

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**A APLICAÇÃO DA NOVA LEGISLAÇÃO FALIMENTAR ÀS EMPRESAS  
PÚBLICAS E ÀS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA**

Pedro Lucas de Amorim Lomônaco

Prof. Dr. Luiz Eduardo dos Santos  
(orientador)

Fortaleza  
2008

Pedro Lucas de Amorim Lomônaco

**A APLICAÇÃO DA NOVA LEGISLAÇÃO FALIMENTAR ÀS EMPRESAS  
PÚBLICAS E ÀS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA**

Trabalho monográfico de conclusão de curso de graduação em Direito, na Universidade Federal do Ceará, cujo objetivo é identificar a problemática e analisar possíveis soluções quanto à extinção das empresas públicas e sociedades de economia mista através de liquidação ou execução concursal.

**Orientador:** Prof. Dr. Luiz Eduardo dos Santos

Fortaleza

2008

## FOLHA DE APROVAÇÃO

### A APLICAÇÃO DA NOVA LEGISLAÇÃO FALIMENTAR ÀS EMPRESAS PÚBLICAS E ÀS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Pedro Lucas de Amorim Lomônaco

**DEFESA PÚBLICA** em Fortaleza, 11 de junho de 2008.

#### **BANCA EXAMINADORA:**

---

Professor orientador – Dr. Luiz Eduardo dos Santos

---

Professor avaliador – Dr. William Paiva Marques Junior

---

Professor avaliador – Dr. Francisco de Araújo Macedo Filho

Fortaleza

2008

## **A APLICAÇÃO DA NOVA LEGISLAÇÃO FALIMENTAR ÀS EMPRESAS PÚBLICAS E ÀS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA**

Pedro Lucas de Amorim Lomônaco

“Dessa forma, o poder e a liberdade são fenômenos sociais contraditórios, que tendem a anular-se reciprocamente, merecendo por parte do direito uma regulamentação, de forma a impedir tanto a anarquia quanto a arbitrariedade. Nesse contexto, portanto, surge a Constituição Federal, que, além de organizar a forma de Estado e os poderes que exercerão as funções estatais, igualmente consagra os direitos fundamentais a serem exercidos pelos indivíduos, principalmente contra eventuais ilegalidades e arbitrariedades do próprio Estado”.

Miguel Ángel Ekmekdjian *apud* Alexandre de Moraes

Fortaleza  
2008

## RESUMO

Trata-se de estudo das peculiaridades trazidas pela Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, a qual “*regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária*” (*caput* do referido diploma legal), quanto à exclusão das empresas públicas e sociedades de economia mista do processo falimentar comum. Ademais, será necessário avaliar a harmonização constitucional da forma legal de criação e extinção dessas entidades com sua sujeição às normas comerciais típicas das demais sociedades empresárias privadas, discorrendo, afinal, sobre a abrangência da derrogação de seu regime de direito público.

### **Palavras-chave:**

Falência

Empresas públicas

Sociedades de economia mista

## SUMÁRIO

Resumo.....	v
Sumário.....	vi
INTRODUÇÃO.....	07
<b>CAPÍTULO 1</b>	
<b>A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA.....</b>	<b>13</b>
<b>1.1 A ATUAÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO.....</b>	<b>17</b>
<b>1.2 EMPRESAS PÚBLICAS.....</b>	<b>21</b>
<b>1.3 SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA.....</b>	<b>27</b>
<b>1.4 REGIME DOS BENS DAS EMPRESAS ESTATAIS.....</b>	<b>30</b>
<b>CAPÍTULO 2</b>	
<b>A ATUAL LEGISLAÇÃO FALIMENTAR.....</b>	<b>38</b>
<b>2.1 CONCEITO E OBJETIVOS DA FALÊNCIA.....</b>	<b>40</b>
<b>2.2 DOS DEVEDORES SUJEITOS À FALÊNCIA.....</b>	<b>45</b>
<b>2.3 DOS DEVEDORES EXCLUÍDOS DA FALÊNCIA.....</b>	<b>50</b>
<b>CAPÍTULO 3</b>	
<b>A EXTINÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS.....</b>	<b>55</b>
<b>3.1 DA POSSIBILIDADE DE FALÊNCIA DAS EMPRESAS ESTATAIS.....</b>	<b>58</b>
<b>3.2 DAS SOLUÇÕES DOUTRINÁRIAS PARA A ANTINOMIA.....</b>	<b>62</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>73</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>84</b>

## INTRODUÇÃO

No intuito de incentivar o desenvolvimento da economia nacional, passou o Estado – especialmente com o advento do “Estado do Bem-estar Social”, de John Maynard Keynes – a intervir no mercado. Inicialmente, apenas através da fiscalização, regulação e fomento; utilizando-se das suas próprias prerrogativas de direito público, mesmo que fosse através de entidades com personalidades jurídicas próprias, dentre as quais os maiores exemplos são as autarquias e as agências reguladoras e executivas.

Entretanto, a mera intervenção indireta não se mostrou capaz de atender às necessidades do Estado para fazer crescer a economia nacional. Alguns setores não interessavam à iniciativa privada, deixando-os abandonados. Outros eram alvo de monopólio ou concorrência desleal, deixando a população em geral suscetível aos abusos do poder econômico. Havia, ainda, outras atividades cuja titularidade não poderia pertencer a particulares, dada sua importância à segurança nacional e ao próprio interesse público.

Como o Estado Social é apenas uma alteração do modelo capitalista, não poderia o Estado sobrepor-se à iniciativa privada ao seu alvedrio. Embora “delegatário” da soberania popular, o crescimento excessivo do Poder Público, de forma a limitar o mercado em desacordo com a sua própria “mão invisível”, não é aceitável num sistema liberal.

Portanto, mesmo sendo de interesse público o crescimento da economia, especialmente os setores sociais e de pequenos empreendedores, não poderá o Estado intervir no mercado utilizando-se abusivamente de sua superioridade, pois a livre concorrência e a ampla iniciativa são fundamentos do

Capitalismo. Daí, vem o questionamento de como agir diretamente no mercado, garantindo e protegendo os princípios das Ordens Econômica e Social, sem desfigurar o Liberalismo vigente.

As empresas públicas e as sociedades de economia mista são fruto de uma evolução das formas de descentralização funcional do Poder Público. São entes de personalidade jurídica de direito privado criados já com a transferência da titularidade e da execução de serviços públicos. Contudo, têm privilégios e prerrogativas, inerentes às entidades da Administração Pública, menores, pois só usufruem daqueles expressamente conferidos pela lei instituidora e reputados necessários para a consecução de seus fins.

Entretanto, o art. 173 da Constituição Federal de 1988, em seu *caput*, prevê a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, cabível apenas quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. Portanto, deixa de existir a descentralização administrativa com fins apenas de delegação de serviços públicos, surgindo, também, a possibilidade de o Poder Público acumular grande volume de recursos financeiros os quais, normalmente, não conseguiria levantar, atuando sob o regime das empresas privadas.

O supracitado art. 173 estabelece, em seu § 1º, II, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, que o estatuto jurídico das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias será definido por lei, a qual, ainda, deverá dispor acerca da sujeição daquelas ao “regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.

Portanto, quando o Estado exerce, dissociado de serviços

públicos, atividade econômica, preferencialmente reservada ao particular, através das empresas estatais, ele obedece, no silêncio da lei, a normas de direito privado. E a lei ordinária não pode derogar o direito comum se não admitida essa possibilidade pela Constituição.

Isto se deve ao mandamento da Constituição de que a Ordem Econômica funda-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, asseguradas a propriedade privada e a livre concorrência. Assim, o Estado funciona como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo a fiscalização, o incentivo e o planejamento, o qual, para o setor privado, é meramente indicativo, não obrigatório.

Sendo assim, o Estado, explorando diretamente atividade econômica, não pode utilizar-se de seus poderes para fazer frente ao setor privado. É esse corolário do princípio da isonomia que justifica o teor do art. 173 da Constituição. E, de acordo com o Egrégio Supremo Tribunal Federal, a norma constitucional “visa a assegurar a livre concorrência, de modo que as entidades públicas que exerçam ou venham a exercer atividade econômica não se beneficiem de tratamento privilegiado em relação a entidades privadas que se dediquem a atividade econômica na mesma área ou em área semelhante” (cf. Pleno do STF, RE 172.816, *RTJ 153/337* e *RDA 195/197*).

As sociedades empresárias estatais, ao sujeitarem-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, devem também obediência à legislação falimentar, por esta dispor sobre direitos e obrigações comerciais.

Contudo, a Lei nº 6.404/76, que regula as sociedades anônimas, possuía, na redação de seu art. 242, vedação expressa à sujeição das sociedades de economia mista ao regime falimentar – sem nenhuma

menção às empresas públicas –, contrariando o atual dispositivo constitucional.

Já em 2001, o legislador ordinário revogou o supracitado art. 242, através da Lei nº 10.303, aparentemente deixando clara a sujeição das empresas estatais ao regime falimentar então vigente.

De forma supostamente contraditória, em 2005, o legislador aprovou a Lei nº 11.101, novo estatuto de falência e recuperação judicial e extrajudicial de empresas, repetindo a proibição da aplicação dessa norma às sociedades de economia mista e – desta vez, explicitamente – empresas públicas.

Tal atitude provocou intensa divergência doutrinária, na discussão da constitucionalidade do dispositivo, especificamente, do art. 2º, I, da Lei nº 11.101/05.

Especialmente, porque o projeto originário da lei submetia não só as empresas públicas e as sociedades de economia mista, mas também as demais estatais, ao novo regime falimentar, contanto que explorassem atividade econômica.

A partir de então, inúmeras construções doutrinárias foram criadas para conciliar o mandamento constitucional, a previsão da Lei nº 11.101/05, o conceito legal de empresas públicas e sociedades de economia mista, os interesses de seus credores, a independência administrativa desses entes em relação às pessoas federativas que os criaram e, principalmente, diversos princípios consolidados na Carta Magna, tais como a isonomia, a livre concorrência e iniciativa, a supremacia do interesse público, a indisponibilidade dos bens públicos, a moralidade administrativa, dentre tantos outros.

Por exemplo, sendo aplicada a falência às empresas estatais,

questiona-se a possibilidade da cessação da sociedade ao fim do processo, uma vez que, por interpretação simétrica, tal ente só poderia ser extinto por lei, conforme o art. 37, XIX, da Constituição Federal de 1988 e art. 5º, II e III, do Decreto-lei nº 200/67.

Ainda, não se submetendo as empresas públicas e sociedades de economia mista à nova legislação falimentar, deve ser imposto ao ente federativo criador daquelas mantê-las sempre solventes, mesmo quando economicamente inviáveis? Seria possível, então, que respondesse subsidiariamente por suas obrigações inadimplidas?

Ademais, como conciliar a liquidação dessas entidades quando forem prestadoras de serviços públicos com o princípio da continuidade dessas atividades de interesse coletivo?

Por fim, não é demais lembrar que, apesar da autonomia administrativa dessas sociedades empresárias frente à entidade instituidora (corolário da descentralização), o ente do Poder Público controlador possui, inevitavelmente, prerrogativas sobre os demais credores particulares. De que forma a execução concursal respeitará essa proporção?

Para chegarmos a alguma conclusão, frente a esse sopesamento de princípios, foi necessária a realização de uma pesquisa que identifique as diferentes formas de conciliação das normas atinentes ao direito falimentar *lato sensu* das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Então, foi feito um levantamento das diversas correntes doutrinárias mais abalizadas a respeito do assunto, de forma a possibilitar, ao operador do direito, meios para chegar à hermenêutica mais adequada da aparente antinomia.

O objetivo deste trabalho, portanto, será reunir as proposições doutrinárias mais notáveis e, criticando suas opiniões, fornecer ao operador do direito critérios e fundamentos para adotar a interpretação mais condizente com o ordenamento jurídico brasileiro, de forma a solucionar a aparente antinomia entre a norma legal – no caso, do art. 2º, I, da Lei nº 11.101/05 – com o mandamento constitucional do art. 173, § 1º, II, sem jamais deixar de lado os princípios como os da continuidade do serviço público, da moralidade administrativa, da supremacia do interesse público, da isonomia, da livre concorrência, dentre outros.

## **CAP. 1. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA**

A Administração Pública pode ser definida como um múnus público para o administrador, o qual tem o dever de zelo no trato da coisa pública, além do cumprimento fiel das normas legais e da honestidade perante a coletividade, destinatária de suas ações.

De acordo com Fábio Bellote Gomes, pode-se definir a Administração Pública como “o conjunto harmônico formado por entidades, órgãos e agentes públicos, destinado a exercer as atividades inerentes ao Estado e aos seus fins” (GOMES, 2006, p. 19).

Os seus fins traduzem-se no interesse público ou bem-estar da coletividade administrada, através da “realização de atividades que impliquem a melhoria da qualidade de vida do povo” (ANGERAMI e PENTEADO FILHO, 2007, p. 27).

Esta atuação não se restringe à conduta ativa, através de realizações materiais concretizadoras principalmente dos direitos fundamentais de segunda dimensão, mas também abrange algumas abstenções, em virtude dos direitos individuais e coletivos, reflexos das liberdades negativas.

Contudo, à época do Estado liberal, a atividade estatal estava restrita praticamente apenas à defesa externa e à segurança interna. Sua atuação refletia o advento dos direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão.

À medida que os âmbitos social e econômico passaram a requerer maior atenção do Estado, este assumiu outros encargos na gestão do

serviço público. Desta vez, como consequência do fortalecimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão, as prestações estatais positivas.

Para prestar serviços públicos de melhor qualidade, criou-se a idéia de especialização (DI PIETRO, 2006, p. 408). Entretanto, nos países de cunho social e subdesenvolvidos, com o fim de aprimorar o desenvolvimento econômico, o Estado viu a necessidade de utilizar-se das regras de direito privado para agir nos campos industrial e comercial.

Tendo em vista as dimensões geográficas de grandeza continental do Brasil, percebe-se uma imensa dificuldade de manter-se um Estado presente em todas as unidades da Federação.

Para possibilitar essa efetiva presença estatal, exige-se uma Administração Pública, igualmente, de grandes dimensões e organização.

Essa necessidade é tão evidente que dela tratou a própria Constituição Federal, delimitando preliminarmente a organização do Estado e definindo um mínimo a respeito da criação, estruturação e definição de competências do aparelho estatal.

A Administração Pública Indireta ou Descentralizada surgiu, portanto, da necessidade que o Estado tem de transferir a outras entidades a execução de determinadas atividades cuja coordenação cabe à Administração Direta.

O Estado pode prestar suas atividades administrativas tanto por si mesmo quando por via de outros sujeitos, quando se configura, então, a descentralização administrativa.

Nesta hipótese, pode-se transferir o exercício de atividades

próprias do Estado para particulares ou criar pessoas auxiliares para realizar essas atribuições descentralizadas.

Portanto, uma vez que a atividade administrativa é exercida por pessoa distinta do Estado, diz-se que é realizada de forma descentralizada. Pressupõe-se que essa entidade desvinculada tem poderes característicos da Administração Pública, mas os exerce em seu próprio nome, pois lhe são delegados ou outorgados.

Diversamente, a atividade é centralizada quando prestada pelo conjunto orgânico que compõe o próprio Estado, agindo diretamente por meio de seus órgãos, ou seja, através das repartições interiores a si mesmo e que dele não se distinguem.

Configura essa segunda hipótese a desconcentração administrativa, quando ocorre simples distribuição interna de competências estatais, mantendo-se a hierarquia e a subordinação orgânica.

A descentralização, por outro lado, pressupõe uma atividade por pessoa juridicamente distinta do Estado, mesmo tendo sido criada por este e constituindo parcela personalizada da estrutura completa estatal.

É necessário haver uma pessoa originariamente titular da atividade em questão e, de outro lado, outra a quem foi atribuído o seu desempenho. Não há vínculo hierárquico ou subordinação entre elas, ocorrendo, em verdade, o chamado controle administrativo.

Apesar de inexistir subordinação direta, é possível dizer que há uma vinculação indireta, a qual, na verdade, é o controle administrativo, o que possibilita ao Estado fiscalizar a atuação dos entes descentralizados.

Em tese, a descentralização administrativa deveria ser sinônimo de administração indireta, do mesmo modo que centralização seria equivalente a administração direta.

Entretanto, o Decreto-lei 200/67, o qual regula a estrutura administrativa federal, adotou critério diverso do defendido pela doutrina, motivo pelo qual é alvo de intensas críticas.

Nos termos do Decreto-lei 200/67, a Administração Direta é a “que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios” (art. 4º, I), enquanto a Administração Indireta é “a 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” (art. 4º, II).

Pode-se definir, contudo, a Administração Direta ou Centralizada como as entidades e órgãos públicos – estes sem personalidade jurídica própria – diretamente vinculados ao poder central, o qual pode vir a ser a União, os Estados-membros, os Municípios ou o Distrito Federal, a depender da abrangência federativa.

Portanto, centralizada é a administração pública localizada no centro do Estado, exercendo, em caráter exclusivo, as funções essenciais à existência e manutenção da organização estatal.

A outra definição de Administração Indireta ou Descentralizada compreende as pessoas jurídicas – distintas das entidades e órgãos públicos – de direito público ou privado, destinadas à execução de funções e à prestação de serviços públicos de titularidade do Estado e a elas transferidas em caráter privativo – não exclusivo – ou não.

Desse modo, determina-se como uma forma indireta ou descentralizada de o Poder Público atuar em certas áreas ou funções não exclusivas da Administração Centralizada. Por conta dessa característica, no âmbito da descentralização, é possível haver pessoas jurídicas criadas com personalidade de direito público e outras de direito privado.

### **1.1 A ATUAÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO**

Como já mencionado, à proporção que o Estado assumiu compromissos com os direitos fundamentais de segunda dimensão, de cunho social, através de prestações positivas, viu-se a necessidade de intervir nos campos comercial e industrial, com o fim de promover o desenvolvimento econômico da nação.

A utilização da forma de gestão privada foi adotada com fins de socialização e de desenvolvimento sócio-econômico, tendo em vista suas maiores flexibilidade e adaptabilidade ao mercado.

Inicialmente, essa atuação estatal no âmbito privado abrangia apenas os serviços públicos, mesmo no campo comercial, como energia elétrica, fornecimento de gás, transportes coletivos etc. Eram utilizadas a delegação a empresas particulares – garantida por intensa fiscalização do Poder Público – e, posteriormente, a criação de entidades próprias da Administração Pública para participar dos riscos e lucros do empreendimento.

Entretanto, após a Segunda Guerra Mundial, essa intervenção estatal no domínio econômico não poderia mais estar restrita aos serviços

públicos de natureza comercial ou industrial. Não que o Estado precisasse assumir atividades as quais o particular não exercia a contento, mas sua intenção era subsidiar a iniciativa privada quando deficiente (DI PIETRO, 2006, p. 409).

Com o advento da Constituição da República de 1988, a interferência do Estado no domínio econômico deixou de ser tratada como “intervenção” e passou a ser denominada apenas como “atuação”.

A atuação estatal na ordem econômica, portanto, poderá ocorrer por sua participação (atuação) ou regulação.

A primeira pode ocorrer através de monopólio (quando, em exceções previstas no próprio texto constitucional, em prol da coletividade, a União explora diretamente determinada atividade ou o domínio de certos bens ou serviços, em prejuízo da concorrência) ou atuação para atender aos imperativos da segurança nacional ou de importante interesse coletivo (art. 173).

A participação do Estado na economia dá-se através de empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades paraestatais – pessoas jurídicas de direito privado que exercem função pública atípica, por delegação estatal.

O Estado também pode intervir na ordem econômica como agente normativo e regulador, por meio de fiscalização, incentivo e planejamento.

Os poderes da Administração Pública – especialmente o de polícia administrativa, exercido sobre as atividades privadas –, atribuídos com vista ao cumprimento das determinações constitucionais e para assegurar o respeito das liberdades individuais, permitem sua fiscalização dos agentes

econômicos particulares, normalmente regulados apenas pelo próprio mercado.

O incentivo, por sua vez, visa estimular o desenvolvimento da atividade econômica, também a regulando. Concretiza-se por meio de redução de certas alíquotas tributárias ou mesmo isenção, além do fomento mercantil.

Por fim, o planejamento compreende a antecipação de metas compatíveis com os planos nacionais e regionais de desenvolvimento sócio-econômico, diretrizes estabelecidas na legislação orçamentária.

Os princípios da ordem econômica expostos no art. 170 da Carta Magna permitem ao Estado a repressão ao abuso do poder econômico, por ser arbitrário. Desta forma, pode a Administração Pública tomar medidas repressivas aos trustes, cartéis ou outros meios dessa ilegalidade.

A União pode, ainda, a exemplo da Lei Delegada nº 4/1962, regular eventual desequilíbrio no mercado consumidor, reduzindo ou extinguindo alíquotas de tributos de certos produtos importados, balanceando o fornecimento de produtos e matéria-prima.

Esse diploma legal permite, também, à União fixar preços mínimos para o produtos e máximos para o consumidor. Essa medida, em geral, ocorre em épocas de instabilidade da economia nacional.

Desta feita, apesar de à iniciativa particular caber, em regra, a exploração das atividades econômicas, deve o Estado fiscalizá-la, incentivá-la e a planejar. Essa regulação, ressalte-se, é determinante para o Poder Público, mas apenas indicativo para o setor privado.

Portanto, como se pode inferir da leitura dos dispositivos constitucionais a respeito, a atuação estatal econômica é de forma supletiva, ou

seja, meramente com o fim de complementar e auxiliar, regulando e balanceando. Sua atividade estritamente interventiva, tão praticada anteriormente e de forma ilegal (PENTEADO FILHO e ANGERAMI, 2007, p. 242), tende à extinção.

Em dado momento histórico e econômico do país, as empresas estatais representaram uma política pública de iniciativa em áreas estratégicas, no âmbito da segurança nacional – como a indústria bélica – ou de relevante interesse coletivo – tais como os correios e telégrafos.

No presente contexto econômico e administrativo, entretanto, é muito questionada a existência dessas entidades estatais de direito privado, “dado o alto grau de desenvolvimento e flexibilidade da iniciativa privada para o exercício de tais atividades, sob a fiscalização do Estado” (GOMES, 2006, p. 27).

Entretanto, o mercado não deve ficar tão livre como quer a doutrina mais recente. Como bem lembra Lúcia Valle Figueiredo, “não podemos ambicionar desregulamentação total (tampouco propugnamos por engessamento da economia) em país de tamanhas desigualdades sociais” (FIGUEIREDO, 2006, p. 90).

Quer dizer, apesar de a vigente ordem constitucional ser considerada intervencionista, o contexto atual do país não permite que se descuide dessa atuação estatal no domínio sócio-econômico, sempre pautada pela principiologia de um legítimo Estado Democrático de Direito e pelo respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Infere-se, assim, que, a despeito das críticas – especialmente do próprio setor empresarial privado –, a atuação estatal no domínio econômico

é indispensável na realidade global. Em maior ou menor grau, todo Estado, atualmente, utiliza essa intervenção, em diferentes modalidades, de acordo com suas peculiaridades.

## **1.2 EMPRESAS PÚBLICAS**

Seja para prestação de serviços públicos, seja para atuação no domínio econômico – nos moldes do art. 173 da Constituição Federal de 1988 –, a empresa pública é uma das formas de intervenção da Administração Pública, cujo conceito legal, apesar de alvo de severas críticas, merece ser mencionado.

Nos moldes do art. 5º do Decreto-lei nº 200/67, a empresa pública é “a entidade dotada de personalidade jurídica de Direito Privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em Direito”.

Como já adiantado, a doutrina muito critica essa definição legal. Embora o referido diploma disponha sobre a organização da Administração Federal, seu conceito de empresa pública limita esta a apenas a uma sociedade unipessoal, ou seja, composta de somente um sócio – no caso, a União.

Contudo, o art. 5º do Decreto-lei nº 900/69, alterador do Decreto-lei nº 200/67, embora não tenha passado a fazer parte do texto deste,

admite a participação de outras pessoas jurídicas de Direito Público interno, tais como os Estados-membros, ou de entidades da Administração Pública indireta, a exemplo de autarquias.

Ainda, o conceito legal restringe a atuação das empresas públicas à atividade econômica, o que não é a realidade, como já previsto no próprio texto constitucional de 1988. Algumas dessas entidades foram criadas e existem para a prestação de serviços públicos.

Portanto, apesar da existência da definição legal, preferimos o suporte no conceito doutrinário, segundo o qual a empresa pública é:

“a pessoa jurídica criada por força de autorização legal como instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes de ser coadjuvante da ação governamental, constituída sob qualquer das formas admitidas em Direito e cujo *capital* seja formado *unicamente por recursos de pessoas de Direito Público interno ou de pessoas de suas Administrações indiretas* [grifos do autor]” (MELLO, 2006, p. 179).

Lúcia Valle Figueiredo complementa aduzindo que sua “criação e extinção devem ser autorizadas apenas por lei”. Ademais, sua atuação é na “prestação de serviços públicos ou para a intervenção na ordem econômica, dentro dos limites constitucionais, e submissa, em boa parte, ao regime jurídico administrativo” (FIGUEIREDO, 2006, p. 125).

Essa derrogação parcial do direito público pelo direito privado, e vice-versa, é bem lembrada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. A autora afirma

que essa característica é essencial “para manter a vinculação entre a entidade descentralizada e o ente que a instituiu” (DI PIETRO, 2006, p. 441).

Como a atividade econômica é típica de direito privado, a flexibilidade e adaptabilidade deste regime é imprescindível para a atuação das empresas públicas, de forma a possibilitar sua efetividade.

Entretanto, a Constituição de 1988 localizou as empresas públicas no capítulo pertinente à Administração Pública. Daí, infere-se que os seus princípios, expressos e implícitos, aplicam-se a elas.

Regras de direito público, como a vedação à acumulação de cargos, empregos ou funções ou a obrigatoriedade de concurso público (mesmo que seja na forma de processo seletivo simplificado, em casos de exploradoras de atividade econômica) devem ser observadas pelas empresas públicas.

A distinção maior ocorre quando da classificação entre prestadora de serviço público ou exploradora de atividade econômica, como leciona Lúcia Valle Figueiredo:

*“Parece-nos, pois, que a interpretação possível seja a de que se as estatais estiverem prestando serviço público, terão regime sob forte influxo do Direito Público, embora revistam-se de forma privada. E, neste caso, deverão se submeter à licitação (às normas) e não, apenas, aos princípios da administração pública.*

*Se, entretanto, estiverem na atividade econômica, porque devem ter regime equivalente às empresas privadas, submetem-se, apenas, aos princípios da administração pública [grifos da autora]” (FIGUEIREDO, 2006,*

p. 131).

A regra da criação por lei foi apaziguada pela ordem constitucional vigente. O art. 37, XIX, da Constituição da República, com o texto dado pela Emenda Constitucional nº 19/98, exige lei específica que autorize a constituição de empresa pública.

Isso porque, por se tratar de entidade de direito privado, o início de sua personalidade no mundo jurídico não deve dar-se pelo diploma legal diretamente, mas por sua autorização para que o Poder Executivo processe seus atos constitutivos e os leve ao devido Registro Público.

Da mesma forma, a criação de subsidiárias ou a participação em empresas privadas também dependerão de lei. Mas a doutrina e a jurisprudência têm aceitado que ambas as previsões já constem na lei autorizadora da instituição da entidade.

A sua criação também se dá visando um determinado fim, o qual é definido na sua lei instituidora. Como já mencionado, a atuação do Estado na ordem econômica é excepcional, suplementar e reguladora. Acontecerá apenas para a consecução de finalidades públicas. O patrimônio – até então, público – destinado a essas entidades para tal objetivo não pode ser utilizado de forma diversa, de acordo com os princípios da especialização e mesmo o da legalidade.

Caso ocorra desapropriação de ações ou mesmo subscrição, de forma a levar a Administração Pública a assumir o controle de companhia particular, a doutrina e a jurisprudência vêm entendendo que, caso não tenha havido a devida autorização legislativa, não foi criada uma empresa pública, mas, sim, apenas surgiu uma empresa estatal sob controle acionário do Estado.

Neste sentido, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal no RE 91.035 e no RE 92.327.

Quanto ao controle dessas empresas públicas, os arts. 19 e 26 do Decreto-lei nº 200/67 regulam a chamada “supervisão” do Ministério que as criou, de forma a orientá-las, coordená-las e controlá-las, nos moldes das normas expressas no referido diploma legal.

Não obstante esse controle interno no âmbito do próprio Poder Executivo, há, ainda, o externo, por parte do Poder Legislativo, através do competente Tribunal de Contas, cuja atuação compreende a legalidade, a legitimidade, a economicidade e, atualmente, a eficiência da administração das entidades.

O art. 165, § 5º, II, da Constituição de 1988 determina a inclusão do orçamento das entidades descentralizadas na legislação orçamentária, de forma a torná-la mais transparente. O planejamento, então, já previsto no art. 174, possibilita maior efetividade no controle efetivo das Cortes de Contas.

O controle externo persiste, ainda, pelo Poder Judiciário, pois toda e qualquer ameaça a algum direito deve ser conhecida por ele. Pode ser iniciado, por exemplo, através da ação popular, do mandado de segurança e da ação civil pública; respeitando-se, sempre, a não-interferência judicial no âmbito da discricionariedade administrativa, exceto quando eivada de ilegalidade.

O próprio administrado pode realizar o controle externo das entidades da Administração Pública, incluídas as empresas estatais. Uma vez que o texto constitucional garante à população o direito de petição, as garantias jurisdicionais no âmbito do processo administrativo e, principalmente, a

participação em audiências públicas.

As relações de trabalho nas empresas públicas, com exceção de seus dirigentes em cargos de direção e assessoramento, são regidas pelas regras da Consolidação das Leis do Trabalho, restando a Justiça do Trabalho a competente para apreciar as questões relativas a esses vínculos.

Contudo, por serem entidades da Administração indireta, ainda lhes restam regras de direito público a serem respeitadas, como a limitação da remuneração de seus agentes ao teto correspondente ao subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal – a não ser que a empresa não receba recursos da união, Estado, Distrito Federal ou Município para pagamento do seu pessoal ou custeio em geral; e a admissão por concurso público (regra geral) ou processo seletivo simplificado, no caso de exploradoras de atividade econômica.

É relevante notar o recente entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, ao publicar, no Diário da Justiça de 13/11/2007, a Resolução nº 143/07, a qual veio alterar a Orientação Jurisprudencial nº 247 da SDI-I:

“SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA  
CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA  
PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA.  
POSSIBILIDADE.

1. A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade;

2. A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

(ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais”.

Portanto, embora o empregado público de empresa estatal, por não gozar da estabilidade prevista no art. 41 da Constituição da República (conforme orienta o Tribunal Superior do Trabalho na sua Súmula nº 390), possa ser dispensado sem justa causa, esse ato não pode ser imotivado, devendo estar expressos os elementos e as causas que levaram ao rompimento do contrato de trabalho.

Isto porque as empresas públicas, ao gozar das vantagens do regime parcialmente derogado de direito público, também devem arcar com suas restrições e obrigações.

Ademais, as decisões dos dirigentes equiparam-se a atos de autoridades para efeito de ajuizamento de mandado de segurança, ação popular e ação civil pública.

Por fim, como previsto no art. 109, I, da Constituição da República, as empresas públicas federais (ressalte-se que estas não se restringem apenas às titularizadas pela União; também incluem aquelas cujo capital é constituído de verbas de autarquias federais, por exemplo) litigam, via de regra, na Justiça Federal, ao contrário das sociedades de economia mista, como veremos a seguir.

### 1.3 SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

De forma geral, pode-se repetir todo o dito acerca das empresas públicas – como a autorização legislativa para sua criação e a natureza de pessoa jurídica de direito privado – para as sociedades de economia mista, exceto algumas peculiaridades dessas entidades privadas da Administração Indireta.

Uma das primeiras diferenças pode ser inferida da própria denominação desse ente: a associação de capital público e privado. Isto porque a sociedade de economia mista, ao atrair capital privado, torna-se mais competitiva no mercado, mais rentável e capaz de melhor crescimento.

Contudo, a existência do capital privado em sua formação pode desvirtuar sua essência, fazendo-a enveredar para o mero interesse particular, deixando de lado o fim específico para o qual foi criada.

Por conta disto, a maioria das ações com direito a voto deve pertencer ao “respectivo ente matriz: União, nas sociedades de economia mista federais; Estado, nas estaduais; Município, nas municipais” ou à entidade da administração indireta responsável por sua integralização (MEDAUAR, 2007, p. 90).

Uma vez que o Poder Público detém o controle acionário da empresa, pertence a ele a administração da sociedade, mantendo a prevalência dos interesses públicos. Claro que, para conservar o próprio capital privado, deve haver equilíbrio nessa inclinação, de forma a também não ceder à pressão dos investidores particulares.

Conforme determina o inciso III do art. 5º do Decreto-lei nº 200/67, as sociedades de economia mista devem adotar apenas a forma de sociedade anônima. Ao contrário das empresas públicas, as quais podem revestir-se de qualquer forma societária admitida em direito.

A Lei nº 6.404/76, que regula as sociedades anônimas, em seu art. 235, determina que as sociedades de economia mista sujeitam-se às suas normas, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal.

Claro que essa determinação deve harmonizar-se com o § 1º do art. 173 da Constituição da República, o qual sujeita as sociedades de economia mista ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

Tanto sobre as exploradoras de atividade econômica quanto sobre as prestadoras de serviços públicos, incidem diversas normas do direito público, caracterizando a já discutida parcial derrogação dos regimes privado e público.

Porém, como há de se verificar em breve, as prerrogativas e sujeições típicas de órgãos públicos incidem mais fortemente nas sociedades prestadoras de serviços públicos. As exploradoras de atividade econômica, para impedir concorrência desleal com o setor privado – salvo no caso de monopólio –, não possuem tantas regras de direito público, com exceção de algumas, tais como as referentes a licitações e contratos, ao controle parlamentar, ao controle pelas Cortes de Contas, à obrigatoriedade de concurso público para preencher seus empregos, dentre outros (MEDAUAR, 2007, p. 91).

Diferentemente das empresas públicas, também, as sociedades de economia mista, por conta apenas de seu interesse, não atraem os litígios de que sejam parte para a competência da Justiça Federal.

#### **1.4 REGIME DOS BENS DAS EMPRESAS ESTATAIS**

Como bem se sabe, os bens públicos são os meios do qual se serve a Administração para atender ao interesse geral da população. Por conta disso, esses bens merecem proteção, sujeitando-se a preceitos próprios.

O regime geral desses bens públicos envolve quatro características marcantes: a impenhorabilidade, a inalienabilidade relativa, a imprescritibilidade e a não-onerabilidade.

Entretanto, tem sido difícil determinar quais bens são públicos e quais são particulares sob determinados prismas.

O Código Civil de 2002, em seu art. 98, tentou resolver essa discussão, aduzindo que “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

Desta forma, os bens pertencentes às entidades da Administração Direta (entes federados) e às da Administração Indireta, quando sujeitas ao regime de direito público, seriam públicos. Por conseguinte, bens de titularidade de particulares, inclusive das empresas estatais, seriam privados.

Contudo, no tocante exatamente aos bens das sociedades de economia mista e empresas públicas (assim como de fundações públicas de direito privado), a questão não é tão simples assim.

Do ponto de vista legal, a natureza privada dessas entidades leva à conclusão de que seus bens são particulares; portanto, destituídos do

regime específico dos bens públicos.

Mas uma corrente doutrinária afirma que as empresas estatais exploradoras de atividade em regime de monopólio possuem bens de natureza pública, tal qual a Petrobrás.

Já outra linha entende públicos os bens dessas entidades quando destinados à prestação de serviços públicos. Para essa corrente, mesmo bens de empresas concessionárias ou permissionárias, se enquadradas nessa hipótese, sujeitam-se ao regime público.

O entendimento de Hely Lopes Meirelles é de que são públicos os bens originalmente integrantes do patrimônio público e, posteriormente, transferidos para empresas estatais. Desta feita, os bens das sociedades de economia mista e das empresas públicas apresentam-se como “bens públicos com destinação especial e administração particular das instituições a que foram transferidos para a consecução dos fins estatutários”; tal patrimônio, “embora incorporado a uma instituição de personalidade privada, continua vinculado ao serviço público”; *“lato sensu, é patrimônio público”* (MEIRELLES, 2007, p. 520).

É notável a inclinação nacional à publicização do regime dos bens pertencentes a empresas estatais. Inevitável perceber isso com relação às exploradoras de atividade por monopólio e às prestadoras de serviços públicos.

Como enfatiza Odete Medauar, a publicização dos bens das empresas estatais exploradoras de atividade econômica privada é factível pelos seguintes aspectos:

“a) as normas de alienações de bens, contidas na Lei 8.666/93, aplicam-se a tais entidades (art. 17

combinado com o inc. XI do art. 6º e parágrafo único do art. 1º); b) o Tribunal de Contas exerce fiscalização patrimonial sobre essas entidades (arts. 70 e 71, IV, da CF); c) a lesão ao patrimônio dessas entidades pode ser prevenida ou corrigida pela ação popular (Lei 4.717/65, art. 1º); d) a lei sobre sanções por improbidade administrativa – Lei 8.429/92 – abrange as condutas lesivas ao acervo patrimonial de todas as entidades da Administração indireta (inclusive fundações governamentais)” (MEDAUAR, 2007, p. 239).

Essa publicização também encontra guarida na jurisprudência nacional, com ênfase nos entendimentos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. As duas hipóteses mais relevantes são as tocantes à penhorabilidade dos bens e ao direito de imunidade tributária recíproca das empresas públicas e sociedades de economia mista.

O carro-chefe da jurisprudência no âmbito do Supremo Tribunal Federal é a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – EBCT. Desde o julgamento do RE 229696/PE, rel. Min. Ilmar Galvão, 16.11.2000, a Corte Constitucional entende que “empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido” deve observar o “regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal”.

Contudo, o “privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços” somente é devido por conta da recepção, pela Constituição Federal de 1988, do artigo 12 do Decreto-lei nº 509/69, o qual restringe a incidência do art. 173, § 1º, do texto constitucional, à EBCT e lhe estende os

privilégios da Fazenda Pública, dentre os quais, a execução por meio de precatório.

No mesmo sentido, deram-se os seguintes julgamentos: RE 225011/MG, rel. Min. Marco Aurélio, 16.11.2000; RE 220906/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, 16.11.2000; RE-AgR 230161/CE, rel. Min. Néri da Silveira, 17.04.2001; AI-AgR 313854/CE, rel. Min. Néri da Silveira, 25.09.2001; e RE-ED 230051/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, 11.06.2003.

Mais interessante é a posição do Superior Tribunal de Justiça nesse ponto. Em um de seus julgados mais antigos, a Corte entendeu pela impossibilidade de penhorar bens em execução contra a Cidade Industrial de Curitiba – CIC.

Isto porque, no REsp 978/PR, rel. Min. Carlos Velloso, 07.05.1990, decidiu-se que bens incorporados ao patrimônio de sociedade de economia mista, constituída para a realização de fins públicos, “são bens públicos, porque sujeitos a uma destinação pública”.

Essa decisão, como visto, segue a orientação de Hely Lopes Meirelles, quando este autor afirma que tal “patrimônio, embora incorporado a uma instituição de personalidade privada, continua vinculado ao serviço público, apenas prestado de forma descentralizada ou indireta por uma empresa estatal” (MEIRELLES, 2007, p. 520). Contudo, em sentido amplo, esses bens mantêm o *status* de patrimônio público.

Porém, esse julgamento foi um caso isolado e já há outro entendimento pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Atualmente, com o advento do REsp 176078/SP, rel. Min. Ari Pargendler, 15.12.1998, consolidou-se a posição de que empresa estatal, cuja personalidade jurídica é

de direito privado, “está sujeita, quanto à cobrança de seus débitos, ao regime comum das sociedades em geral, nada importando o fato de que preste serviço público”, na falta de vedação legal.

Devemos lembrar que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – EBCT está protegida do regime comum de execução por estar amparada pelo Decreto-lei nº 509/69, recepcionado pela atual ordem constitucional, como atestado pelo Supremo Tribunal Federal. Essa proteção legal não é generalizada a todas as demais empresas estatais, sejam prestadoras de serviços públicos ou exploradoras de atividades econômicas, mas apenas à EBCT.

Não obstante a sujeição das empresas estatais, mesmo prestadoras de serviço público, ao regime de execução comum na cobrança de seus débitos, inclusive à penhora de seus bens, o Superior Tribunal de Justiça consolidou uma ressalva: não podem ser penhorados bens que estejam diretamente comprometidos com a prestação do serviço público, de forma a não comprometer a execução de sua função (REsp 343968/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, 05.02.2002; REsp 521047/SP, rel. Min. Luiz Fux, 20.11.2003).

Mas mais clara é a posição jurisprudencial recente do Supremo Tribunal Federal no tocante à imunidade tributária recíproca das empresas estatais.

No importante julgamento do RE 407.099/RS (rel. Min. Carlos Velloso, 22.06.2004), a Corte reconheceu a uma empresa pública prestadora de serviço público de prestação obrigatória pelo Estado – a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT) – o direito à imunidade tributária recíproca, prevista no art. 150, VI, alínea a, da Constituição da República, combinado com

o § 2º deste artigo.

Apesar da clareza do § 2º do art. 150 do texto constitucional, o Supremo entendeu que a EBCT, empresa pública federal, está também abrangida pela imunidade recíproca. No voto do relator, Min. Carlos Velloso, percebe-se que o Tribunal equipara essa entidade às autarquias, deixando de lado sua forma jurídica e levando em conta a natureza de sua atividade: prestação de serviço público de prestação obrigatória pelo Estado.

Já no julgamento do ACO 765 AgR/RJ, rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, 05.10.2006, o STF concedeu tutela antecipada, também à EBCT, para suspender a cobrança de IPVA, pelo Estado do Rio de Janeiro, sobre os veículos da empresa. Aplicou o Tribunal a imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, a, da Constituição Federal de 1988, com base em ser a EBCT “empresa pública federal que executa, ao menos, dois serviços de manutenção obrigatória para a União, nos termos do art. 21, X, da CF, quais sejam, os serviços postais e de correio aéreo nacional”.

Em seguida, o Min. Celso de Mello relatou o acórdão do RE 363.412 AgR/BA, de 07.08.2007, no qual o STF decidiu que a Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária (Infraero) está abrangida pela imunidade tributária recíproca “haja vista tratar-se de empresa pública federal que tem por atividade-fim prestar serviços de infra-estrutura aeroportuária, mediante outorga da União, a quem constitucionalmente deferido, em regime de monopólio, tal encargo (CF, art. 21, XII, c)”. Essa decisão afastou a incidência do ISS, cobrado pelo Município de Salvador, de seus serviços.

Apesar de essas decisões beneficiarem empresas públicas, espécie, realmente, mais indicada para a prestação de serviço público, por

conter apenas capital oriundo da Administração, o Supremo Tribunal Federal também já estendeu esses benefícios a sociedades de economia mista. Portanto, o importante não é a natureza da entidade, mas, sim, do serviço prestado.

Com base nos mesmos fundamentos adotados nas decisões supracitadas, a Suprema Corte considerou aplicável a imunidade tributária recíproca a uma sociedade de economia mista estadual, a Companhia de Águas e Esgotos de Rondônia – CAERD, prestadora de serviços públicos.

Ao julgar a Ação Cautelar 1550-2, rel. Min. Gilmar Mendes, em 06.02.2007, o STF reconheceu-lhe o direito à imunidade recíproca prevista na alínea a do inciso VI do art. 150 da Carta Magna, combinada com o § 2º do mesmo artigo, por ser a Companhia de Águas e Esgotos do Estado de Rondônia – CAERD “sociedade de economia mista prestadora do serviço público obrigatório de saneamento básico (abastecimento de água e esgotos sanitários) e, portanto, de acordo com a jurisprudência deste Tribunal, está abrangida pela [referida] imunidade tributária”.

É imperioso ressaltar que, no voto condutor da AC 1550-2/RO, o Min. Gilmar Mendes afirmou que, de acordo com o entendimento firmado no RE 407.099-5/RS, foi estabelecida “distinção entre (a) empresa pública como instrumento de participação do Estado na economia e (b) empresa pública prestadora de serviço público, para afirmar que estas últimas estão abrangidas pela imunidade tributária prevista no art. 150, VI, ‘a’, da Constituição (...). Assim, às empresas públicas prestadoras de serviços públicos se aplicaria o § 2º e não o § 3º do art. 150, acima citados”.

Pode-se inferir, daí, que o atual entendimento do Supremo

Tribunal Federal, Corte maior do país, é no sentido de que a imunidade tributária recíproca, insculpida no art. 150, VI, a, c/c § 2º, da Constituição da República, abrange as empresas públicas e as sociedades de economia mista, quando prestadoras de serviços públicos obrigatórios ou essenciais.

Embora ainda não haja jurisprudência superior consolidada nessa linha, é relevante notar que, provavelmente, o Supremo Tribunal Federal venha a estender essa imunidade recíproca a todas as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, qualquer que seja sua natureza.

Entretanto, a distinção estabelecida pelo Supremo faz-nos concluir que, até então, as empresas públicas e as sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas em sentido estrito, nos moldes do art. 173 da Carta Magna, estão excluídas da imunidade tributária recíproca supracitada.

Conclui-se que a derrogação parcial de direito público das empresas públicas e sociedades de economia mista é incerta, especialmente com a distinção entre as prestadoras de serviços públicos – comuns ou obrigatórios – e as exploradoras de atividades econômicas – privadas ou em monopólio.

Não se sabe, ao certo, quais regras dos regimes de direito público ou privado se aplicam a determinados casos das empresas estatais, o que torna mais difícil a compatibilização das normas que as sujeitam aos princípios da Administração Pública com a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

## **CAP. 2. A ATUAL LEGISLAÇÃO FALIMENTAR**

A nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas, de nº 11.101/2005, foi aprovada, após tramitar no Legislativo Federal desde 1993, e publicada em 09 de fevereiro de 2005. Entretanto, entrou em vigor apenas 120 dias após sua publicação.

Compõe-se de 201 artigos e trata basicamente de três institutos: recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência. Não obstante, ainda tipifica os crimes falimentares e regulamenta seu procedimento penal nos aspectos específicos.

Em vista de interdisciplinariedade, contém normas de vários ramos do Direito, tais como tributário, penal, administrativo e financeiro. Ademais, suas regras referem-se tanto ao direito material quanto ao processual.

E, quando necessário à compreensão e aplicação de determinados institutos jurídicos, é possível a aplicação subsidiária de outros diplomas legais, como os Códigos Civil, Penal, de Processo Civil e de Processo Penal.

A nova lei, embora tenha introduzido importantes avanços no campo da preservação da atividade econômica, não alterou os fundamentos do sistema anterior, do Decreto-lei nº 7.661/45. Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho, ainda permanece a presunção do “litígio em qualquer hipótese de crise da empresa, envolvendo em demasia o Poder Judiciário” (COELHO, 2007, p. 240).

O contexto da economia brasileira durante o final da tramitação da lei no Congresso Nacional contribuiu relevantemente para duas de suas maiores características: a manutenção da atividade econômica e a maior celeridade no desenvolvimento da lide.

Com o aumento do desemprego no país, procurou-se manter no mercado as empresas em crise, porém viáveis, de forma a dar continuidade aos seus postos de trabalho, quando reorganizadas.

Objetivando reduzir o risco associado à insolvência do devedor, era necessário acelerar o processo falimentar, com o fim de diminuir os seus efeitos negativos sobre a economia em geral. Para isso, foram introduzidas medidas como a venda dos bens do devedor independentemente da verificação dos créditos e investigação de crime falimentar ou alterações na classificação dos credores.

Aliás, embora referente especificamente à recuperação judicial de empresa, o art. 47 da nova lei funciona como verdadeira declaração de princípios (BEZERRA FILHO, 2005, p. 43), quais sejam: “permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

Portanto, apesar de a doutrina, em geral, considerar que o advento da nova lei não trouxe inovações positivas suficientes, após onze longos anos de tramitação legislativa, também é pacífico que o decreto-lei anterior deveria ser reformulado e que a atual legislação tem uma série de boas disposições.

## 2.1 CONCEITO E OBJETIVOS DA FALÊNCIA

A falência, instituto complexo no qual há preceitos de direito comercial, civil, administrativo, processual, penal, não é passível de opinião unânime acerca de sua natureza. Daí, é comum encontrarmos definições sob dois ângulos distintos: o econômico e o jurídico – este divide-se, ainda, entre substantivo e adjetivo.

Dentro da primeira definição, entende-se a falência como o estado de empresário ou sociedade empresária que não tenha à sua disposição valores ativos suficientes para honrar com suas obrigações creditícias.

Ou seja, a partir do momento em que a empresa não consegue mais arcar com seus débitos, encontra-se em falência mercantil, em insolvência. A partir de então, caracteriza-se como um agente econômico nocivo ao mercado.

Sendo a falência um desequilíbrio entre o ativo e as prestações exigidas, configura uma patologia econômica, pois a confiança de receber um bem futuro prometido em troca de uma contraprestação é a base dos atos creditórios. Se tal expectativa falha, o mercado entra em crise. E, para evitá-la, aumenta as taxas de juros e preços, para compensar essas já previsíveis condutas falimentares.

Relevante notar que autores, como Écio Perin Junior, defendem ser a falência, como fato econômico, anterior e independente à sua caracterização no mundo jurídico.

Do ponto de vista jurídico, Amador Paes de Almeida define a

falência como “um processo de execução coletiva contra o devedor insolvente” (ALMEIDA, 2006, p. 17). Este autor entende que, apesar de ser processo de execução e, conseqüentemente, sob a natureza eminentemente adjetiva, ainda se revelam inúmeros preceitos de direito substantivo.

Portanto, sob o prisma processual, é a falência um processo de execução coletiva, por todos os credores em litisconsórcio ativo necessário, contra o devedor empresário ou sociedade empresária insolventes.

Já as regras de direito material configuram a falência como uma situação econômica derivada de decisão judicial declaratória desse estado. Ou seja, é a condição do empresário quando incorre nas condutas do art. 94 da Lei 11.101/2005, quais sejam: a impontualidade injustificada (inciso I), a insolvabilidade (inciso II) e a insolvência presumida por atos falimentares (inciso III).

Écio Perin Junior define a falência, assim, como:

“uma situação legal derivada de decisão judicial (Sentença Declaratória da Falência) em que o empresário insolvente submete-se a um complexo de normas que objetivam a execução concursal de seu patrimônio, através da realização de seu ativo e pagamento em favor dos credores, dentro dos limites patrimoniais disponíveis” (PERIN JUNIOR, 2006, p. 52).

Porém, de acordo com as definições aqui esposadas, dá-se a impressão de que o objetivo do processo falimentar é apenas a satisfação dos direitos dos credores do falido. Esse é, aliás, o entendimento de Amador Paes de Almeida, para o qual a “falência é um instituto jurídico que objetiva garantir os

credores do devedor insolvente” (ALMEIDA, 2006, p. 20).

Entretanto, essa corrente que entende buscar-se, no procedimento falimentar, apenas a arrecadação dos bens da empresa e o pagamento dos credores de modo proporcional não encontra mais amparo no atual ordenamento jurídico brasileiro.

Como já mencionado, há dois princípios essenciais à atual ordem falimentar: a manutenção da fonte produtora (de empregos, riquezas, tributos etc) e o saneamento da economia. Portanto, a garantia desses dois objetivos constitui os fins dos institutos da Lei nº 11.101/2005.

Como a falência é relevante índice de desequilíbrio financeiro, com grande repercussão em lesão aos credores, “assegurando-se instrumentos eficazes de recuperação de crédito, propicia-se a criação e a manutenção de um sistema saudável” (PERIN JUNIOR, 2006, p. 54) para o desenvolvimento das mais diversas atividades econômicas.

É verdade que uma complexidade de fatores econômicos e políticos compõe o custo do capital, mas é inegável que a capacidade de recuperação de crédito é parte essencial desse risco, o qual é levado em consideração para a formação dos juros na concessão do crédito.

Assim, quanto maior a recuperação do crédito, menor o risco, de forma a baixar o custo de circulação de capital, por diminuir os juros. E essa redução é essencial para o desenvolvimento econômico.

Neste sentido, é a falência o processo capaz de retirar os agentes econômicos nocivos do mercado. Empresas atrasadas, insuficientes e mal administradas, por serem inviáveis, prejudicam o sistema econômico, aumentando o risco da recuperação de crédito e os juros decorrentes.

Contudo, é inegável a existência de bons agentes econômicos, os quais passam por situações de crise superáveis. Esses devem ser protegidos e amparados pela ordem jurídica, de forma a receberem oportunidades de recuperação.

O desafio da legislação falimentar, então, é encontrar o equilíbrio entre a proteção do crédito de interesse público (através da retirada dos agentes econômicos nocivos do mercado, com vistas a diminuir o risco por eles criado) e a preservação da empresa (unidade produtiva de empregos, renda, consumo, tributos e riqueza).

Bem nos lembra Écio Perin Junior:

“Em uma visão moderna e atual, a empresa é muito mais social do que privada. Social no sentido de que ao mesmo tempo em que serve aos interesses do empresário, serve também aos interesses da sociedade em geral.

A empresa serve ao empresário como fonte geradora de lucros retributivos do capital investido para sua constituição e desenvolvimento; à sociedade serve através da geração de empregos, recolhimento de tributos e produção ou circulação de bens ou serviços, sendo estas as bases da preservação da empresa” (PERIN JUNIOR, 2006, p. 56).

Com o advento do princípio da função social da propriedade, de ordem constitucional, a preservação da atividade empresário encontra relevância por conta do interesse público, o qual se expressa de três formas principais:

a) a geração de

emprego, forma de crescimento da economia nacional e, especialmente, propiciador de renda e condição da dignidade da pessoa humana;

b) o recolhimento de tributos, cuja arrecadação é fundamental para a manutenção do próprio Estado e, através deste, dos serviços públicos mais básicos e essenciais;

c) o atendimento às necessidades de consumo, através da circulação ou produção de bens e serviços, de acordo com a demanda da população nacional e dos interesses de exportação.

Ressalte-se, porém, que a manutenção é da atividade empresária, da empresa. O empresário é figura dissociada daquela. Se a sociedade empresária ou o empresário individual forem agentes econômicos inidôneos, maus administradores, com fins de locupletarem-se ilicitamente, estes deverão sofrer os efeitos negativos da falência, inclusive, se for o caso, os penais.

Já a preservação da atividade empresária é apenas o atendimento às necessidades econômico-sociais, possibilitando, inclusive, que a empresa possa continuar num mercado saneado, “em que o detentor do capital pode, com a máxima segurança possível, disponibilizar o capital em favor de empresários, tomadores de recursos de boa-fé” (PERIN JUNIOR, 2006, p. 57).

A sistemática revogada não levava em conta essa principiologia, concluindo-se em resultados inócuos, dando maior ênfase à liquidação da atividade empresária e ao pagamento dos credores, embora estes dificilmente conseguiram recuperar seus créditos.

Conclui-se, então, que a nova legislação falimentar apresenta um cunho muito mais de interesse público que o de satisfação dos credores do falido. O saneamento da ordem econômica, o seu desenvolvimento através da diminuição dos riscos creditórios, a manutenção da atividade empresária e, por sua vez, a preservação dos empregos, recolhimento de tributos e produção de riquezas compõem os principais objetivos da falência atual

## **2.2 DOS DEVEDORES SUJEITOS À FALÊNCIA**

Os dois primeiros artigos da Lei 11.101/05 definem quem está ou não sujeito às suas normas. O art. 1º, por sua vez, aplica as regras referentes à recuperação judicial, extrajudicial e falência ao empresário individual e à sociedade empresária.

Quer dizer que, ao contrário do que ocorria no antigo direito falimentar, nos dias atuais, somente o empresário está submetido à falência e à recuperação.

O direito romano estendia os institutos falimentares também ao devedor civil. Da mesma forma, as legislações francesa e italiana adotam o sistema ampliativo, ou seja, contemplam a extensão da abrangência da falência.

O Brasil, contudo, mesmo desde o Decreto-lei 7.661/45, adota o sistema restritivo. Na norma revogada, a falência era limitada ao devedor comerciante. O devedor civil, por sua vez, estava sujeito à insolvência civil.

A partir da vigência da Lei 11.101/05, o sujeito passivo da falência deixa de ser o devedor comerciante. Agora, o falido pode ser empresário individual ou sociedade empresária. Como a lei falimentar não define o que se deva entender por empresário, socorremo-nos do sentido dado pelo Código Civil de 2002.

O atual Código Civil adotou a chamada teoria da empresa, definindo, no seu art. 966, o empresário como sendo todo aquele que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

Percebe-se a ampliação desse conceito em comparação ao do antigo comerciante, no âmbito do Decreto-lei nº 7.661/45. A teoria dos atos de comércio era por demais restritiva e incompleta, excluindo atividades de

prestação de serviços, até então consideradas civis.

Em suma, o antigo sistema falimentar abrangia os agentes econômicos que desenvolvem atividade de natureza mercantil, as sociedades que se organizam sob a forma de sociedade por ações e os que exercem atividades de construção e incorporação de imóveis (PERIN JUNIOR, 2006, p. 71).

Contudo, a Lei nº 11.101/2005 deixou clara a sua aplicação aos empresários individuais e sociedades empresárias que se enquadrem nas situações ensejadoras de falência do art. 94.

Para sujeitar-se à falência é necessário explorar atividade econômica de forma empresarial. Portanto, dois são os elementos caracterizadores do empresário: a profissionalidade e a atividade econômica organizada.

Na lição de Amador Paes de Almeida, considera-se profissionalidade o “exercício de uma atividade permanente (e não ocasional)” (ALMEIDA, 2006, p. 47). Portanto, diz respeito à sua habitualidade, sua não-eventualidade.

A empresa, como atividade organizada, deve ser voltada à obtenção de lucros e concentrar quatro fatores de produção: capital, insumos, mão-de-obra e tecnologia. Esses elementos são resumidamente definidos por Maria Gabriela Venturoti Perrotta Rios Gonçalves:

“O capital é o montante, em espécie ou em títulos, necessário ao seu desenvolvimento. Insumos são os bens articulados pela empresa. A mão-de-obra, como antes ressaltado, corresponde ao auxílio prestado por prepostos do

empresário. A tecnologia, que não corresponde necessariamente à de ponta, diz respeito ao monopólio das informações imprescindíveis à exploração do negócio” (GONÇALVES, 2007, p. 5).

Por não serem considerados empresários, não estão sujeitos à falência os profissionais liberais, advogados, médicos, engenheiros, economistas, contadores, entre outros, a não ser que o exercício de sua profissão constitua elemento de empresa, nos moldes do parágrafo único do art. 966 do Código Civil de 2002.

Da mesma forma, estão excluídas do sistema falimentar as sociedades simples (arts. 997 e seguintes do Código Civil). Entretanto, deve-se fazer menção à possível exceção a essa regra feita pela Lei Complementar nº123/2006, o Novo Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

As Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, por constituírem, indubitavelmente, empresa, estão abrangidas pela Lei 11.101/2005. Inclusive, recebem tratamento diferenciado especial na recuperação judicial.

Entretanto, a Lei Complementar nº 123/2006, a qual trouxe diversos benefícios e facilidades aos pequenos empresários, inovou ao permitir que a sociedade simples, devidamente inscrita no Registro Civil de Pessoas Jurídicas e com receita bruta anual dentro dos limites legais, efetue o seu enquadramento como microempresária ou empresária de pequeno porte (art. 3º).

É certo que essa equiparação deve ser restrita apenas ao

âmbito da própria Lei Complementar nº 123/2006. Contudo, tendo em vista o art. 179 da Constituição da República, através de interpretação teleológica, há respeitadas opiniões a favor da possibilidade de aplicação dos institutos falimentares benéficos às sociedades simples equiparadas, como o plano especial de recuperação judicial (BEZERRA FILHO, 2007, p. 52).

Não há de se confundir, porém, com a sociedade civil do Código Civil revogado, de 1916. Essa modalidade de sociedade, se apresentar o elemento de atividade empresarial, é sociedade empresária, embora não se enquadre como comerciante.

Apesar de o art. 967 do Código Civil atual estabelecer que o arquivamento no Registro próprio é fundamental para a configuração do empresário, é relevante ressaltar que a nova legislação falimentar não menciona como requisito de sua abrangência essa inscrição.

Portanto, mesmo sociedades empresárias de fato ou irregulares podem ser sujeitos passivos da falência. As primeiras são aquelas sem qualquer registro de ato de constituição, enquanto as segundas possuem o respectivo contrato ou estatuto social, mas não é devidamente registrado no órgão competente.

No Código Civil de 2002, as sociedades irregulares ou de fato são denominadas também de sociedade em comum, não-personificada. É o que se depreende do Enunciado nº 58 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “A sociedade em comum compreende as figuras doutrinárias da sociedade de fato e irregular”.

Na sociedade em comum, todos os sócios possuem responsabilidade solidária e ilimitada, frente às obrigações sociais. Portanto, a

sujeição passiva dessa entidade à quebra acarretará, ainda, a falência de seus sócios, conforme previsto no art. 81 da Lei 11.101/05.

As sociedades empresárias de fato ou irregulares, entretanto, não podem requerer a falência de outro devedor (por ser essencial a comprovação de sua regularidade comercial) e nem se beneficiar da recuperação judicial (uma vez que o mesmo requisito é necessário no pedido inicial).

A atividade empresária pode ter um só titular: se pessoa física, será denominado de empresário individual; se pessoa jurídica, será sociedade empresária, com personalidade distinta de seus sócios. Ambas as modalidades devem atender aos pressupostos da empresa, nos moldes do art. 966 do Código Civil.

### **2.3 DOS DEVEDORES EXCLUÍDOS DA FALÊNCIA**

Conforme visto acima, já estão excluídos da falência todos os agentes econômicos que não exerçam atividade empresária, conforme interpretação do art. 1º da Lei nº 11.101/05, em conjunto com o art. 966 do Novo Código Civil.

Desta feita, pode-se dizer, exemplificativamente, que estão excluídos da legislação falimentar e sujeitos às normas comuns de execução civil as associações, fundações, produtores rurais não registrados na Junta Comercial, sociedades simples, cooperativas e profissionais liberais (GONÇALVES, 2007, p. 7).

Entretanto, apesar da aplicação lógica do art. 1º da nova lei falimentar, não será todo exercente de atividade econômica empresarial legitimado passivo na falência. Conforme ensina Fábio Ulhoa Coelho, “alguns empresários, embora produzam ou circulem bens ou serviços por empresas organizadas, estão *excluídos* do direito falimentar” (COELHO, 2007, p. 248, grifos do autor).

De acordo com esse autor, a lei prevê, em verdade, hipóteses de exclusão total ou parcial de sua abrangência. Isto é, pode uma sociedade empresária submeter-se a um regime de execução concursal completamente diverso do falimentar – primeiro caso; ou a um procedimento extrajudicial de liquidação concursal alternativo ao comum – segundo caso.

Se estiver totalmente excluída do regime falimentar comum, a sociedade empresária não poderá “submeter-se ao processo falimentar como forma de execução concursal de suas obrigações, isto é, ela nunca pode falir” (COELHO, 2007, p. 248).

Já o devedor empresário parcialmente excluído pode vir a submeter-se ao procedimento falimentar comum em execução concursal, em determinadas hipóteses elencadas pela lei. Em sentido contrário, quando se constatar ser o caso diverso daqueles previstos, a sociedade não poderá falir.

Ressalte-se que ambas as hipóteses de exclusão, quando ainda se tratar de devedor empresário, não submetem o agente ao regime de insolvência civil (COELHO, 2007, p. 248).

Ainda de acordo com Fábio Ulhoa Coelho, são três os casos de exclusão absoluta do regime falimentar da Lei nº 11.101/2005: as empresas públicas e sociedades de economia mista; as câmaras ou prestadoras de

serviços de compensação e de liquidação financeira; e as entidades fechadas de previdência complementar. Esses devedores nunca poderão falir.

Quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista, trataremos mais adiante, em capítulo próprio, uma vez que são o objeto principal do presente trabalho.

O legislador entendeu que as atividades desenvolvidas pelas câmaras ou prestadoras de serviços de compensação e de liquidação financeira são específicas e merecem tratamento em legislação especial, cabendo, no âmbito da atividade financeira, ao Conselho Monetário Nacional e ao Banco Central do Brasil, responsáveis pelo Sistema Financeiro Nacional, “intervir diretamente quando apresentam dificuldades econômico-financeiras, tendo em vista que a falta de confiabilidade em tais instituições pode resultar em crise em todo o sistema” (BEZERRA FILHO, 2005, p. 52).

Portanto, as câmaras ou prestadoras de serviços de compensação e de liquidação financeira terão “suas obrigações ultimadas e liquidadas de acordo com os seus regulamentos, aprovados pelo Banco Central” (COELHO, 2007, p. 248), e, em nenhuma hipótese, terão sua falência decretada.

Ademais, “o produto da realização das garantias prestadas pelo participante” desses devedores, “assim como os títulos, valores mobiliários e quaisquer outros de seus ativos objetos de compensação ou liquidação serão destinados à liquidação das obrigações assumidas” no serviço típico dessas entidades (art. 194, Lei 11.101/2005).

Por sua vez, as entidades fechadas de previdência complementar somente se submetem à liquidação extrajudicial, conforme

previsto no art. 47 da Lei Complementar nº 109/2001. Portanto, o seu credor poderá apenas executar seu título mediante a penhora dos bens da devedora.

A exclusão relativa do regime falimentar comum abrange, também, três categorias de devedores, ainda de acordo com Fábio Ulhoa Coelho: companhias de seguro, operadoras de planos privados de assistência à saúde e instituições financeiras.

Em regra, para as seguradoras, aplica-se o Decreto-lei nº 73/66 – o qual dispõe acerca do Sistema Nacional de Seguros Privados –, através de seu procedimento específico de execução concursal (liquidação compulsória). Esse processo será promovido pela Superintendência de Seguros Privados – Susep, autarquia federal responsável pela fiscalização da atividade securitária.

Da mesma forma, as entidades abertas de previdência complementar submetem-se a liquidação extrajudicial prévia, regulamentada pela Lei Complementar nº 109/2001, no seu art. 73.

Entretanto, conforme prevê a Lei nº 10.190/2002, quando essa liquidação compulsória ou extrajudicial conclui-se frustrada – porque o ativo da companhia em liquidação não é suficiente para o pagamento, de pelo menos, metade do passivo quirografário –, é cabível a decretação da falência das seguradoras.

Mesmo sendo possível a sua falência, ressalte-se que ela não pode ser decretada por pedido do credor; será requerida pelo liquidante nomeado pela Susep, quando frustrada a liquidação (COELHO, 2007, p. 249).

De forma semelhante é o procedimento das operadoras de planos privados de assistência à saúde. Sua liquidação extrajudicial é operada

pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Contudo, nos moldes do art. 23 da Lei nº 9.656/98 e da Medida Provisória nº 2.177-44/01 (ainda em vigor por conta do advento da Emenda Constitucional nº 32/2001), se o seu ativo não puder adimplir, ao menos, metade dos créditos quirografários, as despesas administrativas e operacionais inerentes ao próprio processamento concursal ou se houver fundados indícios de crime falimentar, será decretada sua falência.

A última hipótese de devedor relativamente excluído do regime falimentar comum da Lei 11.101/05 é a das instituições financeiras, as quais estão sob a égide da Lei nº 6.024/74, que dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras.

De forma semelhante, encontram-se as sociedades empresárias arrendadoras dedicadas à exploração de *leasing* (Resolução do Banco Central nº 2.309/96), as administradoras de consórcios de bens duráveis, fundos mútuos e outras atividades assemelhadas (Lei nº 5.768/71, art. 10) e as sociedades de capitalização (Decreto-lei nº 261/67, art. 4º). Entretanto, as duas primeiras são fiscalizadas e liquidadas, como as demais instituições financeiras, pelo Banco Central do Brasil. Já as duas últimas estão sob responsabilidade da Superintendência de Seguros Privados – Susep.

Normalmente, enquanto no exercício regular de sua atividade financeira, a instituição sujeita-se ao regime falimentar comum. É passível, inclusive, de decretação de falência por pedido de credor.

Contudo, caso o Banco Central do Brasil ou a Susep entendam por decretar intervenção ou liquidação extrajudicial da devedora, nos moldes da supracitada lei, o devedor não mais se submeterá ao pedido falimentar de credores.

Portanto, quando verificada a intervenção ou liquidação extrajudicial, “a quebra somente pode verificar-se a pedido do interventor (na intervenção) ou do liquidante (na liquidação extrajudicial)” (COELHO, 2007, p. 250).

O legislador excluiu, seja absoluta ou relativamente, todas as sociedades acima descritas do regime geral falimentar por se tratarem de atividades específicas e de relevante interesse social e econômico, sendo-lhes aplicáveis, quando o caso, leis especiais no que diz respeito à sua insolvência.

### **CAP. 3. A EXTINÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS**

Embora, comumente, sejam adotadas as formas tradicionais do Direito Civil e Comercial, nada impede que o Poder Público crie entidades paraestatais com formas próprias e adequadas às suas finalidades. Exemplos dessas formas peculiares são os serviços sociais autônomos – SENAI, SENAC, SESI e SESC; e, no campo das atividades econômicas, podemos indicar a Rede Ferroviária Federal, a Casa da Moeda do Brasil e a Empresa Municipal de Urbanização EMURB (do Município da Capital de São Paulo), todas elas empresas públicas, mas cada uma com forma, estrutura e organização diferentes, adaptadas pelas entidades criadoras aos seus objetivos.

O objeto das entidades paraestatais é, normalmente, a execução de uma atividade econômica empresarial, mas pode ser também uma atividade não econômica de interesse coletivo ou, mesmo, um serviço público ou de utilidade pública delegado pelo Estado. No primeiro caso, a entidade paraestatal há de revestir a forma de empresa pública ou de sociedade de economia mista criada em caráter suplementar da iniciativa privada, devendo

operar sob as mesmas normas e condições das empresas particulares congêneres, para não lhes fazer concorrência, como dispõe expressamente a Constituição da República (art. 173 e seus §§); nos outros casos, o Estado é livre para escolher a forma e estrutura da entidade e a operar como lhe convier, porque, em tais hipóteses, não está intervindo no domínio econômico reservado à iniciativa privada.

Essas empresas estatais, no Brasil, ainda não receberam a devida regulamentação legal. A Constituição da República a elas se refere apenas para estabelecer que, quando forem utilizadas para explorar atividade econômica, devem operar sob as mesmas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias (art. 173, § 1º), e sujeitar seu pessoal à proibição de acumulação de cargos, funções ou empregos que especifica (art. 37, XVII).

Essas referências constitucionais reafirmam o caráter paraestatal das empresas estatais, cada vez mais próximas do Estado sem, contudo, integrar sua estrutura orgânica ou adquirir personalidade pública. Permanecem ao lado do Estado, realizando serviços ou atividades por outorga ou delegação do Estado, mas guardando sempre sua personalidade de Direito Privado.

A Constituição da República de 1988, em seu art. 37, XIX, estabelece que a instituição de empresa pública e de sociedade de economia mista somente pode ser autorizada por meio de lei específica.

De forma semelhante, a exigência de criação por lei consta do artigo 5º, incisos II e III, do Decreto-lei nº. 200/67; com relação especificamente às sociedades de economia mista, norma semelhante foi repetida no artigo 236

da Lei nº. 6.404/76 – Lei das Sociedades Anônimas.

Ressalte-se, contudo, que a norma constitucional é a mais apropriada, uma vez que, por configurarem entidades de direito privado, a sua instituição deve dar-se de acordo com o Direito Civil, ou seja, pelo registro de seus atos constitutivos no órgão competente. A lei específica apenas autoriza essa criação, não a processa de imediato.

Assim, de acordo com o princípio do paralelismo das formas, uma vez que a entidade foi criada por lei, apenas por outro diploma legislativa semelhante poderá ser extinta. É esta a posição pacífica na doutrina mais especializada.

Daí, infere-se que o art. 178 do referido Decreto-lei nº 200/67 não foi recepcionado pela Constituição de 1988. Isto porque essa norma prevê a possibilidade da liquidação ou incorporação de empresa pública ou sociedade de economia mista a outras entidades, “por ato do Poder Executivo, respeitados os direitos assegurados aos eventuais acionistas minoritários, se houver, nas leis e atos constitutivos de cada entidade”.

Conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, essa norma sempre foi alvo de crítica pelos doutrinadores, “por atribuir ao Poder Executivo a possibilidade de desfazer ato do legislador, sendo, portanto, inconstitucional” (DI PIETRO, 2006, p. 331).

Não obstante o necessário paralelismo entre a exigência de lei para instituição e, portanto, extinção das empresas estatais, a competência constitucional do Presidente da República, através de decreto (o qual seria seu “ato próprio”), restringe-se a duas hipóteses, previstas no art. 84, VI, incluídas pela Emenda Constitucional nº 32/2001:

- a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; e
- b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos

Portanto, o decreto executivo não pode implicar em criação ou extinção de entidades da administração pública. Essa atuação somente é permitida quanto a funções ou cargos públicos, quando vagos.

Semelhantemente, o disposto no inciso XXV, do mesmo art. 84 do texto constitucional, condiciona o provimento e a extinção de cargos públicos federais ao comando original de lei.

Inaplicável, então, a hipótese de decreto executivo hábil à extinção das empresas públicas ou sociedades de economia mista, seja através de liquidação ou incorporação a outras entidades.

Por fim, é imperioso concluir-se que a extinção, de forma equivalente à instituição, de empresa pública ou sociedade de economia mista deve ser autorizada (não diretamente operada) por meio de lei, como ato legítimo do Poder Legislativo.

### **3.1 DA POSSIBILIDADE DE FALÊNCIA DAS EMPRESAS ESTATAIS**

Considerando-se exigência essencial para a extinção de empresa pública ou sociedade de economia a existência de lei em sentido estrito autorizando-a, percebe-se inconstitucional esse processamento através de ato externo ao Poder Legislativo, seja oriundo do Executivo ou do Judiciário.

Não se admite, então, que decreto presidencial ou sentença judicial ponham fim ou sequer autorizem originalmente a extinção dessas entidades empresariais do Estado.

Inicialmente, portanto, fica afastada a possibilidade de liquidação dessas empresas através de intervenção extrajudicial ou mesmo por processo judicial falimentar.

Contudo, não devemos deixar de lado o fato de que, da mesma forma que o art. 37, XVII, o comando do art. 173, § 1º, II, também é de natureza constitucional. Assim, embora se submetam ao regime publicista dos princípios administrativos constitucionais, as empresas públicas e sociedades de economia mista se sujeitam ao “regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.

Desta feita, essas empresas estatais devem submeter-se ao mesmo regime comercial das sociedades empresárias particulares, inclusive o falimentar.

E, como visto no capítulo anterior, as empresas privadas ou

se submetem ao processo falimentar comum ou a alguma forma de intervenção ou liquidação extrajudicial, geralmente, a cargo da própria Administração Pública, podendo-se utilizar o regime ordinário da falência de forma subsidiária (exclusão relativa) ou não (exclusão absoluta).

Em relação às sociedades de economia mista, a Lei nº 6.404/76 – Lei das Sociedades Anônimas, dispunha em seu art. 242 que essas entidades paraestatais não estavam sujeitas à falência, apesar de seus bens serem penhoráveis e executáveis, além de haver responsabilidade subsidiária do ente de direito público controlador pelas obrigações daquelas.

Entendia-se que, por ser a sociedade de economia mista mais próxima do mercado privado que a empresa pública (por ter capital particular em sua composição e por ser organizada necessariamente sob a forma de sociedade anônima, notoriamente modalidade societária mais adequada a grandes empreendimentos econômicos), essa exclusão daquela do regime falimentar – até então, do Decreto-lei nº 7.661/45 – também beneficiava esta.

Quando muito, a entidade pública controladora poderia ser responsabilizada por abuso de poder de controle, conforme dispõe o art. 238 da Lei nº 6.404/76, mas tal responsabilidade somente se coloca diante dos seus acionistas, dos empregados e da comunidade em que atua (art. 116, parágrafo único). Os credores não se encontram neste rol (VERÇOSA, 2005, p. 99).

Entretanto, esse dispositivo já era alvo de diversas críticas doutrinárias, pois “a empresa estatal exploradora de atividade econômica apresentar-se-ia ao mercado em grande vantagem sobre a empresa privada, o que o dispositivo constitucional pretendeu coibir” (MEIRELLES, 2007, p. 364).

Também se aduz que “o Estado não poderia responder

subsidiariamente pelos créditos de terceiros que ficassem a descoberto, pois se o fizesse, estaria oferecendo-lhe um respaldo de que não desfrutavam as demais empresas privadas” (MELLO, 2006, p. 198).

Desde então, já se entendia que o art. 242 da Lei nº 6.404/76 não fora recepcionado pela Constituição de 1988, segundo a qual “tais entidades, quando exploram *atividade econômica*, equiparam-se às empresas privadas no que concerne aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários” (CARVALHO FILHO, 2007, p. 443).

Acabou por ser revogado esse dispositivo pela Lei nº 10.303/2001, o que criou um aparente vácuo legislativo. Contudo, entendeu-se que, ao expurgar do mundo jurídico aquela norma, o legislador quis sujeitar aquelas sociedades ao regime da falência (BEZERRA FILHO, 2005, p. 52). Embora houvesse correntes excluindo, ainda, do processo falimentar as empresas estatais prestadoras de serviço público.

Como já explicado anteriormente, a jurisprudência superior nacional entende que a execução sobre os bens aplicados ao serviço público deve dar-se segundo o regime público, ou seja, por precatório judicial. Para o pagamento de suas dívidas, só poderiam ser penhoradas e executadas “as rendas da empresa” (MEIRELLES, 2007, p. 365).

Teoricamente, também restaria afastada a responsabilidade subsidiária da entidade pública controladora, porém, como bem lembra Hely Lopes Meirelles, “tratando-se de serviço público indispensável, certamente a entidade estatal intervirá para manter o serviço funcionando” (MEIRELLES, 2007, p. 365).

De qualquer forma, antes mesmo de ser pacificada a questão

após a revogação do supracitado art. 242 da Lei das Sociedades Anônimas, o legislador ordinário trouxe à lume a Lei nº 11.101/2005, a qual, em seu art. 2º, I, exclui da sua aplicação – e, portanto, do regime falimentar e de recuperação judicial – as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Disto decorre que os credores de empresas públicas e de sociedades de economia mista somente teriam o direito de mover ações individuais para a satisfação dos seus créditos, não surgindo a possibilidade do estabelecimento de concurso de credores como resultado da decretação de sua falência. De outro lado, elas não poderiam recorrer aos sistemas de recuperação extrajudicial ou judicial.

A questão, agora, passou a ser como harmonizar essa disposição legal com o regime público/privado previsto constitucionalmente para as empresas estatais, submetendo-as aos princípios publicistas ao mesmo tempo em que as sujeita às regras comerciais comuns.

### **3.2 DAS SOLUÇÕES DOUTRINÁRIAS PARA A ANTINOMIA**

É verdade que, *a priori*, o advento da nova lei de falência veio uniformizar as divergências acerca da sujeição ou não das estatais ao regime falimentar. Contudo, não é esta a opinião majoritária na doutrina, como bem demonstra José dos Santos Carvalho Filho:

“De plano, o dispositivo não parece mesmo consentâneo com a *ratio* inspiradora do art. 173, § 1º, da Constituição. De fato, se esse mandamento equiparou

sociedades de economia mista e empresas públicas de natureza empresarial às demais empresas privadas, aludindo expressamente ao direito comercial, dentro do qual se situa obviamente a nova lei de falências, parece incongruente admitir a falência para estas últimas e não a admitir para aquelas: seria uma discriminação não autorizada pelo dispositivo constitucional. Na verdade, ficaram as entidades paraestatais com evidente vantagem em relação às demais sociedades empresárias, apesar de ser idêntico o objetivo de sua atividade. Além disso, se o Estado se despiu de sua potestade para atuar no campo econômico, não deveria ser merecedor da benesse de estarem as pessoas que criou para esse fim excluídas do processo falimentar” (CARVALHO FILHO, 2007, p. 444).

Porém, essa controvérsia está longe de uma solução. Inicialmente, é necessário demonstrar a divergência doutrinária acerca das empresas exploradoras de atividade econômica e das prestadoras de serviços públicos, como bem o faz a jurisprudência dos tribunais superiores.

Hely Lopes Meirelles entendia que já não se aplicava o art. 242 da Lei das Sociedades Anônimas às empresas exploradoras de atividade econômica:

“As primeiras [empresas exploradoras de atividade econômica], quer sejam empresas públicas, quer sociedades de economia mista, ficam sujeitas a falência, pois é preceito constitucional sua submissão ao regime jurídico

próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos *direitos e obrigações civis e comerciais* (CF, art. 173, § 1º, II). De igual modo, não responde a entidade criadora, nem mesmo subsidiariamente, pelas obrigações da sociedade falida” (MEIRELLES, 2007, p. 364).

Do mesmo modo, ensinam Celso Antônio Bandeira de Mello e José dos Santos Carvalho Filho, *in verbis*:

“Quando se tratar de exploradoras de atividade econômica, então, a falência terá curso absolutamente normal, como se de outra entidade mercantil qualquer se tratara. É que, como dito, a Constituição, no art. 173, § 1º, II, atribuiu-lhes sujeição “ao regime jurídico próprio das empresas privadas inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, *comerciais* (...)”. Disto se deduz, também, que o Estado não poderia responder subsidiariamente pelos créditos de terceiros que ficassem a descoberto, pois se o fizesse, estaria oferecendo-lhe um respaldo de que não desfrutam as demais empresas privadas” (MELLO, 2006, p. 198).

“Desse modo, se justificável era a exclusão dessas entidades enquanto prestadoras de serviços públicos, não há justificativa plausível para descartar também as que exploram atividade meramente econômica” (CARVALHO FILHO, 2007, p. 444).

De acordo com esses autores, a exclusão do regime

falimentar apenas com relação às empresas estatais prestadoras de serviço público seria uma interpretação do art. 2º, I, da Lei nº 11.101/05 conforme a Constituição Federal, pois seu art. 173, § 1º, II, leva à conclusão de que apenas as exploradoras de atividade econômica podem falir.

Contudo, é errônea essa corrente. Isto porque é perceptível que a própria Lei 11.101/2005 não diferenciou entre as entidades. Não apenas no seu art. 2º, I. Mas, no art. 195, prevê-se a falência de concessionária de serviços públicos.

Ora, se uma empresa privada, prestadora de serviço público, sob a forma de concessão, pode falir – como também já previa a Lei nº 8.987/95, art. 35, VI (extinção do contrato de concessão por falência da concessionária) –, não há razão para uma estatal não poder.

Afinal, não é o serviço público que serviu de fundamento para o legislador vedar a falência das empresas estatais. Se há preocupação com a continuidade da prestação desses serviços, não é por menos que a doutrina concorda que a entidade de direito público controladora intervirá subsidiariamente, para manter o serviço funcionando (MEIRELLES, 2007, p. 365).

Celso Antônio Bandeira de Mello, de qualquer forma, entende que “tratando-se de sujeito prestador de serviços públicos ou obras públicas, atividades que lhe são típicas, é natural que, exaustas as forças do sujeito que criou para realizá-las, responda pelos atos de sua criação, já que esta não tem mais como fazê-lo” (MELLO, 2006, p. 199).

O referido autor baseia-se na responsabilidade extracontratual do Estado pelos danos que seus agentes, na qualidade de servidores públicos,

causarem a terceiros, conforme o art. 37, § 6º, da Constituição da República.

*Data venia*, o argumento exposto por José dos Santos Carvalho Filho não merece prosperar em seus termos, quais sejam:

“(...) deveria prevalecer o princípio da continuidade dos serviços públicos, não sendo admissível que a sociedade se visse prejudicada pela má gestão dos responsáveis pela entidade e pela cessação da atividade em virtude da decretação da falência” (CARVALHO FILHO, 2007, p. 443).

Conforme já expusemos anteriormente, a *ratio legis* da atual legislação falimentar não é a cessação da atividade econômica, mas, muito pelo contrário, a sua manutenção; mais que isso, seu incentivo.

A atividade empresarial, como produtora de riquezas, geradora de empregos e recolhedora de tributos, recebeu a devida proteção legal, amparada pelo princípio constitucional da função social da propriedade. Como já visto, configura praticamente o próprio princípio inspirador da Lei nº 11.101/2005 (art. 46).

Como demonstraremos mais à frente, assim como no caso de extinção do contrato de concessão, caso ocorra a liquidação concursal de empresa estatal, o ente responsável por sua criação e controle deverá encampar os bens afetos ao serviço públicos prestado, de forma a garantir sua continuidade.

Aliás, neste sentido, leciona Écio Perin Junior:

“Não se deve, todavia, confundir a

titularidade do serviço público com a entidade que o presta. O serviço público é de responsabilidade do ente federativo, por disposição constitucional ou legal. A sua execução é que pode ser delegada a entidades de direito privado, seja de capital público (empresa pública), misto (sociedade de economia mista) ou privado (empresas privadas concessionárias de serviço público).

Sendo assim, a continuidade do serviço público deve ser garantida pelo ente federativo (União, Estado-membro ou Município) titular do respectivo serviço, seja executando-o diretamente, seja transferindo-o a outra entidade. Caso contrário, teríamos que admitir que as empresas privadas que prestam serviço público sob a forma de concessão também não estariam sujeitas à falência” (PERIN JUNIOR, 2006, p. 77).

Desta feita, com a devida vênia dos renomados autores anteriormente citados, ousamos discordar de suas opiniões quanto à distinção entre as empresas estatais prestadoras de serviços públicos das exploradoras de atividade econômica, no tocante à exclusão do regime falimentar.

Continuando a exposição, há, ainda, opiniões que excluem indistintamente as empresas públicas e sociedades de economia mista do regime da Lei nº 11.101/2005, como afirma Fábio Ulhoa Coelho:

“Como são sociedades exercentes de atividade econômica controladas direta ou indiretamente por pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Distrito

Federal, Territórios ou Municípios), os credores têm sua garantia representada pela disposição dos controladores em mantê-las solventes. Não é do interesse público a falência de entes integrantes da Administração Indireta, ou seja, de desmembramento do Estado. Caindo elas em insolvência, os credores podem demandar seus créditos diretamente contra a pessoa jurídica de direito público controladora” (COELHO, 2007, p. 248).

Concordamos que não é do interesse público a falência dessas empresas estatais. Contudo, além da revogação do art. 242 da Lei das Sociedades Anônimas (que previa essa responsabilização subsidiária da entidade controladora), a própria vedação constitucional à concessão de vantagens e benefícios a essas sociedades não extensíveis ao setor privado é motivo suficiente para derrubar essa alegação, uma vez que a garantia da Administração Pública em manter solventes esses devedores representam grave violação à livre concorrência.

Portanto, em semelhança ao regime comum das empresas privadas, somente o patrimônio da empresa falida deve responder pelos seus débitos. Igualmente afirma Écio Perin Junior:

“Agora, a sociedade de economia mista, em caso de insolvência, teria apenas seu patrimônio para garantir o pagamento dos credores, sendo vedado a estes acionar subsidiariamente a pessoa jurídica controladora” (PERIN JUNIOR, 2006, p. 78).

Além de ferir a igualdade na competição mercantil com as

empresas privadas, essa disposição ainda levaria a incríveis prejuízos ao erário, uma vez que se veria obrigado a financiar atividades fadadas ao insucesso ou mal administradas, como bem ensina Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa:

“A teor desta interpretação, impor-se-ia em conseqüência ao Estado o dever de manter sempre solventes as sociedades de economia mista, mesmo quando economicamente inviáveis, para o fim de não se quebrar a igualdade constitucional de todos os credores de sociedades de fins econômicos, entre as quais colocam-se as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Disto resultaria um inútil custo social. Não caberia ao Estado patrocinar a completa ineficiência econômica de empresas públicas ou de sociedades de economia mista sob a alegação da necessidade do favorecimento de algum setor eventualmente considerado estratégico” (VERÇOSA, 2005, p. 99).

Esse autor, em verdade e – ao nosso ver – acertadamente, ainda afirma que o administrador público deverá responder por atos de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92) na ocorrência da suspensão voluntária de pagamentos aos credores das empresas estatais e de sua descapitalização (VERÇOSA, 2005, p. 103).

Tendo em vista os princípios administrativos constitucionais – em especial, o da moralidade –, a falta de saneamento de uma empresa estatal como resultado de deliberada intenção do agente público administrador configuraria ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao Erário (art. 10, *caput*), caracterizado por qualquer lesão a este por ação ou omissão, dolosa

ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de bens ou haveres; ou ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública (art. 11), caracterizado por qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.

Ressalte-se que o primeiro caso é punível tanto a título de dolo ou culpa e exige a prova de lesão ao erário. Para a configuração do segundo caso, não se faz necessário comprovar o elemento subjetivo nem o efetivo dano público, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESPESAS DE VIAGEM. PRESTAÇÃO DE CONTAS. IRREGULARIDADE. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. ELEMENTO SUBJETIVO. DANO AO ERÁRIO. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE. SANÇÃO DE RESSARCIMENTO EXCLUÍDA. MULTA CIVIL REDUZIDA.

1. A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei nº 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. Precedente da Turma.

2. A aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade independe da aprovação ou rejeição das

contas pelo órgão de controle interno ou pelo tribunal ou conselho de contas (art. 21, II, da Lei 8.429/92).

3. Segundo o art. 11 da Lei 8.429/92, constitui ato de improbidade que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, notadamente a prática de ato que visa fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência (inciso I), ou a ausência de prestação de contas, quando esteja o agente público obrigado a fazê-lo (inciso VI).

4. Simples relatórios indicativos apenas do motivo da viagem, do número de viajantes e do destino são insuficientes para comprovação de despesas de viagem.

5. A prestação de contas, ainda que realizada por meio de relatório, deve justificar a viagem, apontar o interesse social na efetivação da despesa, qualificar os respectivos beneficiários e descrever cada um dos gastos realizados, medidas necessárias a viabilizar futura auditoria e fiscalização.

6. Não havendo prova de dano ao erário, afasta-se a sanção de ressarcimento prevista na primeira parte do inciso III do art. 12 da Lei 8.429/92. As demais penalidades, inclusive a multa civil, que não ostenta feição indenizatória, são perfeitamente compatíveis com os atos de

improbidade tipificados no art. 11 da Lei 8.429/92 (lesão aos princípios administrativos).

7. Sentença mantida, excluída apenas a sanção de ressarcimento ao erário e reduzida a multa civil para cinco vezes o valor da remuneração recebida no último ano de mandato.

8. Recurso especial provido” (REsp 880662/MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 15/02/2007, publicado em 01/03/2007).

“As infrações de que tratam os arts. 9º e 10 da Lei nº 8.429/92, além de dependerem da comprovação de dolo ou culpa por parte do agente supostamente ímprobo, podem exigir, conforme as circunstâncias do caso, a prova de lesão ou prejuízo ao erário. Já o art. 11 elenca diversas infrações para cuja consecução, em tese, é desnecessário perquirir se o gestor público se comportou com dolo ou culpa, ou se houve prejuízo material ao erário” (REsp 728341/SP – Rel. Min. Castro Meira, *DJ* 18/03/2008).

Igualmente, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região já decidiu pela dispensabilidade da comprovação de dolo ou culpa na conduta do agente quando este ofende os princípios administrativos, enquadrando-se sua conduta no art. 11 da Lei nº 8.429/92:

“A lesão a princípios administrativos contidos no art. 11 da Lei nº 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente nem prova da lesão ao erário público.

Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade” (AC 423043/PB – Proc. 2006.82.01.004181-3, Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti, *DJ* 28/02/2008).

Por fim, concluem Écio Perin Junior e Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa que o art. 2º, I, da Lei nº 11.101/2005 deve ser considerado inconstitucional, por afronta ao art. 173, § 1º, II, da Constituição da República de 1988.

Anote-se que, inclusive, Écio Perin Junior ressalta ter sido recentemente “ajuizada ação direta de inconstitucionalidade questionando o art. 2º, I, da LFRE, posto que afrontaria a CF e a própria LSA, que revogou seu art. 242” (PERIN JUNIOR, 2006, p. 71).

No entanto, mesmo após exaustiva pesquisa na página eletrônica do Supremo Tribunal Federal<sup>1</sup>, não foi possível encontrar a exordial da referida ação direta de inconstitucionalidade, não identificada pelo supracitado autor.

Apesar de todo o explanado pela mais abalizada doutrina de Direito Administrativo e Comercial, concluímos pela constitucionalidade do dispositivo legal atacado, apesar de dever ser interpretado conforme a Constituição.

É o que exporemos a seguir.

---

<sup>1</sup> <http://www.stf.gov.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>

## CONCLUSÃO

O nosso Estado Social Democrático de Direito, conforme se pode perceber da leitura do art. 170 da Constituição da República, ainda se enquadra como conseqüência do sistema capitalista. Apesar de valorizar o trabalho humano e assegurar existência digna e justiça social a todos, a ordem econômica brasileira funda-se na livre iniciativa, propriedade privada e ampla concorrência.

Portanto, a intervenção do Poder Público na economia não pode dar-se através de todas suas prerrogativas. Quando lhe for conveniente explorar atividade econômica ou, mesmo, prestar serviços públicos não-exclusivos, o Estado não poderá gozar de privilégios fiscais, cíveis, trabalhistas ou comerciais não extensíveis ao setor privado.

Dá a previsão constitucional de que as empresas públicas e sociedades de economia mista, agentes estatais de intervenção direta no mercado, deverão sujeitar-se “ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários” (art. 173, § 1º, II, CF/88).

Por não deixarem de integrar a Administração Pública, essas entidades empresárias ainda se sujeitam ao seu regime de direito público, inclusive aos princípios constitucionais administrativos, como bem explicitado no próprio art. 37, XIX.

Desta feita, sua criação depende de lei em sentido estrito. Porém, semelhante previsão constante do Decreto-lei nº 200/67 não prospera,

pois, por se sujeitar às regras do direito comercial comum, a sua criação deve dar-se através do registro de seus atos constitutivos no devido órgão competente.

A referida lei, então, apenas autoriza a criação da sociedade, estabelecendo, desde já, seus fins específicos. E, de acordo com o princípio da simetria ou paralelismo das formas, somente outro ato emanado pelo Poder Legislativo – lei em sentido estrito – poderia extinguir essa empresa.

A liquidação das empresas estatais, desta forma, não pode dar-se por decreto do Poder Executivo, conforme previa o supracitado decreto-lei, nem pode sentença do Poder Judiciário, sob pena de ofender o princípio da independência dos Poderes da República.

Entretanto, devemos lembrar que a criação de empresas subsidiárias das sociedades estatais, apesar de necessitar de lei autorizadora, pode ser prevista no próprio diploma legal o qual permitiu a instituição da empresa pública ou sociedade de economia mista.

Neste sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1649/DF, cujo relator foi o Ministro Maurício Corrêa, publicado no *DJ* de 28/05/2004:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9478/97. AUTORIZAÇÃO À PETROBRÁS PARA CONSTITUIR SUBSIDIÁRIAS. OFENSA AOS ARTIGOS 2º E 37, XIX E XX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA. ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE. 1. A Lei 9478/97 não autorizou a instituição de empresa de economia mista, mas sim a criação de subsidiárias distintas

da sociedade-matriz, em consonância com o inciso XX, e não com o XIX do artigo 37 da Constituição Federal. 2. É dispensável a autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz, tendo em vista que a lei criadora é a própria medida autorizadora. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente”.

Pode-se inferir, portanto, que, na visão da jurisprudência superior nacional, a lei autorizadora da instituição de empresa pública e sociedade de economia mista pode, em seu próprio texto, trazer a previsão da criação de empresas subsidiárias daquelas, sem a necessidade de elaboração de um novo diploma legal.

Portanto, é plausível a tese de que, se uma lei permite a criação de empresa pública e sociedade de economia mista e de suas eventuais subsidiárias, também pode ela autorizar, desde sua vigência, a forma como será a sociedade estatal liquidada e extinta.

Porém, essa interpretação decorre de mera inteligência do art. 37, XIX e XX, da CF/88, além de sua correlação e integração com a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 1649/DF, já mencionada.

Para que o legislador ordinário efetivamente seguisse essa recomendação – de já prever a forma de liquidação e execução concursal da empresa estatal na mesma lei que autoriza sua instituição –, seria necessário, talvez, o advento de nova emenda constitucional, modificando o texto do inciso XIX do art. 37 da Carta Magna de 1988.

Ou, por outro lado, pode a jurisprudência nacional consolidar esse entendimento, mesmo sem força vinculante, de forma a prestar legitimidade a essa hipótese.

As empresas estatais a serem criadas no futuro, portanto, teriam a previsão da forma de sua liquidação na própria lei autorizadora de sua criação. Já as entidades empresárias existentes atualmente deveriam receber novo tratamento legal, de forma a alterar ou emendar os diplomas que lhes deram origem.

Contudo, ainda não se comentou acerca da constitucionalidade ou não do art. 2º, I, da Lei 11.101/05, a qual excluiu indiscriminadamente todas as empresas públicas e sociedades de economia mista de seu âmbito de aplicação.

Com a devida vênia, discordamos da opinião que defende a inconstitucionalidade desse dispositivo legal. Divergimos, inclusive, dos doutrinadores que afirmam ser caso de interpretação conforme a Constituição com o fim de aplicar a Nova Lei de Falências somente às empresas estatais exploradoras de atividade econômica e excluir as prestadoras de serviços públicos.

Baseado nos argumentos anteriormente expostos, continuamos defendendo a irrazoabilidade da distinção falimentar entre exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviços públicos.

Uma vez que essa divergência de tratamentos amparada pela jurisprudência baseia-se, principalmente, no princípio da continuidade do serviço público, não há razão para sua aplicação no tocante à execução concursal dessas empresas estatais.

Sendo a manutenção da atividade empresarial um dos princípios da nova ordem falimentar, já resta afastada essa alegativa, pois haverá sucessão na titularidade do serviço prestado pela sociedade falida.

Ademais, se o caso for de prestação de serviço público, a doutrina é firme no sentido de que a cessação do contrato de concessão desses serviços gera a reversão ou encampação destes por parte do ente público titular original, a depender da forma de extinção do pacto.

Celso Antônio Bandeira de Mello explana acerca da natureza da reversão nos seguintes termos:

“A reversão é a passagem ao poder concedente dos bens do concessionário aplicados ao serviço, uma vez extinta a concessão (art. 35, § 2º). Portanto, através da chamada reversão, os bens do concessionário, *necessários ao exercício do serviço público*, integram-se no patrimônio do concedente ao se findar a concessão. Está visto que a reversão também não é, de modo algum – ao contrário do que às vezes se vê afirmado –, uma forma de extinção da concessão. É, isto sim, uma *conseqüência* dela; portanto, a pressupõe. Sem a extinção da concessão não há reversão. Esta procede dela, mas, evidentemente, não se confundem as duas coisas.

(...)

A razão principal da reversão reside precisamente nisto, a saber: dado o caráter público do serviço, isto é, atividade havida como de extrema relevância

para a comunidade, sua paralisação ou suspensão é inadmissível, por ofensiva a valores erigidos socialmente como de superior importância. O Poder Público, como guarda e responsável pela defesa dos interesses públicos, não pode permitir que estes sejam sacrificados ou postergados em nome de objetivos ou interesses particulares, individuais. Por isso, é assente na doutrina o princípio da *continuidade do serviço público*, o qual supõe a *reversão* como meio de dar seguimento à prestação da atividade, quando extinta a concessão do serviço” (MELLO, 2006, p. 717).

Autores como Lúcia Valle Figueiredo fazem a distinção entre a reversão e a encampação, conforme o modo como se deu a extinção do contrato de concessão:

*“Reversão é a incorporação dos bens da concessionária ao patrimônio do concedente, ao cabo da concessão, seja qual for a hipótese da extinção.*

(...)

*Encampação é a retomada do serviço, antes de terminado o prazo da concessão, em decorrência da rescisão unilateral do contrato. A Lei 8.666/93 prevê, em seu art. 80, incisos I e II, tanto a assunção imediata do objeto do contrato quanto a ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade.*

Deveras, dá-se a encampação com a

retomada pelo poder concedente da concessão. Essa é uma das formas de extinção, o que pode resultar na intervenção, ou, nos termos do art. 37 da Lei 8.987/1995, por *motivo de interesse público*, mediante lei autorizativa específica e prévio pagamento de indenização” (FIGUEIREDO, 2006, p. 112).

Portanto, findo o contrato de concessão, a titularidade do serviço público retorna à entidade de direito público concedente, de forma a evitar a solução de continuidade de sua prestação.

Ora, da mesma forma, uma vez extinta a entidade titular da prestação do serviço público, a responsabilidade por este retornará ao ente que, inicialmente, concedeu-a àquela.

Não pode o serviço público ficar sob a titularidade de particulares em sentido estrito, quando há interesse coletivo de que a sua prestação seja de acordo com o regime jurídico de direito público – o que, desde o começo, fundamentou a instituição de empresa pública ou sociedade de economia mista para sua execução.

É o que nos ensina Hely Lopes Meirelles:

“Não há outro raciocínio a seguir, porque, se tais bens pertenciam ao Estado e foram transferidos com *destinação especial* a uma empresa do Estado, desde o momento em que esta os abandona, ao ponto de serem apossados por terceiros, tais bens, que já permaneciam na órbita estatal, apenas utilizados pela Administração descentralizada, reincorporam-se no patrimônio da entidade centralizada que os cedera tão-somente para o fim

estabelecido na lei autorizadora da instituição estatal” (MEIRELLES, 2007, p. 521).

Não havendo dúvidas acerca da irrazoabilidade da distinção entre as empresas estatais prestadoras de serviços públicos e as exploradoras de atividade econômica – ao menos, no tocante à execução concursal –, resta-nos analisar a razão pela qual estaria correto o dispositivo atacado na Lei nº 11.101/05.

Realmente, não deve ser aplicado o processo falimentar comum às empresas públicas e sociedades de economia mista. Contudo, utilizamo-nos da classificação de Fábio Ulhoa Coelho e enquadrámos essas devedoras como relativamente excluídas do âmbito da Lei nº 11.101/05 (COELHO, 2007, p. 248).

De fato, entendemos inaplicável o processo falimentar a empresas estatais. Isto porque, mesmo nas sociedades de economia mista, o Estado é credor da massa, figurando como sócio. Desta forma, o patrimônio da sociedade devedora correspondente à porcentagem no controle acionário do ente público instituidor é bem deste.

Embora em hipótese rara, uma vez pagos os credores da sociedade devedora, os recursos restantes serão entregues aos sócios ou acionistas da falida, dentre os quais encontramos a entidade pública instituidora.

Não apenas isso, mas o próprio bem atrelado à prestação do serviço público – quando for o caso – é inalienável, enquanto conservar sua qualificação, como manda o art. 100 do Novo Código Civil.

Se o Poder Público – neste caso, inevitavelmente, a Administração Pública Direta – é credor, não pode submeter-se às regras

comuns de direito privado. É de aplicar-se o regime jurídico público.

Afinal, conforme dita o art. 98 do Novo Código Civil, determinado bem é considerado público quando seu titular for pessoa jurídica de direito público interno.

Como bem público, o crédito da entidade instituidora da empresa estatal falida está submetido às regras do regime próprio de direito público, o qual inclui a impenhorabilidade, imprescritibilidade e inalienabilidade relativa.

Não poderá, portanto, estar à disposição de livre alienação a particulares, sem as devidas formalidades administrativas, como a desafetação e, via de regra, a licitação.

Configurada parte do passivo da sociedade em execução concursal como bem público, não pode sujeitar-se ao clássico princípio falimentar do tratamento paritário dos credores. Além da possibilidade de haver bens afetados ao serviço público, hipótese em que o Código Civil e a jurisprudência superior são firmes em afirmar o tratamento de direito público a eles dado.

Por fim, o que queremos dizer é o seguinte: a inaplicabilidade da Lei 11.101/05 às empresas públicas e sociedades de economia mista decorre da impossibilidade de sujeição do Poder Público, como credor e titular de bens públicos integrantes da massa, ao tratamento paritário dos credores ali positivado.

O que é possível, contudo, é que a lei autorizadora da instituição da empresa estatal, caso já faça a previsão da forma de extinção desta, utilize a Lei nº 11.101/05 de forma subsidiária, respeitando-se

procedimentos específicos de acordo com a natureza pública da entidade controladora.

Desta feita, aplica-se a interpretação conforme a Constituição – art. 37, XIX, c/c art. 173, § 1º, II – à norma do art. 2º, I, da Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas.

Portanto, as empresas públicas e sociedades de economia mista – tanto exploradoras de atividade econômica quanto prestadoras de serviço público – não se submetem ao regime falimentar comum, expresso na Lei nº 11.101/2005.

Contudo, a mesma lei que autorizou a instituição dessas sociedades empresárias estatais deverá prever a sua forma de extinção através de liquidação ou execução concursal, sendo possível – em verdade, recomendável – a utilização subsidiária da própria Lei nº 11.101/2005, respeitando os procedimentos específicos condizentes com os bens de titularidade pública da massa os quais deverão ser repassados ao ente de direito público controlador.

Essa – não obstante outras – seria uma das formas de conciliar os princípios constitucionais aparentemente divergentes com o advento da Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas, a qual, portanto, teria excluído relativamente de seu âmbito as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Manual de direito tributário*. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. 22ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências comentada*. 3. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 17ª ed., 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, volume 3*. 7ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19ª ed. – São Paulo: Atlas, 2006.

FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas. Comentários sistemáticos. Primeira e Segunda Partes*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 683, 19 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6632>>. Acesso em: 03 mar. 2008.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2006.

GOMES, Fábio Bellote. *Elementos de direito administrativo*. Barueri: Manole,

2006.

GONÇALVES, Maria Gabriela Venturoti Perrotta Rios; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes; AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Delcio Balestro; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio; ANGERAMI, Alberto. *Direito administrativo sistematizado*. São Paulo: Método, 2007.

PERIN JUNIOR, Écio. *Curso de direito falimentar e recuperação de empresas*. 3ª ed. – São Paulo: Editora Método, 2006.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Recuperação e falência . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 704, 9 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6835>>. Acesso em: 03 mar. 2008.

ULHOA, Daniel da Silva. Falência das sociedades de economia mista: impossibilidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3745>>. Acesso em: 03 mar. 2008.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas* (coord. PAIVA, Luiz Fernando Valente de). São Paulo: Quartier Latin, 2005.