

A IMUNIDADE RECÍPROCA DOS BENS PÚBLICOS NAS CONCESSÕES

Carlo Fabrizio Campanile Braga¹

Priscilla de Siqueira Gomes²

RESUMO

O artigo realiza um estudo sobre a possibilidade de incidência da imunidade recíproca sobre os bens públicos afetados à prestação de um serviço público por particulares. Nesse sentido, partindo de uma análise dos ensinamentos doutrinários sobre o atual conceito de serviço público, à luz da legislação que rege as parcerias entre o setor público e privado, o trabalho expõe a impossibilidade de fixação de uma tese única e abstrata para afastar ou reconhecer a imunidade relativa aos bens integrantes de contratos de concessão ou permissão. Analisando a possibilidade de convivência do instituto da imunidade recíproca com o princípio da livre concorrência, propõe-se possíveis critérios para nortear a análise de cada caso concreto.

PALAVRAS-CHAVE: Concessão de serviços públicos; imunidade recíproca; livre concorrência; Supremo Tribunal Federal.

INTRODUÇÃO

A (im)possibilidade de extensão da imunidade recíproca a bens públicos utilizados por pessoas jurídicas de direito privado para a prestação de serviços públicos vem sendo reiteradamente enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Recentemente, o STF reconheceu a existência de repercussão geral (Tema 1.297) referente à seguinte questão: “saber se a concessão de serviço público afasta a imunidade tributária recíproca para fins de incidência de IPTU sobre bens públicos afetados à prestação do serviço”³. A afetação desse tema trouxe à tona novas discussões sobre a extensão da imunidade a bens explorados por pessoas jurídicas de direito privado e os possíveis limites a serem impostos para tanto.

Nesse cenário, o presente artigo se propõe a expor o conceito de serviços públicos atualmente adotado pela doutrina, destacando como a imunidade recíproca pode representar uma ferramenta necessária para a consecução da finalidade pública. O objetivo é, essencialmente, demonstrar que o instituto da

1 Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul. Coordenador Jurídico da Procuradoria-Geral do Estado no Escritório de Parcerias Estratégicas de Mato Grosso do Sul. Doutorando (UNINOVE) e Mestre em Direito (UNISC). MBA em Concessões PPPs (FESPSP). Especialista em Direito Público (UNIJUI). Especialista em Conciliação, Mediação e Arbitragem (IDDE). Especialista em Teoria do Direito e Hermenêutica Jurídica (ABDCONST).

2 Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul. Coordenadora Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado na Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Mato Grosso do Sul. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Possui certificação em regulação contratual pela Universidade da Flórida.

3 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6852548&numeroProcesso=1479602&classeProcesso=RE&numeroTema=1297>. Acesso em: 15 set 2024

imunidade não é necessariamente conflitante com o princípio da livre concorrência, de modo a, ao final, apontar possíveis critérios norteadores para fins de solução de casos concretos.

Para o alcance dessa finalidade, além desta Introdução, o artigo possui 4 partes. No Tópico 1, far-se-á uma breve explicação quanto ao conceito de serviço público e sua revisitação pela doutrina administrativista. Em seguida, no Tópico 2, promover-se-á uma explanação acerca dos contratos de concessões, enquanto meios de parceria entre o setor público e o privado. De forma sistemática, no Tópico 3, serão expostas ponderações relativas ao instituto da imunidade recíproca, à luz do princípio da livre-concorrência. Por fim, o Tópico 4 abrange as considerações finais e possíveis balizas para nortear a análise referente ao reconhecimento da imunidade recíproca em casos concretos.

1 REPENSANDO O CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO

A expressão “serviços públicos” é mencionada mais de vinte vezes na Constituição Federal, sem que o seu conceito tenha sido trazido pelo texto constitucional ou pela legislação. Em virtude disso, a sua conceituação foi inicialmente realizada pela doutrina brasileira, a partir de três elementos: a) subjetivo (ou orgânico), relacionado à pessoa que presta o serviço público; b) material: que o considera como uma atividade que satisfaz os interesses da coletividade; e c) formal: que alude a sua prestação ao regime de direito público⁴.

Contudo, conforme adverte José dos Santos Carvalho Filho, esses elementos não são suficientes para se chegar a uma noção escoreta do que seria o serviço público, pelos seguintes fundamentos:

A primeira baseia-se no critério orgânico, pelo qual o serviço público é o prestado por órgão público, ou seja, pelo próprio Estado. A crítica consiste em que essa noção clássica está hoje alterada pelos novos mecanismos criados para a execução das atividades públicas, não restritas apenas ao Estado, mas, ao contrário, delegadas frequentemente a particulares.

Há, ainda, o critério formal, que realça o aspecto pertinente ao regime jurídico. Vale dizer, será serviço público aquele disciplinado por regime de direito público. O critério é insuficiente, porque em alguns casos incidem regras de direito privado para certos segmentos da prestação de serviços públicos, principalmente quando executados por pessoas privadas da Administração, como as sociedades de economia mista e as empresas públicas.

Por fim, temos o critério material, que dá relevo à natureza da atividade exercida. Serviço público seria aquele que atendesse direta e essencialmente à comunidade. A crítica aqui reside no fato de que algumas atividades, embora não atendendo diretamente aos indivíduos, voltam-se em favor destes de forma indireta e mediata. Além disso, nem sempre as atividades executadas pelo Estado representam demandas essenciais da coletividade. Algumas vezes são executadas atividades secundárias, mas nem por isso menos relevantes na medida em que é o Estado que as presta, incumbindo-lhe exclusivamente a definição de sua estratégia administrativa⁵.

Assim, como primeira premissa inerente a este estudo, constata-se a necessidade de se abandonar a noção tradicional de que o serviço público possuiria um conceito estático e obtido apenas a partir dos três critérios acima relacionados, devendo, em verdade, ser (re)construído a partir das necessidades sociais e administrativas inerentes a cada época. Nesse sentido, a doutrina clássica já apontava que o conceito de serviço público não é estático, variando de acordo com as necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade e momento histórico⁶.

4 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, Método, 2021, p. 426.

5 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.p. 610-611.

6 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 417.

Contudo, ao consultar o glossário jurídico fornecido pelo Supremo Tribunal Federal, vê-se a oposição do seguinte conceito de serviços públicos:

São aqueles que a Administração presta sem ter usuários determinados, para atender à coletividade no seu todo, como os de polícia, iluminação pública, calçamento e outros dessa espécie. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007)⁷.

Não obstante, a partir dos conceitos acima expostos, fica claro não mais ser possível entender os serviços públicos apenas como aqueles ditos “gerais”, prestados exclusivamente pela administração a destinatários indeterminados. Aliás, o próprio Hely Lopes Meirelles passou a definir serviço público como “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”⁸.

Assim, acompanhando a evolução do conceito de serviços públicos, Rafael Rezende os define como “uma atividade prestacional, titularizada, com ou sem exclusividade, pelo Estado, criada por lei, com o objetivo de atender as necessidades coletivas, submetida ao regime predominantemente público”⁹. Alexandre dos Santos Aragão, por sua vez, traz o seguinte conceito e ponderações:

[...] serviços públicos são as atividades de prestação e atividade econômica a indivíduos determinados, colocados pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou onerosamente, com vistas ao bem-estar da coletividade.¹⁰

[...]

É muito comum a associação entre o interesse coletivo a ser atendido pelos serviços públicos e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), o que, na grande maioria das vezes, realmente procede. **Há, contudo, alguns serviços públicos mais ligados à infraestrutura (ex., fornecimento de energia elétrica a grandes indústrias, transporte hidroviário de minério) cujo liame com a dignidade da pessoa humana é apenas indireto, como decorrência do desenvolvimento da sociedade como um todo. Por isso, preferimos adotar, no conceito proposto, o termo mais genérico de bem-estar da coletividade**, em vez de, dignidade da pessoa humana, associável diretamente às pessoas físicas.¹¹ (gn)

A partir disso, destaca-se duas classificações de serviços públicos, trazidas por Hely Lopes Meirelles, que reforçam a impossibilidade de entendê-los apenas como prestações destinadas diretamente aos cidadãos:

1.1.2.4 **Serviços impróprios do Estado:** são os que **não afetam substancialmente as necessidades da comunidade, mas satisfazem interesses comuns de seus membros, e, por isso, a Administração os presta remuneradamente**, por seus órgãos ou entidades descentralizadas (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais), ou delega sua prestação a concessionários, permissionários ou autorizatários. Esses serviços, normalmente, são rentáveis e podem ser realizados com ou sem privilégio (não confundir com monopólio), mas sempre sob regulamentação e controle do Poder Público competente.

1.1.2.5 **Serviços administrativos:** são os que a **Administração executa para atender a suas necessidades internas ou preparar outros serviços que serão prestados ao público**, tais como os da imprensa oficial, das estações experimentais e outros dessa natureza.¹² (gn)

7 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/tesauro/pesquisa.asp?pesquisaLivre=SERVI%C3%87O%20P%C3%9ABLICO%20UTI%20UNIVERSI#:~:text=NOTA%3A-,S%C3%A3o%20aqueles%20que%20a%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20presta%20sem%20ter%20usu%C3%A1rios%20determinados,Paulo%3A%20Malheiros%2C%202007>. Acesso em: 20 ago 2024.

8 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 417.

9 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021, p. 426.

10 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 130.

11 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 134-135.

12 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 422.

É fundamental levar em consideração que os serviços públicos são, também, atividades econômicas, e que por isso nem sempre estarão completamente dissociados do lucro, notadamente quando prestados por pessoas jurídicas de direito privado. Essa situação já foi reconhecida pelo Min. Luiz Fux no voto proferido no RE 1411101 AgR/SP, quando o Ministro afirmou que “A dicotomia entre prestação de serviço público e exploração de atividade econômica, verificada em teoria, há muito não se mostra vigente na prática da Administração Pública”¹³. Conforme aponta Eros Roberto Grau:

Inexiste, em um primeiro momento, oposição entre atividade econômica e serviço público; pelo contrário, na segunda expressão está subsumida a primeira. Podemos afirmar que a prestação de serviço público está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí porque serviço público é um tipo de atividade econômica.¹⁴

Portanto, para fins do presente estudo, os serviços públicos serão compreendidos como espécies de atividades econômicas destinadas à satisfação do bem-estar da coletividade, mediante prestações voltadas não só a satisfazer diretamente as necessidades mais básicas da população como, também, as demandas internas da administração.

2 OS CONTRATOS DE CONCESSÃO E O AMBIENTE DE PARCERIA ENTRE PÚBLICO E PRIVADO

Como já explicitado, a execução dos serviços públicos pode ser delegada aos particulares, consoante autorizado pelo *caput* do art. 175 da Constituição Federal, segundo o qual “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”¹⁵.

A partir desse permissivo, a relação entre a administração pública e o setor privado vem sendo cada vez mais intensificada por meio de contratos de concessão, especialmente visando a implementação de política públicas em setores de infraestrutura.

As razões desse incremento são várias, tais como: (i) a natural restrição orçamentária dos entes federados em face do elevado vulto dos investimentos nos setores de infraestrutura; (ii) a antecipação de investimentos pelo parceiro privado; (iii) a possibilidade de transferência do risco de financiamento para o parceiro privado; e (iv) os ganhos de eficiência da gestão privada.

Além disso, há que ser destacado o atual quadro de maturidade desses instrumentos contratuais de delegação de serviços públicos em seus aspectos jurídicos e institucionais, na medida em que, decorridos aproximadamente 30 anos da lei geral de concessões (Lei n° 8.987, de 1995) e 20 anos da lei de PPPs (Lei n° 11.079, de 30 de dezembro de 2004), houve a consolidação e a evolução de padrões regulatórios para sedimentar a relação público-privado.

Nesse aspecto, é importante ter uma visão sobre o atual entendimento que a dogmática tem

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1411101 AgR/SP. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 26 de fevereiro de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6517653>. Acesso em 19 ago 2024.

14 GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço público. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito Constitucional: uma homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 250-251.

15 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 ago 2024.

conferido aos contratos de concessão, inclusive para compreender o contexto da aplicação da imunidade tributária recíproca nos bens vinculados às concessões.

A partir do momento em que o Estado decide não prestar de modo direto um serviço de interesse dos cidadãos há uma delegação desta atividade a um particular. A delegação não é do serviço ou do bem, mas tão somente da atividade relacionada a prestação de um serviço ou de operação e manutenção de um bem. Como já refere há tempos a tradicional doutrina publicista brasileira, não “se deve confundir a titularidade do serviço com a titularidade da prestação do serviço. Uma e outra são realidades jurídicas visceralmente distintas”¹⁶. Embora a titularidade de serviço público seja estatal, a sua prestação pode ser delegada a terceiros, consoante previsto no art. 175, da CF.

A autorização constitucional para a delegação da prestação de atividades públicas é legalizada no plano infraconstitucional pelas leis nº 8.987, de 1995 e nº 11.079, de 2004, podendo ser distinguida em:

- a) *concessão comum de serviços públicos*, que pode ser subdividida, na forma do art. da Lei nº 8.987, de 1995, em (i.a) concessão comum de serviços públicos, quando há a concessão de exploração de um serviço público já existente (art. 2º, II, Lei nº 8.987, de 1995); e, (i.b) concessão comum de serviços precedida de obra pública, quando para a completa prestação da atividade é exigida a previa realização, total ou parcial, de uma obra e sua consequente operação e manutenção (art. 2º, III, Lei nº 8.987, de 1995). Em ambas, a remuneração do contratado e a amortização dos ativos será realizada essencialmente pela tarifa cobrada diretamente dos usuários do serviço (vg, concessão dos serviços de rodovias; concessão dos serviços de água e esgoto, etc);
- b) *concessão patrocinada*: tem como objeto uma atividade (serviço ou obra) que é caracterizada como uma concessão comum, contudo a tarifa não é suficiente para remuneração e/ou para a amortização dos ativos da contratada, necessitando, assim, de um complemento por meio de contraprestação pública (art. 2º, § 1º, Lei nº 11.079, de 2004). Como exemplo podem ser citadas as atuais concessões rodoviárias do Estado de São Paulo (Tamoios e PIPA), onde a tarifa de pedágio não se mostrou suficiente para, por si só, remunerar a concessionária, necessitando por isso de aporte de recursos públicos na concessão;
- c) *concessão administrativa*: tem como objeto a concessão de serviços ou bens a serem prestados ou fornecidos diretamente ou indiretamente a própria administração pública, envolvendo ou não a realização de obras ou fornecimento de bens, e cuja remuneração seja exclusivamente realizada por meio de contraprestações públicas (art. 2º, § 2º, Lei nº 11.079, de 2004). Como exemplo típico tem-se a prestação de serviços administrativos como PPPs de prédios da administração pública ou as PPPs sociais (Hospitais, Escolas, etc).

Essa classificação, ainda que satisfatória para fins sistematizadores das diferenças entre as espécies de concessão, não se mostra suficiente para capturar o atual estado da arte no desenvolvimento da técnica concessória, especialmente no que se refere ao direito da infraestrutura. Nessa perspectiva, convém lembrar que essas espécies contratuais de delegação de atividades desenvolvidas pelo setor público tomam um significado ampliado ao se compreender que não se está meramente delegando um serviço, mas sim

16 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 709.

toda a gestão de um ativo público cuja operação será direta ou indiretamente usufruída pelos cidadãos.

A própria ideia de concessão comum, trazida no art. 2º, III, da Lei nº 8.987, de 1995, deve sofrer uma evolução para ser compreendida de forma mais ampla, como uma concessão de infraestrutura pública que ficará disponível ao cidadão usuário, e que implica na realização de “investimentos, a manutenção e a operação do ativo público pelo particular com vistas a obtenção dos anseios econômicos e sociais, o que transcende, em muito, a mera gestão de uma obra pública”¹⁷. Nesse sentido:

Nas concessões de serviço público, a obrigação estatal é delegada sem abdicação da competência para a prestação dos serviços, de maneira que o Estado permanece responsável pela garantia da efetiva prestação dos serviços de forma satisfatória. É dizer, nas concessões de serviço público (com ou sem pluralidade de agentes), há uma obrigação solidária em que o polo passivo da relação jurídica é composto, simultaneamente, pelo concessionário e pelo Estado. Nessa conjectura, o devedor originário permanece obrigado em todos os aspectos em face do credor, de tal forma que o Estado, com a concessão, permanece responsável perante os cidadãos pela prestação dos serviços públicos.

Além disso, em consonância com elemento essencial da concessão de serviço público que já definimos (transferência da gestão e da organização do serviço), a concessão de serviço público consiste em uma delegação de obrigação de finalidade, e não de obrigação de meio, pois o mais relevante é a prestação do serviço concedido de acordo com os parâmetros e determinações exarados pelo poder concedente, de forma a plenamente realizar os direitos fundamentais aplicáveis.¹⁸ (gn)

Para além disso, deve ser agregado o entendimento de que esses contratos possuem um grau de complexidade que não pode ser comparado a tradicional contratação pública. As concessões, muito mais do que meros contratos da administração pública (ou contratos administrativos), ganham relevo em razão de suas características peculiares e complexas, normalmente envolvendo uma série de interfaces com atores públicos e privados.

Para fins de aproximação conceitual, pode-se entender que os contratos de concessão são acordos de vontades entre um ente público e um ente privado instrumentalizado por um contrato de longo prazo, cujo objeto contempla uma complexidade de execução com elevado vulto de investimentos de capital e de custos operacionais, dotado de riscos e incertezas inerentes a complexidade do objeto e ao longo prazo do contrato. Outrossim, esses instrumentos contemplam uma significativa transferência de riscos para a parte privada, notadamente aquele relativo ao financiamento da execução contratual, e cuja remuneração, em alguma medida, estará vinculada a eficiência na prestação da atividade (ao desempenho e/ou à demanda ou uso do bem).

Este conceito, aliás, captura os elementos da definição legal de parcerias dada pela Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016 (art. 1º, § 2º¹⁹). E é nesse caminho que a atual configuração das concessões deve ser compreendida, com uma parceria efetiva entre setor público e privado, e não como uma mera

17 DAL POZZO, Augusto Neves. **O direito administrativo da infraestrutura**. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 124.

18 SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre Iniciativa nos Serviços Públicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 303.

19 Art. 1º. [...] § 2º Para os fins desta Lei, consideram-se contratos de parceria a concessão comum, a concessão patrocinada, a concessão administrativa, a concessão regida por legislação setorial, a permissão de serviço público, o arrendamento de bem público, a concessão de direito real e os outros negócios público-privados que, em função de seu caráter estratégico e de sua complexidade, especificidade, volume de investimentos, longo prazo, riscos ou incertezas envolvidos, adotem estrutura jurídica semelhante. BRASIL. nº 13.334, de 13 de setembro de 2016. Cria o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/2015-2018/2016/Lei/L13334compilado.htm. Acesso em: 15 ago 2024.

transferência da atividade antes prestada pela administração pública a um agente privado. A contratação não é meramente atributiva, mas sim colaborativa, envolvendo a cooperação entre público e privado para a prestação de uma atividade em benefício do interesse dos cidadãos.

E essa ideia de uma parceria estratégica envolvendo o público e o privado confere a possibilidade de entender que as concessões não podem simplesmente ser comparadas a outros contratos administrativos e sequer podem ser entendidas como contratos em que o parceiro privado possui condições de liberdade e competição inerentes a atividade econômica privada.

Uma questão relevante nas concessões diz respeito a inexistência de *animus domini* da concessionária quanto detém a posse econômica do bem vinculado a concessão.

Pautado na ideia de uma contratação colaborativa visando o atingimento de uma finalidade pública é que se tem, comumente, a afetação de um conjunto de bens ao âmbito do contrato de concessão para fins de prestação dos serviços públicos concedidos.

Essa afetação, esclarece-se, não ocasiona a transferência da propriedade dos bens ao particular. Repassa-se apenas o domínio do bem e a conseqüente possibilidade de exploração, enquanto vigente o contrato. Aliás, via de regra, os bens utilizados para a prestação do serviço público retornam ao domínio do poder concedente ao final da concessão.

Conforme elucidada Hely Lopes Meireles:

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, nos limites e condições legais ou contratuais, sempre sujeita a regulamentação e fiscalização do concedente.

[...]

Findo o prazo da concessão, devem reverter ao poder concedente os direitos e bens vinculados à prestação do serviço nas condições estabelecidas no contrato²⁰.

Deve-se ter em mente, também, a possibilidade de que os bens públicos afetados não estejam diretamente ligados à efetiva prestação dos serviços públicos concedidos, como ocorre, por exemplo, os terrenos utilizados para a construção de rodovias. Com efeito, é possível que o bem imóvel, apesar de não se destinar à atividade finalística, gere receitas capazes de propiciar a efetiva prestação do serviço público, figurando como meio para se alcançar a modicidade tarifária e a prestação de um serviço eficiente. Seria o caso de uma afetação “indireta”.

Certo é que, independentemente do meio de afetação do imóvel à prestação do serviço público, a propriedade desse bem continua a ser da administração. Por isso, conforme entendimento da doutrina, não haveria que se falar em incidência de IPTU, ante a ausência de posse com *animus domini*. Nas palavras de Hugo de Brito Machado:

A posse, que pode ser tratada como fato gerador do IPTU, é a posse com *animus domini*, vale dizer, a posse na qual o possuidor se considera proprietário, e não se pode deixar de considerar que a União Federal, nos contratos de locação, ou mesmo de concessão, não transmite ao possuidor mais do que a simples posse, jamais a posse na condição de proprietário²¹.

20 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 487-488

21 MACHADO, Hugo de Brito. **O fato gerador do IPTU e a cobrança deste de ocupantes de imóveis públicos**. RFDT, Belo Horizonte, ano 16, n. 91, p. 21-28, 2018, p. 28.

O Superior Tribunal de Justiça também já se posicionou no mesmo sentido, ao entender ser “descabida a cobrança do IPTU do concessionário de imóvel público, pois detentor de posse fundada em relação de direito pessoal, sem *animus domini*”²².

Assim, demonstrada que a titularidade do imóvel permanece com a administração pública, torna-se, antes de tudo, de difícil visualização o enquadramento da concessionária como sujeito passivo do IPTU. Por isso, a condição de proprietário do poder concedente atrai a incidência da imunidade recíproca, prevista pelo art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal.

Contudo, ao analisar as controvérsias relativas à incidência do artigo constitucional acima citado no caso de imóveis alugados para a prestação de um serviço público delegado, o Supremo Tribunal Federal tem se utilizado de premissas relativas à livre concorrência ou justiça fiscal, conforme será a seguir demonstrado.

4 A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA E A LIVRE CONCORRÊNCIA ENQUANTO INSTITUTOS NÃO NECESSARIAMENTE ANTAGÔNICOS

A imunidade recíproca é prevista pelo art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal, e impede que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios institua impostos sobre “patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros”²³.

Conforme entendimento do STF, trata-se de “instrumento de calibração do pacto federativo, destinado a proteger os entes federados de pressões econômicas projetadas para induzir escolhas políticas ou administrativas da preferência do ente tributante”²⁴. Por isso, é considerada pela doutrina majoritária²⁵ como cláusula pétreia, pois visa proteger a forma federativa do Estado, prevista no art. 60, §4º, I, da Constituição Federal.

Nesse diapasão, destaca-se que a escolha quanto ao modo de prestação de um serviço público e dos bens estatais que serão afetados à sua prestação, ainda que no âmbito de contratos de concessão, é medida que expressa a autonomia administrativa e financeira conferida pela Constituição aos entes públicos, detentores do poder de decisão sobre seu patrimônio, à luz de suas respectivas realidades administrativa, financeira e orçamentária.

Portanto, torna-se de fácil constatação o fato de que a tributação de bens públicos legitimamente “escolhidos” para integrar o rol de bens integrantes de um contrato de concessão acaba por violar

22 Precedentes: AgRg no REsp n. 1.398.806/DF, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18/8/2015, DJe de 28/8/2015; AgRg no REsp 1.034.641/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 29/10/2013; AgRg no REsp 1.381.034/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 26/8/2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/doc.jsp?livre=%2755%27.tit>. Acesso em: 19 set 2024;

23 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 ago 2024.

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 253.472, red. p/ acórdão min. Joaquim Barbosa, julgado em 1 de fevereiro de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618164>. Acesso em: 19 ago 2024.

25 Nesse sentido se posicionam: Sacha Calmon Navarro Coelho (COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de direito tributário brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 195.), Regina Helena da Costa (COSTA, Regina Helena da. Imunidades Tributárias: teoria e análise da jurisprudência do STF. 3. ed. São Paulo: Malheiros), Gilberto Frigo Junior (FRIGO JUNIOR, Gilberto. A Imunidade Tributária e os Direitos e Garantias Fundamentais do Contribuinte. In: CARRAZZA, Elizabeth Nazar; MORETI, Daniel. Imunidades Tributárias. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 137).

a finalidade da imunidade recíproca, pois possibilita que o ente tributante interfira diretamente na escolha político-administrativa relativa ao meio de prestação de determinado serviço público, podendo, inclusive, inviabilizar sua execução.

O fundamento comumente utilizado para afastar a imunidade recíproca dos bens públicos tem sido construído no sentido de que o reconhecimento dessa prerrogativa constitucional a uma empresa privada com finalidade lucrativa implicaria em uma ofensa quase que automática ao princípio da livre concorrência. É o que se extrai da sistematização de teses firmadas pelo STF sobre o tema, feita pelo Ministro Luis Roberto Barroso, ao propor a afetação ao regime de repercussão geral (Tema 1.297):

A primeira tese afirma que **a imunidade tributária recíproca não se aplica a empresa privada, arrendatária de imóvel público, que explora atividade econômica com fins lucrativos (Tema 385/RG)**. A segunda orienta que incide IPTU sobre imóvel de pessoa jurídica de direito público cedido a pessoa jurídica de direito privado (Tema 437/RG). A terceira disciplina que **a sociedade de economia mista, cujos ativos são negociados em Bolsas de Valores e que distribui lucro, não está abrangida pela regra de imunidade tributária (Tema 508/RG)**. A quarta dispõe que **as empresas públicas e as sociedades de economia mista delegatárias de serviços públicos essenciais, que não distribuam lucros a acionistas privados nem ofereçam risco ao equilíbrio concorrencial, são beneficiárias da imunidade tributária recíproca (Tema 1.140/RG)**. Nenhuma delas, no entanto, trata especificamente da manutenção da imunidade sobre bens públicos afetados à serviço público outorgado a particular.²⁶ (gn)

Sobre o assunto, relembra-se que a livre concorrência está prevista no art. 170, IV, da Constituição Federal como um princípio da ordem econômica. Este artigo, por sua vez, está inserido no mesmo capítulo do art. 175 da Constituição, o qual, como já declinado, autoriza a prestação dos serviços públicos pelos particulares, por meio de contratos de concessão ou permissão. Tratam-se, então, de duas previsões ligadas à Ordem Econômica da República Federativa do Brasil que não podem ser interpretadas de forma dissociadas.

Bernardo Gonçalves Fernandes explica que a livre concorrência deve ser compreendida como “a possibilidade de os agentes econômicos poderem exercer sem embaraços jurídicos criados pelo Estado, dentro de determinado mercado, com fins à produção, à circulação e ao consumo de bens”²⁷.

Ainda sobre esse princípio, Luis Eduardo Schoueri enfatiza que “a livre concorrência é meio para atingir uma finalidade; nesse sentido, não cabe falar em livre concorrência em si mesma, mas apenas naquela comprometida com a finalidade constitucional”²⁸. Desse modo, para o referido autor, a livre concorrência deve interagir com os demais princípios da ordem econômica e, portanto, ser objeto de ponderação quando eventualmente conflite com outros princípios constitucionais.

Em virtude disso é que surge a necessidade de que o afastamento de uma imunidade, sob o pretexto de se garantir a livre concorrência, seja feito a partir de um juízo de ponderação em cada caso concreto, e não de forma apriorística, conforme já decidiu o CADE, no Acórdão nº 107-07197. Ao citar o conteúdo dessa decisão, Luis Eduardo Schoueri pondera que:

²⁶ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=776004752>, p. 4, Acessado em: 17 dez 2024.

²⁷ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. ver. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 1.924.

²⁸ SCHOUERI, Luis Eduardo. Livre Concorrência e tributação. In: ROCHA, Valdir de Oliveira Rocha. **Grandes questões atuais do direito tributário**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 259.

Esta mesma **necessidade de análise do caso concreto** foi apontada pela 7ª Câmara do Conselho de Contribuintes, quando examinava questão do efeito concorrencial da imunidade. No caso”, **o Fisco pleiteava a suspensão da imunidade do contribuinte sob o argumento e que a atividade desenvolvida pela entidade imune ofenderia o princípio da livre concorrência.** Entendeu o Conselho que “se a atividade desenvolvida tem por finalidade auxiliar a cobrir o déficit da atividade principal da entidade imune, **não é correto retirar, pura e simplesmente, a imunidade somente com o argumento em tese de que estaria ferido o princípio da livre concorrência. A ofensa a este deve ser provada e não apenas alegada, sob pena de agredir-se a supremacia constitucional.**” Vale notar que a **decisão não nega que, em tese, a imunidade possa ser limitada, quando em confronto com o princípio da livre iniciativa; o que se exige, acertadamente, é que o embate entre os princípios se faça em bases concretas, evidenciando-se os efeitos nefastos sobre a concorrência, no lugar de simplesmente se afastar uma proteção constitucional.**²⁹ (gn)

Assim, se um imóvel público está afetado direta ou indiretamente à consecução de um serviço público, ainda que sua prestação tenha sido delegada ou outorgada a um particular que atue visando o lucro, não é possível que, somente em virtude dessa última condição, seja declarada uma afronta ao princípio da livre concorrência, sem considerar a realidade fática e concorrencial inerente à atividade desempenhada.

Quer se dizer, com isso, que a violação ao princípio da livre concorrência, para fins de afastamento da imunidade tributária, deve ser avaliada no caso concreto, mediante a utilização de balizas que permitam aferir, em cada situação, se a imunidade está de alguma forma interferindo na livre concorrência de outros prestadores desse mesmo serviço.

Com efeito, não se pode desconsiderar o fato de que a condição de imune de determinado bem afetado à prestação do serviço pode ter sido fator determinante na estruturação de determinado projeto de concessão e no atingimento de uma tarifa módica.

Aliás, mesmo nos casos em que o bem público abriga o exercício de uma atividade comercial, também é preciso avaliar a possibilidade de que a receita oriunda dessa atividade seja indispensável à manutenção da prestação do serviço.

Somado a isso, deve também ser considerado que a maior parte dos serviços públicos ligados à infraestrutura são prestados em forma de monopólio natural, ou seja, executados no todo ou em parte por um único prestador, não havendo concorrência, então, a ser afetada. Nas palavras de Frederico Turolla e Thelma Ohira:

A teoria econômica clássica preceitua que a livre concorrência produz maior nível de bem-estar possível comparado a qualquer outra forma de mercado. Entretanto, existem mercados em que a concorrência não oferece, necessariamente, uma solução superior. Esse é o caso dos serviços públicos de infraestrutura, sujeitos à falha de mercado conhecida como monopólio natural. Nessa situação, a presença de custos fixos elevados em capital altamente específico implica em um dilema entre eficiência produtiva e eficiência alocativa, além de sub-incentivo *ex ante* ao investimento.³⁰

Também não se pode esquecer que a delegação da prestação de um serviço público pressupõe a realização de procedimento licitatório que, por sua vez, figura como mecanismo tendente a concretizar o princípio da livre concorrência, já que a partir da licitação o poder público assegura a participação de todos

29 SCHOUERI, Luis Eduardo. Livre Concorrência e tributação. In: ROCHA, Valdir de Oliveira Rocha. **Grandes questões atuais do direito tributário**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 261.

30 TUROLLA, Frederico Araujo e OHIRA, Thelma Harumi. **Economia do saneamento básico**. Artigo preparado especialmente para o III Ciclo de Debates do Grupo de Estudos em Economia Industrial, Tecnologia e Trabalho da PUC-SP. Disponível em: https://www5.pucsp.br/eitt/downloads/III_CicloPUCSP_TurollaeOhira.pdf.

os interessados, valendo-se de uma competição imparcial e isonômica. Portanto, mesmo nesses casos, há o respeito à concorrência pelo mercado:

Assim como o termo “serviço público” possui uma pluralidade de significados no direito brasileiro, a noção de concorrência apresenta alguma ambivalência. **A razão disso é a existência de concorrência pelo mercado e concorrência no mercado.**

A concorrência pelo mercado é aquela que se dá entre os agentes econômicos anteriormente ao ingresso em um determinado mercado e como condição para tal acesso. Essa modalidade de concorrência existe com relação aos serviços públicos há tempos e é incontroversa na doutrina – tão incontroversa a ponto de passar praticamente despercebida –, pois sempre foi assente que os serviços públicos poderiam ser prestados por meio de concessão, cuja outorga depende de prévia licitação. Esta é a regra insculpida no artigo 175 da Constituição Federal.

Assim, considerando-se a licitação anterior à outorga de uma concessão de serviço público como um mecanismo de competição entre diversos agentes econômicos no qual apenas um conseguirá ingressar em um determinado mercado (i. e., prestação de um serviço público), pode-se afirmar que a concorrência pelo mercado existe há tempos e tradicionalmente é um mecanismo de concorrência para a prestação de um serviço público.

A concorrência pelo mercado não implica concorrência no mercado. **Há mercados em que os agentes econômicos somente podem entrar após prévio processo competitivo, mas, uma vez ingressados, atuam sem competição. É o caso dos processos de licitação para a outorga de serviços públicos monopolísticos** (transmissão de energia elétrica, por exemplo) ou dos processos de licitação para a outorga de concessões de bens ou atividades monopolizadas pela União Federal.³¹

Relembra-se ademais que, não raras vezes, o poder público concede benefícios tributários ou subsídios que, à semelhança do que ocorre com a imunidade, podem viabilizar a prestação do próprio serviço ou até mesmo o atingimento de tarifas módicas.

Realizando um paralelo com a concessão de benefícios fiscais/tributários, Vitor Schirato defende não ser possível afirmar que a outorga dessa benesse acarreta, em qualquer situação, algum tipo de dano à concorrência. Segundo explica o autor, a concessão de subsídios pode ser compatível com a livre concorrência, ao menos em três situações i) quando concedidos para fins de cumprimento de obrigações não impostas a todos os agentes e que não apresentam retorno financeiro; ii) quando conferidos aos segmentos monopolísticos da cadeia produtiva de um serviço público; ou iii) quando conferidos a todos os agentes prestadores, indistintamente.³²

Como se percebe, as duas primeiras hipóteses de não violação à concorrência são compatíveis com as situações até então expostas e se aplicam, também, à possibilidade de reconhecimento da imunidade tributária. Ainda sobre o tema, o autor prossegue explicando que:

No primeiro caso, **os subsídios tarifários não apenas são compatíveis com a prestação concorrencial dos serviços públicos, como, mais ainda, serão necessários para assegurar sua existência e sua efetividade**, na medida em que o dever imposto a apenas algum (ou alguns) agente(s) de suportar determinado ônus poderá se configurar uma desvantagem competitiva que o (os) levará à sucumbência. Em consonância com o que já afirmamos, precisamente este é o caso do cumprimento do dever de universalização dos serviços públicos. Tal dever, em regra, não é imposto a todos os agentes prestadores, mas apenas àqueles que estão sujeitos ao regime jurídico de serviço público. Demais disso, tal dever é muito oneroso e possui baixíssimo (ou nenhum) retorno financeiro. Sendo assim, o cumprimento do dever de universalização em um cenário concorrencial sem que sejam oferecidas compensações aos agentes onerados poderá levá-los à sucumbência, o que não seria admissível. Por essa razão, é perfeitamente lícito e compatível com um regime de concorrência na prestação dos serviços públicos que os agentes sujeitos a deveres especiais decorrentes do regime de serviço público tenham direito a subsídios públicos para compensar os custos incorridos com o

31 SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre Iniciativa nos Serviços Públicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 29.

32 SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre Iniciativa nos Serviços Públicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 268-269.

cumprimento de suas obrigações. De outro bordo, no segundo caso, os subsídios são admissíveis em serviços públicos prestados em regime de concorrência quando conferidos às etapas da cadeia produtiva que predicam uma exclusividade de agente (monopólios naturais). [...]

Destarte, **considerando-se que a fixação das tarifas devidas pela prestação dos serviços públicos é uma questão pertinente ao estabelecimento de uma política pública, nada obsta que ela preveja a concessão de subsídios tarifários para as atividades pertinentes à cadeia produtiva dos serviços públicos que constituem monopólios naturais, eis que referidos subsídios contribuirão para a modicidade tarifária dos usuários finais sem acarretar qualquer prejuízo à concorrência.** Muito ao contrário, podendo até mesmo configurar um estímulo à entrada de novos agentes e, portanto, um fomento à concorrência.³³ (gn)

Portanto, se é concebível que os prestadores de determinados serviços públicos em regime concorrencial desfrutem de alguma forma de benefício/subsídio para se alcançar a modicidade tarifária e a universalização desses serviços, com muito mais razão deve ser mantida imunidade conferida aos entes públicos para a prestação de serviços de sua competência, ainda que por intermédio de particulares.

Assim, resta evidente que a incidência da imunidade tributária não pode ser compreendida como uma automática violação ao princípio da livre concorrência, devendo cada caso concreto ser analisado a partir de alguns critérios, a seguir sugeridos.

5 POSSÍVEIS CRITÉRIOS PARA FINS DE RECONHECIMENTO DA IMUNIDADE RECÍPROCA NO CASO CONCRETO

A partir das premissas até então fixadas, pode-se vislumbrar alguns critérios a serem consideradas para fins de reconhecimento ou não da imunidade no caso concreto.

Como primeira baliza, é imprescindível a análise quanto à utilização ou afetação do bem público à prestação de um serviço de interesse geral (público/social).

Para a devida aplicação desse critério, devem ser feitos dois recortes: (i) o serviço público deve ser considerado enquanto prestação e atividade econômica que envolva algum interesse geral da sociedade (público/social), com vistas ao bem-estar da coletividade, abrangendo, assim, os contratos de infraestrutura e os serviços administrativos; e (ii) deve-se admitir, para fins de incidência da imunidade, a figura da “afetação indireta” ao serviço público, referente às situações em que o bem não está diretamente ligado a atividade finalística inerente a prestação do serviço, mas gera receitas ou outras utilidades que viabilizam a prestação do serviço de forma eficiente e com tarifas módicas, em proveito de toda a sociedade.

Feitos esses recortes, entende-se que a afetação do bem, nos termos do item ii, deve ser um critério determinante para fins de aferição quanto à incidência da imunidade no caso concreto, em detrimento das características da pessoa jurídica responsável pela prestação do serviço. Isso porque, partindo-se da premissa de que o poder concedente, ao delegar a prestação do serviço, preserva sua competência constitucional para tanto, não se mostra coerente que o fato desse serviço estar sendo prestado por um particular, em virtude do exercício de uma opção constitucional e legítima do ente federativo, tenha o condão de, por si só, afastar a prerrogativa constitucional que lhe foi conferida.

Com efeito, admitir o afastamento da imunidade em decorrência da finalidade lucrativa da

³³ SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre Iniciativa nos Serviços Públicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 268-269.

prestadora do serviço público, selecionada por meio de processo licitatório prévio, obstaria a incidência desse instituto constitucional em muitos dos contratos de concessão ou permitiria apenas a delegação para pessoas jurídicas de direito privado controladas pelo Estado, pois as pessoas jurídicas de direito privado não estatais atuam com finalidade lucrativa.

O regime da atividade também pode ser um ponto de partida quando da análise de incidência ou não da imunidade. Conforme acima defendido, entende-se que eventual aferição de justiça fiscal ou ofensa à livre concorrência deve ser feita à luz de situações e dados concretos, e não apenas com base em posições abstratas.

Por isso, a violação ao princípio da livre concorrência pressupõe, primeiramente, que haja concorrência. Assim, em se tratando de serviços explorados em regime de monopólio, tem-se presente o respeito à figura da concorrência **pelo** mercado, e a conseqüente concreção do princípio da livre-concorrência nesse cenário, já que não há, nesses casos, concorrência **no** mercado.

É de se salientar, ademais, que a prestação de serviços prestados em forma de monopólio, decorre do fato de que eles “demandam tamanhas montas de investimento para sua construção, que sua duplicação tornaria inviável o retorno do investimento realizado”³⁴, e, portanto, não poderiam ser executados por mais de um operador, por se tratar de uma única infraestrutura, sem contar nas questões ambientais e urbanísticas envolvidas na sua implementação.

Estando-se, portanto, diante de hipóteses de monopólio natural em que, como já consignado, não há concorrência no mercado, torna-se de difícil visualização a ocorrência efetiva de violação à livre concorrência ou algum tipo de injustiça fiscal apontada de forma abstrata, já que a diminuição dos custos do serviço pode ter como conseqüência a diminuição das tarifas a serem pagas pelos usuários.

Por outro lado, em relação à prestação de serviços em regime concorrencial, seria possível, em tese, se vislumbrar a possibilidade de que a imunidade possa, eventualmente, implicar em afronta ao princípio da livre iniciativa. Contudo, conforme já defendido, essa análise deve ser feita com base em dados concretos e considerando-se as situações dos *players* daquele mercado específico.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que o exercício de atividade em decorrência de delegação estatal (desestatização) implica em limitações de ordem legal e contratual que não são impostas aos demais entes privados no mercado concorrencial, de modo que a comparação parametrizada entre eles não teria sentido jurídico ou mesmo econômico.

Prova disso é que os prestadores de serviços públicos devem, por imposição legal, fazê-lo de forma adequada, isto é, satisfazendo “as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”³⁵ (art. 6º, §1º, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro 1995).

Ou seja, enquanto os demais entes privados do mercado têm sua atuação livre, aqueles que atuam por delegação do Estado estão com sua liberdade de planejamento e atuação econômica limitada.

34 SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre Iniciativa nos Serviços Públicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 206.

35 BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm?origin=instituicao. Acesso em: 15 ago 2024.

Isso conduz a conclusão que a desconsideração da imunidade tributária traria mais um elemento de desigualdade nessa relação.

Sugere-se, assim, que sejam estabelecidos critérios voltados à questão da concorrência em si, relativos ao mercado concorrencial, em detrimento das características inerentes à prestadora do serviço. O ordenamento jurídico brasileiro já contém tipificação para infrações à ordem econômica (Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011) que podem servir como parâmetro para o estabelecimento de balizas e possibilitar a análise concreta das situações.

Outro possível critério diz respeito à reversão dos bens ao final da concessão. Conforme já explicitado, os contratos de concessão podem prever que alguns bens cedidos à concessionária retornem à gestão estatal quando do término da vigência do contrato. Nesses casos, fica ainda mais evidente a possibilidade de reconhecimento da imunidade, pois o próprio ajuste deixa claro que o bem afetado continua e continuará a ser patrimônio público.

Também pode-se analisar a questão sob a ótica da realização ou não de licitação previamente à delegação, já que, nesses casos, terá havido o respeito à concorrência pelo mercado.

Esclarece-se, por oportuno, que os critérios acima expostos devem ser adotados independentemente de o ente privado possuir ou não finalidade lucrativa ou exercer atividade em regime concorrencial e devem ser aplicados a partir do que a utilização do bem representa na política administrativa do ente federativo proprietário. Por isso, caberia ao poder concedente, no momento da estruturação do projeto, avaliar de que forma aquele imóvel seria afetado à prestação do serviço e explorado pelo particular, para que, a partir disso, seja promovido o cálculo da tarifa e demais custos inerentes ao projeto.

Neste momento, então, caberia ao poder concedente analisar concretamente se a utilização proposta para o bem imóvel poderia representar algum tipo de risco à livre concorrência, promovendo-se, se for o caso, a adoção das medidas cabíveis para mitigar eventuais efeitos negativos.

Outrossim, deve ser considerado que cada setor de prestação de serviços públicos, notadamente àqueles relativos à infraestrutura (ferrovias, rodovias, portos, aeroportos) possui particularidades e demanda incentivos diversos, de modo que a fixação de uma tese geral para todos os tipos de serviços públicos pode configurar prejuízo a setores específicos.

Portanto, resta claro que o afastamento da imunidade recíproca unicamente em virtude de a prestação de serviço público ser realizada por pessoa jurídica de direito privado com finalidade lucrativa parece não ser a medida mais condizente com a própria noção atual do que representam os serviços públicos e, principalmente, com os princípios que regem esse tipo de serviço.

Por fim, é importante que também seja levada em consideração a situação relativa às concessões administrativas (PPPs administrativas), nas quais a administração é a responsável por remunerar o delegatário e não há a cobrança de tarifas, especialmente quando a prestação de serviço à administração pública é indireta.

Ainda que nesse caso os bens públicos sejam utilizados sem uma finalidade atrelada a um serviço público *strictu sensu*, o benefício da sociedade vem pela melhoria do atendimento às demandas da própria coletividade. Logo, tributar os imóveis públicos que estão sob a gestão temporária de um parceiro

privado e que são destinados ao atendimento direto ou indireto da administração pública também se mostra indevido, já que ditos bens permanecem ligados a um interesse geral (público/social) de todos.

Da mesma forma se dá com as concessões de uso especiais – tais como as concessões de ativos públicos (ginásios, centro de convenções, centros de abastecimento, etc), onde há o exercício de uma típica atividade privada/concorrencial por meio da qual os delegatários auferem renda. Contudo, tratam-se de concessões que se destinam a uma finalidade de interesse geral (público/social), ligada na maioria das vezes a políticas públicas e direitos fundamentais (lazer, cultura, esporte, armazenamento e distribuição de alimentos, etc).

Portanto, na linha do que já consignado, nesses casos também não se verifica motivo para se afastar a imunidade recíproca, já que são serviços prestados ao Estado, mas em favor da sociedade.

Assim, defende-se a impossibilidade de fixação de uma tese geral apenas à luz das características dos prestadores de serviços para abarcar todas as possíveis situações relativas aos bens públicos afetados à prestação de serviços públicos, sendo imprescindível que cada situação seja analisada em concreto à luz de balizas fixadas pela jurisprudência e pela legislação.

CONCLUSÃO

Os argumentos expostos no presente estudo apontam a necessidade de que a análise quanto à (im)possibilidade de incidência da imunidade recíproca sobre os bens públicos vinculados às concessões seja realizada à luz de casos concretos mas, primeiramente, a partir da noção atual de serviço público, enquanto atividade econômica e passível de ser prestado por particulares com finalidade lucrativa.

A partir disso, deve-se ter em mente que mesmo quando se está diante de um bem público utilizado por particular, no âmbito da prestação de serviços públicos, para explorar atividade econômica, há a possibilidade de que as receitas auferidas com a atividade seja indispensáveis à consecução do próprio serviço público ou, em último caso, à concretização do princípio da modicidade tarifária.

Portanto, aponta-se, como possíveis premissas para análise concreta do reconhecimento da imunidade recíproca de bens vinculados aos contratos de concessões:

- a) utilização ou afetação do bem público à prestação de um serviço de interesse geral (público/social), ainda que de forma indireta;
- b) reversibilidade desses bens;
- c) verificação do ambiente concorrencial na situação concreta, ante a possibilidade de prestação de serviços públicos em regime de monopólio;
- d) indispensabilidade do bem para a universalização do serviço ou atingimento do princípio da modicidade tarifária;
- e) realização de licitação para fins concessão do bem ou do serviço.

Reitera-se, por fim, que os critérios expostos devem ser adotados independentemente de o ente privado possuir ou não finalidade lucrativa ou exercer atividade em regime concorrencial. Na realidade, toda a análise deve girar em torno do que a utilização do bem representa na política administrativa do ente

federativo proprietário e na própria prestação do serviço público.

Observadas essas condições, será garantida a necessária segurança jurídica e a concretização a regra constitucional de imunidade recíproca aos bens públicos nas concessões.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 4. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 ago 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016**. Cria o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/___Ato2015-2018/2016/Lei/L13334compilado.htm. Acesso em 15 ago 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 1411101 AgR/SP. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 26 de fevereiro de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6517653>. Acesso em 19 ago 2024.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço público. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito Constitucional: uma homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre Iniciativa nos Serviços Públicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

SCHOUERI, Luis Eduardo. Livre Concorrência e tributação. In: ROCHA, Valdir de Oliveira Rocha. **Grandes questões atuais do direito tributário**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

TUROLLA, Frederico e OHIRA, Thelma Harumi. **Economia do saneamento básico**. Artigo preparado especialmente para o III Ciclo de Debates do Grupo de Estudos em Economia Industrial, Tecnologia e Trabalho da PUC-SP. Disponível em: https://www5.pucsp.br/eitt/downloads/III_CicloPUCSP_TurollaeOhira.pdf. Acesso em: 18 dez 2024.