

Bens Vinculados à Prestação de Serviço Público – Natureza da Transferência da Posse – Não houve desapossamento forçado dos bens do METRÔ pelo Estado, nem, tampouco, qualquer remuneração pela utilização dos bens na concessão, os quais continuam sob a titularidade da empresa estatal.

Senhor Procurador-Geral,

I

Trata-se de consulta formulada pelo ilustríssimo Senhor Procurador do Estado do Rio de Janeiro Dr. João Guilherme de Moraes Sauer, no que se refere à natureza jurídica da transferência dos bens vinculados à prestação do serviço público de transporte metroviário de passageiros, de propriedade da Companhia do Metropolitan – METRÔ, para o concessionário do serviço, a Opportrans.

Indaga, em sua consulta, se a decisão do Estado de conceder o serviço a uma empresa do setor privado teria operado o efeito da reversão “desses bens ao ‘delegante’, independentemente de negócio jurídico de que o METRÔ seja parte ou tenha sido parte?”, bem como se tal transferência acarreta, para o METRÔ, o direito de receber qualquer pagamento ou compensação financeira.

II

1. A descentralização de serviços públicos na Reforma do Estado

Os serviços públicos, como, de resto, as atividades administrativas (que incluem, ao lado dos serviços, a polícia administrativa, o ordenamento econômico e o ordenamento social), podem ser prestados de forma centralizada ou descentralizada.

A descentralização, no entanto, é um princípio de Administração Pública, já positivado no direito brasileiro desde o Decreto-lei nº 200/67 (art. 6º), por força do qual as autoridades devem se deter no planejamento e no controle, liberando-se, na medida do possível, dos atos de execução.

A descentralização pode se dar através de *outorga*, mediante autorização em lei da transferência da titularidade de uma função estatal a *outra* pessoa jurídica integrante da Administração Pública, ou mediante *delegação*, atribuindo-se, por ato administrativo, apenas a execução de uma função cuja titularidade permanece estatal, cabendo ao delegante o planejamento e o controle da execução privada.

Em tempos de reforma do Estado, com vistas à redução do custo da máquina administrativa e à obtenção de uma maior eficiência no atendimento das necessidades da coletividade, a tendência tem sido de descentralização para particulares;

nos casos em que o serviço público já é prestado por empresa pública ou sociedade de economia mista, as alternativas usuais são a *privatização*, com concomitante celebração de contratos de venda das ações e de concessão do serviço público, ou a *extinção* da empresa, com alienação de seus ativos, pagando-se os direitos aos acionistas.

Em algumas situações, contudo, não são viáveis nem a *privatização* nem a *extinção* da empresa (notadamente em função do elevado passivo da entidade ou, até mesmo, para manter uma estrutura especializada de fiscalização do serviço concedido). Preserva-se a empresa estatal, mas retira-se-lhe o serviço, o que exige do controlador a previsão de uma subvenção econômica para que a empresa continue sobrevivendo¹.

2. Bens vinculados à prestação dos serviços públicos

O patrimônio afetado ao serviço, se integralizado no capital social da empresa estatal, se submete, na lição de CAIO TÁCITO², ao regime jurídico de direito privado, ainda que douts vozes sustentem tratar-se de bem público sob administração especial³. Como patrimônio da empresa, dotada, por lei, de autonomia administrativa, financeira e patrimonial, esta não pode, por decisão estatal, ser desapossada de seus bens, sendo, pois, necessária a manifestação de vontade, através de seu representante legal.

O fenômeno da “reversão” dos bens vinculados à prestação de serviços públicos é típico das concessões, e, mesmo assim, nos moldes previstos no contrato; afinal, para tanto é necessário que a tarifa e o prazo tenham sido calculados de forma a amortizar o investimento realizado, relacionando-se, no contrato, quais os bens reversíveis.

Na hipótese de serem cobradas tarifas sociais, dificilmente esses investimentos são amortizados, hipótese em que é pouco provável que ocorra a reversão. Em todo caso, a matéria é contratual, não se aplicando às hipóteses de descentralização por outorga, pela qual presume-se permanente a atribuição da titularidade do serviço e dos meios para tanto necessários, o que só se desfaz por outra lei, determinando a

1 Destaque-se, ainda, as soluções intermediárias, como a vislumbrada pela Lei nº 8.987/95, em seu art. 26, que prevê as subconcessões – permitindo a sobrevida da empresa estatal prestadora do serviço público – e a gestão associada com os municípios envolvidos, pela via dos convênios autorizados pelo art. 241, CF, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, desde que atendidos os termos da Lei; também nesta hipótese se poderia vislumbrar uma possibilidade de sobrevivência da empresa estatal como órgão gestor do convênio (e, portanto, encarregada de promover a licitação e/ou de fiscalizar a execução do contrato, com utilização de seu patrimônio).

2 *Temas de Direito Público – Estudos e Pareceres*. 2ª vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, págs. 1.179/1.182. É a posição adotada em *Licitações e contratos administrativos*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 1999, pág. 123.

3 V. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, págs. 430 e 431 e MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, págs. 269 e 270.

extinção da empresa e resgate do patrimônio vinculado ao serviço, pagando-se os direitos dos acionistas minoritários, quando for o caso.

É bem verdade que o controle político-administrativo exercido pelo Chefe do Poder Executivo sobre os dirigentes das entidades da Administração Indireta, no exercício da direção superior da Administração – CF, art. 84, II – pode impor que a atuação da empresa se concilie com os planos de governo⁴. Também nesse sentido dispõe o artigo 238 da Lei de Sociedades Anônimas – Lei nº 6.404/76 – ao admitir que a pessoa jurídica controladora da companhia oriente as suas atividades de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação, preocupação esta que também consta do art. 154 do mesmo diploma legal, inexistindo a liberalidade vedada pelo § 2º, *a*, do citado dispositivo (o qual deve ser interpretado em consonância com o seu *caput*).

Na hipótese em exame, o plano, aprovado por lei⁵, era a desestatização, com retirada do Estado de segmentos que podem ser empreendidos pela iniciativa privada, mantendo-se, quanto às atividades titularizadas pelo Poder Público, o planejamento, normatização e controle estatais sobre a execução privada.

Diante de tal realidade, optando-se pela concessão do serviço, que envolve um monopólio natural (pela inviabilidade urbanística de duplicação de vias para competição), e tomando-se a decisão de não extinguir a Companhia do Metropolitano – METRÔ (que continua a existir), nenhuma necessidade haveria de modificação de seus atos constitutivos.

Trata-se de decisão calcada no exercício da função discricionária do administrador, de conteúdo político, razão pela qual não há que se cogitar de a empresa estatal, por sua diretoria ou órgãos deliberativos, aprovar ou não a concessão.

3. Remuneração do patrimônio afetado

O contrato de concessão ou instrumento a ele acessório seria a sede adequada para a fixação do valor pela remuneração pela venda ou uso do patrimônio.

Tal decisão deve levar em conta a necessidade de obrigar ou não o concessionário a fazer investimento no patrimônio imobilizado.

Isto porque, se o investimento deve ser remunerado pela tarifa, pode tornar tal prestação elevada demais para o usuário, sendo certo que é da essência das concessões que, ao final do contrato, a tarifa tenha amortizado a totalidade desses investimentos nos bens vinculados à concessão, transferindo-se a propriedade, novamente, ao concedente.

4 ver GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Serviços comerciais, industriais e internacionais do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, pág. 34. É a posição adotada em *Aspectos jurídicos do planejamento econômico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, págs 84 e 178.

5 Lei estadual nº 2.470/95.

Não se determinou (no controle político-administrativo) a venda do seu patrimônio, nem se estabeleceu, no contrato de concessão, qualquer remuneração, quer ao METRÔ, quer ao Estado, pela utilização desses bens (que continuam na sua propriedade)⁶.

Assim, a única alternativa foi a de o METRÔ anuir, como interveniente no contrato de concessão, com a utilização de seu patrimônio na prestação do serviço.

Não há, nos autos, notícia da existência de condicionamento nos atos constitutivos da empresa acerca da necessidade de prévia autorização de órgãos da empresa para a prática de tal ato de gestão, valendo sempre frisar que não alienou ou onerou o patrimônio da entidade, hipótese em que, se tivesse ocorrido, deveria haver prévia autorização do Conselho de Administração da empresa (art. 142, VIII, da Lei nº 6.404/76).

Previu-se, então, na cláusula 25ª, *b*, que o ESTADO, através do METRÔ (cuja atuação só se justifica pela titularidade do domínio dos bens), dará “posse” à concessionária, dos bens reversíveis e dos materiais de consumo, quando, então, mais uma vez, há uma manifestação de vontade.

Aí são incluídos, em linhas gerais, estações e trilhos e, por força do art. 43, III, do Código Civil, os itens constantes do almoxarifado, que não são bens móveis, mas, sim, imobilizados, eis que empregados na exploração industrial do patrimônio afetado ao serviço (sempre frisando que o patrimônio do METRÔ está sujeito ao regime jurídico de direito privado).

O METRÔ, portanto, continua a existir, tendo como função, apenas, administrar o seu patrimônio, utilizado gratuitamente pelo concessionário com a obrigação de restituir-lhe nas mesmas condições recebidas, ressalvado o desgaste natural (cláusula 17ª, §§ 12, 13 e 16).

Como titular do domínio, mantidas restam as obrigações acessórias de registro do patrimônio, fazendo-se as eventuais depreciações de valor, na forma da legislação fiscal (art. 117, § 2º, e 179, IV, da Lei nº 6.404/76).

A relação do concessionário, no entanto, se dá com o ESTADO, poder concedente, o que explica a previsão da cláusula 22ª, § 2º, na qual se estabelece a reversão dos bens ao ESTADO uma vez extinta a concessão.

O “pagamento” de “preço” a que se refere o item 2.2.b. do edital, que trata dos materiais de consumo, é devido ao Estado e não ao METRÔ, que, frise-se, nada recebe.

6 O Capítulo 1, item 1.1, V define BENS REVERSÍVEIS como “os bens destinados e vinculados à prestação dos SERVIÇOS objeto da CONCESSÃO, independentemente de serem da propriedade do METRÔ, do ESTADO ou da CONCESSIONÁRIA. “A cláusula décima sétima – BENS REVERSÍVEIS – explicita que o patrimônio será recebido pela concessionária a título gratuito (§ 1º), o que será objeto de inventário (§ 1º, *a*) e ao qual outros bens, objeto de investimentos do Estado ou do METRÔ, serão incorporados (§ 1º, *b*)”. Entre estes, os “MATERIAIS DE CONSUMO” definidos no item 1.1. XIX como aqueles empregados nas “operações da empresa”. A cláusula 1ª, § 11, do contrato menciona que ocorre uma “transferência” dos materiais de consumo, dos quais a concessionária toma “posse”.

A transferência ficta da posse dos bens do METRÔ para a concessionária, que lhe sucede nas relações de serviço público, tem natureza jurídica de comodato, implícito na interveniência no contrato de concessão. Não há que se falar nem em “safada”, nem, muito menos, em “mercadoria”.

O Estado, por sua vez, não efetuou uma “venda” de “mercadoria”; primeiramente, porque o Estado, além de não ser proprietário do bem, não se enquadra na condição de comerciante, já que não exerce tal atribuição com habitualidade

Cuida-se, no dispositivo, tão-somente, de estabelecer um valor mínimo para o lance na licitação, que não pode ser inferior à soma das duas parcelas ali mencionadas, bem como a forma de pagamento da liquidação financeira da operação.

Trata-se de receita primária, auferida pelo Estado em decorrência da exploração dos próprios serviços, e não do patrimônio do METRÔ, que deverá vê-lo restituído ao final do contrato, caso outra modelagem não seja idealizada para o serviço (af incluída uma eventual extinção da empresa).

III

Em conclusão, respondendo objetivamente aos quesitos formulados, cabe aduzir que:

- Não houve revogação da lei que autorizou a personalização do serviço de transporte metroviário através da criação da Companhia do Metropolitano; a Lei nº 2.470/95, ao instituir o Programa Estadual de Desestatização, resgatou o serviço, mantendo a empresa com seu patrimônio;
- Como a empresa continua a existir, e, com ela, seu patrimônio, não se fala em reversão dos bens afetados à prestação do serviço;
- A Companhia do Metropolitano, ao firmar, como interveniente, o contrato de concessão, concordou, expressamente, com a utilização de seu patrimônio pelo concessionário, obrigando-se a deles dar posse ao concessionário;
- Ao intervir na concessão, a Companhia do Metropolitano teve conhecimento de que nada receberia pela utilização de seu patrimônio; seu único direito é recebê-lo de volta nas condições em que lhe foi entregue, ressalvado o desgaste natural.

É o parecer, s.m.j.

Atenciosamente,

Marcos Juruena Villela Souto
Procurador do Estado

VISTO

Aprovo os Pareceres nºs 02/2000 – MJVS, de 05 de abril de 2000, do Procurador MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, e 01/2000 – JGS, de 17 de abril de 2000, do Procurador-Assessor JOÃO GUILHERME SAUER.

Ao d. Gabinete Civil, com vistas à d. Secretaria de Estado de Transporte e à Companhia do Metropolitano do Rio de Janeiro – METRÔ.

Em 24 de abril de 2000

Francesco Conte
Procurador-Geral do Estado

Proc. nº E-10/800.904/98