

A natureza jurídica dos bens das empresas estatais brasileiras: análise da controvérsia acerca do controle dos recursos repassados

ANDRÉ SADDY¹
EMERSON MOURA²

RESUMO

O trabalho analisa a controvérsia que envolve a natureza jurídica dos bens das empresas estatais brasileiras à luz da recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do controle dos recursos públicos que são repassados para pessoas privadas, que a rigor não se sujeitariam à fiscalização pública. Para tanto, investiga-se a delimitação da noção de bens públicos a partir do contraste com o domínio público, da sua relação com as pessoas que embora

- 1 Doctor en Problemas Actuales de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid (UCM), Madrid, España. Profesor de la Facultad de Derecho, de la Maestría en Derecho Constitucional y del Doctorado en Derecho, Instituciones y Negocios de la Universidade Federal Fluminense, Niterói, Río de Janeiro, Brasil. Correo-e: andresaddy@yahoo.com.br. Enlace ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3928-0658>.
- 2 Doctor en Derecho, Universidad del Estado de Río de Janeiro (UERJ), Río de Janeiro, Brasil. Profesor de posgrados de la facultad de Derecho de la Universidad Federal Rural de Río de Janeiro, Río de Janeiro, Brasil. Correo-e: emersonmoura@yahoo.com.br. Enlace ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-9824-0832>. Fecha de recepción: 2 de marzo de 2019. Fecha de modificación: 22 de abril de 2019. Fecha de aceptación: 8 de mayo de 2019. Para citar el artículo: SADDY, ANDRÉ, MOURA, EMERSON, "A natureza jurídica dos bens das empresas estatais brasileiras: análise da controvérsia acerca do controle dos recursos repassados", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 22, 2019, pp. 141-161 DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n22.07>.

públicas têm natureza jurídica privada, bem como, a função pública que os bens estatais assumem e o controle que se sujeitam as pessoas privadas aos órgãos públicos a partir de julgado da Corte Constitucional.

Palavras-chave: bens públicos; empresas estatais; natureza jurídica; Supremo Tribunal Federal.

La naturaleza jurídica de los bienes de las empresas estatales brasileñas: análisis de la controversia sobre el control de los recursos transferidos

RESUMEN

El trabajo analiza la controversia sobre los bienes de las empresas estatales brasileñas a la luz de la reciente jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal sobre el control de los recursos públicos que se transfieren a personas privadas, lo que a rigor no se sujetaría a la fiscalización pública. Para ello, se investiga la delimitación de la noción de bienes públicos, contrastándola con la de dominio público y con la relación que estos tienen con las personas que, aunque públicas, tienen un régimen de derecho privado, así como la función pública que los bienes estatales asumen y el control de órganos públicos al que se sujetan estas empresas a partir del fallo del juez constitucional.

Palabras clave: bienes públicos, empresas estatales, naturaleza jurídica, Supremo Tribunal Federal.

The Legal Nature of the Assets of Brazilian State-Owned Enterprises: Analysis of the Debate on the Control of Transferred Property

ABSTRACT

This paper analyzes the legal debate around the nature of the assets of Brazilian State-owned enterprises, triggered by a recent ruling of the Federal Supreme Court regarding the control of public resources that are transferred to private individuals, and which strictly would not be subject to public inspection. The research aims to define the nature of public goods under Brazilian legislation by examining the term public domain, and the relationship between public entities who have a private law regime and the public function of the State's property. It also explores the scope of the control that public bodies have over State-owned enterprises, after the ruling of the Brazilian constitutional judge.

Keywords: Public Goods, State-owned Enterprises, Public Domain, Legal Nature, Federal Court of Justice.

INTRODUÇÃO

Com origem remota na antiguidade clássica, a noção de bens públicos é aperfeiçoada a partir da afirmação do Estado Liberal de Direito e o reconhecimento do Estado como pessoa jurídica, construindo uma teoria voltada à criação de um regime jurídico protetivo para as coisas que se destinam materialmente à satisfação dos variados interesses públicos.

Porém, com a expansão do Estado e a sua crescente atuação na persecução dos interesses da coletividade através de pessoas administrativas criadas pelo fenômeno de desconcentração e de pessoas privadas mediante o processo de despublicização têm configurado um novo paradigma no que tange à teoria dos bens públicos.

Os tradicionais aportes da literatura e as insuficiências dos critérios legais no que tange à delimitação dos bens públicos têm produzido dificuldades para delimitar o regime aplicável tanto a coisas que embora sob a titularidade estatal não exercem atividade coletiva, quanto aos bens que apesar de estarem sob sujeitos privados exercem função pública.

Isto exerce uma peculiar dificuldade no que diz respeito às empresas estatais brasileiras que embora possam ser pessoas jurídicas privadas e se sujeitem a um regime tipicamente privado podem receber aportes públicos que serão aplicados em finalidades de interesse coletivo ou atividades que não se ligam imediatamente à mesma.

Busca o presente trabalho, portanto, analisar a controvérsia que envolve a natureza jurídica dos bens das empresas estatais brasileiras à luz da recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do controle dos recursos públicos que são repassados para pessoas privadas, que a rigor não se sujeitariam à fiscalização pública.

Para tanto, investiga-se a delimitação da noção de bens públicos a partir do contraste com o domínio público, da sua relação com as pessoas que embora públicas têm natureza jurídica privada, bem como, a função pública que os bens estatais assumem e o controle que se sujeitam as pessoas privadas aos órgãos públicos a partir de julgado da Corte Constitucional.

1. OS BENS PÚBLICOS E O DOMÍNIO PRIVADO

Para satisfazer os interesses públicos, os diferentes sujeitos que realizam administração precisam de meios materiais e imateriais que em seu conjunto formam o que se denomina bens jurídicos. O conjunto de todos os bens materiais e imateriais existentes são instrumentos para a realização das diversas atividades administrativas.

Significa dizer que para o desempenho das funções públicas determinados bens são necessários e, por isso, o ordenamento deve proteger os mesmos, de forma diferente se comparado com os bens privados.

Os bens públicos materiais ou imateriais, podem ser classificados em duas grandes categorias, em razão de seu destino e afetação a uns ou outros fins de interesses públicos. Trata-se dos bens de domínio público e dos bens de domínio privado ou patrimonial.

Os bens de domínio público são caracterizados como os destinados ao uso público. Convém recordar que a concepção de bens de domínio público se remonta ao Direito romano de que "*res publicae in uso publico*", considerando-se como tais as ruas, as praças, os foros, as termas, entre outros, bens pertencentes ao povo romano, e as "*res communes omnium*", como os rios ou o mar. Essa, porém, não é a formulação atual da concepção de domínio público. Como muitos dos institutos jurídico-administrativos, a atual concepção de domínio público surgiu com a Revolução Francesa que, em clara reação à patrimonialização de tais bens pelo Rei ao longo da Idade Média e sua consideração como regalias da Coroa, proclamariam que os bens de domínio público integram o domínio da Nação e, a partir daí, o das Administrações Públicas (como manifestação concreta daquele), ficando os mesmos sujeitos a regras especiais de utilização, proteção e defesa.

Hodiernamente, a concepção de bens de domínio público se assenta na titularidade pública do bem e, sobretudo, na afetação ou destino do mesmo a um fim público (uso ou quaisquer atividades administrativas), entre outras finalidades constitucionalmente ou legalmente legítimas.

Sendo assim, titularidade pública e afetação são, em efeito, os dois elementos que determinam a pertença de um bem ao domínio público e sua sujeição, portanto, a um regime jurídico especial. Enquanto a titularidade de determinado bem pode recair sobre qualquer ente da Administração, direta ou indireta, a afetação, como segundo critério, marca a diferença entre os bens de domínio públicos dos bens de domínio privado ou patrimonial.

Conclui-se que a afetação a um uso público, à prestação de uma determinada finalidade pública, utilizados para dar cumprimento as atividades administrativas (ordenatória ou limitatória; prestacional; e estimulativa)³ ou, inclusive, a outras finalidades públicas estabelecidas na Constituição ou em lei, como é o caso do meio ambiente, configura-se como elemento definidor fundamental dos bens de domínio público e justificam sua especial proteção por parte do ordenamento jurídico. O bem será de domínio público se ambos requisitos (titularidade e afetação) estiverem presentes de forma concorrente.

3 Sobre o tema, vide: ANDRÉ SADDY, *Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia*, 3.^a ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

Significa dizer, com isso, que os bens de uso comum e os bens de uso especial, conforme classificação adotada no Brasil, são considerados bens de domínio público.

A concepção de domínio privado ou patrimonial tem sua origem histórica com a ideia de bens pertencentes ao erário do povo romano ou ao fisco de César, de que *"res publicae in patrimonio fisci"*.

Diferentemente dos bens de domínio público que possuem uma concepção positiva, os bens de domínio privado ou patrimonial possuem uma concepção negativa ou residual, ou seja, são bens de domínio privados ou patrimonial aqueles que, sendo de titularidade pública, não tenham o caráter de domínio público, é dizer, não estão afetados. Trata-se de um direito de propriedade pública que a entidade estatal exerce sobre certos bens, voltados para o atendimento de finalidades públicas.

Sua razão de ser é fundamentalmente de caráter econômico, como fonte geradora de renda para o Estado. Ou seja, é identificado como os bens públicos que produzem (ou que podem produzir) uma renda ao Estado.

Bens que não tem dono conhecido ou que está abandonado, bens cujo dono falecido não tem herdeiros nem testamento, os bens móveis perdidos, os bens detidos cujo possuidor não tem título legítimo, entre outros, são exemplos desses bens.

São bens de domínio privado ou patrimonial os bens dominicais, conforme a classificação de bens adotada pela doutrina brasileira.

2. BENS PÚBLICOS E AS PESSOAS PÚBLICAS PRIVADAS

O regime dos bens públicos está disposto no art. 98 do Código Civil, ao estabelecer que: "São bens 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".

Note-se que o conceito legal de bens públicos enquadra apenas aqueles bens sob titularidade de entes estatais dotados de personalidade de direito público (Administração direta, autarquias e fundações públicas de direito público).

Apesar disso, conceitua-se bens públicos de forma distinta. Para André Saddy⁴, bens públicos são bens jurídicos (coisas e bens) pertencentes a pessoas jurídicas de direito público e de direito privado desde que estejam afetados à prestação de um serviço público ou a outra finalidade pública, submetidos ao regime jurídico de direito público, bem como aqueles que, pela Constituição ou por lei, se estabelece uma proteção especial.

A titularidade dos bens públicos é sempre estatal. Isso não significa que o particular não poderá utilizar o bem. O uso particular de bens públicos é admitido,

4 ANDRÉ SADDY, *Curso de direito administrativo contemporâneo*, Rio de Janeiro: EdCeej, no prelo.

o que não se admite é que o particular tenha uma relação de domínio com os bens públicos. Apesar dos bens públicos pertencerem ao Estado, nem sempre este poderá usar, fluir e dispor como bem entender dos bens.

Seguindo a definição do art. 98, do Código Civil, são bens públicos os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público, seja integrante da Federação ou entidade da Administração Indireta (Administração Direta, Autarquias e Fundações públicas de direito público). Para os que concordam com o conceito legal, os bens integrantes do patrimônio das empresas públicas e sociedades de economia mista são bens privados, dada a natureza dessas entidades, é dizer, pessoas jurídicas de direito privado. Entretanto, por força da sua destinação pública, podem se submeter a um regime especial, mas jamais serão considerados bens públicos, em homenagem ao princípio da continuidade do serviço público, que exige que determinadas atividades sejam prestadas de forma ininterrupta e contínua. Ocorre, que nem todos concordam com o conceito legal.

Para outros, são bens públicos os bens pertencentes à Administração Pública como um todo, logo, todas as pessoas jurídicas de direito público e privado, desde que integrantes da Administração Pública possuem bens públicos. Desse modo, a categoria de bens públicos abrange o patrimônio das entidades estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) que são dotadas de personalidade jurídica de direito privado. Entendem que as empresas estatais, embora sejam pessoas jurídicas de direito privado, integram as pessoas jurídicas de direito público interno, assim seus bens também são públicos. Essa inclusão gera para essas pessoas jurídicas certos privilégios e formalidades decorrentes do regime jurídico dos bens públicos, que também pode não ser adequada.

Tem, também, quem entenda que são bens públicos aqueles bens pertencentes às pessoas de direito público, bem como aqueles que pertencem a pessoas jurídicas de direito privado, desde que os bens estejam afetados à prestação de um serviço público ou a outra finalidade pública, como por exemplo, a ambiental⁵.

Como se percebe, a divergência gira em torno da natureza jurídica dos bens das pessoas jurídicas de direito privado, integrantes ou não da Administração indireta. Existem, basicamente, três correntes. A terceira corrente, a qual nos filiamos, entende que são bens públicos aqueles pertencentes às pessoas jurídicas de direito público e, também, aqueles pertencentes às pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração ou não, desde que estejam afetados à prestação de um serviço público ou a outra finalidade pública. Significa dizer, que empresa pública ou sociedade de economia mista prestadora de atividade econômica em sentido estrito, por mais que façam parte

5 Sobre os diferentes posicionamentos existentes, vide: RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA, *Curso de Direito Administrativo*, 5.ª ed., São Paulo: Método, 2017, e JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, 31.ª ed., São Paulo: Atlas, 2017.

da Administração Pública, não possuem bens públicos. Logo, estaria na parte de fora do círculo pintado (preenchido). Só as estatais prestadoras de serviços públicos possuem bens públicos. Mas não apenas essas, os sujeitos por colaboração e por cooperação que prestam serviços públicos também possuem bens públicos, desde que tais bens estejam afetados aos serviços ou a outra finalidade pública.

Considerando-se que as empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) dividem-se entre aquelas que desempenham atividade econômica em sentido estrito e as que prestam serviços públicos, tem o STF decidido que os bens das prestadoras de serviços públicos que estiverem vinculados à atividade também não podem ser penhorados, em função do princípio da continuidade do serviço público (STF, RE 220.906/ES, RE n.º 407.099/RS, 22/6/2004; RE: 225011).

O fato de estarem afetados a um determinado serviço público ou a outra finalidade pública modifica a sua natureza privada. Não se pode conceber que dita afetação apenas agregue ao bem privado algumas características típicas dos bens públicos, ou o bem é público ou é privado. Discorda-se, portanto, de Marçal Justen Filho⁶ quando o mesmo aduz:

Quanto a esses bens públicos, incumbe ao particular promover sua manutenção, conservação e aperfeiçoamento. Uma vez encerrada a concessão, a posse desses bens será retomada pela entidade concedente e, se for o caso, transferida para o novo concessionário. Quando se trate de concessão precedida de obra pública, o particular executa-a e, após, passa a utilizá-la para fins de prestação do serviço público. Nota-se que, concluída a obra e cumpridas as formalidades de fiscalização de sua correção, ela se integra no domínio público. O concessionário permanece na posse do bem, sem solução de continuidade, mas a propriedade é pública.

Mas há também bens privados, aplicados à prestação do serviço público. São bens integrantes do patrimônio do próprio concessionário (em princípio). Esses bens se sujeitam a um regime jurídico especial. Não são bens públicos porque não integram o domínio do poder concedente. No entanto, sua afetação à prestação do serviço produz a aplicação do regime jurídico dos bens públicos. Logo, esses bens não são penhoráveis, nem podem ser objeto de desapossamento compulsório por dívidas do concessionário.

[...] Todos os bens passam a ter um regime próprio de direito público, ainda que se trate de bens de propriedade original do concessionário. A afetação do bem à satisfação da necessidade coletiva impede a aplicação do regime de direito privado comum. Não é possível, por isso, o concessionário invocar seu domínio para dar ao bem o destino que bem lhe aprouver. Nem poderia pretender usar e fruir do

6 MARÇAL JUSTEN FILHO, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, São Paulo: Dialética, 2003, pp. 265 e 330.

bem como bem entendesse. Portanto e ainda que se configurem bens privados, não é possível cogitar da sua penhorabilidade ou alienabilidade, sem prévia desafetação – a qual se fará por ato formal do poder concedente, depois de verificada a viabilidade da continuidade do serviço público sem sua utilização (grifo nosso).

É certo que a afetação a um serviço público ou a outra finalidade pública não encontra direta ligação ao conceito de propriedade. Bens público não são necessariamente de propriedade das pessoas jurídicas de direito público, basta pensar, como se terá oportunidade de averiguar os bens de uso comum do povo.

Eles serão tido como públicos durante a afetação ao serviço público ou a outra finalidade pública, depois, dependendo do caso, poderão continuar sendo bens públicos. É o caso, por exemplo, do concessionário de serviço público (sujeitos por colaboração) que ao final da concessão tem os bens revertidos ao patrimônio do Concedente, mas já não é o caso das organizações sociais que poderão, ao final do termo de parceria, permanecer com os bens que antes estavam afetos aos serviços públicos que prestavam, tornando-os, bens privados⁷.

Toda o embate acima narrado surge por conta do art. 99, parágrafo único do Código Civil que estabelece que “não dispondo a lei em contrário, considerando-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado”. Romeu Felipe Bacellar Filho⁸ entende que o dispositivo só pode estar se referindo aos “bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito privado que integram a Administração Pública. Senão cairíamos numa contradição lógica: como uma pessoa jurídica de direito privado pode ter estrutura de direito privado? O legislador quis significar pessoa jurídica da Administração Pública que tenha personalidade de direito privado”. De todo modo, esse artigo propicia a discussão pois leva a crer que são bens públicos aqueles pertencentes a sujeitos administrativos com personalidade jurídica de direito privado.

Percebe-se que o importante na conceituação de bens públicos é o caráter subjetivo, ou seja, a quem pertence o bem, e não o caráter finalístico. Sendo

7 Para Pedro Gonçalves (PEDRO GONÇALVES, *A concessão de serviços públicos*, Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 307) todos os bens das concessionárias são afetos à concessão e, por conseguinte, a nosso ver, devem ser considerados bens públicos. Aduz o autor: “tais bens têm origem diversa: podem ser incorporados na concessão pela Administração concedentes ou adquiridos ou construídos pelo concessionário. Por outro lado, os últimos, embora adquiridos ou construídos pelo concessionário, não são necessariamente dele, já que podem pertencer, *ab initio*, à Administração; quando não seja esse o caso, podem ainda ter de ser para ela transferidos no termo da concessão. A variedade de situações, que leva a doutrina a distinguir três categorias de bens afectos à gestão do serviço público concedido (bens de regresso, bens a transferir e bens próprios do concessionário), não elimina um elemento comum a todos eles: o tratar-se de bens afectos à concessão” (grifo nosso).

8 ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo e Novo Código Civil*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 141.

assim, se o bem pertence à pessoa jurídica de direito público será bem público, independentemente da finalidade dada ao bem, basta pensar nos bens dominicais que são desafetados, como se terá oportunidade de demonstrar mais à frente. Agora, se pertence a pessoa jurídica de direito privado, o que importa é a finalidade, é saber se estão afetados a um serviço público ou a outra finalidade pública. Nestes casos será bem público, em respeito à continuidade do serviço e à prossecução dos interesses públicos.

3. A FUNÇÃO PÚBLICA DOS BENS DAS ESTATAIS⁹

As mutações sofridas pela ação administrativa mediante a ascensão de paradigmas como a globalização e o estado neoliberal – privatização, despublicização e racionalização – produzem alterações no domínio público, que não são capazes de sustentar uma teoria dos bens públicos voltada apenas à titularidade estatal.

Não é possível sustentar conforme a literatura jurídica tradicional que uma teoria dos bens públicos possa ser construída a partir de elementos próprios que produzam uma distinção nítida entre o domínio público e o privado, uma vez que as fronteiras entre ambos os campos são mitigados pelos fenômenos mencionados¹⁰.

Há de se reconhecer que o *domínio público* não é um conceito imutável, mas variável ao longo do tempo e do espaço¹¹ e, por efeito, se demonstra insuficiente considerar que a natureza pública dos bens decorre exclusivamente do seu titular, diante da complexização da persecução do interesse público.

A ascensão do Estado Gerencial Brasileiro é marcado justamente pela crescente redução da atuação das pessoas jurídicas de direito público na promoção das finalidades públicas e pela utilização através da coordenação, delegação ou parceria de pessoas jurídicas e físicas de índole privada, que passam a desempenhar atividades públicas de interesse da coletividade¹².

Neste viés, as pessoas públicas de natureza privada criadas pelos entes federados através do fenômeno de descentralização desempenham atividades econômicas ou serviços públicos em modo empresarial, porém, sujeitas a uma

9 Este item contém algumas das idéias desenvolvidas na minha tese de doutorado: EMERSON AFFONSO DA COSTA MOURA, *A função social como elemento estruturante da teoria do domínio público: o dever de funcionalização dos bens públicos*, 2017. p. 309 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

10 RENÉ FOIGNET, *Manuel Élémentaire de Droit Administratif*, Paris: Arthur Rousseau Editeur, 1898, p. 195.

11 ORESTE RANELLETTI, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico*, vol. 1, Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1898, p. 137.

12 Sobre o tema, vide: EMERSON AFFONSO DA COSTA MOURA, "Estado Gerencial, Regulação Econômica e Serviços Públicos", in *Direito Regulatório: Agências, Concorrência e Direitos Fundamentais*, vol. 1, Rio de Janeiro: Agora, Eduardo Manuel Val, Marco Antônio Ferreira Macedo e Emerson Affonso da Costa Moura (orgs.), 2015, pp. 108-140.

disciplina privada com regras públicas, que permitam dotar de regime flexível e proteger as atividades de interesse coletivo¹³.

A Constituição Federal Brasileira determina, portanto, a criação de um regime legal próprio que preserve os interesses públicos envolvidos – na proteção da sua função social, das contratações públicas, dentre outros – sem recusar a existência de interesses privados presentes – e a necessidade de sujeição à disciplina comum civil, comercial, trabalhista e tributária¹⁴.

Neste viés, seria simplista a afirmação que os bens das empresas estatais brasileiras têm natureza de privados diante da sua natureza jurídica e a previsão normativa do artigo 98 do Código Civil, pois além da existência de interesses públicos e privados incidentes nas suas relações e, portanto, nos seus meios materiais – os bens – há a questão da formação do acervo.

Enquanto as autarquias e fundações públicas são constituídas e dotadas através de recursos exclusivamente públicos, as empresas públicas podem ser constituídas de bens privados, além de parte do seu acervo estar destinado à persecução de tais interesses privados exteriorizado no capital particular e nos legítimos interesses dos seus titulares.

Assim, o critério da titularidade parece insuficiente quando os bens afetados estão sob a titularidade de pessoas jurídicas de direito privado. Volve-se à questão da delimitação da natureza de bens das estatais brasileiras pelo exercício de uma finalidade de interesse coletivo e, portanto, devem ser protegidos por um regime específico pela sua função pública.

Porém, não basta o exercício de uma finalidade de interesse coletivo para designar o bem como de interesse público. É cediço, que há bens privados que são designados de utilidade pública, pois ainda que sob a titularidade particular atendem determinados interesses coletivos sem que por isso se desloquem para o patrimônio público.

Ademais, a própria Constituição Federal Brasileira de 1988 consagrou que toda propriedade deve atender uma função social delimitando que o exercício privado dos bens se sujeita à realização de acordo com o interesse público e, portanto, deve atendê-lo para que se reconheça o seu exercício regular.

Cabe, portanto, delimitar quando o bem da pessoa privada será tido como público a partir do exercício de uma função pública, que não pode ser o atendimento genérico de um interesse coletivo pelo particular ou a mera adequação de um interesse público pelo sujeito privado.

Note que, tal entendimento não é novo, já que o Conselho de Estado francês já aderiu a tal entendimento ao determinar que, exercendo a coisa um uso público – no caso um cemitério, ainda que supostamente esteja sob

13 ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*, Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 91.

14 Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988, Senado Federal, *Diário Oficial da União*, de 05 de Outubro de 1988, Art. 173 §1.º.

uma titularidade privada, encontra-se no acervo dos bens que compõem ou *l'appartenance* ao domínio público¹⁵.

Observe-se, que não se trata de qualquer uso ou função pública, mas a medida em que ele possa ser pelo grau ao qual está vinculado ao exercício do *munus publico* passar a ser considerado como o elemento material da respectiva atividade e, portanto, deflagrar a sujeição a um regime jurídico especial mais protetivo que gozam os bens públicos.

Neste sentido, será a *gradação* da função pública¹⁶, que irá distinguir os bens públicos e privados e, portanto, as fronteiras do domínio público, que não se liga necessariamente com a titularidade, mas a medida em que, a coisa busque se adequar e com isso promover o interesse público.

Tal gradação que irá distinguir, por exemplo, uma servidão administrativa de uma desapropriação indireta, à medida que há apenas a adequação da propriedade privada a uma atividade pública – como uma passagem de terminal elétrico – ou a sua própria utilização para a realização do serviço público – como a necessidade de instalação de uma central elétrica.

Em ambas, há uma nítida afetação a uma finalidade pública, o que as distingue quanto à natureza pública do bem não é a titularidade – já que ambas estão sob título formal privado – mas que enquanto a primeira conserva um espaço de autonomia de vontade restringida pela função pública, na segunda a sua ação já se volta à realização do interesse público.

Assumir que o critério central do domínio público não deve ser a afetação à finalidade coletiva – como ato formal e normativo – mas a função pública – assumida pela coisa no atendimento às necessidades públicas – não significa negar o papel exercido pelas pessoas públicas na *res publicae*, e tão pouco que ela possa decorrer, também, de um ato administrativo.

Porém, admitir que além das coisas que exerçam uma função pública sob a titularidade do Estado, há outras que independente da afetação formal ou do comando do sujeito estatal, também atende às necessidades coletivas que ensejam igualmente a proteção pela ordem jurídica.

Sob tal viés, torna-se necessário verificar se pode sustentar junto a um domínio público estatal, cujos bens estão diretamente a serviço do ente público, outro domínio público que não esteja sob a sua titularidade e, portanto, importará em questões como a aplicação da própria disciplina normativa.

Note, que prevê tal especialidade a Constituição Federal, o estabelecimento de um estatuto jurídico para a empresa pública, da sociedade de economia

15 França, Conselho de Estado, *Arrêt* Márekar de 28 de junho de 1935.

16 JEAN-MARIE PARDESUS, *Traité des Servitudes ou Services Fonciers*, t. 1, Paris: G. Thorel et Guilbert Libraire, 1838, p. 73.

mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços¹⁷.

A própria lei fundamental considera a impossibilidade de fixar exclusivamente o mesmo regime jurídico de direito público previsto para as pessoas jurídicas de direito público da Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional para os entes administrativos privados, mas também não os sujeita à uma disciplina exclusivamente de direito privado.

Desta feita, na constituição da pessoa pública de natureza jurídica privada pode ser feito aporte de capital exclusivo pelo ente federado, que abranja bens móveis, imóveis, valores, direitos e ações e passaram a estar, por força legal, a serviço ou disposição daquela pessoa, além de outros que poderiam ser incorporados oriundos de pessoas jurídicas de direito público.

Inegável, portanto, que tais bens conservava a titularidade estatal foram afetados para o cumprimento das suas atividades de exploração do serviço social, o que enseja sua sujeição às normas do regime jurídico de direito público como a aplicação de isenções, imunidades e qualquer prerrogativa concedidas à Fazenda Pública.

Porém, o processo de descentralização ao buscar traduzir em maior eficiência na gestão do interesse público, permite por vezes a utilização de capital privado através da alienação de quotas do capital social, o que enseja a aplicação subsidiária da lei das sociedades por ações e das regras de índole empresarial privada.

Não ignore que a questão da origem do respectivo bem dificulta a delimitação de sua natureza, mas igualmente a sua destinação já que competem às empresas estatais, o exercício de prestação da atividade econômica ou serviço público em modo empresarial, o que envolvem interesses públicos e privados, dos entes públicos e dos acionistas privados.

Em alguns casos, a própria natureza da atividade desenvolvida pela empresa pública conduz a uma celeuma sobre em que medida seus bens poderão ser considerados como públicos ou privados diante da dificuldade de delimitar de forma nítida os próprios interesses envolvidos no exercício do seu *munus legal*.

Considere, por exemplo, a questão do serviço postal, ao qual a ordem jurídico-constitucional historicamente¹⁸, reconhece em razão do interesse da

17 Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988. Art. 173 "§1.º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços".

18 Brasil, Constituição de 1891. Art. 34 item 15. Constituição de 1934. Art. 5 VII. Constituição de 1937. Art. 15 VI. Constituição de 1946. Art. 5 XI. Constituição de 1967. Art. 8 XII.

comunidade e por envolver a comunicação no território nacional como uma função pública de competência administrativa¹⁹ e legislativa²⁰ da União.

Antes desenvolvida tal atividade pública pelo Departamento dos Correios e Telégrafos, este foi transformado ainda no século XX em empresa pública²¹, com a finalidade de executar, controlar e explorar em regime de monopólio, os serviços postais em todo o território nacional²².

Porém, a lei federal que disciplina tal atividade administrativa, reconheceu que a União titulariza a exploração do serviço postal e telegrama através daquela empresa pública²³ como um serviço público²⁴ remunerado por tarifa²⁵, porém, sendo monopólio apenas algumas de suas atividades²⁶, enquanto outras não²⁷.

Isso se reforça com as sucessivas alterações no Estatuto Social da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, que acabou por ampliar o objeto social da empresa pública, de forma a abranger não apenas o planejamento, implantação e exploração do serviço postal, mas a de atividades correlatas e outras atividades fins mediante autorização ministerial²⁸.

19 Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Art. 21. "Compete à União: "x - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional".

20 Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Art. 22. "Compete privativamente à União legislar sobre: v - serviço postal".

21 Brasil, Decreto-Lei n.º 509 de 20 de Março de 1969. Art. 1.º - "O Departamento dos Correios e Telégrafos (DCT) fica transformado em empresa pública, vinculada ao Ministério das Comunicações, com a denominação de Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT; nos termos do artigo 5.º, item II, do Decreto-Lei n.º 200(*), de 25 de fevereiro de 1967".

22 Brasil, Decreto-Lei n.º 509 de 20 de Março de 1969. Art. 2 inciso I a III.

23 Brasil, Lei Federal n.º 6.538 de 22 de Junho de 1978. "Art. 2.º - O serviço postal e o serviço de telegrama são explorados pela União, através de empresa pública vinculada ao Ministério das Comunicações".

24 Brasil, Lei Federal n.º 6.538, de 22 de Junho de 1978. Art. 4.º - "É reconhecido a todos o direito de haver a prestação do serviço postal e do serviço de telegrama, observadas as disposições legais e regulamentares".

25 Brasil, Lei Federal n.º 6.538, de 22 de Junho de 1978. Art. 32 - "O serviço postal e o serviço de telegrama são remunerados através de tarifas, de preços, além de prêmios 'ad valorem' com relação ao primeiro, aprovados pelo Ministério das Comunicações".

26 Brasil, Lei Federal n.º 6.538, de 22 de Junho de 1978. Art. 9.º - "São exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais: I - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal; II - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de correspondência agrupada; III - fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal".

27 Brasil, Lei Federal n.º 6.538, de 22 de Junho de 1978. Art. 9 § 2.º - "Não se incluem no regime de monopólio:

a) transporte de carta ou cartão-postal, efetuado entre dependências da mesma pessoa jurídica, em negócios de sua economia, por meios próprios, sem intermediação comercial; b) transporte e entrega de carta e cartão-postal, executados eventualmente e sem fins lucrativos, na forma definida em regulamento".

28 Brasil, Decreto Federal n.º 8.016, de 17 de Maio de 2013. Art. 4 inciso I a IV.

O exercício de outras atividades fins parece que não necessariamente se identificam como o exercício de uma função pública propriamente dito como a sua atuação como banco postal, tal qual correspondente na prestação de serviços bancários básicos em todo o território nacional.

Cinge tal controvérsia no que tange ao regime jurídico, pois uma vez que desenvolve ou se liga à atividade financeira da mesma maneira que sujeitos econômicos, deveria se sujeitar à sua disciplina normativa privada com restrições públicas, como as regras relativas à segurança para estabelecimentos financeiros²⁹, inclusive, pela clara subsunção ao tipo legal³⁰.

Todavia, o Poder Judiciário desloca o debate da atividade desenvolvida para a titularidade, sob a alegação que a empresa pública não desempenha uma atuação financeira como atividade fim³¹, embora o critério determinante para a aplicação do regime jurídico não deva ser o sujeito, mas a atividade realizada na medida em que se ligue a uma função social.

As margens para a aplicação do regime jurídico de direito público ou privado para a atuação junto a de serviço postal, também, de banco postal pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos podem ser observadas igualmente, no que tange à determinação da incidência de imunidade tributária constitucional.

Determina a Constituição Federal de 1988 como um dos limites constitucionais explícitos ao poder de tributar exercido pela União, Estados, Municípios ou Distrito Federal, a vedação a instituição de impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços de um ente federado sobre o outro³².

Tal hipótese de não incidência constitucionalmente qualificada decorre não de uma eleição pelo constituinte ao disciplinar o poder de tributar, mas do próprio modelo de estado federativo que determina uma igualdade entre

29 Brasil, Lei Federal n.º 7.102, de 20 de Junho de 1983. Art. 1.º - "É vedado o funcionamento de qualquer estabelecimento financeiro onde haja guarda de valores ou movimentação de numerário, que não possua sistema de segurança com parecer favorável à sua aprovação, elaborado pelo Ministério da Justiça, na forma desta lei".

30 Brasil, Lei Federal n.º 7.102, de 20 de Junho de 1983. 1º "Os estabelecimentos financeiros referidos neste artigo compreendem bancos oficiais ou privados, caixas econômicas, sociedades de crédito, associações de poupança, suas agências, *postos de atendimento*, subagências e seções, assim como as cooperativas singulares de crédito e suas respectivas dependências".

31 Brasil, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.497.235-SE. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. J. 01.12.2015. "A imposição legal de adoção de recursos de segurança específicos para proteção dos estabelecimentos que constituam sedes de instituições financeiras não alcança o serviço de correspondente bancário ('banco postal') realizado pela ECT, pois não exerce atividade-fim e primária das instituições financeiras na forma definida no artigo 17 da Lei 4.595/1964. Nesse sentido, há precedente da Quarta Turma do STJ, ao julgar o REsp 1.183.121/SC, no afastou a aplicação da Lei 7.102/1983 à ECT".

32 Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988. Art. 150 inciso VI "a".

as entidades políticas, dotadas de autonomia político-administrativa dentre do ente federado, o que impede a sua tributação recíproca³³.

Porém, se o fundamento parece se ligar eminentemente à titularidade, o objeto da sua imunidade são aqueles previstos no tipo constitucional – o patrimônio, a renda e o serviço – sem que possam abranger o último ou qualquer atividade desempenhada, mas aquele que deflagre o regime jurídico de direito público e a prerrogativa decorrente.

Parece claro que pretende-se com a expressão, serviços, proteger o exercício de uma função pública, que justifique a aplicação do regime jurídico de direito público, ainda, que não seja pela titularidade estatal, como o Supremo Tribunal Federal já decidiu acerca de emissão de papel moeda do ente estatal através de delegatária³⁴.

Ainda, que tal função pública seja igualmente perseguida por mais de um ator social, de modo que nas atividades exercidas de serviço postal pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e a iniciativa privada deve ocorrer a aplicação de um regime de direito público e como a excelsa Corte já decidiu a incidência da imunidade constitucional³⁵.

Tanto que no caso, a Ordem dos Advogados do Brasil reconheceu que a imunidade recíproca apenas poderia incidir no que se refere à atividade propriamente dita do Estado – defesa da Constituição, da ordem jurídica do Estado democrático de direito, dos direitos humanos, da justiça social – e não nas demais³⁶.

Igualmente, no que se refere, à Petrobras, afastou-se do critério da titularidade e eventual monopólio estatal, para reconhecer a não incidência da

33 ALIOMAR BALEEIRO, *Limitações constitucionais ao poder de tributar*, 7.ª ed., revista e complementada, à luz da Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional n.º 10/1996, por Misabel Abreu Machado Derzi, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 15.

34 Brasil, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n.º 610.517. Rel. min. Celso de Mello. J. 3.6.2014. "A delegação da execução de serviço público, mediante outorga legal, não implica alteração do regime jurídico de direito público, inclusive o de direito tributário, que incide sobre referida atividade. Consequente extensão, a essa empresa pública, em matéria de impostos, da proteção constitucional fundada na garantia da imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, a)".

35 Brasil, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n.º 601.392, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 28.2.2013. "Exercício simultâneo de atividades em regime de exclusividade e em concorrência com a iniciativa privada. Irrelevância. Existência de peculiaridades no serviço postal. Incidência da imunidade prevista no art. 150, VI, a, da CF".

36 Brasil, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n.º 259.976, Rel. Min. Joaquim Barbosa, J. 23.3.2010. "A imunidade tributária recíproca alcança apenas as finalidades essenciais da entidade protegida. O reconhecimento da imunidade tributária às operações financeiras não impede a autoridade fiscal de examinar a correção do procedimento adotado pela entidade imune. Constatado desvio de finalidade, a autoridade fiscal tem o poder-dever de constituir o crédito tributário e de tomar as demais medidas legais cabíveis. Natureza plenamente vinculada do lançamento tributário, que não admite excesso de carga".

imunidade tributária, visto que a atividade em questão não se ligava à proteção ou realização de qualquer interesse público e, portanto, a risco ao exercício da autonomia do ente federado³⁷.

Note, portanto, que a aplicação do regime jurídico de direito público se relaciona de forma imediata à realização da função pública, de modo que, nas pessoas administrativas privadas, a aplicação da imunidade tributária recíproca se ligará à realização de serviços públicos e não à exploração de atividades econômicas privadas³⁸.

Tanto, que a própria Constituição Federal determina que a imunidade se vincula para as autarquias e fundações, desde que relacionadas à atividade pública propriamente perseguidas pela respetiva norma na exploração de atividades econômicas pelo Estado sob o mesmo regime dos empreendimentos privados³⁹.

Assim, a literatura jurídica aponta que as empresas públicas apenas gozarão da imunidade recíproca na medida em que desenvolvam atividades que representem o papel de *longa manus* das pessoas políticas ao qual estão vinculadas, como a prestação de serviços públicos ou o poder de polícia⁴⁰.

No caso, do serviço postal enquanto um serviço público, dota o seu titular de um regime jurídico de direito público, que prevê tal imunidade tributária recíproca⁴¹, ao passo que a atividade de banco postal, além de não ser atividade inerente à finalidade da empresa pública, tem natureza de exploração econômica e não faz incidir tal disciplina⁴².

O problema exsurge relativo ao controle dos respectivos bens, pois enquanto a literatura jurídica e parte dominante da jurisprudência consideram

37 Brasil, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n.º 285.716, Rel. Min. Joaquim Barbosa, J. 02.3.2010. "A imunidade tributária recíproca não se aplica à Petrobrás, pois: Trata-se de sociedade de economia mista destinada à exploração econômica em benefício de seus acionistas, pessoas de direito público e privado, e a salvaguarda não se presta a proteger aumento patrimonial dissociado de interesse público primário; A Petrobrás visa a distribuição de lucros, e, portanto, tem capacidade contributiva para participar do apoio econômico aos entes federados; A tributação de atividade econômica lucrativa não implica risco ao pacto federativo".

38 Brasil, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n.º 253.472, Rel. Min. Joaquim Barbosa, J. 25.8.2010.

39 Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988. Art. 150 "§3.º - As vedações do inciso VI, 'a', e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel".

40 ROQUE CARRAZZA, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 652.

41 IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, "Imunidade Tributária dos Correios e Telégrafos", *Revista Jurídica*, n.º 288, São Paulo, 2001, p. 38.

42 Brasil, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n.º 601.392, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 28.2.2013, p. 5.

que os bens não afetos a função pública propriamente dita não se sujeita a tal regime jurídico especial, por outro lado, o desenho constitucional e o próprio Supremo Tribunal Federal têm decidido diferente⁴³.

4. O CONTROLE DOS BENS DAS PESSOAS PÚBLICAS PRIVADAS À LUZ DE JULGADO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL⁴⁴

A Constituição Federal de 1988 ao consagrar o modelo de Estado republicano e democrático optou por um desenho institucional com além da configuração tradicional da tripartição dos poderes orgânicos, previu a existência de órgãos constitucionais autônomos que participam dos *checks and balances* permitindo o controle da ação pública.

Tradicional no constitucionalismo pátrio⁴⁵, o Tribunal de Contas atua no regime vigente como órgão auxiliar do Poder Legislativo ao qual compete fiscalizar a aplicação de dinheiro, bens e valores públicos, cabendo o dever de prestação de contas qualquer pessoa física ou pública ou privada que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre tais recursos.

Neste viés, ainda que possamos determinar a natureza do bem das pessoas estatais como público ou privado, de acordo com o grau de sua adequação ou de atendimento da função pública, surge a questão de se definir a medida de controle pelo Poder Legislativo da respectiva ação de tais sujeitos.

Utiliza-se como caso paradigmático do Supremo Tribunal Federal, o mandado de segurança n.º 32.703/DF de relatoria do ministro Dias Tóffoli que teve julgamento em 10.4.2018, que discutia o tema da fiscalização dos recursos da Fundação Banco do Brasil pelo Tribunal de Contas da União.

No caso, a Fundação alegava que os recursos provenientes do Banco do Brasil destinados à Fundação derivam de seus resultados operacionais e, portanto, possuíam a natureza de bens privados e não estão relacionados com a verba pública recebida, razão pela qual não se sujeitavam ao controle do Tribunal de Contas.

43 Vale mencionar que há quem defenda uma autarquização das empresas estatais, vide: HENRIQUE MOTTA PINTO, "A autarquização das empresas estatais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: um obstáculo para as reformas na Administração Pública", *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, vol. 15, n.º 57, 2010, pp. 215-233.

44 Este item contém algumas das ideias desenvolvidas na minha tese de doutorado: EMERSON AFFONSO DA COSTA MOURA, *A função social como elemento estruturante...*, óp. cit.

45 O primeiro Tribunal de Contas do país, que foi o Tribunal de Contas da União, foi criado em 1890, através do Decreto 966-A de 07 de novembro de 1890, por iniciativa de Rui Barbosa, Ministro da Fazenda na época. A primeira Constituição que previu o Tribunal de Contas foi a de 1891 no artigo 89, conferindo a este órgão a competência para liquidar e verificar a legalidade das contas da receita e da despesa antes de serem prestadas para o Congresso Nacional. A instalação deste Tribunal ocorreu no ano de 1893.

Porém, o Tribunal de Contas e a Advocacia Geral da União sustentavam que os recursos da Fundação eram na quase totalidade, compostos de repasses do Banco do Brasil, o que caracteriza sua natureza como de bens públicos e, portanto, definia a competência constitucional do órgão.

O Colegiado entendeu que, por se tratar de pessoa jurídica de direito privado não integrante da Administração Pública, a Fundação Banco do Brasil a priori não necessita se submeter aos ditames da gestão pública quando repassar recursos próprios a terceiros por meio de convênios.

Porém, quando a Fundação receber recursos provenientes da respectiva sociedade de economia mista que sofre a incidência dos princípios da Administração Pública, ficará sujeita à fiscalização pelo Tribunal de Contas da União, portanto, independentemente de sua aplicação ou não em uma função pública.

Há, inclusive, um posicionamento do Ministro Edson Fachin, que considerou que, por gerir recursos públicos, a Fundação Banco do Brasil deve, em qualquer caso, independentemente da origem do recurso recebido, ser submetida aos princípios da Administração Pública e, portanto, à fiscalização do Tribunal de Contas.

A celeuma do entendimento da Corte Constitucional que por possuírem caráter eminentemente público, os recursos provenientes do Banco do Brasil destinados à Fundação Banco do Brasil se submetem à fiscalização do Tribunal de Contas da União resulta da questão da própria atividade da respectiva Fundação.

Isto porque a própria Corte já considerou que o Banco do Brasil, enquanto entidade da Administração Indireta dotada de personalidade jurídica de direito privado voltada à exploração de atividade econômica em sentido estrito, não pode ser concebida como poder público para que seus recursos encaminhados à Fundação sejam tidos como públicos.

No mesmo precedente, afirmou que a Fundação Banco do Brasil persegue finalidades privadas, de forma que não desempenha função que se possa ter como peculiar e exclusiva da Administração, nem exerce atribuição pública capaz de considerar seus bens como públicos ou atrair o controle do Tribunal de Contas⁴⁶.

Conforme consta em seu estatuto social, a Fundação busca o exercício não de uma função pública típica, mas uma privada de interesse coletivo – a promoção, apoio, incentivo e patrocínio de ações no domínio educacional, cultural, social, filantrópico, recreativo/esportivo, de fomento a atividades de pesquisa científico-tecnológica e assistência a comunidades.

Volta-se à questão que se considerado o critério da titularidade, corre-se o risco de que bens e valores sobre titulares que estão afetados a uma finalidade

46 Brasil, Supremo Tribunal Federal, MS n.º 24427, Relator Ministro Eros Grau Tribunal Pleno, DJ 24/11/06.

coletiva não tenham a proteção do regime jurídico de bens públicos, bem como, que se sujeitem a uma disciplina mais gravosa e especial patrimônio que não se ligue a uma função pública.

Desta feita, a obrigação de controle pelo Tribunal de Contas ratificada pelo julgamento primeiro do Supremo Tribunal Federal de que todos os seus recursos se sujeitam à fiscalização pelo respectivo órgão, em razão da existência de dotações do Banco do Brasil, conduz a uma ampliação do mandamento constitucional e esvazia a natureza privada da própria pessoa.

Neste sentido, naquele julgado o Ministro Ricardo Lewandowski apontou preocupação com o avanço crescente dos órgãos de fiscalização e o Ministro Gilmar Mendes pontua a dificuldade de delimitar a própria origem do recurso – capital privado e público – para sujeitar a respectiva Fundação a um controle.

Com o critério da titularidade, além de não delimitar adequadamente a natureza do bem diante da crescente utilização de sujeitos privados para titularizar a execução de atividade pública, corre-se o risco de gerar um controle ampliado sobre pessoas privadas cuja aplicação das coisas não necessariamente são destinadas exclusivamente à função pública por elas desempenhadas.

Ademais, viola a própria graduação que existe entre os regimes aplicáveis a bens de pessoas que são adequados à uma função pública ou desempenham uma atividade de interesse coletivo, com aqueles bens que são destinados efetivamente como elemento material para a prossecução de um bem público.

Isto fica claro, na própria questão da respectiva Fundação de natureza privada, já que se considerada a sujeição de todos os seus bens ao controle pelo Tribunal de Contas em razão da origem dos respectivos recursos significaria desconsiderar o controle que se sujeitam as fundações privadas pelo Ministério Público dos recursos recebidos na aplicação de seus fins.

Por efeito, se o ordenamento jurídico prevê distintos regimes jurídicos incidentes sobre as mesmas pessoas e seus bens, resulta que não poderá na preservação de sua completude e integridade adotar-se hermenêutica que importe na aplicação absoluta de algumas regras em detrimento de outras.

Considerar então que as pessoas públicas de natureza privada por terem bens de origem de outras pessoas públicas de natureza pública se sujeitam independente da aplicação destes como elementos materiais de atividade de interesse público à um controle estatal significa deflagrar um regime específico e mais rígido desvinculado da sua própria finalidade.

A tutela jurídica dos bens públicos pressupõe a previsão de instrumentos jurídicos capazes de determinar a aplicação de normas que garantam a sua proteção de acordo com o fim que exercem e, por efeito, nas empresas estatais devem, inclusive, pela própria proposta de um regime comum e flexível para sua atuação e deve surgir apenas quando exerça função pública.

Deste modo, é capital a delimitação da natureza dos bens das empresas estatais através do critério da função pública que permita garantir o fundamento de flexibilização do seu próprio regime jurídico em razão de suas finalidades

sociais e a deflagração de disciplina normativa mais rígida quanto aos seus bens apenas quando necessária à preservação do interesse público.

CONCLUSÕES

Embora a teoria dos bens públicos centrada na titularidade estatal foi capital para afirmação do ente público após a formação do Estado Liberal de Direito, as mudanças que o mesmo tem sofrido na contemporaneidade torna necessário adequá-la a fenômenos recentes como a descentralização e a despublicização.

A crescente atuação de pessoas administrativas ou não-estatais, ambas de natureza jurídica de direito privado, na prossecução dos interesses públicos torna necessário deflagrar um regime jurídico capaz de proteger os bens materialmente ligados a realização de funções públicas independente da sua titularidade.

No que se refere aos bens das empresas estatais brasileiras implica na busca de uma justa medida capaz de garantir o regime privado e menos gravoso necessário para a persecução de suas finalidades privadas, porém, igualmente proteger os bens, em sentido amplo, que se ligam à realização de uma função ou atividade de índole pública.

Por efeito, sujeitar pelo critério da titularidade ou origem do recurso a necessidade de deflagração de um regime de direito público, que tem natureza mais protetiva e gravosa, para qualquer bem importa em aplicar uma disciplina incompatível com as respectivas pessoas, bem como, ampliar a aplicação do controle estatal.

Neste sentido, demonstra-se adequado verificar o exercício da função pública como critério que permite garantir o fundamento de flexibilização do seu próprio regime jurídico em razão de suas finalidades sociais e a deflagração de disciplina normativa mais rígida quanto aos seus bens apenas quando necessária à preservação do interesse público.

BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, ALEXANDRE SANTOS DE. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*, Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BACELLAR FILHO, ROMEU FELIPE. *Direito Administrativo e Novo Código Civil*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

BALEEIRO, ALIOMAR. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*, 7.^a ed. revista e complementada, à luz da Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional n.º 10/1996, por Misabel Abreu Machado Derzi, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CARRAZZA, ROQUE. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, São Paulo: Malheiros, 2003.

- CARVALHO FILHO, JOSÉ DOS SANTOS. *Manual de Direito Administrativo*, 31.ª ed., São Paulo: Atlas, 2017.
- FOIGNET, RENÉ. *Manuel Élémentaire de Droit Administratif*, Paris: Arthur Rousseau Editeur, 1898.
- JUSTEN FILHO, MARÇAL. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, São Paulo: Dialética, 2003.
- GONÇALVES, PEDRO. *A concessão de serviços públicos*, Coimbra: Livraria Almedina, 1999.
- MARTINS, IVES GANDRA DA SILVA. "Imunidade Tributária dos Correios e Telégrafos", *Revista Jurídica*, n.º 288, São Paulo, 2001.
- MOURA, EMERSON AFFONSO DA COSTA. *A função social como elemento estruturante da teoria do domínio público: o dever de funcionalização dos bens públicos*, 2017. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
- MOURA, EMERSON AFFONSO DA COSTA. "Estado Gerencial, Regulação Econômica e Serviços Públicos", in *Direito Regulatório: Agências, Concorrência e Direitos Fundamentais*, vol. 1, Rio de Janeiro: Agora, Eduardo Manuel Val, Marco Antônio Ferreira Macedo e Emerson Affonso da Costa Moura (orgs.), 2015.
- OLIVEIRA, RAFAEL CARVALHO REZENDE. *Curso de Direito Administrativo*, 5.ª ed., São Paulo: Método, 2017.
- PARDESUS, JEAN-MARIE. *Traité des Servitudes ou Services Fonciers*, t. 1, Paris: G. Thorel et Guilbert Libraire, 1838.
- PINTO, HENRIQUE MOTTA. "A autarquização das empresas estatais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: um obstáculo para as reformas na Administração Pública", *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, vol. 15, n.º 57, 2010, pp. 215-233.
- RANELLETTI, ORESTE. *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico*, vol. 1, Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1898.
- SADDY, ANDRÉ. *Curso de direito administrativo contemporâneo*, Rio de Janeiro: EdCeej, no prelo.
- SADDY, ANDRÉ. *Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia*, 3.ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.