Número 11 – agosto/setembro/outubro - 2007 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

IMPENHORABILIDADE DE BENS. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS PORTUÁRIOS. BENS AFETADOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Alice Gonzalez Borges
Advogada. Professora Titular de Direito Administrativo das Faculdades de Direito da Universidade Católica de Salvador e da Universidade Salvador. Membro do Conselho Superior do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Presidente do Instituto de Direito Administrativo da Bahia.

Honra-nos o Dr. Diretor - Presidente da COMPANHIA DOCAS DA BAHIA - CODEBA com a solicitação de um parecer jurídico sobre as indagações objeto da presente

CONSULTA

1. A COMPANHIA DOCAS DA BAHIA - CODEBA é uma sociedade de economia mista federal, concessionária de serviços públicos pertinentes ao funcionamento de portos organizados, nos termos do art. 21, inciso XII, alínea *f,* da Constituição da República, qualificada como Autoridade Portuária pela Lei n.º 8.630/93.

Ultimamente, vem sofrendo execuções por dívidas trabalhistas, tendo sido efetuada, por ordem judicial, como garante da execução, a penhora de alguns equipamentos essenciais ao funcionamento dos serviços do porto organizado de Aratu, o que pode vir a causar sérios prejuízos ao desempenho normal dos referidos serviços.

Em vão tem tentado, judicialmente, a substituição de tais bens, objeto de penhora, por outros que não estejam diretamente afetados ao funcionamento dos serviços portuários, mas não tem logrado êxito. Alega-se que, tratando-se de uma sociedade de economia mista, acha-se inteiramente sujeita à incidência do art. 173 da Constituição, sobretudo quanto ao inciso II do § 1.º , que determina sua *"sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias."* . Bem assim, é argüida a

aplicação, às sociedades de economia mista, do art. 242 da Lei das Sociedades por Ações, que determina serem seus bens penhoráveis.

Em face do exposto, indaga - se :

1.ª Tratando - se de sociedade de economia mista prestadora de serviços, não votada à exploração de atividade econômica strictu sensu, *como se lhe aplicam as disposições do inciso II, § 1º do art. 173, da Constituição da República, bem como do art. 242 da Lei das Sociedades por Ações ?*

2.ª Pode incidir penhora sobre bens de concessionária, diretamente afetados à prestação do serviço público objeto da concessão ?

3.ª Como resolver- se o problema, se a sociedade de economia mista concessionária de serviços públicos, não dispuser de recursos suficientes para saldar os seus débitos ?

Respondemos.

1.Efetivamente, a COMPANHIA DOCAS DA BAHIA - CODEBA é uma *sociedade de economia mista*, cujo acionista controlador é a União, nos termos da Ata de Sessão Pública de Constituição , datada de 17/02/97, para os fins de, mediante concessão, exercer as atividades previstas no art. 21, inciso XII, alínea *f,* da Constituição da República.

Compete - lhe, como *concessionária de serviço público federal*, a administração e exploração das áreas dos portos organizados de Salvador, Ilhéus e Aratu, demarcadas e delimitadas conforme as Portarias MT nºs. 237 e 239, de 27/06/96, publicadas no DOU de 28/06/96, bem como na Portaria MT n.º 376, de 27/08/98, publicada no DOU de 28/08/98, sobre as quais tem jurisdição como *Autoridade Portuária*, conforme determina a Lei nº. 8.630, de 25 de fevereiro de 1993 (Lei de Modernização dos Portos), em seu artigo 3.º , com as amplas atribuições e responsabilidades previstas nos arts. 33 e 34 (Seção II do Capítulo VI).

Ainda o Decreto federal nº. 1.990/96 veio incluir expressamente, no Plano Nacional de Desestatização, as Companhias de Docas Federais, na sua qualidade de concessionárias de portos organizados.

Como facilmente se verifica, trata-se de uma sociedade de economia mista dedicada à *exploração de serviço público federal.* Nem de longe se pode tê-la como enquadrada nas previsões constitucionais direcionadas para as sociedades de economia mista e empresas públicas que se dedicam à exploração de atividade econômica.

É bem verdade que a Constituição não extremou tais diferenças essenciais expressamente. Anuncia-se, na redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19/98 ao art. 173, § 1.º, que deverá sobrevir lei estabelecendo o *estatuto jurídico da empresa pública , da sociedade de economia mista e suas subsidiárias,* que explorem "*atividade econômica de produção ou comercialização*

de bens ou de prestação de serviços. " Aguarda-se que a futura lei defina o tratamento jurídico das duas espécies.

Entretanto, há muito que a doutrina e a jurisprudência vêm fazendo as necessárias e indispensáveis distinções a respeito das estatais prestadoras de serviço público.

Nem poderia ser de outro modo, se, cotejando-se o art. 173 com o art. 175, verifica-se, *em interpretação conforme à Constituição,* que o Texto Maior aplicou induvidosamente aos serviços públicos um *regime especial de direito público.* Se tal regime incide sobre quaisquer pessoas privadas que prestam serviço público em regime de concessão, não se poderia dar um tratamento desigual para entidades criadas *pela lei* , precisamente a esse fim .

A propósito, é bem incisivo o pronunciamento do Ministro PAULO BROSSARD, em lapidar voto como Relator do Recurso Extraordinário nº. 172.816, do Rio de Janeiro, que teve como autora, precisamente, a Companhia Docas do Rio de Janeiro :

> *"Competindo à União, e só a ela, explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os portos marítimos, fluviais ou lacustres, art. 21, XII, f, da Constituição, parece incontestável a natureza pública do serviço de docas, atribuído à recorrida, e do qual ela se desincumbe em regime de exclusividade.....*
>
> *"o mínimo que se poderia dizer, relativamente a bens de sociedade de economia mista, destinada a explorar, como agente da União, os serviços portuários do Rio de Janeiro, é que a eles fosse dado tratamento que a lei dá a bens de empresa concessionária de serviços público. O fato de ser pessoa jurídica de direito privado não tira à Cia. de Docas do Rio de Janeiro o caráter de entidade prestadora de serviço público federal, reservado, pela Constituição, ao regime de exclusividade ".... (Ac. do Pleno do Supremo Tribunal Federal, de 9/02/94, no RE n.º 172.816, Relator Min. PAULO BROSSARD, IN Revista de Direito Administrativo, vol. 195: 198-295, pg. 203)..*

E, mais adiante, complementa, em comentários que, embora focalizem o assunto da desapropriação, cabem, como uma luva, na análise do caso presente :

> *" Em verdade, não me parece que o § 1.º do art. 173, da Constituição, legitime, ainda que em tese, a desapropriação de bens pertencentes a empresas públicas e sociedades de economia mista; nem ele abrange toda empresa pública e toda sociedade de economia mista; seu alcance é outro; supõe, obviamente, sociedade de economia mista ou empresa pública que exerça atividade econômica em regime de concorrência, afim de não beneficiar--se de privilégio em relação a empresas privadas concorrentes, que se dedicam a atividade na mesma área econômica"*
>
> *" Vê-se, claramente visto, ele não se destina a atingir sociedade de economia mista ou empresa pública que, embora exercendo atividade econômica, não o faz em regime de concorrência, como a impetrante e recorrida, que desempenha serviço público federal, em regime de*

exclusividade, insuscetível de ser explorado por particular; aqui, a Cia. Docas do Rio de Janeiro faz as vezes da União, da qual é a longa manus. Daí o magistério de EROS ROBERTO GRAU:

"o preceito, a toda evidência, não alcança empresa pública, sociedade de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público" . ("A Ordem Econômica na Constituição de 1988", n.º54, p. 140) " (idem, ibidem, pg. 204).

A esse propósito, doutrina MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO.

"... quando a empresa estatal desempenha serviço público , ela é concessionária ou permissionária de serviço público. Ela executa o serviço por delegação do poder público e sem competição com a iniciativa privada. A elas não se estende a regra do art. 173, § 1º da Constituição , que manda aplicar o direito privado `s sociedades de economia mista e empresas públicas que exerçam atividade econômica". Ainda que o serviço público seja, também, em muitos casos, uma atividade econômica, ele não é alcançado pelo dispositivo, que tem que ser interpretado em consonância com o caput, que cuida do exercício de atividade econômica de natureza privada, exercida só excepcionalmente pelo poder público. Ao contrário do serviço público, que constitui atribuição típica do poder público. (art. 175).

.....

"É profundamente diversa a situação patrimonial dessas empresas prestadoras de serviços públicos. Como pessoas jurídicas, elas possuem um patrimônio próprio, embora tenham que se utilizar, muitas vezes, de bens pertencentes à pessoa pública política. Por exemplo, os potenciais de energia hidráulica são pertencentes à União e não se transferem ao patrimônio do concessionário que os explore. Estes são bens públicos propriamente ditos, de uso especial, integrados no patrimônio do ente político e afetados à execução de um serviço público. São inalienáveis, imprescritíveis. impenhoráveis.

"Mas a própria empresa tem o seu patrimônio. Dentre os bens nele integrados, distinguem-se duas espécies:

a. os que não estão diretamente afetados à execução do serviço público : a sua falta não paralisará o serviço; estes são bens inteiramente sujeitos ao regime de direito privado, salvo com relação à exigência de licitação para sua compra ou alienação; o seu regime jurídico é de direito privado, parcialmente derrogado pelo direito público.

b. os que estão afetados à execução do serviço público: estes estão sujeitos ao mesmo regime jurídico aplicável aos bens públicos de uso especial, ou seja, às coisas que estão fora do comércio jurídico de direito privado (art. 69 do Código Civil); ou, por outras palavras, são bens públicos de uso especial , ainda que integrando o patrimônio da empresa estatal. Embora não enquadrados no conceito de bem público contido no artigo 65 do Código Civil, porque não pertencentes à União, Estados ou Municípios, correspondem ao conceito de bens de uso especial do artigo 66, inciso II, do mesmo Código .....

> *Se os bens das concessionárias e permissionárias são afetados a um serviço público, eles têm que se submeter ao mesmo regime jurídico a que se submetem os bens pertencentes à União, Estados e Municípios, também afetados à realização de serviços públicos .....*
>
> *Se fosse possível a essas empresas alienar livremente esses bens, se esses bens pudessem ser penhorados, hipotecados, adquiridos por usucapião, haveria uma interrupção no serviço público. E o serviço é considerado público precisamente porque atende a necessidades essenciais da coletividade. Daí a impossibilidade de sua paralisação, e daí a sua submissão a regime jurídico publicístico.*
>
> *No caso do serviço público, é a pessoa pública política (União, Estado ou município) que detém a sua titularidade: a concessionária apenas o executa e não tem qualquer disponibilidade sobre ele, como também não tem a livre disponibilidade sobre os bens afetados ao serviço público "* ("Natureza jurídica dos bens das empresas estatais", *in* Revista PGE de São Paulo, dez. 1988 : 173-185, pgs. 182 e seguintes)

2. Põe-se, entretanto, um problema. O art. 242, da Lei das Sociedades por Ações, dispõe que *os bens das sociedades de economia mista são executáveis e penhoráveis*. Ao fazê - lo, não estabeleceu nenhuma diferença entre as espécies de tais sociedades, *in verbis* :

> *" Art. 242. As companhias de economia mista não estão sujeitas à falência mas os seus bens são penhoráveis e executáveis, e a pessoa jurídica que a controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações ".*

A esse respeito, adverte CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO:

> *"Já no que atine às prestadoras de serviço público a situação é outra.*
>
> *"Se forem sociedades de economia mista, ainda que se tornem insolventes, não se assujeitarão à falência, e o Poder Público responderá subsidiariamente, perante terceiros, procedendo-se na forma disposta no precitado art. 242 da Lei das S/A. Entretanto, como os bens que estejam afetados à prestação do serviço são bens públicos, e, ademais, necessários à continuidade das prestações devidas ao corpo social, não podem ser distraídos de tal finalidade. Com efeito, não faria sentido que interesses creditícios de terceiros preferissem aos interesses de toda a coletividade no regular prosseguimento de um serviço público. Assim, jamais caberia a venda destes bens em hasta pública, que seria o consectário natural da penhora e execução judicial, previstas no citado artigo. Donde, o efeito das medidas referidas seria tão - somente o de caracterizar juridicamente a irrupção da responsabilidade subsidiária do Estado. "("Curso de Direito Administrativo", São Paulo, MALHEIROS, 2001, pg.166).*

É o que também sustentou o Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, em acórdão do Tribunal Federal de Recursos, com apoio nas lições do pré- citado mestre :

> *"Ressalve-se, tão-só, em sincronia com o que já ficou dito com respeito às concessionárias de serviço público, que, em se tratando de sociedade de economia mista prestadora de serviço público, os bens afetos à execução dele não se acham à mercê de terceiros, porque o saciar-se neles implicaria a paralisação do serviço, possibilidade excluída em face do notório princípio da continuidade dos serviços públicos. Neste caso, exauridos os demais recursos da pessoa, compareceria o Estado, obrigatoriamente, segundo os termos já assinalados, para garantir os créditos de terceiros prejudicados"."*

Em consonância com tais ensinamentos, assim decidiu o Tribunal Federal de Recursos, em acórdão unânime da 4.ª Turma, de 14/12/83, no Agravo de Instrumento n.º 42.965, da Sociedade de Abastecimento de Água e Saneamento (Campinas) versus IAPAS, com a seguinte Ementa:

> *" Se, de acordo com o art. 242, da Lei n.º6.404/76 (Lei de Sociedade por Ações),*
>
> *os bens de sociedade de economia mista são executáveis e por suas obrigações responde, subsidiariamente, a pessoa jurídica que a controle, é correta a penhora de bens não - afetos diretamente à execução do serviço público, pois este não pode ser prejudicado. Se insuficientes para garantir o crédito do exeqüente, proceder-se-á à execução contra o responsável subsidiário pela dívida cobrada" .* (Revista de Direito Administrativo, vol. 153: 222-224, pg. 222).

No mesmo sentido assim vêm decidindo nossos Tribunais Superiores :

> " *o patrimônio da empresa pública, embora de origem pública, pode ser utilizado, onerado ou alienado na forma regulamentar ou estatutária, independentemente de autorização legislativa especial, porque tal autorização está implícita na lei instituidora da entidade. Assim, seus bens, QUANDO NÃO AFETADOS AO SERVIÇO PÚBLICO, são suscetíveis de penhora (art. 173 § 1.º da CF). (RT 738/317) . Neste sentido : Lex JTA 161/54"* (In Theotonio Negrão, " Código do Processo Civil e Legislação em Vigor" 31.ª ed., São Paulo, SARAIVA, 2000 .pg.673). (NOSSOS OS DESTAQUES)
>
> " *PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PENHORA DE BENS DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA QUE PRESTA SERVIÇO PÚBLICO.*
>
> *" A sociedade de economia mista tem personalidade jurídica de direito privado e está sujeita, quanto à cobrança de seus débitos, ao regime comum das sociedades em geral, nada importando o fato de que presta serviço público; SÓ NÃO LHE PODEM SER PENHORADOS BENS QUE ESTEJAM DIRETAMENTE COMPROMETIDOS COM A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. Recurso especial conhecido e provido."* (Ac. unânime da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça de 15/12/98, no Recurso Especial 176.078 -SP . Rel.. Min. ARI PARGENDLER , pub. no DJU 8.3.99, pg.200) (NOSSOS OS DESTAQUES).

Recentemente, assim se pronunciou o Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria, em julgado pertinente à EBCT :

> *"7. Note-se que as empresas prestadoras de serviço público operam em setor próprio do Estado, no qual só podem atuar em decorrência de ato dele emanado. Assim , o fato de as empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica estarem sujeitas ao regime jurídico das empresas privadas não significa que a elas sejam equiparadas sem qualquer restrição. Veja-se, por exemplo, que, em face da norma constitucional, as empresas públicas somente podem admitir servidores mediante concurso público, vedada a acumulação de cargos. No entanto, tais limitações não se aplicam às empresas privadas.*
>
> *" 8. Há ainda que se indagar quanto ao alcance da expressão "que explorem atividade econômica...", contida no artigo 173, § 1º , da Constituição Federal. Preleciona José Afonso da Silva, in "Curso de Direito Constitucional Positivo", 12.ª edição revista, 1996, pgs. 732 e seguintes, que o tema da atuação do Estado no domínio econômico exige prévia distinção entre serviços públicos, especialmente os de conteúdo econômico e social, e atividades econômicas. Enquanto a atividade econômica se desenvolve no regime da livre iniciativa sob a orientação de administradores privados, o serviço público, dada sua natureza estatal, sujeita-se ao regime jurídico do direito público".*
>
> *"9. Conclui o eminente jurista que "a exploração dos serviços públicos por empresa estatal não se subordina às limitações do art. 173, que nada tem com eles, sendo certo que a empresa estatal prestadora daqueles e outros serviços públicos pode assumir formas diversas, não necessariamente sob o regime jurídico próprio das empresas privadas", já que somente por lei e não pela via contratual os serviços são outorgados às estatais (CF, artigo 37, XIX). Assim, não se aplicam às empresas públicas, às sociedades de economia mista e a outras entidades estatais ou paraestatais que explorem serviços públicos a restrição contida no art. 173, § 1.º, da Constituição Federal, isto é, a submissão ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, nem a vedação do gozo de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado (CF, artigo 173, § 2.º)*
>
> *.....*
>
> *"Ante o exposto, tenho como recepcionado o Decreto-lei n.º 509/69, que estendeu à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos os privilégios conferidos à Fazenda Pública, dentre eles o da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, devendo a execução fazer - se mediante precatório, sob pena de vulneração ao disposto no art. 100 da Constituição de 1988".*(Ac. do Supremo Tribunal Federal no RE 220906, Relator Min. MAURICIO CORRÊA, IN INFORMATIVO 213 DO STF, via INTERNET)..

3. Assim se pronunciam a doutrina e a jurisprudência, quanto ao problema da impenhorabilidade dos bens das sociedades de economia mista diretamente afetados à prestação de serviços públicos , e quanto à necessária interpretação

do art. 242 da Lei de Sociedades por Ações, em seu perfeito alcance quanto às referidas empresas.

Porém, há ainda que refletir - se em que a CODEBA , além de sociedade de economia mista que explora serviços públicos, constitui ainda uma *concessionária de serviço público federal, como previsto no art. 21, inc.XII, alínea f, da Constituição.*

A tal respeito, também a doutrina e a jurisprudência se ocupam da impenhorabilidade dos bens das concessionárias afetados aos serviços públicos em geral, *ainda quando se trate de empresas particulares,* e não, como no caso em exame, de sociedade de economia mista pertencente à administração indireta da União.

Isto, quando a Lei n.º 8.987/95 (Lei Geral de Concessões e Permissões de Serviço Público) permite que os concessionários obtenham financiamentos para seus investimentos, na dicção do art. 31, inc. VIII. Se podem , assim, *"captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço",* como serão os mesmos garantidos ?

Cresce de ponto a questão, quando se sabe que os contratos dos concessionários com terceiros não envolvem a responsabilidade do concedente, e são regidos pelas disposições do direito privado e da legislação trabalhista.

A matéria se torna ainda mais delicada, quando, em regra, os bens adquiridos pelos concessionários do serviço para seus investimentos são *reversíveis* ao término da concessão.

Pois bem. É meridianamente claro o artigo 28 da Lei citada, quando dispõe que :

> *"Nos contratos de financiamento, as concessionárias poderão oferecer em garantia os direitos emergentes da concessão, até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade da prestação do serviço ".*

A esse respeito, preleciona lapidarmente MARÇAL JUSTEN FILHO:

> *"Outra questão a examinar consiste na situação jurídica dos bens do concessionário. Não se consideram, aqui, os bens públicos, cuja guarda esteja sendo exercitada pelo concessionário. ESSES BENS, PORQUE PÚBLICOS, SUJEITAM-SE AO REGIME JURÍDICO PRÓPRIO, EXCLUDENTE DA ALIENAÇÃO OU ONERAÇÃO. O problema é dos bens de propriedade do concessionário. Quanto a eles, é necessário examinar se estão afetados à realização do interesse público, constituindo-se em instrumento indispensável para a prestação do serviço. Em caso positivo, estender-se-á a eles o regime jurídico dos bens públicos....." A prestação do serviço público pressupõe a plena utilização desses bens. Por isso não será possível a oneração ou alienação deles.*

> *"A situação será ainda mais rigorosa no tocante aos bens reversíveis. É que a lei ou o contrato determinarão que, extinta a concessão, tais bens se integrarão no domínio público. O concessionário não poderá praticar qualquer ato, no curso do prazo da concessão, que inviabilize a posterior reversão dos bens. (21. Nesse sentido, BIELSA, ob. cit., pg. 420) .*
>
> *.....*
>
> *" Observe- se que mesmo recursos financeiros do concessionário poderão estar abrangidos na regra da impenhorabilidade. Suponha-se que o concessionário disponha de depósitos bancários e os fundos destinem-se à liquidação de débitos relacionados com a execução da concessão : pagamento de salários, liquidação de tributos ou realização de investimentos para ampliação dos serviços, por exemplo. Não será facultado a um credor a apreensão dos valores, invocando pretensões fundadas em direito privado. Se aquelas verbas forem destinadas à manutenção da continuidade do serviço público, SERÃO IMUNES A PENHORA OU APREENSÃO JUDICIAL".(Concessão de Serviços Públicos, São Paulo, DIALÉTICA, 1997, PG. 291.) NOSSOS OS DESTAQUES.*

E então, há de indagar-se, como poderão ser satisfeitos os créditos contra a concessionária de serviços públicos? O autor citado, interpretando a expressão legal "*direitos emergentes da concessão ",* diz que a alienabilidade, no caso, abrange basicamente as parcelas da receita caracterizáveis como *lucro*, concluindo que:

> *"Daí deriva que qualquer ato de disposição ou de apropriação de valores do concessionário deve compatibilizar-se com a previsão de encargos do concessionário. Deverá ter - se em vista a dimensão dos investimentos a serem realizados " (ob. cit., pg. 292) .*

Nesse sentido, a jurisprudência coletada por THEOTONIO NEGRÃO :

> *" Art. 649. 22. É inadmissível a penhora dos direitos de exploração das linhas de transporte coletivo que, não integrando o patrimônio da concessionária de serviço público, são insuscetíveis de transferência voluntária ou forçada, mantendo o Estado, permanentemente, total disponibilidade sobre o serviço concedido " (* Ob.cit., pg. 676).

Constata-se, pois, que, à vista do que preceituam a doutrina e a jurisprudência pátrias, são impenhoráveis os bens e equipamentos aplicados ao funcionamento dos serviços públicos concedidos, à vista do princípio da sua *continuidade* .

4. Ante todo o exposto, e de acordo com os subsídios trazidos à colação, já podemos responder às indagações efetuadas pelo ilustre CONSULENTE:

À primeira questão :

1.Tratando - se de sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos, não votada à exploração de atividade econômica strictu sensu, *como*

se lhe aplicam as disposições do inciso II, do § 1º do art. 173, da Constituição da República, bem como do art. 242 da Lei das Sociedades por Ações ?

Ficou amplamente demonstrado, à luz da doutrina e da jurisprudência amplamente citadas, que a sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos não pode ter o tratamento dispensado constitucionalmente às sociedades de economia mista e empresas públicas que exploram atividade econômica *strictu sensu,* porque é necessário conciliar referido dispositivo, *em interpretação conforme a Constituição,* com o art. 175 , que impõe um regime de direito público à prestação de serviços públicos.

Também não se pode aplicar a tais sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos a regra da penhorabilidade de seus bens, inserta no art. 242, da Lei das Sociedades por Ações, porque tais *bens, enquanto forem aplicados ao serviço público* , pertencem à categoria dos bens públicos de uso especial, fora do comércio jurídico de direito privado, impenhoráveis, inalienáveis e imprescritíveis, nos termos do art. 66, II, e 69, do Código Civil.

À segunda questão :

2. Pode incidir penhora sobre bens de concessionária, diretamente afetados à prestação do serviço público objeto da concessão ?

Não, ainda quando se tratasse de concessionário particular, e não, como no caso, de entidade pública criada para a prestação de serviços. Isto porque, além da natureza jurídica especial dos bens afetados ao serviço público, que não podem ser onerados , a própria Lei regedora das concessões e permissões de serviços públicos, n.º 8.987/95, em seu art. 28, sequer permite que tais bens sejam oferecidos em garantia de financiamentos de terceiros, garantia, essa, que apenas pode atingir os *direitos emergentes da concessão.*

À terceira questão :

3.ª Como resolver-se o problema, se a sociedade de economia mista concessionária de serviços públicos, não dispuser de recursos suficientes para saldar os seus débitos ?

Em tal caso, se demonstrado que a empresa não dispõe, para oferecê-los em substituição à penhora, de recursos financeiros suficientes, decorrentes da renda dos serviços, ou que, se existentes, os mesmos são imprescindíveis para garantir o funcionamento do serviço público em questão, será o caso de aplicar-se a regra do art. 242, da Lei de Sociedade por Ações, em sua parte final. Acionar-se-á a responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica instituidora, no caso a União, contra a mesma expedindo-se os necessários precatórios judiciais, nos termos do art. 100 da Constituição da República.

É nosso parecer, *salvo melhor juízo.*

Salvador, 6 de junho de 2001.

OBSERVAÇÃO NECESSÁRIA

Recentemente, após exarado o parecer supra, foi publicada a Lei nº 10.303, de 31/10/2001, alterando , mais uma vez, a Lei nº 6.494, que disciplina as sociedades por ações.

Entre os dispositivos da nova Lei, encontra-se o art. 10, que determina , pura e simplesmente, *in verbis:*

> *"São revogados o art. 242 da Lei 6.404, de 15/12/ 76, e os arts. 29 e 30 da Lei 6.385, de 7/12/76".*

Assim, com a maior tranqüilidade, sem nenhuma ressalva, o legislador federal elimina, pura e simplesmente, de nosso ordenamento jurídico, um dispositivo legal tão importante, e de tão ricas conseqüências.

Mais uma vez se perde a oportunidade para, *em termos de direito posto*, distinguir-se, caracterizar-se, em seus múltiplos aspectos e conseqüências, as sociedades de economia mista e empresas públicas dedicadas às atividades de exploração econômica em regime de mercado e aquelas meramente exploradoras de serviços públicos, ainda que tais serviços públicos sejam revestidos de considerável expressividade econômica.

Muitas vezes dissemos em nossas aulas, escrevemos em artigos publicados, falamos em conclaves jurídicos, no sentido da flagrante inconstitucionalidade do art. 242 da Lei das S.A., na medida em que, pela vedação da falência das estatais, lhes era conferida uma intolerável posição de concorrente privilegiado da iniciativa privada, posição, essa, altamente violadora dos princípios consagrados no art. 173 , da Constituição. Entendíamos, tal privilégio, de intolerável convivência com o espírito de nossa Carta, quando esta exige que, quando o Estado desempenha uma atividade de exploração de atividade econômica *stricto sensu,* deva faze-lo em regime de estrita *concorrência leal* com as empresas privadas.

Assim, não poderíamos deixar de aplaudir a revogação de uma disposição de lei flagrantemente inconstitucional, relativamente ao regime jurídico das sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica em regime competitivo de mercado.

Mas há uma realidade, no País inteiro, que não se pode ignorar ou menosprezar. Grande número de sociedades de economia mista – bem como as empresas públicas, de regime muito semelhante – são criadas exclusivamente para a prestação de serviços públicos.

A política do Governo brasileiro, nos últimos tempos, tem privilegiado, em termos até então inauditos, a chamada "privatização" de serviços públicos, através da ora chamada *desestatização.* Tal *desestatização* não constitui de modo algum privatização, no sentido estrito do termo, uma vez que, pela mesma, as empresas particulares que adquirem o controle acionário e os ativos das estatais "privatizadas" recebem a exploração do serviço público em mera *delegação*, nos termos do art. 175 e de diversos incisos do art. 21, da

Constituição: sem transferência da titularidade do serviço; suscetíveis de retomada antecipada, por inadimplência contratual ou pela superveniência de interesse público relevante.

Aliás, induvidosa e bem significativa é a disposição, a respeito, contida no artigo 7º da Lei 9.491/97 – Lei de Desestatização :

> *"Art. 7º- A desestatização dos serviços públicos, efetivada mediante uma das modalidades previstas no art. 4º desta Lei, pressupõe a delegação, pelo Poder Público, de concessão ou permissão do serviço, do serviço, objeto da exploração, observada a legislação aplicável ao serviço".*
>
> *"Parágrafo único, Os princípios gerais e as diretrizes específicas aplicáveis à concessão, permissão ou autorização, elaborados pelo Poder Público, deverão contar do edital de desestatização".*

O fato de ter sido revogado o art. 242, da Lei das Sociedades por Ações, enseja algumas reflexões e perplexidades :

a) Revogado o referido dispositivo, as sociedades de economia mista passarão a poder entrar em falência, no caso de insolência ?

b) Se tal ocorrer, a pessoa jurídica pública instituidora não deverá mais assumir a responsabilidade subsidiária pelos débitos da sociedade, entregando-a, assim, à própria sorte?

c) Tais regras são válidas para qualquer espécie *de sociedade de economia mista?*

Tais indagações fazem sentir, ainda uma vez, a necessidade de que seja afinal regulado, por lei, o *estatuto jurídico* das sociedades de economia mista e empresas públicas, de que fala o art. 173, § 1º , extremando-se, definitivamente, as diferenças de regime daquelas exclusivamente vocacionadas para a exploração de serviços públicos.

Mas, enquanto isto não se faz, só temos a reafirmar, ainda mesmo com a revogação do art. 242 da Lei 6.404/76, as conclusões a que chegamos sobre a delicada questão da penhorabilidade dos bens públicos explorados em concessão ou permissão, e afetados a um serviço público, pelo menos até que "*outra voz mais alto se alevante*" e que a matéria venha a ser definitivamente objeto de legislação específica.

Em conclusão, cabe lembrar, a propósito, por oportuno, a advertência de ANTONIO EZEQUIEL DA SILVA, em dissertação do Mestrado de Direito Público Econômico apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia no ano de 1978, porém cada vez mais atual:

> *"É fora de dúvida, também, que o Estado, com o poder de controle e supervisão que exerce sobre as empresas públicas, na extensão assegurada pelos arts. 25 e 26 do Dec.Lei nº200/67, está sempre a par da situação econômico- financeira da empresa, e, portanto, se permite que*

ela chegue a uma tal situação de insolvência que venha a ser arrastada a um processo de execução de tal monta que nele venha a ser penhorado todo o patrimônio da empresa, será certamente porque se desinteressou pela economia dessa empresa, pelo que seria preferível que promovesse, por via legislativa, a extinção da mesma" ("Penhorabilidade dos bens das empresas públicas", *in* Revista Ciência Jurídica, vol. 47, pg. 48).

Salvo melhor juízo.

Salvador, 15 de dezembro de 2001.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

BORGES, Alice Gonzalez. IMPENHORABILIDADE DE BENS. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS PORTUÁRIOS. BENS AFETADOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11, agosto/setembro/outubro, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa:

Informação não Disponível.