

A Submissão das Sociedades de Economia Mista e das Empresas Públicas ao Regime Jurídico Falimentar Previsto na Lei 11.101/05

Giovani Magalhães

Mestrando em Direito Constitucional das
Relações Privadas pela UNIFOR.
Especialista em Direito e Processo Tributário
pela UVA.
Especialista em Direito Empresarial pela UECE.
Professor do Curso de Graduação em Direito
da UNIFOR.
Advogado.

Resumo: Este artigo visa analisar a situação jurídica das sociedades de economia mista e das empresas públicas, diante do regime jurídico falimentar previsto na Lei nº 11.101/05. Realiza-se uma retrospectiva histórica a respeito do tema, apresentando as definições e diferenças existentes entre referidas “empresas”. Demonstra-se o modo pelo qual o empresário é definido pelo direito brasileiro, como regra geral, ressaltando, ainda, as exceções a tal definição. Por fim, conclui-se que, ou se dá ao art. 2º, I, da Lei nº 11.101/05 uma interpretação conforme ou deve ser declarado inconstitucional.

Palavras-chave: Sociedade de economia mista. Empresa pública. Regime jurídico falimentar. Submissão. Constitucionalidade.

Introdução

O advento do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/02) e da Nova Lei de Falência (Lei nº 11.101/05) representa uma verdadeira mudança de paradigma para o Direito Comercial Brasileiro. O Direito Comercial, agora, é o direito das empresas. Tão grande foi a referida modificação que se defende, inclusive, a mudança do nome da disciplina para Direito Empresarial.

É sempre bom salientar que não houve, apenas, mudança de nomenclatura, mas que a mudança das diversas nomenclaturas de institutos da disciplina teve por fundamento o novo âmbito do Direito Comercial. O novo âmbito do Direito Comercial (ou do Direito Empresarial, segundo alguns) é formado pelo binômio: atividades empresárias e mercado, cabendo ressaltar que é a organização inerente às atividades de empresário que as distingue das demais atividades econômicas não empresariais. Sob esse prisma, leciona Rachel Sztajn (2004, p. 10):

Mercado e organizações, creio, são o cerne do moderno Direito Comercial. Portanto, os princípios norteadores do Direito Comercial, mesmo com a unificação do direito privado, não afastam a antiga concepção sobre ser ele um direito especial em relação ao direito comum, direito civil, agora, entretanto, não mais relacionado aos atos de comércio, de criação francesa, mas como direito dos mercados e das empresas. Não um direito classista ou corporativista, mas um direito de caráter econômico que replica a microeconomia.

Prova definitiva do que ora se cogita está no próprio Código Civil de 2002. Com efeito, o nome do Livro II, da Parte Especial, denomina-se “Do Direito de Empresa” e não algo como “Do Direito do Empresário”, razão pela qual ousamos discordar de Marlon Tomazette (2008, p. 13) que, possivelmente inspirado em Rubens Requião (2003, p.14), percebe o Direito Empresarial como um “sistema subjetivo moderno”, por estar, segundo o autor, “a concepção centrada em um sujeito, o empresário”. A concepção atual do Direito Comercial está centrada no mencionado binômio.

A Lei nº 11.101/05 teve por finalidade adaptar o direito das empresas em crise, à nova sistemática do Direito Comercial trazida a lume pelo Código Civil de 2002. Referida lei tem a teoria da empresa como seu principal critério informador. Daí inexistir possibilidade de qualquer abordagem de tema que toque no Direito Falimentar descurando-se desta perspectiva.

O que ora se propõe a discutir não é um assunto novo, mas que, em face da Constituição Federal de 1988 e dos dois diplomas legislativos antes

mencionados, ganham contornos novos. Com efeito, a Lei nº 11.101/05 trouxe diversas inovações, dentre as quais, a repristinação de norma anteriormente revogada da Lei nº 6.404/76, ao prever no art. 2º, I, que referida lei não se aplicará às sociedades de economia mista e às empresas públicas. O art. 242, da Lei nº 6.404/76 trazia disposição semelhante, tendo sido revogado pela Lei nº 10.303/01, que retorna, agora, com a Lei nº 11.101/05.

Assim, o presente artigo tem por finalidade responder às seguintes perguntas: o que fazer diante de uma sociedade de economia mista e de uma empresa pública em crise econômico-financeira? Elas devem ter o mesmo tratamento, independentemente da atividade por elas exercida? O art. 2º, I, da Lei nº 11.101/05 é constitucional? Referido dispositivo encontra amparo no Direito de Empresa materializado no Código Civil?

1. Evolução Histórica

As discussões a respeito do tema se tornaram mais profundas e polêmicas, a partir do advento da Lei nº 6.404/76 que em seu art. 242 previa: “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 polêmica da presente discussão tem por foco inicial os arts. 1º e 2º, §1º, da Lei nº 6.404/76 que prevêem respectivamente que “a companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas”; e que “qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio”.

Como as sociedades de economia mista são sociedades necessariamente constituídas sob a forma de sociedade anônima, tem-se que seus acionistas têm a responsabilidade limitada ao preço das ações subscritas ou adquiridas e que, independentemente do objeto social, a sociedade de economia mista, por ser sociedade anônima, é mercantil, devendo, portanto, submeter-se às leis e usos do comércio. É preciso salientar que as discussões a respeito da empresa pública aqui quase inexistiam, vindo a, de fato, aparecer com o advento da Constituição Federal.

É de se notar nessa retrospectiva histórica algumas incongruências apresentadas pelo acima transcrito art. 242, da Lei nº 6.404/76. Com efeito, a primeira contradição visível se refere ao fato de os bens das sociedades de economia mista serem penhoráveis e executáveis e, ao mesmo tempo, referidas sociedades não se submeterem à falência. Não se pode deixar de notar que a falência é, também, um processo de execução. As fases processuais da execução individual e da falência (enquanto execução concursal) são de todo semelhantes, não sendo idênticas mesmo em face da distinção existente entre ambos: enquanto temos na execução individual apenas uma pessoa em cada pólo da ação, na falência estamos diante de um litisconsórcio ativo necessário. Dessa forma, não se justifica a distinção trazida no dispositivo em exame, de tais sociedades não poderem sucumbir à falência, mas ser dada a possibilidade de seus credores as executarem, pelo fato de que seus bens são penhoráveis.

A segunda contradição diz respeito à responsabilidade dada ao controlador, diante do fato de que as sociedades de economia mista serem constituídas sob a forma de sociedade anônima. Viu-se que a responsabilidade do acionista, independentemente da sua participação no capital social, limita-se ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas. O art. 242, da Lei nº 6.404/76, entretanto, dispõe que a pessoa jurídica que a controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações. Com efeito, ao se estabelecer a responsabilidade subsidiária do acionista controlador, o dispositivo transmuta o que deveria ser sociedade anônima para a sociedade em comandita por ações, na medida em que estas são sociedades por ações em que um ou alguns de seus sócios tem responsabilidade subsidiária, como se lê nos arts. 280 a 282 da Lei nº 6.404/76 e nos arts. 1.090 e 1.091, do Código Civil.

Frise-se, por oportuno, que, mesmo o controlador, perante a sociedade anônima, tem responsabilidade limitada ao preço das ações subscritas ou adquiridas. Não cabe, portanto, falar-se de responsabilidade subsidiária para acionista, mesmo o controlador, na medida em que os acionistas de sociedade anônima têm responsabilidade limitada. Como se disse, é na sociedade em comandita por ações que determinados acionistas têm responsabilidade subsidiária. Atribuir tal responsabilidade ao acionista, mesmo que seja o controlador de uma sociedade de economia mista é uma contradição inso-

lível.

Inobstante tais considerações, o entendimento predominante que se tinha era o da aplicação literal do art. 242, da Lei nº 6.404/76. Referido dispositivo, entretanto, ainda que acoimado pela não recepção, segundo alguns, pela Nova Ordem Constitucional instaurada em 1988, veio a ser definitivamente revogado pela Lei nº 10.303/01, após o que se passou a entender pela possibilidade de sociedades de economia mista vir a se submeter ao regime jurídico falimentar, não estando mais o Estado na condição de responsável subsidiário pelo insucesso da sociedade de economia mista, da qual é controlador. Tal discussão retorna com o advento da Lei nº 11.101/05 que, em seus arts. 1º e 2º, I, prevê, respectivamente:

Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

Art. 2º Esta Lei não se aplica a:
I – empresa pública e sociedade de economia mista;

Percebe-se, portanto, que o que até então era debatido, apenas, em termos de sociedade de economia mista e, quando muito, de empresas públicas constituídas sob a forma de sociedade anônima, agora deve ser tratado de modo geral.

2. As Sociedades de Economia Mista e as Empresas Públicas

Cabível é relembrar que a Administração Pública se divide em Administração Direta, de um lado, composta por órgãos; e Administração Indireta, de outro, composta por entidades. São entidades da Administração Pública Indireta: as autarquias, as fundações, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, sendo as duas primeiras pessoas jurídicas de direito público e as últimas pessoas jurídicas de direito privado. Para o tema em debate, vamos nos cingir ao delineamento das sociedades de economia mista e das empresas públicas, na medida em que são as únicas que podem

vir a exercer atividade econômica, sob a forma de empresa.

2.1 Caracterização

Apesar de as sociedades de economia mista e as empresas públicas serem entes da Administração Pública, na sua vertente indireta, ambas têm características próprias que as fazem diferir uma da outra.

O Decreto-Lei 200/67, no seu art. 5º, II define a empresa pública enquanto

a entidade dotada de personalidade jurídica de Direito Privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em Direito.

vêm em tal dispositivo as características básicas da empresa pública. Para além de serem pessoas jurídicas de direito privado, como já visto, necessitam de lei para a sua criação, vale dizer, é preciso que o Estado autorize a criação de uma empresa pública por intermédio de uma lei específica. A empresa pública pode ter dois objetos, a saber: a atividade econômica empresarial ou a prestação de serviços públicos. O capital social é integralizado exclusivamente com bens públicos e pode, na sua criação, utilizar-se de qualquer dos tipos societários previstos.

A outra entidade da Administração Pública é a sociedade de economia mista que se encontra definida no art. 5º, III, do Decreto-Lei nº 200/67, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 900/69, como

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.

Percebem-se como características básicas da sociedade de economia mista, além de terem personalidade jurídica de direito privado, o fato de só poderem ser constituídas sob a forma de sociedade anônima, devendo as ações com direito a voto, em sua maioria, serem titularizadas pelo Estado ou por entidade da Administração indireta.

2.2 Regime Jurídico

As sociedades de economia mista e as empresas públicas podem ser entendidas como espécies do gênero empresas estatais. É preciso que se diga, inicialmente, que qualquer dos entes federativos tem competência para constituir uma empresa estatal. Para tanto, basta que se atenda aos pressupostos constitucionais relativos aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme previsto no art. 173, da Constituição Federal de 1988.

De outro lado, podem as estatais exercer dois tipos de atividade, quais sejam a prestação de serviço público ou o exercício de atividade empresarial. Para tanto, terão um patrimônio, ora constituído com recursos inteiramente públicos (no caso das empresas públicas), ora com recursos públicos e privados (no caso das sociedades de economia mista). Nunca é demais lembrar que, para a criação de tais empresas é preciso lei específica autorizadora. Vale dizer, não é a lei quem cria a sociedade de economia mista ou a empresa pública, como ocorre com as autarquias; a lei, apenas, autoriza a criação, devendo o Poder Executivo tomar as providências necessárias.

É curial, desde logo, perceber que as sociedades de economia mista e as empresas públicas estão sujeitos ao mesmo mercado da iniciativa privada, notadamente no que tange ao exercício de atividade empresarial. Estão, portanto, as estatais e as privadas em regime de concorrência, razão pela qual deve ser mitigada a necessidade de utilização dos procedimentos de licitação, a todo o tempo. Nessa perspectiva, esclarecedoras são as palavras de Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa (2008, p. 682):

Considerando-se a aplicação do art. 173, §3º, da CF, segundo o qual prevalece o regime de direito privado, uma

tentativa de conciliação parte de dois critérios, observando-se, em primeiro lugar, que a própria lei instituidora poderá traçar o caminho a ser seguido: (i) a atividade-fim, exteriorizada por meio dos negócios que a sociedade realizará no desenvolvimento de sua atividade, é de livre exercício, subordinada aos preceitos do direito comercial; (ii) a atividade-meio segue o processo público de licitações, que poderá ser mitigado por leis especiais, a exemplo da Lei 9.478/1997, que permite àquela companhia utilizar processo licitatório simplificado.

Resulta claro, portanto, o hibridismo do regime jurídico das estatais, misturando-se os regimes jurídicos de direito público e de direito privado. Ou noutros termos, pode-se dizer que o regime aplicável às estatais é o regime das empresas privadas, sendo influenciado, em maior ou menor grau, por princípios e regras do Direito Público.

2.3 Diferenças

Inobstante submeterem-se ao mesmo regime jurídico, por imperativo da ordem constitucional de 1988, nunca é demais lembrar que existem diferenças significativas entre sociedades de economia mista e empresas públicas. Para os fins do presente estudo, interesse revelar duas diferenças básicas, no que tange à forma de organização jurídica e à composição do capital social.

No que tange à forma de organização, as empresas públicas podem adotar qualquer forma societária dentre as em Direito admitidas (inclusive, sociedade unipessoal), ao passo que as sociedades de economia mista terão, obrigatoriamente, a forma de sociedade anônima. Perceba-se que a locução “qualquer forma societária dentre as em Direito admitidas” não pode ser entendida como as formas societárias admitidas pelo direito positivo. A se entender dessa forma, simplesmente inexistiria possibilidade de jurídica e validamente constituir-se uma empresa pública.

No que tange ao capital, é de se ressaltar que o capital das empresas públicas é constituído por recursos integralmente públicos, ou seja, pro-

veniente de pessoas jurídicas de Direito Público ou de entidades de suas Administrações indiretas. Já nas sociedades de economia mista, percebe-se a conjugação de recursos particulares, com recursos advindos das referidas pessoas ou entidades. Frise-se, por oportuno, que seja sociedade de economia mista, seja empresa pública, na medida em que ambas são pessoas jurídicas de Direito Privado, o capital social delas, expressão patrimonial da personalidade das mesmas, deve ser considerado privado.

3. A Definição de Empresário pelo Direito Brasileiro

Os contornos gerais da definição de empresário encontram-se nos arts. 966, caput, e 967, ambos do Código Civil que preveem respectivamente que “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”; e que “é obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade”.

Desse enlace temos que, para a definição de empresário, em linhas gerais, é preciso que o sujeito exerça uma atividade econômica, entendida não como sinônimo de atividade empresarial, mas sim como qualquer atividade que tenha por fim promover a satisfação de quaisquer necessidades humanas, como diria Fabiano Del Masso (2007, p. 1). Daí caber considerar que existem atividades econômicas empresariais e atividades econômicas não-empresariais, como são, por exemplo, as atividades intelectuais definidas no parágrafo único, do art. 966, do Código Civil.

É o traço da organização que vai distinguir as atividades econômicas empresariais das não-empresariais. A organização se traduz na estrutura criada pelo empresário para o desenvolvimento de sua atividade econômica, acabando por resultar na realização da atividade econômica de modo pessoal ou despersonalizado, pela proposta de Romano Cristiano (2007, p. 121). Nessa linha de entendimento, Marlon Tomazette (2008, p. 43) leciona:

Não basta o exercício de uma atividade econômica para a qualificação de uma pessoa como empresária, é essencial também que este seja o responsável pela organização

dos fatores da produção para o bom desenvolvimento da atividade. E essa organização deve ser de fundamental importância, assumindo prevalência sobre a atividade pessoal do sujeito.

Para além de o empresário ser um exercente de uma atividade econômica e que deve fazê-la de modo organizado, impessoal, tal atividade deve ser feita de modo estável, habitual, ou seja, o empresário deve fazer de tal atividade a sua profissão. Atividades eventuais, ainda que organizadas, não se qualificam como atividades econômicas empresariais. Por fim, a atividade empresarial, além de ser econômica, organizada e exercida de modo profissional, precisa ser feita com intuito especulativo. O empresário busca, sempre, um resultado positivo: o lucro. Porém, diferentemente do que ocorria com o comerciante, que buscava, apenas, vender por valor maior do que comprou, ao empresário interessa modificar as variáveis para a definição do preço de mercado, sempre buscando aumentar o valor de venda do seu produto (entendido como gênero do qual bens e serviços são suas espécies) e reduzir o valor de compra dos insumos necessários para o produto, visando, sempre, um maior resultado positivo, seja um maior lucro, seja uma maior fatia de mercado.

Todos os sujeitos de direito, portanto, pessoas físicas ou jurídicas que venham a exercer atividade com tais características devem ser considerados empresários. Daí se dizer que, com a Teoria da Empresa, é a atividade que qualifica o sujeito. Às pessoas físicas, o direito as reconhece como empresário individual e às pessoas jurídicas, como sociedades empresárias. Cabível destacar, ainda, que, no caso das sociedades, quem é empresária é a sociedade e não os sócios. As sociedades, portanto, submetem-se, também, ao presente contexto para serem consideradas empresárias. É preciso constar, pois, no seu objeto social, o exercício de atividade econômica organizada, de modo profissional e dirigida a mercados. Entretanto, exceções existem a tal entendimento, diante da previsão insculpida no art. 982, parágrafo único, ou seja, todas as sociedades se classificam de acordo com o exposto, à exceção das sociedades por ações, que sempre serão empresárias, e das cooperativas, que nunca serão empresárias, independentemente de seu objeto.

4. As Sociedades de Economia Mista e as Empresas Públicas na Lei 11.101/05

Na conformidade do art. 1º, da Lei nº 11.101/05, aos empresários e sociedades empresárias em crise econômico-financeira deve ser aplicada a Lei de Recuperação e Falência. Assim, acaso o empresário se veja diante de uma crise econômico-financeira deve requerer a sua recuperação judicial, visando superar o momento de crise. De outro lado, se o empresário entra em insolvência jurídica, em razão de impontualidade injustificada, de execução frustrada ou de prática do que a lei define como ato falimentar, pode ter contra si uma sentença declaratória de falência.

Existem empresários, entretanto, que não se submetem ao regime jurídico falimentar. É o que a doutrina costuma qualificar de empresários excluídos. São aqueles que, não obstante enquadrarem-se perfeitamente às prescrições do Código Civil não se submeterão, se em crise, à Lei nº 11.101/05. Existem duas formas de exclusão reconhecidas pela doutrina: a exclusão total, prevista no art. 2º, I (não se submetem, de nenhum modo, ao regime falimentar), e a exclusão parcial, prevista no art. 2º, II (submetem-se a procedimento alternativo, podendo, de algum modo, submeter-se ao regime falimentar). Para os fins do presente ensaio, debater-se-á a respeito, apenas, daqueles referidos no art. 2º, I.

4.1 Segundo a tese prevalente

A tese prevalente prega pela impossibilidade de as sociedades de economia mista e as empresas públicas se submeterem, quando em crise, ao regime jurídico falimentar. Ainda que sejam empresários, por exercerem profissionalmente atividade econômica organizada e dirigida a mercados, jamais deverão ter contra si sua falência decretada. Waldo Fazzio Júnior (2008, p. 36-37) ressalta textualmente que, tanto a sociedade de economia mista quanto a empresa pública não estão sujeitas à recuperação judicial ou à falência. Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 198) conclui:

(...) empresas públicas e sociedades de economia mista, que estão totalmente excluídas do processo falimentar.

Como são sociedades exercentes de atividade econômica controladas direta ou indiretamente por pessoas jurídicas de direito público, os credores têm sua garantia representada pela disposição dos controladores em mantê-las solventes. Não é do interesse público a falência de entes integrantes da Administração indireta, ou seja, de desmembramento do Estado.

Basicamente os argumentos para tese vigente, afora as contradições já apresentadas, diz respeito ao fato de tais sociedades serem consideradas “empresas” estatais, de o seu capital ser público (na totalidade ou na maioria) e de os empresários ou administradores societários ficarem sujeitos a restrições que não se adequariam aos representantes do Estado naquelas sociedades. Quanto ao primeiro argumento, Fran Martins (1985, p. 237) com inegável acerto rebate:

(...) a sua isenção do processo falimentar não se origina no fato de serem elas consideradas sociedades estatais, já que estão sujeitas à lei das sociedades anônimas, e, assim, deverem ser consideradas sociedades privadas. Grande parte da doutrina, como já foi visto, reputa as sociedades de economia mista como sociedades de direito privado.

Quanto ao segundo argumento, esclarece Fran Martins (1985, p. 238):

(...) do capital das sociedades de economia mista, o Estado, apesar de ser sócio majoritário, não é detentor do patrimônio da sociedade, que pertence a esta. Os bens sociais não são, assim, bens do Estado, do mesmo modo que numa sociedade comum os bens da sociedade não pertencem ao sócio majoritário, ou mesmo ao acionista controlador. Onde, na realidade, não poder falar em “capital público”, pois o capital é da sociedade e, como tal, é privado, pertencente a esta.

Não vence, contudo, Fran Martins (1985, p. 240) e, ao contrário, in-

dica que o terceiro argumento é a razão ponderável a isentar as sociedades de economia mista da falência (cabendo esclarecer que tal argumento deve fundamentar, também, a isenção das empresas públicas, diante da nova prescrição legal).

4.2 Algumas ideias divergentes

É de salientar, entretanto, que fortes vozes atacam referido dispositivo. Com efeito, é preciso dizer, logo de início, que o terceiro argumento (as sociedades de economia mista não podem falir porque seus administradores são representantes do Estado), também, não se sustenta. Segundo Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa (2008, p. 689):

No tocante aos deveres e responsabilidades dos administradores das sociedades de economia mista, são os mesmos dos administradores das companhias abertas. Isto significa que, além de sua sujeição aos termos dos arts. 158 e 159 da LSA, a eles se estendem as disposições correspondentes da Lei 6.385/1976.

Apesar de o Estado, de fato, indicar representantes para administrarem as estatais, referida indicação precisa ser aprovada, na conformidade do que a lei ou os estatutos indicarem. Desse modo, após aprovado, o administrador da sociedade de economia mista ou da empresa pública deverá agir na conformidade dos objetivos de tais sociedades e não segundo os interesses do Estado. Quando conflitarem tais interesses, devem os administradores perseguir os interesses das empresas que administram e não do controlador.

Celso Antonio Bandeira de Mello (1998, p. 129) e Hely Lopes Meirelles (2003, p. 353) sugerem que devem ser analisadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista segundo o objeto social. Assim, teríamos soluções diversas a depender se estivermos diante das empresas estatais que desenvolvam atividade econômica ou prestem serviços públicos. As estatais que desenvolvessem atividades econômicas deveriam se submeter à falência, sendo certo afirmar que o art. 242 da Lei nº 6.404/76 (hoje, o art. 2º, I, da Lei nº 11.101/05) deveria ser aplicado, apenas, às empresas estatais que

tenham por objeto a prestação de serviços públicos.

José Edwaldo Tavares Borba (1998, p. 434) afirma que o art. 242, da Lei nº 6.404/76 era inconstitucional, na medida em que deveria ser aplicado a tais entidades o mesmo regime das sociedades privadas, nos termos do art. 173, § 1º, da Constituição Federal. Eros Roberto Grau, também, adota o mesmo posicionamento, já de longa data, conforme notícia José da Silva Pacheco (2007, p. 21). Adota a mesma linha de entendimento José Marcelo Martins Proença (2006, p. 9):

Cumpre-nos destacar, por fim, que a exclusão das empresas públicas e das sociedades de economia mista do novo sistema concursal brasileiro é de constitucionalidade duvidosa, devendo ser, por certo, questionada no Supremo Tribunal Federal. Isso porque o art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal prevê que essas empresas estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, “inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.

Registre-se por fim que Haroldo Duclerc Malheiros Verçosa (2008, p. 690) as sociedades de economia mista estão sujeitas à falência, mas não têm direito à recuperação judicial, em homenagem ao princípio da moralidade administrativa.

5. Nossa Posição

De fato, o art. 173, § 1º, II, da CF/88 é claro no sentido de dizer que se deve aplicar às empresas públicas e sociedades de economia mista o mesmo regime jurídico das empresas privadas, inclusive no tocante às obrigações comerciais. É inegável que a falência é uma obrigação comercial, inerente e exclusiva, portanto, ao Direito Comercial. Não se pode olvidar também dos pressupostos para a autorização da criação de empresas públicas ou de sociedades de economia mista, quais sejam, os imperativos da segurança nacional ou o interesse coletivo relevante.

Relembre-se que as sociedades de economia mista devem ser constitu-

idas sob a forma de sociedade anônima e que as empresas públicas podem se constituir por qualquer formato societário, inclusive, sociedade anônima. Como se viu, sociedade anônima sempre será empresária independentemente do seu objeto. Em sendo empresária e tendo personalidade jurídica de direito privado, devem se submeter ao mesmo regime das empresas privadas, sujeitando-se ao regime jurídico falimentar, em seu total, ou seja, podem ter deferida a recuperação judicial ou declarada a falência.

Não caberia, em nosso entender, falar de desobediência à moralidade administrativa a se aplicar a recuperação judicial, como defende Haroldo Verçosa, na medida em que crises ocorrem, por vezes, sem que tenha sido motivada por algum interesse do Estado. Nem haveria de excluir do regime jurídico falimentar se o objeto de tais sociedades fosse a prestação de serviços públicos. Com efeito, no caso de serem prestadoras de serviço público, as sociedades de economia mista e as empresas públicas realizam tais atividades em razão de concessão ou de outorga legal. Com a declaração da falência, extingue-se tal concessão, voltando o serviço público a ser desenvolvido diretamente pelo Estado (art. 195, Lei nº 11.101/05). Tal entendimento poderia, sem prejuízo, ser utilizado, por analogia, aos serviços públicos outorgados a tais estatais.

No caso de empresas públicas que não fossem constituídas sob a forma de sociedade anônima e que prestam serviços públicos (as que exercem atividades econômicas, por disposição constitucional, estão submetidos ao regime jurídico das empresas privadas), é preciso verificar se referidas empresas prestam serviços em regime de monopólio ou em regime de concorrência com a iniciativa privada.

Se concorrentes com a iniciativa privada, em razão de que nossa ordem econômica é pautada pelos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, devem se submeter ao regime jurídico das empresas privadas, por força do já aludido art. 173, § 1º, II, constitucional, incidindo sobre tais empresas, por assim dizer, o regime jurídico falimentar previsto pela Lei nº 11.101/05. Se atuarem em regime de monopólio, contudo, por não se submeterem às regras de mercado, podem, em tais casos, livremente se encontrarem excluídas do regime jurídico falimentar. Essa mesma linha também há de ser adotada se estivermos diante de sociedades de economia mista ou

de empresas públicas sob a forma de sociedade anônima e que exercem o seu mister em regime de monopólio.

Conclusão

Diante de tudo que se viu, é preciso, pois, que se faça uma interpretação conforme a constituição a fim de se defender a validade do art. 2º, I, da Lei nº 11.101/05. Referido dispositivo deve ser analisado sistematicamente com o art. 1º, do mesmo diploma legal e com os arts. 966 e 982, parágrafo único, do Código Civil e em consonância com os arts. 170 e 173, § 1º, II, da CF/88. É dizer-se: o art. 2º, I, da Lei nº 11.101/05, entendido na sua acepção literal, no sentido de não se aplicar em nenhuma hipótese referida Lei às estatais ali previstas é de constitucionalidade flagrante.

Reitere-se, aqui, o conceito de atividade econômica. É de se notar que nem é sinônimo de atividade empresarial, nem tão pouco de atividade com finalidade lucrativa. Atividade econômica é tudo aquilo que um agente econômico realiza visando a satisfazer uma necessidade humana. A nosso sentir, é gênero do qual se pode ter como espécies a atividade empresarial, a atividade intelectual e, porque não dizer, a prestação de serviços públicos.

A primeira espécie de atividade tem por finalidade a obtenção de resultado positivo. A segunda espécie visa atender os interesses de pessoa determinada que necessite a atividade de tal profissional. Por fim, a terceira espécie visa atender a interesses públicos, como a prestação de serviços de saúde, de educação e, mesmo, a manutenção das vias públicas. Por óbvio, a segunda e terceira atividades só serão realizadas de modo eficiente acaso tenham resultado positivo.

Precise-se bem a diferença. Para a atividade empresarial, o resultado positivo é o fim. Se a atividade empresarial de produção ou de circulação de determinado bem ou de prestação de serviços não estiver dando o retorno econômico-financeiro esperado, o empresário muda de atividade, vale dizer, de ramo de atuação. Para as outras atividades econômicas, o resultado positivo é o meio. É preciso que tais atividades tenham algum resultado positivo para que possam ou continuem a ser prestadas.

Assim, a nosso ver, se forem empresárias e disputando mercado com

as demais empresas privadas, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, em razão dos aludidos dispositivos constitucionais, e do art. 1º da Lei nº 11.101/05, devem se submeter ao regime jurídico falimentar no seu total. Entretanto, exercendo tal atividade em regime de monopólio, ainda que empresários, não se submeteriam ao regime concursal, aplicando-se o art. 2º, I, da referida legislação.

Nos mesmos moldes deve ser a solução para as empresas públicas prestadoras de serviço público e que não tenham a forma societária das sociedades anônimas. Caso atuem em regime de concorrência com as empresas privadas, devem, por força da isonomia, submeter-se ao mesmo regime jurídico destas e, portanto, sucumbir à falência ou ter acesso à recuperação judicial, quando em crise econômico-financeira. Atuando, contudo, em regime de monopólio, não cabe aplicar a tais empresas públicas o regime jurídico falimentar.

Não se quer aqui trazer a verdade absoluta sobre o tema. Porém, resta demonstrado que todos os argumentos existentes em prol da inaplicabilidade do regime jurídico falimentar não se sustentam. Bem como não se sustenta a literalidade do art. 2º, I, da Lei nº 11.101/05 diante de uma abordagem constitucional. Referido dispositivo deve ser aplicado, portanto, às empresas públicas e sociedades de economia mista que atuem em regime de monopólio. Nesse caso, como o nicho de atuação de tais sociedades não está aberto à iniciativa privada, pode-se dizer que inexistente mercado concorrencial, o que pode fundamentar referido privilégio.

Por sua vez, estando em regime de concorrência, deve ser aplicado a tais “empresas”, por força de dispositivo constitucional, o mesmo regime jurídico das empresas privadas, inclusive, no tocante às obrigações comerciais. Assim, adentrando-se em estado de crise, podem ter acesso à recuperação judicial, e, praticando um dos atos de insolvência jurídica, reconhecidos pelo direito positivo, poderá ter sua falência decretada.

Referências Bibliográficas

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CRISTIANO, Romano. **Empresa é risco**. São Paulo: Malheiros, 2007.

DEL MASSO, Fabiano. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, Fran. **Comentários à lei das sociedades anônimas, volume 3: artigos 206 a 300**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

PACHECO, José da Silva. **Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Direito comercial 2**. São Paulo: Saraiva, 2005.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial, volume 1**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa:** atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial:** teoria geral e direito societário, volume 1. São Paulo: Atlas, 2008.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial 3.** São Paulo: Malheiros, 2008.