**(In)constitucionalidade do instituto da falência às sociedades de economia mista e às empresas públicas**

Lorena de Viveiros Rios[[1]](#footnote-1)

Lorena Marques Pinheiro[[2]](#footnote-2)

Mariana Miranda Cordeiro[[3]](#footnote-3)

Sumário: 1INTRODUÇÃO. 2 CONCEITOS PRINCIPAIS. 2.1 Instituto da falência. 2.2 Sociedade de Economia Mista. 2.3 Empresa Pública. 3 EVOLUÇÃO DOS ASPECTOS FALIMENTAR DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E EMPRESAS PÚBLICAS. 4 CONTROVÉRSIA JURÍDICA: POSICIONAMENTOS. 4.1 A favor: possibilidade de aplicação da falência à Sociedade de Economia Mista e Empresa Pública. 4.2 A contrário: impossibilidade de aplicação da falência à Sociedade de Economia Mista e Empresa Pública. 4.3 A favor: da realização da distinção entre estatais prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividade econômica. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS; Referências.

**RESUMO**

O presente trabalho aborda a temática da possibilidade ou não de sujeição das sociedades de economia mista e empresas públicas ao instituto falimentar. Não obstante a previsão legal na lei falimentar exclua tais empresas estatais de sua aplicação, grande parte da doutrina questiona a constitucionalidade delas serem excluídas, visto que as sociedades de economia mista e as empresas públicas exploradas de atividade econômica podem ser equiparadas constitucionalmente às empresas privadas no que tange às obrigações civis e comerciais destas. Portanto, para a construção e apresentação deste trabalho, é indispensável a explanação de conceitos fundamentais que se relacionam à falência, à sociedade de economia mista, bem como, à empresa pública. Em seguida, analisa-se a evolução legal dos aspectos falimentares, observando os aspectos pertinentes à estas empresas em questão. Por fim, levanta-se as posições doutrinárias mais relevantes, explicitando-as e apresentando o que difere uma da outra. Dessa forma, analisando os principais argumentos adotados pelos juristas que defendem suas correntes, pode-se concluir que, majoritariamente, há a sujeição das sociedades de economia mista e das empresas públicas de atividade econômica ao regime da lei falimentar.

**PALAVRAS-CHAVES:** INSTITUTO FALIMENTAR. SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. EMPRESAS PÚBLICAS. SUJEIÇÃO.

**1 INTRODUÇÃO**

As sociedades de economia mista e as empresas públicas foram concebidas como instrumento de atuação do Estado, pelos quais o poder público poderia indiretamente prestar serviços públicos e explorar atividades econômicas sob um regime jurídico especial, diferente do regime aplicado ao direito público. Entretanto, a opção de situar tais empresas no meio, ou seja, com características do regime jurídico do direito público e do direito privado, tornou-se necessário a realização de definições no que tange às normas e princípios que regulam, precisamente, tais entes quando eles estão exercendo suas atividades.

A partir desse contexto, o presente trabalho tem como finalidade a apresentação da discussão doutrinária que envolve acerca da possibilidade ou não da sujeição ao instituto falimentar das empresas públicas e das sociedades de economia mista, visto que sua exclusão pode ser caracterizado uma inconstitucionalidade segundo grande parte da doutrina, pois, tais empresas podem ser equiparadas constitucionalmente às empresas privadas no que se refere às obrigações civis e comerciais realizadas por estas.

Foi com a Lei n.º 11.101/05, que é a atual Lei de Falências, que se inseriu em seu art. 2º, inciso I, a impossibilidade da falência dessas empresas estatais, ou seja, criou-se a previsão legal que impossibilitaria sua aplicação às sociedades de economia mista e às empresas públicas. Todavia, na contramão dessa Lei infraconstitucional, existe sustentação hermenêutica baseada em dispositivo constitucional, no art. 173 da CF, que possibilitaria a falência dessas empresas públicas da administração indireta, que realizam atividade econômica.

A temática constitui-se em uma tentativa de destacar os aspectos mais relevantes desse assunto, uma vez que a discussão jurídica em comento é muito complexa, e poucos se aventuraram a exercer uma análise sobre a temática. Trata-se, assim, uma questão insuficientemente apreciada pela doutrina e pela jurisprudência. Então, este trabalho dividiu-se em três capítulos. No primeiro capítulo, há a explanação dos conceitos fundamentais ao embasamento do motivo que gerou a discussão doutrinária, ou seja, perpassa pelos conceitos de instituto falimentar, de sociedade de economia mista, bem como, de empresa pública. Já no segundo capítulo, há explanação fica por conta da análise da evolução legal do regime falimentar, bem como, dos aspectos que a lei envolve os entes que estão sendo estudados através deste trabalho. Por fim, no terceiro capítulo, há as posições doutrinárias mais relevantes acerca da possibilidade ou não da aplicação do instituto falimentar às sociedades de economia mista e às empresas públicas, uma vez que perpassa também por questões constitucionais.

Dessa forma, a análise afigura-se relevante, pois se destina a analisar a (in) constitucionalidade do art. 2, I, da Lei Falimentar numa interpretação sistemática com o art. 173, §1º, da CF, bem como apresentar a posição doutrinária majoritária entre os posicionamentos explanados que detém de maior relevância, possibilitando, assim, uma solução para essa questão de grande discussão tanto na órbita do Direito Empresarial como do Direito Administrativo.

**2 CONCEITOS PRINCIPAIS**

Por mais que a temática sugira que não há sentido se falar em falência em sociedade de economia mista e em empresa pública, tais entes vem sendo submetidos à procedimentos executórios perante o Judiciário.

Estes entes são geridos pelo Estado por apresentarem como objetivo o interesse público da criação e manutenção das mesmas. De acordo com o art. 5° do Decreto-Lei 200/67, as sociedades de economia mista e as empresas públicas funcionam como instrumento para que o Poder Público atue perante a esfera privada, submetendo-se a um regime jurídico especial onde são constituídas sob a maneira de pessoas jurídicas de direito privado.

Desse modo, cabe as observações quanto a tais entes, bem como, o instituto falimentar a fim de embasar acerca da (im)possibilidade de sujeição dessas empresas à falência.

2.1 Instituto da falência

A falência pode ser entendida como o processo judicial de execução do patrimônio do devedor-empresário-falido. Envolvendo todos os seus credores, bem como os seus bens, estando eles passivo e ou ativo. Importando na sua totalidade.

Segundo Rocha (2012, p. 15), este instituto pode ser concebido pela ideia de afastamento da individualidade de execução que funciona como regra, uma vez que a soma de todos os bens do devedor pode ser inferior ao débito deste, sendo assim, injusto, tendo como agravante o fator de que não há discriminação dos credores levando-se em consideração as necessidades de cada um e o que fora compactuado com o devedor, por derradeiro, não tratam de maneira igual os titulares de créditos que detém uma mesma natureza.

Pode destacar como as principais finalidades da falência: a) fazer com que todos os credores possuam uma situação igual, proporcionando a satisfação conforme aos créditos de cada credor, é o que consta na teoria da par condicio creditorum; b) o saneamento através do meio empresarial, a fim de amenizar os prejuízos que decorrem para com o meio social;
e c) proteger o crédito individual de cada credor do devedor específico e o crédito público para auxiliar e possibilitar o desenvolvimento e a proteção da economia nacional.

É indispensável ressaltar que para a instauração do processo falimentar há 3 pressuposto que devem ser observados: 1) o devedor tem que ser empresário ou sociedade empresária (nem todas sociedades estão sujeitas à falência), conforme previsão legislativa, 2) que a sua situação se configura como de insolvência e 3) que haja sentença declaratória de falência, por estarmos diante de um processo.

Frisa-se que nem todas sociedades empresárias estão sujeitas à falência, e, as que estão excluídas deste instituto não podem ser submetidas ao processo falimentar. Rocha (2012, p. 16) continua sua explanação contribuindo que "a sociedade empresária excluída parcialmente, em determinados casos discriminados por lei, pode ter ser patrimônio concursalmente executado por via da falência" com base na classificação disciplinada pelo renomado Fábio Ulhoa, que engrandece esta sua classificação ressaltando "que ambas as hipóteses de exclusão, quando ainda se tratar de devedor empresário, não submetem o agente ao regime de insolvência civil” (2008, p.196).

Para fins de decretação da falência, basta que ocorra um dos fatos abarcados pela lei, de forma que o pressuposto da insolvência acabar por ser considerado como uma presunção absoluta de insolvência pela lei falimentar, conforme consagra o dispositivo art. 97, I e III, da Lei de Falência. Ou seja, basta a demonstração da impontualidade injustificada (hipóteses elencadas no art. 96), da execução frustrada ou do ato de falência para que se decrete a falência, independente do patrimônio ativo seja superior ao passivo. Bem como, sem a demonstração dos pressupostos pertinentes ao instituto falimentar, não será instaurado o concurso de credores, mesmo que o patrimônio passivo da mesma venha a superar o ativo. Portanto, vislumbra-se uma presunção.

Conforme preceitua Coelho (2010, p. 255), os atos de falência tem correspondência com os comportamentos normalmente exercidos pela sociedade empresária que se encontra em insolvência econômica, e, nesse contexto, a lei presume com caráter absoluto a insolvência da sociedade devedora. Possibilitando, assim, a instauração da execução concursal. Tais hipóteses são disciplinadas pelo art. 94, em seus incisos.

2.2 Sociedade de Economia Mista

A sociedade de economia mista está inserida na administração pública indireta, sendo configurada pelo dispositivo: art. 5º, III, do Decreto-lei 200/67, tendo como regime jurídico o disciplinado pelo direito privado. Mesmo que só a União esteja expressa pelo Decreto-lei 200/67, o seu campo de atuação é capaz de alcançar todos os entes federativos.

Para que uma sociedade de economia mista seja criada é indispensável uma autorização prévia existente em alguma lei, como dispõe o art. 37 em seu inciso XIX, da CF, e tem seus efeitos definidos (fato posterior à EC n. 19/98). Vale ressaltar que pode preexistir a lei, sem que haja qualquer criação de ente desta natureza. Para que a sociedade de economia nasça é necessário seu reconhecimento através do arquivamento dos seus atos constitutivos no Registro do Comércio. Para que seja estabelecida a caracterização de uma sociedade de economia mista é importante observar: a)a presença do Estado como acionista majoritário, b) uma lei que autorize a sua criação.

Valer ressaltar que a sociedade de economia mista demanda conjunção de capitais de pessoas governamentais com capitais particulares. Como dispõe Xavier (2006, p. 3): "é necessário excluir da noção de sociedade de economia mista a referência à 'exploração de atividade econômica', levando em consideração as inúmeras prestadoras de serviços públicos desta categoria". Como exemplifica o autor, com a Telecomunicações Brasileiras S/A (TELEBRÁS), que possuía a coordenação deste setor na sociedade brasileira, onde exercia atividade que conforme o texto constitucional anterior aduz à atividade que só poderia ser prestada pela União ou passível de ser concedida a empresa que ficaria sob controle acionário estatal.

Na hipótese de uma sociedade de economia mista controlar outra sociedade, quando obtém maioria do capital volante, não há enquadrará como sociedade de economia, uma vez que não dispensa a disposição legal para tal criação. Além de tais fatores que a disciplina, ela será revestida obrigatoriamente sob a forma de uma sociedade anônima e, como tal, será sempre mercantil, tendo com isso, seu objeto de atuação estar amoldado aos ditames constitucionais.

 As principais características das sociedades de economia mista podem ser resumidas como: Participação do capital público ao lado do capital privado, participação administrativa do poder público, a estrutura de direito privado sob a forma de sociedade anônima e variável interesse público em conciliação com o privado definido pelo próprio poder público em diploma legal específico. Desse modo, identifica-se o ânimo associativo nas sociedades mistas bem distinto das demais formas societárias, uma vez que nelas se fundem os elementos integrantes do ato de comércio. Identificados como mediação, o fito de lucro, bem como, o bem comum que é levado como principal premissa, onde o estado o adota, a fim de evitar toda injusta especulação dos sócios e clientes bem servidos, uma vez que todos nesta relação estão inserido no que dita compor a coletividade, e é àquelas a ser defendida. De todo modo, prevalece perante a doutrina que o interesse público deve ser bem definido na lei instituidora.

2.3 Empresa Pública

Primeiramente, há a exigência, pelo ordenamento brasileiro, que as empresas públicas se revistam de uma das formas possíveis para empresas privadas. Como características pode-se destacar: autonomia administrativa, liberdade de atuação mercantil na prática de atos do comércio, a contabilidade privada específica, o controle, a fiscalização limitada, a responsabilidade social perante a terceiros e a execução da garantia patrimonial.

Tratando-se autonomia, pode gerar um problema: até que ponto vai a liberdade de ação administrativa?. É importante considerar a possibilidade de delegados da administração púbica ou dos ministérios com autoridades superiores, onde os administradores estariam obrigados a aplicar sempre o padrão público de pessoal ou de execução de trabalho, e, assim, remete-se quando comportaria a sujeição à legislação trabalhista e à legislação comercial. Nesse caso, busca-se a solução no princípio da comercialidade que se faz presente na empresa pública.

As Empresas públicas possuem suas diretrizes e programas de metas traçadas pelo governo, onde são fixadas dentro do planejamento geral de suas realizações. Devendo tais entes optarem pelas formas mais práticas e eficientes para atingir seus. Além de se encontrarem submetidas ao regime jurídico privada, como, por exemplo, a necessidade de existir uma lei prévia que autorize sua criação. Já por sua distinção, a empresa pública, segundo Xavier (2006, p. 5), é que "seu capital deverá ser eminentemente público, o que poderá acarretar na unipessoalidade, bastando para tanto que apenas um ente federativo seja o acionista ou sócio detentor de todas as ações ou cotas.". Tal peculiaridade não desencadeia uma regra, então, há a possibilidade de dois entes federativos associar-se e da admissão da existência de capital privado, onde continuar o autor explicitando que, configura-se na hipótese de haver como acionista uma sociedade de economia mista ou até mesmo uma empresa pública, onde ambas são pessoas jurídicas de direito privado.

Uma distinção perante à sociedade de economia é que a empresa pública encontra-se livre para constituir-se sob qualquer um dos modelos societários existentes, desde que atente à necessidade de seu objeto inserir-se pelos ditames constitucionais.

Com base no art. 1º do Decreto-lei 900, 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", onde poderá ser revestida através de qualquer forma administrativa. Já em observância do art. 5º desse mesmo Decreto-lei, estatui-se que “desde que a maioria o capital votante permaneça de propriedade da União, será admitida, no capital da empresa pública, a participação de outras pessoas jurídicas de Direito Público interno, bem como de entidades da Administração indireta da União, dos Estados, Distrito Federal e Município”. Por derradeiro, as empresas públicas são aquelas que possuem capital integral da União, mas no que se refere a sua maioria.

Vale ressaltar que é possível que a "maioria" não seja, necessariamente, da União, mas também de uma autarquia, outra empresa pública ou sociedade de economia mista, que sejam suas, em detrimento ao capital remanescente da própria União, de algum Estado federado, bem como, de algum Município ou entidade da Administração indireta destes. Tendo em poder da União uma direta prevalência acionária.

Pela definição de empresa pública que detém a característica de “exploração de atividade econômica”, baseando-se nos ditames constitucionais, o Poder Público só poderá exercer tal atividade de forma excepcional, uma vez que a exploração da atividade econômica é pertinente aos particulares, tipicamente de iniciativa privada. Dessa forma, quando o Estado a exerce acaba por atuar em campo alheio, como consta no art. 170, caput, e particularmente, nos incisos II e IV, e parágrafo único, bem como no art. 173.

Em suma, consuma-se dois tipos de empresas públicas: as exploradoras de atividades econômicas e as prestadoras de serviços públicos, sendo que o regime da primeira é mais próximo daquele aplicado às empresas privadas. Já as prestadoras de serviços, haverá uma influência maior dos princípios e normas de Direito Público. De todo modo que os regimes jurídicos destas empresas públicas não são idênticos.

**3 EVOLUÇÃO DOS ASPECTOS FALIMENTAR DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E EMPRESAS PÚBLICAS**

Com base no Decreto Lei 7.661/45, que era a antiga Lei de Falências, não havia menção à falência das sociedades de economia mista e das empresas públicas, o que fazia jus à busca doutrinária para que se chegasse a um entendimento se as estatais estariam ou não abrangidas pelo instituto falimentar. Pode-se dizer que a norma que faz alusão à falência de concessionárias de serviços públicos é a Lei 8.987/95, que regulamenta o artigo 175, da Constituição vigente. Nessa Lei Infraconstitucional, em seu art. 35, VI, constava que a falência é uma das formas para dar fim a uma concessão, logo haveria imediata assunção do serviço pelo poder concedente e os bens seriam revertidos com base na necessidade para que o serviço concedido ao poder público continuasse.

Um dispositivo que levantou discussões acerca da temática era o art. 242 da Lei de Sociedades Anônimas, n. 6.404/76, que já fora revogado. Dispunha que as companhias de economia mista não se sujeitariam à falência, entretanto, os seus bens eram passíveis de penhora, podendo ser executados também, bem como, a pessoa jurídica que às controlavam respectivamente, respondiam de forma subsidiária às suas devidas obrigações.

Assim, havia os que concordava com a aplicação do dispositivo, como Requião, que defendia que “ a pessoa jurídica que a controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações” (1993, p. 55). Deixando uma única saída para o Estado assumir: dissolver o ente criado, quando percebesse que a falência de tais companhias estavam próxima. Já os que discordavam, partiam da dispensabilidade deste artigo, uma vez que a falência não poderia vir a atingir as estatais, com base na interpretação do art. 173, da CF, que já as excluía, indiferentemente qual fosse o ramo de atuação da companhia. Aqui, ela é doutrinariamente exemplificada com os ensinamentos de Souto (2000, p. 117-118), que ensina:

 Ora, por óbvio tal linha não pode prevalecer diante da empresa pública (ainda que não mencionada na Lei de S/A) e da sociedade de economia mista, porque criadas por lei (ato do Poder Legislativo em parceira – na iniciativa e na sanção – com o Poder Executivo) para atendimento de um relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, conceitos que não podem ser afastados por ato do Judiciário para satisfação de um interesse privado.

Ou seja, para os adeptos da inaplicação do dispositivo supracitado, para que haja exclusão da estatais é através de lei somente, e há possibilidade de o Estado intervir na economia, entretanto, só em casos excepcionais e que estejam expressamente previstos na CF/88. E como as empresas públicas e as sociedades de economia mista só podem ser criadas por lei (art. 37, XIX, da CF), por decorrência lógica só poderiam ser dissolvidas por lei também.

Em suma, grande parte da doutrina, entendia que o art. 242 da Lei de S/A não poderia ser aplicado de maneira uniforme a qualquer sociedade de economia mista, tendo necessidade de observar se a estatal era ou não concessionária de serviço público. Aquelas que não o fossem, poderiam sujeitar-se à falência, e a entidade criadora não responderia, de maneira alguma pelas obrigações pertinentes à companhia. E daí decorre o problema de saber se, a partir da natureza mercantil, podem vir a serem excluídas por conta do instituto falimentar. Compete que a solução não pode ser dada de caráter uniforme, nem para as sociedades de economia mista, nem para as empresas públicas.

A partir das indagações que foram surgindo nesse contexto houve necessidade do regulamento por lei do estatuto jurídico das sociedades de economia mistas e das empresas públicas, que é o que dispõe o art. 173, §1º, da CF, prevendo as diferenças de regime entre as empresas que tem a forma de prestadoras de serviços públicos e as destinadas a explorar a atividade econômica stricto sensu.

 Com a Lei 11.101/05, que é a atual Lei de Falências, há expressa menção às sociedades de economia mista e às empresas públicas, em seu art. 2º, I. Com base nesse dispositivo, há o entendimento de que o legislador afasta a incidência do instituto falimentar às empresas públicas e sociedades de economia mista, de maneira categórica. Por derradeiro, iniciou-se a polêmica acerca da natureza jurídica de tais entes empresariais e os motivos para que sejam tratadas diferentes. O principal fundamento consiste no princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, que interfere em vários âmbitos jurídicos para com a sociedade certo, como o Direito Administrativo, e, assim, propôs que tais empresas fossem reguladas por legislação especial oriunda deste ramo jurídico.

É sabido o impasse que há no que tange a aplicação ou não do instituto falimentar às sociedades de economia mista e às empresas públicas. Tal fator será melhor trabalhado nas linhas que se seguem. Pelo art. 173, da CF/88, há a finalidade de evitar que as estatais logrem disputar o mercado em que atuam com algum tipo de vantagem sobre quaisquer outras empresas privadas. E isso aconteceria se a ideia de que as estatais não podem falir fosse pacífica e seguisse restritivamente o texto da atual Lei de Falências. Com isso, é indispensável estabelecer uma diferença entre as empresas constituídas para prestar serviço público das que possuem o objeto de explorar a atividade econômica, uma vez que quando uma estatal tem sua atuação explorando o serviço público, não se pode enquadrar, para efeitos constitucionais, como atividade econômica. O fato é que, no Brasil, essa diferença é esquecida em detrimento dessas sociedades de economia mista e as empresas públicas desempenharem um importante papel: o de instrumento que viabiliza a finalidade estatal econômica.

É a partir da leitura do art. 173, §1º, II, da CF, que se pode concluir que as sociedades de economia mista e a empresas públicas que exploram atividade econômica destinada, conforme o próprio caput, à iniciativa privada sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas. E, segundo Zago (?, p. 7), "se o comando constitucional é no sentido da aplicação de tais normas, inadmissível é afastá-las por meio de lei infraconstitucional". Sendo assim, a fim de interpretar um dispositivo como este em questão, é necessário analisar todo o sistema constitucional que o corrobora, levando-se em conta a realidade histórica do contexto vigente. Ainda mais pelo pressuposto constitucional de supremacia diante dos demais atos normativos no âmbito estatal.

Assim, analisando o art. 173, da CF, verifica-se que o escopo dessa norma constitucional visa assegurar a livre concorrência, impedimento 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 à atividade econômica na mesma área ou em área semelhante. E havendo essa extensão do regime jurídico próprio das empresas privadas às empresas públicas e sociedades de economia mista, a consequência lógica seria a obrigatória inclusão das mesmas no regime jurídico do instituto falimentar, uma vez que tal legislação dispõe sobre direitos e obrigações comerciais. Entretanto, há quem admita que o Estado desempenhe atividade econômica sem reconhecer a possibilidade de falência, desencadeando no incentiva à incompetência, bem como no comprometimento da livre concorrência. É importante salientar, com base nos ensinamentos de Meyer (2006, p. 24), que "o mesmo não se dirá, entretanto, quanto à sociedade de economia mista e as empresas públicas que tenham como objeto a prestação de um serviço público.", onde, neste caso, é regulado pelo art. 175, onde dispõe "sobre a forma indireta de exploração de atividade dessa natureza- concessão ou permissão", estabelecendo que a lei ordinária fixe o regime jurídico aplicável as empresas concessionárias ou permissionárias,uma vez que estas se distanciam das empresas mercantis. Outros motivos que as diferenciam aqui é a exigência da continuidade da prestação dos serviços públicos visando aos interesses coletivos definidos em lei quando necessários aos imperativos da segurança nacional.

 Há comercialistas, como Coelho, que sequer admitem a possibilidade de tais entes irem à falência, que, ao comentar a nova Lei de Falência dispõe: "no art. 2°, a exclusão completa e absoluta dessas sociedades. Em relação às hipóteses albergadas no inciso I, isso é verdade desde logo. A sociedade de economia mista e a empresa pública não estão em nenhuma hipótese sujeitas à falência, nem podem pleitear a recuperação judicial" (2010, p.27). Todavia, considerando os dispositivos constitucionais, em especial os arts. 173 e 175, no sentido de se estabelecer distinção entre as empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentindo estrito e as empresas estatais prestadoras de serviço público, para definir o regime jurídico aplicável, há dúvidas quanto a constitucionalidade da regra que exclui do regime falimentar, sem fazer algumas ressalvas, as sociedades de economia mista e as empresas públicas exploradoras de atividade econômica. Como ressalva, pode-se destacar os bens afetados à prestação desse serviço, e que, desse modo, poderia ser uma forma de validar tal norma, pois, levando-se em consideração tais bens haveria uma harmonia com o sistema constitucional vigente.

De todo modo, tendo uma interpretação sistemática, há eventual inconstitucionalidade do disposto no art. 2º, I, da Lei 11.101/05 frente ao art. 173, §1º, II da CF. Uma vez que esse último mandamento equipara as sociedades de economia mista e as empresas públicas de natureza empresarial às demais empresas privadas, aludindo expressamente ao direito comercial, dentro do qual se situa a nova Lei de Falências. Destarte, seguindo ainda os ensinamento de Zago, "vislumbra-se certa incoerência da Lei 11.101/05 quanto à possibilidade da falência para as empresas do âmbito privado e a não possibilidade da falência para as sociedades de economia mista e empresas públicas que explorem a atividade econômica stricto sensu de produção ou comercialização de bens ou de prestações de serviços." (?, p.14). Indispensável, portanto, é a análise do sistema constitucional vigente, que deduz uma interpretação da questão falimentar das empresas estatais perpassando pela diferença na forma em que atuam.

**4 CONTROVÉRSIA JURÍDICA: POSICIONAMENTOS**

Por mais que neste trabalho seja adotada preferencialmente a inconstitucionalidade da aplicação do instituto da falência às sociedades de economia mista e às empresas públicas, é indispensável analisar os principais posicionamentos, no que tange os seus fundamentos disciplinados.

Com base no art. 2°, I, da nova Lei de Falência, há a incompatibilidade deste instituto com o conteúdo constitucional, uma vez que estas empresas não podem ter sua falência decretada. Acontece que deve ser atendido o interesse público, como consta o art. 238 da Lei 6.404/76, capaz de legitimar e justificar a criação e a manutenção de tais empresas estatais.

Ocorre que o instituto da falência engloba apenas alguns agentes dentro do mercado, desencadeando uma disputa com certa diferença de armas, o que assim vai em sentido contrário ao que preza o interesse público: a livre concorrência com oportunidades iguais. Tais disparidades entre os agentes podem ser observadas quando houver necessidade de usufruir das ferramentais, onde "a empresa pública é inalcançável pelo processo de falência, enquanto as outras continuam passíveis de sua decretação" (MARQUES, ?, ?), sendo claro o desrespeito ao princípio da isonomia.

4.1 À favor: possibilidade de aplicação da falência à Sociedade de Economia Mista e Empresa Pública

Este posicionamento é o defendido por Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. O principal fundamento que vislumbra a possibilidade de aplicação da falência à Sociedade de Economia Mista e Empresa Pública consiste na natureza jurídica destes entes: pessoa jurídica de direito privado, a teor do que dispõe a legislação, bem como, a mera forma empresarial, a Administração Pública Indireta. E sujeitando-as à falência, seria uma maneira de resguardar os credores da insistência do Estado de não atentar as suas recapitalizações.

Mister é essencial voltar ao período em que havia responsabilidade subsidiária pelo Poder Público pelo cumprimento das obrigações inadimplentes pela entidade estatal, conforme constava o art. 242 da Lei de S/A. Uma vez revogado tal dispositivo, além de excluir a possibilidade de demandar contra o Poder Público, a atual Lei de Falência vedou a instauração da execução concursal contra as sociedades de economia mista e as empresas públicas, gerando risco de possíveis injustiças contras os credores que possuem créditos de uma mesma natureza.

Então, seguir restritivamente a disposição da lei falimentar, corrobora na criação de um regime jurídico injusto e inconstitucional. Com base nas justificativas que serão desenvolvidas posteriormente.

4.2 Ao contrário: impossibilidade de aplicação da falência à Sociedade de Economia Mista e Empresa Pública

O posicionamento contrário ao de Haroldo fica por conta de parte da doutrina que se liga ao texto normativo disposto na Lei de Falência, em seu art. 2°, que exclui completa e absolutamente esses entes da submissão à falência. Para muitos adeptos deste posicionamento o simples texto legal basta para encerrar o assunto da possibilidade ou não da aplicação deste instituto às sociedades de economia mista e às empresas públicas.

Há muitos doutrinadores adeptos à não aplicação que distinguem dentro das hipóteses elencados pelo art. 2°, hipóteses de exclusão relativa e absoluta no que tange à incidência das normas contidas neste diploma legal. Por derradeiro desta divisão, entendem que a exclusão absoluta é exercida pela reserva legislativa feita às sociedades de economia mista e às empresas públicas, como sugere Negrão (2005, p. 68), ao dispor que são excluídas da aplicação do regime falimentar de maneira absoluta três hipóteses: as duas previstas no art. 2°, I, da Lei Falimentar em contento, que aborda os entes deste trabalho, e a há prevista no inciso II deste mesmo artigo, que é a entidade de previdência complementar.

É importante salientar que os defensores desta corrente defendem que a exclusão das sociedades de economia mista e das empresas públicas é anterior a atual lei de falências, por tratar de regimes jurídicos, principalmente, no que consiste à titularidade do capital majoritário ou integral destes entes, que são incompatíveis, e que só fez ser acolhida posteriormente pelo legislador ao editar a Lei de Recuperação Judicial e de Falência.

Outro fundamento é que sujeitar ao regime falimentar tais entes em questão possibilita que a responsabilidade subsidiária do Poder Público coloque-as em situação jurídica de vantagem em relação as empresas privadas em geral, uma vez que o Poder Público acaba por garanti-las que sejam sempre solventes, tornando-as, consequentemente, mais atraentes aos investidores em relação as empresas privadas.

4.3 À favor: da realização da distinção entre estatais prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividade econômica

O posicionamento desta doutrina é bastante difundida, pois, há uma peculiaridade a ser observada: para as sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica podem decretar a falência, uma vez que distingue a natureza do campo de atuação dessas empresas estatais. Deixando de lado o dispositivo da Lei de Falência, o art. 2°, por entenderem que tal exclusão refere-se a tais entes que tem como natureza de atuação a prestação de serviços públicos.

O critério adotada para embasar tal corrente é extraído da própria Constituição Federal, que distinguem quais estatais estariam submetidas ao regime jurídico de direito privado e, assim, sujeitando-se ao regime falimentar. De acordo com o texto constitucional, as estatais exploradoras de atividades econômicas são os entes que se sujeitam ao regime jurídico próprio das empresas privadas, e, assim, também à falência.

A leitura do art. 5°, I e II, do Decreto-Lei n. 200/67, posteriormente modificada sua redação pelo Decreto- Lei n. 900/69, analisa que as sociedades de economia mista e as empresas públicas foram conceituadas como entes criados por lei para a exploração de atividade econômica. Sendo assim, seria inconstitucional excluí-las de maneira absoluta. Sendo necessário afastar a aplicação do regime falimentar a essas empresas que não tem por natureza a prestação de serviços públicos. Uma vez que, em sentido amplo, as sociedades de economia mista e as empresas públicas foram concebidas a fim de facilitar o Estado a exploração de atividade econômica, mediante a prestação de serviço público ou exploração direta de atividade econômica pelo Estado.

**5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Por fim, mediante a análise dos argumentos aqui elencados, verificamos que a Lei 11.101, de 9-2-2005 carrega em se bojo, certos vícios de inconstitucionalidade, quando enuncia em seu art. 2º, inc. I, a exclusão de sua aplicação às empresa públicas e ás sociedades de economia mista, visto que a Constituição Federal prevê claramente, em seu art. 173, § 1º, II que e a empresa pública e a sociedade de economia mista deverão obedecer ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. E, deste modo, podem e devem sujeitar-se ao regime falimentar.

Assim, só seria razoável que Nova Lei de Falências dispusesse que quando se tratar de questões pertinentes aos direitos e obrigações comerciais, tanto a empresa pública quanto a sociedade de economia mista devem estar sujeitas a um só regime, uma vez que por força do dispositivo constitucional, ambas estariam sujeitas ao regime jurídico próprio que as empresas privadas possuem.

**REFERÊNCIAS**

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*.*5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas: (Lei n. 11.101, de 9-2-2005). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_.Curso de Direito Comercial, v. 3.: direito de empresa.11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARQUES, Márcio Campos. A inconstitucionalidade do art. 2°, I, da Lei 11.101/2005. Via Jus. São Luís, ?. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2263&idAreaSel=1&seeArt=Yes. Acesso em 12 de out. 2015.

MEYER, José Alexandre Corrêa. A sociedade de economia mista e sua exclusão da nova lei de falências. In: SANTOS, Paulo Penalva ... [et al.]. (Coord.). A nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei 11.101/05. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NEGRÃO, Ricardo. Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e de falências: Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. São Paulo: Saraiva, 2005.

REQUIÃO, Rubens. Curso de direito falimentar. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

ROCHA, Caio Prado. Análise da aplicabilidade dos institutos da falência e da recuperação judicial às empresas públicas e sociedades de economia mista. Porto Alegre: 2012. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/67388/000872507.pdf?sequence=1>. Acesso em 10 de out. 2015.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Aspectos do planejamento econômico. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

XAVIER, Thiago Nogueira. Sociedade de Economia Mista e Empresa Pública: Aspectos relevantes no Direito Empresarial brasileiro. São Paulo, 2006. Disponível em: < http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33438-43018-1-PB.pdf>. Acesso em: 06 de out. 2015.

ZAGO, Felipe do Canto. A falência das empresas públicas e das sociedades de economia mista. ?, ?. Disponível em: <http://mrz.adv.br/adm/app/fotos/file\_53ad672b3f21c.pdf>. Acesso em: 10 de out. 2015.

1. Autora [↑](#footnote-ref-1)
2. Autora [↑](#footnote-ref-2)
3. Autora [↑](#footnote-ref-3)