poderia transformá-lo em 'razões de Estado', justificando ofensas a direitos fundamentais (Sarmento, 2005, p. 27).

Justen Filho aponta a necessidade de "assegurar formalmente a divergência e o dissenso como meio de produzir decisões mais satisfatórias e compatíveis com uma organização democrática do poder" (Justen Filho, 2008, p. 82).

Interesse público não pode, assim, ser definido de modo autoritário e unilateral pelos administradores públicos, o que contraria o próprio conceito daquele. A democratização da gestão pública, inclusive em relação aos bens públicos, encontra-se aliada aos preceitos constitucionais. Neste sentido, este processo de democratização da administração pública envolve um novo posicionamento de atores e movimentos sociais, o que vem desde a Constituição Federal de 1988 e encontra reflexo imediato no conteúdo do direito à cidade e de direitos difusos.[34]

Em outras palavras, se o interesse público é definido pelos valores e interesses presentes na sociedade, representando mais que a soma dos indivíduos, não pode o Estado, de modo unilateral, pretender redefini-lo para afirmar que determinado bem não está mais configurado por aquele. Não cabe, assim, falar em interesse público, mas em interesses públicos,[35] a serem definidos democraticamente e geridos pelo Estado, igualmente de modo participativo. O Estado não detém mais o monopólio para definir o conteúdo dos interesses públicos. E a discussão, em torno dos bens comuns, sobre a refundação do setor público significa, justamente, a impossibilidade de se dispor de bens considerados essenciais para dignidade humana, relacionado a direitos fundamentais e buscando-se a centralidade da sociedade sobre sua produção.

A partir das considerações acima, parte-se para análise da desafetação dos bens de uso comum do povo, que pode ocorrer por meio da natureza ou por lei. Nas palavras de Mello, afetação "é a preposição de um bem a um dado destino categorial de uso comum ou especial" (Mello, 2014, p. 933). Neste sentido, a afetação pode ocorrer por meio de um destino natural, como ocorrer com as praias, ruas, praças, ou por meio de uma lei ou ato administrativo que determine sua vinculação ao uso específico (Mello, 2014, p. 933).

---

[34] Neste sentido, Cardoso repensa a propriedade pública para atendimento das normas constitucionais, como erradicação da pobreza, podendo-se incluir o direito à cidade. Além disso, a autora propõe que a cidade informal que atende à função social da propriedade e da cidade é produção social do direito e de uma nova institucionalidade: "com padrões e critérios não necessariamente mais belos (dentro do que se convenciona entender como beleza), mas definitivamente mais democráticos definidos pelo próprio povo enquanto experimenta a vida urbana" (Cardoso, 2010, p. 103).

[35] Questionando a supremacia do interesse público, Aragão afirma que "em uma sociedade complexa e pluralista não há apenas um interesse público, mas muitos (preservação da saúde pública, maior liberdade de expressão, garantia dos melhores meio possíveis de sustentação dos órgãos de imprensa, facilitação dos fluxos comerciais, combate ao déficit público, melhoria e ampliação dos serviços públicos etc)" (Aragão, 2005, p. 6-7).

Lembra-se que os bens públicos de uso comum possuem como característica a inalienabilidade, enquanto estiverem afetados ao interesse público. A desafetação por lei depende da aprovação de ato normativo que desvincule determinado bem de sua destinação. Isso porque o administrador do bem somente tem poderes para utilizar e conservar, de acordo com sua destinação natural ou legal, de outro lado, para praticar atos que ultrapassem o uso normal, é necessária autorização legal (Meirelles, 1993, p. 231). Mello afirma que sempre será necessária a edição de uma lei, ainda que a afetação tenha sido natural, já que nos dois casos (afetação natural ou legal) acabou-se por assumir uma "*destinação natural* para tal fim" (Mello, 2014, p. 933, grifos do autor).

No entanto, têm sido estudados alguns limites para edição desta lei. O primeiro refere-se aos próprios requisitos impostos na legislação própria ao ente detentor do bem, como é comum ocorrer em leis orgânicas ou nos planos diretores.[36]

Além disso, a disponibilidade não pode contrariar os interesses da sociedade. Franco Junior afirma que estas leis devem ter vistas "aos efetivos interesses dessas comunidades, sob pena de se sujeitarem à nulificação desses atos, inclusive pela via judicial" (Franco Junior, 2011, p. 30). Ainda, o autor entende que não ser possível desafetar bem público que mantenha sua destinação originária relacionada ao interesse público (Franco Junior, 2011, p. 43). A mudança de categoria de um bem público "somente pode ser justificada por situação de fato, requisito essencial para a validade da situação de direito. Não é lícito ao administrador, por ato arbitrário (muitas vezes travestido de uma falsa discricionariedade), alterar a natureza das coisas" (Franco Junior, 2011, p. 45).[37]

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) igualmente apresenta limitações à desafetação, auxiliando na construção do próprio conceito de bem de uso comum do povo e de interesse público. O voto do Ministro

---

[36] A Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro determina que "a desafetação de bens de uso comum do povo dependerá de prévia aprovação das comunidades circunvizinhas ou diretamente interessadas, nos termos da lei" (art. 236, §5º).
Além disso, estabelece que as "áreas verdes, praças, parques, jardins e unidades de conservação são patrimônio inalienável, sendo proibida sua concessão ou cessão, bem como qualquer atividade ou empreendimento público ou privado que danifique ou altere suas características originais" (art. 235).
A norma estabelece, ainda, ser "vedada a concessão de uso de bem imóvel do Município a empresa privada com fins lucrativos, quando o bem possuir destinação social específica" (art. 239, § 3º).

[37] No entanto, nem toda desafetação pode ocorrer simplesmente por meio da aprovação de uma lei, tendo em vista a relação do bem com o interesse público. Neste sentido, para desafetação é preciso a "alteração real e efetiva da destinação do bem (desafetação de fato) e do ato formal (lei – desafetação formal)" (Franco Junior, 2011, p. 41). Isso porque a "afetação não é apenas um rótulo, mas penetra na própria atribuição de utilidade da coisa para com o interesse público. A migração de um bem de uma categoria para outra reclama, liminarmente, a aferição concreta de uma realidade estritamente ligada a esse interesse" (FRANCO JUNIOR, 2011, p. 41).
Alguns bens, por sua natureza, não podem ser desafetados, podendo-se mencionar: terras públicas localizadas em faixa de fronteira, terras indígenas, mares, praias, espaço aéreo, florestas, rios navegáveis, além do próprio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, caput e seu parágrafo quinto, Constituição Federal).

Relator de caso que analisa a possibilidade de desafetação de uma praça para a construção de uma agência do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ressalta a necessidade de critérios – objetivos e sólidos – para desafetação de bens públicos:

> Daí que, quando efetivada sem critérios objetivos e tecnicamente sólidos, adequada consideração de possíveis alternativas, ou à míngua de respeito pelos valores e funções nele condensados, a desafetação de bem público transforma-se em vandalismo estatal, comportamento mais repreensível que a profanação privada, pois a dominialidade pública encontra, ou deveria encontrar, no Estado, o seu primeiro, maior e mais combativo protetor (Brasil, 2023a, *online*).[38]

Bastante discutida é a possibilidade de alteração da destinação de espaços públicos localizados em loteamentos, especificamente a desafetação de bens públicos de uso comum do povo oriundos da aprovação do projeto de parcelamento do solo urbano pela municipalidade, que posteriormente autoriza sua nova função. Ao analisar a alteração de destinação de uma área de espaços verdes e espaços públicos para construção de conjuntos residenciais, o Superior Tribunal de Justiça afirmou: "[...] Ademais, ao revogar seus atos, não pode a Administração assentar a decisão em conceitos vagos e imprecisos como 'interesse público'. Esse termo nada esclarece, nada motiva, nada acrescenta, pois, como é sabido, a finalidade imediata do ato administrativo deve ser sempre o interesse público" (Brasil, 2023b, *online*).[39]

Destaca-se neste acórdão, ainda, a análise sobre limitações que o município possui para proceder à desafetação destes bens públicos de uso comum. O STJ conclui que "existe, em relação a esses bens, uma espécie de separação jurídica entre o sujeito de direito da propriedade, o Município, e o seu objeto, a comunidade", o que impõe uma expressa limitação ao poder de disponibilidade sobre as praças, ruas e áreas de uso comum. E conclui:

---

[38] E o voto ainda apresenta uma sugestão: "Assim, em tese, poderá o Ministério Público, se entender conveniente, ingressar com Ação Civil Pública contra o Município recorrido, visando obter compensação pelo espaço verde urbano suprimido, de igual ou maior área, no mesmo bairro em que se localizava a praça desafetada. No entanto, não custa enfatizar, essa **questão não diz respeito ao objeto do presente Recurso Especial, razão por que a referência é feita *a latere***." (grifos do autor) (BRASIL, 2023a, *online*).

[39] Uma das questões do acórdão refere-se a aplicação do artigo 17 da Lei 6.766 ao Município. No acórdão conclui-se que, embora seja inicialmente destinado ao empreendedor imobiliário, igualmente aplica-se ao Município. De acordo com o acórdão, este dispositivo, em conjunto com o artigo 22, pretende garantir que estas áreas não terão destinação diversa, além de pretender "aumentar o patrimônio comunitário, pois esta é a utilidade e função social dos bens públicos de uso comum do povo, a de servirem os interesses da comunidade" (Brasil, 2023c, *online*).
Dispõe os mencionados dispositivos:
Art. 17. Os espaços livres de uso comum, as vias e praças, as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo, não poderão ter sua destinação alterada pelo loteador, desde a aprovação do loteamento, salvo as hipóteses de caducidade da licença ou desistência do loteador, sendo, neste caso, observadas as exigências do art. 23 desta lei.
Art. 22. Desde a data do registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo.

> [...] existe uma espécie de hierarquia de bens públicos, consolidada não em face do seu valor monetário, mas segundo a relação destes bens com a comunidade. Por isso, não me parece razoável que a própria Administração diminua sensivelmente o patrimônio social da comunidade (Brasil, 2023b, *online*).

Porém, em outro caso, o mesmo Tribunal afirmou que lei que desafete o bem público de uso comum do povo e altere sua destinação é "legítima medida representativa da autonomia municipal, traduzida em lei" (Brasil, 2023b, *online*).

Ainda, o Superior Tribunal de Justiça, em ação que discutia a indenização por benfeitorias realizadas em imóvel situado em área posteriormente transformada em Unidade de Conservação de proteção integral, suscitou o questionamento da possibilidade de norma infraconstitucional promover a desafetação de bens públicos cuja natureza pública decorra da Constituição Federal:

> Observo, inicialmente, que não se analisa neste Recurso Especial questão jurídico-constitucional, talvez a mais importante na demanda, qual seja a dominialidade da União e dos Estados de ilhas fluviais e lacustres (arts. 20, IV, e 26, III, da Constituição Federal). Certamente esse tema antecede e determina o resultado de todos os outros, pois, se o imóvel originalmente era público, necessário, em tese, desafetação da área por processo formal e materialmente regular. Sem falar da necessidade de indagar se rios, terrenos marginais, ilhas e praias seriam passíveis de desafetação por atos infraconstitucionais, já que sua qualificação como bem público decorre de expressa e inequívoca prescrição constitucional. (BRASIL, 2023d, *online*).

Por fim, cabe destacar que os bens públicos podem ser usados onerosamente por particulares, o que é designado como fruição anormal ou extraordinária do bem público por sujeito privado: "em princípio, os bens públicos destinam-se a ser fruídos em termos equivalentes por todos, segundo o princípio da isonomia. No entanto, a fruição anômala ou extraordinária não é incompatível com a ordem jurídica" (Justen Filho, 2012, p. 229).[40] O autor fundamenta-se na necessidade de geração de receitas para que o Estado cumpra suas funções e na impossibilidade de os bens públicos ficarem ociosos. Exclui-se da possibilidade de comercialização, "os bens formados da identidade nacional ou que traduzem uma dignidade imaterial" (Justen Filho, 2012, p. 230).

Em relação aos bens dominicais, não há grandes questionamentos sobre as formas de utilização, já que são bens que não estão destinados, a princípio, a uma finalidade pública imediata. Desde que, por óbvio, respeitem-se as normas em vigor que regem a administração pública, como impessoalidade,

[40] Justificando seus critérios para classificação de utilização de bens públicos, Amaral igualmente afirma que o uso comum (ou que serve a todos) é o destino principal da coisa pública, sendo especial o uso privativo. Nas palavras do autor, "o uso comum é, para nós, o modo de utilização do domínio que, sendo conforme ao destino principal da coisa pública sobre que se exerce, é declarado lícito pela lei para todos, ou para uma categoria genericamente delimitada de particulares" (Amaral, 1965, p. 46).

eficiência, moralidade, legalidade, dentre outras.[41] Não são poucos os instrumentos que possibilitam a utilização dos bens públicos, podendo-se mencionar a concessão de uso, concessão de direito real de uso.[42]

Ao contrário, os bens de uso comum do povo e até mesmo com os bens de uso especial, merecem atenção diferenciada, já que há um interesse público imediato diretamente relacionado ao seu uso. Como dito, o uso comum ou ordinário não precisa de prévia autorização ou da necessidade de comunicação à autoridade administrativa, devendo-se, contudo, observar as normas gerais que regem tal utilização (Mello, 2014, p. 944-945). Ao contrário, a utilização especial, que afeta uma das características dos bens de uso comum do povo, depende de prévia autorização ou comunicação.

Os bens de uso comum do povo, mesmo que representem interesse público, podem perder esta característica por meio da desafetação, que depende da prévia aprovação legislativa ou por meio de uma autorização para uso especial, que pode alterar, por exemplo, a característica da generalidade ou gratuidade de tais bens. Os bens de uso comum do povo poderiam ser objeto de utilização privativa pelos particulares, por meio de autorização legislativa específica, cabendo as mesmas discussões que as anteriormente postas sobre a desafetação de tais bens.

4. BENS DIFUSOS: MEIO AMBIENTE COMO UMA NOVA CATEGORIA ENTRE OS BENS PÚBLICOS E OS PRIVADOS

No direito brasileiro discute-se se, ao lado dos bens públicos e privados, existe uma terceira categoria: a de bens difusos. Este debate, que está muito presente no Direito Ambiental, parte da consideração do meio ambiente equilibrado como um bem de titularidade da coletividade, que está apenas sob a gestão do Estado.

Ao interpretar as regras jurídicas brasileiras, em especial as contidas na Constituição, os(as) autores(as) brasileiros(as) entendem pela natureza autônoma do meio ambiente,[43] como uma categoria jurídica única e global, um macrobem, que acolhe um ilimitado número de componentes. Ao lado dele, encontram-se os microbens materiais, elementos individuais que compõem aquele, como água,

[41] Não se deve esquecer, contudo, que as alienações de patrimônio público, ainda que não sejam bens originalmente de uso comum do povo ou de uso especial, devem ser discutidas à luz das perspectivas políticas e sociais que regem a atuação dos Estados.

[42] A alienação de bens públicos é regida pela Lei 8.666/1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública (arts. 17-19). Além disso, cabe mencionar a Lei 9.491/1997, que institui o Programa Nacional de Desestatização, que traz normas específicas para bens imóveis da União.

[43] Igualmente entendem o meio ambiente como um bem autônomo, de natureza incorpórea e imaterial: Mirra, 2002, p. 14; Benjamin, 1993, p.69; Steigleder, 2011, p.79; Santilli, 2006, p. 178; Rodrigues, 2005, p. 71.

atmosfera, mar territorial etc. O meio ambiente, independente dos elementos ambientais que o compõem, é entendido, assim, como um bem incorpóreo e imaterial.[44] [45]

Não parece existir controvérsia sobre a autonomia do meio ambiente, em sentido macro, bem incorpóreo e imaterial, enquanto conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

Igualmente não há um intenso debate quanto à titularidade pública ou privada dos bens ambientais individualmente considerados,[46] e de seu aproveitamento, de modo privativo ou não, pelo seu titular, desde que respeitadas as normas em vigor[47] e "*não leve à apropriação individual (exclusiva) do meio ambiente como bem imaterial*" (Mirra, 2002, p. 38, grifos do autor). Está se falando de recursos florestais, faunísticos, hídricos, solo, dentre outros.

Questão não pacífica, no entanto, trata da natureza jurídica do meio ambiente, enquanto bem incorpóreo e imaterial, conforme apresentado a seguir.

Para Benjamin, em um dos trabalhos que inauguram a discussão sobre o tema no Brasil, meio ambiente, enquanto macrobem, é um bem público de uso comum do povo. Tal entendimento parte da compreensão de que seu proveito não ocorre apenas para um indivíduo aplicando-se, assim, o princípio da não-exclusão dos seus beneficiários, justamente em razão da finalidade pública a que se destina.[48] O

---

[44] Mirra traz importante informação sobre o tratamento similar dado pelo direito italiano: "Na Itália, igualmente, a doutrina especializada tem ressaltado a característica básica do meio ambiente como bem imaterial unitário e global, distinto dos elementos materiais que o compõem" (Mirra, 2002, p. 15).

[45] Decorrem da caracterização do meio ambiente em sentido macro como um bem autônomo e unitário, a possibilidade de existência de um dano difuso, independente dos danos individuais; bem como a tutela jurídica que pertence ao Estado e coletividade, esta podendo ser representada, no Brasil, pelo Ministério Público. Destaca-se, ainda, que a indenização por eventuais danos ambientais vai para o fundo estabelecido na Lei da Ação Civil Pública, denotando-se que não se dirige ao titular do bem específico atingido.

[46] Nota-se que há autores, inclusive, que entendem que certos bens ambientais individualizados, como a água, são bens difusos, aproximando-se ainda mais da discussão dos bens comuns (v. Graf, 2000). Bechara afirma que os bens ambientais, mesmo os atribuídos aos entes federativos pela Constituição Federal, são, na verdade, bens difusos, entendendo que "a própria, ainda que timidamente, já 'pressentia' essa diferença entre bens ambientais/bens difusos e bens públicos". A autora cita os arts. 5º, LXXIII e 129, III, que diferenciariam patrimônio público de meio ambiente. E que os arts. 20 e 26 não tem como objetivo transformar a natureza dos bens ambientais, mas "determinar que eles estejam sempre cientes das utilizações que se pretenda fazer deles, que as fiscalizem para que não lhes seja dado um mau uso, um uso indevido, e que reprimam todo uso desconforme com a política ambiental vigente" (Bechara, 2003, p. 35).

[47] Um dos principais condicionadores do direito de propriedade, como visto, é sua função social, que deve ser observada no caso de imóvel público ou privado. No caso de propriedade pública, a função social pode impor, inclusive, um comportamento negativo (sua não-utilização) no caso de privatizações" (Tepedino; Schreiber, 2005, p. 114).

[48] Em importante passagem destaca o autor: "A natureza do bem ambiental, pública – enquanto realiza um fim público ao fornecer utilidade a toda a coletividade – e fundamental – enquanto essencial à sobrevivência do homem –, é uma extensão do seu núcleo finalístico principal: a valorização, preservação, recuperação e desenvolvimento da fruição coletiva do meio ambiente, suporte da vida humana. Em síntese, o zelo, como conceito integral, pela qualidade do meio ambiente". Benjamin, 1993, p. 74-75.

bem, desta forma, não é público pelo aspecto subjetivo (isto é, por sua titularidade estatal), já que ele pertence à coletividade (sociedade). Ele será bem público pela sua finalidade e modo de utilização (Benjamin, 1993, p. 64 e 71).[49] E, em razão sua natureza pública, o bem ambiental é indisponível, inalienável, impenhorável e imprescritível (Benjamin, 1993, p. 80-81).

Utilizando-se uma lógica próxima à tragédia dos comuns,[50] a partir da perspectiva econômica, Benjamin afirma que os "bens comunais (e a partir deles, os direitos e interesses difusos e coletivos), criam uma forte necessidade de 'personificação', como forma de estimular a proteção" e conclui:

> É por isso que a ordem jurídica, de uma hora para outra, passa a enxergar o meio ambiente como bem cuja titularidade – pelo menos para fins de seu resguardo – deve ser materializada e individualizada em alguém: o próprio Estado (União, Estados, Municípios, Ministério Público, Defensorias Públicas) ou um ente privado (associação ou cidadão isolado) (Benjamin, 1993, p. 62).

De um lado, o autor aposta na personificação da tutela ambiental, seja enquanto poder público ou não, pela necessidade de ter um agente responsável pela tutela ambiental. De outro, entende que o titular do bem ambiental é a coletividade, ainda que a natureza jurídica seja de bem público, em razão da impossibilidade de sua apropriação exclusiva.

No mesmo sentido, Mirra afirma que meio ambiente é bem de uso comum do povo,[51] aliando-se aos autores que entendem que a titularidade da propriedade é da coletividade, restando ao Estado a sua gestão. Contudo, o autor entende que não se aplicam as características desta tradicional categoria do direito administrativo, pois a necessidade de proteção da qualidade ambiental justifica o estabelecimento de uma disciplina diversa. O autor afirma que o meio ambiente é sempre indisponível e insusceptível à

---

[49] Ao analisar a migração do tema ambiental do direito administrativo ao direito ambiental, Benjamin destaca que o Estado não se afastou da tutela ambiental, inclusive considerando-se, nas palavras do autor, a "incapacidade dos particulares em solucionar, por si sós, os conflitos ambientais". Neste momento, o meio ambiente "deixa de ser uma simples preocupação privada – mera preocupação, sim, já que sequer era admitido como *bem privado* dotado de individualidade própria – *e passa a integrar uma categoria mais complexa dos chamados bens públicos"* – grifos do autor (Benjamin, 1993, p. 16). Justificando o surgimento e autonomia do Direito Ambiental, Benjamin afirma que a prática demonstrou que a administração pública não conseguiu alcançar seus objetivos, "sem uma reformulação dos princípios, dos instrumentos e inclusive do regime até então utilizados na gestão do interesse público em geral" (Benjamin, 1993, p. 16).

[50] "A tragédia dos comuns", de Garreth Hardin, publicado em 1968, em poucas linhas, apresenta os bens comuns como ausência de lei, aos quais todos podem ter acesso e aproveitar, fundamentando-se, assim, na natureza utilitarista do homem. Neste sentido, considerando que as pessoas não possuem capacidade para fazer a gestão deste bem, cuja manutenção a todos interessa, deve-se garantir uma intervenção externa, pelo Estado ou mercado.

[51] O entendimento do autor parte do disposto no *caput* do artigo 225 da Constituição Federal, que afirma ser o meio ambiente ecologicamente equilibrado bem de uso comum do povo, e do artigo 2º, II, da Lei 6.938/1981, que o classifica como patrimônio público de uso coletivo (Mirra, 2002, p. 37).

apropriação,[52] devendo sua gestão ser feita de modo participativo e não exclusiva pelo Estado. O uso comum deve ser visto no sentido de "fruição coletiva, de gozo coletivo, sob o prisma da preservação da qualidade ambiental propícia à vida no presente e no futuro" (Mirra, 2002, p. 37-38).

Silva entende que os atributos do meio ambiente relacionados à sadia qualidade de vida, garantidos pela Constituição Federal como direito fundamental, assim como elementos físicos ambientais (como água e ar), são bens de interesse público.[53] Neste sentido, "o proprietário, seja pessoa pública ou particular, não pode dispor da qualidade do meio ambiente a seu bel-prazer, porque ela não integra a sua disponibilidade" (Silva, 2013, p. 88).

Outros autores se referem expressamente à uma nova categoria de bens, diferente dos públicos e dos privados, vinculados diretamente à sua natureza transindividual, denominando-os de bem difuso ou bem de interesse difuso.[54]

Fiorillo entende que a Constituição criou um terceiro gênero de bem, distinto dos bens públicos e privados (Fiorillo, 2011, p. 12). Nas palavras do autor:

> Observados pela doutrina italiana, principalmente a partir da visão de Cappelletti, do abismo criado entre o "público e o privado", preenchido pelos direitos metaindividuais, emergiram os denominados *bens de natureza difusa* como uma alternativa fundamental em face da dogmática jurídica estabelecida até o século XX (Fiorillo, 2011, p. 40).

No Brasil, não há dificuldade em identificar "normas que assumem claramente a característica de direito transindividual, de natureza indivisível, de que são titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato", o que caracteriza os direitos difusos (Fiorillo, 2011, p. 41). Neste sentido, o bem ambiental, de natureza difusa, pertence à coletividade e pode ser usufruído por todos, de acordo com as normas constitucionais. Estes bens ambientais, necessários à sadia qualidade de vida, são fundamentais para garantir a dignidade da pessoa humana, cujos direitos estão elencados no artigo 6º da Constituição (educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados) (Fiorillo, 2011, p. 43).

---

[52] O que não pode ser apropriado individualmente é o meio ambiente como bem imaterial. No entanto, os bens individualmente considerados, como florestas, águas etc., podem ser apropriados, desde que respeitadas as disposições legais (Mirra, 2002, p. 38).

[53] Steigleder entende que a Constituição classifica o meio ambiente como *res communes omnium,* o que significa que "não é um bem público estrito senso, mas um bem de interesse público", com base no entendimento de Silva (Steigleder, 2011, p. 85). No mesmo sentido entende Santilli (2006, p.178).

[54] Benjamin e Mirra entendem que, do ponto de vista da legitimação de agir, o meio ambiente é uma categoria difusa, mas, como macrobem, é de natureza pública, concluindo, assim, por sua natureza como bem de uso comum do povo (Benjamin, 1993, p. 75; Mirra, 2002, p. 13-14).

Rodrigues entende que o meio ambiente possui regime jurídico típico de direito público, mas se trata de bem difuso, de propriedade não estatal, *res omnium* (Rodrigues, 2005, p. 31). Bechara afirma que os bens difusos (ou bens de natureza difusa), pertencentes a coletividade, não são públicos, nem privados e, embora não estejam previstos no Código Civil, foram definidos no Código de Defesa do Consumidor, nos quais se incluem o meio ambiente (Bechara, 2003, p. 27).[55] [56]

A questão que se apresenta em relação aos interesses, direitos e bens difusos relaciona-se diretamente à transformação social, política, econômica e cultural ocorrida no século passado, que provoca reflexos imediatos na redefinição do conceito de Estado (Rodrigues, 2005, p. 29-30). Nas palavras de Rodrigues,

> retornando ao que foi dito, e intuindo o problema com quase meio século de antecedência, Mauro Capelletti detectou o problema com uma célebre frase: "de quem é o ar que respiro?". Mauro Capelletti procurou demonstrar que a dicotomia entre o público e o privado, a *summa diviso,* já não mais atendia aos fenômenos de massa (Rodrigues, 2005, p. 30).

O abismo entre o público e o privado foi preenchido, neste sentido, pelos interesses coletivos (Rodrigues, 2005, p. 33-34). Os direitos transindividuais surgem "da superação, hoje indiscutível, da tradicional dicotomia entre interesse público e interesse privado. É direito que não pertence à administração pública nem a indivíduos particularmente determinados. Pertence, sim, a um grupo de pessoas, a uma classe, a uma categoria, ou à própria sociedade, considerada em seu sentido amplo" (Zavascki, 2011, p. 34).[57] Os interesse ou direito difusos[58] são caracterizados como:

---

[55] O Código de Defesa do Consumidor foi instituído pela Lei 8.078/1990.

[56] Bechara afirma que a determinação da Constituição Federal, no sentido do meio ambiente equilibrado compreendido como um bem de uso comum do povo, não significa que sua natureza é de bem público. Afirma, a autora que houve "revogação tácita do art. 66, inciso I do antigo Código Civil que entendemos ter ocorrido com a edição do Código de Defesa do Consumidor, e da não conformidade do art. 99, inciso I do novíssimo Código Civil com o sistema criado – e hoje solidificado – pela Lei 8.078/1990" (Bechara, 2003, p. 33).

[57] Nota-se que a legislação prevê duas categorias de direitos transindividuais: os difusos e os coletivos, determinando os primeiros como os que possuem como titulares as "pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato" e os coletivos, que pertencem a um "grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base" (art. 81, parágrafo único, I e II, Lei 8.078/1990). Ao lado destes, encontram-se os direitos individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, III, Lei 8.078/1990), que possuem origem comum, mas não possuem natureza transindividual, já que são direitos subjetivos individuais (Zavascki, 2011, p.34).
Com a Constituição Federal, são considerados direitos de natureza transindividuais: meio ambiente equilibrado (art. 225), manutenção do patrimônio cultural (art. 216), preservação da probidade administrativa (art. 37, §4º) e proteção do consumidor (art. 5º, XXXII) (Zavascki, 2011, p. 31).

[58] O direito brasileiro equiparou os termos interesses e direitos para fins de tutela processual, superando o condicionamento da proteção jurídica à existência de um direito (Watanabe, 2001, p. 739). No mesmo sentido, Rodrigues apresenta as seguintes justificativas para tal equiparação: "dificuldade de se definir e separar um instituto do outro; para aumentar o rol de interesses juridicamente tuteláveis; para concretizar a existência de direitos que não são apenas normas instituidoras de programas na nossa constituição", como o direito do ambiente (Rodrigues, 2005, p. 35).

> a) supra-individual, pertencente a um número indeterminado e indeterminável de pessoas – mais especificamente a todos os indivíduos da sociedade; b) indivisível, pois a sua satisfação a todos aproveita indistintamente e sua lesão a todos prejudica indiscriminadamente; c) de natureza indisponível; d) mas que não encontra no Estado o detentor do monopólio da sua tutela, já que ele mesmo (Estado) não raras vezes aparece como o responsável direto pela degradação ambiental (Mirra, 2002, p. 120). [59]

Grinover afirma que dos direitos difusos emergem novas formas e demandas da gestão pública, um novo tipo de descentralização que se estende ao plano social e, ainda, "uma nova forma de limitação ao poder do Estado, em que o conceito unitário de soberania, entendida como soberania absoluta do povo, delegada ao Estado, é limitado pela soberania social atribuída aos grupos naturais e históricos que compõem a nação" (Grinover, 2000, p. 10).

Os bens e direitos difusos manifestam, assim, a distinção entre o que é estatal (público ou não, a depender do entendimento de que se parte) e o privado, para representar um novo grupo de interesses, vinculado diretamente à sociedade, que prescinde da atuação do Estado para sua configuração, superando a distinção tradicional de direito público e direito privado.

CONCLUSÃO

Partindo do desafio de aproximar os institutos abordados neste artigo, em razão de seus distintos objetivos, históricos e origens, apresentam-se considerações sobre as manifestações do comum no direito brasileiro, sobretudo no que se refere aos bens de uso comum do povo e aos bens difusos.

A teoria dos comuns coloca em discussão a titularidade de bens que, relacionados a direitos fundamentais – e à própria vida –, não deveriam ser regidos pela lógica do mercado ou ser objeto de negociações, inclusive as promovidas pelo Estado. Afirma-se a não propriedade para vinculá-los à titularidade da coletividade, que inclusive respondem pela própria produção de tais bens. Neste ponto, há uma similaridade entre os bens comuns e os difusos, e na própria teoria dos direitos e interesses difusos, no aspecto em que se refuta a titularidade estatal. Isso aparece também nos autores que entendem que os bens de uso comum do povo são de titularidade da coletividade, respondendo o Estado apenas pela sua gestão. Neste ponto, não se estabelecerá um vínculo com a discussão de Hardt e Negri, que consideram que os bens comuns estão relacionados ao conceito de multidão, que difere, na essência, do conceito de povo (Negri; Hardt, 2009). Interessa apenas destacar que, mesmo em relação aos bens de

[59] O interesse ambiental tem como característica principal não ser restrito a um único indivíduo: "a teoria do interesse ambiental – aqui se adaptando a lição de Paolo Madalena – não pode ser construída com os olhos voltados para o sujeito-indivíduo, mas para o sujeito-coletividade", na medida em que reflete uma necessidade de todos (Benjamin, 1993, p. 59).

uso comum do povo, a questão da titularidade está posta, o que demonstra, ao menos, este aspecto do comum foi – e continua sendo – percebido pelo direito, qual seja a diferenciação entre interesses que são próprios do Estado e outros que são da coletividade.

Nota-se que, embora exista esta discussão, não se pode negar que, muitas vezes, senão na maioria dos casos, o Estado coloca-se em uma posição de proprietário. Os requisitos para a desafetação, por exemplo, são vistos como mera burocracia, que consistem, no máximo, na aprovação de lei que autorize a alienação do bem. A discussão parece ser mais teórica do que capaz de representar uma alteração nos procedimentos estatais relacionados à disposição dos bens de uso comum do povo.

Igualmente presente a discussão no conceito de interesse público primário ou para os que, em diferentes termos, pensam a reformulação do conceito de interesse público, a partir da democratização do Estado. Em ambos, o que está posto é esta seara de interesses que não se confundem com público ou privado, discutindo-se, em último plano, a redefinição da fronteira entre eles. Estes temas jogam luz à atuação do Estado nos casos em que age contrariamente aos interesses de muitos e das futuras gerações, beneficiando determinados grupos. Pretende-se, com isso, afirmar um espaço em que o Estado não tem poder de disponibilidade, como forma de limitar sua atuação, garantir espaços verdadeiramente democráticos e preservar os interesses da coletividade.

E, por isso, bens comuns, bens de uso comum do povo e bens difusos deveriam reforçar a necessidade de democratização dos atos administrativos, com ênfase nos instrumentos de gestão participativa direta. Não há mais justificativa para que o Estado, com base em critérios vagos e imprecisos, possa tomar decisões que terão reflexos diretos na vida das pessoas, com amplos poderes sobre bens que não lhes pertencem. Os bens comuns possuem um grau maior – se é que se pode assim apresentar – de radicalização dos meios democráticos, inclusive pleiteando-se gestão direta, e igualmente aparece em relação à constitucionalização do direito administrativo.

Estes espaços democráticos, contudo, somente existirão se conquistados, por meio de disputas políticas. Não parece existir, em regra, uma disposição dos agentes públicos para caminhar no sentido desta democratização, inclusive quando a natureza dos bens envolvidos claramente indica que o Estado deveria atuar apenas como um gestor. Embates envolvendo transparência das decisões, motivação e até mesmo o próprio conteúdo dos atos administrativos estão presentes na realidade brasileira em razão da resistência de mudança de determinadas práticas da administração pública.

Além disso, os bens comuns, de uso comum do povo e difusos, respondem à lógica da solidariedade, compartilhamento e da não exclusão, relacionando-se ao acesso igualitário, gratuito e irrestrito. Podem manifestar, assim, o que há de mais comum e cooperativo em uma cidade, mesmo com

todos os questionamentos sobre os usos dos espaços públicos. No mesmo sentido, relaciona-se ao paradigma da solidariedade adotado pela Constituição Federal.

Discussão interessante, embora ainda incipiente, trata da diferenciação entre os bens comuns e difusos. Ambos se aproximam pela titularidade (da coletividade) e por se caracterizarem como indisponíveis (ou bens fora de comércio), além de questionarem o espaço do não-estatal ou privado, como exposto. Além disso, pode existir uma similaridade em relação aos mecanismos processuais de defesa dos bens comuns e difusos, na medida em que se deve ser ampla. No entanto, deve-se ressaltar que a Comissão Rodotà, por exemplo, afirma que, em relação aos bens comuns, 'todos' devem ter acesso jurisdicional para defendê-los.

Nota-se uma importante alteração trazida Constituição Federal e um grande esforço de interpretação dos autores brasileiros na titularidade difusa do meio ambiente enquanto macrobem como um bem difuso, com consequências diretas em suas características, como impenhorabilidade e indisponibilidade. Mattei afirma que já não é fácil que interesses sejam considerados difusos, como é o caso do meio ambiente, e que, com frequência, não encontram uma adequada estrutura jurisdicional e, quando encontram, não conseguem desvincular-se da tutela dos entes públicos (Mattei, 2013, p. 70).

No entanto, no caso brasileiro as categorias afastam-se em determinados aspectos. Em relação a um dos pontos mais evidentes, a discussão brasileira dos bens difusos alcança, essencialmente, o meio ambiente a partir somente de características físicas, não considerando aspectos relacionais ou a apropriação social dos bens. Encontram-se, em regra, mais direcionados ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a partir da consagração do direito fundamental pela Constituição de 1988, e de sua vinculação com outros direitos, como saúde, e com a dignidade da pessoa humana. Além disso, trata-se mais especificamente do meio ambiente enquanto categoria apartada dos elementos específicos, já que a própria Constituição atribui a titularidade destes, essencial e expressamente, a União, estados e municípios. A discussão passa a ser o reconhecimento de uma nova categoria no Direito, 'meio ambiente como macrobem', cuja titularidade – distinta – passou a ser da coletividade, e que justifica, por exemplo, a atribuição do Ministério Público no ajuizamento de ações civis públicas.

Não se questiona, em regra, a titularidade dos bens ambientais específicos, ainda que por suas características físicas. Neste sentido, há uma limitação clara da efetividade de sua defesa das investidas de privatização, já que, ao final, este meio ambiente macro acaba traduzindo-se em bens públicos ou propriedades privadas específicas. Tal fato, inclusive, acaba contribuindo para uma gestão do meio ambiente quase exclusiva pelo poder público, e de seus bens específicos, como se único titular fosse. E a participação popular fica restrita aos poucos fóruns previstos na legislação, como se exceção fosse.

No entanto, ao que parece, há uma proximidade entre estas categorias, sendo importante destacar a contribuição teórica dos autores brasileiros desde meados da década de 1980 para tanto, com o aporte de uma legislação que vem sendo alterada, em regra, para garantir os interesses difusos.

Além dos questionamentos sobre a manifestação do comum no direito brasileiro, pretendeu-se questionar a adequação dos meios existentes para a garantia de espaços públicos nas cidades, apresentando-se algumas discussões referentes a conceitos importantes para o direito administrativo, como bens de uso comum do povo, interesse público e afetação, diante da consideração de que aqueles manifestam características de bens comuns e do conteúdo do direito à cidade, em um contexto de mercantilização do espaço urbano e de perda dos indicadores ambientais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAHÃO, Sérgio Luís. **Espaço público:** do urbano ao político. São Paulo: Annablume; Fapesp, 2008.

AMARAL, Diogo Freitas do. **A utilização do domínio público pelos particulares.** Lisboa: Coimbra Editora, 1965.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A "supremacia do interesse público" no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. *In* SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados:** desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 1-22.

ARAÚJO, Sara. Acesso à justiça e pluralismo jurídico em Moçambique. Resolução de litígios no bairro Jorge Dimitrov. *In* SANTOS, Boaventura de Sousa e TRINDADE, João Carlos (ed.). **Conflito e Transformação Social**: Uma Paisagem das Justiças em Moçambique, Vol I, Porto: Afrontamento, 2003, p. 47-128.

AVILA, Humberto. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". *In* SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados:** desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 171-216.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *In* ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coords.). **O Direito administrativo e seus novos paradigmas.** Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 65-86.

BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. *In* SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados:** desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. vii-xviii.

BECHARA, Érika. **A proteção da fauna sob a ótica constitucional.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

BENJAMIN, Antônio Herman. Função ambiental. *In* BENJAMIN, Antônio Herman. **Dano ambiental**: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 9-82.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.** Vol. I. 8ª ed. atual. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, 1949.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Stefano Rodotà: passado, presente e futuro. Editorial. **Civilística.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015, p. 1-4. Disponível em: <http://civilistica.com/stefano-rodota-passado-presente-e-futuro/>. Acesso em: 27 jul.2023.

BUROCCO, Laura. A cultura e a cidade como bem comum: os casos italianos do Teatro Valle Occupato em Roma e M^C^O em Milão. **Lugar Comum.** N. 43, p. 129-147, 2014.

BUZAID, Alfredo. Parecer [s.d]. Bem público de uso comum – alteração de destino – ação popular. **Revista de Direito Administrativo,** vol. 84, abr-jun. 1966. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 321-332.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. Inscrição e circulação. Novas visibilidades e configurações do espaço público em São Paulo. **Novos Estudos CEBRAP.** N. 94, nov.2012, p. 31-67.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. Qual a novidade dos rolezinhos? Espaço público, desigualdade e mudança em São Paulo. **Novos Estudos CEBRAP.** N. 98, mar.2014, p. 13-20.

CARDOSO, Patrícia de Menezes. **Democratização do acesso à propriedade pública no Brasil**: Função social e regularização fundiária. Dissertação (Mestrado Acadêmico em Direito do Estado) área de concentração Direito Urbanístico, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.

CASTRO NEVES, José Roberto de. Justiça, segurança, bem comum e propriedade – uma breve introdução ao direito de propriedade e à sua função social. Revista da EMERJ. V. 07, n. 26, 2004, p. 179-202.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. Comum: ensaio sobre a revolução no século XXI. São Paulo: Boitempo Editorial, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Uso privativo de bem público por particular**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função social da propriedade pública. **Revista Eletrônica de Direito do Estado,** Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 6, abr/maio/jun.2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/maria-sylvia-zanella-di-pietro/funcao-social-da-propriedade-publica>. Acesso em: 27 jul.2023.

DUHAU, Emilio. Las metrópoles latinoamericanas en el siglo XXI: de la modernida inconclusa a la crisis del espacio público. **Cadernos IPPUR.** Ano XV, n. 01, jan-jul.2001, p. 41-68.

ESCOLA, Héctor Jorge. **El interés público como fundamento del Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989.

FEDERICI, Silvia. **Calibã e a bruxa**: mulheres, corpo e acumulação primitiva. São Paulo: Editora Elefante, 2019.

FEDERICI, Silvia. **Reencantando o mundo**: feminismo e a política dos comuns. São Paulo: Editora Elefante, 2022.

FIORILLO, Celso A. O bem ambiental pela Constituição Federal de 1988 como terceiro gênero de bem, a contribuição dada pela doutrina italiana e a posição do Supremo Tribunal Federal em face do HC 89.878/10. **Revista Direito Ambiental e sociedade**, v. 1, n. 1, p. 11-46, 2011.

FRANCO JUNIOR, Raul de Mello. **Alienação de bem público.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GARAVITO, César Rodríguez. Un nuevo mapa para el pensamiento jurídico latino-americano. *In* GARAVITO, César Rodríguez (Coord.). **El derecho en América Latina**: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

GRAF, Ana Cláudia Bento. Água, bem mais precioso do milênio: o papel dos Estados. **Revista CEJ**, v. 4, n. 12, p. 30-39, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. **Revista de Processo.** Ano 25, n. 97, jan-mar.2000, p. 9-15.

HARDIN, Garret. The Tragedy of the Commons. Science, New Series, Vol. 162, No. 3859 (Dec. 13, 1968), pp. 1243-1248.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Commonwealth**. Harvard University Press, 2009.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2012.

HARVEY, David. **Cidades rebeldes**: do direito à cidade à revolução urbana. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

IPAM (Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia). **A grilagem de terras públicas na Amazônia brasileira**. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. A exploração econômica de bens públicos: cessão do direito à denominação. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, (Edição Especial), 2012, p. 216-236.

JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo de espetáculo. *In* ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coords.). **O Direito administrativo e seus novos paradigmas.** Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 65-86.

KAUL, Inge *et al.* Definindo bens públicos globais. *In* KAUL, Inge *et al.* **Bens públicos globais.** Rio de Janeiro: Record, 2012, p. 41-58.

KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados.** Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LIMA, Rui Cirne. **Princípios de direito administrativo.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

LUCARELLI, Alberto. **Beni comuni**. Dalla teoria all´azione politica. Viareggio: Dissensi, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos:** conceito e legitimação para agir. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

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

MATTEI, Ugo. **Bienes comunes.** Un manifesto. Madrid: Ed. Trotta, 2013.

MATTEI, Ugo; REVIGLIO, Edoardo; RODOTÀ, Stefano. **Invertire la rotta**. Idee per una riforma della proprietà pubblica. Bologna: Mulino, 2007.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 18ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro.** 6ª ed. Malheiros: São Paulo, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 31ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014.

MILARÉ, Édis. **A ação civil pública na ordem constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1990.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

NEGRI, Antonio. Dispositivo metrópole. A multidão e a metrópole. **Lugar Comum**, n. 25-26, 2010, p. 201-208.

NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. **Isso não é um manifesto**. São Paulo: N-1 Edições, 2014.

OSTROM, Elinor. **Governing the commons**: The evolution of institutions for collective action. Cambridge university press, 1990.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 28ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PIO, Leopoldo. Cultura, patrimônio e museu no Porto Maravilha. **Revista Intratextos,** 2013, vol. 4, n. 1, p. 8-26.

RODOTÀ, Stefano. ¿Cuál derecho para el nuevo mundo? **Revista de Derecho Privado**, n. 9, 2005.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito ambiental**: parte geral. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROLNIK, Raquel. **A cidade e a lei.** Legislação, política urbana e territórios na cidade de São Paulo. São Paulo: Studio Nobel: Fapesp, 1997.

SANTILLI, Juliana. Os "novos" direitos socioambientais. **Revista Direito e Justiça:** Reflexões Sociojurídicas. Ano VI, nº 9. Porto Alegre: Ed. PUC-RS, novembro 2006.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e filosofia constitucional. *In* SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados:** desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 23-116.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. *In* SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008a, p. 553-586.

SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. *In* ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coords.). **O Direito administrativo e seus novos paradigmas.** Belo Horizonte: Fórum, 2008b, p. 97-144.

SENNETT, Richard. **O declínio do homem público:** as tiranias da intimidade. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

SEVILLA-BUITRAGO, Álvaro. Central Park y la producción del espacio público: el uso de la ciudad y la regulación del comportamento urbano en la historia. **EURE**: Revista Latinoamericana de Estudios Urbano Regionales. V. 40, n. 121, set.2014, p. 55-74.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 10ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SWYNGEDOUW, Erik. A cidade pós-política. **Revista e-metrópolis.** N. 8, ano 3, mar.2012, p. 52-62.

TEPEDINO Gustavo; SCHREIBER Anderson. A Garantia da Propriedade no Direito Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VI, n.º 6 - Junho de 2005, p. 101-119.

TOMASELLO, Federico. O comum da cooperação social na metrópole: entrevista a Toni Negri. **Lugar Comum.** N. 42, p. 93-109, 2014.

UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. *In* GARAVITO, César Rodríguez (Coord.). **El derecho en América Latina**: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

VAINER, Carlos. Pátria, empresa e mercadoria: a estratégia discursiva do Planejamento Estratégico Urbano. *In* ARANTES, O.; MARICATO, E.; VAINER, C. B. **A Cidade do Pensamento Único**. Desmanchando Consensos. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 75-103.

VAZ, Lilian Fessler *et al*. Introdução. *In* VAZ, Lilian Fessler *et al* (orgs.). **Os espaços públicos nas políticas urbanas:** estudos sobre o Rio de Janeiro e Berlim. Rio de Janeiro: 7Letras, 2008, p. 7-17.

WATANABE, Kazuo. Comentários aos artigos 81 a 90. *In* GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico.** Fundamentos de uma nova cultura do direito**.** São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo:** tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5ª ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial 1.135.807-RS. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DJe 08/03/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900716472&dt_publicacao=08/03/2012>. Acesso em: 27 jul.2023a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial 25.058-SP. Relator: Ministro Adhemar Maciel. Brasil, DJ 18/12/1998. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199200182739&dt_publicacao=16/08/1993>. Acesso em: 27 jul.2023b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial 436.908-RJ, Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJ de 17/06/2004, decisão monocrática. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200200526547>. Acesso em: 27 jul.2023c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial 1527868-PR. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasil, DJe 14/09/2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp Acesso em: 11 set.2023d.

Sobre o autor:

Virgínia Totti Guimarães
Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), mestre em Planejamento Urbano e Regional pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (IPPUR/UFRJ) e especialista em Direito Ambiental pela PUC-Rio e em Advocacia Pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). É professora de Direito Ambiental e de Direito Urbanístico da PUC-Rio e Coordenadora Acadêmica do Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Ambiental também da PUC-Rio.
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro -PUC-Rio, Rio de Janeiro, RJ
E-mail: virginia@puc-rio.br