

Jurisprudência comentada

EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL (DUPLICATA) CONTRA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

Comentários de HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA
ao acórdão do 1º TASP, no Ag. de Instr. n. 699.909-3

Execução por título extrajudicial—
Objeção de pré-executividade. Cabimen-
to. Condições da ação. Questões de ordem
pública, sujeitas a pronunciamento judi-
cial independente de provocação das par-
tes. Acolhimento para afastar inconcebí-
vel iniquidade de se exigir a afetação pa-
trimonial do executado em processo irrito,
por falta de quaisquer das condições da
ação. Recurso provido.

Execução por título extrajudicial—
Duplicata. Empresa estatal prestadora de
serviços públicos. Conceito. Pessoa admi-
nistrativa que, conquanto constituída sob
a roupagem formal de pessoa jurídica de
direito privado, tem por único objeto pres-
tação de serviço público. Aplicação, por-
tanto, das regras contidas no artigo 730,
do CPC e artigo 100 da CF. Ineficácia do
saque cambial reconhecida, ante a incom-
patibilidade com o regramento de direito
público aplicável. Recurso provido, para
julgar extinta a execução (1º TACIVIL, 1ª
Câm., Ag. de Instr. n. 699.909-3-SP, rel.
Juiz João Carlos Garcia, j. 16.9.1996, v.u.).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 699.909-

3, da Comarca de São Paulo, sendo agravante D.D.R. e agravado H. & F.C.

Acordam, em Primeira Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, em dar provimento ao recurso.

I. H. & F.C. ajuizou execução contra devedor solvente em face de D.D.R., tendo por título duplicata de prestação de serviços, sem aceite, mas protestada com atestado de medição expedido pela devedora (fls. 28/53).

Ciente do ajuizamento, a D.D.R. protocolou petição arguindo *exceção de pré-executividade*, firmada na ausência de condições da ação, resumidamente, porque: a) o título “*não é suficiente para promover a execução forçada contra a excipiente*”, tal a natureza jurídica de pessoa administrativa a que se circunscreve, sujeita a controle jurisdicional diverso, para o cumprimento coativo de obrigação inadimplida (CR, art. 100 e CPC, art. 730); b) igualmente não se reveste dos atributos que lhe conferem executividade (liquidez, certeza e exigibilidade) porque a contraprestação contratual aos serviços prestados se faz na forma das disposições legais de regência (Lei 8.666/93) — c) de tais premissas decorrem “*a impossibilidade jurídica da*

demanda” e a falta do interesse de agir, como preleciona Cândido Dinamarco, nas lições que transcreve; *d*) conquanto constituída sob a roupagem formal de pessoa jurídica de direito privado (sociedade de economia mista), tem por único objeto prestação de serviços públicos, cuja relevância a coloca a salvo do processo de execução comum, iniciado com a afetação patrimonial da penhora, sem embargo de sujeitá-la ao cumprimento da ordem dos precatórios, oriundos de decisão judicial, expressão do rigoroso cumprimento dos princípios publicistas (impessoalidade, moralidade, publicidade e moralidade administrativa), cuja desobediência pune o infrator com o rigor penal.

Contra substancial decisão de rejeição (fls. 131/133, v^o), a executada manejou, tempestivamente, o presente agravo de instrumento, a que se deu regular processamento (fl. 139), sobrevivendo a contraminuta da agravada (fls. 143/146) — acompanhada de cópias de respeitáveis precedentes pretorianos (fls. 147/184). Vieram, também, as informações judiciais (fls. 186/188), com traslados de peças extraídas dos autos, em grande parte, juntadas pela agravante (fls. 189/272, v^o).

É o relatório.

2. Impende firmar posição sobre a admissibilidade da exceção de pré-executividade ou, como preferem, com maior rigor terminológico Dinamarco e Nelson Nery, objeção de pré-executividade, admitida, em tese, em pronunciamento desta E. Câmara, inclusive, em recente julgamento de agravo de instrumento deste relator (Agravo de Instrumento n. 676.110-8), onde se dispôs:

“Conquanto não se ignore a possibilidade do executado argüir questão de nulidade do título, sem prévia garantia do juízo (STJ, 4^a T., Resp 7.410-MT, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, anotado por Araken de Assis, in *Manual do processo de execução*, p. 979, nota n. 3.069, RT, 2^a ed.), o certo é que a hipótese não se reveste de notória ex-

cepcionalidade, a ponto de subverter os princípios da execução, com a paralisação dos atos de afetação do patrimônio dos devedores, na espera da instauração de procedimento ordinário de notório cunho cognoscitivo.

“Ora, se não há prova manifesta *icto oculi* da falsidade do título, nem pré-constituída da má-fé do beneficiário do cheque, não há como, sem radical afronta aos preceitos cambiários e processuais, protrair a execução imanente ao cheque para momento futuro e notoriamente distante de julgamento de cognição: assegurar o juízo, aqui, é assegurar ao credor a afetação do bem do devedor à execução, porque a lei (título extrajudicial) lhe confere tal direito.”

Aceita-se, portanto, a objeção de pré-executividade, quando presentes questões de ordem pública, tais aquelas que versem sobre as condições da ação, sujeitas a pronunciamento judicial independente de provocação das partes, cuja decisão, no processo de execução, situa-se, por excelência, no chamado *despacho liminar*, de nítida natureza interlocutória, como muito apropriadamente anotou Marcelo Lima Guerra.

Realmente, com os temperamentos da crítica contundente de Alcides Mendonça Lima, acolhe-se a objeção para afastar inconcebível iniquidade de se exigir a afetação patrimonial do executado em processo írrito, por falta de quaisquer das condições da ação. Neste sentido, a boa doutrina de Galeno de Lacerda, com remissão a Pontes de Miranda, Araken de Assis, Cândido Dinamarco e Nelson Nery Junior.

Em suma, situam-se nestes parâmetros as questões aqui suscitadas.

3. No mais, respeitados os doutos pronunciamentos em contrário, o argumento fincado, exclusivamente, na forma de constituição da pessoa jurídica é insuficiente para discernir a natureza jurídica do patrimônio das empresas estatais, *lato sensu*, tal como lembrou a agravante, assim nas razões como no parecer subscrito pelo em.

processualista Arruda Alvim, com remissões à melhor doutrina publicista, entre outros expoentes de nossa cultura jurídica, de Geraldo Ataliba, Eros Roberto Grau, Celso Antônio Bandeira de Mello e Cirne de Lima.

Deveras, o douto Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no parecer juntado por cópia (fls. 93/96) e, sobretudo, na monografia de imprescindível leitura para entender o alcance dos princípios da supremacia do interesse público e da continuidade do serviço público, distinção incontornável para a exegese das disposições constitucionais e processuais pertinentes à espécie — tece lúcidas considerações em torno dos conceitos de atuação e intervenção estatais, de um lado e, de outro, entre serviço público, campo próprio da primeira, e atividade econômica em sentido estrito, seara da segunda.

Dando seqüência à precisa argumentação em torno de tal discrimen conceitual, anota:

“Como tenho observado, inexiste, em primeiro momento, oposição entre *atividade econômica* e *serviço público*; pelo contrário, na segunda expressão está subsumida a primeira.

“Em texto anterior, averbei:

“A prestação de *serviço público* está voltada a satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podermos afirmar que o *serviço público* é um tipo de *atividade econômica*.

“*Serviço público* — dir-se-á mais — é o tipo de *atividade econômica* cujo desenvolvimento compete *preferencialmente* ao setor público. Não *exclusivamente*, note-se, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão.

“Desde aí poderemos também afirmar que o *serviço público* está para o setor público assim como a *atividade econômica* está para o setor privado”.

“Salientei, no próprio texto, o fato de, no trecho aqui transcrito, utilizar-me da expressão *atividade econômica* em distintos sentidos:

“Ao afirmar que o *serviço público* é tipo de *atividade econômica*, a ela atribuí a significação de gênero no qual se incluir a espécie, *serviço público*.

“Ao afirmar que o *serviço público* está para o setor público assim como a *atividade econômica* está para o setor privado, a ela atribuí a significação de espécie”.

“Daí a verificação de que o gênero — *atividade econômica* — compreende duas espécies: o *serviço público* e a *atividade econômica*.”

Afastando a ambigüidade semântica, consigna:

“Isto posto, a determinação dos sentidos que assume a expressão *atividade econômica* nos arts. 170, 173 e seu § 1º e 174 da Constituição de 1988 pode ser operada.

“Por certo que, no art. 173, e seu § 1º, a expressão conota *atividade econômica em sentido estrito*. Indica o texto constitucional, no art. 173, *caput*, as hipóteses nas quais é permitida ao Estado a exploração direta de *atividade econômica*. Trata-se, aqui, de atuação do Estado — isto é, da União, do Estado-membro e do Município — como agente econômico, em área de titularidade do setor privado. Insista-se em que *atividade econômica em sentido amplo* é território dividido em dois campos: o do *serviço público* e o da *atividade econômica em sentido estrito*. As hipóteses indicadas no art. 173 do texto constitucional são aquelas nas quais é permitida a atuação da União, dos Estados-membros e dos Municípios neste segundo campo.

“Da mesma forma, no § 1º do art. 173 a expressão conota *atividade econômica em sentido estrito*: determina fiquem sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que atuem no campo da *atividade econômica*

em sentido estrito; o preceito, à toda evidência, não alcança empresa pública, sociedade de economia mista e entidades estatais que prestam *serviço público*.”

Depois de extensa nota de rodapé, focando com maior nitidez o sentido da dicção privilégios fiscais, contida no texto constitucional (art. 173, § 2º), prossegue:

“No que tange ao art. 174, no entanto, a expressão *atividade econômica* é utilizada em outro sentido. Alude, o preceito, a *atividade econômica em sentido amplo*. Respeita à globalidade da atuação estatal como agente normativo e regulador. A atuação normativa reclama fiscalização que assegure a efetividade e eficácia do quanto normativamente definido — daí porque, em rigor, nem seria necessária a ênfase que o preceito adota ao expressamente referir a função de fiscalização. A atuação reguladora há de, impõe a Constituição, compreender o exercício das funções de incentivo e planejamento. Mas não apenas isso: atuação reguladora também fiscalização e, no desempenho de sua função normativa, cumpre também ao Estado considerar que o texto constitucional assinala, como funções que lhe atribui, as de incentivo e planejamento. Este, por outro lado, não abrange apenas a *atividade econômica em sentido estrito*, porém toda a *atividade econômica em sentido amplo*. Tanto é assim que o preceito determina ser ele — o planejamento — “determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. O art. 174 reporta-se nitidamente, nestas condições, a *atividade econômica em sentido amplo*.

“Finalmente, no que concerne ao art. 170, *caput*, nele a expressão *atividade econômica* conota o gênero, e não a espécie. O que afirma o preceito é que toda a *atividade econômica*, inclusive a desenvolvida pelo Estado, no campo dos serviços públicos, deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim dela, *atividade econômica*, repita-se), assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, etc. Nenhuma dúvida pode restar, entendendo,

quanto à circunstância de, aí, a expressão assumir a conotação de *atividade econômica em sentido amplo*.

“Observe-se que no título da ordem econômica e financeira, cujo art. 170 enuncia os seus princípios gerais, está inserido o art. 175, que respeita à prestação dos serviços públicos.”

Bem de ver que os excertos transcritos são suficientes para afastar conclusão pertinente à natureza privada do patrimônio das empresas estatais, firmada, exclusivamente, na roupagem formal do ato de sua constituição, mera opção discricionária do Estado para melhor realizar sua atividade essencial, assim prestando *serviços públicos (atividade econômica em sentido estrito)* como exercendo *atividade econômica em sentido amplo*, tal a conveniência para neutralizar o conflito entre a especulação lucrativa e a imposição de prover a satisfação das necessidades básicas da população.

Sem embargo, quando presta serviços públicos, a empresa estatal, seja qual for sua constituição jurídica, não se despe dos atributos que lhe conferem existência para consecução de finalidade eminentemente pública, marcada pelos princípios da *supremacia do interesse público sobre o privado* e da *indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos*, como anota Bandeira de Mello. Este discrimen conceitual, bem sublinhado na Carta Magna, pelo tratamento fiscal diferenciado dado a uma e outra das referidas empresas estatais (CR, art. 150, § 3º), não passou despercebido à arguta análise feita pelo Professor Eros Roberto Grau.

Nesta linha de raciocínio, o saudoso jurista Geraldo Ataliba, com remissão a Cândido Dinamarco, concluiu serem extensíveis, às empresas públicas exercentes de função pública delegada pelo Estado, as disposições da Constituição Federal (art. 100) e do Código de Processo Civil (art. 730), no que pertine com suas dívidas pecuniárias inadimplidas.

A par da via processual incabível, absolutamente ineficaz, quanto à empresa estatal prestadora de serviços públicos, o saque cambial. A rigor dos princípios, é absolutamente incompatível com o contrato administrativo, celebrado para realização de obra pública e, assim, adstrito ao regimento de direito público, a constituição unilateral de título executório, com frontal ofensa às formalidades das despesas públicas e à norma regente (*Lei 8.666/93, art. 5º*).

Em síntese, pois, a procedência da objeção oposta pela agravante resulta da impossibilidade jurídica do pedido, condição que Cândido Dinamarco estampa com invulgar clareza, na seguinte passagem:

“O exame da casuística da impossibilidade jurídica mostra que nem sempre reside no provimento pedido a razão que impossibilita a demanda. Existe uma grande heterogeneidade entre as hipóteses trazidas à colação pela doutrina e nos tribunais, às vezes fundamentando-se a negativa de jurisdição na natureza do pedido, ou até nas prerrogativas de que goza uma das partes (execução contra a Administração Pública). Mas todas elas têm em comum a consequência de ocasionar a negativa do poder de ação (tanto como nas hipóteses de ausência de interesse ou legitimidade)”.

E, mais adiante, reitera a idéia, com maior detalhamento, *verbis*:

“Caso expressivo de carência de ação executiva por impossibilidade jurídica é a pretensa execução forçada contra a *Administração Pública*, por expropriação (execução por quantia certa): inexistente o poder de provocar tal execução (ação executiva) e obter o provimento satisfativo e impô-lo às pessoas jurídicas de direito público, porque lei e Constituição expressamente o excluem (CPC, art. 730, inc. I; Const., art. 100), antes e independentemente de qualquer verificação da pretensão a executar.

“Esta limitação ao exercício da jurisdição é natural decorrência da independência dos chamados Poderes do Estado,

proclamada a nível constitucional, valendo por óbice político à execução. Expropriar bens da Fazenda, penhorando-os para depois levá-los à hasta pública, é juridicamente impossível (v. *supra*, n. 186).”

À carência de tal condição, une-se, no caso vertente, a da falta de interesse de agir, tal a inutilidade de se provocar a jurisdição por título que não assegura as medidas pleiteadas, posto ineficaz em relação à executada.

4. Ante o exposto, acolhendo a objeção de pré-executividade, dão provimento ao agravo, para julgar extinta a execução.

Presidiu o julgamento o Juiz Elliot Akel e deles participaram os Juízes Vasconcellos Boselli e Correio Lima.

São Paulo, 16 de setembro de 1996.
João Carlos Garcia (Relator).

COMENTÁRIO DE ACÓRDÃO

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa

Tendo prestado determinado serviço em favor de uma sociedade de economia mista, que não foi pago ao fornecedor, este sacou duplicata contra o devedor e, não estando aceito o título, fez prova da efetiva prestação dos serviços por meio de atestado de medição expedido pela devedora. O credor, evidentemente, desejava aproveitar-se da regra do art. 15, II, *b*, combinado com o art. 21, da Lei 5.474, de 18.7.68, que permite a cobrança judicial de duplicatas desde que, embora não aceitas, estejam acompanhadas de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria ou da prestação dos serviços contratados, sendo esta última hipótese aquela que corresponde ao caso sob exame.

O Tribunal houve por bem considerar descabida a pretensão do credor, tendo afirmado estar na presença de *pessoa administrativa que, conquanto constituída sob a roupagem formal de pessoa jurídica de direito privado, tem por único objeto prestação de serviço público*. Partindo desse pon-

to, entendeu o acórdão serem aplicáveis as regras contidas no art. 730, do CPC e art. 100 da Constituição Federal que tratam, como se sabe, respectivamente, da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública e dos chamados *precatórios*.

Para justificar a posição adotada, como se disse, no sentido de não acatar a cobrança de duplicata intentada pelo autor, o acórdão desenvolveu, extensa e genérica argumentação sobre a supremacia do interesse público e a continuidade do serviço administrativo, princípios que nos parecem, *data venia*, inteiramente estranhos ao caso concreto.

O ponto mais importante do acórdão, no qual fincou a sua posição está na consideração de que a *roupagem formal do ato de sua constituição* (da sociedade de economia mista, no caso em tela) *é mera opção discricionária do Estado para melhor realizar sua atividade essencial, assim prestando serviços públicos (atividade econômica em sentido estrito) como exercendo atividade econômica em seu sentido amplo, tal a conveniência para neutralizar o conflito entre a especulação lucrativa e a imposição de prover a satisfação das necessidades básicas da população.*

Na ótica do julgador, a empresa estatal, quando presta serviços públicos, seja qual for a sua constituição jurídica, não se despe dos atributos que lhe conferem existência para consecução de finalidade eminentemente pública, marcada pelos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.

Em vista dessa orientação, o acórdão entendeu ser ineficaz o saque cambial quanto à empresa estatal prestadora de serviços públicos, o que seria incompatível com o contrato administrativo celebrado para a realização de obra pública.

Nos parece, no entanto, que foi esquecido um fato decisivo: tratava-se de sociedade de economia mista, regulada diretamente pela Lei das Sociedades Anônimas,

nos seus artigos 235 a 242, devendo-se desvendar qual o seu regime jurídico, coordenando-se os dispositivos acima com as regras dos arts. 37 e 173 da Constituição Federal, aplicáveis a tal tipo societário, os quais devem, antes mesmo, serem harmonizados entre si (Vide a respeito, entre outros, José Edwaldo Tavares Borba, in *Direito Societário*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1995, pgs. 417 e segs).

Verifica-se efetivar-se a administração pública pelo recurso aos sistemas *centralizado ou direto*, a cargo do próprio Estado, e *descentralizado ou indireto*, exercido por pessoas jurídicas distintas daquele, por gozarem de personalidade jurídica própria. Neste último caso encontram-se as autarquias, as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

As autarquias são utilizadas para o exercício de funções públicas típicas, sujeitando-se ao regime cabível. Por outro lado, as empresas públicas e as sociedades de economia mista referem-se a empreendimentos empresariais, adotando personalidade jurídica de direito privado.

Há distinções significativas entre o regime jurídico das empresas públicas e das sociedades de economia mista, fundado, quanto a estas, nas conseqüências determinadas pela associação entre o Estado e os particulares. Nas primeiras, como se sabe, o Estado é o único acionista, do que se despreende a prevalência do interesse público nelas localizado.

Embora reconhecendo existir a penetração, nas sociedades de economia mista, do interesse público na estrutura societária — daí decorrendo o enriquecimento da *causa do contrato societário* (Rachel Sztajn, *Atipicidade de sociedades no direito brasileiro*, São Paulo, 1987, fls. 116), ele deve acomodar-se à maneira pela qual a sua finalidade pode ser realizada e ao interesse dos acionistas privados, cujo móvel exclusivo é o lucro. A sociedade de economia mista é, pois, de natureza híbrida sob esse aspecto, tendo o legislador procurado es-

tabelecer o necessário equilíbrio, embora o tenha feito, talvez, de forma incompleta e imperfeita.

Não é possível, como pretendeu o acórdão, recorrer integralmente ao sistema da Lei 8.666/93 para, sob seu regime, fixar a forma de contratação da sociedade de economia mista junto a terceiros. De acordo com José Edwaldo Tavares Borba (ob. cit., p. 422), o processo de licitação (...) não se aplica indiscriminadamente às empresas do governo, mesmo porque, em muitos casos, seria impraticável. Não teria cabimento promover uma licitação para que uma empresa industrial ou comercial do Estado vendesse o seu produto. A licitação seria, contudo, pertinente para a venda de um imóvel da empresa. O que deve nortear a decisão é o princípio da moralidade. A licitação, quando compatível com o interesse da empresa, deve ser realizada. Não havendo adequação para a licitação, a empresa deverá agir segundo as práticas do mercado, por elas pautando a sua ação.

No caso particular das dívidas da sociedade de economia mista, nos termos do

art. 242 da Lei das Sociedades Anônimas, por elas respondem os seus bens, passíveis de penhora e de execução. Dessa forma é imperioso concluir não serem aplicáveis às sociedades de economia mista, as regras dos arts. 730 do CPC e 100 da Constituição Federal, conforme entendido pelo acórdão sob exame.

O fato de não estarem sujeitas a falência — princípio muito combatido e que pode vir a ser mudado na reforma da legislação falimentar — não prejudica a interpretação acima, pois a regra foi o resultado do entrelaçamento existente nessas sociedades entre os interesses público e privado, havendo uma contrapartida na defesa deste último, no sentido de que a pessoa jurídica controladora responde, subsidiariamente, pelas obrigações da sociedade de economia mista.

Não sendo o caso dar maior extensão às presentes considerações, tendo em conta o âmbito estreito deste comentário, somente se pode concluir, pelo exposto, que o acórdão em tela não soube aplicar o melhor direito. O assunto merece estudos de maior profundidade.