

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

RAFAEL VINICIUS PERCEGONA KLOCK

**IMPENHORABILIDADE DOS BENS PRIVADOS QUANDO CONCESSIONÁRIOS
DE SERVIÇO PÚBLICO**

CURITIBA

2021

RAFAEL VINICIUS PERCEGONA KLOCK

**IMPENHORABILIDADE DOS BENS PRIVADOS QUANDO CONCESSIONÁRIOS
DE SERVIÇO PÚBLICO**

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito do Centro
Universitário Curitiba**

Orientadora: Ana Luiza Chalushak

CURITIBA

2021

RAFAEL VINICIUS PERCEGONA KLOCK

**IMPENHORABILIDADE DOS BENS PRIVADOS QUANDO CONCESSIONÁRIOS
DE SERVIÇO PÚBLICO**

Monografia apontada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito do Centro Universitário Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos
professores:

Orientadora: Ana Luiza Chalusnhak

Professor Membro da Banca

Curitiba, __ de _____ de 2021

A meus pais, Ana e Marcelo, por estarem
sempre presentes e me apoiarem nessa
caminhada

AGRADECIMENTOS

Uma longa jornada foi trilhada desde o primeiro dia de faculdade até a apresentação desse trabalho. Agradeço a todos os professores que participaram desse processo de aprendizagem, em especial a minha orientadora, Ana Luiza Chalusnhak, por ter me acompanhado tanto em sala de aula, como na realização desse projeto.

Aos meus amigos Juliano Faria Franceschi, por ter vivenciado o cotidiano acadêmico sempre ao meu lado, e Gustavo Henrique Ramos Fadda, por me mostrar os encantos do Direito.

RESUMO

Tem como propósito, o presente trabalho, com fundamento nos princípios do Direito Administrativo, averiguar a possibilidade de não ser possível realizar a penhora de bens privados quando concessionários de serviços públicos. Para melhor analisar o tema, faz-se necessário se debruçar sobre os conceitos e fundamentos envolvidos em alguns temas jurídicos relacionados ao assunto, dentre eles: serviço público, concessão, bens, fase de execução, para além disso, com base em julgado recente proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, analisar a relação da Teoria da Aparência aos temas em questão. A finalidade, dessa forma, é apresentar que a razão da impenhorabilidade dos bens públicos vai muito além de uma mera garantia patrimonial dos entes públicos, uma vez que se solidifica no Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado, sendo assim, tal garantia também pode ser estendida para os particulares, portanto, através de breve estudo processual, demonstrar o momento adequado para defesa dos bens, mas também, a luz do novo Código de Processo Civil, exemplificar meios alternativos à penhora a fim de não haver frustração das relações obrigacionais.

Palavras-chave: impenhorabilidade. Serviço público. Concessão. Bens públicos. Teoria da Aparência.

Abstract

The purpose of this paper, based on the principles of Administrative Law, is to investigate the possibility of not being able to seize private property when concessionaires of public services. In order to better analyze the theme, it is necessary to look at the concepts and fundamentals involved in some legal issues related to the subject, among them: public service, concession, assents, execution phase, in addition, based on recent judgment rendered by the Superior Court of Justice, to analyze the relation of the Theory of Appearance to the themes in question. The purpose, therefore, is to demonstrate that the reason for the impenetrability of public goods goes far beyond a mere patrimonial guarantee of the public entities, since it is solidified in the Principle of the Supremacy of Public Interest over Private Interest, consequently, this guarantee can also be extended to private individuals, therefore, through a brief procedural study, demonstrate the appropriate moment for the defense of assents, but also, in the light of the new Civil Procedure Code, exemplify alternative means of attachment in order to there is no frustration of mandatory relationships.

Keywords: Untenability. Public service. Concession. Public assets. Theory of Appearance.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 SERVIÇO PÚBLICO	10
2.1 PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO	12
2.1.1 Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado	12
2.1.2 Dever Inescusável do Estado	14
2.1.3 Eficiência	15
2.1.4 Impessoalidade	16
2.1.5 Continuidade	16
2.1.6 Publicidade	17
2.1.7 Motivação	19
2.1.8 Modicidade das Tarifas	20
2.1.9 Controle	21
2.2 CLASSIFICAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS	21
2.3 TITULARIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS	23
2.4 PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO	24
3 CONCESSÃO	26
3.1 EXTINÇÃO DA CONCESSÃO	30
3.2 RESPONSABILIDADE DO CONCESSIONÁRIO	34
4 OS BENS	36
4.1 BENS E SUA CLASSIFICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO ATUAL	38
4.2 BENS PÚBLICOS	43
5 A TEORIA DA APARÊNCIA	50
6 A FASE DE EXECUÇÃO	53
6.1 CUMPRIMENTO DE SENTENÇA QUE RECONHECE A EXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA	54
6.2 CUMPRIMENTO DE SENTENÇA QUE RECONHECE A EXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, DE NÃO FAZER OU DE ENTRAGAR COISA	55
6.3 EXECUÇÃO DE TÍTULOS EXTRAJUDICIAIS	57

6.4 MEIOS ALTERNATIVOS DE EXECUÇÃO À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	59
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	62
REFERÊNCIAS	65

1 INTRODUÇÃO

Entre os princípios que integram a base do Direito Administrativo, um deles é o Princípio da Supremacia do Interesse Coletivo sobre o Interesse Privado, em face de tal princípio, a Administração Pública está incumbida, por lei, a realizar certas atividades destinadas a satisfazer a coletividade, como estipula o Princípio da Legalidade. Ocorre que, por meio da concessão, o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, nos termos da Lei nº 8.987 de fevereiro de 1995.

O texto constitucional, em seu artigo 5º, inciso XXXV, assegura que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito. Dessa forma, a Carta Magna estipula o Direito de Ação através do Devido Processo Legal. O processo jurisdicional divide-se em duas grandes etapas: na primeira, o órgão estatal diz o direito; na segunda, executa-se o direito reconhecido. Vale ressaltar que, por vezes, o direito pode ser executado de início. Para assegurar esta execução, o artigo 831 do Código de Processo Civil, assegura a realização de penhora sobre tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado. Acontece que, tendo em vista a redação do artigo 100 do Código Civil, os bens públicos são inalienáveis, portanto, são impenhoráveis.

Conforme constatado pelo Conselho Nacional de Justiça, em pesquisas publicadas no seu site, as demandas judiciais vêm aumentando com o decorrer dos anos, tal cenário pode ocasionar um processo que envolva, em um dos polos, um prestador de serviço público. Caso este seja condenado, para garantir o pagamento de sua dívida, seus bens podem vir a ser penhorados, ou seja, os bens que prestam serviço público serão bloqueados e, eventualmente, alienados.

Com base nos princípios do Direito Administrativo, o presente trabalho objetiva-se, a partir do estudo legislativo doutrinário, a entender melhor os conceitos envolvidos no tema, quais sejam: serviço público, concessão, bens e execução processual. Além disso, traz uma breve análise sobre meios alternativos à execução.

2 SERVIÇO PÚBLICO

Entender o significado de Serviço Público é de vital importância para o Direito Administrativo Brasileiro, uma vez que o assento constitucional de tal expressão confere uma parcela de deveres do Estado Brasileiro perante a sociedade.

Ocorre que, historicamente, como observou Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 699), a noção de Serviço Público já obteve diversas acepções: subjetiva, objetiva e formal. Os autores franceses clássicos consideravam o Serviço Público como a “pedra angular do Direito Administrativo”, sendo relevante ora na noção fundamentadora de todo o Direito Público, ora como critério para repartição de competências entre a jurisdição administrativa e o Conselho de Estado da França.

Atualmente ainda não há, de forma uniforme na doutrina, um conceito de Serviço Público. Importante trazer, entretanto, a perspectiva da Doutrina Italiana acerca do tema. Para os autores italianos, a Administração Pública é obrigada a garantir certos serviços à comunidade, ocorre que, a evolução das tarefas e funções do Estado, como defendem os autores, tem acarretado um crescimento das áreas de intervenção deste, com vista a ajudar os cidadãos e o reequilíbrio socioeconômico. Dessa forma, a intervenção pública se torna, além de um dever do Estado, essencial em setores específicos da vida coletiva, o que não exclui, segundo os doutrinadores, a participação da iniciativa privada. Ocorre que, a atividade de prestação de um Serviço Público adquire tamanha importância que deve ser flanqueada pela Administração Pública, nesse sentido, a doutrina italiana destaca o aspecto organizacional, dado que, como cabe ao Estado assegurar e satisfazer certas necessidades, deve ele preparar as estruturas necessárias e identificar as formas de prestação mais adequadas para os Serviços Públicos. Concluem, os autores italianos, que o serviço é público não somente por ser realizado pela Administração Pública, mas na medida que é prestado ao público para satisfazer as necessidades da comunidade, assim sendo, os italianos classificam o Serviço Público como Essencial, quando necessário para o desenvolvimento da comunidade, ou como Social, quando visa proteger ou promover o bem estar dos indivíduos. Na visão da Doutrina Italiana, portanto, a prestação do Serviço Público deve promover a melhoria na qualidade, garantindo a proteção dos utilizadores de tal serviço.

Necessário destacar que a doutrina italiana defende que a prestação do Serviço Público deve ser executada da melhor forma possível sempre visando garantir a proteção dos cidadãos e dos usuários, inclusive quando prestada por associados seguindo a forma e os requisitos da lei.

Sob a ótica da doutrina brasileira, Hely Lopes Meirelles trata o tema da seguinte forma:

Serviço Público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples convivências do Estado¹.

Maria Sylvia Zanella di Pietro (2006, p. 86 e 87) aborda a concepção de serviço público sob duas óticas. A primeira, de forma ampla, baseada nos dizeres clássicos de Mário Masagão, no sentido de que o Serviço Público é toda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins, incluindo nesse contexto a atividade judiciária e administrativa. A segunda perspectiva se dá em sentido estrito, como sendo as atividades exercidas pela Administração Pública, excetuando-se das funções legislativas e jurisdicional.

Nas palavras de Marçal Justen Filho, Serviço Público é:

Uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamento, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público.²

Celso Antônio Bandeira de Mello, de forma mais completa, traz o seguinte conceito de Serviço Público:

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 323.

² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 687.

Serviço Público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinentes a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público.³

Importante destacar que, segundo o ilustre professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 702), a noção de Serviço Público se compõe, necessariamente, de dois elementos. Como primeiro elemento observa-se o Substrato Material que trata da prestação da utilidade ou comodidade ao administrado, sem tal elemento o serviço não seria “público”, ou seja, não seria voltado a satisfazer os interesses coletivos. O segundo é o Traço Formal, este elemento determina a submissão a um regime jurídico-administrativo, o que confere caráter jurídico à noção de Serviço Público.

2.1 PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Como consequência do ângulo formal do Serviço Público, conforme explica Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 706), alguns princípios do Direito Administrativo Brasileiro se aplicam a fim de garantir o regime jurídico que paira sobre o tema, dentre eles destacam-se os seguintes: Supremacia do Interesse Público Sobre o Interesse Privado, Prestação Inescusável do Estado, Adaptabilidade, Impessoalidade, Continuidade, Transparência, Motivação, Modicidade das Tarifas e Controle.

2.1.1 Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado

Princípio geral do direito inerente a qualquer sociedade, na visão de Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 99), esta é a Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado. Apesar de ser condição de existência da própria sociedade não está especificado em um dispositivo da Constituição. Proclama a superioridade

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33ª edição. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 699.

do interesse da coletividade, firmando a permanência desde sobre os interesses particulares, como condição de garantia deste último. No campo da Administração, tal princípio irradia nas seguintes consequências: posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo nas relações com os particulares; posição de supremacia do órgão nas mesmas relações; restrição ou sujeições especiais no desempenho da atividade de natureza pública.

A Posição Privilegiada encarna os benefícios que a ordem jurídica confere a fim de assegurar conveniente proteção aos interesses públicos instrumentando os órgãos que os representam para o melhor desempenho de sua função. A Posição de Supremacia prevê uma verticalidade nas relações entre a Administração e particulares, ou seja, o Poder Público se encontra em situação de autoridade como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto. Nesse sentido, oportuno transcorrer o excelente comentário feito pelo professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

A manifestação da vontade do Estado, internamente, se faz, de regra, de forma unilateral, tendo e, vista o interesse estatal, como expressão do interesse do todo social, em contraposição a outra pessoa por ela atingida ou com ela relacionada. E, mesmo quando as situações jurídicas se formam acaso por acordo entre partes de posição hierárquica diferente, isto é, entre o Estado e outras entidades administrativas menores e os particulares, o regime jurídico a que se sujeitam é de caráter estatutário. Portanto, a autonomia da vontade só existe na formação do ato jurídico. Porém, os direitos e deveres relativos à situação jurídica dela resultante, a sua natureza e extensão são regulamentados por ato unilateral do Estado, jamais por disposição criadas pelas partes. Ocorrem, através de processos técnicos de imposição autoritária da sua vontade, nos quais se estabelecem as normas adequadas e se conferem os poderes próprios para atingir o fim estatal que é a realização do bem comum. É a ordem natural do Direito interno, nas relações com outras entidades menores ou com particulares.⁴

Conforme ensinou Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 74), as restrições ou sujeições refletem o comprometimento com os interesses da sociedade, em nome dos quais erige barreiras defensivas contra quem quer que esteja no desempenho da atividade estatal, seja o próprio Estado agindo diretamente ou por meio de entidades

⁴ MELLO, 2016 apud MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Conceito de Direito Administrativo**. Revista da Universidade Católica de São Paulo, XXVII/36. 1964. p. 72.

de sua Administração indireta, seja ele um particular investido de funções públicas (como os concessionários de serviço público).

Cumprir destacar ainda, conforme defende Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 100), acerca da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado, que as prerrogativas dessa supremacia não são manejáveis ao sabor da Administração, são na verdade “deveres-poderes”, isto porque a atividade administrativa é desempenho de “função”, estando presente apenas quando alguém está sujeito ao dever de buscar, no interesse de outrem, o atendimento de certa finalidade. Ditos poderes são atribuídos, única e exclusivamente, para propiciar o cumprimento do dever a que estão submetidos, dessa forma são conferidos como meios impostergáveis ao preenchimento da finalidade que o exercente de função deverá suprir. A Administração Pública está vinculada, por lei, a cumprir certas finalidades, estas são obrigatórias e visam o interesse da coletividade. Onde há função, não há autonomia da vontade, o que há é uma sujeição a uma finalidade previamente estabelecida, no caso o cuidado com o interesse público. Tendo em vista essa distinção entre o interesse público e o interesse das pessoas estatais, os autores italianos trazem uma diferença entre o interesse público propriamente dito, denominado interesse primário; e o interesse secundário, este é pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega aos cuidados do Estado como representante do corpo social. Por esta razão que os sujeitos da administração, ao exercer função, devem buscar o atendimento do interesse alheio, qual seja, o da coletividade.

2.1.2 Dever Inescusável do Estado

Nota-se que o Estado não pode se abster de prestar certos serviços tidos com indispensáveis à sociedade, é o que consagra o Princípio da Prestação Inescusável do Estado. O desempenho da atividade pública, conforme entendimento trazido por Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 83), traduz a situação de “dever” em que se encontra a Administração, o interesse público não está à disposição da vontade do administrador, pelo contrário, apresenta-se para ele sob a forma de um comando. Dessa forma tem-se que a atividade administrativa é de caráter serviente e por isso

sujeita-se ao dever de continuidade no desempenho de sua ação, uma vez que a Administração é curadora de determinados interesses que a lei define como públicos e que o interesse que à administração incumbe zelar encontra-se acima de quaisquer outros e, para ela, tem o sentido de obrigação. A prestação de certos serviços, portanto, é dever inescusável do Estado, devendo ele promovê-la diretamente ou indiretamente mediante autorização, concessão ou permissão.

2.1.3 Eficiência

A atividade administrativa exige, segundo Hely Lopes Meirelles (2005, p. 96), presteza, perfeição e rendimento funcional. Segundo o autor, o Princípio da Eficiência é o mais moderno dentre os princípios da atividade administrativa, uma vez que não basta apenas a legalidade para que os serviços públicos atinjam resultados positivos e satisfatórios.

No mesmo sentido se posiciona Maria Sylvia Zanella di Pietro (2006, p. 76), acrescenta a autora que a Eficiência é um princípio que se soma aos demais princípios da administração pública, não podendo se sobrepor a nenhum outro, especialmente ao da legalidade. Para a professora, o princípio em questão apresenta dois aspectos: na atuação do agente público, uma vez que se espera dele o melhor desempenho possível em suas atribuições para que os resultados sejam os melhores possíveis; em relação ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública, visto que o fim dessa é alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

De forma mais conservadora, Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 126) observa que o Princípio da Eficiência não pode ser contemplado senão nos limites da legalidade, dado que, segundo o autor, a busca de eficiência nunca justifica abandono daquilo que é o dever administrativo por excelência. O Princípio da Eficiência, para o ilustre mestre administrativista, é um aspecto do Princípio da Boa Administração, no sentido de desenvolver a atividade administrativa do modo mais adequado aos fins a serem alcançados, através da escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los da forma mais idônea.

2.1.4 Impessoalidade

Nos dizeres do professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 117), tal princípio traduz a ideia de que cabe a Administração Pública tratar os administrados sem discriminações benéficas ou detrimen-tosas. Segundo o autor, a Impessoalidade é tradução da própria isonomia consagrada nos artigos 5º e 37 da Constituição Federal.

Para a professora Maria Sylvia Zanella di Pietro (2006, p. 62), a Impessoalidade pode ser observada tanto em relação aos administrados quanto em relação à própria Administração Pública. Com relação aos administrados, sustenta a autora que o princípio está relacionado com a própria finalidade pública que norteia a atividade administrativa, no sentido de que a Administração Pública não pode atuar visando beneficiar ou prejudicar certos indivíduos, uma vez que é o interesse público a base da atividade. O aspecto relacionado com a própria Administração Pública, na visão da professora, significa que os atos administrativos são imputáveis ao órgão da Administração Pública, uma vez que as realizações governamentais não são do funcionário, mas da entidade pública em nome de quem as produz.

Hely Lopes Meirelles (2005, p. 92) sustenta que a Impessoalidade é o próprio Princípio da Finalidade, segundo o qual impõe ao administrador público que a realização do ato é unicamente para atingir o objetivo indicado expressamente na norma de direito, dessa forma, a Finalidade terá sempre um objetivo certo e inafastável: o interesse público. Assim sendo, sustenta o autor, como se exige que o ato seja praticado com finalidade pública, o administrador fica impedido de buscar interesse próprio ou de terceiros, veda-se, assim, a prática dos atos administrativos sem interesse público.

2.1.5 Continuidade

Entende, Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 84), que a Continuidade decorre do Princípio da Obrigatoriedade da Atividade Pública, segundo o qual, a atividade administrativa traduz situação de dever em que se encontra a Administração

Pública, uma vez que o interesse público não está sujeito a vontade do administrador, pelo contrário, segundo o autor, apresenta-se sob a forma de um comando posto que estabelecido em lei. Dessa forma, como aponta o ilustre professor, a Administração Pública sujeita-se ao dever de Continuidade no desempenho de sua ação, dado que é curadora de determinados interesses definidos em lei como públicos, cuja defesa é, em verdade, dever da administração, devendo a continuidade prevalecer em quaisquer condições.

De forma mais simples, mas com extrema exatidão, Maria Sylvia Zanella di Pietro (2006, p. 65) aborda a Continuidade. A autora entende que o serviço público é a forma pela qual o Estado desempenha funções essenciais ou necessárias a coletividade, não podendo, dessa forma, ser paralisado. A ilustre professora enumera consequências importantes de tal princípio, quais sejam: proibição de greve nos serviços públicos, que passou de uma vedação absoluta para uma mais branda nos termos do artigo 37, inciso VII da Constituição Federal; necessidade de institutos como a suplência, a delegação e a substituição para preencher as funções públicas temporariamente vagas; impossibilidade de se invocar a *exceptio non adimpleti contractus* para aqueles que contratam, com a Administração Pública, a execução de serviços públicos; faculdade que se confere à Administração Pública de utilizar os equipamentos e instalações da empresa que com ela contrata para assegurar a continuidade do serviço; possibilidade de encampação da concessão de serviço público.

2.1.6 Publicidade

Na visão de Hely Lopes Meirelles (2005, p. 94), todo ato administrativo deve ser público, porque pública é a administração, só se admitindo o sigilo nos casos previstos em lei. Para o autor, o Princípio da Publicidade dos atos e contratos administrativos visa proporcionar conhecimento e controle para os interessados diretos e para os indivíduos em geral. Como princípio da Administração Pública abarca toda atuação do Estado, não apenas sob o aspecto de divulgação oficial dos atos, mas também visa propiciar o conhecimento da conduta interna dos agentes, atingindo, dessa forma, todos os atos concluídos ou em formação. Segundo o professor, os atos

e contratos que omitirem ou desatenderem a publicação não deixam apenas de produzir seus efeitos regulares, como também se expõe a invalidação por falta desse requisito de eficácia e moralidade.

Enraizado no artigo 37 da Constituição Federal, segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro (2006, p. 66), o Princípio da Publicidade exige ampla divulgação dos atos praticados pela administração Pública, com ressalva as hipóteses de sigilo previstas em lei. A autora sustenta ainda que o próprio artigo 5º da Carta Magna traduz outros preceitos que confirmam ou restringem o princípio em questão, dentre as que restringem enquadram-se: defesa da intimidade ou interesse social (inciso LX); sigilo de fonte quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV); hipóteses em que o sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, ainda que versem sobre interesse particular ou coletivo (inciso XXXIII). Confirmam a publicidade as seguintes hipóteses: *habeas data* (inciso LXXII); direito a informação; direito de petição as Poderes Públicos e obtenção de certidões em repartições públicas, independentemente do pagamento de taxas, quando para defender direito, contra ilegalidade ou abuso de poder, esclarecimento de situações pessoais (inciso XXXIV).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 117), não pode haver em um Estado Democrático de Direito, ocultamento de assuntos que interessam a coletividade, muito menos aos indivíduos diretamente afetados. Ensina o autor que o princípio está previsto expressamente no artigo 37 da Constituição Federal, e é regulamentado pela Lei nº 12.527 de 18 de novembro de 2011. Sustenta ainda que na esfera administrativa, só se admite o sigilo quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, nos termos do artigo 5º, inciso XXXIII do texto constitucional. Com base na Lei de Acesso à Informação, ora citada, Celso Antônio Bandeira de Mello se posiciona no sentido de que o direito à informação incide sobre quaisquer entidades governamentais, bem como entidades privadas que recebam recursos públicos, tendo direito ao acesso, gratuito, qualquer cidadão ou pessoa jurídica.

2.1.7 Motivação

Cabe a Administração Pública, com base em tal princípio, nos dizeres de Maria Sylvia Zanella di Pietro (2006, p. 73), indicar os fundamentos de fato e de direito em suas decisões, sendo formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos. Não há, segundo a professora di Pietro (2006, p. 74), forma específica para Motivação, podendo ser feita de forma concomitante, ou não, ao ato, bem como ser proferida por órgão diverso daquele que proferiu a decisão.

Aponta Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 115), que a motivação implica à Administração Pública um dever de justificar os seus atos com fundamentos de fato e de direito, bem como a relação entre os eventos e a providência tomada. Assim como a professora Maria Sylvia Zanella di Pietro, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que a motivação pode ser prévia ou concomitante à expedição do ato. Para o autor, a motivação tem assento constitucional no artigo 1º, dado que prevê a cidadania com um dos fundamentos da República, como também no artigo 5º, inciso, XXXV, onde é assegurado o direito de acesso a justiça. Assim sendo, segundo sustenta o professor, a motivação é tanto uma afirmação do direito político dos cidadão manifestada nas razões dos atos praticados por serem titulares últimos do poder, como um direito individual de não se sujeitar a decisões arbitrárias, uma vez que não haveria como assegurar o contraste judicial eficaz das condutas administrativas com os princípios da Legalidade, da Finalidade, da Razoabilidade e da Proporcionalidade se não fosse conhecido e explicado os motivos que permitiram reconhecer seu afinamento ou desafinamento com aqueles mesmo princípios. Ausente a Motivação, defende o ilustre professor que os atos administrativos praticados são ilegítimos e inválidos, uma vez que a fundamentação tardia não gera segurança e certeza que os motivos aduzidos efetivamente existiram.

A Motivação, para Hely Lopes Meirelles (2005, p. 99), é uma exigência do Direito Público e da Legalidade Governamental. Sustenta o autor que os Estados modernos organizam e autolimitam, através das leis, seus poderes em relação aos indivíduos, havendo uma tendência de substituição da vontade individual pela vontade jurídica, isto é, o comando da lei, uma vez que para o Direito Público a vontade do administrador é irrelevante se não estiver fundamentada no direito e na lei. Dessa forma, como bem pondera o professor, se ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, todo ato do Poder Público deve trazer a demonstração de sua base legal e de seu motivo, sendo assim, através da Motivação

o Administrador Público indica os fatos que ensejam o ato e os preceitos jurídicos que autorizam sua prática. Meirelles salienta ainda que em certos atos administrativos derivados do poder discricionário a justificção será dispensável, bastando evidenciar a competência para o exercício do poder e a conformação do ato com o interesse público pressuposto de toda atividade administrativa.

2.1.8 Modicidade Das Tarifas

Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 706) preceitua que dada a atribuição de relevo feita pelo Estado, ao considerar o serviço tão importante para a coletividade que seria um despropósito com o próprio corpo coletivo, que para desfrutar do serviço, devessem pagar importâncias demasiadamente onerosas. Dessa forma, segundo o autor, a modicidade, a qual tem embasamento na Lei de Concessão de Serviços Públicos nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, aconselhada não apenas para as tarifas, como também as taxas. Tal entendimento se deve ao fato de que no Brasil, conforme aponta o ilustre professor, a maioria da população vive em estado de pobreza, sendo necessário, para que o serviço público cumpra com sua função jurídica natural, que a remuneração ocorra por valores baixos, em contrapartida, esse processo dificulta a obtenção de resultados bem sucedidos abrindo margem ao movimento das privatizações.

O presente princípio, segundo entendimento de Marçal Justen Filho (2012, p. 702), defende a cobrança da menor tarifa possível face aos custos necessários à oferta do serviço adequado. Na visão do autor, não se concebe um serviço sofisticado se o custo torne inviável a fruição dos usuários. Dessa maneira, como sustenta o professor, a Modicidade significa, por meio da menor tarifa possível, assegurar o acesso dos usuários ao serviço, não podendo o concessionário prestar o serviço de forma deficitária.

2.1.9 Controle

Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro (2006, p. 64), para que seja assegurado a administração indireta o Princípio da Especialidade, foi necessário a elaboração do Princípio do Controle, através do qual a administração direta exerce fiscalização das atividades dos referidos entes, com o intuito de garantir a observância de suas finalidades. A autora destaca que se coloca em confronto a independência das entidades, uma vez que dispõe de finalidades próprias definidas em lei e patrimônio próprio destinado a tal fim, em face do controle para que o ente federativo que instituiu a entidade de administração indireta se assegure de que ela está em conformidade com os fins justificadores de sua criação.

A visão de Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 707) vai no sentido de que a Administração Pública se sujeita a diversos controles com o intuito de impedir que ela se afaste de seu objetivo, que ignore as balizas legais e que ofenda interesses públicos. Nesse diapasão, ensina o autor que existem tanto controles internos impostos pela própria administração, como controles que são exercidos em relação as pessoas jurídicas auxiliares do Estado. Salienta o ilustre professor que o controle de maior importância é feito pelo Poder Judiciário, quando se trata de contrastar a conduta administrativa com as normas que a presidem.

Controle para Hely Lopes Meirelles (2005, p. 327) é todo aquele feito pelo Executivo ou pelos órgãos de administração dos demais Poderes sobre suas próprias atividades, com a intenção de mantê-las dentro da lei, segundo as necessidades do serviço e as exigências técnicas e econômicas de sua realização. Busca-se com o Controle, segundo o autor, que a atividade pública se realize com legitimidade e eficiência para atingir a satisfação das necessidades coletivas. Esse Controle, como bem aponta o ilustre professor, deriva do poder-dever de autotutela que a administração tem sobre seus próprios atos e agentes, sendo exercido interna ou externamente, que pode culminar com a anulação, revogação ou alteração dos atos, bem como com a punição dos agentes.

2.2 CLASSIFICAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Segundo Hely Lopes Meirelles (2005, p. 324), classificam-se os Serviços Públicos levando em conta a essencialidade de sua prestação. Os Serviços Públicos Propriamente Ditos são aqueles que a Administração presta diretamente à sociedade, uma vez que reconhece a essencialidade e necessidade para a sobrevivência do todo social e do próprio Estado, tais serviços são considerados privativos do Poder Público, devendo ser prestado apenas por ele, ou seja, para esses serviços não cabe a delegação para terceiros.

Nos Serviços de Utilidade Pública (MEIRELLES, 2005, p. 324) o Ente Estatal reconhece uma conveniência para os membros da coletividade, nesse caso pode prestá-los diretamente ou através de terceiros, nas condições regulamentadas e sob seu controle, mas por conta e risco dos prestadores.

Os Serviços Próprios do Estado (MEIRELLES, 2005, p. 325) são aqueles que se relacionam diretamente com as atribuições dos Entes Estatais e para executá-los o Poder Público faz jus de sua autoridade sobre os administrados, por esse motivo deve ser prestado apenas pelos órgãos ou entidades públicas. Serviços Impróprios (MEIRELLES, 2005, p. 325) do Estado afetam substancialmente as necessidades da sociedade, mas satisfazem interesses comuns do corpo social, por esse motivo a Administração os presta, de forma remunerada, por seus órgãos ou entidades descentralizadas, ou delega sua prestação para concessionários, permissionários ou autorizados. Nos Serviços Administrativos (MEIRELLES, 2005, p. 325) atendem-se necessidades internas do Poder Público.

Os Serviços Industriais (MEIRELLES, 2005, p. 326) são aqueles que produzem renda para quem os presta, essa modalidade de serviço só pode ser prestada pelos Entes Públicos quando “necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”, como disposto no artigo 173 da Constituição Federal.

O Serviço *Uti Universi* (MEIRELLES, 2005, p. 326) não tem usuários determinados, dessa forma a Administração presta para atender a coletividade, para isso devem ser mantidos através de impostos. No Serviço *Uti Singuli* (MEIRELLES, 2005, p. 326) é possível mensurar a utilização pelo particular, nesse caso, desde que implantados, geram direito subjetivo à sua obtenção para todos os administrados que

se encontrem na área de sua prestação ou fornecimento e satisfaçam as exigências regulamentares, são remunerados por taxa ou tarifa.

2.3 TITULARIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Superada a questão principiológica e a classificação dos Serviços Públicos, faz-se necessário tecer comentários a respeito da Titularidade da Prestação do Serviço Público. Conforme ensinado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 709), apesar do Estado ser o titular dos Serviços Públicos, não significa que deva, obrigatoriamente, prestá-los por si ou por órgão seu quando detenha titularidade exclusiva do serviço. Assim o Estado tanto pode prestar o Serviço Público como poderá promover-lhe a prestação, conferindo às entidades estranhas ao aparelho administrativo, titularidade para desempenhar o serviço em questão.

Segundo critérios técnicos e jurídicos realiza-se a repartição das competências para a prestação do Serviço Público pelas entidades estatais (União, Estado Membro, Município e Distrito Federal), leva-se em consideração os interesses próprios de cada esfera administrativa, a natureza e extensão dos serviços, bem como a capacidade para executá-los da melhor forma possível, tanto para a Administração quanto para os administrados.

O artigo 21 da Constituição enumera os serviços que a União, de forma privativa, deve prestar, dentre eles: serviço de telecomunicação (inciso XI); radio difusão sonora (inciso XII, a); instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água (inciso XII, b); infraestrutura aeroportuária (inciso XII, c); transporte rodoviário, ferroviário e aquaviário (inciso XII, d, e); portuário (inciso XII, f). Cumpre destacar que o inciso XII prevê a possibilidade da prestação dos Serviços Públicos por entidades privadas. Ainda sobre a titularidade da União, cabe a ela, assim como aos demais Entes Federados, a prestação dos serviços relacionados no artigo 23 da Carta Magna, tido como de prestação comum.

A competência dos Estados Membros não está discriminada na Constituição da República, todavia, por força do Artigo 25, parágrafo 1º do texto constitucional se extrai as competências de tal Ente Federado:

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.⁵

Cabe, também, aos Estados Membros a prestação dos serviços comuns elencados no artigo 23 da Constituição.

Sobre os Municípios, importante transcrever o ensinamento dado pelo professor Hely Lopes Meirelles, com base no artigo 30 da Constituição Federal:

A competência do Município para organizar e manter Serviços Públicos locais está reconhecida constitucionalmente como um dos princípios asseguradores de sua autonomia administrativa.⁶

Com base nos dizeres do autor, o interesse do Município deve ser predominante em relação ao eventual interesse do Estado Membro ou da União.

2.4 PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

Dentro de sua respectiva seara, como defende Hely Lopes Meirelles (2005, p. 334), o Ente Federal pode realizar a prestação do Serviço público das seguintes formas: centralizado; descentralizado; desconcentrado; execução direta e execução indireta.

⁵ BRASIL. **Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14 de setembro de 2020.

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 333.

Cumprido destacar, para a presente pesquisa, dois meios de prestação de serviço, o Descentralizado e a Execução Indireta. A primeira hipótese engloba todo serviço que o Poder Público transfere à titularidade ou execução, por outorga ou delegação, a autarquias, fundações, empresas estatais, empresas privadas ou particulares individualmente. Existe outorga quando o Poder Público cria uma entidade e, por lei, transfere a ela determinado Serviço Público; delegação, por outro lado, é quando a Administração transfere, por contrato (concessão) ou ato unilateral, unicamente a execução do serviço, para que o particular preste à sociedade em seu nome e por sua conta e risco, nas condições regulamentares e sob controle estatal. A descentralização pode ser territorial, geográfica ou institucional (MEIRELLES, 2005, p. 334).

Na Execução Indireta o responsável pela prestação do Serviço Público é o terceiro que a realiza segundo condições regulamentares. Este meio de realização do Serviço Público pode ser empregado tanto pelos Entes Públicos como por aqueles a quem foi transferido a prestação, ou seja, as empresas privadas e os particulares que recebem o Serviço Público para prestar aos destinatários, podem, em certos casos, executar indiretamente o serviço contratando-o com terceiros (MEIRELLES, 2005, p. 336).

Pelo exposto no capítulo conclui-se que o invólucro de Serviço Público tem relação com os anseios sociais respectivos de certo grupo social, em certo tempo e lugar, levando em consideração os princípios inerentes à administração pública. Para isso, a ordem jurídica pré-estabelecida determina quais os serviços tidos como necessários e nomeia os responsáveis pela prestação destes, uma vez que o “dever-poder”, inerente a Administração, impõe uma função ao Ente Público que tem sua autonomia da vontade limitada pois deve buscar satisfazer os interesses coletivos. Por vezes tais serviços, tido como públicos, podem ser realizados pelos particulares através de um contrato firmado com a Administração.

3 CONCESSÃO

Segundo o dicionário, concessão é uma ação ou efeito de colocar algo a disposição. Sobre um aspecto jurídico, concessão é um gênero que tem como uma das espécies a concessão de serviço ou obra pública. Para o presente trabalho, necessário analisar os aspectos específicos da Concessão de Serviço Público, segundo a qual, na visão do advogado e professor Fernando Vernalha Guimarães (2014, p. 67), o ente público transfere parcelas de sua competência com vistas ao atendimento de certos serviços públicos. Observa-se que essa transferência será formalizada através de contrato, podendo ou não ser precedido de obra pública nos termos da Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995.

A Concessão de Serviço Público vem regulada pela Lei nº 8.987 de 1995, o inciso II do artigo 2º traz um conceito sobre o tema:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.⁷

Para Maria Sylvia Zanella di Pietro (2006, p. 267), não existe um pensamento uniforme sobre a definição do instituto da Concessão. Segundo sustenta a autora, existem três vertentes de pensamento: na primeira aparecem os seguidores da doutrina italiana, atribuindo ao tema uma concepção ampla de modo a englobar qualquer ato unilateral ou bilateral da Administração Pública ao outorgar direitos ou poderes a um ente particular. A segunda corrente de pensamento distingue a Concessão entre Translativa, passagem de um bem ou de um direito do Estado para o concessionário, e Constitutiva, onde o detentor de um poder amplo, o Estado, constitui em favor do particular um poder menos amplo. Por derradeiro, a corrente de pensadores que atribuem um pensamento mais restritivo, considerando que

⁷ **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Lei de Concessões. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 21 de setembro de 2020.

Concessão é a delegação de poderes para prestação de serviços públicos, da qual filia-se o presente trabalho.

Em obra específica sobre o tema, Fernando Vernalha Guimarães conceitua da seguinte forma:

Concessão de Serviço Público presta a conceder temporariamente a gestão de serviços ou obras públicas delegáveis a particulares, pela via contratual de natureza bilateral, estruturados economicamente a partir de receita tarifária cobrada dos usuários, mas admitindo-se receitas alternativas na composição da remuneração do concessionário.⁸

Marçal Justen Filho traz a seguinte definição acerca do tema:

A concessão comum de um serviço público é um contrato plurilateral de natureza organizacional e associativa, por meio da qual a prestação de um serviço público é temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil mediante remuneração extraída do empreendimento.⁹

O ilustre professor Celso Antônio Bandeira de Mello traz a seguinte definição:

É o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.¹⁰

Na visão de Hely Lopes Meirelles, Concessão é:

⁸ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de Serviço Público**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 65.

⁹ JUSTEM FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 714.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33ª edição. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 729.

Delegação contratual da execução do serviço na forma autorizada e regulamentada pelo Executivo. O contrato de concessão é ajuste de Direito Administrativo, bilateral, oneroso, comutativo e realizado *intuitu personae*. Com isto se afirma que é um acordo administrativo, com vantagens e encargos recíprocos, no qual se fixam as condições de prestação do serviço, levando-se em consideração o interesse coletivo na sua obtenção e as condições pessoais de quem se propõe a executá-lo por delegação do poder concedente. Sendo um contrato administrativo, como é, fica sujeito a todas as imposições da Administração necessárias à formalização do ajuste, dentre as quais a autorização governamental, a regulamentação e a licitação.¹¹

Como se observa nas definições ora apresentadas, a Concessão trata-se de delegação para execução de um Serviço Público. Nesse sentido, como bem observa Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 738), só há concessão quando o Estado considera o serviço em causa como próprio e privativo do Poder Público, sendo necessário que sua prestação não tenha sido reservada exclusivamente ao próprio Poder Público. O autor ressalta que apenas as pessoas jurídicas de direito público podem ser titulares da atividade, o que se transfere para o concessionário é, tão só e simplesmente, o exercício da atividade.

No mesmo sentido se posiciona Hely Lopes Meirelles:

Pela concessão o poder concedente não transfere propriedade alguma ao concessionário, nem se despoja de qualquer direito ou prerrogativa pública. Delega apenas a execução do serviço público, nos limites e condições legais ou contratuais, sempre sujeita a regulamentação e fiscalização do concedente.¹²

Nesse diapasão, Fernando Vernalha Guimarães (2014, p. 69) vai além, para o autor o desempenho da concessão pressupõe a organização de um conjunto de meios materiais e jurídicos vocacionados ao correto e adequado funcionamento do serviço público, cabendo ao concessionário promover todos os recursos materiais necessários a operacionalizar o serviço durante toda a vigência da concessão. Essa autonomia de gestão do concessionário tem, em contra partida, o desempenho do controle estatal sobre a operação da gestão do Serviço Público; o concessionário cria,

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 371.

¹² Id.

por si, todas as condições de execução material das prestações voltadas ao atendimento de uma demanda ditada pelo interesse público, ao longo de um largo prazo compatível com a amortização dos investimentos produtíveis à conta do negócio.

Na mesma seara Marçal Justen Filho (2012, p. 731) defende que a concessão de serviço público produz o surgimento de uma estrutura material indispensável à execução das atividades relacionadas. Sustenta o ilustre professor que quando há bens privados do concessionário aplicados à execução da concessão, esses bens sujeitar-se-ão a um regime jurídico especial onde se produz a aplicação do regime jurídico dos bens públicos, haja vista a afetação à prestação de um serviço público. Dessa forma, para o autor, esses bens privados serão impenhoráveis.

A respeito da natureza jurídica da Concessão, Celso Antônio Bandeira de Mello assim define:

Uma relação jurídica complexa, composta de um ato regulamentar do Estado que fixa unilateralmente condições de funcionamento, organização e modo de prestação do serviço, ou seja, as condições em que será oferecido aos usuários. Um ato-condição, por meio do qual o concessionário voluntariamente e insere debaixo da situação jurídica objetiva estabelecida pelo Poder Público, e de contrato, por cuja via se garante a equação econômico-financeira, resguardando os legítimos objetivos de lucro do concessionário.¹³

Dessa forma, segundo o ilustre professor (MELLO, 2016, p. 740), a prestação do serviço, para o concessionário é um meio através do qual obtém o fim que almeja: o lucro. Para o Estado, o lucro que propicia ao concessionário é meio por cuja via busca sua finalidade, que é a boa prestação do serviço. Nesse sentido, na visão de Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 741), o Estado dispõe, com plena liberdade e do modo que entender mais conveniente para o interesse público, sobre a parte regulamentar do serviço e está preso no que concerne ao elemento verdadeiramente contratual da concessão, que é o equilíbrio econômico-financeiro. Imutável, portanto, o próprio objeto material da Concessão, ou seja, o Serviço Público concedido.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33ª edição. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 739.

3.1 EXTINÇÃO DA CONCESSÃO

As formas de extinção da Concessão estão previstas no artigo 35 da Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, sendo elas: advento do termo contratual; encampação; caducidade; rescisão; anulação; falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual. Oportuno analisar as peculiaridades de cada modalidade.

O advento do prazo fixado no ato da concessão é a maneira mais normal de extinção. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 776), vencido o lapso temporal estabelecido no ato de concessão, finda-se a concessão, sendo que os bens do concessionário aplicados ao serviço público, por força da reversão, englobam-se ao patrimônio do concedente. No mesmo sentido se posiciona Hely Lopes Meirelles (2005, p. 383), para o ilustre professor, com o término do prazo da concessão, o serviço retorna ao Poder Público concedente, assim como os bens, de qualquer natureza, vinculados à execução do serviço público por força da reversão. Salienta o autor que a reversão, por força do artigo 23, inciso X da Lei nº 8.987/95, é cláusula essencial do contrato de concessão, havendo silêncio a Administração Pública concedente terá o direito de receber todo o acervo patrimonial aplicado na prestação do serviço público, sem necessidade de qualquer pagamento.

Encampação, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 777), é forma de encerramento por ato do concedente durante o prazo de concessão, por força de conveniência e oportunidade administrativa. Hely Lopes Meirelles (2005, p. 384) acrescenta a necessidade de haver interesse público envolvido. Estabelece o artigo 37 da Lei 8.987/95 que a Encampação exige pagamento prévio de indenização e autorização legislativa, nesse sentido, segundo o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, compensam-se as importâncias não recebidas e os bens que se reverterão ao concedente.

Havendo inadimplemento do concessionário, como bem explica Hely Lopes Meirelles, falar-se-á em Caducidade (2005, p. 384), Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 778) salienta que essa inexecução, comissiva ou omissiva, dolosa ou

culposa, total ou parcial, acarreta a possibilidade de aplicação de sanções administrativas. Ambos os autores alertam, com base nos parágrafos do artigo 38 da Lei 8.957/95, sobre a necessidade de haver verificação prévia, em processo administrativo pautado em ampla defesa, após notificações do concessionário sobre as falhas do serviço, devendo, caso constatada a Caducidade, ser realizada por decreto do Poder Público Concedente.

Havendo mútuo acordo entre o Poder Concedente e o concessionário para antecipar a extinção da relação jurídica estabelecida, como bem explica Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 776), falar-se-á de Rescisão. Hely Lopes Meirelles (2005, p. 384) entende que existem diversas formas de rescisão, mas a que está prevista nos artigos 35, inciso IV, e 39 da Lei nº 8.987/95 é a Rescisão Judicial, que pressupõe ao concessionário: ação específica para tal fim; comprovação de que o Poder Público Concedente descumpriu com cláusulas contratuais; manter a prestação do serviço até o trânsito em julgado da decisão.

Estará presente hipótese de Anulação quando, conforme ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 779), o serviço for outorgado com vício jurídico e se não houver sido constatada a má-fé, estando o serviço em execução, cabe indenização das despesas efetuadas pelo concessionário. Hely Lopes Meirelles (2005, p.385) defende que Anulação é a invalidade do contrato por ilegalidade na concessão ou na formalização do ato, nesse sentido, não se fala em má execução da concessão, mas em ilegalidade do contrato, daí a razão de que, na visão do autor em contraponto do que defende Celso Antônio Bandeira de Mello, não se impõe a necessidade de indenização com produção de efeitos retroativos.

A Falência será hipótese de extinção da Concessão, segundo sustenta Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 779), uma vez que o concessionário deixa de estar em condições de prosseguir com o serviço, podendo haver deterioração destes, haja vista situação de deficiência na gestão das atividades que se obrigou. Inexistindo empresa, ou não havendo possibilidade de o empresário individual prosseguir com a concessão, seja por sua morte ou por situação de incapacidade, por óbvio que se deve extinguir a concessão.

Destaca-se o previsto nos parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 35 da lei 8.957/95:

§ 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.

§ 2º Extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários.

§ 3º A assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e a utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis.¹⁴

Pelo exposto, ficou estabelecido o instituto da Reversão quando extinta a Concessão. Maria Sylvia Zanella di Pietro traz a seguinte conceituação:

Em qualquer dos casos de extinção da concessão previstos no artigo 35 da Lei nº 8.987 (advento do termo contratual, encampação, caducidade, rescisão, anulação, falência e extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular), é cabível a incorporação, ao poder concedente, dos bens do concessionário necessários ao serviço público mediante indenização (art. 36 da Lei nº 8.987)¹⁵

Como mencionado anteriormente, Hely Lopes Meirelles (2005, p. 383) se posiciona no sentido de correlacionar a reversão diretamente à extinção da concessão por advento do termo contratual. Nesse sentido, sustenta o autor, com base no entendimento acolhido pela jurisprudência pátria, que só estão sujeitos à reversão os bens, de qualquer natureza, vinculados à prestação do serviço não importando se o concessionário, ao longo da vigência do contrato de concessão, formou um montante patrimonial à parte embora oriundo dos ganhos desta relação jurídica, ou seja, se esses bens, mesmo que derivados dos frutos da concessão, se não estiverem vinculados ao serviço e sem emprego na sua execução não seguem, necessariamente, a reversão. O autor atenta para cláusula de reversão prevista no artigo 23 da Lei nº 8.987/95, no tocante a necessidade desta estar presente e devendo prever quais bens, no encerramento do contrato, serão transferidos ao Poder Público concedente e sobre quais condições. Ressalta ainda, o ilustre professor (MEIRELLES,

¹⁴ **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Lei de Concessões. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 21 de setembro de 2020.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 20ª edição. São Paulo: Atlas S/A, 2007. p. 276.

2005, p. 383), que no silêncio do contrato a Administração Pública tem direito de receber todo o montante patrimonial destinado a prestação do serviço público, independentemente de pagamento.

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello assim define o Instituto da Reversão:

Passagem ao poder concedente dos bens do concessionário aplicados ao serviço, uma vez extinta a concessão. Os bens do concessionário, necessários ao exercício do serviço público, integram-se no patrimônio do concedente ao se findar a concessão.¹⁶

O ilustre professor ainda defende que:

a utilidade dos bens aplicados ao serviço só existe para o concessionário enquanto desfruta desta situação jurídica. [...] ao concessionário pequena significação econômica tem o equipamento à prestação do serviço, uma vez finda a concessão. Reversamente, para o concedente eles se constituem na indispensável condição para continuidade do serviço.¹⁷

Nesse diapasão, defende Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 782) que, dado o caráter público do serviço, sua paralisação ou suspensão é inadmissível por ofensa ao Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado. O Poder Público, segundo o autor, atua como guarda e responsável pela defesa dos interesses públicos, dessa forma não pode permitir que estes sejam sacrificados ou postergados em nome de objetivos ou interesses particulares. Defende ainda que quando a concessão se extingue por expiração de prazos, os bens aplicados ao serviço já estarão amortizados e o lucro esperado já terá sido fruído. Conclui com os seguintes dizeres:

se o instrumento da concessão nada dispuser a respeito da reversão, a existência dela se presume e será onerosa ou gratuita para o Poder Público,

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33ª edição. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 781.

¹⁷ Ibid. p. 782.

dependendo de já ter havido, ou não, a amortização total ou parcial do capital representativo do equipamento aplicado ao serviço.¹⁸

Da mesma maneira se posiciona Marçal Justen Filho (2012, p. 732), para o ex-professor da Universidade Federal do Paraná, findo o prazo da Concessão, todos os bens privados utilizados no desempenho do Serviço Público integram-se ao domínio público. A concessão de um serviço público acarreta, na visão do autor (JUSTEN FILHO, 2012, p. 716), a exploração empresarial de uma atividade estatal, ou seja, o ente privado aplicará seus recursos e esforços para prestação da atividade, visando a obtenção do lucro. Dessa maneira, ao término do contrato de concessão, falar-se-á em amortização dos bens reversíveis por meio das tarifas pagas pelos usuários, e caso não tenha ocorrido de forma integral, é assegurado ao concessionário indenização dessa parcela não amortizada (JUSTEN FILHO, 2012, p. 759).

3.2 RESPONSABILIDADE DO CONCESSIONÁRIO

No tocante a responsabilidade, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 784) defende que, como o concessionário gerencia o serviço por sua conta e risco, incumbe a ele responder perante terceiros pelas obrigações contraídas ou por danos causados, e por se tratar de prestação de Serviço Público, a responsabilidade governa-se pelos mesmos critérios e princípios norteadores da responsabilidade do Estado. O ilustre professor defende ainda que existem casos em que o Estado é subsidiariamente responsável pelos danos resultantes da atividade, seja quando o prejuízo causado for derivado diretamente do exercício de um poder cuja utilização só lhe foi possível por investidura estatal, seja quando os danos resultam de atividade diretamente constitutiva do desempenho do serviço, ainda que realizado de modo faltoso (MELLO, 2016, p. 785).

Pelo exposto no capítulo percebe-se que Concessão de Serviço Público é um ato de delegação para execução de serviço próprio e privativo do Ente Público em

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33ª edição. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 783.

favor de um particular. Dessa forma, tendo em vista que o Poder Público busca através da Concessão a melhor prestação do serviço, necessário aplicar, em favor do concessionário, os mesmos princípios aplicados aos entes públicos no tocante a prestação do Serviço Público, ou seja, deve-se observar, nos casos de Concessão do Serviço Público, a Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado. Assim sendo, como será apresentado no capítulo seguinte, há reflexo importante para os bens destinados à prestação do Serviço Público Concedido.

4 OS BENS

A noção do que são bens remonta o Direito Romano. A *res*, para os romanos, significava todos os objetos suscetíveis a trazer uma utilidade ao homem. Segundo o professor Sílvio de Salvo Venosa (2012, p. 293), a palavra *res*, em latim, tem o mesmo sentido que atualmente se dá à palavra coisa na língua portuguesa. Como bem ensina o autor, as coisas são objeto de estudo dos juristas pois podem ser objeto do direito, uma vez que os indivíduos tem liberdade de dispor, usufruir ou até destruir as coisas. Para o Direito Romano, entretanto, o sentido de *res* era mais abrangente pois englobava também as coisas imateriais (VENOSA, 2012, p. 293).

Com a ascensão do imperador Justiniano ao trono romano em 527 d.C., a noção sobre o conceito de *res* começou a mudar. A publicação do *Corpus Iuris Civilis*, especialmente com as Institutas de Justiniano, trouxe a divisão fundamental da *res* romana, as coisas *in patrimonio* e as coisas *extra patrimonium* (VENOSA, 2012, p.293).

Entende-se, por *res in patrimonio*, os bens que entram no patrimônio do indivíduo, os seja, são as coisas, nas palavras de Venosa (2012, p. 294), suscetíveis de propriedade privada. Distinguem-se, ainda, em *res Mancipi* e *res nec Mancipi*; *res Corporalis* e *res Incorporalis*; *res Mobiles* e *res Immobiles*.

As coisas mais úteis, para os romanos, se enquadravam no conceito de *res Mancipi*, dentre elas, os fundos itálicos (solo situado na península itálica e em Roma), bem como os imóveis e as servidões prediais sobre tais fundos, os escravos, os animais de carga ou de trabalho (VENOSA, 2012, p. 294). Dentro da *res nec Mancipi*, enquadravam-se as coisas de menor importância, sendo elas, o dinheiro, metais preciosos, móveis, animais que não se destinavam ao trabalho (VENOSA, 2012, p. 294). A razão de tal distinção, como sustenta Sílvio de Salvo Venosa (2012, p. 294), se dá pois o povo romano primitivo era essencialmente agrícola, dando mais valia a terra e tudo que auxiliava a exploração agrícola, dessa forma o critério de distinção era de ordem econômica. Tal diferenciação, como explica o ilustre professor, teve importância modernamente para separar os bens móveis dos imóveis, sendo esses últimos de maior valor.

A *res corporalis* são as coisas materiais percebidas pelos sentidos (*quae tangi potest*), na visão do professor Silvio de Salvo Venosa (2012, p. 294), não é possível correlacionar todas as coisas corpóreas visto que compreendem tudo o que é material. É *res incorporalis* o que os sentidos não podem perceber, por exemplo, as coisas que consistem em um direito (*quae in iura consistunt*) (VENOSA, 2012, p. 295). Tais direitos, na visão do autor, são suscetíveis de estimação em valor pecuniário no patrimônio dos particulares. A distinção entre coisas corpóreas e incorpóreas, como explica Venosa (2012, p. 295), à época dos romanos, trazia influência sobre a posse uma vez que apenas a *res corporalis* podia ser objeto de posse, que é o poder físico exercido sobre a coisa.

Modernamente, a distinção mais importante extraída do Direito Romano é entre *res mobiles e res immobiles*. O que é passível de deslocamento sem perda ou deterioração é classificado como móvel. Imóvel, em contra partida, são as coisas que não podem se deslocar. Tal distinção, conforme ensinamento do exímio professor Silvio de Salvo Venosa (2012, p. 295), não possuía igual importância para os romanos primitivos, mas, com o desenvolvimento do comércio ganhou relevância. O Código de Justiniano, trouxe, inclusive, diferença de prazos para a usucapião conforme o enquadramento do bem no conceito de móvel ou imóvel.

A *res extra patrimonium* é tudo o que está fora do patrimônio individual, nem é suscetível de apropriação privada. Duas podem ser as modalidades dessa esfera de bens, *res humani iuris*, que diz respeito às coisas de direito humano e *res divini iuris*, que abrange os direitos divinos (VENOSA, 2012, p. 296).

Dentro da *res humani iuris*, se observa a *res communes*, que são os bens, que pela própria natureza, são comuns a todos os indivíduos. As coisas que são de uso comum de todos, mas de propriedade do povo romano, eram conhecidas como *res publicae* (VENOSA, 2012, p. 296).

Em três categorias se distinguia a *res divini iuris*. Os bens consagrados aos deuses romanos eram *res sacrae*. Os lugares destinados aos falecidos consideravam-se *res religiosas*. As coisas que, apesar de não serem destinadas aos deuses, mas que possuíam caráter religioso, ou seja, as coisas que eram colocadas sob a proteção da divindade em geral eram classificadas como *res sanctae* (VENOSA, 2012, p. 296).

4.1 BENS E SUA CLASSIFICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO ATUAL

Todo direito tem um objeto sobre o qual repousa, como ensina o ilustre professor Silvio de Salvo Venosa (2012, p. 299), esse objeto pode recair sobre coisas corpóreas e incorpóreas. O professor Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 138), na mesma linha de raciocínio, sustenta que esse objeto é tudo o que pode se submeter ao poder dos sujeitos de direito, como instrumento da realização de suas finalidades jurídicas.

A definição que Venosa traz para os bens é a seguinte:

entende-se por bens tudo o que pode proporcionar utilidade aos homens. Bem é uma concepção ampla, é tudo que corresponde a nossos desejos, nosso afeto em uma visão jurídica. No campo jurídico, bem deve ser considerado aquilo que tem valor, abstraindo-se daí a noção pecuniária do termo. Para o direito, bem é uma utilidade econômica ou não econômica.¹⁹

Afirma o autor que existe um conteúdo axiológico no vocábulo bem. Defende ainda que bem é uma espécie de coisa, embora, comumente, sejam utilizados como sinônimos (VENOSA, 2012, p. 300).

Bem, na visão de Gonçalves, é:

tudo o que satisfaz uma necessidade humana. Juridicamente falando, o conceito de coisa corresponde ao de bens, mas nem sempre há perfeita sincronização entre as duas expressões. Às vezes, coisas são o gênero e bens, a espécie; outras vezes, estes são gêneros e aquelas, a espécie; outras, finalmente, são os dois termos usados como sinônimos, havendo então entre eles coincidência de significado.²⁰

¹⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil Parte Geral**. 12ª edição. São Paulo: Atlas S/A, 2012. p. 300.

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 125.

Percebe-se aqui um contraponto entre os autores, uma vez que divergem sobre ser, ou não, o bem uma espécie de coisa. Miguel Maria de Serpa Lopes, sustenta que bens e coisas não se confundem, da seguinte forma:

sob o nome de coisa, pode ser chamado tudo quanto existe na natureza, exceto a pessoa, mas como bem só é considerada aquela coisa que existe proporcionando ao homem uma utilidade, porém com o requisito essencial de lhe ficar suscetível de apropriação.²¹

O jusfilósofo Clovis Beviláqua sustenta que:

a palavra coisa, ainda que, sob certas relações, corresponda, na técnica jurídica, ao termo bem, todavia dele se distingue. Há bens jurídicos, que não são coisas: a liberdade, a honra, a vida, por exemplo. E, embora o vocábulo coisa seja, no domínio do direito, tomado em sentido mais ou menos amplo, podemos afirmar que designa, mais particularmente, os bens que são, ou podem ser, objeto de direitos reais. Nesse sentido dizemos direitos das coisas.²²

A Legislação Brasileira trata de forma indiferente ambas as noções, de forma oposta da legislação portuguesa que sustenta, no artigo 202 do Código Português, ser coisa tudo aquilo que pode ser objeto de relações jurídica. O Código Italiano, no seu artigo 810, define que bens são as coisas que podem formar objetos de direitos (VENOSA, 2012, p. 300).

Superada essa fase conceitual, necessário se debruçar sobre as características dos bens.

Assim como no direito romano, a doutrina moderna distingue os bens entre corpóreos e incorpóreos. Segundo Silvio de Salvo Venosa (2012, p. 301), Corpóreos são os bens que os sentidos podem perceber. Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 139) classifica tais bens como aqueles que têm existência física, material e podem ser tangidos pelo ser humano. Segundo Venosa (2012, p. 301), os bens Corpóreos são objeto de compra e venda, uma vez que podem ser transferidos pela tradição. Os

²¹ VENOSA, 2012 apud LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. 4ª edição. São Paulo: Freitas Bastos, 1962. p. 300.

²² GONÇALVES, 2018 apud BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. p. 152.

direitos das pessoas sobre as coisas, sobre o produto do intelecto, ou em relação a outra pessoa, na visão do professor Venosa (2012, p. 301), por não terem existência tangível, são considerados bens Incorpóreos. O exímio magistrado Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 139), salienta que embora tenham valor econômico, os bens Incorpóreos tem existência abstrata ou ideal, o autor sustenta que a alienação de tais bens ocorre através de cessão, uma vez que nessa espécie de negócio jurídico se transfere direitos.

A mais importante classificação dos bens, como sustenta o ilustre professor Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 141), é a distinção entre Móveis e Imóveis. O artigo 82 do Código Civil define bens Móveis como aqueles que suscetíveis de movimento próprio ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou destinação econômico-social. Três são as espécies de bens móveis segundo a doutrina atual: Móveis Por Natureza, segundo Clóvis Beviláqua (GONÇALVES, 2018, p. 144), são os bens que, sem deterioração, por força alheia ou própria, podem ser transportados; Móveis Por Determinação Legal, os bens enumerados no artigo 83 do Código Civil (GONÇALVES, 2018, 145); Móveis Por Antecipação, segundo Venosa (2012, p. 308), são os bens que embora incorporados ao solo, serão separados e convertidos em móveis. Como bem exemplifica Gonçalves (2018, p. 145), são as árvores destinadas ao corte, os frutos ou safras ainda não colhidas. São Imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente, essa é a definição trazida pelo legislador no artigo 79 do Código Civil, dessa forma, sustenta a melhor doutrina que os imóveis podem ser classificados em: Imóveis Por Natureza, o conceito clássico diz que o solo, com sua superfície, subsolo e espaço aéreo é imóvel por natureza, entretanto, como bem observa o professor Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 143), a evolução do conceito de propriedade, à luz da função social, determinou a evolução desse conceito; Imóveis Por Acesso Natural, na visão de Gonçalves (2018, p. 143), a natureza pode fazer acréscimos ao solo, sendo tratados juridicamente como acessórios dele, salienta o autor que mesmo as árvores plantadas pelos seres humanos são acessões naturais; Imóveis Por Acesso Artificial, segundo o dicionário, acessão nada mais é que uma adição, nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 143) sustenta que o homem pode incorporar bens móveis ao solo dando origem às acessões artificiais ou industriais, desde que não se possa retirar sem destruição, modificação, fratura ou dano; Imóveis Por Determinação Legal, trata-se

dos bens descritos no artigo 80 do Código Civil, segundo Gonçalves (2018, p. 144), tratam-se de bens incorpóreos, que não são propriamente nem móveis, nem imóveis. O ilustre professor Silvio Rodrigues ensina que trata-se de uma ficção jurídica, uma vez que a lei atribui a condição de imóveis a certos direitos (GONÇALVES, 2018, p. 144).

A fungibilidade dos bens está relacionada com sua possibilidade de substituição. O Código Civil, em seu artigo 82, define que os bens Fungíveis podem ser substituídos por outros do mesmo gênero, qualidade e quantidade. Venosa (2012, p. 309) defende que são fungíveis as coisas avaliadas e consideradas no comércio em sua massa quantitativa. Beviláqua ensina que a fungibilidade é própria dos bens móveis, uma vez que somente neles pode ser apreciado a equivalência dos substitutos (GONÇALVES, 2018, p. 146). Na visão de Gonçalves (2018, p. 146), por vezes a fungibilidade pode alcançar os imóveis, no caso de ajuste sobre eventual partilha de loteamento. Os bens Infungíveis, como define Venosa (2012, p. 309), são aqueles que não admitem substituição por outros do mesmo gênero, quantidade e qualidade, sustenta o autor que a fungibilidade pode resultar do acordo de vontades ou das condições especiais da coisa, à qual fungível por natureza, atribuir-se-á o caráter de infungível.

O artigo 86 do atual Diploma Civil determina que são Consumíveis os bens móveis cujo uso importa destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados à alienação. Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 146) acrescenta que os bens podem ser consumíveis de fato, cujo uso importa destruição imediata da própria substância, ou de direito, quando o destino do bem é sua alienação. Os bens que admitem uso reiterado, sem destruição de sua substância, nas palavras de Silvio de Salvo Venosa (2012, p. 312) são Inconsumíveis, tal qualidade deve ser entendida no sentido econômico. No mesmo sentido se posiciona Gonçalves (2018, p. 146), o autor sustenta ainda que em verdade a utilização prolongada acaba por consumir qualquer objeto, mas o sentido jurídico é de que será consumível apenas o que desaparece com o primeiro uso. Ambos os autores sustentam que a consuntibilidade do bem decorre de sua destinação econômico-jurídica, que pode ser alterada, ou seja, um bem que originalmente é inconsumível pode se tornar consumível, é o que ocorre nas relações de compra e venda, por exemplo.

Os bens que podem se fracionar sem alteração na sua substância, diminuição considerável de valor, ou prejuízo do uso a que se destinam, segundo o artigo 87 do Código Civil são Divisíveis. Defende Gonçalves (2018, p. 147) que as frações são partes de um todo perfeito e Venosa (2012, p. 314) sustenta que cada segmento repartido mantém as mesmas qualidades do todo. Na visão de Beviláqua, o conceito de divisibilidade adotado pelo diploma civil se adequa bem às coisas corpóreas, mas o direito estendeu a ideia de indivisibilidade às incorpóreas, e até às próprias relações jurídicas (GONÇALVES, 2018, p. 147). A Indivisibilidade dos bens decorre do exposto no artigo 88 do estatuto civil, segundo o qual, serão indivisíveis os bens por determinação legal ou da vontade das partes. A melhor doutrina acrescenta que os bens podem ser naturalmente indivisíveis. Como explica Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 147), a Indivisibilidade por Natureza é característica dos bens que, caso fracionados, perderão sua substância, diminuirão seu valor, ou acarretará no prejuízo do uso; Indivisibilidade por Determinação Legal (GONÇALVES, 2018, p. 147), advém da impossibilidade de divisão expressa na lei, como por exemplo o direito de vários herdeiros sobre a herança nos termos do artigo 1.791 do Código Civil; Indivisibilidade pela Vontade das Partes (GONÇALVES, 2018, p. 148), nesse caso o acordo dos particulares tornará o bem indivisível, desde que não ultrapasse o prazo estabelecido no artigo 1.320 do Código Civil. Segundo Gonçalves (2018, p. 148), a importância dessa distinção se dá no que concerne aos condomínios.

Os bens que, embora reunidos, se consideram per si independentes dos demais, nos termos do artigo 89 do Código Civil, são Singulares. Venosa (2012, p. 315) ensina que os bens Singulares podem ser Simples, quando constituídos de um todo formado naturalmente ou em consequência de um ato humano, ou Compostos, quando vários objetos diferentes se juntam em um só, sem que desapareça a condição particular de cada um. Bens Coletivos, na visão de Clóvis Beviláqua, são os que, compostos por várias coisas singulares, se consideram em conjunto formando um todo (VENOSA, 2012, p. 315). No mesmo sentido se posiciona Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 148), mas o autor sustenta ainda que essa unidade formada passa a ter individualidade própria, distinta dos objetos componentes. A Universalidade de Fato, expressa no artigo 90 do diploma civil, é a pluralidade de bens singulares, pertinentes à mesma pessoa, desde que tenham destinação unitária. Isso decorre, na visão de Gonçalves (2018, p. 148), do fato de que determinados bens só

têm valor jurídico-econômico quando agregados. O artigo 91 do Código Civil conceitua Universalidade de Direito como sendo um complexo de relações jurídicas dotadas de valor próprio. Como ensina o professor Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 148), essa universalidade decorre da lei, uma vez que, para certas pluralidades de bens Corpóreos ou Incorpóreos, a lei atribui o caráter de unidade, exemplo clássico é o caso da massa falida.

Por derradeiro, os bens diferenciam-se, quanto ao titular do domínio, entre Públicos e Privados. Dispõe o artigo 98 do Código Civil que são públicos os bens do domínio nacional pertencentes as pessoas jurídicas de direito público interno. Todos os outros são particulares seja qual for a pessoa a que pertencerem. Assim sendo, considerar-se-ão Privados, de forma exclusiva, os bens que não integrem o conceito de públicos. Sobre os Bens Públicos, necessário aprofundar a questão em capítulo próprio, uma vez que representam papel fundamental para o presente trabalho.

4.2 BENS PÚBLICOS

O professor Hely Lopes Meirelles (2005, p. 498) entende que o conceito de Domínio Público não é uniforme na doutrina. A título de direito comparado, vale analisar os dizeres da Doutrina Italiana sobre o tema. Bens públicos são os que pertencem ao Estado, ou a outro organismo público, destinados a satisfazer diretamente um interesse público. Uma das classificações que os autores italianos trazem para os Bens Públicos é a dos bens de interesse público, que constituem uma categoria ampla que inclui tanto os bens públicos, quanto aos bens pertencentes a entidades privadas, tais bens visam satisfazer diretamente um interesse público. Dessa forma, segundo os autores italianos, Bens do Estado são tanto os bens públicos, como os que, por sua natureza, ou por disposição de lei, servem, diretamente, para satisfação de necessidades coletivas, adquirindo dessa forma condições especiais. Assim como no Brasil, os bens públicos no Direito Italiano são inalienáveis, exceto nas formas e limites da lei, imprescritíveis e impenhoráveis. A doutrina italiana, nesse sentido, defende que as características dos bens estatais também se estendem aos bens destinados, permanentemente, a servir os interesses

públicos, ainda que tais bens sejam particulares, contudo, para que esses bens tenham caráter estatal, é necessário a manifestação da vontade específica contida em lei ou ato administrativo.

Importante salientar que, segundo a doutrina italiana, também fazem parte do Domínio Público os bens pertencentes a terceiros, desde que destinados a realização de direitos pertencentes ao Estado ou a um órgão territorial, visando o interesse público, da mesma forma que se executaria com os bens pertencentes ao Estado.

A legislação brasileira, pelo disposto no artigo 98 do Código Civil, define Bens Públicos da seguinte forma:

Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.²³

Maria Sylvia Zanella di Pietro (2007, p. 612) traz duas classificações para os Bens Públicos. A primeira diz respeito aos Bens do Domínio Público, na qual leva em consideração que não existe diferença de regime jurídico entre os bens de uso comum e os bens de uso especial do Estado, uma vez que ambos estão destinados a um fim público, derivado da própria natureza do bem, ou decorrente da vontade do Poder Público que afeta certo bem ao uso da Administração para realização de atividade que visa beneficiar o corpo coletivo de forma direta ou indireta. Com relação ao conceito de tal classificação, a autora faz menção a concepção elaborada pelo ilustre professor José Cretella Júnior:

O conjunto das coisas móveis e imóveis de que é detentora a Administração, afetados quer a seu próprio uso, quer ao uso direto ou indireto da coletividade, submetidos a regime jurídico de direito público derogatórios e exorbitante do direito comum.²⁴

²³ **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 de fevereiro de 2021.

²⁴ DI PIETRO, 2007 apud CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Domínio Público.** Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 615.

A segunda classificação trazida por Maria Sylvia Zanella di Pietro, diz respeito aos Bens do Domínio Privado do Estado, na qual a autora também utiliza o conceito elaborado pelo professor José Cretella Júnior:

Dominical é vocábulo bem formado, designando o tipo de coisa ou bem que pertence ao *dominus*, senhor ou proprietário. Por isso mesmo, ele usa a expressão para designar a parcela de bens que pertence ao Estado em sua qualidade de proprietário.²⁵

Marçal Justen Filho aborda os Bens Públicos com a seguinte definição:

Bens Públicos são os bens jurídicos atribuídos à titularidade do Estado, submetidos a regime jurídico de direito público, necessários ao desempenho das funções públicas ou merecedores de tal proteção.²⁶

Em sua obra, Celso Antônio Bandeira de Mello traz o seguinte conceito para os Bens Públicos:

Bens Públicos são todos os bens que pertencem às pessoas jurídicas de direito público, isto é, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público, bem como os que, embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público.²⁷

Dessa forma, na visão do ilustre professor, todos os bens que estiverem sujeitos ao mesmo regime público deverão ser havidos como bens públicos, inclusive os bens particulares, quando afetados a uma atividade pública, ficam submissos ao mesmo regime jurídico dos bens de propriedade pública.

No mesmo sentido se inclina Hely Lopes Meirelles, entretanto o autor traz tal definição no tocante ao Domínio Público:

²⁵ Ibid. p. 620.

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 1.035.

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33ª edição. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 942.

A expressão Domínio Público ora significa o poder que o Estado exerce sobre os bens próprios e alheios, ora designa a condição desses bens. A mesma expressão pode ainda ser tomada como conjunto de bens destinados ao uso público, como pode designar o regime a que se subordina esse complexo de coisas afetadas de interesse público.²⁸

Continua o autor:

O Domínio Público em sentido amplo é o poder de dominação ou de regulamentação que o Estado exerce sobre os bens do seu patrimônio, ou sobre as coisas inapropriáveis individualmente, mas de fruição geral da coletividade. Nesse sentido amplo e genérico o Domínio Público abrange não só os bens das pessoas jurídicas de Direito Público Interno como as demais coisas que, por sua utilidade coletiva, merecem a proteção do Poder Público, tais como as águas, as jazidas, as florestas, a fauna, o espaço aéreo e as que interessam ao patrimônio histórico e artístico nacional.²⁹

Percebe-se que o ilustre professor Hely Lopes Meirelles (2005, p. 498) interpreta o conceito de forma ampla, uma vez que, o Domínio Público não abrange apenas os bens dos Entes Públicos, mas também todos os que, pela utilidade coletiva, merecem a proteção do Poder Público. Nesse sentido, quando o concessionário de Serviço Público destina bens de seu patrimônio para a execução de um Serviço Público, ou seja, destina bens privados para satisfazer os anseios do grupo social, tais bens merecem não apenas a proteção do Poder Público, como também devem usufruir das mesmas garantias dos Bens Públicos.

O artigo 99 do Código Civil se dedica a classificação dos Bens Públicos:

Art. 99. São bens públicos:

- I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;
- II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 498.

²⁹ Id.

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

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.³⁰

Para o presente trabalho, necessário ressaltar as características do Bens Públicos de Uso Especial, considerando que, como bem observa Hely Lopes Meirelles (2005, p. 502), tal classificação não é exaustiva dada a crescente ampliação das atividades públicas que a todo momento exigem outros bens para o patrimônio administrativo.

Segundo o professo Hely Lopes Meirelles (2005, p. 503), os Bens de Uso Especial são os que se destinam especialmente à execução dos serviços públicos e, por isso mesmo, são considerados instrumentos desses serviços. Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 944) enfatiza que tais bens são afetados a um Serviço Público, dessa forma, tendo em vista o conceito dado pelo autor, quando tais bens são particulares, entretanto destinados a prestação de um Serviço Público, devem ser considerados como Bens Públicos. Em igual proporção Marçal Justen Filho (2012, p. 1050) defende a ideia de que os bens aplicados ao desempenho das atividades estatais são Bens de Uso Especial.

Caracterizam-se, os Bens Públicos, pela inalienabilidade, impenhorabilidade e imprescritibilidade. Para esta pesquisa, faz-se necessário se debruçar sobre os aspectos específicos da impenhorabilidade.

Estabelece o *caput* do artigo 100 da Constituição Federal:

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.³¹

³⁰ **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 de fevereiro de 2021.

³¹ BRASIL. **Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14 de setembro de 2020.

Dessa forma, como bem ensina o professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 945), a Impenhorabilidade dos Bens Públicos é consequência do disposto no artigo 100 da Carta Magna, ou seja, os bens públicos não podem ser pracedados para que o credor neles se sacie.

Tal disposição se fundamenta no Princípio da Legalidade, acerca de tal princípio, assim conceitua Celso Antônio Bandeira de Mello:

princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito. (...) consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte. A atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei.³²

Continua o autor:

a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Onde administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições.³³

Percebe-se, dessa forma, que tanto o Princípio da Legalidade, quanto o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado, são inerentes ao Estado de Direito, ou seja, em se tratando de um Estado organizado através de leis estarão presentes esses dois princípios. Dessa forma, quando a constituição prevê meio de pagamento específico para os Entes Públicos, em homenagem ao Princípio da Legalidade, os bens públicos não podem ser leiloados, porém, para além disso, tendo em vista que tais bens englobam o patrimônio público, e tal patrimônio está a serviço da sociedade em geral, a previsão legal também homenageia o

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33ª edição. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 103.

³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33ª edição. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 108.

Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Interesse Privado, uma vez que o particular não pode se “saciar” dos bens públicos para quitar seus créditos. Assim sendo, como exposto nos capítulos anteriores, através da concessão o particular passa a exercer a prestação de um serviço público, e como se busca na concessão a melhor prestação de tal serviço, os bens destinados a esses serviços concedidos não podem, tendo em vista o Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Interesse Privado, ser bloqueados ou retirados da esfera patrimonial do concessionário para satisfazer créditos particulares.

5 A TEORIA DA APARÊNCIA

Como apresentado nos capítulos anteriores, fica claro que a Administração Pública pode se utilizar dos bens particulares, através da Concessão, para o exercício dos Serviços Públicos. Dessa forma, como defende o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 943), os bens particulares destinados a prestação de um Serviço Público devem ser considerados como Bens Públicos, por consequência esses bens revestem-se das mesmas garantias que protegem o patrimônio público.

De início, entretanto, faz-se necessário abordar o aspecto civil dado ao patrimônio. Segundo Silvio de Salvo Venosa, o conjunto de direitos reais e de direitos obrigacionais ou pessoais forma os direitos de patrimônio, nesse sentido, ensina o autor:

o patrimônio é o conjunto de direitos reais e obrigacionais, ativos e passivos, pertencentes a uma pessoa. O patrimônio engloba tão só os direitos pecuniários.³⁴

No mesmo sentido se posiciona o ilustre professor Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 139), segundo o autor, o conjunto de bens, de qualquer ordem, pertencentes a um titular, constitui seu patrimônio. Ensina o autor que para Teoria Realista, também conhecida como Teoria da Afetação, o patrimônio é constituído pelos ativos e não é unitário, mas composto por vários núcleos separados, conjuntos de bens destinados a fins específicos (GONÇALVES, 2018, p. 140).

Além do exposto, necessário mencionar a ideia de afetação dos bens. Nos dizeres do civilista Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 154), afetação é o ato pelo qual um bem passa da categoria de bem do domínio privado do Estado para a categoria de bem do domínio público. Segundo ensina o ilustre professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 944), afetação é a preposição de um bem a um dado destino categorial de uso comum ou especial, podendo provir do destino natural

³⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil Parte Geral**. 12ª edição. São Paulo: Atlas S/A, 2012. p. 298.

do bem, ou por ato administrativo que determine a aplicação de um bem dominical ou de uso especial ao uso público.

Na esfera administrativa, Marçal Justen Filho (2012, p. 732) defende que os bens integrantes do patrimônio privado, quando destinados à prestação do Serviço Público, sujeitam-se a um regime jurídico especial, uma vez que essa afetação produz a aplicação do regime jurídico dos Bens Públicos. Assim sendo, como defendido pelo autor, a esfera patrimonial privada destinada à prestação do serviço público não é apenas impenhorável, como também não pode ser objeto de desapossamento compulsório por dívidas do concessionário.

Superado os conceitos introdutórios, aplica-se aos bens privados, quando destinados a execução de Serviço Público, a Teoria da Aparência. Tal teoria ainda é pouco discutida no sistema normativo brasileiro e até mundial, entretanto, em decisão recente proferida no RESP 1070735/RS, o ministro relator Mauro Campbell assim decidiu:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. PÓLO PASSIVO OCUPADO POR CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. PENHORA DE IMÓVEIS. SUBSTITUIÇÃO DE IMÓVEIS POR VEÍCULOS. IMPOSSIBILIDADE. RAZOABILIDADE. ART. 678 DO CPC.

1. A aplicação dos arts. 10, 11 e 15 da Lei n. 6.830/80 e 656 do CPC deve ser feita com razoabilidade, especialmente quando está em jogo a consecução do interesse público primário (transporte), incidindo na espécie o art. 678 do CPC.

2. Por isso, **esta Corte Superior vem admitindo a penhora de bens de empresas públicas (em sentido lato) prestadoras de serviço público apenas se estes não estiverem afetados à consecução da atividade-fim (serviço público)** ou se, ainda que afetados, a penhora não comprometer o desempenho da atividade. **Essa lógica se aplica às empresas privadas que sejam concessionárias ou permissionárias de serviços públicos** (como ocorre no caso). Precedentes.

3. O Tribunal de origem, soberano para avaliar o conjunto fático-probatório, considerou que eventual restrição sobre os bens indicados pela agravante comprometeria a prestação do serviço público, o que é suficiente para desautorizar sua penhora.

4. Agravo regimental não provido. (*AgRg no REsp 1070735/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe 15/12/2008*) (grifos meus)³⁵

³⁵ Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Recurso Especial** nº 1.070.735-RS. Fazenda Nacional e Jotur Auto Ônibus e Turismo Josefense LTDA. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Publicado em 15 de dezembro de 2008. Disponível em:

Para interpretação de tal teoria é preciso considerar o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado, uma vez que quando os bens privados se destinam a prestação de um Serviço Público, eles estão garantindo a execução de atividades de suma importância para a sociedade, ou seja, são destinados ao público como qualquer outro bem que engloba o patrimônio dos entes públicos.

Em artigo específico sobre o tema, o advogado Claudio Lima traz a seguinte conclusão:

É possível concluir que a Teoria da Aparência se desenvolve quando se encontra uma situação de fato que leve um indivíduo ao equívoco consciente, segundo a ordem geral e normal das coisas e situações, e pela impossibilidade do homem médio em saber que realmente aquilo que era não é. Isto é, a aparência se dá quando um acontecimento manifestante faz aparecer como real aquilo que é irreal, ou seja, quando não há uma coincidência entre o fenômeno manifestante e a realidade manifestada.

É por causa dos acontecimentos cotidianos que tal Teoria não deve ser esquecida quando a Administração utiliza os bens privados para a prestação dos seus serviços. Tais bens para o homem médio são bens públicos, apesar de não serem, de terem apenas aparência pública. É por isso, que tais bens privados adquirem duas características dos bens públicos, a alienabilidade condicionada e a impenhorabilidade.³⁶

Percebe-se, portanto que tal teoria visa proteger não apenas o interesse do particular concessionário do Serviço Público, como também o interesse de toda a coletividade, uma vez que os bens utilizados na execução do Serviço Público, pelo Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado, são alcançados pelas mesmas prerrogativas inerentes aos Bens Públicos, logo eles são impenhoráveis.

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2207223/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1070735-rs-2008-0135288-0/inteiro-teor-12225229>>. Acesso em: 21 de setembro de 2020.

³⁶ LIMA, Claudio. **Utilização dos bens particulares pela Administração Pública e a aplicabilidade da teoria da aparência.** Jus Navigandi, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41350/utilizacao-dos-bens-particulares-pela-administracao-publica-e-a-aplicabilidade-da-teoria-da-aparencia>> acessado em 21 de setembro de 2020.

6 A FASE DE EXECUÇÃO

Tendo em vista que um dos temas mais relevantes do presente trabalho é a impenhorabilidade, faz-se necessário tecer breves comentários sobre quando se materializará essa questão e qual será o momento oportuno para o concessionário alegar essa defesa dos bens.

Nos ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior (2019, p.28), as sentenças declaratórias e as constitutivas trazem em si toda carga esperada do provimento jurisdicional. Há, contudo as sentenças que, diante da violação de direito cometida por uma das partes, não se limitam a definir a situação jurídica existente, mas também as pretensões a serem cumpridas em favor do titular do direito subjetivo ofendido. Essas são as sentenças condenatórias e que funcionam como um título executivo judicial capaz de autorizar medidas concretas para o cumprimento de sua decisão.

Define o artigo 513 do Código de Processo Civil que o Cumprimento de Sentença será feito segundo as regras do Título, sendo necessário observar a natureza da obrigação. O rol de Títulos Executivos Judiciais está previsto no artigo 515 do mesmo diploma legal. Humberto Theodoro Júnior se posiciona da seguinte forma:

A expressão cumprimento de sentença a que recorre o Código de 2015 é genérica, pois ao enumerar os títulos judiciais que o podem sustentar arrola não só as sentenças em sentido estrito, prevendo que também as decisões interlocutórias que reconheçam a exigibilidade de obrigação podem desempenhar a mesma função atribuída à sentença no plano da execução forçada.³⁷

O Cumprimento de Sentença só terá início, segundo definição do artigo 513, parágrafo 1º do Código de Processo Civil, com o requerimento do exequente, sendo indispensável, nos termos do artigo 783 do mesmo diploma processual, que a condenação corresponda a uma obrigação certa, líquida e exigível. Dessa forma,

³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil, volume III**. 52ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 19.

como ensina o ilustre professor Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 24), rejeita-se o início do Cumprimento de Sentença por impulso oficial do juiz.

Necessário aprofundar a análise sobre algumas das modalidades do Cumprimento de Sentença e da Execução de Título Extrajudicial.

6.1 CUMPRIMENTO DE SENTENÇA QUE RECONHECE A EXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA

A Obrigação de Pagar Quantia Certa como ensina Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 109), decorre de obrigação originariamente contraída em torno de dívida de dinheiro, ou pode resultar da conversão de obrigação de outra natureza no equivalente econômico, segundo o autor, esse procedimento consiste em uma atividade jurisdicional expropriatória, uma vez que a justiça se apropria dos bens do patrimônio do executado e os transforma em dinheiro, para dar satisfação ao crédito do exequente, e eventualmente, os próprios bens expropriados podem ser utilizados na solução do crédito exequendo. A esse procedimento dá-se o nome de adjudicação.

O Código de Processo Civil admite que o Cumprimento de Sentença por Quantia Certa pode ser definitivo ou provisório, nos termos dos artigos 520 e 523. O Cumprimento de Sentença provisório, explica Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 127), tem caráter excepcional, uma vez que ocorre em face de título executivo judicial impugnado por recurso pendente desprovido de efeito suspensivo, nesse sentido, a situação do credor é passível de modificação posterior. A regra geral é de que o Cumprimento de Sentença se baseia na perfeição do título e no seu caráter definitivo, entretanto, como bem ensina o ilustre professor Humberto Theodoro Júnior, o fundamento da execução provisória está na distinção que pode ser feita entre eficácia e imutabilidade da sentença, nas seguintes palavras:

A lei, em circunstancias especiais, confere eficácia a determinadas decisões, mesmo antes de se tornarem imutáveis. É o que se passa quando o recurso interposto é recebido apenas no efeito devolutivo. São questões de ordem prática que levam o legislador a tal orientação, já que, em algumas ocasiões, seria mais prejudicial o retardamento da execução do que o risco de se alterar

o conteúdo da sentença com o reflexo sobre a situação de fato decorrente dos atos executivos.³⁸

O Cumprimento Definitivo de Sentença, está fundado nos artigos 523 e seguintes do Código de Processo Civil. Para que tenha início ao cumprimento da respectiva obrigação é necessário existir um título executivo judicial que certifique a certeza, liquidez e exigibilidade. Segundo determina o artigo 523 do diploma processual ora mencionado, o executado tem 15 dias para realizar a satisfação do direito do credor. Findo tal prazo, como explica Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 115), haverá expedição automática do mandado de penhora e avaliação de bens nos termos do parágrafo 3º do artigo 523 do CPC. Pode o executado, com base no artigo 525 do mesmo código, oferecer defesa mediante impugnação sem a necessidade de segurança do juízo, dentro das possibilidades de defesa, poderá alegar penhora incorreta nos termos do inciso IV, sendo esta a oportunidade de o concessionário defender o bem destinado a execução de serviço público.

6.2 CUMPRIMENTO DE SENTENÇA QUE RECONHECE A EXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, DE NÃO FAZER OU DE ENTRAGAR COISA

A modalidade de Cumprimento de Sentença relativa à obrigações de fazer e não fazer, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 202), pressupõe que o comando a ser realizado sempre tenha concedido a tutela específica à parte ou determinado as providencias que assegurem o resultado prático equivalente, ou seja, trata-se de procedimento destinado a implementar medidas necessárias à satisfação do exequente, quando não cumpridas espontaneamente pelo devedor da obrigação de fazer ou não fazer certificada no título judicial.

Nesse sentido, ensina Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 181) que as obrigações correspondem à prestação que o devedor fica sujeito a realizar em favor do credor. As obrigações de fazer são tipicamente positivas, pois se concretizam por meio de um ato do devedor, por vezes tal obrigação é infungível, quando cumprida

³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil, volume III**. 52ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 128.

exclusivamente pela pessoa do devedor, ou seja, tem caráter personalíssimo; outras vezes é fungível, pois tanto pode ser cumprida pelo devedor, quanto por outra pessoa. A obrigação de não fazer, segundo entendimento do autor, se perfaz através de uma abstenção, ou seja, deve o devedor manter-se em uma situação omissiva, sendo pela inércia que se cumpre a prestação devida.

O título judicial, conforme entendimento do professor Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 225), determina de que maneira será cumprida a prestação devida, podendo ainda a sentença, nos termos do artigo 536, parágrafo 1º do Código de processo Civil, estabelecer medidas de apoio necessárias, sendo elas: Astreinte, é a multa diária que pode ser fixada, independente de requerimento, para tornar efetiva a condenação proferida nos termos do artigo 537 do diploma processual cível; busca e apreensão; remoção de pessoas e coisas; desfazimento de obras; impedimento de atividade nociva, todas essas outras medidas vêm descritas no parágrafo 1º do mesmo código ora mencionado.

Dispõe o artigo 536, parágrafo 4º, que a defesa do executado, no caso de Cumprimento de Sentença que reconhece a exigibilidade da Obrigação de Fazer ou Não Fazer, far-se-á, no que couber, nos moldes do artigo 525 do mesmo código. Assim sendo, recaindo os meios de apoio sobre bens privados destinados a prestação de serviço público, deve o devedor concessionário se manifestar sobre a proteção deles.

Quando o conteúdo condenatório consistir em entregar coisa, como explica Humberto Theodoro Júnior (2019, p.216), estar-se-á presente uma obrigação positiva onde o credor faz jus a um bem corpóreo, seja para dar, prestar ou restituir. Em qualquer caso será indiferente a natureza do direito a efetivar, que tanto pode ser real como pessoal. Por vezes, como salienta o autor, a coisa a ser entregue pode não estar completamente individuada, sendo caso de coisa incerta, estando individuada, fala-se em coisa certa.

O novo Código de Processo Civil traz inovação quanto a possibilidade de substituição da obrigação de dar pelo equivalente econômico. Explica o ilustre professor Humberto Theodoro Júnior:

A mudança de rumo da execução, substituindo a entrega da coisa pelo equivalente econômico, não atrita com a imutabilidade da sentença transitada em julgado. É o próprio direito material reconhecido ao credor que traz ínsito o poder de transmutar seu objeto. Sempre, pois, que se emite uma condenação da espécie, implícita estará a eventualidade de ser cumprida sob a forma de indenização, se a entrega da coisa se tornar impossível. Assim, não encontrada a coisa a ser entregue, resolver-se-á em perdas e danos o caso.³⁹

Nesse caso pode estar presente a possibilidade de entrega de bem, que no momento do cumprimento da decisão, está destinado a prestação de serviço público. Dessa forma, em defesa do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado, será necessário resolver a obrigação através do pagamento do equivalente econômico.

A presente modalidade de Cumprimento de Sentença também admite defesa pelo disposto no artigo 525 do Código de Processo Civil, vide artigos 583, parágrafo 3º e 536, parágrafo 4º. Nesse sentido, recaindo penhora sobre bens do concessionário, desde que destinados a prestação de serviço público, cabe a ele proteger tais bens.

6.3 EXECUÇÃO DE TÍTULOS EXTRAJUDICIAIS

Trata-se da relação processual, como define Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 241), instaurada apenas para realização ou satisfação de direito subjetivo já acertado através de título executivo extrajudicial. Para o direito brasileiro atual, como explica o autor, o Cumprimento de Sentença e o Processo de Execução são realidades distintas e inconfundíveis, pode o juiz, todavia, utilizar-se dos atos e procedimentos do processo de execução para fazer cumprir a sentença. Em síntese, nas palavras do ilustre professor:

para a sentença condenatória, o remédio executivo é o procedimento do cumprimento de sentença; para o título executivo extrajudicial, cabe o

³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil, volume III**. 52ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 220.

processo de execução, que é independente de qualquer acerto prévio em processo de conhecimento.⁴⁰

Toda execução é fundamentada em um título extrajudicial, tal título, conforme ensinamento do jurista alemão Leo Rosenberg (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 275), assume tríplice função, qual seja: autorizar a execução, definir o fim da execução e fixar os limites da execução. Deve o título, ainda, conforme determinação do artigo 783 do Código de Processo Civil, ser certo, líquido e exigível. Nas palavras do advogado italiano Francesco Carnelutti:

o título será certo quando não deixa dúvida em torno de sua existência, será líquido quando não deixa dúvida em torno de seu objeto, será exigível quando não deixa dúvida em torno de sua atualidade.⁴¹

Podem os títulos executivos extrajudiciais, como explica Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 364), ser classificados em particulares, quando originários de negócio jurídico privado elaborado pelas próprias partes, ou públicos, que se constitui por meio de documento oficial emanado de algum órgão da administração pública. O artigo 784 do Código de Processo Civil enumera, taxativamente, quais são os títulos extrajudiciais.

O procedimento de cada execução varia conforme a natureza da prestação assegurada. A Execução de Entrega de Coisa está prevista a partir do artigo 806 do Código de Processo Civil, a Execução das Obrigações de Fazer e Não Fazer vem disciplinadas nos artigos 815 e seguintes, as regras da Execução por Quantia Certa têm início no artigo 824 do mesmo diploma processual. No capítulo anterior já foi explicado, de forma breve, a particularidade de cada obrigação, e como ensina Humberto Theodoro Júnior, apesar do Cumprimento de Sentença e do Processo Executivo serem realidades inconfundíveis, os atos e procedimentos se compartilham.

A defesa no processo executivo realizar-se-á por meio dos Embargos à Execução, que seguem os ditames dos artigos 914 e seguintes do Código de

⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil, volume III**. 52ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 242.

⁴¹ THEODORO JÚNIOR, 2019 apud CARNELUTTI, Francesco. **Istituzioni del Processo Civile Italiano**. 5ª edição. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1956. p. 278.

Processo Civil. O artigo 917 enumera as matérias que o executado pode alegar como defesa, dentre elas, o inciso II menciona a hipótese de penhora incorreta. Nesse sentido, recaindo a penhora sobre os bens do concessionário executado, quando tais bens forem destinados a prestação de serviço público, deve o particular se valer da defesa específica.

6.4 MEIOS ALTERNATIVOS DE EXECUÇÃO À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Segundo Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 478), a penhora visa dar início, ou preparação, à transmissão forçada de bens do devedor, para apurar a quantia necessária ao pagamento do credor, ela pressupõe a responsabilidade patrimonial e a transmissibilidade dos bens. Ocorre que, conforme apresentado no presente trabalho, tendo em vista o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado, os bens do concessionário destinados a prestação de um Serviço Público se resguardam das mesmas proteções dos Bens Públicos, ou seja, são impenhoráveis.

O presente trabalho, entretanto, não tem a pretensão de criar um mecanismo que evite a satisfação de credores, nesse sentido, salienta-se que a impenhorabilidade de bens é exclusiva à parcela patrimonial do concessionário que se destina a execução de um Serviço Público, haja vista a proteção dos interesses coletivos envolvidos nessa relação do ente público com o particular. Pode para satisfazer a obrigação, portanto, o credor de um concessionário de Serviço Público se valer da penhora perante a parcela de bens que não se destina a prestação do Serviço Público, bem como sobre frutos da execução do Serviço Público nos termos do artigo 857 do Código de Processo Civil.

Outra hipótese é do concessionário devedor que não tem bens além dos que se destinam a prestação do Serviço Público. Nesse caso, a solução se encontra no Novo Código de Processo Civil, como ensina o ilustre professor Humberto Theodor Júnior (2019, p. 516), através das formas especiais de penhora:

- I. Penhora de Dinheiro (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 517). A leitura do artigo 835, inciso I e § 1º, do Código de Processo Civil, deixa claro que o dinheiro é bem preferencial e prioritário de penhora a fim de garantir a execução;
- II. Penhora de Créditos e outros Direitos Patrimoniais (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 524). O professor Humberto Theodoro Júnior ressalta que tais direitos devem ter natureza patrimonial;
- III. Penhora sobre Créditos do Executado (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 525). Estabelecida nos artigos 855 e seguintes do Código de Processo Civil, essa espécie de penhora se perfaz com a apreensão efetiva da letra de câmbio, nota promissória, duplicata, cheque, ou outro título de crédito, esteja ou não em poder do devedor;
- IV. Sub-rogação do Exequente nos Direitos do Executado (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 527). Prevista no artigo 857 do Código de Processo Civil, realiza-se apenas até a concorrência do crédito;
- V. Penhora no Rosto do Autos (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 528). Penhora alcança direito objeto de ação em curso, proposta pelo devedor contra terceiro, conforme estabelece o artigo 860 do Código de Processo Civil;
- VI. Penhora sobre Créditos Parcelados ou Rendas Periódicas (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 528). Quando realizada, o terceiro fica obrigado a depositar em juízo os juros, rendas ou prestações à medida que se vencerem, conforme ensina Humberto Theodoro Júnior;
- VII. Penhora de Ações ou de Quotas de Sociedades Personificadas (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 529). Hipótese prevista pelo artigo 861 do Código de Processo Civil, necessita de diligências da sociedade, e caso ocorra a liquidação das quotas ou ações, o valor será depositado em juízo, podendo ser nomeado administrador para aprovação da liquidação, nos termos do parágrafo 3º;
- VIII. Penhora de Empresas, outros Estabelecimentos e de Semoventes (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 532). Necessário a presença de administrador nomeado pelo juiz, nos termos do artigo 862 do Código de Processo Civil. Segundo ensina Humberto Theodoro Júnior, o legislador se preocupou com a continuidade da exploração econômica, não podendo ser

tolhida pela penhora, em face da função social quem desempenham as empresas comerciais, industriais e agropastoris;

- IX. Penhora de Edifícios em Construção sob Regime de Incorporação Imobiliária (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 533). Regulado pelos parágrafos 3º e 4º do artigo 862 do Código de Processo Civil;
- X. Penhora de Imóvel Integrante do Estabelecimento da Empresa (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 535). Na visão de Humberto Theodoro Júnior, a sede da empresa ou outra unidade industrial não estão protegidas pela impenhorabilidade absoluta prevista pelo artigo 833 do Código de Processo Civil. Frente a tal realidade, a jurisprudência do STJ defende ser possível a penhora do imóvel sede da empresa, mas em caráter excepcional;
- XI. Penhora de Faturamento (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 536). Tal hipótese já vinha sendo admitida na jurisprudência até o advento do Código de Processo Civil que, no artigo 866, definiu de forma mais detalhada. No caso particular de concessionário de Serviço Público, observa-se que essa espécie de penhora recairá sobre a tarifa cobrada dos usuários, uma vez que o concessionário se remunera pela exploração do Serviço concedido.

Pelo exposto fica claro que existe uma vasta gama de hipóteses pelas quais o credor de concessionário de Serviço Público pode satisfazer seu crédito. A parcela patrimonial destinada à prestação do Serviço Público, tendo em vista a defesa de interesses coletivos, é impenhorável, entretanto os demais bens do concessionário, inclusive os frutos do contrato de concessão, podem ser penhorados, uma vez que estes estão relacionados exclusivamente com os interesses particulares do concessionário, não afetando a prestação do Serviço Público concedido.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Serviço Público, como demonstrado, se traduz em um plexo de anseios necessários ao desenvolvimento da sociedade que visa proteger e promover o bem estar dos indivíduos. Nesse sentido a Administração Pública se vê obrigada, por lei, a prestar tais serviços, uma vez que buscam satisfazer interesses coletivos. Dessa forma, a prestação do Serviço Público é um dever inescusável do Estado, devendo ele promover-lo direta ou indiretamente, ou seja, apesar do Estado ser titular do Serviço Público, isso não significa que deva prestá-lo por si, pode o Ente Público, tendo em vista os Princípios do Direito Administrativo, promover a prestação de tais serviços através de entidades estranhas ao seu aparelho administrativo, por meio de autorização, concessão ou permissão.

Há concessão quando o Serviço Público, apesar de próprio e privativo do Estado, não é de prestação exclusiva dele. Isso ocorre por que, em última análise, o Ente Público busca a boa prestação do serviço. Salienta-se que, dado o caráter público do serviço, sua paralização ou suspensão é inadmissível uma vez que atentaria contra o Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Interesse Privado, motivo esse que existe o instituto da Reversão, o qual prevê a passagem dos bens do concessionário ao poder concedente quando extinto o contrato de concessão.

Tanto a doutrina pátria como a doutrina italiana já sustentam entendimento de que os Bens Públicos são tanto aqueles que a lei define como tal, como aqueles que, embora pertencentes a um ente particular, se destinam a prestação de uma atividade pública. Dessa forma, quando um concessionário de Serviço Público destina bens de seu patrimônio para a execução deste, tais bens, em homenagem aos Princípios da Administração Pública, devem usufruir das mesmas garantias dos Bens Públicos. Interpretação analógica, na visão do autor desse trabalho, pode ser feita com relação ao Instituto da Reversão: se ao final do contrato de concessão os bens particulares se incorporarem ao patrimônio do ente público concedente, uma vez que a paralização do serviço se torna extremamente prejudicial ao interesse coletivo, da mesma maneira, atendendo ao Princípio da Continuidade do Serviço, os bens particulares, no decorrer do contrato, não poderão ser penhorados.

Nesse sentido, necessário transcrever novamente a decisão do Excelentíssimo Ministro Mauro Campbell proferida no RESP 1070735/RS:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. PÓLO PASSIVO OCUPADO POR CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. PENHORA DE IMÓVEIS. SUBSTITUIÇÃO DE IMÓVEIS POR VEÍCULOS. IMPOSSIBILIDADE. RAZOABILIDADE. ART. 678 DO CPC.

1. A aplicação dos arts. 10, 11 e 15 da Lei n. 6.830/80 e 656 do CPC deve ser feita com razoabilidade, especialmente quando está em jogo a consecução do interesse público primário (transporte), incidindo na espécie o art. 678 do CPC.

2. Por isso, **esta Corte Superior vem admitindo a penhora de bens de empresas públicas (em sentido lato) prestadoras de serviço público apenas se estes não estiverem afetados à consecução da atividade-fim (serviço público)** ou se, ainda que afetados, a penhora não comprometer o desempenho da atividade. **Essa lógica se aplica às empresas privadas que sejam concessionárias ou permissionárias de serviços públicos** (como ocorre no caso). Precedentes.

3. O Tribunal de origem, soberano para avaliar o conjunto fático-probatório, considerou que eventual restrição sobre os bens indicados pela agravante comprometeria a prestação do serviço público, o que é suficiente para desautorizar sua penhora.

4. Agravo regimental não provido. (*AgRg no REsp 1070735/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe 15/12/2008*) (grifos meus)⁴²

Iniciei meu trabalho com a certeza da impenhorabilidade dos bens privados quando concessionários de serviço público. Ao final, inclino-me, pelo exposto no presente trabalho, com base no Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado, ao entendimento de que os bens privados, quando destinados a prestação de Serviços Públicos, assumem as mesmas características dos bens públicos, dentre elas a impenhorabilidade, dado o caráter essencial dos Serviços Públicos, não podendo, dessa forma, a esfera patrimonial privada destinada a execução do serviço sofrer constrições patrimoniais.

Questão a ser ponderada surgiu quanto à prestação de alimentos, o ilustre professor Rolf Madaleno (2018, p. 1144) conceitua o crédito alimentar como o meio

⁴² Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Recurso Especial** nº 1.070.735-RS. Fazenda Nacional e Jotur Auto Ônibus e Turismo Josefense LTDA. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Publicado em 15 de dezembro de 2008. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2207223/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1070735-rs-2008-0135288-0/inteiro-teor-12225229>>. Acesso em: 21 de setembro de 2020.

adequado para alcançar os recursos necessários a subsistência de quem não consegue por si só prover sua manutenção pessoal, os alimentos, dessa forma, estão relacionados com o direito à vida. Nesse sentido, por mais que haja interesse coletivo no tocante a impenhorabilidade dos bens concessionários de serviço público, sendo a penhora oriunda de crédito alimentar, e não sendo cabíveis outros meios alternativos de execução conforme previsto no Código de Processo Civil, ainda que represente interesse unicamente individual, ela deve se sobressair uma vez que não há coletivo sem os entes individuais que o formam.

REFERÊNCIAS

- CONCORSANDO. **I Beni Pubblici Nozione**. Napoli, 2020. Disponível em:
<<https://www.concorsando.it/blog/wiki/diritto-amministrativo/beni-pubblici>> acesso em 14 de novembro de 2020.
- CONSTANTINI, Alberto. **Le Concessioni di Lavori e di Servizi nel Codice dei Contratti Pubblici**. Rimini: Maggioli Editore, 2018.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20ª edição. São Paulo: Atlas S/A, 2007.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de Serviço Público**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.
- JUSTEM FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- LIMA, Claudio. **Utilização dos bens particulares pela Administração Pública e a aplicabilidade da teoria da aparência**. Jus Navigandi, 2015. Disponível em:
<<https://jus.com.br/artigos/41350/utilizacao-dos-bens-particulares-pela-administracao-publica-e-a-aplicabilidade-da-teoria-da-aparencia>> acessado em 21 de setembro de 2020.
- MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33ª edição. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil, volume III**. 52ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil Parte Geral**. 12ª edição. São Paulo: Atlas S/A, 2012.