**A FALÊNCIA DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA E EMPRESA PÚBLICA**: Da (in)constitucionalidade do artigo 2º, I, da Lei nº 11.101/2005[[1]](#footnote-1)

*Carolina de Albuquerque Leda Carvalho*

*Louise Santos Almeida*

*Jéssica Mesquita Rodrigues*

*Gabriel Rodrigues Oliveira de Santana*

Resumo; 1 Introdução; 2 Conceito de falência, sociedade de economia mista e empresa pública; 3 Controvérsias acerca dos efeitos da (im)possibilidade de decretação de falência da sociedade de economia mista e da empresa pública; 3.1 Do posicionamento contrário à sujeição das estatais ao regime falimentar; 3.2 Do posicionamento favorável à sujeição das estatais ao regime falimentar; 4 Da controvérsia Jurídica; 4.1 Possível solução para a controvérsia entre a lei nº 11.101/2005 e o artigo 173, §1º, da Constituição Federal; 5 Considerações finais; Referências

**RESUMO**

O presente trabalho cuida da análise da (in)constitucionalidade do artigo 2ª, I, da Lei nº 11.101/2005. Tal lei trás expressamente a exclusão das empresas públicas e sociedades de economia mista aos regimes falimentares e de recuperação de empresas. Faz-se uso dos conceitos de falência, sociedade de economia mista e empresa pública, fundamentais para o estudo do tema. Discute-se a constitucionalidade do referido dispositivo legal devido a equiparação constitucional feita das empresas públicas e sociedades de economia mista, criadas em prol do interesse público, às atividades realizadas por empresas privadas, no que se refere às obrigações civis e comerciais. Leva-se em consideração os posicionamentos doutrinários acerca do tema, pelo sopesamento de argumentos, com o intuito de encontrar o equilíbrio entre a Lei 11.101/05 e o artigo 173, § 1º da Constituição Federal. Utiliza-se, por fim, como solução para tal controvérsia, a interpretação da Lei de Falências conforme os ditames constitucionais, ou seja, quando tratar-se de atividade com caráter publico, não há o que se falar na sujeição ao regime falimentar, no contrário, quando tratar-se de prestação de serviço privado haverá sujeição ao regime falimentar.

**Palavras-chave:** (In)constitucionalidade. Art. 2º, II, Lei 11.101/05. Empresa pública. Sociedade de economia mista.

**1 INTRODUÇÃO**

As empresas públicas e as sociedades de economia mista são empresas estatais, com isso, diz-se que o Estado possui controle acionário. Empresas públicas são empresas de direito privado que integram a Administração Indireta, instituídas pelo Estado, mediante autorização de lei especifica, com destinação de capital à execução de serviços igualmente públicos e a exploração de atividades de natureza econômica. A Caixa Econômica Federal é um exemplo de empresa publica.

Tanto a empresa pública como a sociedade de economia mista submete-se inteiramente ao regime de direito privado, nem inteiramente ao de direito público., são regidas pelo direito privado, sobretudo no que tange aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, não podendo gozar de privilégios não extensíveis às empresas do setor privado, pela observância do artigo 173, §§ 1º e 2º da Constituição Federal

Há na doutrina uma parte que defende a impossibilidade de sujeição das empresas estatais ao regime falimentar, com fundamento de que as sociedades de economia mista e as empresas públicas têm como objeto a prestação de um serviço público. Enquanto, outra parte da doutrina entende que as sociedades de economia mista e a empresas públicas que exploram atividade econômica destinada pelo próprio caput à iniciativa privada sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, logo é possível sua sujeição a regime falimentar.

**2 CONCEITO DE FALÊNCIA, SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA E EMPRESA PÚBLICA**

De acordo com o art. 173 da Constituição Federal de 1988, com a ressalva dos casos previstos em lei, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definido em lei. É tal dispositivo que garante ao Estado a possibilidade de explorar diretamente áreas econômicas, desde que obedecidos os requisitos presentes no artigo supracitado.

Antes de iniciar-se a análise de um instituto jurídico, faz-se necessário expor seu respectivo conceito. Entende-se por falência o procedimento pelo qual declara-se a insolvência empresarial ao mesmo tempo que procura solucioná-la, propondo-se a liquidar o patrimônio ativo e saldando, nos limites da força deste, o patrimônio do falido. (MAMEDE, 2009). Deste conceito, depreende-se que falido é todo aquele que não realiza o pagamento, no vencimento, de obrigação liquida e certa, sem justificativa para tanto.

No que se refere às finalidades da falência, considerando-se esta como um instituto jurídico que tem por objetivo **garantir aos credores do comerciante insolvente**, assim, considerado aquele cujo passivo é superior ao patrimônio, ou seja, cujos os bens são insuficientes para saldar seus débitos, objetiva-se primordialmente a concretização da *par conditio creditorum*, possibilitando que todos os credores fiquem em condições de igualdade. Ademais, o saneamento do meio empresarial e a proteção dos créditos individuais de cada credor, bem como o credito da sociedade empresarial atingida como um todo, também são objetivados pela decretação de falência. (ALMEIDA, 2013)

Há divergências doutrinarias a cerca da natureza jurídica da falência, a maioria compartilha, todavia, do entendimento de que trata-se a falência de execução processual coletiva, realizada em juízo, presidida por autoridade competente, qual seja, o juiz. O processo de falência possui natureza preponderantemente executória, refere-se a execução sumária que visa a declaração da falência e fixação do período suspeito de dado empresário ou sociedade empresarial. (BATALHA, 1996).

Sabe-se que as empresas públicas e as sociedades de economia mista são empresas estatais, com isso, diz-se que o Estado possui controle acionário. Empresas públicas são empresas de direito privado que integram a Administração Indireta, instituídas pelo Estado, mediante autorização de lei especifica, com destinação de capital à execução de serviços igualmente públicos e a exploração de atividades de natureza econômica. A Caixa Econômica Federal é um exemplo de empresa publica. (ALEXANDRINO; PAULO, 2009).

Sociedade de economia mista refere-se ao seu capital de natureza dúplice, por assim dizer, metade possui origem publica e a outra é privada. Segundo Carvalho Filho, para que uma pessoa jurídica atenda aos requisitos da economia mista é imprescindível que possua capital preponderantemente público no sentido de que ao Estado compete a sua administração. Trata-se, desta forma, de sociedades por ações, que são adequadas para atividades empresariais. Suas ações são distribuídas entre o governo e demais particulares inseridos na relação empresarial, com o objetivo de reforçar o empreendimento a que se propõem. (2010).

Empresa pública não se confunde com sociedade de economia mista, ambas possuem requisitos próprios. A principal e mais evidente diferença, de cunho estritamente constitucional, encontra-se no fato de a primeira ser composta por capitais exclusivamente públicos, ao passo que a segunda será composta por capitais híbridos, de natureza pública e privada. Dito isto, tem-se que nenhuma delas submete-seinteiramente ao regime de direito privado, nem inteiramente ao de direito público. Segundo Bastos (2010), são regidas pelo direito privado, sobretudo no que tange aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, não podendo gozar de privilégios não extensíveis às empresas do setor privado, pela observância do artigo 173, §§ 1º e 2º da Constituição Federal.

Fica evidente, desta forma, que as sociedades de economia mista e as empresas publicas possuem um regime jurídico um tanto especial. De acordo com o Decreto Lei n. 200 de 25 de Fevereiro de 1967, art. 5º, considera-se:

II - Empresa Pública a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por fôrça de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969)

III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969)

**3 CONTROVÉRSIAS ACERCA DA (IM)POSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DE FALÊNCIA DA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA E DA EMPRESA PÚBLICA**

O decreto-lei 7661/45 já previa a impossibilidade da falência tanto das Sociedades de Economia Mista, como das Empresas Públicas. A Nova Lei de Falências também excluiu, em seu artigo 2º, inciso I, a possibilidade das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista a virem a ter sua falência decretada. A partir da edição da Lei nº 11.101/2005 surgiu uma discussão acerca da constitucionalidade ou não do art. 2º, inciso I, da Nova Lei de Falências que declara a impossibilidade de uma Empresa Pública ou de uma Sociedade de Economia Mista falirem. E muitos doutrinadores entendem que a Nova Lei de Recuperação Judicial e Falências trouxe consigo um enorme retrocesso. (BUENO, 2009).

Revogado pelo artigo 10 da Lei nº 10.303/2001, o artigo 242 da Lei 6.404/1976 estabelecia o principio da imunidade ao processo de falência das sociedades de economia mista. Tal princípio encontrava fundamento na própria exposição de motivos da lei, onde resguardava-se o interesse público, impedia-se desta forma, que a administração da sociedade viesse a ser realizada por terceiros. (CARVALHOSA, 2002)

Indaga-se qual seria a melhor interpretação a se conferir ao artigo 2º, inciso I, da nova Lei de Falências, que, peremptoriamente e sem nenhuma ressalva, exclui da sua aplicação as sociedades de economia mista e as empresas públicas. É antiga a discussão quanto à sua sujeição ao regime falimentar, que, em virtude do revogado artigo 242 da Lei 6.404/76, já existia antes mesmo da entrada em vigor da atual constituição.

Uma satisfatória análise da questão passa necessariamente pela verificação do tipo de atividade exercida pela empresa estatal, até porque do texto constitucional se extrai, sem qualquer traço de dúvida, que o objeto das sociedades de economia mista e das empresas públicas pode abranger, além da exploração de atividade econômica em sentido estrito (art. 173), a prestação de serviços públicos (art. 175). Diante disto, cabe analisar os efeitos de considerar-se tanto a inconstitucionalidade, quanto a constitucionalidade do artigo 2º, inciso I da Lei 11.101/05.

**3.1 Do posicionamento contrário a sujeição das estatais ao regime falimentar**

Inicialmente, é importante destacar, que o posicionamento a ser exposto é o que melhor se adéqua à Lei 11.101/05. O art. 2º, I, como já mencionado, tratou de cuidar da exclusão das sociedades de economia mista e empresas públicas.

O posicionamento do autor Newton de Lucca (2005) torna-se interessante. O mesmo defende a total impossibilidade das empresas supracitadas sujeitarem-se à falência, por outro lado, vê a possibilidade de utilização dos mecanismos da recuperação judicial. Tem-se também, doutrinariamente, falando, a classificação da exclusão promovida pela Lei de Falências em exclusão total e parcial, estando às estatais submetidas à primeira.

José Alexandre Corrêa Meyer (2006), ao defender a impossibilidade de sujeitar-se as empresas estatais analisadas ao regime falimentar, elucida que as sociedades de economia mista e as empresas públicas que tenham como objeto a prestação de um serviço público. Não foi por propósito que o parágrafo primeiro do artigo 173 da Constituição da República não faz referência às empresas que exploram atividade econômica de prestação de serviços públicos, tais entidades têm o seu regramento estabelecido no artigo 175, que ao dispor sobre a forma indireta de exploração de atividade dessa natureza (concessão ou permissão) remete para a lei ordinária à fixação do regime jurídico aplicável as empresas concessionárias ou permissionárias.

A necessidade de se estabelecer distinção entre o regime jurídico aplicável às sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos e aquele próprio das que atuam na área da iniciativa privada se justifica pela evidente presença e predominância do interesse público naquelas. (MEYER, 2006)

Justen Filho (2009) ensina que a falência é “uma causa de dissolução da empresa derivada da insolvência, visando à liquidação de seu patrimônio, ao pagamento de seus credores em situação de igualdade e à posterior extinção. Não pode haver falência de empresa estatal, porque somente a lei pode determinar sua criação, dissolução ou extinção.” O autor ainda defende que é incompatível com as empresas estatais a realização da falência pelo fato de que, nesses casos, o controle da empresa deverá ser transferido para um particular designado como administrador judicial para dirigir os atos finais da entidade. Sendo assim, suspende-se o controle dos sócios da falida, entregando a condução de suas atividades a um particular. Além disso, o Estado tem responsabilidade subsidiária, o que torna impossível a realização do procedimento da falência nos moldes definidos na lei de gestão do instituto.

Quando o interesse dos credores da empresa prevalece em detrimento ao interesse público, ou melhor, quando não há mais “relevante interesse coletivo”, a privatização torna-se dever decorrente do principio da livre iniciativa, com previsão constitucional – art. 2º, IV, CF – acarretando para o Estado o dever de abstenção. (SOUTO, 2004).

Porém, os autores que defendem a impossibilidade de sujeição das estatais ao regime falimentar, reconhecem que, em prol do interesse público, encontrando-se as sociedades de economia mista e empresas públicas em apuros, deverá o Estado socorrê-las, porque, este ultimo tem total interesse na continuidade da prestação de serviços públicos, evitando a penhora e execução de seus bens e sua posterior responsabilidade subsidiaria.

**3.2 Do posicionamento favorável a sujeição das estatais ao regime falimentar**

É da leitura do artigo 173, §1º, inciso II, da CF, que se pode extrair a conclusão de que as sociedades de economia mista e a empresas públicas que exploram atividade econômica destinada pelo próprio caput à iniciativa privada sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

O mesmo autor esclarece, quanto à análise do art. 173, da CF, onde se verifica que a finalidade dessa norma constitucional visou 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 à atividade econômica na mesma área ou em área semelhante. É de se inferir que, a maneira da previsão constitucional, há extensão às empresas públicas e sociedades de economia mista do regime jurídico próprio das empresas privadas, como consequência disso seria a obrigatória inclusão das citadas empresas no regime jurídico-falimentar, pois a legislação de recuperação de empresas dispõe sobre direitos e obrigações comerciais. Admitir que o Estado desempenhe atividade econômica sem reconhecer a possibilidade de falência, além de coroar e incentivar a incompetência, importa em diferenciação injustificável, capaz de comprometer a livre concorrência e impor restrições à liberdade de iniciativa. (ZAGO, 2010)

Além do mais, tal entendimento é coerente com a própria justificativa apresentada quando da votação da Lei 10.303/01. O art. 173, da CF, permite a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, restando ao legislador ordinário à definição quanto ao significado e à correta aplicação dos termos segurança nacional e relevante interesse coletivo. E se o Poder Público opta por se valer da organização em forma societária para o exercício de atividade puramente econômica, em regime de franca concorrência com as companhias privadas, teria ele que se submeter às mesmas regras a elas aplicáveis. (ZAGO, 2010)

A sujeição das estatais ao regime da falência funciona na verdade, como uma espécie de proteção aos credores, no que se refere a possibilidade do Estado de não recapitalizar a insolvente empresa pública ou sociedade de economia mista. A responsabilidade subsidiária do Poder Público para com os credores das estatais inadimplentes fora excluída com revogação do artigo 242 da Lei das Sociedades Anônimas. A atual Lei de Falência e Recuperação Judicial, vedou, por sua vez, a possibilidade de demandar-se de forma concursal tais empresas, prejudicando os credores. (VERÇOSA, 2011).

Segundo Verçosa (2011), o Estado, uma vez que, as empresas públicas bem como as sociedades de economia mista são criadas em prol do interesse público, não poderia permitir que os credores de empresas com controle exercido por ele próprio se vissem desamparados. Tem-se com isso, que a insolvência da entidade estatal representa a possibilidade de má gestão, o que ocasiona a violação da função social dela e do principio da administração pública, ou, por outro lado, não há o que se falar em interesse publico, e, pela aplicação do principio da moralidade da administração publica teríamos a liquidação da empresa em questão por parte do Estado, resultando na quitação das obrigações que restavam pendentes com os credores.

A revogação do art. 242 da Lei das Sociedades Anônimas, representa verdadeira violação ao principio da moralidade do direito administrativo. O Estado, nas palavras de Verçosa (2011): “[...] tirou com uma mão e não devolveu com a outra”. Por fim, considerar a inconstitucionalidade do art. 2º, I da Lei 11.101/05 parece o mais correto a ser feito, logo, entendimento contrario resultaria na incapacidade dos credores utilizarem outra via judicial que não fosse o ajuizamento de ações individuais para a satisfação dos seus créditos, respondendo o Poder Publico por, no máximo, por abuso de poder na função de controlar as sociedades de economia mista, a própria administração publica restaria comprometida, uma vez que,o Estado estaria impedido de recorrer aos sistemas de recuperação judicial ou extrajudicial de tais entidades, por incompatibilidade entre os regimes.

**4 DA CONTROVÉRSIA JURÍDICA**

Durante a vigência do decreto-lei nº 7661/45 e antes da edição da Lei 11.101/2005, que é a Nova Lei de Falências, o artigo 242 da Lei 6404, Lei de Sociedades Anônimas, já havia sido revogado pela Lei 10.303, de 31 de Outubro de 2001. O artigo 242 da Lei das Sociedades Anônimas assim dispunha: “As companhias de Economia Mista não estão sujeitas a falência, mas os seus bens são penhoráveis e executáveis, e a pessoa jurídica que a controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações.” A partir da edição da Lei nº 11.101/2005 surgiu uma discussão acerca da constitucionalidade ou não do art. 2º, inciso I, da Nova Lei de Falências que declara a impossibilidade de uma Empresa Pública ou de uma Sociedade de Economia Mista falirem.

Deve-se primordialmente esclarecer, segundo a Constituição Federal, que funções ocupam as Sociedades de Economia Mista e as Empresas Públicas de serem prestadoras de serviços públicos concedidos pelo ente federativo titular do serviço, ou delegadas deste serviço pelo ente público que tenha competência para tal e de exercerem atividade econômica quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, dentre as quais obviamente estão as atividades econômicas monopolizadas pela União, elencadas no artigo 177 da Constituição Federal de 1988. (BUENO, 2009)

Tal exclusão prevista indiretamente no artigo 242 da Lei das S/A, passou a ter sua constitucionalidade questionada, em específico no que se referia às “estatais” que explorassem atividade econômica.

MEIRELLES (2001, p. 343), no que permeava as empresas formadas com capital inteiramente público ou a maioria dele, já asseverava:

Quanto à penhorabilidade dos bens das estatais exploradoras de atividade econômica, prevista no artigo revogado da Lei das Sociedades Anônimas, seguindo interpretação adequada ao texto constitucional, pensamos que esta se mantém possível. Assim, os bens públicos recebidos pelas empresas estatais para a formação de seu patrimônio e os adquiridos no desempenho de suas atividades passam a constituir outra característica de bens públicos, sob administração particular da empresa a qual foram incorporados, para consecução de seus fins estatutários.

O Ministro do STF do Eros Grau expôs sua posição pela aplicação da lei falimentar às empresas públicas e sociedade de economia mista apenas que exercem atividade econômica e não quando prestam serviço público E, mesmo antes de se tornar Ministro do Supremo Tribunal Federal, não era divergente seu posicionamento:

[...] o Estado não pratica intervenção quando presta serviço público ou regula a prestação de serviço público. Atua, no caso, em área de sua própria titularidade, na esfera pública. Por isso mesmo dir-se-á que o vocábulo intervenção é, no contexto, mais correto do que a expressão atuação estatal: intervenção expressa atuação estatal em área de titularidade do setor privado; atuação estatal, simplesmente, expressa significado mais amplo. Pois é certo que essa expressão, quando não qualificada conota inclusive atuação na esfera do público. (GRAU, p. 124-134, 2000).

Deve-se questionar ainda o princípio da infalibilidade do Estado e da Soberania Estatal, uma vez que a Empresa Pública tem capital inteiramente do Estado e a Sociedade de Economia Mista é controlada por ele. Não é fácil um Estado Democrático de Direito a aceitação de que a administração indireta e, por vias transversas, o próprio Estado, pudesse ter a sua falência decretada. O que acaba por remeter e a questionar Princípios Constitucionais expressamente citados na Constituição, como o da Moralidade Administrativa. Pois, quando um ente com controle Estatal deixar de adimplir compromissos assumidos fere o princípio da Moralidade Administrativa. Assim, a falta de pagamento ou descumprimento de obrigação assumida não se coaduna com os princípios estatuídos na Constituição. (BUENO, 2009)

Não seria justo que uma Sociedade de Economia Mista ou uma Empresa Pública que explorasse atividade eminentemente econômica pudesse se beneficiar do fato de, por ser controlada pelo Estado e não pudesse ter seus bens penhorados, quando do inadimplemento de obrigação contraída. Assim, admitir que o Estado desempenhe atividade econômica sem reconhecer a possibilidade de falência, além de coroar e incentivar a incompetência, importa em diferenciação injustificável, capaz de comprometer a livre concorrência e impor restrições à liberdade de iniciativa. Por outro lado, aceitar que o Estado como criador de tais “empresas” responda subsidiariamente por seus débitos não deve ser mais aceitável, pois mais uma vez, mesmo que indiretamente, os cidadãos estariam pagando pela má utilização do dinheiro público que não é, senão, o dinheiro de todos os brasileiros. Em relação ao tema Bandeira de Mello (p. 178 e 179, 2002) é contundente:

Com relação às exploradoras de atividade econômica, nem a lei poderia excluí-las de sujeição à falência, assim como não poderia estabelecer responsabilidade subsidiária do Poder Público. Isto porque, quando a Constituição atribui-lhes regime correspondente ao das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciai, etc (§1º, II, do artigo 173 da CF), pretendeu evitar que tais sujeitos desfrutassem de uma situação jurídica suscetível de colocá-las em vantagem em relação às empresas privadas em geral.

Enquanto em relação às empresas públicas ou sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, o entendimento é o oposto, pois utilizadas como instrumentos do Estado para a consecução do interesse público, não há que se falar em aplicabilidade de normas de direito privado, em processo falimentar ou em qualquer fato ou ato jurídico que impeça a continuidade da prestação dos serviços aludidos. Alguns doutrinadores ainda poderiam discordar sob a possibilidade de falência na hipótese de tais entidades serem prestadoras de serviços públicos, mas a doutrina, de majoritariamente, estava sintonizada ao admitir que aquelas que exercessem atividades econômicas pudessem falir. (BUENO, 2009). O que foi corroborado pelo Superior Tribunal de Justiça, na medida em que admitiu a penhora dos bens de Sociedade de Economia Mista ou Empresa Pública que exercessem atividade econômica:

Processo Civil. Execução de Título Extrajudicial; Penhora em Bens de Sociedade de Economia Mista que presta Serviço. A sociedade de economia mista tem personalidade jurídica de direito Privado e está sujeita, quanto à cobrança de seus débitos, ao regime comum das sociedades em geral, nada importando o fato de que preste serviço público; só não lhe podem ser penhorados bens que estejam diretamente comprometidos com a prestação do serviço público; só podem ser penhorados bens que estejam diretamente comprometidos com a prestação de serviço público. Recurso especial conhecido e provido. (RESP 176078/SP, Segunda da Turma do STJ, Relator Min. Ari Pargendler. DJ de 08/03/1999, página 00200).

**4.1 Solução para a controvérsia entre a lei nº 11.101/2005 e o artigo 173, §1º, da constituição federal**

É da leitura do artigo 173, §1º, inciso II, da CF, que se pode extrair a conclusão de que as sociedades de economia mista e a empresas públicas que exploram atividade econômica destinada pelo próprio *caput* à iniciativa privada sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas. Quando discorre sobre interpretação a ser conferida ao dispositivo constitucional, Maria Sylvia Di Pietro (2010, p. 444) se declara pela sujeição de tais entidades exploradoras de atividade econômica em sentido estrito àquele regime jurídico, resumindo: "Estas normas são a regra; o direito público é a exceção e, como tal, deve ser interpretado restritivamente". Se o comando constitucional é no sentido da aplicação de tais normas, inadmissível é afastá-las por meio de lei infraconstitucional.

A função social da sociedade de economia mista deve ser reconhecida, pois seu objetivo não é meramente lucrativo, já que deve atender ao interesse público que justificou sua criação. Contudo a Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 é claro ao aplicar a isonomia das empresas privadas, pelo que se conclui que o citado artigo da nova lei falimentar viola a Lei Maior. “Mesmo quem, em tese, não concorda com a sujeição das sociedades de economia mista à lei falimentar, deve reconhecer a inconstitucionalidade em razão do preceito da Carta Magna.” (XAVIER, 2006)

O entendimento mais razoável seria de que o artigo 2º, I, da Lei 11.101/2005 deve sofrer interpretação conforme a Constituição. Pois, nesse sentido passa-se a entender que a legislação, ao afastar a incidência do regime falimentar para as empresas estatais, quis definir somente que tal regime não se aplica às empresas estatais que atuem na prestação de serviços públicos. Logo, a legislação de falências não pode se aplicas às empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviço, sendo impossível a concorrência de credores. Todavia, há doutrina, no que diz respeito às empresas estatais que exploram atividade econômica, que será plenamente aplicável o regime de falências e recuperação em observância ao disposto na Carta Magna. (CARVALHO, 2014)

Celso Antônio Bandeira de Melo (2009) dispõe:

Quando se tratar de exploradoras de atividade econômica, 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 descobertos, pois, se o fizesse, estaria oferecendo-lhes um respaldo que não desfrutam as demais empresas privadas.

**5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Portanto, a Nova Lei de Falências excluiu, em seu artigo 2º, inciso I, a possibilidade das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista a virem a ter sua falência decretada, o que gerou discussões acerca de sua constitucionalidade.

Pois, como visto, há doutrina que defende a impossibilidade de sujeição das empresas estatais ao regime falimentar, com fundamento de que as sociedades de economia mista e as empresas públicas têm como objeto a prestação de um serviço público. Enquanto, outra parte da doutrina entende que as sociedades de economia mista e a empresas públicas que exploram atividade econômica destinada pelo próprio caput à iniciativa privada sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, logo é possível sua sujeição a regime falimentar.

Contudo, o entendimento mais razoável é que a Lei de Falência deve sofrer interpretações conforme a Constituição. Em que a possível inconstitucionalidade da norma falimentar passa necessariamente por uma análise da diferenciação da finalidade das sociedades de economia mista e das empresas públicas: se prestam serviço público, concedido pelo ente federativo titular do serviço, ou se exercem atividade econômica, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo. Havendo, neste segundo caso, sujeição ao regime falimentar, enquanto naquele, não.

**REFERÊNCIAS**

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado** – 17. ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de Falência e Concordata, 27ª Ed. Saraiva, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Falências e Concordatas**. 2ª Ed. São Paulo. Editora LTr, 1996.

BRASIL, STJ. **RESP 176078/SP**, Segunda da Turma do STJ, Relator Min. Ari Pargendler. DJ de 08/03/1999, página 00200.

BUENO, Ana C. A. A falência e as sociedades de economia mista e empresas públicas. **Revista Adir.** Minas Gerais: 2009. Disponível em: < http://www.revistadir.mcampos.br/PRODUCAOCIENTIFICA/artigos/anacristinaalvaresbuenofalenciasociedadeseconomiamistaempresaspublicas.pdf>. Acesso em: 01 de Out. 2015

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direto** – 23. ed. Rev., ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. **A Nova Lei das S/A**. São Paulo: Saraiva, 2002

CARVALHO, Matheus. Se aplica a lei de falência às empresas públicas? **Juspodvim.** Curitiba: 2014.

DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. **Comentários a Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanela. **Direito administrativo.** 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisas**. São Paulo: Atlas, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2000,

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Forum, 14ª ed. 2009.

MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**. 3ª Edição. São Paulo: Atlas S.A., 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 26ª ed., 2009.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

VERÇOSA, Haroldo Duclerc. **Curso de Direito Comercial**. Vol. 3. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011

XAVIER, Thiago Nogueira. Sociedade de economia mista e empresa pública: aspectos relevantes no Direito Empresarial Brasileiro. **Egov.** São Paulo: 2006. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33438-43018-1-PB.pdf>. Acesso em: 08 de Out. 2015

ZAGO, Felipe do Canto. **A falência das empresas públicas e das sociedades de economia mista**. Jus Navigandi**.** Teresina: 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/18021/a-falencia-das-empresas-publicas-e-das-sociedades-de-economia-mista>. Acesso em: 14 de Set. 2015

1. [↑](#footnote-ref-1)