

Campinas, 24 de abril de 2023.

CONSULTA Nº 03/2023 – CEMMIL

ORIENTAÇÃO TÉCNICA

Assunto: Possibilidade de cessão de bens móveis e imóveis aos consórcios pelos municípios consorciados.

Consulta-nos a Superintendência do CEMMIL, visando Orientação Técnica quanto à possibilidade legal de que o Consórcio receba por cessão dos municípios consorciados bens móveis e imóveis, solicitando o seguinte:

Bom dia Dr. Rafael,
Tudo bem por aí?
Por gentileza, qual amparo legal do(s) Município(s) fazerem
doação/cessão/permissão de bens Públicos ao Consórcio?

É o que se tem a relatar.

1 Dos bens públicos municipais e sua administração

Inicialmente deve ser ressaltado que a Administração dos bens públicos a princípio está a cargo do Poder Executivo que detém a competência funcional para a organizar e prestar os serviços públicos e dispor sobre a organização e funcionamento da administração municipal (art. 30, incisos I e V e art. 84, inciso VI, alínea “a” da CF/88; e art. 47, inciso XIX, alínea “a” da Constituição do Estado de São Paulo).

Logo, o que se infere é que “a priori” a Administração dos bens públicos, sejam móveis ou imóveis, está a cargo do Poder Executivo de cada esfera governamental podendo determinar seu uso e destinação.

Todavia, tal uso e destinação não significa que deles possa o Executivo deles dispor de forma completamente arbitrária, mas, sim de forma discricionária, o que implica dizer que o ato (discricionário) deve estar em consonância com os princípios da Administração e de acordo com as regras estabelecidas para a administração de tais bens.

Como a presente análise não se destina a esgotar as questões sobre os bens públicos e sua destinação, mas, apenas analisar a possibilidade de transferência de bens móveis e imóveis ao CEMMIL pelos Municípios consorciados para a execução de ações e serviços previstos em suas finalidades consorciadas, exporemos apenas um breve panorama da classificação dos bens públicos e das modalidades de cessão dos mesmos para ao final indicarmos nossas conclusões ao objeto de análise.



1.1 Bens públicos – breve explanação quanto a sua natureza, destinação e utilização

É pacífico o entendimento da doutrina e jurisprudência que os bens públicos quanto à sua destinação se dividem em “bens de uso comum”, “bens de uso especial” e “bens dominiais” ou “dominicais”.

Sobre o tema a doutrina de Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES; BURLE FILHO; BURLE, 2016, p. 638-639) traz a seguinte construção:

1.3.2.1 Bens de uso comum do povo ou do domínio público: como exemplifica a própria lei, são os mares, praias, rios, estradas, ruas e praças. Enfim, todos os locais abertos à utilização pública adquirem esse caráter de comunidade, de uso coletivo, de fruição própria do povo. "Sob esse aspecto - acentua Cirne Lima - pode o domínio público definir-se como a forma mais completa da participação de um bem na atividade de Administração Pública. São os bens de uso comum, ou do domínio público, o serviço mesmo prestado pela Administração ao público, assim como as estradas, as ruas e praças".

1.3.2.2 Bens de uso especial ou do patrimônio administrativo: são os que se destinam especialmente à execução dos serviços públicos e, por isso mesmo, são considerados instrumentos desses serviços; não integram propriamente a Administração, mas constituem o aparelhamento administrativo, tais como os edifícios das repartições públicas, os terrenos aplicados aos serviços públicos, os veículos da Administração, os matadouros, os mercados e outras serventias que o Estado põe à disposição do público, mas com destinação especial. Tais bens, como têm uma finalidade pública permanente, são também chamados bens patrimoniais indisponíveis.

1.3.2.3 Bens dominiais ou do patrimônio disponível: são aqueles que, embora integrando o domínio público como os demais, deles diferem pela possibilidade sempre presente de serem utilizados em qualquer fim ou, mesmo, alienados pela Administração, se assim o desejar. Daí por que recebem também a denominação de bens patrimoniais disponíveis ou de bens do patrimônio fiscal. Tais bens integram o patrimônio do Estado como objeto de direito pessoal ou real, isto é, sobre eles a Administração exerce "poderes de proprietário, segundo os preceitos de Direitos Constitucional e Administrativo", na autorizada expressão de Clóvis Beviláqua

Nesse mesmo sentido, acrescenta (CARVALHO FILHO, 2015, p. 1187-1189) o seguinte:

2.1 Bens de Uso Comum do Povo

Como deflui da própria expressão, os bens de uso comum do povo são aqueles que se destinam à utilização geral pelos indivíduos, podendo ser federais, estaduais ou municipais.

Nessa categoria de bens não está presente o sentido técnico de propriedade, tal como é conhecido esse instituto no Direito. Aqui o que prevalece é a destinação pública no sentido de sua utilização efetiva

pelos membros da coletividade. Por outro lado, o fato de servirem a esse fim não retira ao Poder Público o direito de regulamentar o uso, restringindo-o ou até mesmo o impedindo, conforme o caso, desde que se proponha à tutela do interesse público. São bens de uso comum do povo os mares, as praias, os rios, as estradas, as ruas, as praças e os logradouros públicos (art. 99, I, do Código Civil).

2.2 Bens de Uso Especial

Bens de uso especial são aqueles que visam à execução dos serviços administrativos e dos serviços públicos em geral. A denominação não é muito precisa, mas indica que tais bens constituem o aparelhamento material da Administração para atingir os seus fins. Da mesma forma que os de uso comum do povo, podem ser federais, estaduais e municipais.

Quanto ao uso em si, pode dizer-se que primordialmente cabe ao Poder Público.

Os indivíduos podem utilizá-los na medida em que algumas vezes precisam estar presentes nas repartições estatais, mas essa utilização deverá observar as condições previamente estabelecidas pela pessoa pública interessada, não somente quanto à autorização, ao horário, preço e regulamento.

Aspecto que não é comumente analisado pelos estudiosos é o relativo à natureza dos bens de uso especial. O antigo Código Civil, no art. 66, II, mencionava “os bens de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal”. Os exemplos dados pelo dispositivo, a título de mero esclarecimento, podiam gerar dúvidas quanto à natureza dos bens que formam essa categoria, vale dizer, se deveriam ser apenas imóveis, ou se poderiam ser móveis ou imóveis.

Alguns autores não faziam qualquer referência à hipótese. Mas a verdade é que, a despeito da exemplificação contida no dispositivo, devia-se ter em mira a utilização dos bens para a consecução das atividades administrativas em geral, razão por que poderia tratar-se de bens móveis ou imóveis.

O novo Código Civil manteve o perfil jurídico atribuído a tais bens pelo Código de 1916. Ajustou, no entanto, o seu texto, inserindo o termo administração para qualificar o nível da entidade federativa – federal, estadual, municipal e territorial, este não mencionado anteriormente. De outro lado, incluiu na categoria dos bens de uso especial os pertencentes a autarquias, quando, logicamente, estejam a serviço de atividade inerente à função que lhes foi cometida. De acordo com o novo diploma, são bens públicos “os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviços ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias” (art. 99, II).

São bens de uso especial os edifícios públicos, como as escolas e universidades, os hospitais, os prédios do Executivo, Legislativo e Judiciário, os quartéis e os demais onde se situem repartições públicas; os cemitérios públicos; os aeroportos; os museus; os mercados públicos; as terras reservadas aos indígenas etc. Estão, ainda, nessa categoria, os veículos oficiais, os navios militares e todos os demais bens móveis necessários às atividades gerais da Administração, nesta incluindo-se a administração autárquica, como passou a constar do Código Civil em vigor.

Registre-se, ainda, que não perdem a característica de bens de uso especial aqueles que, objetivando a prestação de serviços públicos, estejam sendo utilizados por particulares, sobretudo sob regime de delegação.

2.3 Bens Dominicais

De acordo com o antigo Código Civil, os bens dominicais eram “os que constituem o patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades” (art. 66, III). O novo Código Civil alargou um pouco o conceito, substituindo a alusão à União, Estados e Municípios pela expressão pessoas jurídicas de direito público (art. 99, III), à evidência mais abrangente e compatível com a própria ideia de bens públicos traduzida no art. 98.

A noção é residual, porque nessa categoria se situam todos os bens que não se caracterizam como de uso comum do povo ou de uso especial.²⁴ Se o bem, portanto, serve ao uso público em geral, ou se se presta à consecução das atividades administrativas, não será enquadrado como dominical.

Desse modo, são bens dominicais as terras sem destinação pública específica (entre elas, as terras devolutas, adiante estudadas), os prédios públicos desativados, os bens móveis inservíveis e a dívida ativa. Esses é que constituem objeto de direito real ou pessoal das pessoas jurídicas de direito público.

Costuma indagar-se sobre a diferença entre bens dominicais e bens dominiais. Alguns autores empregam esta última expressão para designar aqueles bens. Outros aludem aos bens dominicais, aduzindo que são também denominados de “dominiais”. CRETELLA JUNIOR, porém, distingue as noções, reservando a expressão bens dominiais como gênero indicativo dos bens do domínio do Estado e bens dominicais como sendo os bens que constituem o patrimônio dos entes públicos, objeto de direito real ou pessoal. De fato, o adjetivo dominicus, em latim, tinha o sentido de “do senhor; o que pertence ao senhor”.²⁸ Ora, a noção ampla de domínio tanto envolve os bens dominicais como os de uso especial. Por isso, a expressão bens dominicais, de acordo com sua origem, nem alcança todos os bens públicos, nem somente os tidos como dominicais.

Apesar da imprecisão do termo, pode considerar-se que a noção de bens dominicais implica caráter residual, isto é, são todos os que não estejam incluídos nas demais categorias de bens públicos. Trata-se, por conseguinte, de noção *ex vi legis*. Já a expressão bens dominiais, como distingue CRETELLA JUNIOR, deve indicar, de forma genérica, os bens que formam o domínio público em sentido amplo, sem levar em conta sua categoria, natureza ou destinação.

O novo Código Civil apresentou inovação no que concerne aos bens dominicais.

Dispõe o art. 99, parágrafo único, que, não dispondo a lei em contrário, “consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado”. A norma é de difícil compreensão. O que significaria dar estrutura de direito privado a uma pessoa de direito público? A ideia da norma é, no mínimo, estranha. Há duas hipóteses que teriam pertinência no caso: ou a pessoa de direito público se transforma em pessoa de direito privado, logicamente adotando a estrutura própria desse tipo de entidade; ou continua sendo de direito público, apenas adaptando em sua estrutura alguns aspectos (e não podem ser todos!) próprios de pessoas de direito privado. Ao que parece, somente essa segunda hipótese se conformaria ao texto legal, mas fica difícil entender a razão do legislador. Se a intenção foi a de tornar mais flexível a disponibilização dos bens dessas entidades, qualificando-os como dominicais, seria mais razoável que a lei responsável pela introdução da nova estrutura de direito privado já atribuísse aos bens a referida qualificação, e isso porque o novo diploma já estabelece que os bens dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei (art. 101). Desse modo, não nos parece ter sido feliz o legislador nessa inovação.

Pelo que se verifica, nos parece claro que os bens públicos, excetuados os bens “dominicais”, que podem ser dispostos de forma amplamente discricionária pelo Administrador, devem ter utilização em ações e serviços públicos para os quais forem destinados, limitando-se a ação discricionária do agente público quanto ao seu uso.

Sobre esse aspecto, do uso dos bens públicos destacamos, da doutrina de (CARVALHO FILHO, 2015. p. 1206-1208) por serem pertinentes à presente análise os conceitos de “uso comum” e “uso especial”, que se seguem:

3 Formas de Uso

Quando se estuda a utilização de bens públicos, é de grande importância analisar os critérios permissivos, levando em conta a generalidade do uso ou a sua privatividade.

Sob esse aspecto, pode dizer-se que há duas formas de uso dos bens públicos:

- a) o uso comum; e
- b) o uso especial.

Essas duas formas têm delineamentos e fundamentos diversos, o que provoca, como não podia deixar de ser, efeitos também diferenciados.

Vale a pena examiná-las em separado.

3.1 Uso Comum

Uso comum é a utilização de um bem público pelos membros da coletividade sem que haja discriminação entre os usuários, nem consentimento estatal específico para esse fim.

A medida certa para o uso comum está nos bens de uso comum do povo. Pela sua própria natureza, esses bens são destinados à utilização coletiva, no exercício dos direitos e liberdades individuais em relação aos quais só é vedada a conduta quando a lei expressamente comina essa qualificação. De fato, as praias, as ruas, os mares, os rios, todos esses bens de uso comum do povo são exemplos que prestigiam a hipótese de uso comum.

Mas não são apenas os bens de uso comum do povo que possibilitam o uso comum. Os bens de uso especial também o admitem quando a utilização é processada em conformidade com os fins normais a que se destinam. Por exemplo: as repartições públicas, o edifício da Justiça, os prédios de autarquias e fundações governamentais sujeitam-se, como regra, ao uso comum, porque as pessoas podem ingressar livremente nesses locais, sem necessidade de qualquer autorização especial.

Embora essa forma de uso seja comum e geral, não se pode negar ao Poder Público a competência para regulamentá-lo em algumas situações com o fito de adequar a utilização ao interesse público. Essa regulamentação, porém, ainda que tenha caráter de certo modo restritivo, há de se traduzir em normas gerais e impessoais a fim de manter incólume a indiscriminação entre os indivíduos.

O uso comum, entretanto, deve ser gratuito, de modo a não causar qualquer ônus aos que utilizem o bem. Essa exigência de gratuidade é decorrência da própria generalidade do uso; se fosse oneroso, haveria discriminação entre os que poderiam e os que não poderiam sofrer o ônus.

Podemos, pois, alinhar as seguintes características do uso comum dos bens públicos:

- a) a generalidade da utilização do bem;
- b) a indiscriminação dos administrados no que toca ao uso do bem;
- c) a compatibilização do uso com os fins normais a que se destina; e
- d) a inexistência de qualquer gravame para permitir a utilização.

3.2 Uso Especial

Uso especial é a forma de utilização de bens públicos em que o indivíduo se sujeita a regras específicas e consentimento estatal, ou se submete à incidência da obrigação de pagar pelo uso. O sentido do uso especial é rigorosamente o inverso do significado do uso comum. Enquanto este é indiscriminado e gratuito, aquele não apresenta essas características.

Pela conceituação, verificamos que uma das formas de uso especial de bens públicos é a do uso remunerado, aquela em que o administrado sofre algum tipo de ônus, sendo o mais comum o pagamento de certa importância para possibilitar o uso. Esse tipo de uso tem previsão até mesmo no Código Civil, em cujo art. 103 se lê: “O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem.”

Embora o texto se refira a uso comum, deve interpretar-se o adjetivo comum como significando que as pessoas em geral têm acesso ao bem. Por isso, quando esse uso comum for retribuído, o acesso é limitado ao pagamento da retribuição, e, se assim é, passamos a ter forma de uso especial.

Tanto os bens de uso comum como os de uso especial podem estar sujeitos a uso especial remunerado. O pagamento de pedágio em estradas rodoviárias e em pontes e viadutos é um exemplo de uso especial de bem de uso comum do povo. Um museu de artes pertencente ao Governo, cujo ingresso seja remunerado, é exemplo de bem de uso especial sujeito a uso especial.

Mas o uso especial também se caracteriza quando o bem público é objeto de uso privativo por algum administrado. Como, porém, essas formas de uso especial privativo apresentam alguma singularidade, serão elas examinadas em tópico próprio adiante.

Alinhemos, então, os aspectos que marcam o uso especial dos bens públicos:

- a) a exclusividade do uso aos que pagam a remuneração ou aos que recebem consentimento estatal para o uso;
- b) a onerosidade, nos casos de uso especial remunerado;
- c) a privatividade, nos casos de uso especial privativo; e
- d) a inexistência de compatibilidade estrita, em certos casos, entre o uso e o fim a que se destina o bem.

Fica claro então, que quando o uso dos bens públicos se dá em favor de determinado serviço público que aproveita a todos os cidadãos de forma indiscriminada, tal uso deve ser considerado como “uso comum” e o contrário “uso especial”.

Esclarecidas de forma sucinta as questões relativas à destinação e uso dos bens públicos, passamos a possibilidade de destinação de bens dos municípios consorciados ao CEMMIL sob a forma de cessão/doação/permissão.

1.2 Das hipóteses de doação, permissão de uso e cessão de bens públicos

A **doação de bens** públicos se tratando de alienação, além do pressuposto do interesse público em regra, estão vinculadas a dois outros: a autorização legislativa e ao procedimento licitatório.

Tal circunstância é a que se infere do disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que assim dispõe:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e **alienações serão contratados mediante processo de licitação pública** que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifamos)

Nesse mesmo sentido dispõe a Constituição do Estado de São Paulo em seu art. 117, “caput”, *in verbis*:

Artigo 117 - Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e **alienações serão contratados mediante processo de licitação pública**, que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifamos)

Desta forma, as alienações de bens públicos devem ser realizadas mediante procedimento licitatório, sendo que no caso de bens imóveis, haverá a necessidade de autorização legislativa, o que se extrai do disposto no art. 19, inciso IV, da Constituição Estadual, como se vê:

Artigo 19 - Compete à Assembleia Legislativa, com a sanção do Governador, dispor sobre todas as matérias de competência do Estado, ressalvadas as especificadas no artigo 20, e especialmente sobre:

IV – autorização para a alienação de bens imóveis do Estado ou a cessão de direitos reais a eles relativos, bem como o recebimento, pelo Estado, de doações com encargo, não se considerando como tal a simples destinação específica do bem; (grifamos).

Ainda que se trata de matéria relativa aos interesses locais, o princípio da simetria estabelece a obrigatoriedade de autorização legislativa para a alienação dos bem imóveis dos municípios, atendendo ao disposto na Constituição Estadual.

De outro bordo a alienação de bens móveis, a princípio, independe de autorização legislativa, ainda que permaneça, a princípio a necessidade de instauração de procedimento licitatório, não há obrigatoriedade de prévia autorização legislativa, uma vez que nem a Constituição Federal e tampouco a Constituição Estadual, estabelecem tal regra de obrigação.

Nesse sentido o seguinte arresto, do E. TJSP:

Constitucional - Ação direta de inconstitucionalidade - Expressão "autorização legislativa" presente no inciso I do art. 135 da Lei Orgânica do Município de Guatapar, a dispor sobre a alienao de bens móveis da Municipalidade - Ingerência do Legislativo na Administrao local - Maltrato ao princípio da independência dos Poderes - Ofensa aos arts. 5 "caput; 37; 47, V e XIV; 111 e 144 da Constituio do Estado - Precedente – Inconstitucionalidade declarada. (TJSP: Ao Direta de Inconstitucionalidade de Lei 9030716-47.2006.8.26.0000; Relator (a): Ivan Sartori; rgo Julgador: rgo Especial; Foro Central Cível - São Paulo; Data do Julgamento: 19/12/2007; Data de Registro: 19/02/2008)

Assim, deve ser considerado que para alienao de bens móveis dos municípios, será exigível apenas a justificativa do interesse público e o devido processo licitatório, ou sua dispensa nos casos especificados em lei. Por outro lado, a alienao de bens imóveis, requer além do requisito do processo licitatório, também a autorizao legislativa a tanto.

Em qualquer caso, no procedimento de alienao de bem público, se mostra importante a sua avaliao como forma de evitar qualquer prejuízo ao erário, consignando para todos os efeitos contábeis e fiscais o valor do bem. Consignando que a formalizao se d por escritura pública e registro no CRI competente, requerendo assim uma formalizao complexa.

A **permissão de uso**, a nosso ver não seria hipótese legal para a transferência ao CEMMIL, pelos municípios consorciados, de bens móveis ou imóveis destinados  execuo de suas aoes e serviços pactuados no Contrato de Consórcio firmado.

A permissão como instituto jurídico do direito público tem como característica a precariedade, o que não se coaduna com as finalidades do CEMMIL e tampouco com a execuo de serviços públicos essenciais.

Nesse sentido destacamos os ensinamentos de (CARVALHO FILHO, 2015, p. 1215 e 1217), a saber:

Esse ato administrativo  unilateral, porque a exteriorizao da vontade  apenas da Administrao Pública, embora o particular seja o interessado no uso.  também discricionário, porque depende da valorao do Poder Público sobre a conveniência e a oportunidade em conceder o consentimento. Trata-se de ato precário: a Administrao pode revogar posteriormente a autorizao se sobrevierem razões administrativas para tanto, não havendo, como regra, qualquer direito de indenizao em favor do administrado.

(...)

Permissão de uso  o ato administrativo pelo qual a Administrao consente que certa pessoa utilize privativamente bem público, atendendo ao mesmo tempo aos interesses público e privado.

O delineamento jurídico do ato de permissão de uso guarda visível semelhança com o de autorizao de uso. São realmente muito assemelhados. A distino entre ambos está na predominância, ou não, dos interesses em jogo. Na autorizao de uso, o interesse que predomina  o privado, conquanto haja interesse público como pano de

fundo. Na permissão de uso, os interesses são nivelados: a Administração tem algum interesse público na exploração do bem pelo particular, e este tem intuito lucrativo na utilização privativa do bem. Esse é que nos parece ser o ponto distintivo.

Quanto ao resto, são idênticas as características. Trata-se de ato unilateral, discricionário e precário, pelas mesmas razões que apontamos para a autorização de uso.

Como se verifica, embora a permissão de uso tenha como característica a utilização de bem público por particular, para atender a interesse público, não nos parece que tal instituto esteja plenamente afinado com a execução de ações e serviços públicos essenciais desenvolvidos por consórcios intermunicipais, ainda que instituídos sob a forma de pessoa jurídica de direito privado, como é o caso do CEMMIL.

Primeiro, porque não os partícipes dos consórcios são pessoas jurídicas de direito público interno, por imposição legal, não se avistando o interesse particular. Em segundo lugar, porque o CEMMIL tem por finalidade a execução de ações e serviços públicos essenciais em favor dos entes consorciados (municípios), de modo não concorrencial, por se tratar de uma associação privada. O que determina o absoluto interesse público. Por fim, em se tratando de serviços essenciais, não é possível admitir sua solução de continuidade, o que conflita com o caráter precário da permissão de uso.

Por tais razões, não nos parece adequado o instituto para a transferência de bens pelos municípios ao CEMMIL, com a finalidade de possibilitar as ações e serviços essenciais consorciados.

A **cessão de uso** se caracteriza como a cessão gratuita de bens pela pessoa jurídica de direito público a seus órgãos, a ente público ou a entidades diversas com o objetivo de execução de serviços de utilidade pública, especialmente quando o cessionário esteja incumbido da execução de ações ou serviços públicos de caráter essencial.

Sobre o tema (CARVALHO FILHO, 2015, p. 1228) assim preleciona:

Cessão de uso é aquela em que o Poder Público consente o uso gratuito de bem público por órgãos da mesma pessoa ou de pessoa diversa, incumbida de desenvolver atividade que, de algum modo, traduza interesse para a coletividade.

A grande diferença entre a cessão de uso e as formas até agora vistas consiste em que o consentimento para a utilização do bem se fundamenta no benefício coletivo decorrente da atividade desempenhada pelo cessionário. O usual na Administração é a cessão de uso entre órgãos da mesma pessoa. Por exemplo: o Tribunal de Justiça cede o uso de determinada sala do prédio do foro para uso de órgão de inspetoria do Tribunal de Contas do mesmo Estado. Ou o Secretário de Justiça cede o uso de uma de suas dependências para órgão da Secretaria de Saúde.

A cessão de uso, entretanto, pode efetivar-se também entre órgãos de entidades públicas diversas. Exemplo: o Estado cede grupo de salas situado em prédio de uma de suas Secretarias para a União instalar um órgão do Ministério da Fazenda. Alguns autores limitam a cessão de uso às entidades públicas. Outros a admitem para entidades da

Administração Indireta. Em nosso entender, porém, **o uso pode ser cedido também, em certos casos especiais, a pessoas privadas, desde que desempenhem atividade não lucrativa que vise a beneficiar, geral ou parcialmente, a coletividade.** (grifamos)

(...)

O fundamento básico da cessão de uso **é a colaboração entre entidades públicas e privadas com o objetivo de atender, global ou parcialmente, a interesses coletivos. É assim que deve ser vista como instrumento de uso de bem público.** (grifamos)

Devemos destacar que a cessão de uso pode ser gratuita quando destinada a órgão ou ente público ou ente privado prestador de serviços públicos essenciais sem caráter concorrencial ou onerosa quando realizada em favor de ente privado com fins lucrativos.

A cessão de uso requer formalização, com autorização do ajuste ou por intermédio de ato discricionário quando o cessionário se tratar de órgão, ente público ou ente privado prestador de serviços públicos de caráter essencial sem caráter concorrencial, ou por autorização legal, quando se tratar de ente privado com fins lucrativos. Sendo formalizada através de simples procedimento administrativo.

Tecidas essas considerações preliminares passamos a analisar a questão sob a hipótese de transferência de bens ao CEMMIL por municípios consorciados.

1.3 Das disposições constitucionais que regem a matéria

A Constituição Federal trata das hipóteses de cooperação entre as pessoas jurídicas de direito público interno, podendo ser destacados os seguintes dispositivos constitucionais sobre a matéria:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

Parágrafo único. **Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios,** tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. (grifamos)

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os **Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos** e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, **bem como a transferência total ou parcial** de encargos, serviços, pessoal e **bens** essenciais à continuidade dos serviços transferidos. (grifamos)

Em relação à União a Constituição Federal remeteu a regulamentação dos acordos de cooperação para lei complementar tendo sido editada a Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011, que deixaremos de analisar por não se tratar de legislação que rege cooperação com a participação da União o que não é a hipótese tratada na presente consulta.

Quanto ao art. 241 da Constituição Federal, com conteúdo introduzido pela EC 19/98 que tratou da Reforma Administrativa do Estado, passamos a tecer algumas considerações que se demonstram pertinentes ao caso examinado.

Primeiramente, a leitura do dispositivo evidencia que o legislador reformador estabeleceu competência concorrente ente União, Estados, Distrito Federal e Municípios para legislar sobre “consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados”, respeitando assim, a autonomia dos entes federados especialmente, neste caso, a autonomia municipal.

Sobre esse aspecto, ainda que a União tenha editado a Lei Ordinária nº 11.107/05 para tratar dos contratos de consórcio, em razão da competência concorrente dos entes federados para a matéria, nada impede que os municípios disciplinem esses ajustes de acordo com seus interesses locais.

Essa conclusão se extrai do texto do art. 241, que estabelece que “**os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos**”, ficando claro que os ajustes intermunicipais disciplinados por lei têm validade e eficácia decorrente de competência legislativa constitucional.

Destacada a competência municipal de ordem constitucional para legislar sobre consórcios públicos, deve ser reconhecido que a transferência de bens aos consórcios demanda previsão legal contida no ajuste. Pois, “os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos, **bem como a transferência total ou parcial bens**”, sendo isso o que se extrai da norma constitucional.

Em assim sendo, evidencia-se que a regra constitucional é a da autorização legislativa para transferência de bens total ou parcial aos consórcios públicos, necessários à execução dos serviços transferidos. Isto se justificando em decorrência da delegação contida nesse tipo de ajuste.

A nosso ver como a Constituição Federal não faz distinção entre bens móveis ou imóveis, nos parece que a transferência em quaisquer das hipóteses deve estar prevista na lei que disciplinou o consórcio ou ajuste de cooperação.

1.4 Da regulamentação da matéria

Conforme acima adiantado, a União através da L. 11.107/05, estabeleceu regra geral para os contratos de consórcio entre as pessoas jurídicas de direito público interno, estabelecendo o marco regulatório para os consórcios públicos.

Trata-se de norma geral que não impede a regulamentação pelos entes federados e não pode implicar em interferência na sua autonomia, sob pena de violação de preceitos constitucionais, em especial no que se refere aos municípios o art. 30, inciso I e art. 241.

Inobstante, a norma estabelece regras gerais que devem ser aplicadas, podendo ser destacado quanto à transferência de bens pelos consorciados podendo ser destacado especialmente o seguinte:

Art. 4º São cláusulas necessárias do protocolo de intenções as que estabeleçam:

(...)

§ 3º É nula a cláusula do contrato de consórcio que preveja determinadas contribuições financeiras ou econômicas de ente da Federação ao consórcio público, salvo a doação, destinação ou cessão do uso de bens móveis ou imóveis e as transferências ou cessões de direitos operadas por força de gestão associada de serviços públicos.

Como se verifica, o contrato de consórcio pode prever a “a doação, destinação ou cessão do uso de bens móveis ou imóveis” ao consórcio pelos entes consorciados. Também nas hipóteses de Contrato de Programa, estabelecidas no art. 13 da L. 11.107/05, há previsão de cessão de bens reversíveis, como consta dos incisos IV e V do p. primeiro¹.

Por fim o art. 11, p. primeiro da L. 11.107/05 evidencia a possibilidade destinação de bens municipais por transferência ou alienação previsto em contrato de consórcio ou instrumento autônomo, com previsão ou não de reversão em caso de retirada do consorciado, nos seguintes termos:

Art. 11. A retirada do ente da Federação do consórcio público dependerá de ato formal de seu representante na assembleia geral, na forma previamente disciplinada por lei.

§ 1º Os bens destinados ao consórcio público pelo consorciado que se retira somente serão revertidos ou retrocedidos no caso de expressa previsão no contrato de consórcio público ou no instrumento de transferência ou de alienação. (grifamos)

Desta forma, a lei estabelece que os consorciados, no caso os municípios, podem transferir por alienação ou outro instrumento legalmente previsto, no caso cessão, o uso de bem público, que poderá reverter ou não ao cedente ou alienante se previsto no contrato de consórcio ou no termo de transferência por alienação ou cessão firmado.

1.4.1 Do Contrato de Consórcio/Estatuto do CEMMIL

No que se refere ao CEMMIL especificamente, os municípios consorciados instituidores firmaram Protocolo de Intenções que posteriormente foi **ratificado por leis municipais**, passando a se constituir no Contrato ou Estatuto do Consórcio. Posteriormente alguns municípios aderiram ao Estatuto do CEMMIL se integrando ao Consórcio por adesão.

O Estatuto do CEMMIL quanto à transferência de bens ao consórcio pelos municípios consorciados prevê o seguinte:

Art. 15. Cada membro do Consórcio terá um voto, independente dos bens e recursos que repassar ao Consórcio.

Art. 50. O patrimônio do Consórcio será constituído:
(...)
II - Pelos bens que lhe forem doadas por entidades públicas e privadas.

Art. 55. Em caso de extinção, os bens e recursos do Consórcio reverterão ao patrimônio dos consorciados, proporcionalmente às

¹ § 2º No caso de a gestão associada originar a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos, o contrato de programa, sob pena de nulidade, deverá conter cláusulas que estabeleçam:
IV – a indicação de quem arcará com o ônus e os passivos do pessoal transferido;
V – a identificação dos bens que terão apenas a sua gestão e administração transferidas e o preço dos que sejam efetivamente alienados ao contratado;

inversões feitas, ou a entidade com as mesmas finalidades e natureza jurídica, indicada pela Assembleia Geral.

Art. 57. Os consorciados que se demitirem (retirarem espontaneamente) e os excluídos do quadro social somente participarão da reversão dos bens e recursos da sociedade, quando de sua extinção ou encerramento, da atividade de que participem.

Conforme se vê, embora tenha o Contrato de Consórcio/Estatuto do CEMMIL previsto a possibilidade de transferência de bens ao Consórcio pelos municípios consorciados e fixado as hipóteses de sua reversão, não estabeleceu de forma clara quais hipóteses autorizariam a transferência ou alienação de bens pelos municípios consorciados ao Consórcio.

Desta forma, ainda que o Estatuto Social do CEMMIL tenha caráter normativo, não há autorização necessária para que os Executivos Municipais possam transferir ou alienar bens ao Consórcio diretamente, carecendo assim de autorização legal autônoma a ser obtida pelos entes municipais a cada transferência realizada.

Acrescente-se que a despeito da necessidade de autorização autônoma para a transferência ou alienação de bens ao Consórcio a licitação é dispensável, pelo que estabelece o art. 2º, inciso II, da L. 11.107/05, assim como, pela autorização prevista no art. 50, inciso II, do Estatuto Social.

2 Conclusão

Em conclusão podemos dizer que, em princípio ao Executivo Municipal cabe administrar os bens públicos em razão de sua competência funcional para organizar e prestar os serviços públicos e dispor sobre a organização e funcionamento da administração municipal.

Os bens públicos quanto à sua destinação podem ser definidos como bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais. Quanto ao seu uso, podem ter uso comum ou uso especial.

A hipótese de doação requer justificativa do interesse público, autorização legal e processo licitatório, dispensável em relação ao Consórcio. Requerendo, todavia, formalização complexa.

A permissão de uso, parece não se adequar ao caso por não se vislumbrar qualquer interesse particular na eventual permissão de uso de bem público por ente privado da Administração Pública para execução de serviços públicos essenciais, assim como não ser adequado o regime da precariedade para essa utilização.

A cessão de uso, que tem como característica a gratuidade e a utilização pública dos bens para execução de ações e serviços públicos de caráter essencial o cessionário, requerendo autorização legislativa, processo licitatório dispensável em relação ao Consórcio, e formalização por termo de cessão administrativo, pouco complexo.

A normativa constitucional dos consórcios públicos não deixa dúvidas quanto à necessária autorização legal para a transferência ou alienação de bens móveis ou imóveis aos consórcios pelos entes consorciados. Os municípios detêm competência concorrente para legislar sobre consórcios, podendo exercê-la dentro dos limites de sua autonomia, o que inclui a previsão de transferência ou alienação de bens pelos consorciados quando da formalização dos contratos de consórcio.

A norma geral dos Consórcios Públicos, L. 11105/05, editada pela União, prevê a doação, destinação ou cessão do uso de bens móveis ou imóveis, aos consórcios pelos entes federados.

O Contrato de Consórcio do CEMMIL (Estatuto Social), ratificado por leis municipais e com força normativa, prevê a possibilidade de recebimento de bens destinados pelos municípios para as ações e serviços consorciados. Não disciplinando, todavia, as hipóteses específicas para essas transferências ou alienações.

A doação ou cessão de bens móveis ou imóveis ao CEMMIL pelos municípios consorciados, carece de autorização legislativa autônoma, demandando procedimento específico de acordo com a legislação local, dispensado em qualquer caso o procedimento licitatório em razão do que estabelece o art. 2º, inciso II, da L. 11.107/05.

Isto posto, s.m.j, entendemos ser possível a destinação de bens ao CEMMIL pelos consorciados sob a hipótese de cessão uso ou doação, através de procedimento que requer autorização legislativa autônoma e formalização de acordo com a legislação municipal aplicável.

S.M.J, é o nosso PARECER.



Rafael Angelo Chaib Lotierzo
OAB/SP 92.255