



Seção: Artigos Científicos

Regime jurídico dos bens das empresas prestadoras de serviço público

Legal framework of concessionaire's goods

Murillo Giordan Santos

Resumo: O presente artigo analisa o regime jurídico dos bens empregados na prestação de serviços públicos pelas empresas estatais e pelas empresas privadas concessionárias. Para tanto, faz uso do método teórico para analisar a legislação e a doutrina sobre assunto e do método empírico para analisar a jurisprudência. A partir dessa análise, observa-se uma constante aproximação entre os modelos jurídicos aplicados aos bens de ambas as espécies empresariais e uma tendência de reinterpretação do critério funcional aplicado para a definição doutrinária e jurisprudencial dos bens públicos afetados à prestação de serviços públicos.

Palavras-chave: Serviços públicos; bens públicos; empresas estatais; concessionárias.

Abstract: This paper analyzes the legal framework of the public goods applied in the public utilities provided by public and private companies. Therefore, uses the theoretical method to analyze the legislation and the doctrine about the issue and the empirical method to analyze the case law. From this analysis, it notes a constant approximation between legal models applied to goods of both corporate species and a reinterpretation trend of "functional criterion" applied to the doctrinal and case law definition of public goods used in the provision of public utilities.

Keywords: Public utilities; public goods; public company; concessionaire.

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v2n2p578-592>

Artigo submetido em: janeiro de 2015

Aprovado em: maio de 2015

REGIME JURÍDICO DOS BENS DAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO

*Murillo Giordan Santos**

Sumário: 1 Introdução; 2 Formas de prestação de serviços públicos; 3 Regime jurídico dos serviços públicos concedidos; 4 Bens públicos e sua afetação à prestação de serviços públicos; 5 Regime jurídico dos bens empregados na prestação de serviços públicos; 6 Conclusão; 7 Referências bibliográficas.

1 Introdução

O presente artigo analisa o regime jurídico dos bens utilizados na prestação indireta de serviços públicos, compreendida como aquela prestada pelas concessionárias de serviços públicos e pelas empresas estatais.

Esse regime jurídico ganha novos contornos com o modelo de Estado e de economia vigentes, que privilegiam formas de ação conjunta entre o Poder Público e os particulares, bem como a competição entre os agentes econômicos, fazendo com que o regime jurídico administrativo e o regime jurídico desses bens sofram mutações e ganhem novos entendimentos.

A intenção deste trabalho é justamente analisar como as formas de prestação de serviço público e a sua evolução impactam o regime jurídico dos bens empregados na prestação dessa atividade.

Conforme se passa a demonstrar, esse processo de mudança ainda não cessou, o que leva a certa imprecisão quando às regras aplicáveis aos bens afetados à prestação de serviços públicos.

A análise desse cenário passa pela abordagem das formas de prestação dos serviços públicos nos dias atuais, na qual se identifica a presença de agentes privados e estatais. Na sequência, serão verificadas as repercussões da presença de agentes públicos e privados na prestação de serviços públicos. Com isso, será possível tratar das regras jurídicas aplicáveis aos bens pertencentes a pessoas jurídicas de direito privado empregados na prestação desses serviços, ocasião em que se verificará as peculiaridades dessas regras, que ainda estão em processo de acomodação.

Ao final, observar-se-á que as formas de colaboração entre Estado e particulares, bem como a competição entre os agentes prestadores de serviços públicos, levam a uma aproximação entre as regras jurídicas aplicáveis aos bens empregados na prestação indireta desses serviços.

* *Procurador federal (AGU). Mestre e Doutorando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP. Professor de Direito Administrativo.*

2 Formas de prestação de serviços públicos

Os serviços públicos podem ser prestados de forma direta ou indireta¹. O ponto de referência para essa análise é o papel desempenhado pelo Estado no exercício dessa atividade. Quando ele executa por si próprio (diretamente) a prestação dos serviços públicos, configura-se a prestação direta. Isso significa que os órgãos públicos integrantes da estrutura da *administração direta* recebem competência para a prestação do serviço público. Nesse caso, diz-se que o serviço é prestado de forma *concentrada*.

A execução indireta implica a transferência do serviço público para pessoa jurídica distinta da entidade estatal responsável pela prestação da atividade. Nessa hipótese, o Poder Público deixa de executar diretamente o serviço e o transfere à entidade com personalidade jurídica própria. Essa transferência pode ocorrer por meio de duas maneiras: a) *descentralização* da prestação do serviço público, ocasião em que passa a ser desempenhado pela *administração indireta*; b) *concessão* de serviço público, ocasião em que passa a ser prestado por particulares em colaboração com o Poder Público.

A descentralização a pessoa jurídica de direito público e a concessão decorrem da necessidade de o Estado buscar a colaboração dos particulares para o desempenho de suas atividades. O advento do Estado Social implicou o aumento do rol de competências estatais, o que levou ao inchaço da máquina administrativa e à consequente insuficiência da burocracia para conseguir realizar todas as atribuições assumidas. Diante disso, o Poder Público teve a necessidade de buscar parcerias com os particulares para desempenhar suas obrigações como, entre elas, os serviços públicos².

¹ José dos Santos Carvalho Filho analisa de forma semelhante as formas de prestação de serviços públicos. Para ele, a execução direta significa a prestação da atividade pelo Estado, como pessoa federativa, na administração direta. A execução indireta significa, segundo o autor, a execução do serviço por entidade diversa da pessoa federativa, tanto por meio da administração indireta como por meio de particulares em colaboração (*Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 343-346). Também seria possível analisar a prestação de serviços públicos sob enfoque diverso, alocando na prestação direta o desempenho da atividade pela administração direta e pela administração indireta, relegando à execução indireta somente àquela realizada por particulares em colaboração com o Poder Público. No entanto, para os fins deste estudo, a primeira forma é mais coerente, pois as suas conclusões apontam uma aproximação entre o regime jurídico dos bens das concessionárias de serviços públicos e o das empresas estatais prestadoras de serviços públicos. Daí, a preferência por enquadrar as empresas estatais e as concessionárias na prestação indireta de serviço público.

² Segundo Odete Medauar, “a *concessão de serviço público* existiu e foi utilizada desde o século XIX na Europa, sobretudo na França. Foi criada para serviços que exigem grandes investimentos financeiro e pessoal técnico especializado, encargos esses que o Poder Público não podia assumir; seu uso, na época, recaiu principalmente sobre transporte ferroviário, fornecimento de água, gás, eletricidade, transporte coletivo urbano”. (*Direito administrativo moderno*. 14. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 331). Maria Sylvia

Essas formas de colaboração entre Estado e particulares para a prestação de serviços públicos ocorreram basicamente de duas maneiras: i) por meio da criação, pelo Estado, de pessoas jurídicas de direito privado organizadas sob regime jurídico empresarial, como as empresas públicas e as sociedades de economia mista, para desempenharem essas atividades de maneira mais flexível; ii) por meio da delegação de serviços públicos a particulares, com o uso de instrumentos negociais como o contrato de concessão ou de permissão de serviço público.

A primeira forma é denominada de descentralização e ocorre por meio da criação de pessoas jurídicas na administração indireta como as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Atualmente, os consórcios públicos também se prestam a tal fim, consistindo numa forma interfederativa de prestação de serviços públicos. Na descentralização, o Estado se socorre do regime jurídico privado ao instituir as empresas públicas, podendo também se associar ao capital privado no caso particular das sociedades de economia mista³.

A segunda forma é denominada de delegação de serviços públicos, manifestando-se de maneira mais comum por meio da concessão e da permissão de serviço público. Atualmente, existem outras formas como as Parcerias Público-Privadas – PPPs –, as franquias e o arrendamento. No caso das PPPs, também ocorre uma associação de capital público e privado.

O objetivo desta análise sobre as formas de prestação de serviços público é demonstrar que o Estado se associa aos particulares para desempenhar essa atividade por meio da concessão ou da descentralização, o que se denomina de execução indireta de serviços públicos.

Cabe inquirir sobre os desdobramentos jurídicos dessa transferência a pessoas jurídicas de direito privado, o que implica a análise do regime jurídico aplicável à

Zanella di Pietro acrescenta que, num segundo momento, o Estado brasileiro passou a constituir empresas públicas e sociedades de economia mista como uma forma de superar as dificuldades inicialmente apresentadas pelas concessões para promover as parcerias entre Estado e particulares. Posteriormente, como demonstra a autora, as concessões voltaram a ser utilizadas por ocasião do movimento de privatização, seja por meio da transferência do controle acionário das empresas estatais ou por meio do contrato de concessão em sua forma tradicional (*Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 293-295).

³ Thiago Marrara observa que “A figura das empresas estatais que, do ponto de vista lógico, deveria ser utilizada apenas para intervenção direta na economia, passou a exercer o papel dos órgãos estatais tradicionais, principalmente das autarquias, assumindo atividades tipicamente públicas e que deveriam ser sujeitas a regime publicístico. Ora, nesse contexto, não se poderia deixar de indagar: qual o regime jurídico a que se sujeitam as empresas estatais que prestam atividades tipicamente públicas?” (Os bens das empresas estatais na obra de Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 71, jan./jun., 2010, p. 245)

concessão e à descentralização com particular enfoque no que diz respeito aos bens utilizados para a prestação do serviço.

Desde já, deve-se ter em mente que a transferência da execução do serviço à pessoa jurídica de direito privado não implica supressão absoluta do regime jurídico administrativo. Ao mesmo tempo, nota-se uma aproximação entre o regime jurídico das empresas privadas prestadoras de serviço público integrantes da administração indireta e o das empresas particulares concessionárias desse serviço.

3 Regime jurídico da execução indireta de serviços públicos

A transferência da prestação de serviços públicos à pessoa jurídica de direito privado (concessionária ou empresa estatal) implica na derrogação do regime jurídico de direito público existente na prestação direta dessa atividade pelo Estado.

Tradicionalmente, o regime jurídico administrativo é fortemente marcado pela presença do poder extroverso conferido à Administração Pública, a fim de que ela possa atender às diversas finalidades que lhe incumbem⁴.

Ao mesmo tempo, esse regime também é caracterizado pelo respeito aos direitos fundamentais como forma de limitar o uso das prerrogativas mencionadas e de proteger o cidadão de abusos estatais. Daí, a sua definição como um regime de prerrogativas e sujeições. Inicialmente, somente o Estado, como pessoa jurídica de direito público, poderia ser titular dessas prerrogativas e, portanto, apto a desenvolver atividades que desafiam esse tipo de comando.

No que tange aos serviços públicos, somente pessoas jurídicas de direito público investidas das aludidas prerrogativas poderiam, *v. g.*, instituir servidões ou promover desapropriações para garantir a observância dos princípios da continuidade e da universalidade.

Ocorre que a transferência da prestação de serviços públicos a particulares levou a uma necessária alteração dessa lógica. Afinal, se as empresas privadas não pudessem

⁴ No Brasil, é bastante difundida a concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o regime jurídico administrativo, segundo a qual esse regime jurídico estaria calcado nos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos (*Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 55). Por outro lado, Carlos Ari Sundfeld não visualiza identidade científica no conjunto de normas que compõem o direito administrativo. Para esse jurista, “com a incrível diversificação das tarefas da Administração contemporânea, é difícil encontrar elementos jurídicos comuns a todas elas. São atuações muitíssimo variadas, com regimes bastantes diversos – complexos, cada qual deles – e irreduzíveis a alguns elementos essenciais e comuns” (*Direito Administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 35-36).

dispor de algumas prerrogativas de direito público, como poderiam desenvolver atividades que demandam o exercício de autoridade?⁵

Isso porque, mesmo sendo executados por particular, os serviços públicos não podem perder as suas características de generalidade, essencialidade, continuidade, modicidade tarifária, relevância, isonomia e satisfação de necessidades coletivas (GUERRA, 2004).

Com isso, observa-se uma alteração do regime jurídico dos serviços públicos concedidos, que passou a ser um regime parcialmente público ou parcialmente privado. Desse modo, as concessionárias e as empresas estatais, mesmo submetidas a regime jurídico privado, passaram a dispor de prerrogativas inerentes à prestação dos serviços, sobretudo daquelas relacionadas à continuidade e à universalização dessas atividades, entre as quais convém destacar a possibilidade de instituir servidões e promover desapropriação sobre o patrimônio de outros particulares⁶.

De outro lado, o Estado também passou a se valer de diversos institutos de direito privado para atingir o interesse público como o consensualismo e a transação⁷. Nesse sentido, convém lembrar da possibilidade de uso de arbitragem para resolução de controvérsias decorrentes dos contratos de concessão de serviços públicos⁸.

Sabino Cassese reconhece que o direito administrativo é dotado de uma parte de autoridade e de uma parte convencional, formando um direito misto composto por princípios de outros ramos do direito (CASSESE, 2004, p. 909).

⁵ Faço constar a opinião de Vitor Rhein Schirato de que não seria possível demarcar a existência de serviços públicos com apoio em um regime jurídico especial, pois, em um contexto liberalizado, o regime de serviço público será muito próximo ao de direito privado de qualquer atividade econômica. Isso porque, nas palavras do autor, “os processos de liberalização e abertura pelos quais os serviços públicos passaram nos últimos anos, tornou-se muito dificultosa a identificação de um regime jurídico típico de serviço público e um regime típico das atividades econômicas”. Acrescenta ainda o autor que esse cenário “predica a igualdade de condições de todos os agentes, colocando em cheque a existência de um regime jurídico próprio, demarcador das características essenciais do serviço público”. (*Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 127-128)

⁶ Ver art. 31, VI da Lei nº 8.987/95: “Art. 31. Incumbe à concessionária: [...] VI - promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato”.

⁷ Nesse sentido, convém transcrever o entendimento de Vitor Rhein Schirato: “Atualmente, não há como se falar em uma separação rígida entre regimes público e privado. Estes se confundem e se misturam; os critérios tradicionais de separação não conseguem responder a situações hoje presentes. Por vezes a privados são conferidas prerrogativas típicas de direito público – como a condução de processos de urbanização, nos quais serão satisfeitos interesses meramente empresariais do particular e interesses públicos –, ao mesmo tempo em que a administração pública se vale da transação e do consensualismo para atingir o interesse público, abrindo mão de suas prerrogativas”. (*Livre iniciativa nos serviços públicos*, op. cit., p. 51-52)

⁸ Tal possibilidade decorre do art. 23-A da Lei nº 8.987/95, incluído pela Lei nº 11.196, de 2005: “O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996”.

Os serviços públicos concedidos à empresa privada e os serviços públicos descentralizados a empresas públicas sofrem os influxos dessa lógica. Portanto, essa atividade é exercida por meio de regras de direito público e de direito privado.

Nota-se, dessa forma, que a prestação de serviços públicos aproxima os regimes jurídicos das concessionárias e das estatais prestadoras de serviço público. Essa aproximação não é sinônimo de igualdade, pois cada qual conserva as suas peculiaridades. No próximo tópico, demonstrar-se-á como essa aproximação se estende ao regime jurídico dos bens das concessionárias e das estatais prestadoras de serviço público, também guardadas as devidas especificidades, que levam até mesmo à mutação do conceito de bem público.

4 Bens públicos e sua afetação à prestação de serviços públicos

O conceito legal de bens públicos é dado pelo art. 98 do Código Civil, que considera como públicos *os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.*

Nota-se, desse modo, que a legislação brasileira adotou o critério subjetivo, calcado na titularidade, para a definição dos bens públicos. Como consequência, são públicos os bens pertencentes a União, Estados, Municípios, Distrito Federal e autarquias, que são as pessoas de direito público interno. Os bens pertencentes às empresas estatais, que são pessoas jurídicas de direito privado, e às concessionárias de serviço público, também de personalidade privada, são particulares. Como consequência, a eles são aplicadas as regras do Código Civil e não as regras de Direito Administrativo.

No entanto, como demonstrado no tópico anterior, para que o serviço público seja prestado com vistas à continuidade e à universalização, ele não poderá prescindir da utilização de regras de direito público para o seu exercício. Se o ordenamento jurídico não conferisse ao ente prestador dessa atividade o poder de expropriar bens privados para a expansão da rede prestadora, os serviços públicos não alcançariam a universalização. Do mesmo modo, se não houvesse proteção jurídica ao patrimônio empregado para a prestação dos serviços, *v. g.*, impedindo que eles fossem penhorados e excutidos em hasta pública, a sua continuidade restaria comprometida.

O critério subjetivo de definição dos bens públicos adotado pelo Código Civil, calcado na titularidade das pessoas de direito público interno, afasta as entidades de natureza jurídica privada do regime jurídico necessário para a prestação de serviços públicos, o que demonstra a sua insuficiência para tratar dessa questão.

Por essa razão, Gaspar Ariño Ortiz critica o uso do critério patrimonial para a definição de bem público, pois entende que em direito público seria mais importante a “função”,

o destino e o fim das coisas do que sua titularidade formal. Para ele, o sentido do direito administrativo é a ordenação dos interesses coletivos, de modo que ao Estado não importa acumular patrimônio, mas deter “potestade” sobre ele. Com isso, ele vislumbra um modo de *publicatio* sobre as coisas que se produz não pelo dado de sua titularidade, mas pelo dado de sua funcionalidade ou, se preferir, pelo fato de sua afetação ao serviço público. Em suma, a afetação funcionaria não como título de propriedade, mas como um título de *potestade* sobre ela.

O autor espanhol entende que essa concepção é mais coerente com o atual modelo de Estado, que utiliza bens alheios para a realização de suas tarefas. Com isso, esses bens estarão *submetidos a um regime jurídico misto, no qual se entrecruzam títulos públicos (a vinculação ao serviço, que está submetida ao direito público) e privados (o regime jurídico geral do bem, no qual não interfira tal situação)* (ARIÑO ORTIZ, 2011).

No Brasil, tais dilemas foram percebidos por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que notou a incongruência da opção subjetivista do Código Civil com a continuidade da prestação dos serviços públicos. Por essa razão, a autora afasta uma interpretação literal do Código Civil e analisa a natureza dos bens das empresas estatais à luz do disposto no art. 173, § 1º da Constituição Federal⁹. Segundo seu entendimento, esse dispositivo diz respeito somente à intervenção direta do Estado na economia, não se relacionando às demais atividades estatais. Sendo assim, na omissão da lei, às empresas estatais prestadoras de serviço público empregam-se os princípios de direito público inerentes ao direito administrativo, inclusive em matéria de bens públicos.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro não nega totalmente a aplicação do Código Civil aos bens das estatais prestadoras de serviços públicos. As regras de direito privado seriam utilizadas em relação aos bens *que não estão diretamente afetados à execução dessa atividade*, pois a sua ausência não comprometeria a continuidade da prestação de serviços públicos; já os bens *afetados* à sua execução estão sujeitos *ao mesmo regime jurídico aplicável aos bens públicos de uso especial* (DI PIETRO, 1988, p. 175).

Ao analisar esse posicionamento de Maria Sylvia Zanella di Pietro, Thiago Marrara observa que o regime jurídico de um bem estatal não pode ser determinado somente pela natureza jurídica desse bem (pública ou privada). Além disso, é preciso examinar a função prática exercida por ele. Como consequência, é possível que o bem estatal seja privado e esteja em regime predominantemente semelhante ao dos bens públicos, tal

⁹ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...] II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

como ocorre em relação aos bens das empresas estatais (MARRARA, 2010, p. 251-252).

Nota-se semelhança entre os entendimentos esposados por Maria Sylvia Zanella di Pietro e Gaspar Ariño Ortiz, que aproximam o conceito de bens públicos do critério funcional. Além disso, ambos os autores identificam a presença de um regime jurídico misto (público e privado) aplicável a esses bens.

Floriano de Azevedo Marques Neto reconhece que a concepção funcionalista melhor se coaduna com o regime de direito público aplicável aos bens estatais¹⁰. Além disso, segundo esse autor, o critério funcional é mais coerente com a hodierna configuração da Administração Pública e com o crescente uso de mecanismos de cooperação, parceria e delegação de atividades públicas a particulares. Ele também observa que essa concepção amplia o rol de bens passíveis de se sujeitarem ao regime público e que, embora seja próprio da doutrina e da jurisprudência, também encontra fundamento no direito positivo, *v. g.*, na definição de patrimônio público dada pela Lei de Ação Popular e pela Lei de Responsabilidade Fiscal que, de alguma maneira, incluem as empresas estatais em suas definições.

O autor se refere aos bens pertencentes a pessoas jurídicas de direito privado abrangidos pelo regime público como *bens públicos em sentido impróprio*, pois se submetem a um regime total ou parcialmente derogatório do Direito Comum, embora pertencentes a entes privados (MARQUES NETO, 2009, p. 157/160).

Observamos que a maior parte da doutrina e da jurisprudência sobre a aplicação do critério funcional para a definição dos bens públicos no direito brasileiro considera somente as empresas estatais. No entanto, esse critério também alcança os bens das concessionárias de serviço público afetados à prestação de serviços públicos¹¹.

5 Regime jurídico dos bens empregados na prestação de serviços públicos

¹⁰ Ao mesmo tempo, o autor reconhece insuficiência da concepção funcionalista e aponta quatro críticas à sua aplicação aos bens públicos no direito brasileiro: I) ela leva a um déficit de legalidade, pois colide com o disposto no art. 98 do Código Civil e tampouco existe norma legal disciplinando a propriedade pública; II) incerteza quanto ao domínio privado; III) dificuldade de identificação de várias destinações a um mesmo bem (e conseqüentemente de aplicação de regimes jurídicos distintos sobre eles), já que esse critério tende a tratar os bens públicos de maneira estanque; IV) ela não consegue justificar os bens dominicais como públicos nos termos do art. 99, III do Código Civil, o que só é possível por meio da concepção dominial. (*Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 127-128)

¹¹ Segundo Florian de Azevedo Marques Neto, “[...] os mesmos argumentos funcionalistas que são empregados para conferir caráter público aos bens das estatais empregados em atividades de interesse geral podem ser aplicados também aos bens de entes privados, não integrantes da Administração Pública, que desempenhem atividade considerada de relevância pública” (Ibid, p. 166).

A aproximação e a publicização do regime de bens das estatais e das concessionárias prestadoras de serviços públicos analisadas ainda conservam algumas peculiaridades. No entanto, a análise dos elementos que compõem o regime jurídico dos bens públicos – inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade – demonstra que essas diferenças tendem a desaparecer, especialmente no que se refere à impenhorabilidade.

A inalienabilidade, mesmo no que se refere aos bens públicos em sentido próprio (aqueles pertencentes à pessoa jurídica de direito público), é sempre relativa nos termos do art. 100 do Código Civil, que prevê que *os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar*. Isso quer dizer que a inalienabilidade está jungida à afetação do bem a uma utilidade pública. Se houver a desafetação, o bem pode ser alienado, ocasião em que passa a integrar o domínio privado do Estado.

Razão diferente não assiste aos bens das concessionárias e das empresas públicas. Se houver a substituição dos bens empregados na execução da atividade, os insumos substituídos passarão à qualidade de bens privados da empresa prestadora de serviços. Desse modo, poderão ser livremente alienados. Isso pode ocorrer nos casos de depreciação dos bens empregados na concessão e em caso de atualização tecnológica. Naturalmente, essa substituição deve ser acompanhada e autorizada pelo poder concedente diretamente ou por meio de órgão regulador independente (GUERRA, 2004).

Feita a desafetação, as concessionárias poderão alienar seus bens livremente, enquanto as estatais deverão se submeter ao procedimento licitatório. Além disso, aos bens das concessionárias, aplica-se a reversão prevista pelos arts. 35, § 1º e 36 da Lei nº 8.987/95¹². Os bens reversíveis correspondem aos bens das concessionárias afetados à prestação do serviço público e que reverterão ao poder concedente com o término do contrato de concessão.

Quanto à imprescritibilidade, se o bem está em domínio de terceiro, permitindo que se pleiteie usucapião sobre ele, é porque não está sendo empregado na execução do serviço público. Desse modo, a ele não se aplica o regime jurídico dos bens públicos, o que não o livra da prescrição aquisitiva (MARQUES NETO, 2009, p. 184).

Por fim, a impenhorabilidade dos bens das empresas estatais afetados à prestação de serviços públicos tem ampla aceitação doutrinária (DIPIETRO, 1988, p. 184; MARRARA,

¹² Art. 35. [...] § 1º Extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato.

Art. 36. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

2010, p. 251; NASCIMENTO, 2007; PICININ, GOUVEIA, 2006) e jurisprudencial¹³. Tal como demonstrado acima, essa impenhorabilidade é extensível aos bens das concessionárias vinculados à execução dos serviços públicos.

Nota-se que o STF possui reiterada jurisprudência sobre a impenhorabilidade dos bens da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. O fundamento dessas decisões reside na interpretação do art. 173, § 1º da Constituição Federal, que somente é aplicável às empresas estatais exploradoras de atividade econômica¹⁴. Como a ECT presta serviços públicos, sendo que alguns em regime de monopólio, não lhe seria aplicável esse dispositivo. Além disso, esse entendimento considera aplicável o regime de precatórios do art. 100 da Constituição Federal para o adimplemento das condenações judiciais que os Correios vierem a sofrer.

Naturalmente, o regime de precatórios previsto no art. 100 da Constituição Federal não pode ser aplicado às concessionárias de serviços públicos, o que seria uma peculiaridade do regime jurídico de seus bens afetados à execução de sua atividade-fim em relação às empresas estatais.

Ocorre que, em decisão mais recente, o STF, ao julgar o Recurso Extraordinário 599628/DF, considerou inaplicável o regime de precatórios a sociedades de economia mista que executam atividades em regime de concorrência ou que tenham como objetivo distribuir lucros aos seus acionistas, mesmo que prestadoras de serviços

¹³ O Supremo Tribunal Federal possui reiterada jurisprudência a respeito do regime dos bens dos Correios, a exemplo do seguinte precedente: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IMPENHORABILIDADE DE SEUS BENS, RENDAS E SERVIÇOS. RECEPÇÃO DO ARTIGO 12 DO DECRETO-LEI Nº 509/69. EXECUÇÃO. OBSERVÂNCIA DO REGIME DE PRECATÓRIO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. À empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-lei nº 509/69 e não incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. 2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF, Pleno. RE 220906/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 16/11/2000, DJ 14-11-2002, p. 15)

¹⁴ Mais uma vez convém citar a opinião divergente de Vitor Rhein Schirato no sentido de que o art. 173 e o art. 175 da Constituição Federal não tratam de matérias distintas. Para ele, a prestação de serviços públicos do art. 175 tem fundamento no art. 173. A diferença entre esses dispositivos não reside em uma reserva de atividade de um ou de outro ao Estado e tampouco no regime jurídico, mas na obrigatoriedade de uma prestação do Estado no caso do art. 175 e de uma faculdade no caso do art. 173 (op. cit. p. 132). Como consequência, ele entende que os serviços postais não constituem monopólio da União (ibid., p. 215/216).

públicos¹⁵. Isso porque haveria favorecimento das estatais com a aplicação de um regime diferenciado de pagamento. Portanto, os bens da estatal em questão, mesmo os utilizados na prestação do serviço público, estariam sujeitos à penhora.

Observa-se que, nesse acórdão, o STF considerou mais importante a preservação da igualdade de concorrência entre os agentes econômicos do que a preservação da continuidade do serviço público. Portanto, o critério da afetação do bem à prestação da atividade deixou de ser utilizado para a definição do seu regime jurídico nos casos em que o serviço público é prestado de forma concorrencial.

Tal entendimento confere uma nova forma de aplicação ao critério funcionalista adotado para a definição dos bens das empresas estatais, pois ele ficaria excepcionado nos casos em que os serviços são executados por mais de um prestador.

Mutatis mutandis, a aplicação dessa tese aos bens das concessionárias de serviços públicos levaria à conclusão de que eles também não serão considerados como públicos quando os serviços estiverem sendo prestados em regime de competição¹⁶, sob pena de criar privilégios entre os concorrentes.

Desse modo, a aplicação desse precedente às empresas concessionárias que atuam em regime de competição afastaria a utilização do critério funcional aos bens que elas empregam na prestação do serviço público concedido, aproximando-os do regime jurídico de direito privado.

A consequência direta dessa tese levaria ao esvaziamento das prerrogativas conferidas aos bens das concessionárias e das empresas públicas prestadoras de serviços em regime de competição, já que a extensão de privilégios a um dos competidores implicaria em favorecimento não tolerado pelo princípio da livre concorrência.

¹⁵ FINANCEIRO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PAGAMENTO DE VALORES POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. INAPLICABILIDADE DO REGIME DE PRECATÓRIO. ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL CUJA REPERCUSSÃO GERAL FOI RECONHECIDA. Os privilégios da Fazenda Pública são inextensíveis às sociedades de economia mista que executam atividades em regime de concorrência ou que tenham como objetivo distribuir lucros aos seus acionistas. Portanto, a empresa Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. – Eletronorte – não pode se beneficiar do sistema de pagamento por precatório de dívidas decorrentes de decisões judiciais (art. 100 da Constituição). Recurso extraordinário ao qual se nega provimento. (STF, Pleno. RE 599628/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Rel. p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa, j. em 25/05/2011, DJe-199, pub. em 17-10-2011)

¹⁶ Na doutrina nacional, Vitor Rhein Schirato formulou tese sobre a livre iniciativa nos serviços públicos, o que permite que eles sejam prestados em regime de livre competição. A prestação concorrencial poderá ser prestada com ou sem assimetria de regime jurídico. No primeiro caso, poderá ocorrer concorrência entre o Estado e particulares ou entre particulares (*Livre iniciativa nos serviços públicos*, op. cit., p. 277/292)

Segundo essa vertente, a continuidade dos serviços públicos não restaria comprometida diante da existência dos demais prestadores. Assim, se a constrição patrimonial inviabilizar a prestação do serviço público por um dos competidores, a população ainda poderá se socorrer aos demais agentes prestadores, fazendo com que a atividade continue sendo prestada normalmente.

Nota-se, desse modo, que subsistem poucas diferenças entre o regime jurídico das estatais e das concessionárias de serviço público. Além disso, as peculiaridades remanescentes não são de grande relevância.

6 Conclusão

Conforme demonstrado, a prestação de serviços públicos de forma indireta, por meio de pessoas jurídicas de direito privado, levou a uma mutação do regime jurídico de direito público. Com isso, regras de direito público e de direito privado passaram a ser aplicadas concomitantemente e em simbiose para a disciplina dessa atividade.

No que diz respeito aos bens utilizados para a prestação desses serviços, houve uma aproximação do critério funcional para a sua definição e delimitação de seu regime jurídico. Como consequência, houve uma aproximação entre o regime jurídico dos bens das empresas concessionárias de serviço público e o regime jurídico dos bens das empresas estatais, quando afetados à execução dessa atividade.

Recentemente, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 599628/DF, o STF passou a dar nova aplicação ao critério funcional para a definição dos bens das empresas estatais, o que também se aplica aos bens das concessionárias. Nesse novo entendimento, ficou expressamente consignado que a utilização, pelo Estado, das garantias soberanas necessárias à proteção do regime democrático, do sistema republicano e do pacto federativo é incompatível com a livre iniciativa e com o equilíbrio concorrencial. *O direito de buscar o lucro é essencial ao modelo econômico adotado na Constituição, tendo como perspectiva o particular, e não o Estado.*

Esse novo entendimento aproxima ainda mais o regime dos bens das estatais, mesmo os utilizados na prestação de serviços públicos, aos bens privados, como forma de preservação da livre concorrência e da livre iniciativa, dando nova aplicação do critério funcionalista. Além disso, ele destoa do entendimento até então consolidado em relação aos bens dos Correios, em relação aos quais está consagrada a aplicação do regime de precatórios.

No entanto, como esse novo entendimento ainda não foi reiterado, parece prematuro afirmar que houve uma alteração definitiva do entendimento da Corte Suprema. Ao contrário, parece que o entendimento do STF sobre o regime jurídico dos bens das empresas estatais e das concessionárias prestadoras de serviços ainda está em

mutação e acomodação diante do cenário econômico liberal e do novo papel assumido pelo Estado nesse contexto. Resta, portanto, aguardar e acompanhar a evolução desse entendimento.

7 Referências bibliográficas

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. A afetação de bens ao serviço público. O caso das redes. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, v. 258, set./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=78571>>. Acesso em: 5 jun. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CASSESE, Sabino. Tendenze e problemi del diritto amministrativo. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milão, A. Giuffrè, v. 54, n. 4, out./dez., 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. Natureza jurídica dos bens das empresas estatais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 30, dez. 1988, p. 175.

GUERRA, Sérgio. A reversibilidade dos bens nas concessões de serviços públicos. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, n. 8, ano 2, out./dez., 2004, Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12792>>. Acesso em: 4 jun. 2014.

KANAYAMA, Rodrigo Luís. Empresas estatais e o regime de precatórios. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 10, n. 37, p. 251-262, jan./mar. 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MARRARA, Thiago. Os bens das empresas estatais na obra de Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 71, jan./jun., 2010.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 14. ed. São Paulo: RT, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. Empresa pública e a inadequação do seu conceito legal: regime tributário e de bens. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo

Horizonte, ano 7, n. 74, abr. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=39983>>. Acesso em: 4 jun. 2014.

PICININ, Juliana de Almeida; GOUVÊA, Cybele Oliveira e Souza de. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público: impenhorabilidade dos bens afetados ao serviço. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 55, jul. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=36436>>. Acesso em: 4 jun. 2014.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.