

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

GABRIELA MARCONDES LABOISSIÈRE CAMARGOS

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO PAGAMENTO DE DÍVIDA JUDICIAL DE
SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA POR PRECATÓRIO: análise do julgado do
Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 599.628/DF**

BRASÍLIA,
JANEIRO 2014

GABRIELA MARCONDES LABOISSIÈRE CAMARGOS

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO PAGAMENTO DE DÍVIDA JUDICIAL DE
SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA POR PRECATÓRIO**

Trabalho de dissertação apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para obtenção de título de especialista Direito na linha de pesquisa de Direito Processual Civil.

Orientadora: Profa. MSc Janete Ricken

BRASÍLIA
JANEIRO, 2014

GABRIELA MARCONDES LABOISSIÈRE CAMARGOS

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO PAGAMENTO DE DÍVIDA JUDICIAL DE
SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA POR PRECATÓRIO**

Trabalho de dissertação apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para obtenção de título de especialista em Direito na linha de pesquisa de Direito Processual Civil.

Brasília, 24 de janeiro de 2014.

Profa. MSc Janete Ricken
Professora Orientadora

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

RESUMO

O regime de pagamento de dívidas judiciais de entes das Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais por meio de precatórios está definido no artigo 100, da Constituição Federal. Nesse contexto, verificam-se na Justiça Brasileira tentativas de alguns entes da Administração Pública Indireta, em especial de sociedades de economia mista, de ver concedido às suas dívidas tal privilégio processual. Partindo de tal premissa, é imperioso destacar a conclusão do STF quanto à inconstitucionalidade de tal concessão quando não atendidos os requisitos específicos estabelecidos pela Constituição Federal, muito embora seja também possível demonstrar, por meio da análise de tal julgado precedente, a viabilidade da flexibilização de tal limitação constitucional, a fim de conceder a determinados entes, em situações específicas de prestação de serviço público em monopólio, por exemplo, o privilégio processual de efetuar o pagamento de suas dívidas via precatório.

PALAVRAS-CHAVES: PRECATÓRIOS – PRIVILÉGIO PROCESSUAL – FAZENDA PÚBLICA - PAGAMENTO DE DÍVIDA JUDICIAL - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA – SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

ABSTRACT

The regime of payment of court debts by means of writs of payments (*precatórios*) of the entities of the Federal, State, District and Municipal Public Treasury Offices is set out in article 100 of the Brazilian Federal Constitution. In this context, one can verify that, within the Brazilian Courts, entities of the Indirect Public Administration, particularly mixed-capital companies (*sociedades de economia mista*) have tried to obtain such procedural privilege for paying their debts. Based on this assumption, it is essential to stress the Federal Supreme Court stand as regards the unconstitutionality of such benefit in case the specific requirements established by the Federal Constitution are not met. However, it is also possible to demonstrate, by analyzing such court precedent, whether said constitutional limit may be relaxed so as to grant certain entities, within specific situations relating to provision of monopolistic public services, for instance, the procedural privilege of paying their debts through writs of payment.

KEY WORDS: WRITS OF PAYMENTS (*PRECATÓRIOS*) - PROCEDURAL PRIVILEGE - PUBLIC TREASURY OFFICE, PAYMENT OF COURT DEBT – INDIRECT PUBLIC ADMINISTRATION - MIXED-CAPITAL COMPANY (*SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA*)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	- 6 -
1 DO CONCEITO E DOS PRIVILÉGIOS PROCESSUAIS DE FAZENDA PÚBLICA ..	- 11 -
1.1 Conceito de Fazenda Pública e de sociedade de economia mista	- 11 -
1.2 Dos privilégios e das premissas processuais da Fazenda Pública – motivos justificadores da previsão de pagamento de dívida judicial por precatório	- 15 -
2 ESPÉCIES DE EXECUÇÃO JUDICIAL	- 21 -
2.1 Considerações gerais acerca do processo de execução – diferenças entre execução judicial e extrajudicial – enquadramento fático do caso concreto analisado.....	- 21 -
2.2 Execução contra Fazenda Pública	- 23 -
2.3.1 Do regime de precatório	- 26 -
3 A INCONSTITUCIONALIDADE DO PAGAMENTO DE DÍVIDA JUDICIAL DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA POR PRECATÓRIOS – ANÁLISE DO JULGADO DO STF NO RE Nº 599.628/DF	- 29 -
CONCLUSÃO.....	- 40 -
REFERÊNCIAS.....	- 43 -

INTRODUÇÃO

No sistema processual brasileiro a Fazenda Pública possui prerrogativas específicas para figurar judicialmente como parte em uma demanda. Tais prerrogativas são tidas por muitos como privilégios processuais que garantem aos entes que compõem a Fazenda Pública atuação diferenciada no processo judicial.

O intuito do legislador constituinte ao estabelecer tais prerrogativas foi, em breve síntese, o de garantir tratamento isonômico às partes litigantes, uma vez que, sem este tratamento processual diferenciado, a Fazenda Pública, demandada e demandante em número muito superior a qualquer particular, restaria inviabilizada de cumprir com as regras processuais estabelecidas aos demais.

Entretanto, a existência de tal diferenciação de tratamento processual à Fazenda Pública gera discussões em casos concretos acerca do alcance da concessão de tais privilégios processuais a quais entes. Vale ressaltar que recentemente o STF, questionado por sociedade de economia mista, houve por bem definir que tal ente não comporia o conceito de Fazenda Pública tratado no artigo 100, da Constituição Federal. Logo, decidiu-se pela impossibilidade de se ter uma prerrogativa de Fazenda Pública, qual seja, o pagamento de dívida judicial por precatório, à sociedade de economia mista.

A situação tratada nesse julgado precedente é apenas um exemplo da discussão maior acerca da viabilidade de flexibilização do conceito de Fazenda Pública para que outros entes da Administração Pública possam também usufruir de prerrogativas estabelecidas pela legislação à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Neste estudo, no entanto, optou-se por limitar a problemática à análise acerca da impossibilidade de pagamento de dívida judicial de sociedade de economia mista por precatório, a fim de que seja possível comprovar os argumentos para tal conclusão. Ou seja, o privilégio processual da Fazenda Pública de pagar dívida judicial por precatório é também estendido às sociedades de economia mista?

No julgamento do recurso extraordinário ora analisado, com repercussão geral reconhecida, a conclusão do STF não foi unânime. Portanto, a possibilidade de alteração do *quorum* do STF e a grande discussão havida à época acerca do tema geraram o seguinte

questionamento: é possível o pagamento de dívida judicial de sociedade de economia mista por precatório, aplicadas a tal ente as prerrogativas da Fazenda Pública?

Por hipóteses, tem-se a impossibilidade de flexibilização do conceito de Fazenda Pública utilizado pela Constituição Federal em seu artigo 100, bem como é mister salientar que a natureza jurídica da sociedade de economia mista é de direito privado, o que impossibilita o tratamento igualitário a ente da Administração Pública cuja natureza jurídica seja iminentemente pública.

O objetivo deste estudo, portanto, é a análise da inconstitucionalidade da eventual concessão de privilégio processual a entes da Administração Pública Indireta, em especial, a sociedades de economia mista, para efetuarem o pagamento de suas dívidas judiciais mediante a expedição de precatórios.

Em regra, o privilégio do pagamento de dívida por precatório é concedido às Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, conforme preleciona o art. 100, da Constituição Federal, e tem por objetivo afastar o risco de interrupção de atividades destinadas à prestação de serviços públicos, uma vez que viabiliza o pagamento do débito reconhecido judicialmente da maneira menos gravosa à Administração Pública.

Como salientado acima, as divergências quanto ao tema apresentado estão traçadas na jurisprudência brasileira, demonstrando a patente necessidade de sua análise aprofundada para o entendimento dos motivos que ensejaram o STF, por meio do julgamento do Recurso Extraordinário nº 599.628/DF, a obstar a concessão de tal privilégio a entes da Administração Pública Indireta, especificamente, uma sociedade de economia mista.

Isto é, visa-se à obtenção de resposta à seguinte questão: em que medida a conceito de Fazenda Pública, nos limites estabelecidos pela Constituição Federal, e mantido pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 599.628/DF, impossibilita o pagamento por precatório de dívida judicial de sociedade de economia mista, uma vez que os privilégios concedidos à Fazenda Pública objetivam afastar o risco de interrupção de atividades destinadas à prestação de serviços públicos também desempenhados por tais entes da Administração Indireta?

Como dito, o Plenário do STF decidiu, por maioria de votos, ser inconstitucional a concessão de tal privilégio processual à sociedade de economia mista. Entretanto, o julgamento não unânime de tal julgado precedente demonstra a inquietude da

jurisprudência acerca do tema em debate, ensejando, portanto, uma análise acadêmica a esse respeito.

A possibilidade de pagamento de dívida judicial de ente da Administração Pública Indireta por precatório foi aventada ineditamente, no caso concreto ora analisado, por sociedade de economia mista devedora de empresa privada. A sociedade de economia mista recorrente foi ré em ação declaratória de vencimento antecipado de dívida reconhecida em instrumento de consolidação celebrado entre as partes e tal dívida foi calcada em contrato de prestação de serviços para a construção de uma hidrelétrica na região Norte do país¹. Após discussão de mérito acerca do débito decorrente de tal contrato, e, portanto, findo o processo de conhecimento, deu-se início à execução de título judicial.

Em primeira instância, o juízo houve por bem receber o pedido executivo em decisão questionada por agravo de instrumento da ré/sociedade de economia mista. Em síntese, a sociedade de economia mista buscou com tal recurso afastar o início da execução judicial sob o fundamento de que não se aplicaria ao caso o rito da execução comum de dívida judicial (475-J, do CPC - Lei 11.232/2005), vez que seria aplicável o rito de execução por precatório (100, da Constituição Federal, e 730, do CPC), dada sua natureza tida por fazendária.

Os argumentos que embasaram tal alegação da sociedade de economia mista advêm de outro julgado do STF (Recurso Extraordinário n° 220.906/DF) em que restou reconhecida a constitucionalidade da execução por precatório de dívida judicial de empresa pública em regime de monopólio (ECT – Empresa de Correios e Telégrafos). Nesse sentido, é também imperiosa a análise acadêmica acerca da constitucionalidade do pagamento de dívida judicial de sociedade de economia mista por precatório para que seja diferenciada tal situação de caso análogo reconhecido como constitucional pelo STF, ainda que se esteja tratando de empresa pública em regime de monopólio.

O foco central deste trabalho acadêmico – qual seja, a viabilidade da flexibilização do conceito de Fazenda Pública para autorizar regime diferenciado de execução de dívida judicial - foi tratado como precedente pelo STF, reconhecendo-se à época, portanto,

¹ Em 1997, uma empresa privada ajuizou ação declaratória, cumulada com pedido de indenização, objetivando a declaração do vencimento antecipado da dívida reconhecida em Instrumento de Consolidação celebrado com a sociedade de economia mista e consequente condenação (i) pelos danos emergentes decorrentes do atraso no pagamento do valor da dívida antecipadamente vencida; e (ii) pelos lucros cessantes decorrentes da privação do numerário correspondente à condenação pleiteada.

a repercussão geral do tema. A ausência de previsão legal/constitucional acerca do pagamento de dívida judicial de sociedade de economia mista por precatório ensejou a análise de tal recurso extraordinário, dividindo as opiniões dos integrantes da Corte.

Como dito, objetivou-se uma extensão do conceito de Fazenda Pública para que, ato contínuo, fosse reconhecida -- o que não ocorreu, é importante frisar -- a constitucionalidade de se aplicar regime menos gravoso de execução à sociedade de economia mista, o que, por sua vez, é concedido à Fazenda Pública, *lato sensu*.

Inicialmente serão abordados conceitos de Fazenda Pública e de sociedade de economia mista, destacando-se, ainda, as exigências para a aplicabilidade do regime de precatório em sentido generalizado. Demonstrar-se-á a finalidade do privilégio processual do pagamento por precatórios para dívidas da Fazenda Pública.

No Capítulo II, ressaltar-se-á o sistema de execução comum, diferenciando-se a execução judicial e a execução extrajudicial, e a execução especificamente contra a Fazenda Pública, nos termos conceituados no Capítulo I.

Objetiva-se em tais capítulos enquadrar faticamente o interlocutor nas possibilidades de concessão de privilégios processuais a entes da Administração Pública, dotados de natureza jurídica de direito privado. Não se objetiva, oportuno desde já destacar, adentrar ao mérito de ser ou não correta a concessão de privilégios ou prerrogativas processuais à Fazenda Pública. Como destacado, visa-se a apenas demonstrar, de início, a existência de tais prerrogativas ou privilégios processuais em que, dentre outros, está o pagamento de dívidas judiciais por precatórios.

Ato contínuo, verificar-se-ão no Capítulo III os conceitos e os argumentos trazidos em julgado precedente do STF, em que restou explicitada a inconstitucionalidade do pagamento via precatório de dívida judicial de sociedade de economia mista, destacando-se a flexibilização de tal entendimento no que diz respeito a prestação de serviço público em regime de monopólio (para empresa pública).

Destacar-se-á a dicotomia entre o risco de interrupção de atividades destinadas à prestação de serviços públicos *vis-à-vis* a impossibilidade de se conceder privilégio processual a ente da Administração Pública Indireta que, se aplicável, ensejaria desequilíbrio nas condições de concorrência do mercado.

Apesar de o Plenário do STF ter pacificado sua jurisprudência no sentido da inconstitucionalidade de tal concessão de privilégio processual à sociedade de economia mista, é necessária também a demonstração dos argumentos trazidos em votos divergentes, extremamente fundamentados para tanto, o que gera a hipótese de modificação de tal conclusão com a alteração da composição do Plenário do STF. Logo, os argumentos teóricos constantes dos votos dos Ministros integrantes do STF serão retomados para que seja demonstrada a integração com os fundamentos apresentados nos capítulos anteriores.

Por fim, serão discriminadas as conclusões extraídas do estudo ora desenvolvido, bem como as referências bibliográficas.

1 DO CONCEITO E DOS PRIVILÉGIOS PROCESSUAIS DE FAZENDA PÚBLICA

1.1 Conceito de Fazenda Pública e de sociedade de economia mista

Visando a esclarecer as hipóteses para a problemática deste trabalho acadêmico, é importante apresentar em linhas gerais a definição de Fazenda Pública adotada pelo legislador, pela doutrina e pela jurisprudência. A Fazenda Pública pode ser entendida como a própria Administração Pública em juízo, excetuando-se os entes que integram indiretamente tal conceito e ressalvada exceção que a seguir será demonstrada.

Como bem salientado por Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery (p. 392) “a Fazenda Pública é a Administração Pública por qualquer de suas entidades da administração direta: União, Estados e Municípios.”.

Vicente Greco Filho (2013, p. 138) afirma que “Fazenda Pública é pessoa jurídica de direito público, União Estados e Municípios, Distrito Federal e respectivas autarquias, inclusive os territórios, cujo regime financeiro, orçamentário e contábil é público. (...)”.

Em regra, vê-se a utilização do vocábulo “Fazenda Pública” para tratamento de questões atinentes à prática processual do poder estatal. Ou seja, a Administração Pública enquanto litigante é tida por Fazenda Pública. Destaca-se, entretanto, que a legislação não traz qualquer limitação explícita para a utilização de tal termo para os entes da Administração Pública Indireta, objeto deste trabalho. Daí a necessidade de intervenção da jurisprudência nesse sentido para limitar (ou expandir) o conceito de Fazenda Pública.

A definição de Fazenda Pública como Administração Pública Direta em juízo advém da necessidade de se limitar tal definição para que não se tenha concedido a entes da Administração Pública Indireta, com interesses privados em voga, privilégios e prerrogativas atinentes apenas ao Estado, ao público e à coletividade em essência. Não é demais considerar que um ente da Administração Pública Indireta pode ser pessoa jurídica de direito privado e que, por outro lado, tais privilégios e prerrogativas são destinados ao interesse exclusivamente público. Trata-se, portanto, de se considerar o princípio da supremacia do interesse público.

Seguindo o mesmo raciocínio, Cássio Scarpinella Bueno (2009, p. 390) esclarece que “Por Fazenda Pública devem ser entendidos os entes componentes da administração direta, isto é, União Federal, Estados-membros, Municípios e o Distrito Federal. (...) Também estão sujeitas à sistemática de pagamento imposta pelo art. 100 da Constituição Federal as pessoas administrativas que compõem a chamada administração indireta, quando instituídas e regidas por regra de direito público, assim entendidas as autarquias e as fundações de direito público.”

Regina Helena da Costa (2003, pg. 79) com lucidez afirma que

Em sentido amplo, o conceito de Fazenda Pública traduz a atuação do Estado em juízo. Originariamente, a ideia de Fazenda ligava-se estritamente às finanças estatais e ao erário propriamente dito, mas com o tempo alargou-se, hoje servindo para designar o nome que toma o Estado quando atua em juízo. Atualmente, é pacífico que o conceito de Fazenda Pública abrange as pessoas jurídicas de Direito Público, vale dizer, as pessoas políticas que integram a Federação, além das autarquias e das fundações públicas. Não estão incluídas nesse conceito as empresas públicas e as sociedades de economia mista porque são, não obstante, entes da administração pública indireta, pessoas investidas da personalidade jurídica de direito privado.

De todo modo, a conceituação de Fazenda Pública exige ponderação porque está intimamente atrelada ao exercício da atividade desenvolvida pelo ente. Isto é, o objetivo daquele que conceitua a Fazenda Pública não pode ser apenas atestar severamente tratar-se de Fazenda Pública o ente definido como União, Estado ou Município, mas considerar a finalidade da atividade desenvolvida.

Como bem salientado pelo eminente Ministro Carlos Ayres Britto no voto proferido no julgado ora em análise “o que interessa não é a natureza jurídica da empresa, não é o seu rótulo de economia mista, não é o seu rótulo de empresa pública; isso não interessa, a meu juízo, *data venia* de entendimento contrário. (...)”. (pg. 168)

Exemplo disso é a flexibilização dada pelo STF quanto à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (RE nº 220.906/DF). Muito embora a ECT seja empresa pública, integrante, portanto, do conceito de Administração Pública Indireta, o STF reconheceu seu caráter fazendário para que fosse concedido privilégio processual para pagamento de dívida por precatório. A análise deste julgado também será desenvolvida no Capítulo III.

No mesmo sentido, e como salienta Carvalho Filho (2004, p. 419), as fundações públicas e as autarquias, por exemplo, são entes integrantes da Administração

Pública Indireta, mas regidas pelo direito público para prestação de atividade essencialmente pública, o que as legitima a integrar o conceito de Fazenda Pública.

E é em decorrência dessa conceituação abrangente que se tem a problemática deste trabalho, vez que, como Fazenda Pública determinado ente poderia gozar de privilégios processuais, ainda que distanciado do interesse genuinamente público, se aplicado “a ferro e fogo” o conceito doutrinário de Fazenda Pública.

Portanto, o termo “Fazenda Pública” significa, em síntese, a presença em juízo de pessoa jurídica de direito público integrante da Administração Pública. Como norte, ainda é possível salientar que as pessoas de direito público interno estão descritas no artigo 41 do Código Civil como sendo a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, os Municípios, as autarquias, inclusive as associações públicas e as demais entidades de caráter público criadas por lei. Confira-se:

Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I - a União;

II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;

III - os Municípios;

IV - as autarquias, inclusive as associações públicas;

V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código.

Apontadas as premissas acima quanto ao termo “Fazenda Pública”, segue-se na conceituação de Administração Pública. A Administração Pública, de maneira generalizada, é definida doutrinariamente como “o conjunto de agentes, órgão e pessoas jurídicas que tenham a incumbência de executar atividades administrativas” (CARVALHO FILHO, 2008, p. 10).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p. 58) afirma que “pode-se definir Administração Pública, em sentido subjetivo, como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado”.

No mesmo sentido, especialmente acerca da Administração Pública Direta, a doutrina define tratar-se de “serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios. (...) é o conjunto dos órgãos integrados na estrutura da chefia do Executivo e na estrutura dos órgãos auxiliares da chefia do Executivo”, ressaltando que

deverá haver o vínculo de subordinação e hierarquia entre os seus órgãos para que prevaleça tal conceito. (MEDAUAR, 2010, p. 65).

Nada obstante, mais especificamente acerca do tema proposto neste trabalho acadêmico quanto à Administração Pública Indireta, preleciona José dos Santos Carvalho Filho (2008, pg. 11) que

(...) existem algumas pessoas jurídicas incumbidas por elas da execução da função administrativa. Tais pessoas também se incluem no sentido de Administração Pública. São elas as autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações públicas. No primeiro caso, temos a Administração Direta, responsável pelo desempenho das atividades administrativas de forma centralizada; no segundo se forma a Administração Indireta, exercendo as entidades integrantes a função administrativa descentralizadamente.

Logo, a Administração Pública Indireta, parte integrante deste trabalho acadêmico, poderá ser entendida como as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas. O Decreto-Lei nº 200/67 também assim define:

Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista.
- d) fundações públicas. (Incluído pela Lei nº 7.596, de 1987)

Como dito acima, para o enquadramento fático deste estudo, é importante ressaltar que essa conceituação visa a esclarecer que “às vezes, a lei opta pela execução indireta da atividade administrativa, transferindo-a a pessoas jurídicas com personalidade de direito público ou privado” (DI PIETRO, 2011).

Nesse sentido, e como será a seguir exposto, muito embora tenha a sociedade de economia mista sido inserida pelo legislador e reconhecida pela doutrina como parte integrante da Administração Pública Indireta, não é dado a ela o direito de gozar de prerrogativas de entes da Administração Pública Direta, ou até mesmo de entes da Administração Pública Indireta, cuja natureza jurídica seja de direito público. Discursando-se acerca de privilégios quer-se dizer especificamente de privilégios processuais da Fazenda Pública, em especial do pagamento de suas dívidas judiciais via regime de precatório.

Nesse sentido, vale salientar o conceito de a sociedade de economia mista, em si, como auxiliar da atuação governamental (CARNEIRO, 1998). Athos Gusmão Carneiro (1998, pg. 166) citando Celso Antonio Bandeira de Mello (1997, pg. 114) afirma que

A pessoa jurídica criada por lei, como instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes desta sua natureza auxiliar da atuação governamental, constituída sobre a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou entidade de sua Administração Indireta, sobre remanescente acionário de propriedade particular.

Em conclusão, a sociedade de economia mista é parte integrante do conceito de Administração Pública Indireta, afastada do conceito de Fazenda Pública porque não representa o interesse público em si, dada sua natureza jurídica de pessoa jurídica de direito privado.

1.2 Dos privilégios e das premissas processuais da Fazenda Pública – motivos justificadores da previsão de pagamento de dívida judicial por precatório

Uma vez delimitados os conceitos e a abrangência das definições de Fazenda Pública (aqui também chamada de Administração Pública) e de sociedade de economia mista, é importante destacar seus privilégios e suas premissas processuais e as razões para a existência de tais situações diferenciadas.

Em verdade, busca-se demonstrar tais premissas para que a finalidade de tal previsão legal seja também explicitada, uma vez que a problemática do trabalho gira em torno da aplicação de um desses privilégios ou premissas, qual seja, o pagamento de dívida judicial por precatório.

Inicialmente, cumpre destacar que chamar tais previsões legais de “privilégios” processuais é tido por falta de preciosismo já que, como defendido pela doutrina, trata-se da aplicação explícita dos princípios constitucionais da isonomia e da supremacia do interesse público. Argumenta-se que esse tratamento diferenciado é justificável porque objetiva a defesa da coletividade, representada pela defesa do erário, advindo da contribuição de todos.

A Fazenda Pública é tida como parte processual diferenciada que visa à defesa dos interesses comuns de todos os indivíduos da sociedade, o que justifica a concessão de tal tratamento privilegiado. Isto é, tal previsão é justificável porque é necessário conceder ao ente público maior, protetor do direito da coletividade e não de apenas um jurisdicionado, condições viáveis de defesa, que considerem suas particularidades e a alcance do prejuízo de eventual decisão contrária aos interesses de uma gama de pessoas. Como salienta Leonardo José Carneiro da Cunha (2009, p. 34)

Para que a Fazenda Pública possa, contudo, atuar da melhor e mais ampla maneira possível, é preciso que se lhe confirmem condições necessárias e suficientes a tanto. Dentre as condições oferecidas, avultam as prerrogativas processuais, identificadas, por alguns, como privilégios. Não se trata, a bem da verdade, de privilégios. Estes – os privilégios – consistem em vantagens sem fundamento, criando-se uma discriminação, com situações de desvantagens. As vantagens processuais conferidas à Fazenda Pública revestem o matiz de prerrogativas, eis que contêm fundamento razoável, atendendo, efetivamente, ao princípio da igualdade, no sentido aristotélico de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual.

Em síntese, objetiva-se com esse tratamento especial a viabilidade de defesa do interesse público e do erário, tendo em vista que o volume de demandas é infinitamente superior ao de qualquer particular. Nas palavras de Leonardo José Carneiro da Cunha (2009, p.34):

Considerando, porém, que se deve, na aplicação do princípio da isonomia, levar na devida conta a idéia aristotélica de conferir tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, há regras, no processo, que se apresentam diferenciadas, com vistas a alcançar equilíbrio e adaptar-se às peculiaridades daquela parte que detém uma nota marcante e diferenciada em relação às demais.

José Roberto de Moraes (2003, pg. 67) também salienta que

a questão é fundamentalmente constitucional porque se indaga sempre se estas prerrogativas dadas à Fazenda Pública não estariam ofendendo a regra da igualdade, o princípio da isonomia. [...] é necessário que no momento em que se encontre uma lei que estabelece diferenciações entre as pessoas se verifique se elas são razoáveis e se há uma razão muito forte para fazer tal discriminação. Se essa razão muito forte for encontrada [...] é possível a discriminação, caso contrário, não.

Ou seja, os privilégios ou premissas atinentes à Fazenda Pública são passíveis e reconhecidamente benéficos porque atingem o interesse público, bem maior da sociedade. Especificamente quanto ao privilégio do pagamento de dívida judicial por precatório, é importante frisar que tal procedimento está previsto no artigo 100, e parágrafos seguintes, todos da Constituição Federal. Confira-se:

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.

§ 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório.

§ 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

§ 4º Para os fins do disposto no § 3º, poderão ser fixados, por leis próprias, valores distintos às entidades de direito público, segundo as diferentes capacidades econômicas, sendo o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social.

§ 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

§ 6º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o sequestro da quantia respectiva.

§ 7º O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatórios incorrerá em crime de responsabilidade e responderá, também, perante o Conselho Nacional de Justiça.

§ 8º É vedada a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução para fins de enquadramento de parcela do total ao que dispõe o § 3º deste artigo.

§ 9º No momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação, deles deverá ser abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial.

§ 10. Antes da expedição dos precatórios, o Tribunal solicitará à Fazenda Pública devedora, para resposta em até 30 (trinta) dias, sob pena de perda do

direito de abatimento, informação sobre os débitos que preencham as condições estabelecidas no § 9º, para os fins nele previstos.

§ 11. É facultada ao credor, conforme estabelecido em lei da entidade federativa devedora, a entrega de créditos em precatórios para compra de imóveis públicos do respectivo ente federado.

§ 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.

§ 13. O credor poderá ceder, total ou parcialmente, seus créditos em precatórios a terceiros, independentemente da concordância do devedor, não se aplicando ao cessionário o disposto nos §§ 2º e 3º.

§ 14. A cessão de precatórios somente produzirá efeitos após comunicação, por meio de petição protocolizada, ao tribunal de origem e à entidade devedora.

§ 15. Sem prejuízo do disposto neste artigo, lei complementar a esta Constituição Federal poderá estabelecer regime especial para pagamento de crédito de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios, dispondo sobre vinculações à receita corrente líquida e forma e prazo de liquidação.

§ 16. A seu critério exclusivo e na forma de lei, a União poderá assumir débitos, oriundos de precatórios, de Estados, Distrito Federal e Municípios, refinanciando-os diretamente.

A grande questão acerca da concessão de tal privilégio à Fazenda Pública está no *modus operandi* de tal providência. A dificuldade em efetivamente se receber pela dívida judicial da Fazenda Pública é o que gera a busca pela flexibilização do conceito de Fazenda Pública, ainda mais se considerada a impenhorabilidade dos bens públicos. Na prática, todos querem pagar via precatório por ser uma execução menos gravosa, mas nem todos são tidos por entes fazendários para tanto.

Como bem salientado por Regina Helena Costa (2003, pg. 83)

Um outro ponto relevante a ser destacado, ainda no âmbito das prerrogativas “clássicas” concerne à execução por quantia certa que, contra a Fazenda, realiza-se mediante precatório. O caminho a percorrer em uma execução contra o Estado é árduo – um verdadeiro trauma, sem perspectiva de conclusão.

E não foi em outro sentido que o eminente Ministro Gilmar Ferreira Mendes fez constar em seu voto proferido nos autos do Recurso Extraordinário nº 599.628/DF, especificamente quanto ao regime de precatórios, que

(...) parece-me que o debate revela um preconceito, que é o preconceito com o precatório. Porque, a rigor, não há nada de anormal – digamos assim- em se pedir, eventualmente, para as atividades ligadas ao Estado, o pagamento

mediante precatório, desde que haja pagamentos. É que nós estamos acostumados a que o pagamento não se faça.

O Ministro Ricardo Levandowski também manifestou a diferença entre as formas de execução ora analisadas para concluir pela inaplicabilidade do regime de precatórios à sociedade de economia mista, destacando que o devedor comum é executado de forma muito mais gravosa e que os entes da Fazenda Pública estão a postergar o adimplemento de dívidas.

O que ocorre em última análise? O devedor comum, após citado, dispõe de vinte e quatro horas para satisfazer o débito constante de título judicial, ou indicar bens à penhora e vir a embargar a própria execução. O Estado conta com dezoito meses, contrapondo-se a essas vinte e quatro horas, para essa mesma satisfação. E verificamos que se adentrou círculo vicioso no país – não me refiro à União propriamente dita, mas a Estados e a Municípios -, quanto a se postergar para as calendas gregas a liquidação do débito.

Nada obstante, é sabido que o precatório tem por finalidade, bem como também é a finalidade de todas as premissas processuais da Fazenda Pública, a proteção da coletividade, com fundamento nos princípios da isonomia e da supremacia do interesse público, uma vez que a Fazenda Pública representa a sociedade.

No mesmo sentido, além do pagamento por precatório, o Estado também possui a prerrogativa de ter seus bens por impenhoráveis. O Ministro Carlos Ayres Britto afirma, no julgado precedente em análise, que “(...) sem o regime de precatório seria praticamente impossível o Estado se reprogramar para prosseguir sem trégua no desempenho dos misteres que dão subsistência e propósito à sua concepção como realidade jurídica universalmente consagrada. (...)” (pg. 165)

E continua a afirmar que “O Estado não pode ser surpreendido com uma penhora, por exemplo, com um arresto ou um sequestro de bens ou até de rendas, para pagamento de dívidas, senão com o risco de estancar a prestação de atividades que são essenciais a toda a população.” (pg. 165)

E é nesse sentido que se justifica a maneira preferencial de execução contra a Fazenda Pública, representa neste trabalho pelo pagamento de dívida por precatório, com o reconhecimento da impenhorabilidade dos bens da Fazenda Pública.

Seguindo o raciocínio acerca das formas de execução do ordenamento jurídico, demonstra-se que Daniela Luiz (2010, pg. 11) apresenta com propriedade a diferença

entre a execução comum e a execução contra a Fazenda Pública, mostrando a finalidade do pagamento por precatório. Confira-se:

No procedimento de execução contra os particulares, há duas previsões: a) em se tratando de cumprimento de sentença, o CPC prevê que o devedor deve pagar o débito no prazo de 15 dias, sob pena de incidir multa e, a requerimento do credor, ser expedido mandado de penhora e avaliação; b) em caso de execução de título extrajudicial, o CPC prevê que o devedor será citado para, no prazo de 3 (três) dias, efetuar o pagamento da dívida.

Todavia, no caso de execução em face da Fazenda Pública, esta não é citada para pagar, mas sim para embargar. Apenas se não houver a oposição dos embargos é que se seguirá a expropriação contra o ente público, isto é, haverá a expedição de precatório.

Desse modo, pode-se concluir que só haverá a expedição de ofício requisitório ao Presidente do Tribunal de Justiça, autorizando a inscrição do débito na ordem cronológica dos pagamentos, quando não houver a interposição de embargos. Em sendo estes interpostos, não ocorrerá tal expedição.

Da transcrição de voto do eminente Ministro Cezar Peluso no julgado em comento, nota-se também que a finalidade do regime de precatório é ainda obstar qualquer risco ao patrimônio público, uma vez que “o regime de precatório é regime excepcional e que, como excepcional, só pode ser alargado, analogicamente, em casos estritos, que não me parece correspondam ao da hipótese [sociedade de economia mista], em que não há nenhum risco próximo ao patrimônio público da empresa que, não obstante os lucros, não paga a dívida há mais de década.” (pg. 228)

Assim, é possível concluir que o regime de pagamento de dívida judicial da Fazenda Pública visa a proteger a coletividade e a conceder ao ente fazendário maneira menos gravosa de adimplir sua dívida para que seja afastado qualquer risco ao patrimônio público ou à prestação de serviço público.

2 ESPÉCIES DE EXECUÇÃO JUDICIAL

2.1 Considerações gerais acerca do processo de execução – diferenças entre execução judicial e extrajudicial – enquadramento fático do caso concreto analisado

Considerando tratar esse trabalho acadêmico da tentativa de se provar a (im)possibilidade de se ter adimplida dívida de sociedade de economia mista via regime de precatório, é importante demonstrar as diferentes formas de execuções previstas no ordenamento jurídico brasileiro, em rol exemplificativo, objetivando compará-las.

Toda e qualquer execução parte de uma intenção comum: um credor insatisfeito pleiteia judicialmente ao devedor o pagamento daquilo que lhe é devido. A execução poderá ocorrer em decorrência de um reconhecimento judicial da existência daquele direito (processo de conhecimento) ou, ainda, quando já reconhecido extrajudicialmente o débito por meios jurídicos adequados (títulos executivos), será possível a cobrança judicial sem que seja instaurado um processo de conhecimento anterior. (ASSIS, 2007)

Tem-se o processo de execução quando o autor é detentor de um título executivo extrajudicial ou quando o autor pleiteia, em sua petição inicial, o reconhecimento de seu direito a receber determinada coisa/valor e, com a sentença de procedência, transitada em julgado, estabelece-se um título executivo judicial passível de execução. Este é o caso do precedente apresentado à colação neste trabalho acadêmico. (ASSIS, 2007)

Dessa forma, frisa-se que a execução, *lato sensu*, é “o conjunto de atividades atribuídas a órgãos judiciários para a realização prática de uma vontade concreta da lei previamente consagrada num título. Ou [...] o conjunto de atos jurisdicionais materiais concretos de invasão do patrimônio do devedor para satisfazer a obrigação consagrada num título.” (GRECO FILHO, 2013)

Esclarece-se, por oportuno, que a execução fundada em título judicial (sentença) é tida e nomeada de “cumprimento de sentença”, enquanto a execução fundada em título extrajudicial não possui nomeação específica. De certo que a Lei nº 11232/2005 houve por bem separar as execuções dos títulos judiciais das execuções de títulos extrajudiciais com o objetivo precípuo de ver os mandamentos judiciais adimplidos diretamente, sem a

necessidade de citação do devedor para o início da fase de execução do mandamento judicial. (GRECO FILHO, 2013)

Como bem esclareceu Vicente Greco Filho (2003, pg. 39) “as medidas executivas, bem como o procedimento, são os mesmos, de modo que, se não houver embargos ou impugnação, o processo resta absolutamente idêntico, seja o título judicial, seja o título extrajudicial.”

Por outro lado, Cássio Scarpinella Bueno (2009, pg. 8) salienta que

No sistema atual do Código de Processo Civil faz diferença, desde a forma de provocação inicial da jurisdição, apresentar-se ao Estado-juiz munido de título executivo judicial, cuja referência é o art. 475-N, ou munido de título executivo extrajudicial, que se encontra no art. 585 seu rol básico. Não se trata só de uma distinção entre quais são os títulos judiciais e extrajudiciais, [...], mas dos próprios atos processuais que poderão ser praticados, em um e em outro caso, pelo exequente e pelo executado.

Em verdade, trata-se de uma classificação quanto à origem do título executivo (judicial *versus* extrajudicial).

Outra diferença entre essa classificação quanto à origem do título da execução de título judicial (cumprimento de sentença) e execução de título extrajudicial está na possibilidade de se impugnar ou embargar tais pedidos executivos, respectivamente. É que pela própria natureza do direito executivo será possível apenas impugnar tal mandamento de cumprimento de sentença ou será passível a oposição de embargos à execução, utilizando-se de direito de ação. (GRECO FILHO, 2013)

Ao propor a execução propriamente dita, o credor exerce o direito de ação, direito este que guarda autonomia em relação ao direito subjetivo contido no título, daí a necessidade de estudar suas condições (legitimidade, interesse e possibilidade jurídica do pedido) dentro de uma teoria geral do processo, destacando-se suas peculiaridades, instituídas porque o processo é instrumental, para que se possam atingir as finalidades da ordem jurídica como um todo. (GRECO FILHO, p. 39)

Nesse trabalho acadêmico, trata-se de uma execução judicial, tida por cumprimento de sentença, em que restou aventado pela parte executada a viabilidade de se ter aplicada ao caso uma espécie de execução judicial, qual seja, a execução judicial contra a Fazenda Pública, que tem por consequência o pagamento da dívida pelo regime de precatório.

Logo, é salutar que reste esclarecido que, dentre as execuções previstas no ordenamento jurídico brasileiro (judicial e extrajudicial), há também diferentes espécies de

execuções judiciais, tais como a execução de alimentos, a execução para a entrega de coisa certa ou incerta, a execução das obrigações de fazer e não fazer, a execução por quantia certa contra devedor solvente e a execução contra a Fazenda Pública.

Em conclusão, já enquadrado teoricamente a situação fática aqui tratada como uma execução judicial (e não extrajudicial), passa-se a tratar especificamente das razões pelas quais restou definido pelo STF que não poderia uma sociedade de economia mista figurar como demanda em uma execução judicial, cuja espécie seria supostamente “contra a Fazenda Pública”.

2.2 Execução contra Fazenda Pública

A execução judicial contra a Fazenda Pública é tema abordado reiteradamente pela doutrina, juntamente com a análise acerca das prerrogativas processuais dos entes da Fazenda Pública. Especificamente, quanto à execução contra a Fazenda Pública, vale reafirmar tratar-se de valorização do princípio da isonomia e do princípio da supremacia do interesse público, uma vez que os entes da Fazenda Pública gozam de desigualdade real com os demais litigantes porque muito mais demandados.

Em verdade, a ocorrência da execução contra a Fazenda Pública de forma diferenciada se justifica pelo maior interesse da coletividade. Como bem salientado por Cássio Escarpinella Bueno (2009, p. 387) “(...) também o princípio da continuidade do serviço público e o princípio da isonomia, inerentes à atuação administrativa, são usualmente lembrados para justificar a diferente forma de execução por quantia certa contra a Fazenda. (...)”.

Vê-se que tal valorização do interesse público está intimamente ligada aos motivos justificadores da decretação legal de inalienabilidade dos bens públicos, culminando na sua impenhorabilidade (art. 648 e 649, do CPC). Tais características – inalienabilidade e impenhorabilidade – são determinantes para se institua um regime de execução diferenciado à Fazenda Pública. E não foi por outro motivo que Araken de Assis (2007, pg. 952) afirmou que

A causa do procedimento especial repousa no regime especial dos bens do domínio nacional e do patrimônio administrativo. É disciplina usual em vários ordenamentos jurídicos, Em razão desse regime, a constrição imediata e incondicional dos bens públicos se revela inadmissível, em princípio, e inoperante, por decorrência, a técnica expropriatória genérica dos arts. 646 e 647 do CPC e aplicável aos particulares. E, de fato, conforme o art. 100 do CC-02, os bens de uso comum do povo e os de uso especial, definidos nos incisos I e II do precedente art. 99 -, são inalienáveis, “enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.”

O Código de Processo Civil prevê a execução contra a Fazenda Pública em seus artigos 730 e 731. Confira-se:

Seção III

Da Execução Contra a Fazenda Pública

Art. 730. Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras: (Vide Lei nº 8.213, de 1991) (Vide Lei nº 9.494, de 1997)

I - o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente;

II - far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito.

Art. 731. Se o credor for preterido no seu direito de preferência, o presidente do tribunal, que expediu a ordem, poderá, depois de ouvido o chefe do Ministério Público, ordenar o seqüestro da quantia necessária para satisfazer o débito.

Como dito, é importante ressaltar que a execução contra a Fazenda Pública se dá de maneira diferenciada também porque os seus bens são inalienáveis, o que gera a impenhorabilidade no plano processual. Quer-se destacar que, diferentemente do que ocorre na execução judicial comum – i.e., pessoas cuja natureza jurídica seja de direito privado --, nas execuções contra a Fazenda Pública – por quantia certa - não poderá haver penhora de bens, dado o quanto disposto no art. 100, do Código Civil. Confira-se:

Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

Uma vez serem os bens dos entes da Fazenda Pública impenhoráveis, impõe-se um tratamento diferenciado à execução de suas dívidas e, atentando-se à natureza jurídica do ente, é que se tem a definição da aplicação desta execução diferenciada ou não. Nesse sentido, Vicente Greco Filho (2013, p. 138) afirma que

Fazenda Pública é pessoa jurídica de direito público, União Estados e Municípios, Distrito Federal e respectivas autarquias, inclusive os territórios, cujo regime financeiro, orçamentário e contábil é público. Empresas públicas, sociedades de economia mista ou fundações que não têm regime orçamentário público e o privilégio da impenhorabilidade de seus bens não são Fazenda Pública para os fins desta espécie de execução.

Seguindo o mesmo raciocínio, Cássio Scarpinella Bueno (2009, p. 390) esclarece que “Por Fazenda Pública devem ser entendidos os entes componentes da administração direta, isto é, União Federal, Estados-membros, Municípios e o Distrito Federal. (...) Também estão sujeitas à sistemática de pagamento imposta pelo art. 100 da Constituição Federal as pessoas administrativas que compõem a chamada administração indireta, quando instituídas e regidas por regra de direito público, assim entendidas as autarquias e as fundações de direito público.”

Vale lembrar que a execução contra a Fazenda Pública tratada neste subitem é uma espécie de execução por quantia certa, sendo que para execuções contra a Fazenda Pública para cumprimento de obrigação de fazer, não fazer e de entrega de coisa aplicam-se as regras ordinárias do CPC. Ou seja, não é demasiado esclarecer que

O art. 730, que regulamenta procedimentalmente o art. 100 da Constituição Federal, cuida da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública. As demais formas de execução contra a Fazenda – isto é, execução de obrigações de fazer e não fazer e entrega de coisa – seguem as regras comuns do Código de Processo Civil. Não havendo título executivo extrajudicial, para as obrigações de fazer e não fazer incidem, também contra a Fazenda, as regras do art. 461 (...); para as de entrega de coisa, tem aplicação o art. 461-A (...) (BUENO, 2009, p. 386)

Em síntese, a execução contra a Fazenda Pública é regulamentada pela Constituição Federal, em seu artigo 100 e respectivos parágrafos, e complementada pelas previsões dos artigos 730 e seguintes do CPC. Na prática, apresentada a execução contra a Fazenda Pública, será aberto prazo de 30 (trinta) dias para oposição de embargos. Transcorrido tal prazo sem manifestação do ente fazendário, ou rejeitados os embargos, inicia-se a requisição do pagamento, via precatório, como será esboçado no subitem abaixo. (BUENO, 2009)

Em conclusão, já enquadrado teoricamente a situação fática aqui tratada como uma execução judicial (e não extrajudicial – até porque não admitida contra a Fazenda Pública), passa-se a tratar especificamente das razões pelas quais restou definido pelo STF que não poderia uma sociedade de economia mista figurar como demandada em uma execução judicial, cuja espécie seria supostamente “contra a Fazenda Pública”.

2.3.1 Do regime de precatório

Como visto acima, a Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 100, delimita as hipóteses em que será concedido o privilégio processual de se ter uma dívida quitada por meio do regime de precatório. Confira-se:

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). (Vide Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

Verifica-se que tal artigo constitucional traz previsão acerca dos entes que disporão de tal privilégio, bem como das hipóteses de incidência do regime de precatórios, delimitando a aplicabilidade deste instituto aos pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, “em virtude de sentença judiciária”.

O CPC (Lei nº 5.869/73) também propõe a incidência do regime de precatórios às dívidas da Fazenda Pública, consignando em seu artigo 730 que “Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras: I - o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente;”.

Nesse sentido, resta patente o entendimento de que o precatório pode ser compreendido como um rito executório próprio dos débitos fazendários, devendo-se diferenciar a natureza jurídica de direito público de tal ente fazendário, ocasião em que coerente a aplicação do instituto do precatório, e a natureza jurídica de direito privado do devedor, hipótese em que inaplicável tal rito especial de execução de sentença.

O eminente Ministro Carlos Ayres Britto, no relatório do acórdão ora em análise, afirma que:

o precatório se traduz no direito de não ser financeiramente executado senão por um procedimento bem mais vantajoso. Um procedimento ou regime de execução especial de dívida por ficar a salvo, em regra, das constritivas e até vexatórias medidas da penhora, do arresto, do sequestro e assim avante. Prerrogativa que ainda opera pela possibilidade de solver os respectivos débitos até o final do exercício financeiro subsequente à quele da precitada

inclusão orçamentária (o que implica o alargamento temporal de pelo menos 18 meses).

Da mesma forma, não é demasiado destacar que o precatório, nas palavras de Lair da Silva Loureiro Filho (2010, p.256), pode ser entendido como

O ato pelo qual o juiz requisita ao Presidente do Tribunal competente a ordem de pagamento à Fazenda Pública, para efetuá-lo no processo executivo, ou ainda a técnica brasileira que permite a execução contra a Fazenda Pública por visar compelir o Estado-devedor a incluir no seu orçamento a verba necessária ao pagamento dos débitos decorrentes de decisão judicial, para efetuar o pagamento com obediência à ordem de apresentação das respectivas requisições.

Em verdade, “o termo "precatório" deriva do latim *precatorius*, súplica, petição, rogo, significa requisição de pagamento feito pelo Presidente do Tribunal que proferiu a decisão exequenda contra a Fazenda Pública, por conta de dotação consignada diretamente ao Poder Judiciário.” (LOUREIRO FILHO, 2010, p. 256)

No mesmo contexto, Rodrigo Luís Kanayama (2012, p. 2), citando entendimento do eminente Ministro Carlos Ayres Britto, salienta que

(...) regime de precatório representa uma prerrogativa do Estado, um procedimento mais vantajoso, permitindo-lhe solver os débitos judiciais até o exercício financeiro e ao da requisição — prazo de 18 meses para pagar. A finalidade é impedir que ocorra uma “súbita paralisia nas atividades do senhorio estatal”, o que acarretaria prejuízo à população. Elenca, então, atividades estatais previstas no art. 6º, 144 e 225 da Constituição (saúde, lazer previdências social, além de serviços públicos essenciais, como transporte coletivo, energia elétrica, água potável e tratamento de esgotos sanitários). O Estado, se não houvesse tal regime especial, não conseguiria se reprogramar a tempo.

Humberto Theodoro Júnior (2005, p.51) conceitua o precatório como “requisição do juiz de 1º grau, mediante ofício, à autoridade administrativa, que é o Presidente do Tribunal, de numerário para pagamento decorrente de decisão judicial de 1º e 2º graus, transitada em julgado.”.

É que o precatório é um ato administrativo de execução contra a Fazenda Pública e deve ser iniciado pelo juiz competente para cumprir a sentença condenatória, qual seja, a sentença transitada em julgado. No entanto, é a autorização do Tribunal competente que tem a atribuição de efetivamente determinar que o ente pague a dívida fazendária.

Didaticamente, esclarece-se que “há duas fases procedimentais distintas a cargo de autoridades diferentes: em primeiro lugar, o juiz da execução pede o ofício

requisitório, que é encaminhado ao Presidente do Tribunal. Após a tramitação burocrática de comprovação de sua regularidade e de registro, o Presidente expede o precatório propriamente dito para o órgão da Administração encarregado do cumprimento da sentença.” (THEODORO JÚNIOR, 2005)

De maneira prática, tem-se que o precatório é uma atividade de natureza administrativa, que será efetivamente utilizada em processo de execução, em que o Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda contra a Fazenda Pública determinará o pagamento do débito pelo ente fazendário devedor.

O Ministro Joaquim Barbosa, por meio de voto-vista colhido no julgado precedente ora analisado, afirma o precatório:

“trata[r]-se de garantia necessária à execução do orçamento, na medida em que permite que o desembolso seja devidamente previsto e acomodado dentre as demais despesas. Do ponto de vista do credor, o regime de precatório assegura certa medida de tratamento isonômico, pois o pagamento deve seguir a ordem de apresentação das requisições”. (fl. 189)

Conclui-se, portanto, que o regime de precatório é o meio pelo qual o ente da Administração Pública, como preleciona o art. 100, da Constituição Federal, poderá adimplir seu débito de maneira menos gravosa, objetivando evitar a interrupção das atividades destinadas à prestação de serviço público.

3 A INCONSTITUCIONALIDADE DO PAGAMENTO DE DÍVIDA JUDICIAL DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA POR PRECATÓRIOS – ANÁLISE DO JULGADO DO STF NO RE Nº 599.628/DF

Como salientado na parte introdutória deste trabalho, este capítulo destina-se a analisar os conceitos e os argumentos trazidos em julgado precedente do STF, em que restou reconhecida a inconstitucionalidade do pagamento via precatório de dívida judicial de sociedade de economia mista, destacando-se a flexibilização de tal entendimento no que diz respeito à prestação de serviço público em regime de monopólio.

Discutiu-se no caso concreto ora em análise se uma sociedade de economia mista, que não exerce atividade monopolizada, teria direito a uma execução promovida por empresa privada seguindo o rito comum, via penhora e alienação de bens para satisfação do débito, ou se a execução seguiria o rito do artigo 730 do CPC, aplicável à Fazenda Pública, quando então os bens da sociedade de economia mista não seriam passíveis de constrição e a sua dívida seria paga mediante precatório.

A dicotomia entre o risco de interrupção de atividades destinadas à prestação de serviços públicos *vis-à-vis* a impossibilidade de se conceder privilégio processual a ente da Administração Pública Indireta que, se aplicável, ensejaria desequilíbrio nas condições de concorrência do mercado, foi ponto de destaque em toda a análise realizada pelo STF.

Inicialmente, cumpre destacar que a sociedade de economia mista recorrente foi ré em ação declaratória de vencimento antecipado de dívida reconhecida em instrumento de consolidação celebrado entre as partes e tal dívida foi calcada em contrato de prestação de serviços para a construção de uma hidrelétrica na região Norte do país. A sentença de integral procedência determinou:

Ante o exposto e o que mais dos autos consta, julgo procedentes os pedidos, para declarar antecipadamente vencida a dívida da ELETRONORTE para com a Autora, conforme a previsão da cláusula terceira do instrumento por cópia às fls. 469/474. De consequência, condeno a Ré a ressarcir à Autora os danos emergentes e os lucros cessantes descritos no item “64”, “(b1)” e “(b2)” da inicial (fl. 17), cuja apuração se fará em liquidação por arbitramento. Do montante apurado, deverão ser subtraídos os valores já

pagos pela ELETRONORTE à Autora ou a eventuais endossatários das notas promissórias mencionadas no referido instrumento, conforme o pedido deduzido no item “66” da exordial.

Essa sentença foi mantida pelo TJDFT, STJ e STF, e transitou em julgado. Assim, foi iniciado o procedimento de liquidação de sentença e, ato contínuo, o laudo pericial produzido no curso da liquidação restou homologado. Após vários recursos para tratar acerca do valor devido (e obtido em liquidação de sentença), os autos retornaram à origem e deu-se início à execução de sentença.

O juízo de primeiro grau entendeu que o pedido de execução de sentença, respeitando a técnica processual instituída pela Lei nº 11.232/2005, poderia ser recebido como cumprimento de sentença. No entanto, e como dito, dada existência de vários recursos ainda pendentes de julgamentos, o processo foi suspenso por algumas vezes, mas, ao final, tinha-se a seguinte situação processual: pedido ao juízo *a quo* para que a dívida judicial fosse paga via precatório, uma vez tratar-se a devedora de sociedade de economia mista, prestadora de serviço público. Esse pedido foi indeferido.

Contra tal indeferimento, a sociedade de economia mista interpôs agravo de instrumento com dois principais fundamentos, a saber: (i) impossibilidade de a decisão agravada emendar de ofício a petição inicial da ação de execução para entender-se por cumprimento de sentença (argumento afastado pelo TJDFT); e (ii) a impossibilidade de processamento de feito executivo contra a sociedade de economia mista pelo modelo comum de execução, vez que, segundo se alegou, dever-se-ia ser seguido o rito do precatório.

No entanto, a 5ª Turma Cível do TJDFT negou provimento ao recurso em acórdão que afirma “Não se confunde regime de execução (regime comum das empresas privadas ou regime de precatórios afeto à fazenda pública), com a impossibilidade de penhora de bens que comprometam o fornecimento do serviço público”. Confira-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. PRINCÍPIO DA CELERIDADE. ART. 5º, LXXVIII, CF/88. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. REGIME DE EXECUÇÃO COMUM DAS EMPRESAS PRIVADAS. INAPLICABILIDADE DO REGIME DE PRECATÓRIOS.

1. Não se aplica o regime de execução dos precatórios às sociedades de economia mista, visto que possuem personalidade jurídica de direito privado.

2. Não se confunde regime de execução (regime comum das empresas privadas ou regime de precatórios afeto à fazenda pública), com a

impossibilidade de penhora de bens que comprometam o fornecimento do serviço público.

(Acórdão n.270861, 20060020116746AGI, Relator: ASDRUBAL NASCIMENTO LIMA, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 25/04/2007, Publicado no DJU SECAO 3: 17/05/2007. Pág.: 210)

Em síntese, o Desembargador Relator do recurso no TJDFT fundamentou seu voto na inexistência de comprovação de eventuais prejuízos ao interesse público, uma vez inexistente a penhora de valores, seguindo-se, portanto, o rito da execução comum. Veja-se o quanto consignado no acórdão do TJDFT que, por sua vez, ensejou o julgamento do recurso extraordinário ora em análise:

(...) as sociedades de economia mista estão sujeitas ao regime comum, não havendo que se falar no benefício do regime próprio da Fazenda Pública.

A única restrição encontrada é quando a penhora de seus bens, não podendo tal ser efetivada somente quando comprovadamente a penhora impossibilite a continuidade dos serviços prestados, ou seja, não podem comprometer o fornecimento do serviço público.

Entretanto verifico que a matéria ora discutida diz tão somente quanto à aplicabilidade do regime e não quanto a qualquer penhora efetivada, com isso não vislumbro no caso ora posto em pauta a necessidade de reforma da decisão vergastada, visto que quanto à escolha do regime agiu com acerto o magistrado ao definir como rito o regime comum das sociedades em geral.

Devemos salientar que mesmo que entenda o magistrado que a penhora venha a comprometer a prestação do serviço público, o que não se configura nos autos visto que não há penhora alguma efetivada, não havemos nisso que falar em regime de precatórios, neste caso apenas deve ser desconstituída a penhora nociva ao interesse pública, ou seja, não podemos confundir regime de execução (regime comum das empresas privadas ou regime de precatórios afeto à Fazenda Pública) com a impossibilidade de penhora de bens que comprometam o fornecimento do serviço.

Por tal linha de pensar o regime sempre será o comum, nunca o de precatórios, havendo somente a restrição de penhoras que comprometam o fornecimento do serviço público.

Sustenta ainda o Agravante que em julgado do Supremo Tribunal Federal fora reconhecida a necessidade de aplicação do regime de precatórios em situação análoga, entretanto não compartilho do mesmo modo de pensar visto que no julgado da Suprema Corte cuidava-se de empresa pública de atividade monopolista (ECT) o que de veras é diverso da ELETRONORTE, visto que se cuida de sociedade de economia mista que exerce no mercado atividade concorrencial, por tais termos não devemos aplicar ao caso o julgado da Corte Suprema de Justiça, mas sim o entendimento acima explanado em harmonia com o Superior Tribunal de Justiça.

(...)

Por tais razões tenho por correta após uma análise profunda do tema a manutenção da decisão guerreada.

É importante destacar que o argumento utilizado pelo Desembargador Relator do recurso julgado pelo TJDFT acerca da impossibilidade de penhora de bens de sociedade de economia mista quando implicar na falta de continuidade da prestação do serviço público foi também argumento do Ministro Relator do STF para concluir pelo provimento do recurso da sociedade de economia mista. Muito embora quando do julgamento do agravo de instrumento pelo TJDFT não houvesse de se falar em penhora, tal situação não era a mesma quando do julgamento do recurso pelo Plenário do STF.

Apenas para que se faça o enquadramento fático-processual, reforça-se que o STF julgou o recurso extraordinário da sociedade de economia mista e, em votação não unânime, declarou ser inconstitucional a flexibilização do conceito de Fazenda Pública para que constasse uma sociedade de economia mista.

A conclusão do STF quanto à inconstitucionalidade de pagamento de dívida civil de sociedade de economia mista por precatório quando não atendidos os requisitos específicos estabelecidos pela Constituição Federal é destacável, muito embora seja também possível demonstrar, por meio da análise de tal julgado precedente, a viabilidade da flexibilização de tal limitação constitucional, a fim de conceder a determinados entes, em situações específicas de prestação de serviço público em monopólio, por exemplo, o privilégio processual de efetuar o pagamento de suas dívidas via precatório.

A Eminente Ministra Ellen Gracie, em seu voto vista, “trata-se de recurso extraordinário interposto pela Eletronorte, sociedade de economia mista, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que lhe negou o direito à satisfação de dívida civil mediante prévia inclusão em precatório”. Tecnicamente, a sociedade de economia mista alegou que o acórdão recorrido violou o artigo 100, da Constituição Federal, pois não seria a ela aplicável o regime de execução comum, instituído pelo artigo 475-J, do CPC, e, sim, o regime especial de pagamento de dívida judicial por meio de requisição de expedição de precatório.

Objetivando demonstrar detidamente tanto os argumentos contrários à aplicação da execução especial a sociedades de economia mista quanto os argumentos favoráveis a tal procedimento, entende-se importante destacar tópicos dos votos do Ministro Carlos Ayres Britto, relator que votou pelo provimento do recurso da sociedade de economia mista, do Ministro Joaquim Barbosa, voto dissidente, e da Ministra Ellen Gracie, voto-vista.

De fato, podem-se subdividir os argumentos apresentados pelos integrantes, à época, do Plenário do STF, da seguinte maneira:

(i) Os votos favoráveis ao regime de precatório aplicado às sociedades de economia mista defendem tal entendimento porque:

- a. a eventual e súbita paralisação de serviços públicos seria prejudicial ao coletivo e, portanto, não se justificaria prejudicar o coletivo em favor de uma empresa privada, ainda que a dívida fosse reconhecida como devida.
- b. O orçamento recebido pelas sociedades de economia mista seria, em sua essência, público, o que argumentaria a flexibilização do conceito de Fazenda Pública;
- c. O eventual lucro recebido pela sociedade de economia mista – argumento utilizado pela parte contrária - seria acessório ao objetivo principal de prestação de serviço público.

(ii) Os votos contrários ao regime de precatórios aplicado às sociedades de economia mista foram embasados nas seguintes premissas:

- a. As sociedades de economia mista são integrantes do mercado comum e participam de forma concorrencial com empresas privados. A concessão de tal privilégio de Fazenda Pública desequilibraria a concorrência;
- b. O fato de a sociedade de economia mista em questão não atuar em regime de monopólio descaracteriza este caso àquele aplicado aos Correios – ECT (RE nº 220.906/DF);
- c. Deve-se respeitar o legislador constituinte que trouxe a exclusão específica da sociedade de economia mista como ente gozador de privilégios, a teor do art. 173, §2º, da Constituição. Confira-se:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

(...)

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

- d. A atividade desenvolvida pela sociedade de economia mista ser essencial ou de interesse público não determina sua inclusão no conceito de Fazenda Pública constante do art. 100, da CF, porque empresas eminentemente privadas também desenvolvem tais atividades.

Em breve síntese, tem-se que os votos favoráveis ao recurso foram proferidos muito em decorrência da atividade exercida pela sociedade de economia mista, uma vez vislumbrar-se grau elevado de interesse público e pela impossibilidade de se supostamente anuir com a interrupção de um serviço público essencial. Por outro lado, os votos contrários ao recurso da sociedade de economia mista assim o foram porque enalteceram a livre concorrência do mercado, dado que a atividade pública essencial desenvolvida também é pertinente a empresas privadas.

O Ministro Carlos Ayres Britto, relator, salientou que o recurso extraordinário deveria ser provido para autorizar o pagamento da dívida da sociedade de economia mista por precatório. O Eminent Relator respondeu afirmativamente ao argumento de que a sociedade de economia mista prestaria serviço público de natureza essencial, e que tal mister não poderia estar sujeito a solução de continuidade.

Disse também Sua Excelência que haveria a possibilidade de se incluir no orçamento da União a obrigação do pagamento de dívida da Eletronorte, via precatório, a teor do artigo 165, §5º, da CF. E amparou o seu voto em alegados precedentes do STF relativos a entes da Administração indireta. Para tanto, afirmou Sua Excelência que “(...) tal regime especial de execução de dívidas já definitivamente constituídas em sede judiciária tem a sua razão de ser. Ele responde à necessidade maior, para não dizer absoluta, de impedir o risco de uma súbita paralisia nas atividades do senhorio estatal (...)” (fl. 165).

E Sua Excelência continuou a explanação justificadora de seu voto para “ênfatizar que os serviços públicos se inscrevem nos quadros do moderno constitucionalismo social, pela sua peculiaridade de implicar postura prestacional onerosa do Estado, sobretudo em favor dos indivíduos e da cidadania”. (fl. 166) Por tais considerações -- apresentadas em rol em nada taxativo --, o voto do Ministro Relator foi concluído salientando que:

(...) a recorrente é alcançada pelo conceito de “*Fazenda Pública*”, presente no caput do art. 100 da Constituição, pois não há dicotomia técnica entre o setor público e Fazenda Pública, para fins de execução de débitos judiciais. Isso porque a ela, recorrente, é prestadora de serviços públicos essenciais. Serviços essenciais de titularidade da União (nunca é demais repetir), sendo irrelevante, no ponto, que a mera prestação do serviço haja sido transferida a pessoa da Administração Pública indireta. Donde se concluir pela presença daquelas razões que informam o sistema de precatórios também quando o caso é de débito a cargo de sociedade de economia mista delegatária de serviços públicos. (fl. 173)

Especificamente quanto à viabilidade da realização de penhora de bens de sociedade de economia mista, o Ministro Relator mostrou preocupação também ao fato de se eventualmente inviabilizar a prestação do serviço de interesse público.

Isso porque a penhora e posterior alienação de bens da delegatária implicaria: a) a transferência de coisa pública para o patrimônio particular, com comprometimento da adequação e continuidade do serviço público, em ofensa ao princípio republicano; b) a invasão do patrimônio estatal pelo Poder Judiciário; c) ofensa ao interesse público na continuidade e adequação dos serviços públicos prestados por meio de bens objeto de execução; d) risco de quebra da impessoalidade e da igualdade entre os credores. (fl. 173)

Tais argumentos foram acompanhados também pelos Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli. A divergência foi composta pelos Ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ellen Gracie, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Cezar Peluso, então Presidente.

O Ministro Joaquim Barbosa abriu a divergência demonstrando que, após análise apurada da natureza jurídica da sociedade de economia mista recorrente e do mercado econômico de sua atuação, não seria possível concluir que não houvesse concorrência em tal setor econômico, o que contrastou o argumento de interrupção de prestação do serviço essencial.

O Ministro Joaquim Barbosa salientou que, muito embora o fornecimento de um serviço público impeça a autorização judicial de uma espécie de solução de continuidade, no caso em questão – que trata do fornecimento de energia elétrica à Região Norte do país –, “a extensão à sociedade de economia mista, de prerrogativa constitucional inerente ao Estado tem potencial de desequilibrar artificialmente as condições de concorrência, em prejuízo das pessoas jurídicas e dos grupos de pessoas jurídicas alheios a qualquer participação societária estatal.” (fl. 189)

É que não haveria de se falar em solução de continuidade justamente porque há concorrência no mercado de energia elétrica. O voto do eminente Ministro Ayres Britto partiu da premissa de que toda e qualquer atividade relativa ao setor de energia elétrica consubstanciaria um serviço público dotado de essencialidade.

Disse Sua Excelência, em resumo, que se trataria de “atividade estatal em si, titularizada pelo Estado, ponto avançado do constitucionalismo social” (fl. 173). É justificável que essa conclusão fosse aplicada até 1995, quando vigia o modelo monopolizado e concentrado nas mãos do Governo Federal. Desde então, o Brasil adotou para o setor elétrico um modelo que prestigia e incentiva a competição, no qual não há espaço para monopólios ou privilégios a determinados competidores. (SCHIRATO, 2010)

Outro ponto de destaque no voto condutor da divergência diz respeito à sociedade de economia mista visar ao lucro. A análise principal consiste na impossibilidade de um ente estatal gozar de privilégios e, ainda assim, buscar o lucro como objetivo principal. Estar-se-ia desrespeitando o princípio constitucional da isonomia, livre iniciativa e o equilíbrio concorrencial. Como ressalvado pelo Ministro Joaquim Barbosa “Ao perseguir o lucro como objetivo principal, o Estado deve despir-se das garantias soberanas à proteção do regime democrático, do sistema republicano e do pacto federativo, pois tais salvaguardas são incompatíveis com a livre iniciativa e com o equilíbrio concorrencial.” (fl. 190)

Os argumentos favoráveis ao regime de precatórios à sociedade de economia mista também se utilizam do quanto foi decidido noutro julgado do STF (Recurso Extraordinário nº 220.906/DF) em que restou reconhecida a constitucionalidade da execução por precatório de dívida judicial de empresa pública em regime de monopólio (ECT – Empresa de Correios e Telégrafos). Acerca da aplicabilidade de tal julgado como precedente para este recurso extraordinário de sociedade de economia mista, o Ministro Dias Toffoli trouxe à colação:

A Corte não pode se dissociar do precedente histórico, firmado no RE 220.906, (...), em cuja ementase afirmou textualmente que: À 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 artigo 12 do Decreto-lei nº 509/69 e não incidência da restrição contida no artigo 173§1º, da Constituição Federal, 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 à obrigações trabalhistas e tributárias. (...) Observância do regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100, da Constituição Federal. (fl. 197)

Entretanto, prevaleceu o entendimento esboçado pela divergência de que, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa, “a comparação com os Correios é imprópria. Os Correios, naquilo que diz respeito à sua atividade primordial, não concorrem como pessoa jurídica alguma” (fl. 198).

É que a pretensão de a natureza jurídica de sociedade de economia equiparar-se ao regime jurídico da ECT não se sustenta por tratar-se esta de empresa pública e o seu capital ser integralmente constituído pela União, via subsídio do Tesouro Nacional (arts. 1º e 6º, Decreto-lei 509/1969), diferentemente de uma sociedade cujo capital é misto.

No precedente ora em análise, e como apresentado nos capítulos anteriores, a recorrente é uma sociedade de economia mista e não uma empresa pública. Como visto, a sociedade de economia mista é um auxiliar da atuação governamental (CARNEIRO, 1998), com características específicas que navegam entre a atuação estatal e a atividade privada.

A sociedade de economia mista detêm personalidade de Direito Privado, mas respeita a regramento governamental, uma vez que seu capital é misto, sendo que é “constituída sobre a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou entidade de sua Administração Indireta, sobre remanescente acionário de propriedade particular.” (CARNEIRO, 1998, pg. 166).

A ECT, por outro lado, “presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido”, nos dizeres do STF (RE 220.906), o que não ocorre com o setor de energia, explorado pela sociedade de economia mista recorrente do julgado ora em análise. Logo, há competição no setor explorado por tal sociedade de economia mista e não o há no setor econômico cuja atividade é desenvolvida pela ECT.

Destaca-se ainda que o artigo 12 do Decreto-Lei 509/1969 que criou a ECT estabelece que ela gozará, dentre outros benefícios, “dos privilégios concedidos à Fazenda Pública, quer em relação à imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais”, o que não ocorre com a Lei 5.824/1972 e com o Decreto 72.548/1973, que previram a criação e autorização de funcionamento da sociedade de economia mista que pleiteou o pagamento de sua dívida por precatório.

Ademais, é de ver-se que no julgamento do caso referente à ECT ficou expressamente ressalvado, nos votos proferidos que admitiam o pagamento por precatório,

que ali se tratava de exceção, ante as características específicas da ECT, mencionando expressamente que o entendimento não poderia aplicar-se às empresas de energia elétrica, como se pode ver do voto do eminente Ministro Moreira Alves:

“Estou tratando do problema das empresas que exercem atividades monopolizadas. Às outras empresas de energia elétrica, em que não há monopólio, conseqüentemente não se aplica o que estou aplicando neste caso.” (STF; RE 220.906/DF; re. Min. MOREIRA ALVES; DJ 14.11.2002)

A Ministra Ellen Gracie bem ressaltou a diferenciação entre os casos, salientando que:

Efetivamente, o conceito de Fazenda Pública abrange os entes políticos, suas autarquias e fundações públicas, ou seja, as pessoas jurídicas de direito público. Não mais di que isso. [...] Esse Tribunal tem verificado, contudo, que em alguns casos a adoção da forma jurídica de empresa pública ou de sociedade de economia mista não corresponde exatamente ao papel e ao âmbito de atuação de tais pessoas. Isso quando permanecem dependentes do Poder Público e atuando em áreas sob o regime de monopólio ou na satisfação de direitos fundamentais, sem finalidade de lucro, como se fossem extensões da própria Administração Direta. Nesses casos, temos equiparado tais pessoas jurídicas de direito privado aos entes de direito público para alguns fins, de modo a preservar o serviço prestado. (fl. 208)

De todo modo, o precedente do STF utilizado no voto vencido para embasar o argumento de se autorizar o regime de precatório à sociedade de economia mista não poderia ser assim utilizado, decidiu a maioria do Plenário do STF no julgado ora analisado, porque neste caso não se tem a excepcionalidade de estar a sociedade de economia mista prestando serviço público exclusivamente e, sim, desenvolvendo atividade econômica em regime de mercado.

É que também não se estava analisando neste caso precedente [ora em análise] a constitucionalidade de uma lei que autorizasse a aplicação do regime de precatório à sociedade de economia mista. Estava-se analisando a constitucionalidade de maneira generalizada de se autorizar a satisfação de obrigações de sociedade de economia mista decorrente de condenação judicial pela via de precatório.

Nesse sentido, quer parecer que o STF concluiu de maneira acertada ao não flexibilizar o conceito de Fazenda Pública para que, aplicando-se o art. 100, da Constituição Federal, fosse autorizado o pagamento de dívida judicial de sociedade de economia mista por precatório.

Conclui-se, portanto, que, em verdade, o STF entendeu que se deve afastar a utilização de expedientes que frustrem a satisfação do crédito pelo devedor integrante da Administração Indireta, impedindo que se implante a insegurança jurídica em todos quantos mantenham negócios ou sejam credores de tais entes que não exercem atividades monopolizadas.

CONCLUSÃO

Com o desenvolvimento deste estudo acadêmico foi possível analisar o conceito de Fazenda Pública para que fosse verificado a viabilidade da flexibilização de tal definição, a fim de se considerar ou não uma sociedade de economia mista como tal [Fazenda Pública]. Essa análise se deu em decorrência de julgamento do STF (RE nº 599.628/DF) em que uma sociedade de economia mista buscou autorização judicial para cumprir uma obrigação por meio do regime de execução especial de pagamento de dívida por precatório, afastando, portanto, o rito da execução comum.

Inicialmente, demonstraram-se conceitos de Fazenda Pública e de sociedade de economia mista, destacando-se as exigências para a aplicabilidade do regime de precatórios e a finalidade do privilégio processual do pagamento por precatórios para dívidas da Fazenda Pública.

Em seguida, necessário se fez o cotejo entre as normas legais quanto à execução judicial e extrajudicial e a execução comum e à execução contra a Fazenda Pública. As premissas apresentadas se fizeram necessárias para formar conclusão quanto à (im)possibilidade de concessão de privilégios processuais a entes da Administração Pública, dotados de natureza jurídica de direito privado.

Ato contínuo, foram apresentados os conceitos e os argumentos constantes do julgamento precedente do STF, RE nº 599628/DF, em que restou explicitada a inconstitucionalidade do pagamento via precatório de dívida judicial de sociedade de economia mista, destacando-se a flexibilização de tal entendimento no que diz respeito a prestação de serviço público em regime de monopólio (para empresa pública).

Nota-se que esse julgamento se deu de maneira não unânime. Portanto, a inquietação acerca do tema apresentado também se justifica porque, havendo a alteração da composição do Plenário do STF, é possível se ter alteração nesse entendimento, uma vez suscitada tal questão em outro processo. Ressalva-se, todavia, o necessário enaltecimento das decisões Plenárias e que eventual modificação de entendimento da matéria de fundo em outro caso concreto poderá ser entendida como enfraquecimento das decisões do STF.

Adiante, para que fosse possível o estudo acerca da viabilidade da flexibilização do conceito de Fazenda Pública, foi imprescindível, além da verificação do conceito de Fazenda Pública em si, a análise dos fundamentos que levaram o legislador a conceder aos entes estatais prerrogativas processuais. Analisou-se o entendimento de tais prerrogativas processuais como privilégios, concluindo-se pela impossibilidade prática dos entes estatais – aqueles incluídos no conceito de Fazenda Pública como Administração Pública em juízo – figurarem como parte sem que lhes fossem concedidas medidas especiais que oportunizassem o cumprimento de prazos, por exemplo, bem como a impenhorabilidade de seus bens.

As considerações acima se justificam, pôde-se concluir do estudo, pelo princípio constitucional da supremacia do interesse público. Ou seja, questionou-se se considerando que esta sociedade de economia mista presta serviço tido pela Constituição Federal como essencial à coletividade, poder-se-ia dizer que deve ela gozar de prerrogativas processuais de Fazenda Pública. A conclusão do estudo aponta para o desfecho do julgado do STF que, em breve síntese, entendeu que, muito embora a sociedade de economia mista preste serviço essencial à coletividade, se não o faz em regime de monopólio, assumindo o papel de Administração Pública Direta, não deve gozar de privilégios de Fazenda Pública.

De fato, esse estudo partiu de dois argumentos teóricos, quais sejam: uma sociedade de economia mista pode ser considerada Administração Pública em juízo? E uma sociedade de economia mista, não sendo considerada a Administração Pública em juízo, pode gozar de prerrogativas processuais, dentre elas a execução menos gravosa que impeça a eventual penhora – como implementada pelo rito de execução comum – para que seja tido por constitucional o pagamento de dívida judicial por precatório?

Ambas respostas a tais questionamentos foram negativas, com embasamento no precedente do STF, muito embora os votos vencidos tenham sido absolutamente fundamentados em princípios constitucionais, principalmente no princípio da supremacia do interesse público.

É que o caso concreto possuiu especificidades que impediram a aplicação de outro precedente do STF (RE nº 220.906), uma vez que a sociedade de economia mista recorrente não tinha em seu mercado uma atuação monopolista. Isso significa dizer que, para se ter a flexibilização do conceito de Fazenda Pública a justificar a concessão de prerrogativas a entes da Administração Pública Indireta, é necessário que a atividade desenvolvida, além de

ter cunho essencialmente público deve ser desenvolvida unicamente pelo ente. O Estado, isto é, a Administração Pública Direta, deve ser representada pelo ente da Administração Pública Indireta em sua plenitude.

Com tais considerações, justifica-se dar conta da impossibilidade de se conceder prerrogativa de Fazenda Pública a ente que atua em concorrência, bem como visa ao lucro. Se uma empresa, ainda que de natureza jurídica de sociedade de economia mista, que atua em um mercado com concorrentes, obtiver privilégio processual de Fazenda Pública estar-se-á desequilibrando esse mercado e infringindo, portanto, o princípio da livre iniciativa (art. 170 e art. 173, §§1º e 2º, da Constituição Federal).

Em verdade, nota-se que a sociedade de economia mista em si possuiu uma natureza jurídica híbrida e quer parecer que tal hibridez foi propositadamente prevista na Constituição Federal (Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira) para que a Administração Pública pudesse usufruir dos benefícios de tal situação específica. A execução de certas atividades por ente cuja natureza jurídica é híbrida, conjugando regime de direito privado com viés de regime público, possibilita a participação do Estado de maneira indireta no mercado onde prevalece a livre iniciativa, mantendo-se a impessoalidade e a indisponibilidade do interesse público.

Portanto, e com essas considerações, é possível concluir ser imprópria a aplicação do regime de precatórios às sociedades de economia mista, ressalvada a atuação em monopólio, com a prestação de serviço público essencial.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 599.628/DF, Plenário, Brasília, DF, 25 de maio de 2011. pg. 156-228, out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 220.906/DF, Plenário, Brasília, DF, 16 de novembro de 2000. pg. 430-521, nov. 2002.

BUENO, Cássio Scarpinella. **O Poder Público em Juízo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direito Processual Civil - Tutela jurisdicional executiva**. Volume 3. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Processual Público - A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas Câmara. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Sociedade de Economia Mista prestadora de serviços públicos. Penhorabilidade de seus bens**. Revista de Processo, 92/164, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 11^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CUNHA, L. J. C. da. **A fazenda pública em juízo**. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

DIDIER JR, F.; CUNHA, L. J. C. da; **Curso de direito processual civil**. Execução. v. 5. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 29.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GRECO Filho, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro. Processo de Execução a Procedimentos Especiais**. 22^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUIZ, Daniela. **A Prerrogativa Processual da Fazenda Pública de Obter Efeito Suspensivo Automático nos Embargos à Execução**. Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 1, p. 39-52, 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: RT, 2010.

NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 2010.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 7. out. 13

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Geração de energia elétrica no Brasil: 15 anos fora do regime de serviço público**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, ano 8, nº 31, p. 141/168, jul./set. 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: < www.stj.gov.br >. Acesso em: 5. dez. 13

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: < www.stf.jus.br >. Acesso em: 12. dez.

THEODORO JR., Humberto. **Lei de Execução Fiscal**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Execução contra a Fazenda Pública e os Crônicos problemas do precatório. Precatórios – problemas e soluções**. Coord. Orlando Vaz. São Paulo: Del Rey, 2005.