

IMPENHORÁVEL PORQUE AFETO À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO, E NÃO PORQUE PERTENCENTE À EMPRESA ESTATAL – UM CRITÉRIO AINDA A SER ENCONTRADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*NOT SUBJECT TO PLEDGE DUE BECAUSE ATTACHED TO THE RENDERING OF
ESSENTIAL FACILITIES, AND NOT BECAUSE HELD BY STATE-OWNED COMPANY –
A JUDGMENT CRITERIA STILL TO BE FOUND BY THE BRAZILIAN SUPREME COURT*

MARIA VIRGINIA NABUCO DO AMARAL MESQUITA NASSER

Doutoranda em Direito Econômico na Universidade de São Paulo.

Advogada em São Paulo.

mvivimesquita10@yahoo.com.br; mvirginiamn@usp.br

ÁREA DO DIREITO: Administrativo

RESUMO: O presente artigo faz uma análise crítica de dois acórdãos proferidos pelo STF – o primeiro, no julgamento do RE 220.906/DF e, posteriormente, o julgado do RE 599.628 – em que o STF decide pela impenhorabilidade de bens detidos por empresas estatais (Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A., respectivamente) em razão de serem bens detidos por estatais e com base na natureza destas empresas. Como se demonstrará, as decisões foram obtidas a partir de extrapolações argumentativas que levaram a decisão para fora do regime legal aplicável às estatais. Ainda, perdeu-se a oportunidade de fazer uma reflexão sobre o caráter público e, portanto, a impenhorabilidade, de certos bens em razão de sua afetação a um serviço público, um critério de decisão com maior aptidão para preservar a manutenção do serviço público de maneira coerente com as regras do direito brasileiro aplicáveis à matéria.

ABSTRACT: This article aims to make a critical analysis of two decisions delivered by the Brazilian Supreme Court – the first one held on the case RE 220.906/DF and, latter on, the decision delivered on the case RE 599.628/DF – where the Court decided that assets held by two state-owned companies (the Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos [the national state-owned mail and telegraph incumbent] and Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. [a state-owned company running electric energy generation utilities in the North of Brazil, also responsible for the distribution of energy in the region] could not be pledged in-court, due to the fact that such assets were held by state-owned companies and based on the nature of those companies. As it will demonstrated, those decisions were obtained by means of some argumentative extrapolations that ultimately led its grounds to fall outside the legal regime applicable to Brazilian state-owned companies. In addition, there was a loss of the opportunity to make an elaboration on the public nature, and hence, the impossibility of the in-court pledging of certain assets due to their deployment in the provision of an essential utility, a decision

NASSER, Maria Virginia Nabuco do Amaral Mesquita. Impenhorável porque afeto à prestação de serviço público, e não porque pertencente à empresa estatal – um critério ainda a ser encontrado pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 19. ano 3. p. 43-56. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

criteria better suited for assuring the continuous provision of an essential utility while keeping coherence with the applicable law.

PALAVRAS-CHAVE: Bens de empresas estatais – Bens públicos – Penhorabilidade.

KEYWORDS: Public assets – Assets held by state-owned companies – Possibility of pledging/encumbering.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Dissecando os argumentos da decisão vencedora no RE 220.906; 2.1 Análise do argumento de que ao prestar serviço público, a ECT estaria excluída da aplicação do art. 173, II, da Constituição, por enquadrar-se na expressão “[R]essalvados os casos previstos nesta Constituição (...)”; 2.2 Análise do argumento de que a ECT, tanto por ser prestadora de serviço público quanto por ter seu patrimônio formado por dotações do Tesouro Nacional, está sujeita ao regime jurídico de direito administrativo; 2.3 Análise do argumento de que o art. 173, II, determina a sujeição das estatais a regime de direito privado com o intuito de manter o equilíbrio concorrencial entre empresas públicas e privadas que desenvolvessem a mesma atividade, de modo que a ECT, sendo prestadora de um serviço em regime de monopólio, estaria, justamente por tal condição, dispensada da sujeição a tal regime – 3. Dissecando o acórdão proferido no RE 599.628 e a cumulação de confusões jurídicas; 3.1 Análise do argumento de que a atuação da Eletronorte em regime de livre concorrência justifica a penhora de seus bens; 3.2 Análise do argumento de que a busca do lucro pela Eletronorte justifica a penhora dos bens da empresa – 4. Proteger o serviço público sem afrontar o direito vigente – Um critério alternativo para o julgamento da controvérsia da penhorabilidade dos bens de empresas estatais – 5. Conclusão – 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Em novembro de 2000, o STF finalmente concluiu o julgamento do RE 220.906,¹ ao qual, por maioria de votos, deu provimento, para reconhecer a impenhorabilidade

1. STF, RE 220.906-9/DF, Tribunal Pleno, 16.11.2000. A ementa do acórdão (por certo inapta a resumir todas as observações contidas nas 92 páginas de deliberações) é a seguinte: “Recurso Extraordinário. Constitucional. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção art. 12 do Dec.-lei 509/1969. Execução. Observância do regime de precatório. Aplicação do art. 100 da CF 1. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do art. 12 do Dec.-lei 509/1969 e não incidência da restrição contida no art. 173, § 1.º, da CF, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. 2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público de competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância do regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no art. 100 da CF. Recurso extraordinário conhecido e provido”.

NASSER, Maria Virginia Nabuco do Amaral Mesquita. Impenhorável porque afeto à prestação de serviço público, e não porque pertencente à empresa estatal – um critério ainda a ser encontrado pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 19. ano 3. p. 43-56. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

de dos bens detidos pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT)² e determinar que a cobrança do montante cuja penhora se discutia fosse feita por meio do sistema de precatórios, nos termos do art. 100 da CF (que reserva o pagamento por precatórios às Fazendas Públicas Federal, Estadual, Distrital e Municipal).

É sempre uma tarefa bastante árdua identificar em que consiste a decisão do Supremo Tribunal em casos de grande repercussão decididos por essa corte, tendo em vista que, nessas situações, o que geralmente se vê são quase todos os ministros proferindo votos próprios, em oposição a uma dinâmica de acompanhamento do voto vencedor ou de um eventual voto divergente pelos demais membros do plenário. Ainda assim, é possível verificar, no caso em questão, que a decisão de dar provimento ao recurso (dada pelo relator do recurso, Min. Maurício Corrêa, acompanhado por mais três ministros, enquanto três ministros votaram de maneira diversa, pelo não provimento do recurso) fundou-se nos seguintes argumentos principais: (i) a ECT e o serviço postal estariam, por força de atribuição de competência da União para prestar serviço postal prevista no art. 21, X, da Constituição, enquadrados na exceção contida no *caput* do art. 173 da CF (mais precisamente, na dicção “[R]essalvados nos casos previstos nesta Constituição (...)”) e portanto, não sujeitos ao regime privado mencionado no inc. II do mesmo artigo; (ii) a ECT, tanto por ser prestadora de serviço público, quanto por ter seu patrimônio formado por dotações do Tesouro Nacional, está sujeita ao regime jurídico de direito administrativo, tendo o Min. Carlos Velloso, ao apoiar tal argumento, chegado mesmo a afirmar que a ECT teria natureza jurídica de autarquia; (iii) o art. 173, II, determina a sujeição das estatais a regime de direito privado com o intuito de manter o equilíbrio concorrencial entre empresas públicas e privadas que desenvolvem a mesma atividade, de modo que a ECT, sendo prestadora de um serviço em regime de monopólio, estaria, justamente por tal condição, dispensada da sujeição ao regime privado. Dentro do bloco dos ministros que votaram pelo provimento ao recurso, apenas o Min. Moreira Alves segue uma linha argumentativa diversa (e, como veremos, mais consentânea com o que para nós corresponderia a um caminho decisório acertado), reconhecendo que apenas seriam bens públicos e, portanto, impenhoráveis, os bens afetos à prestação de serviços públicos, mas, dada a impossibilidade fática de se identificar claramente quais bens seriam e quais não seriam afetos a tal finalidade, era necessário reconhecer a impenhorabilidade em caráter geral.

Já pela síntese dos argumentos expostos nos itens (i) a (iii) acima percebe-se que a decisão que veio a prevalecer em plenário ora lê na Constituição Federal algo que ela não disse, ora chega mesmo a ler justamente o contrário do que prevê o

-
2. A penhora, se ocorresse, teria por fim garantir o pagamento de condenação da ECT em uma reclamação trabalhista.

NASSER, Maria Virginia Nabuco do Amaral Mesquita. Impenhorável porque afeto à prestação de serviço público, e não porque pertencente à empresa estatal – um critério ainda a ser encontrado pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 19. ano 3. p. 43-56. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

texto constitucional e o Dec.-lei 200/1969, ainda o diploma legal de referência quando se trata de determinar os diferentes regimes jurídicos aplicáveis aos entes da administração pública direta ou indireta. Não obstante, a decisão norteou vários julgamentos ocorridos dali em diante.

Assim é que, quase uma década depois, em 25.05.2011, termina o julgamento do RE 529.628, em cujos debates orais por mais de uma vez se menciona o RE 220.906. Neste último caso, contudo, o Supremo decidiu – não sem grande controvérsia entre os Ministros – pela penhorabilidade de bens (rendas, no caso) de titularidade das Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. – Eletronorte, por considerar que esta, ao exercer atividades em regime de concorrência e buscar a obtenção de lucros para distribuí-los a seus acionistas, não deveria gozar do privilégio de cobrança de suas dívidas por meio do sistema de precatório. Tratou-se, a nosso ver, de decisão correta, mas tomada, novamente, com base em critérios contrários ao que o ordenamento brasileiro determina de forma clara.

Este trabalho tem por objetivo apontar os desvios interpretativos identificados na jurisprudência em comento para, em seguida, oferecer um critério de interpretação para a questão jurídica objeto das controvérsias que nos parece mais consistente com a Constituição Federal, a legislação infraconstitucional vigente e a própria realidade: o critério da determinação da penhorabilidade ou impenhorabilidade de bens segundo sua afetação em caráter essencial à prestação de um serviço público.³

2. DISSECANDO OS ARGUMENTOS DA DECISÃO VENCEDORA NO RE 220.906

2.1 *Análise do argumento de que ao prestar serviço público, a ECT estaria excluída da aplicação do art. 173, II, da Constituição, por enquadrar-se na expressão "[R]essalvados os casos previstos nesta Constituição (...)"*

O art. 173, *caput*, da Constituição trata da exploração de atividade econômica diretamente pelo Estado, prevendo que esta somente ocorrerá quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, ressalvados os casos previstos na Constituição. A seguir, no inc. II, determina que, nas condições do *caput* (ou seja, quando, verificados os pressupostos ali contidos, estiver autorizada a exploração de atividade econômica diretamente pelo Estado), a lei disporá sobre o estatuto das estatais de que o Estado se utilizará para tais fins (se o

3. Obviamente, este critério somente é útil quando se trata dos bens não pertencentes às Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, às quais, por força do art. 100 da CF, aplica-se o regime de precatórios.

NASSER, Maria Virginia Nabuco do Amaral Mesquita. Impenhorável porque afeto à prestação de serviço público, e não porque pertencente à empresa estatal – um critério ainda a ser encontrado pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 19. ano 3. p. 43-56. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

caso), prevendo a sujeição destas empresas ao regime privado quanto às suas obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias.

Pois bem, ao interpretar que a atividade desenvolvida pela ECT (serviço postal) estaria abarcada pela ressalva do art. 173, *caput*, deve-se reconhecer que se trata de atividade econômica, pois é disso que fala o dispositivo em questão. Assim, o argumento de que o serviço postal seria um serviço público e, portanto, um ente que explorasse tal atividade estaria sujeito a regime distinto daquele que a Constituição reserva às empresas estatais ou sociedades de economia mista não se sustenta, sobretudo considerando que figuram entre as concessionárias de serviço público empresas totalmente privadas, às quais sequer de maneira remota se cogita aplicar o regime de direito público. A própria existência de concessionárias privadas a prestar serviços públicos em regime de concessão já demonstra que ao serviço público corresponde, sim, uma atividade passível de valoração econômica (e de precificação, inclusive), tornando frágil a argumentação de que prestação de serviço público seria uma categoria distinta da exploração de atividade econômica, em vez de uma espécie dentro do gênero atividades econômicas. Assim, parece-nos mais coerente a interpretação de que, se o art. 21, X, da Constituição, ao determinar a competência da União para a manutenção do serviço postal, constitui ressalva ao *caput* do art. 173 do mesmo diploma, a ressalva é no sentido de já deixar autorizada a exploração do serviço postal pelo Estado, independentemente de qualquer juízo de relevância à segurança nacional ou ao interesse público, bem como de ulterior autorização legal. Não seria, portanto, no sentido de excepcionar a empresa pública designada pelo Estado para prestar tal serviço do regime privado, que é aplicado por força do inc. II a todas as estatais, mormente quando o Estado, justamente, escolhe manter a prestação do serviço postal no âmbito de uma empresa pública, categoria sujeita ao regime privado não apenas por força da Constituição Federal de 1988, mas desde 1967, de quando é datado o Dec.-lei 200, de 25.02.1967.

2.2 Análise do argumento de que a ECT, tanto por ser prestadora de serviço público quanto por ter seu patrimônio formado por dotações do Tesouro Nacional, está sujeita ao regime jurídico de direito administrativo

Tanto o Min. Maurício Corrêa quanto os Ministros Nelson Jobim e Carlos Velloso afirmam em seus votos, com tranquilidade, a sujeição da ECT ao regime de direito público. O Min. Carlos Velloso chega mesmo a dizer que a ECT teria natureza de autarquia pública. Entretanto, o Dec.-lei 200/1967, cuja recepção pela Constituição Federal é incontroversa, é bem claro ao determinar que a empresa pública se sujeita a regime de direito privado. Com efeito, o que existe, no plano normativo do direito brasileiro, é o art. 5.º, a determinar que as empresas públicas possuem personalidade jurídica de direito privado. Em nenhum outro diploma e nem na

NASSER, Maria Virginia Nabuco do Amaral Mesquita. Impenhorável porque afeto à prestação de serviço público, e não porque pertencente à empresa estatal – um critério ainda a ser encontrado pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 19. ano 3. p. 43-56. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

Constituição se diz que a empresa pública, quando incumbir-se da prestação de serviço público, ou quando investida de um monopólio, ou mesmo quando enquanto estiver⁴ dependente do Tesouro Nacional, passará a operar sob o regime de direito público. Assim, é de se questionar o que autoriza a interpretação do STF de que a ECT deveria operar sob o regime jurídico de direito público, ainda que assumindo a forma empresarial (e não sob o regime geral de direito privado, com as inflexões de direito público aplicáveis por força de dispositivos legais especiais existentes, tal como o dever de licitar, que é a regra para estatais).

A personalidade jurídica de direito privado das empresas públicas é um dado do plano normativo brasileiro, posto que prevista de maneira expressa no Dec.-lei 200/1967 e não excepcionada por qualquer outro dispositivo em relação a circunstância alguma. Assim, presume-se com razoável tranquilidade que a União, ao manter a ECT funcionando como empresa pública, opta, como também ocorre em outros serviços e atividades, por organizar a prestação do serviço postal sob a forma empresarial, a que se aplica o regime de direito privado.⁵

Nesse sentido, C. A. Sundfeld e R. Pagani, ao advogarem pela possibilidade de se adotar um regime licitatório diferenciado para as estatais e, mais importante que isso, pela causa *de se levar a sério a natureza empresarial destas empresas*, observam que a própria EC 19/1998, ao modificar o art. 22, XXVII, da CF, que trata da competência da União para baixar normas gerais sobre licitação e contratação, fez clara distinção entre os regimes licitatórios aplicáveis à categoria dos entes que compõem a Administração direta, autárquica e fundacional (que são sujeitos a regime de direito público) e aquela das empresas públicas e sociedades de economia mista (essas sujeitas a regime de direito privado). O artigo em referência, depois de emendado, ao reconhecer que a lei poderia trazer regimes licitatórios distintos a serem aplicáveis aos entes da Administração pública direta, autárquica e fundacional, de

-
4. Dizemos enquanto estiver, e não enquanto for [dependente do Tesouro Nacional] porque, nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101, de 04.05.2000), art. 2.º, III, considera-se estatal dependente aquela que “receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária”. Daí se depreende que a situação de dependente ou não de uma estatal em relação ao Tesouro não é necessariamente uma característica permanente da empresa, podendo variar conforme seu desempenho econômico.
 5. É o caso de certas atividades desenvolvidas pelo Estado que, segundo Alexandre Santos de Aragão, “(...) passaram a necessitar de uma estrutura industrial complexa e em rede (...)”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. O serviço público e suas crises. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 424-425.

NASSER, Maria Virginia Nabuco do Amaral Mesquita. Impenhorável porque afeto à prestação de serviço público, e não porque pertencente à empresa estatal – um critério ainda a ser encontrado pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 19. ano 3. p. 43-56. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

um lado, e às empresas públicas e sociedades de economia mista, de outro, reconhece que, embora todos esses entes sofram inflexões de normas e princípios de direito público (entre eles, o dever de licitar), o regime geral aplicável aos entes que compõem um e outro bloco é distinto, porquanto aplica-se o direito público aos primeiros e o de direito privado aos últimos.⁶

2.3 Análise do argumento de que o art. 173, II, determina a sujeição das estatais a regime de direito privado com o intuito de manter o equilíbrio concorrencial entre empresas públicas e privadas que desenvolvessem a mesma atividade, de modo que a ECT, sendo prestadora de um serviço em regime de monopólio, estaria, justamente por tal condição, dispensada da sujeição a tal regime

Um terceiro argumento encontrado de forma bastante marcada nos votos vencedores é o de que, sendo a ECT detentora de um monopólio, não haveria que se falar na preservação de um equilíbrio concorrencial entre a ECT e outras empresas que com ela concorressem, tornando, assim, dispensável sua sujeição ao regime jurídico de direito privado previsto no art. 173, II, da CF.

Novamente, aqui, lê-se na Constituição algo que ela não diz. Não está dito, seja no art. 173, seja em qualquer outro dispositivo, que o regime das empresas estatais será o de direito privado, exceto quando tais empresas operarem em regime de monopólio. Ademais, o raciocínio segundo o qual a única função do art. 173, II, seria proteger o equilíbrio concorrencial entre empresas estatais e privadas atuando em um mesmo mercado, não se justificando a aplicação do dispositivo a empresas investidas de monopólio, parece bastante simplista, para além do fato de que isto simplesmente não está previsto na Constituição, por haver outros elementos a se proteger com a manutenção do alcance do art. 173, II, à ECT (e demais estatais monopolistas), como, por exemplo, a segurança jurídica das obrigações contraídas por tais empresas. No limite, o argumento de que uma empresa estatal que explorasse determinada atividade em regime de monopólio não está sujeita ao regime privado tornaria impenhoráveis bens de empresas que, justamente por gozar da condição de monopolista, auferem rendas mais que suficientes para a satisfação de seus credores. Trata-se de proteger, via blindagem pela impenhorabilidade, entidade que já é agraciada com um monopólio de mercado. Ademais, há casos em que

6. SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. Licitação nas estatais: levando a natureza empresarial a sério. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 245. p. 19. Rio de Janeiro: FGV, 2007. No mesmo trabalho, esclarecem os autores (p. 20): “Não é indiferente a criação de uma empresa estatal ou de uma autarquia para a realização de determinado cometimento público. Claramente, a opção pela empresa é uma opção pelo *modus operandi* empresarial, radicalmente oposto ao paradigma burocrático de atuação estatal típico das autarquias”.

NASSER, Maria Virginia Nabuco do Amaral Mesquita. Impenhorável porque afeto à prestação de serviço público, e não porque pertencente à empresa estatal – um critério ainda a ser encontrado pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 19. ano 3. p. 43-56. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

uma dada empresa, embora atue em regime de competição na busca por novos mercados, goza de monopólios no âmbito de concessões que já lhe foram outorgadas no passado. É o caso, por exemplo, da empresa Furnas Centrais Elétricas S.A., ou da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (Sabesp), apenas para citar dois exemplos. A situação, juridicamente bizarra, poderia, no limite, trazer enormes dificuldades de obtenção de financiamento para as referidas empresas (tendo em vista que a irrestrita impenhorabilidade dos bens dessas empresas tornaria praticamente impossível a tomada de seus bens em garantia por financiadores). Por fim, essa interpretação deixa uma porta aberta para que as estatais monopolistas, organizadas sob a forma empresarial porque entendeu o Estado ser mais conveniente colocá-las sob operação em regime privado, aleguem, apenas quando lhes for conveniente, que em verdade operam sob o regime público.

3. DISSECANDO O ACÓRDÃO PROFERIDO NO RE 599.628 E A CUMULAÇÃO DE CONFUSÕES JURÍDICAS

Em 25.05.2011, conclui-se o julgamento do RE 599.628,⁷ ao qual se reconheceu repercussão geral, desta vez para afirmar a penhorabilidade dos bens da estatal Eletronorte (ou seja, não aplicação do regime de precatórios a ela). Neste caso, o acórdão proferido pelo Supremo determinou que os privilégios da Fazenda Pública, entre eles o pagamento de seus débitos apenas por meio de precatórios, seriam inextensíveis a sociedades de economia mista atuando em regime de livre competição e com objetivo de distribuir lucros a seus acionistas.

Nota-se, portanto, que, embora o resultado final deste segundo acórdão seja divergente do primeiro, porquanto o primeiro reconhece a impenhorabilidade dos bens da estatal ao passo que o segundo a denega, a razão de decidir, em ambos os casos, está focada na natureza das estatais titulares dos bens que se pretende penhorar. Novamente, independentemente do resultado final do julgamento, observa-se que os fundamentos da decisão não guardam aderência com o direito vigente (e

7. STF, RE 599.628/DF, Tribunal Pleno, 25.05.2011. Ementa do acórdão: “Financeiro. Sociedade de economia mista. Pagamento de valores por força de decisão judicial. Inaplicabilidade do regime de precatório. Art. 100 da Constituição. Constitucional e processual civil. Matéria constitucional cuja repercussão geral foi reconhecida. Os privilégios da Fazenda Pública são inextensíveis a sociedades de economia mista que executam atividades em regime de concorrência ou que tenham como objeto distribuir lucros aos seus acionistas. Portanto, a empresa Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. – Eletronorte não pode se beneficiar do sistema de pagamento por precatório de dívidas decorrentes de decisões judiciais (art. 100 da Constituição). Recurso extraordinário ao qual se nega provimento”.

NASSER, Maria Virginia Nabuco do Amaral Mesquita. Impenhorável porque afeto à prestação de serviço público, e não porque pertencente à empresa estatal – um critério ainda a ser encontrado pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 19. ano 3. p. 43-56. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

mesmo com a realidade), o que faz perpetuar o precedente juridicamente incoerente. A seguir analisamos os argumentos deste segundo acórdão.

3.1 Análise do argumento de que a atuação da Eletronorte em regime de livre concorrência justifica a penhora de seus bens

Com relação a este argumento, há que se notar, primeiramente, que a Eletronorte se enquadra na mesma situação de uma série de empresas estatais que, embora atuem em regime de livre mercado quando se trata da busca por novos nichos de atuação, são também titulares, por outro lado, de concessões de serviço público, exercendo funções que lhe são delegadas em caráter exclusivo e, portanto, monopolístico. Assim, dizer de maneira generalizada que a empresa atua em regime de livre concorrência e que isto justifica a penhorabilidade de seus bens parece estar em descompasso com a própria realidade da empresa.

3.2 Análise do argumento de que a busca do lucro pela Eletronorte justifica a penhora dos bens da empresa

Em segundo lugar, não há qualquer dispositivo, seja na Constituição, seja na legislação infraconstitucional, que autorize dizer que o regime de determinada empresa estatal deva ser público ou privado com base na lucratividade obtida pela empresa. Como já mencionado, a Constituição Federal diferencia, sim, as estatais dos entes da Administração Pública direta, autárquica e fundacional, mas não diferencia as estatais que perseguem lucro das que não o fazem.

Retomamos aqui a lição de Sundfeld e Pagani para lembrar que as estatais não são constituídas necessariamente para serem lucrativas ou não, mas resultam de uma opção “pela atuação ágil, expedita, comprometida com resultados”⁸ e, acrescentaríamos nós, especializada da entidade. O lucro poderá advir (e, muitas vezes, é o que ocorre) da salutar combinação entre a eficiência produtiva da estatal e fatores como condições econômicas favoráveis, consolidação do mercado em que atua a empresa e aumento da capilaridade dos canais de atendimento ao logo dos anos, produzindo o efeito das externalidades positivas de rede e outros. É assim que muitas estatais que não eram lucrativas no momento e durante os anos que seguiram à sua criação passam a sê-lo mais tarde, ajudadas pelo fato de gozarem de monopólios legais e/ou naturais. A lucratividade não é uma característica permanente de empresa alguma (seja privada ou pública, posto que lucro não se obtém por decreto, nem por cláusula estatutária) e seria motivo de enorme insegurança jurídica,

8. SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. Op. cit., p. 20.

NASSER, Maria Virginia Nabuco do Amaral Mesquita. Impenhorável porque afeto à prestação de serviço público, e não porque pertencente à empresa estatal – um critério ainda a ser encontrado pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 19. ano 3. p. 43-56. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

mormente para quem contrata com essas empresas, classificá-las ora como sujeitas ao regime privado, ora como sujeitas a regime público conforme estejam ou não lucrativas, ou, pior, conforme tenham ou não deliberado distribuir dividendos aos acionistas em um ou outro exercício.⁹

4. PROTEGER O SERVIÇO PÚBLICO SEM AFRONTAR O DIREITO VIGENTE – UM CRITÉRIO ALTERNATIVO PARA O JULGAMENTO DA CONTROVÉRSIA DA PENHORABILIDADE DOS BENS DE EMPRESAS ESTATAIS

No segundo tópico deste trabalho, demonstrou-se a insustentabilidade dos critérios adotados pelos votos vencedores no acórdão proferido nos autos do RE 220.906 para determinar a impenhorabilidade dos bens da ECT. Ocorre que a fragilidade de tais argumentos não significa, entretanto, afirmar que todos os bens da ECT sejam penhoráveis e que não existem, no plano jurídico, elementos capazes de indicar que um ou outro bem de empresas estatais ou mesmo de concessionárias privadas de serviço público devam manter-se a salvo da penhora ou outras restrições que importem a sua alienação. A questão reside, justamente, em deslocar o olhar do regime jurídico aplicável ao titular ou detentor do bem que se quer manter a salvo da penhora, direcionando-o para a atividade a que está afeto o referido bem, cuja continuidade se quer proteger.

9. Com relação a este ponto, chamamos a atenção para a interessante e oportuna observação de Mário Engler Pinto Júnior, no sentido de que, tanto na sociedade de economia mista, quanto na empresa pública, a missão pública destas empresas não deve anular a lucratividade: “Na sociedade de economia mista com participação de acionistas privados, a oposição entre objetivos aparentemente díspares (finalidade lucrativa e missão pública) não se resolve com a abolição de nenhum deles. Não se trata de subordinar incondicionalmente a finalidade lucrativa à realidade da missão pública, nem tampouco libertar a empresa estatal para gerar ilimitadamente valor a seus acionistas (público e privado). A saída está em considerar normal a convivência entre interesses divergentes no âmbito da companhia mista. Tais interesses, por seu turno, devem ser reconciliados pelas estruturas procedimentais internas, mediante o arbitramento da margem de lucro ideal pelos órgãos de administração, sem necessariamente suprimi-la nem maximizá-la. No caso da sociedade anônima unipessoal em que o Estado figura como único acionista, a ponderação entre lucratividade e objetivos de política pública leva em conta essencialmente a sustentabilidade financeira da companhia no longo prazo, uma vez que não existe conflito intrassocietário. O confronto entre finalidade lucrativa e missão pública adquire outra dimensão. Não se trata mais de oposição de interesses entre acionistas imbuídos de propósitos distintos (Estado e investidores privados), mas entre a companhia e o titular exclusivo da propriedade acionária”. PINTO JR., Mário Engler. A atuação empresarial do estado e o papel da empresa estatal. *Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro*. ano 48. vol. 151/152. p. 256-280. São Paulo: Ed. RT, jan.-dez. 2009.

NASSER, Maria Virginia Nabuco do Amaral Mesquita. Impenhorável porque afeto à prestação de serviço público, e não porque pertencente à empresa estatal – um critério ainda a ser encontrado pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 19. ano 3. p. 43-56. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

Em outras palavras, se, por um lado, a “ginástica jurídica” feita pelo STF para determinar que seriam impenhoráveis os bens da ECT e que as dívidas da empresa deveriam ser cobradas e pagas pelo sistema de precatórios, fundada basicamente na ideia de que a ECT e outras empresas públicas que exploram serviços públicos em regime de monopólio estariam sujeitas ao regime jurídico de direito público afigura-se como insustentável, por outro, há um curso de raciocínio segundo o qual é possível se concluir pela impenhorabilidade não de todos, mas de alguns bens da ECT, em razão da destinação a eles dada. Trata-se da linha argumentativa segundo a qual bens afetos à prestação de serviço público são bens públicos.

É tranquila a aceitação na doutrina de que os bens detidos por pessoas jurídicas de direito privado, quando afetos a determinadas finalidades públicas, entram para a categoria de bem de uso comum do povo, ou de bem de uso especial, categorias estas de bens públicos nos termos do Código Civil vigente.¹⁰ Em um enfoque mais refinado, Floriano de Azevedo Marques ensina: “O enquadramento de um bem como público pelo viés de sua finalidade depende de sua ‘essencialidade’ e ‘indispensabilidade’ para o exercício de uma função de interesse geral atribuída ao Estado. Identificamos, então, três requisitos: primeiro, a utilidade do bem deve corresponder a uma atividade cometida ao Poder Público por lei ou pela Constituição ou então cujas características tornem imperativo que ela seja realizada pelo Estado; segundo, o bem deve ser essencial para aquela atividade, de modo que dele não se possa prescindir sem prejuízo do exercício desta função pública; terceiro, ainda que a necessidade recaia não sobre um bem individualizado, mas sobre um determinado gênero de bens, aquele bem específico deve ser, ao menos naquelas circunstâncias, insubstituível ou, se substituível por outro equivalente, a este bem substituinte será transferida automaticamente a natureza do bem público”.¹¹

Sob essa linha de raciocínio, tanto bens de empresas estatais quanto de concessionárias privadas de serviço, quando empregados diretamente na prestação de tais serviços, seriam considerados como sujeitos ao regime de direito público enquanto afetos e indispensáveis a tal finalidade pública, não sendo, portanto, alienáveis (até porque, em regra, seriam sujeitos a reversão ao Estado ao final da concessão ou permissão de serviço público a que estivessem vinculados) e, por conseguinte, também não passíveis de penhora. Esta construção jurídica permite preservar sob domínio de seu titular (e, mais importante, manter no emprego da função pública a

10. Embora a Lei 10.406, de 10.01.2002, tenha falhado lamentavelmente em trazer uma definição precisa destas categorias, optando apenas por exemplificar alguns bens que fariam parte delas.

11. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 120-121.

NASSER, Maria Virgínia Nabuco do Amaral Mesquita. Impenhorável porque afeto à prestação de serviço público, e não porque pertencente à empresa estatal – um critério ainda a ser encontrado pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 19. ano 3. p. 43-56. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

que está afeto dado bem) toda uma universalidade de bens, sem subverter o regime que a legislação vigente reserva às empresas públicas. Permite, por outro lado, o enquadramento de bens detidos por concessionárias privadas de serviços públicos como bens públicos, sem, contudo, fazer concluir que todo o patrimônio destas concessionárias deveria ser tido como patrimônio administrativo (uma consequência lógica da equivocada premissa de que uma empresa que presta serviço público está integralmente submetida ao regime de direito público).

A adoção deste critério pelo STF poderia ter conduzido a corte a um rumo decisivo mais acertado para o próprio RE 599.628. Isso porque, mesmo que seja de direito privado a personalidade da Eletronorte, e que a empresa atue em regime de concorrência, parece que mais acertado seria, analisando quais os bens que foram objeto da penhora discutida (rendas, no caso), verificar (i) se a Eletronorte presta um ou mais serviços públicos; e (ii) se os bens objeto da constrição estariam efetivamente empregados em tais serviços e eram essenciais à sua manutenção. Ora, um determinado bem, seja ele detido por sociedade de economia mista, empresa pública, ou mesmo concessionária privada que estivesse totalmente dedicada à prestação de um serviço público – uma turbina empregada na geração de energia elétrica por concessionária do serviço público de geração, ou os trilhos e vagões de uma concessionária de serviço de transporte ferroviário – não pode ser objeto de penhora e, conseqüentemente, de ulterior alienação a um credor da concessionária.¹² Assim, no caso das estatais, não é o regime da titular do bem, mas a finalidade a que este se vincula que deve determinar os limites de sua alienabilidade e penhorabilidade.

Obviamente, a adoção do critério alternativo aqui proposto, tanto para um quanto para outro caso, implica pelo menos duas tarefas árduas, que não parecem convidativas ao Supremo: a primeira, decidir se determinada atividade corresponde ou não a um serviço público em dado momento.¹³ A segunda, identificar a que corresponde o núcleo do respectivo serviço, separando, dentre as diversas atividades eventualmente prestadas por uma empresa, quais delas corresponderiam à prestação de serviço público e quais seriam atividades acessórias. Por fim, um ter-

12. E, mesmo no caso de alienação a um credor financeiro, sem ao menos alguma sorte de prévia autorização do poder concedente ou condicionamento da assunção do bem à manutenção do serviço em que estivesse empregado.

13. Dizemos “em dado momento” por acreditarmos, juntamente com aqueles que se filiam à doutrina essencialista, que o rol de serviços públicos não corresponde a uma lista estanque de atividades prevista na Constituição Federal (com efeito, a Constituição sequer diz constituir serviços públicos tais e tais atividades – apenas atribui dever de prestação de determinados serviços a um e outro antes da Federação), mas sim a um conjunto de serviços que, em determinado contexto histórico e social, reclamam sua prestação ou garantia de prestação pelo Estado aos cidadãos.

NASSER, Maria Virginia Nabuco do Amaral Mesquita. Impenhorável porque afeto à prestação de serviço público, e não porque pertencente à empresa estatal – um critério ainda a ser encontrado pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 19. ano 3. p. 43-56. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

ceiro exercício se faria necessário, mas este nos parece mais direcionado aos juízos de primeira e segunda instância do que ao Supremo, por se tratar de matéria exclusivamente fática, que corresponde a verificar quais bens estão vinculados de forma essencial às atividades correspondentes ao núcleo do serviço público.

5. CONCLUSÃO

No julgamento do RE 220.906, ao decidir sobre a penhorabilidade dos bens da ECT com base em critérios relativos ao regime jurídico aplicável à empresa (qualificação jurídica do titular do bem) e não à destinação do bem objeto de constrição (qualificação da finalidade do bem), incorreu o Supremo em algumas incoerências jurídicas, como a atribuição de um regime de direito público à empresa pública, quando a própria lei e a Constituição Federal dizem que deve ser privado o regime, e a afirmação de que a prestação de serviço público sujeita o respectivo prestador do serviço ao regime público, quando existem concessionárias de serviços públicos inteiramente privadas ocupando-se da prestação de tais serviços. Mais que isso, o Supremo perdeu uma grande oportunidade de abordar a questão do serviço público, quais atividades o comporiam e como identificar, dentre os bens de uma empresa, quais estariam afetos à prestação do serviço público em grau suficiente para mantê-los a salvo de penhora, trilhando um caminho juridicamente mais coerente e dando início à consolidação de uma jurisprudência ainda faltante e assaz necessária ao direito brasileiro. Prova dessa necessidade é a decisão proferida nos autos do RE 599.628, que a nosso ver também poderia contar com mais acerto e coerência, e trazendo maior adequação jurídica a um precedente ao qual se reconheceu, inclusive, repercussão geral, caso tivesse seguindo o critério ora proposto.

6. BIBLIOGRAFIA

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O serviço público e suas crises. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. Lucratividade e função social nas empresas sob controle do Estado. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. ano 23. vol. 55. p. 35-59. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 1984
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 39-65.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

NASSER, Maria Virgínia Nabuco do Amaral Mesquita. Impenhorável porque afeto à prestação de serviço público, e não porque pertencente à empresa estatal – um critério ainda a ser encontrado pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 19. ano 3. p. 43-56. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

_____. *A concessão como instituto do direito administrativo*. Tese apresentada ao concurso para provimento de cargo de Professor Titular do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2013. Mimeo.

PINTO JR., Mário Engler. A atuação empresarial do estado e o papel da empresa estatal. *Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro*. ano 48. vol. 151/152. p. 256-280. São Paulo: Ed. RT, jan.-dez. 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. Licitação nas estatais: levando a natureza empresarial a sério. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 245. p. 13-30. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

Jurisprudência citada

STF, RE 220.906-9/DF, Tribunal Pleno, 16.11.2000

STF, RE 599.628/DF, Tribunal Pleno, 25.05.2011

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A afetação pública do patrimônio privado do concessionário de serviço público: limites e consequências, de Julia Schulz Rotenberg – *ReDAC* 18/51-60 (DTR\2015\7835); e
- A configuração jurídica clássica do serviço público e suas mutações, de Dinorá Adelaide Mu-setti Grotti – *RIASP* 28/81 (DTR\2011\5243).

NASSER, Maria Virginia Nabuco do Amaral Mesquita. Impenhorável porque afeto à prestação de serviço público, e não porque pertencente à empresa estatal – um critério ainda a ser encontrado pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 19. ano 3. p. 43-56. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.