



Unidade de Ensino Superior Dom Bosco

## A FALÊNCIA DE SOCIEDADE ECONOMICA MISTA E EMPRESA PÚBLICA: AS POSSIBILIDADES DE FALÊNCIA DA EMPRESA PÚBLICA<sup>1</sup>

Ana Carolina de Sousa da Silva<sup>2</sup>  
Mariane Pinheiro Ferreira<sup>2</sup>  
Núbia Danielly Damous Barros<sup>2</sup>  
José Humberto Gomes de Oliveira<sup>3</sup>

**Sumário:** Introdução. 1 Empresa pública. 2 Sociedade empresarial de economia mista; 2.1 Conceito e finalidade; 2.2 Sociedade de Economia mista no Direito Brasileiro; 3 As possibilidades de falência da Empresa Pública: a (in)constitucionalidade do artigo 2º, I da Lei de Falência; 3.1 A constitucionalidade do artigo 2º, I, da Lei 11.101/2005; 3.2 A inconstitucionalidade do artigo 2º, I, da Lei de Falência. Considerações finais. Referências.

### RESUMO

O seguinte artigo discorrerá sobre o que vem a ser uma empresa pública, suas características e funcionamento e discute sobre a constitucionalidade ou não de as empresas públicas exploradoras de atividade econômica poderem falir, uma vez que aplicar-se-á o previsto na Constituição Federal, isto é, as empresas públicas exploradoras de atividade econômica sujeitar-se-ão ao regime jurídico próprio das empresas privadas. O artigo tem, ainda, o intuito de apresentar as discussões acerca da possibilidade ou não da falência das Empresas Públicas, trazida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei de número 11.101/2005, na qual traz em seu art. 2º inciso I, a impossibilidade da falência das Empresas Públicas.

**Palavras-chave:** Falência. Empresa pública. Sociedade de economia mista. Lei 11.101/2005.

- 
1. Paper apresentado à disciplina Recuperação de Empresas, da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB.
  2. Alunas do sexto período do curso de Direito, da UNDB.
  3. Professor, orientador.

## **INTRODUÇÃO**

É sabido que à época do Estado Liberal, a atividade se restringia de maneira quase exclusiva à defesa externa e a segurança interna no exercício da soberania, já que o exercício das funções não carecia de descentralização das atividades administrativas desenvolvidas.

Após atribuição de funções relacionadas aos sujeitos, o Estado social ganha importância e descentralização nas funções administrativas, passando então a distribuir competências para a execução de tarefas. Baseado na Constituição Federal, em seu artigo 173, é de competência do Estado a exploração das áreas econômicas que são de relevante interesse jurídico e para a proteção da segurança nacional, resumindo-se, essa forma de exploração pode se dar através de empresas públicas e sociedades de economia mista.

O artigo tem o intuito de apresentar as era as discussões acerca da possibilidade ou não da falência das Empresas Públicas, trazida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei de número 11.101/2005. Na qual traz em seu art. 2º inciso I, a impossibilidade da falência das Empresas Públicas. Há quem entenda ser este artigo inconstitucional tendo em vista o previsto no art. 173 da CF. Nesse sentido pretendemos verificar as questões relacionadas a possibilidade ou não de falência das Empresas Pública.

Ademais, discorrerá sobre o que vem a ser uma empresa pública, suas características e funcionamento e discute sobre a constitucionalidade ou não de as empresas públicas exploradoras de atividade econômica poderem falir, uma vez que aplicar-se-á o previsto na Constituição Federal, isto é, as empresas públicas exploradoras de atividade econômica sujeitar-se-ão ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

## **1 EMPRESA PÚBLICA**

Acerca da organização da Administração Pública, tem-se o Decreto Lei nº 200, que dispõe sobre a organização Federal, firmando diretrizes para a Reforma Administrativa. Em seu artigo 5º, II, com redação determinada pelo Decreto Lei nº 900 de 1969, temos para fins doutrinários o que se considera Empresa Pública:

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 força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

Diante disto, é fulcral salientar que tal classificação não é pacífica. Segundo Marçal Filho (2006), a “empresa pública é uma pessoa jurídica de direito privado, dotada de forma societária, cujo capital é de titularidade de pessoas de direito público e cujo objeto social é a exploração de atividade econômica ou a prestação de serviço público”.

Destarte, é necessário traçarmos algumas características atinentes à empresa pública. Para isso, a exposição do dispositivo constitucional e infraconstitucional serão auxiliares importantes para que se construa o que aqui será exposto.

VERÇOSA (2005, p. 98 – 103) conceitua: “Toda Empresa Pública é organizada sob a forma de sociedade por ações, em relação a qual todo capital é forçosamente de titularidade do Governo.” Seu diferencial reside na forma de organização e na composição de seu capital. Além disso, a empresa pública só pode ser criada ou extinta por lei, sua administração é própria, seu capital social é público, possuindo patrimônio próprio, tão próprio quanto sua autonomia financeira.

A empresa pública só prestam serviços públicos ou exploram atividade econômica, e o regime jurídico quando direcionado aos seus servidores é o da CLT, sendo vedada a acumulação de cargos, não detendo privilégios fiscais, só sendo possível contratação mediante licitação.

Celso Antônio Bandeira de Mello classifica a empresa pública em dois tipos, como já supracitado: as que exploram atividade econômica e as que prestam serviços públicos. Sendo este primeiro tipo disciplinado de acordo com os entes particulares em virtude do princípio da isonomia e este segundo, a critério das normas de Direito Público.

## **2 SOCIEDADE EMPRESARIAL DE ECONOMIA MISTA**

Como tratado de forma mais abrangente no capítulo anterior, aqui procura-se um maior aprofundamento acerca das diferenças entre Sociedade de Economia Mista e Empresa Pública. Para tanto, frisa-se acerca da natureza jurídica de ambas. Antes de adentrarmos com mais profundidade para a compreensão do instituto Sociedade de Economia Mista, é necessário que, ao conceituarmos, estabeleçamos as suas diferenças com auxílio e embasamento teórico nas doutrinas do Direito Administrativo à luz do ordenamento jurídico vigente no Brasil.

Data vênua, posteriormente, faremos as devidas comparações no texto constitucional para que se construa o entendimento que auxiliará na compreensão das doutrinas apresentadas do ramo do Direito Administrativo, que fazem parte do auxílio ao Estado.

Acerca das suas semelhanças com a Sociedade Anônima leciona Mônica Gusmão:

Diz-se Sociedade Anônima, o tipo de sociedade em que o capital é dividido em ações. A responsabilidade de cada sócio ou acionista limita-se ao preço de emissão das ações subscritas (ações negociadas diretamente com a companhia no momento de sua constituição ou aumento de capital) ou adquiridas (ações negociadas com terceiros). (...) A dissolução da companhia pode ser de pleno direito (pelo término do prazo de duração), por decisão judicial (em caso de falência) ou por decisão de autoridade administrativa competente (nos casos e na forma prevista em lei especial). A companhia dissolvida conserva a sua personalidade jurídica até a sua extinção. Dissolvida passa-se a liquidação (judicial ou extra judicial), em que se realizará o ativo para pagamento do passivo. (GUSMÃO, 2004, p. 200)

Segundo MELLO (2002, p. 197 – 180), a Sociedade de Economia Mista Federal (Estadual) é a pessoa jurídica que tem a criação autorizada por força de Lei, funciona como um instrumento de atuação do Estado, desta forma, o autor frisa que é dotada de personalidade de Direito Privado, entretanto é submetida à regras especiais que decorre de sua natureza auxiliar para a atuação governamental, ela é constituída da mesma forma da Sociedade Anônima, ou seja, suas Ações são dotadas do direito à voto que, em sua maioria, são submetidas ao poder da União.

## **2.1 Conceito e finalidade.**

Antes de se falar sobre o entendimento de Sociedade Empresarial de Economia Mista, é necessário retomarmos as características de empresa pública. Como sabemos, Empresa Pública é Pessoa Jurídica de Direito Privado, constituída por capital exclusivamente público, e assim podendo ser constituída em qualquer uma das modalidades empresariais. As empresas públicas e as sociedades de economia mista são consideradas empresas estatais, ou seja, sociedades empresariais que por competência do Estado, também tem “controle” pelo mesmo. Ainda que de forma indireta, o Estado compõe a administração.

Nesse sentido, a Sociedade Empresarial de Economia Mista, só poderá ser criada, quando tiver a finalidade de prestar serviço público e quando a exploração da atividade econômica requerer relevante interesse coletivo ou imperativo da segurança nacional. Conforme a Constituição Federal no Art. 37, XIX e XX:

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;  
XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada.

Definir um conceito uno para a sociedade empresarial de economia mista não tem sido uma tarefa fácil entre a doutrina, devido a quantidade de elementos que caracterizam esse tipo de sociedade. O que cabe ressaltar é que o entendimento que a característica principal para a composição da sociedade de economia mista, é pacificado, seja ele, a participação estatal na direção desta sociedade reclamada a um interesse público.

É importante destacar que, nas empresas de economia mista, pela lei brasileira, o Estado sempre tem a maior parte das ações. Essas empresas são configuradas como sociedades anônimas, como falado inicialmente neste capítulo. As outras características secundárias e apontáveis, mas não menos importante, da sociedade empresarial de economia mista são: 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.

## **2.2 Sociedade de Economia mista no Direito Brasileiro**

No Brasil, o registro histórico que se tem da criação da primeira sociedade de economia mista empresarial, deu-se pelo Banco do Brasil, em 1808. O príncipe Dom João, outorgou a criação dos estatutos para o novo banco, através de alvará. A coroa era a acionista do novo banco, que inicialmente fora constituída sob a forma de sociedade privada por ações, convertendo-se posteriormente ao primeiro tipo societário de economia mista existente em nosso país. Devido os fatores que a independência do Brasil em 1822, o banco entrou em uma situação de decadência e foi extinto em 1835.

Em 1853, quando foram instituídas as leis que determinavam o governo imperial, o banco do Brasil reapareceu. Com a constituição de 1934, a figura da sociedade de economia mista reapareceu no Brasil. A carta de 1937, determinava que a organização deveria ser feita pelos estados. Dessa forma, concebe-se a ideia de descentralização administrativa da união, para um novo modelo de desenvolvimento do país.

Começam a aparecer as sociedades de economia mista em geral no Brasil, tais como, a Companhia Siderúrgica Nacional no ano de 1941, a tão conhecida Companhia Vale do Rio Doce, Companhia Hidrelétrica do São Francisco, Banco do Nordeste do Brasil, dentre outras. A principal função era gerar renda com a mão de obra e matéria prima nacional. O que possibilitava ao governo maior possibilidade de crescimento e desenvolvimento nacional.

Com o crescimento societário nacional, tentou-se sistematizar o regime de sociedade de economia mista através do decreto lei nº 200 de 1967. A sociedade empresarial de economia mista se insere na esfera da administração pública indireta, estando a sua configuração disposta no inciso III do artigo 5º do Decreto-lei 200/67, ostentando personalidade jurídica de direito privado. No Brasil atualmente, temos como exemplos de sociedade empresarial de economia mista a Petrobras, o Banco do Brasil, o Banco do Nordeste e a Eletrobrás.

### **3 As possibilidades de falência da Empresa Pública: a (in)constitucionalidade do artigo 2º, I da Lei de Falência.**

Atualmente, é cada vez mais comum identificar no Direito um fenômeno chamado Constitucionalização. Este fenômeno é visto em várias áreas do Direito, inclusive na área do direito privado, sendo caracterizado pela superação da dicotomia direito público versus direito privado. Isto ocorre, pois no Brasil, assim como Portugal e Espanha, houve a chamada democratização tardia fazendo com que o processo de constitucionalização seja mais intenso e recente.

Assim, houve o envelhecimento dos Códigos já existentes no ordenamento, levando a um intenso processo de edição de leis e a formação de microssistemas que possuem autonomia em relação ao Código. Diante da nova Constituição e da proliferação dos chamados microssistemas, como, por exemplo, a Lei do Direito Autoral, e recentemente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei das Locações, é forçoso reconhecer que o Código Civil não mais se encontra no centro das relações de direito privado. Tal polo foi deslocado, a partir da consciência da unidade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes normativas, para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento (BODIN, 1993, p.24).

Deste modo, a Constituição passou a ser o centro, de fato, de todo o ordenamento jurídico. E assim, deu-se início a um processo de interpretar todos os ramos do Direito a partir

da Carta Magna vigente, havendo, então, a chamada “descodificação” do Código Civil. Logo, a norma fundamental converte-se sempre por esta via em questão prévia de toda a interpretação, de sorte que nenhuma lei pode ser interpretada isolando-se dela (SILVA, 2001, p. 124). Por isso, entende-se que todo o ordenamento jurídico deve ser visto sob a ótica protetora da Constituição Federal.

### **3.1 A constitucionalidade do artigo 2º, I, da Lei 11.101/2005.**

Em primeiro lugar, a constitucionalidade mencionada neste artigo é referente ao artigo 2º da Lei de Falência e o artigo 173, §1º, II da Constituição Federal. O artigo 2º, I da Lei de Falência afirma que tal diploma não se aplica a empresa pública e a sociedade de economia mista os instrumentos normativos nela contidos. Já o artigo 173, §1º, II da Constituição Federal afirma que ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Diante disto, grande parte da doutrina entende que o instituto da falência não é aplicado as empresas prestadoras de serviços públicos. Explica-se. O principal fundamento apresentando por parte da doutrina que defende a constitucionalidade do artigo supracitado é o fato de os serviços públicos serem essenciais à vida em sociedade e o chamado princípio da continuidade do serviço público. Segundo este princípio, o serviço público deve ser ofertado de forma sempre continua a população que dele necessita, sendo que a sua interrupção é vista como um grande ônus a população em geral. Entretanto, se o Estado for insolvente por conta da interrupção destes serviços públicos, este responderá subsidiariamente pelo débito.

Uma segunda explicação defendida por esta parte da doutrina é a interpretação do caput do artigo 173 da Constituição Federal. Segundo este artigo, a exploração direta de

atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. Em resumo, artigo afirma que apenas em situações excepcionais ocorrerá o descrito acima. E é por isto que se deve analisar o artigo 173, §1º, II da Constituição Federal que fala sobre o regime jurídico sob o qual as empresas públicas devem se submeter. E não podemos esquecer-nos da função social, exercida por empresas deste tipo, pois é esta que justifica um tratamento diferenciado.

Como último argumento, entretanto não exaurindo o tema, evidencia-se o chamado princípio do paralelismo das formas. Explica-se. Segundo tal princípio, o mesmo meio que criou tal empresa pública deverá ser o mesmo meio que irá extingui-la. Logo, a empresa pública só pode ser extinta por meio de lei ou na forma da lei. Daí apreende-se que se não pode decretar a falência de uma empresa pública, visto que esta só pode extinta por ato do Poder Executivo, ou seja, o ato normativo.

### **3.2 A inconstitucionalidade do artigo 2º, I, da Lei de Falência.**

Por outro lado, parte da doutrina defende que o artigo 2º, I da lei de falência não está de acordo com a Constituição Federal. Este argumento apoia-se na ideia de que há uma afronta grave ao princípio da isonomia. A Carta Magna estabelece que as empresas públicas se submetam ao regime jurídico imposto às empresas privadas. Entretanto, a lei 11.101/2005, mais conhecida como lei da falência, estabelece algo diverso daquilo previsto no texto da Constituição, dando-lhes tratamento diferenciado.

É possível notar que o artigo 173 da Constituição refere-se, expressamente, sobre as empresas exploradoras de atividades econômicas sobre as quais o Estado não poderá ser responsabilizado em caso de eventuais danos. Há ainda a previsão de penhora de bens da empresa pública. Logo, faz-se uma reflexão pertinente: se a empresa pública não pode falir – não há decretação de falência – porque o legislador fez tal previsão? Nota-se certa confusão por parte do legislador.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia contida neste artigo surgiu da necessidade de uma discussão mais aberta e maior acerca do tema mencionado: a possibilidade, ou não, da falência de empresas públicas e das sociedades de economia mista. Quando estes tipos de empresas atuam no campo das atividades econômicas, possuindo personalidade jurídica, estas atuam como se particulares fossem.

As empresas estatais só se justificariam quando suas congêneres particulares forem insuficientes para atender à demanda do mercado. O Poder Público só deveria competir com a indústria ou o comércio, por meio das empresas públicas e sociedades de economia mista, quando as atividades fossem necessárias aos imperativos da segurança nacional ou houvesse relevante interesse coletivo, a teor do art. 173, da CF/88 (ZAGO, 2010).

Notou-se, a partir da exposição nos capítulos acima que o legislador enfrentou momentos de certa confusão. Explica-se. É possível encontrar na legislação brasileira artigos os quais versam sobre a impossibilidade de uma empresa pública e de uma sociedade de economia mista falir. Por outro lado, encontra-se disposto na Carta Magna que para estes tipos de empresa não possibilidade de falência.

Para inflamar ainda mais a discussão e acrescentar mais dúvidas a este terreno fértil, o artigo 242 da lei das sociedades anônimas fora revogado. Em seguida, veio a promulgação da nova lei de falência e em seu texto trouxe no artigo 2º, I a menção de que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não serão alcançadas pelas regras falimentares.

**REFERÊNCIAS**

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 179-180.
- BODIN, Maria Celina. **A caminho de um direito civil constitucional**. In: Revista de Direito Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 17, nº 65, julho-setembro de 1993.
- BRASIL. **Vade Mecum Saraiva** / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicolleti. – 15. Ed. Atual. e ampl. – São Paulo: São Paulo, 2013.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Nova Lei de Falência e de Recuperação de Empresas**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 14ª. ed. 1995.
- DUCLERC VERÇOSA, Haroldo Malheiros. **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de empresas**. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 98 - 103.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 124-134.
- GUSMÃO, Mônica. **Direito Empresarial**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Impetus, 2004.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 343.
- SALOME, Alexandre Gonçalves de Sousa. **A recuperação e a falência de empresas consoante normas da Lei nº 11.101/2005**. Visão sistemática. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, 658, 26 abr. 2005. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2163/Falencia-das-empresas-publicas>. Acesso em 20 de outubro de 2015.
- ZAGO, Felipe do Canto. **A falência das empresas públicas e das sociedades de economia mista**. Revista Jus Navigandi, Teresina, [ano 15, n. 2720, 12 dez. 2010](#). Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/18021>>. Acesso em: 20 de outubro de 2015.
- ZANETTI, Robson. **A Nova Lei de "Falências e Concordatas"**. Disponível em <http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/28484/a-nova-lei-de-falencias-e-concordatas>. Acesso em 20 de outubro de 2015.