



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Aplicabilidade da Falência às Sociedades de Economia Mista

Catharina Verboonen

Rio de Janeiro
2016

CATHARINA VERBOONEN

A Aplicabilidade da Falência às Sociedades de Economia Mista.

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2016

A APLICABILIDADE DA FALÊNCIA ÀS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA.

Catharina Verboonen

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Advogada.

Resumo: a Lei n. 11.101/05 trouxe expressa vedação à aplicabilidade da falência às sociedades de economia mista, sem diferenciar as prestadoras de atividade econômica e de serviços públicos. A essência desse trabalho é verificar se essa vedação está de acordo com o artigo 173, § 1º, II da Constituição Federal e se a falência é compatível com o disposto no artigo 37, XIX da Constituição Federal.

Palavras-chave: Direito Empresarial. Falência. Sociedade de Economia Mista.

Sumário: Introdução. 1. (In)constitucionalidade do artigo 2º, I da Lei n. 11.101/2005. 2. (In)compatibilidade da falência com o artigo 37, XIX, da Constituição Federal. 3. (In)aplicabilidade da falência às sociedades de economia mista. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo discute a aplicabilidade da falência às sociedades de economia mista. Procura-se analisar se a vedação legal à aplicação desse instituto seria compatível com a Constituição Federal.

Para isso, serão abordadas posições da doutrina e da jurisprudência, além de contextualizar alterações legislativas que versam sobre o tema.

O artigo 173, parágrafo 1º, da Constituição Federal estabelece que as sociedades de economia mista estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. Há grande discussão na doutrina se essa sujeição englobaria a aplicação da falência às sociedades de economia mista.

A divergência tem origem em uma série de alterações legislativas. O artigo 242 da Lei n. 6.404/76 estabelecia que as sociedades de economia mista não estavam sujeitas à falência. Todavia, esse artigo foi revogado pela Lei n. 10.303/01. Até mesmo antes da revogação desse

artigo, muitos doutrinadores sustentavam que ele não tinha sido recepcionado pelo artigo 173, parágrafo 1º da Constituição Federal.

Posteriormente, a Lei n. 11.101/05 estabeleceu expressamente, em seu artigo 2º, I, que esse diploma legal não é aplicável às sociedades de economia mista e às empresas públicas. Assim, com fundamento no advento dessa nova lei, parte doutrina passou a sustentar a inaplicabilidade da falência às sociedades de economia mista.

Entretanto, respeitável parcela da doutrina passou a entender que o artigo 2º, I, da Lei n. 11.101/05 seria inconstitucional em razão de violação ao artigo 173, parágrafo primeiro, da Constituição Federal, por estabelecer tratamento diferenciado entre empresas privadas e sociedades de economia mista.

A discussão acerca da aplicabilidade da falência às sociedades de economia mista permeia também o questionamento referente à sua aplicação unicamente às sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica ou a todas as sociedades de economia mista, incluindo aquelas prestadoras de serviços públicos.

O tema proposto é de grande importância para o Direito Empresarial e para o Direito Administrativo, mormente em razão de discutir a aplicação de instituto empresarial que objetiva a superação de crise econômica às sociedades de economia mista.

A discussão é também de grande relevância no atual momento histórico, marcado por forte crise econômica e colapso de instituições da Administração Pública, em especial da sociedade de economia mista Petrobras.

Atualmente, o direito falimentar ganhou um novo contorno, preocupando-se com a preservação da empresa e reservando a falência apenas para os devedores que não conseguem se recuperar e não possuem viabilidade econômica.

O primeiro capítulo do presente artigo tem como objetivo analisar se existe incompatibilidade entre o artigo 173, parágrafo 1º, da Constituição Federal, que sujeita as

economias mistas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, e o artigo 2º, I, da Lei n. 11.101/05, que impede a aplicabilidade da falência, instituto próprio de regime jurídico privado, a essas empresas.

Em seguida, no segundo capítulo, será analisado se o artigo 37, XIX da CF constitui óbice à aplicação da falência às sociedades de economia mista. A criação e a extinção de sociedades de economia mista depende de autorização legislativa. Assim, será averiguado se, na hipótese de insolvência das sociedades de economia mista, caberia somente a sua dissolução por meio de lei ou se caberia a aplicação do instituto da falência.

O terceiro capítulo pretende examinar se a falência seria aplicável apenas às sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica ou se seria também aplicável às sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos. Esse capítulo busca argumentar que os institutos não se aplicam às sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos porque seu regime jurídico não está inserido no artigo 173, parágrafo 1º, da Constituição Federal e por causa do princípio da continuidade dos serviços públicos

A pesquisa a ser realizada a seguir utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, descritiva e qualitativa.

1. (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, I, DA LEI N. 11.101/05

Seguindo a tradição dualista das legislações anteriores, a Lei n. 11.101/05¹ adotou dois procedimentos aplicáveis ao devedor insolvente em situação de desequilíbrio patrimonial: a falência e a recuperação judicial.

Segundo Campinho², a falência é a medida judicial aplicável ao devedor insolvente, visando o saneamento do mercado ao eliminar os empresários sem viabilidade de recuperação com observância da *par conditio creditorum*. Já a recuperação judicial é efetivada por meio de uma ação judicial que objetiva a superação da crise econômica do devedor insolvente, realizando uma série de reestruturações financeiras, produtivas, organizacionais e jurídicas.

O artigo 2º, I da Lei n. 11.101/05³ vedou expressamente a aplicação da referida lei às empresas públicas e às sociedades de economia mista. Todavia, cumpre analisar se esse artigo seria compatível com o artigo 173, § 1º, II, da CRFB/88⁴.

As sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado controladas pelo Estado, embora tenham a participação de particulares na constituição de seu capital social. O artigo 173, § 1º, II, da CRFB/88⁵ estabelece expressamente a sua sujeição “ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.

¹ BRASIL. Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 5 de outubro de 2016.

² CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação*: O novo regime da insolvência empresarial. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 8.

³ Vide nota 1

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 5 de outubro de 2016.

⁵ Vide nota 4

Dessa forma, Carvalho Filho⁶ afirma que as sociedades de economia mista não poderiam ter privilégios não estendidos às empresas privadas, sob pena de provocar um desequilíbrio no setor de atuação dessas empresas. Entretanto, devem incidir certas normas de direito público no tocante ao seu controle administrativo, expressamente previstas na legislação, como no caso da fiscalização e controle pelo Congresso Nacional e pelo Tribunal de Contas.

Na visão de Di Pietro⁷, haveria derrogação parcial do direito comum pelo direito público, de forma a manter o vínculo entre o ente instituidor e a entidade descentralizada, pois, “sem isso, deixaria ela de atuar como instrumento de ação do Estado”. Não há mera participação acionária do Estado, mas sim controle da sociedade de economia mista, pois deterá a maioria de seu capital votante.

A doutrina diverge quanto à aplicabilidade da falência às sociedades de economia mista.

Campinho⁸ entende que as sociedades de economia mista não poderiam ser sujeito passivo da falência em razão da expressa vedação legal, sem ponderar, contudo, eventual inconstitucionalidade do artigo 2º, I da Lei n. 11.101/05⁹.

Da mesma forma, Marçal Justen Filho¹⁰ entende que a falência não seria aplicável às sociedades de economia mista, pois essa sociedade somente poderia ser criada ou extinta mediante lei.

Por outro lado, Carvalho Filho¹¹ sustenta que não aplicar a falência às sociedades de economia mista não seria “consentâneo com a *ratio* inspiradora do artigo 173, § 1º, da CF” e “seria uma discriminação não autorizada pelo dispositivo constitucional”. Esse parece ser o

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 522 e 523.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 506.

⁸ CAMPINHO, op. cit., p. 24.

⁹ Vide nota 1

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 298.

¹¹ CARVALHO, op. cit., p. 537.

melhor entendimento, pois a Constituição Federal¹² não permite discriminações não autorizadas entre empresas privadas e sociedades de economia mista.

Igualmente, Celso Antônio Bandeira de Mello¹³ defende que a falência seria aplicável às sociedades de economia mista prestadoras de atividade econômica, em razão do disposto no artigo 173, § 1º, II, da Constituição Federal¹⁴. O referido autor entende que a falência não seria aplicável às sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, tendo em vista que não estão sujeitas ao artigo 173, § 1º, II, da Constituição Federal¹⁵.

Muito embora o regime das sociedades de economia mista seja considerado por muitos doutrinadores como híbrido, deve-se sempre aproximar o seu tratamento jurídico àquele conferido às empresas privadas de forma a ampliar a livre concorrência e homenagear o princípio da isonomia.

Segundo entendimento de Lenza¹⁶, “aquele ato normativo que afrontar qualquer preceito ou princípio da Lei Maior deverá ser declarado inconstitucional, por possuir um vício material”. Assim, o artigo 2º, I da Lei n. 11.101/05¹⁷ padeceria de um vício material de constitucionalidade por violar o disposto no artigo 173, § 1º, da CRFB/88¹⁸, uma vez que confere tratamento desigual às empresas privadas e às sociedades de economia mista.

Dessa forma, apesar de entendimento de parcela da doutrina em sentido contrário, o instituto da falência seria aplicável às sociedades de economia mista em virtude da inconstitucionalidade do artigo 2º, I da Lei n. 11.101/05¹⁹, tendo em vista a violação ao artigo

¹² Vide nota 4

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30a ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 210.

¹⁴ Vide nota 4

¹⁵ Vide nota 4

¹⁶ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 300.

¹⁷ Vide nota 1

¹⁸ Vide nota 4

¹⁹ Vide nota 1

173, § 1º, II, da Constituição Federal²⁰, que estabelece sua sujeição ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto ao Direito Comercial.

2. (IN)COMPATIBILIDADE DA FALÊNCIA COM O ARTIGO 37, XIX DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

As sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado constituídas necessariamente sob a forma de sociedade anônima, cujo capital é público e privado, sendo que a maioria do capital votante é detida pelo Poder Público. Destinam-se à prestação de serviço público ou à prestação de atividade econômica e diferenciam-se das empresas públicas, pois estas possuem capital exclusivamente público e admitem qualquer forma de organização empresarial.

O artigo 37, XIX, da Constituição Federal²¹ estabelece que somente por lei específica poderá ser autorizada a instituição de empresa pública e de sociedade de economia mista. Cumpre ressaltar que a lei apenas autoriza a criação das sociedades de economia mista, que é realizada por meio da inscrição nos autos constitutivos no Registro Público.

A forma de extinção das sociedades de economia mista, por sua vez, foi objeto de alteração ao longo do tempo.

O artigo 178 do Decreto-lei n. 200/67²² estabelecia a possibilidade de dissolução ou incorporação das sociedades de economia mista a outras entidades a critério e por ato do Poder Executivo. O referido dispositivo sempre foi alvo de crítica doutrinária, sob o

²⁰ Vide nota 4

²¹ Vide nota 4

²² BRASIL. Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 5 de outubro de 2016.

fundamento de que estaria atribuindo ao Poder Executivo “a possibilidade de desfazer ato do legislador, sendo, portanto, inconstitucional”²³.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988²⁴, o artigo 61, § 1º, alínea “e”, estabeleceu que é de iniciativa do Presidente da República as leis que criem ou extingam Ministérios e órgãos da administração pública.

Di Pietro²⁵ ressalta que, se para a criação e extinção de órgãos é necessária a edição de lei, seria justificável a exigência de lei para criação e extinção de sociedades de economia mista, pois pertencem à Administração Pública indireta e são pessoas jurídicas distintas do ente que as instituiu.

Por sua vez, Carvalho Filho²⁶ assinala que, pela teoria da simetria, a extinção das sociedades de economia mista dependem de lei autorizadora, pois a Constituição Federal²⁷, no artigo 37, XIX, determina expressamente que sua criação necessita de autorização por meio de lei.

Assim, por conta da necessidade de lei autorizadora para criação e extinção de sociedade de economia mista, parcela da doutrina sustenta que o artigo 37, XIX, da Constituição Federal²⁸ constituiria óbice à aplicação da falência às sociedades de economia mista, porque uma decisão judicial não poderia promover sua extinção já que apenas lei poderia extinguir uma sociedade de economia mista.

Nesse sentido, Campinho²⁹ sustenta que caberia ao Estado a iniciativa de dissolver a sociedade de economia mista insolvente e arcar com o montante necessário para a satisfação dos credores, pois o Estado está obrigado a realizar sua dissolução regular devido aos

²³ DI PIETRO, op. cit., p. 505.

²⁴ Vide nota 4

²⁵ Ibidem.

²⁶ CARVALHO, op. cit., p. 518.

²⁷ Vide nota 4

²⁸ Vide nota 4

²⁹ CAMPINHO, op. cit., p. 24.

princípios da legalidade e da moralidade previstos no artigo 37 da Constituição Federal³⁰. Assim, a dissolução regular dependeria de lei autorizando a extinção da sociedade de economia mista, após o pagamento de todas as dívidas da sociedade.

Igualmente, Marçal Justen Filho entende não ser possível a falência de empresas estatais porque “somente uma lei pode determinar sua criação, dissolução ou extinção”³¹. O autor assinala que a falência representaria uma transferência do controle do falido para o Poder Judiciário, nomeando-se um administrador judicial, o que seria incompatível com a natureza jurídica de uma entidade estatal.

Além disso, Justen Filho³² afirma que a falência de uma empresa estatal seria inútil, pois não seria possível eliminar a responsabilidade subsidiária do ente federativo que a criou pelas suas dívidas. Nos termos do artigo 37, § 6º da Constituição Federal³³, as pessoas jurídicas de direito público são responsáveis pelo funcionamento defeituoso dos serviços estatais, o que englobaria aqueles prestados pelas sociedades de economia mista. Dessa forma, caberia ao ente público controlador da sociedade evitar de todas as maneiras a sua insolvência, sob pena de arcar com os prejuízos causados a terceiros em virtude da responsabilidade civil extracontratual.

O artigo 242 da Lei n. 6.404/76³⁴ estabelecia que as sociedades de economia mista não estavam sujeitas a falência, mas que seus bens eram penhoráveis e executáveis, respondendo subsidiariamente a pessoa jurídica que a controlava pelas suas obrigações. Todavia, o referido artigo foi revogado pela Lei n. 10.303/01³⁵ e a Lei n. 11.101/05³⁶ não reproduziu em seu texto a responsabilidade subsidiária do ente público controlador da sociedade, limitando-se a coibir

³⁰ Vide nota 4

³¹ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 298.

³² Ibidem.

³³ Vide nota 4

³⁴ BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 5 de outubro de 2016.

³⁵ BRASIL. Lei n. 10.303, de 31 de outubro de 2001. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10303.htm>. Acesso em: 5 de outubro de 2016.

³⁶ Vide nota 1

a aplicação da referida lei às sociedades de economia mista e às empresas públicas, nos termos do inciso I do art. 2º da referida lei.

Por outro lado, parcela relevante da doutrina defende a aplicação da falência às sociedades de economia mista, não obstante a vedação do artigo 2º, I da Lei n. 11.101/05³⁷ e a redação do artigo 37, XIX da Constituição Federal³⁸.

Muito embora Carvalho Filho³⁹ entenda que a extinção das sociedades de economia mista dependa de lei autorizadora, o autor reconhece a possibilidade de aplicação da falência às sociedades de economia mista prestadoras de atividade econômica. Assim, o artigo 37, XIX, da Constituição Federal⁴⁰ não constituiria óbice à aplicação da falência para o referido autor porque as sociedades de economia mista deveriam se submeter ao mesmo regime jurídico das empresas privadas quanto ao Direito Empresarial.

Da mesma maneira, Celso Antônio Bandeira de Mello⁴¹ admite a aplicação da falência às sociedades de economia mista prestadoras de atividade econômica, defendendo que o artigo 2º, I da Lei n. 11.101/05⁴² deve ser recebido *cum grano salis*. O autor ressalta que, no caso de sociedade de economia mista prestadora de atividade econômica, “a falência terá curso absolutamente normal, como se de outra entidade mercantil qualquer se tratara”⁴³. Dessa forma, também entende que o artigo 37, XIX, da Constituição Federal⁴⁴ não seria incompatível com a aplicação da falência.

Portanto, apesar de parcela da doutrina entender que o artigo 37, XIX, da Constituição Federal⁴⁵ constitui óbice à falência das sociedades de economia mista, deve-se admitir a

³⁷ Vide nota 1

³⁸ Vide nota 4

³⁹ CARVALHO, op. cit., p. 518.

⁴⁰ Vide nota 4

⁴¹ MELLO, op. cit., 2013, p. 210.

⁴² Vide nota 1

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Vide nota 4

⁴⁵ Vide nota 4

possibilidade de sua aplicação em observância ao artigo 173, § 1º, II da Constituição Federal⁴⁶ para não criar tratamentos desiguais entre sociedades de economia mista e empresas privadas.

3. (IN)APLICABILIDADE DA FALÊNCIA ÀS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Há dois tipos fundamentais de sociedades de economia mista: exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviços públicos ou coordenadoras de obras e demais atividades pública. Os seus regimes jurídicos não são idênticos, apresentando particularidades.

Conforme assinala Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁷, o regime jurídico das sociedades de economia mista prestadoras de atividade econômica deve ser o mais próximo possível das pessoas jurídicas de Direito Privado, para prevenir que se beneficiem de situação vantajosa. O artigo 173, § 1º, II, da Constituição Federal⁴⁸ estabelece que essas sociedades serão reguladas pelo regime próprio das empresas privadas. Todavia, o referido autor assinala que “por força da própria Constituição, vêm-se colhidas por normas ali residentes que impedem a perfeita simetria de regime jurídico entre elas e a generalidade dos sujeitos de Direito Privado”⁴⁹.

Por sua vez, as sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos ou criadas para desenvolver qualquer atividade de índole pública são reguladas por princípios e regras de Direito Público. Cabe destacar que essas sociedades não são titulares da atividade pública, mas apenas do exercício dela.

⁴⁶ Vide nota 4

⁴⁷ MELLO, op. cit., p. 203.

⁴⁸ Vide nota 4

⁴⁹ MELLO, op. cit., p. 205.

Cumprе ressaltar que o artigo 2º, I, da Lei n. 11.101/05⁵⁰ não distinguiu as atividades da sociedade de economia mista. Assim, em uma análise superficial, poder-se-ia concluir que não é aplicável a falência às sociedades de economia mista, independentemente da atividade que realizem.

Todavia, a doutrina distingue as sociedades de economia mista quanto à sua atividade para analisar a aplicabilidade da falência.

Carvalho Filho⁵¹ entende que o artigo 2º, I, da Lei n. 11.101/05⁵² não é compatível com a *ratio* inspiradora do artigo 173, § 1º da Constituição Federal⁵³, pois o mandamento constitucional equiparou as sociedades de economia mista que desempenham atividade empresarial às demais empresas privadas. A sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas incluiu expressamente o Direito Empresarial, dentro do qual está situado o Direito Falimentar.

Dessa forma, não faria sentido admitir a falência das empresas privadas e não a admitir no caso de sociedades de economia mista, sob pena de estabelecer um tratamento desigual entre essas duas entidades.

O artigo 2º, I, da Lei n. 11.101/05⁵⁴ estaria, portanto, maculado por vício material de constitucionalidade, também chamado de nomoestático. Segundo Barroso⁵⁵, “a inconstitucionalidade material expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva entre a lei ou ato normativo e a Constituição”. Pode representar um confronto com uma regra constitucional ou com um princípio constitucional.

⁵⁰ Vide nota 1

⁵¹ CARVALHO, op. cit., p. 537.

⁵² Vide nota 1

⁵³ Vide nota 4

⁵⁴ Vide nota 1

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 29.

Assim, o referido artigo apresenta incompatibilidade com o conteúdo do artigo 173, § 1º da Constituição Federal⁵⁶, por estabelecer um tratamento desigual entre as sociedades de economia mista e as empresas privadas.

Celso Antônio Bandeira de Mello defende a aplicação da falência às sociedades de economia mista prestadoras de atividade econômica, pois “se o artigo 173, § 1º, II da Constituição Federal as equiparou às empresas privadas, aludindo expressamente ao Direito Comercial, a Lei Falimentar não poderia estabelecer tal discriminação excludente sem incidir em inconstitucionalidade”⁵⁷.

Ressalta ainda que não haveria responsabilidade subsidiária do Estado pelos créditos descobertos, pois “estaria oferecendo-lhes um respaldo de que não desfrutam as demais empresas privadas”⁵⁸.

Por outro lado, a doutrina é uníssona quanto à inaplicabilidade da falência às sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos. O artigo 173, § 1º da Constituição Federal⁵⁹ restringe-se às sociedades que desempenham atividade econômica, assim, as sociedades prestadoras de serviços públicos não estão inseridas no referido artigo.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁰ assinala que não é possível aplicar a falência às sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos porque não estão incluídas no artigo 173, § 1º, II, da Constituição Federal⁶¹.

Outrossim, o princípio da continuidade dos serviços públicos impede a falência das sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, tendo em vista que a população não pode ser prejudicada pela sua má administração da entidade nem pode pela cessação do serviço em decorrência da falência.

⁵⁶ Vide nota 4

⁵⁷ MELLO, op. cit., p. 210.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ Vide nota 4

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ Vide nota 4

Cumprе ressaltar que os bens que integram o patrimônio das sociedades de economia mista não integram o domínio público, tendo em vista que, nos termos do artigo 98 do Código Civil⁶², apenas são públicos os bens do domínio nacional que pertençam às pessoa jurídicas de direito público interno. Todavia, os bens das sociedades de economia mista prestadoras de serviços ou obras públicas estão afetados ao serviço ou à obra pública. Dessa forma, não podem ter sua finalidade desvirtuada, pois destinam-se ao atendimento de interesse público.

Os interesses creditícios de terceiro não podem se sobrepor aos interesses da coletividade. Assim, não seria admissível a alienação em hasta pública dos bens da sociedade de economia mista prestadora de serviço público para a penhora e execução judicial inerentes ao procedimento falimentar.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁶³ assinala que, na hipótese de insolvência da sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos, o Estado deverá responder subsidiariamente pelos seus débitos. Os serviços e as obras públicos são atividades típicas do Estado, cabendo este responder quando “exaustas as forças do sujeito que criou para realizá-las”⁶⁴.

Portanto, não obstante a vedação do artigo 2º, I, da Lei n. 11.101/05⁶⁵ e entendimentos doutrinários em sentido contrário, deve-se admitir a aplicação da falência às sociedades de economia mista prestadoras de atividade econômica para não admitir um tratamento diferenciado em relação às sociedades privadas, prestigiando o artigo 173, § 1º, II da Constituição Federal⁶⁶. Por outro lado, não é possível a sua aplicação às sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos.

⁶² BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 5 de outubro de 2016.

⁶³ MELLO, op. cit., p. 211.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Vide nota 1

⁶⁶ Vide nota 4

CONCLUSÃO

A análise da aplicabilidade da falência às sociedades de economia não pode se restringir à vedação trazida pelo artigo 2º, I da Lei n. 11.101/05. Deve ser feita uma interpretação do artigo consoante os preceitos estabelecidos pela Constituição Federal, em especial sob a ótica de seu artigo 173, § 1º, II.

Cumprido ressaltar que a falência é uma forma de preservação de empresa, isto é, da atividade econômica empresária que não se confunde com a figura do falido. O artigo 75 da Lei n. 11.101/05 trata do princípio da preservação da empresa, estabelecendo que, ao afastar o devedor de suas atividades, a falência busca “preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa”.

O artigo 140, I, da Lei n. 11.101/05 estabelece que a alienação de bens deverá seguir uma ordem de preferência, devendo primeiro alienar a empresa com a venda de seus estabelecimentos em bloco. Por sua vez, o inciso II do artigo 141 da Lei n. 11.101/05 estabelece que o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus, não havendo sucessão do arrematante nas obrigações do devedor. Esses dois dispositivos são muito importantes sob o prisma do princípio da preservação da empresa, pois possibilitarão a continuação da atividade empresarial.

Muito embora parcela da doutrina ensine que cabe ao Estado realizar a dissolução regular das sociedades de economia mista devido aos princípios da moralidade e da legalidade, na prática, essa dissolução regular pode se tornar inviável em razão da atual crise econômica.

No panorama hodierno, o Estado brasileiro encontra-se em dificuldade de pagar até mesmo a remuneração de seus funcionários. Dessa forma, é pouco crível um cenário em que o

Estado conseguirá arcar com o montante necessário para a satisfação de todos os credores na hipótese de dissolução de uma sociedade de economia mista. Por esse motivo, a falência torna-se um instrumento atrativo, pois possibilita preservação da empresa por meio de sua alienação com a venda de estabelecimentos em bloco, ainda que acarrete a extinção do empresário.

Além disso, o artigo 2º, I, da Lei n. 11.101/05 está em conflito com o artigo 173, § 1º, II da Constituição Federal, devendo ser declarado inconstitucional, já que as sociedades de economia mista estão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto ao Direito Comercial (o que inclui o Direito Falimentar).

Portanto, apesar de entendimentos doutrinários em sentido contrário, deve-se admitir a aplicabilidade da falência às sociedades de economia mista prestadoras de atividade econômica.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 4 de setembro de 2016.

_____. Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 5 de outubro de 2016.

_____. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 5 de outubro de 2016.

_____. Lei n. 10.303, de 31 de outubro de 2001. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10303.htm>. Acesso em: 5 de outubro de 2016.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 5 de outubro de 2016.

_____. Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 5 de outubro de 2016.

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação da empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012;

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015;

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013;

OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2015;

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012;

ZAGO, Felipe do Canto. *A Falência das Empresas Públicas e das Sociedades de Economia Mista*. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/18021/a-falencia-das-empresas-publicas-e-das-sociedades-de-economia-mista>>. Acesso em: 5 de outubro de 2016.