



FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO

Mestrado *stricto sensu* em Direito Empresarial

EVANDRO MARTINS GUERRA

SUJEIÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS À FALÊNCIA

Nova Lima - MG

2012

EVANDRO MARTINS GUERRA

SUJEIÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS À FALÊNCIA

Dissertação apresentada ao Programa de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Empresarial.

Linha I - As sociedades empresárias e suas atividades.

Projeto - O novo paradigma do direito falimentar: a recuperação e a preservação das empresas.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando da Silveira Gomes

Nova Lima - MG

2012



FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO
Mestrado *stricto sensu* em Direito Empresarial

Evandro Martins Guerra

Sujeição das empresas estatais à falência

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Empresarial, avaliada pela banca examinadora formada pelos professores:

Prof. Dr. Luiz Fernando da Silveira Gomes (orientador)

Faculdade de Direito Milton Campos

Prof. Dr. Lucas Alvarenga Gontijo

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Prof. Dr. Carlos Alberto Rohrmann

Coordenador dos cursos de Pós-Graduação da Faculdade de Direito Milton Campos

Nova Lima, 14 de novembro de 2012

Rua Milton Campos, n. 202. Vila da Serra, Nova Lima, Minas Gerais

RESUMO

A Lei n. 11.101/2005 - Lei de Recuperação de Empresas e de Falência dispôs expressamente acerca de sua não aplicação às empresas estatais. Em princípio, resolvia-se controvérsia doutrinária histórica. Todavia, em vista do art. 173, §1º, II, da Constituição da República de 1988, que determina a aplicação do regime de Direito Privado às sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica, parte da doutrina passou a questionar a constitucionalidade da imunidade falimentar, surgindo assim, duas correntes: a primeira, que argumenta pela constitucionalidade do art. 2º, I, da Lei de Falência; a segunda, que defende exatamente o oposto. Face à discussão, remanescem dúvidas acerca do tema. Neste trabalho, serão apresentadas as duas linhas de entendimento, sustentando-se, ao final, uma terceira vertente, no sentido de que a constitucionalidade do dispositivo questionado não resolve a pendenga, ou seja, pela necessidade premente da edição do estatuto das empresas estatais, consoante o exposto comando constitucional.

Palavras-Chave: Estado no domínio econômico; empresas estatais; empresas públicas; sociedades de economia mista; exploração de atividade econômica; prestação de serviço público; legitimidade passiva no processo falimentar; art. 2º, I, Lei n. 11.101/2005; art. 173, §1º, II, CR/88; estatuto das empresas estatais.

ABSTRACT

The Law 11.101/2005 - Law of Business Recovery and Bankruptcy - disposed, expressly, about its non - application to states company. At first, it resolves historic doctrinal controversy. However, because of the article 173 §1º, II, of the Constitution of the Brazilian Republic of 1988, which determines the application of private law to government-controlled company and public companies that explore economic activity, part of the doctrine began to question the constitutionality of the bankruptcy immunity, emerging, thus, two understandings: the first that argues for the constitutionality of article 2º, I, of Bankruptcy Law; and the second that argues exactly the opposite. Because of the discussion, it remains questions on the subject. This paper will present the two understandings, supporting, at the end, a third understanding, the sense of the constitutionality of the provision questioned does not solve the problem, in other words, the urgent need for editing the statute of states company, in accordance with the express constitutional command.

Keywords: State of economic domain, States company, public companies, government-controlled company, economic activity exploration, provision of public services, passive legitimacy in the bankruptcy process, Article 2º, I, Law 11.101/2005, Article 173 §1º, II of the Constitution of the Brazilian Republic of 1988, statute of States company.

SUMÁRIO

1 PROLEGÔMENOS.....	7
2 O ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO.....	11
2.1 Ordem econômica.....	14
2.2 Atuação e intervenção estatal.....	16
2.2.1 Estado regulador	19
2.2.2 Estado executor.....	22
3 EMPRESAS ESTATAIS.....	24
3.1 Evolução.....	24
3.2 Espécies.....	26
3.3 Modalidades.....	35
3.4 Regime jurídico.....	40
3.5 Pessoal.....	43
3.6 Responsabilidade civil.....	44
3.7 Capital e patrimônio.....	45
3.8 Criação e extinção.....	50
4 SUJEIÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS À FALÊNCIA	53
4.1 Regime legal.....	57
4.2 Correntes doutrinárias.....	60
4.2.1 Corrente contrária à sujeição.....	61
4.2.2.1 regime jurídico <i>sui generis</i>	62
4.2.2.2 supremacia do interesse público sobre o privado.....	64
4.2.2.3 responsabilidade civil extracontratual.....	65
4.2.2.4 continuidade do serviço público.....	65

4.2.2 Corrente favorável à sujeição.....	66
4.2.2.1 regime de direito privado.....	66
4.2.2.2 forma de extinção.....	70
4.2.2.3 princípio da eficiência.....	70
4.2.2.4 bens privados.....	71
4.2.2.5 preservação do sócio.....	72
4.2.2.6 irresponsabilidade subsidiária do Estado.....	72
4.3 Jurisprudência	73
5 ESTATUTO JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS.....	79
6 CONCLUSÃO.....	83
REFERÊNCIAS.....	87
ANEXO.....	91

1 PROLEGÔMENOS

A presente dissertação tem como fito precípua a exposição da matéria relativa à sujeição das sociedades empresárias criadas pelo Estado ao processo falimentar, em face do acirrado debate doutrinário que marca o tema desde a antiga Lei de Falências - Decreto-lei n. 7.661/45.

A grande controvérsia é gerada principalmente pela inexistência do estatuto jurídico das empresas estatais, diploma que teve a sua edição determinada pela Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, que alterou a redação do § 1º, e acrescentou os incisos I a V, do art. 173 da Constituição da República de 1988, e que, em tese, deverá por fim à discussão, porquanto será possível a definição de um regime jurídico próprio para as entidades empresariais estatais exploradoras de atividade econômica, especialmente no que toca à falência.

Atualmente, encontra-se vigendo a Lei n. 11.101/05, denominada Lei de Recuperação Judicial e Falências, que dispôs, no art. 2º, I, sobre a não aplicação de seus termos às empresas públicas e sociedades de economia mista, levando, conseqüentemente, à alteração inerente à sua constitucionalidade.

A questão ganha maior relevo ante ao fato de não ter sido suficientemente e especificamente analisada pela doutrina e jurisprudência, bem como por comportar apreciação multidisciplinar, abarcando temas do Direito Empresarial vinculados às linhas do Direito Administrativo e do Direito Constitucional.

Na verdade, a polêmica vem ganhando contornos distintos a cada norma editada, desde o Decreto-lei n. 7.661/45, vetusta Lei de Falências, que não trazia dispositivos versando acerca da quebra das empresas estatais, passando posteriormente pelo art. 242 da Lei n. 6.404/76 – Lei das Sociedades Anônimas, revogado na sequência pelo art. 10 da Lei n. 10.303/01, até alcançar as regras expressadas na nova Lei de Falências.

Nas seis décadas passadas, embora tenha sido objeto de diversos e acalorados debates jurídicos, a matéria não logrou consenso, formando-se correntes doutrinárias distintas, cada qual com judiciosos fundamentos visando a defender, ou afastar, a legitimidade passiva das entidades empresárias estatais no processo falimentar.

A legislação falimentar vigente afastou expressamente as empresas públicas e sociedades de economia mista do processo falimentar, reabrindo a lacuna anteriormente existente e deixando a matéria para ser conformada por legislação especial, em que sejam observadas normas de direito privado devidamente temperadas pelo direito público.

O estudo será desenvolvido a partir da análise da ordem econômica e da atuação do Estado no domínio econômico. No início, verifica-se que a primeira fórmula utilizada pelo poder público para intervir na economia e delegar a prestação de serviços públicos ao particular foi a concessão. Posteriormente, com o declínio do modelo utilizado pelo Estado, surgiram as sociedades de economia mista e as empresas públicas.

O modelo fez emergir o enorme abismo existente entre os interesses estatais primários e os do particular, notadamente no que toca aos custos dos serviços, à

política tarifária, pois, enquanto o interesse público volta-se à fixação de tarifas módicas, o privado tem como finalidade a busca do lucro.

De todo modo, em face da previsão constitucional, diversas empresas foram criadas nas três esferas da federação brasileira, delineando entidades peculiares, distintas, com características próprias e submetidas a um regime jurídico diferenciado, porquanto moldado em normas de direito privado, com reflexos marcantes de direito público.

Nesse ponto, destaca-se o desenvolvimento de estudo dedicado às sociedades empresariais estatais, desde o seu surgimento e evolução, passando pelas espécies e modalidades, até alcançar o relevante tema referente ao regime jurídico ao qual são submetidas as entidades em apreço, contando também com a análise do regime de pessoal, da responsabilidade civil, do capital e patrimônio, até alcançar as normas referentes à criação e extinção.

A partir daí, a dissertação direciona-se restritivamente à extinção das empresas estatais, abarcando, em especial, a legitimidade passiva dessas entidades em processos falimentares, o exame constitucional e da legislação específica, a análise dos fundamentos inerentes a cada uma das correntes doutrinárias existentes, pela inconstitucionalidade ou validade da norma, terminando com a apreciação jurisprudencial.

Por fim, o trabalho é voltado a um terceiro extrato, pouco explorado na doutrina e na jurisprudência, dedicado à necessidade e ao desenho do denominado estatuto jurídico das empresas estatais, diploma determinado pela Constituição, consubstanciado em projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional, mas, que, até a presente data, não foi aprovado e que poderá, possivelmente, quando vigente,

dirimir as controvérsias existentes, mediante a definição de regramentos falimentares específicos.

2 O ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

No decorrer de todos os momentos históricos, percebe-se que a coletividade (ou o próprio Estado) sempre foi responsável em disponibilizar ou garantir bens, serviços e atividades aos indivíduos, membros do complexo social, tratando-se de comodidades dispostas consoante o anseio geral para a obtenção de benevolências de fruição universal.

De fato, a escolha dos instrumentos por meio dos quais o Estado irá desempenhar o seu papel e executar as atividades que lhe são inerentes depende da época, do local, da ideologia, bem como das condições políticas, econômicas e jurídicas predominantes no tempo e no espaço¹.

Na Antiguidade, a Cidade Romana prestava serviços voltados à segurança, subsistência, higiene e saúde, o que gerou a construção de grandes infraestruturas pelo poder público, como aquedutos, esgotos, iluminação de ruas e estradas, termas, arenas etc.². À época do feudalismo, são citadas as denominadas banalidades (moinhos, fundições, fornos etc.), utilizadas pelos vassallos com o consentimento do senhor.

Com o desenvolvimento do absolutismo, o Estado passou a exercer atividades produtivas conjuntamente com as pessoas privadas, inexistindo, nesse contexto, proteção jurídica para os particulares desenvolverem atividades econômicas, pelo

¹ ARAÚJO, Edmir Netto. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 190.

² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 26-27.

contrário, era possível até mesmo a vedação estatal e a cobrança pelo exercício³. As atividades desenvolvidas pelos particulares eram ínfimas se comparadas com as exercidas pelo Estado, tanto de natureza prestacional, quanto de essência lucrativa.

Após as revoluções dos séculos XVII e XVIII, o novo modelo estatal liberal permitiu o surgimento de direitos fundamentais e garantias individuais, entre elas a liberdade econômica. Contudo, em face do pleno domínio político da burguesia, o Estado passou a atuar na construção de infraestrutura que permitisse o desenvolvimento dos negócios, como a abertura e manutenção de estradas, pontes, aquedutos, transporte ferroviário e marítimo, comunicações, energia elétrica etc., assumindo o papel de agente regulador e promotor da economia à medida em que desenvolvia “vigorosa atividade econômica”⁴.

Com a edição da *loi Le Chapelier*, foram proibidas as associações e corporações privadas, decorrendo a incumbência ao Estado de realização das prestações voltadas à promoção das carências básicas, como saúde, saneamento, educação, entre outras.

Na vertente econômica, o Estado visava principalmente garantir o pleno desenvolvimento das atividades burguesas, reservando-se as atividades de prestação individual, consideradas em três extratos distintos: o exercício de funções típicas, outras de cunho assistencial e, por fim, ações de índole econômica (fins lucrativos)⁵.

³ *Ibidem*, p. 29.

⁴ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. São Paulo, Malheiros, 1998, p. 19.

⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, p. 34.

Com o crescimento e desenvolvimento da economia, o Estado se viu obrigado a realizar cada vez mais atividades econômicas de interesse público, gerando problemas de ordem prática e operacional, porquanto o Leviatã não detinha capacidade e aptidão que lhe permitissem a execução eficiente de ações marcadamente empresariais.

Nessa toada, muitas das dificuldades foram enfrentadas por meio das teorias administrativistas, notadamente a que foi idealizada relativamente ao instituto da delegação de competências, fazendo referência à concessão e à permissão, “pela qual o Estado seria o titular da atividade, mas a sua prestação seria feita por empresas privadas”⁶.

Com a implementação do sufrágio universal, desenvolveu-se, nas linhas estampadas na doutrina de Massimo Severo Giannini, o denominado Estado pluriclasse, de bem-estar, democrático de direito, intervencionista, importando em marcantes mutações econômicas⁷.

A participação alargada das classes sociais nos processos do poder gerou transformações relevantes, maiormente na construção do princípio da livre iniciativa. Nada obstante, a substancial e destacada elevação da matéria econômica ao patamar constitucional fez com que outros princípios de ordem pública regessem o tema.

Nesse sentido, o Estado, embora reservasse ao particular a exploração das atividades econômicas, atuava na regulação, bem como na intervenção excepcional

⁶ *Ibidem*, p. 36.

⁷ GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Pubblico dell'Economia*. Ed. Il Mulino, 1995.

suplementar ou exclusiva, por meio de ações econômicas monopolizadas e prestacionais.

Com o delineamento do Estado intervencionista, verificou-se significativo crescimento das atividades econômicas estatais, capitaneado, sobretudo, pelo aumento na prestação de serviços públicos de forma direta. Do aumento da intervenção estatal no domínio econômico decorreu relevante declínio do instituto prevaemente da concessão, porquanto o Estado, que anteriormente sustentava o elevado prejuízo das concessionárias, passou a gerir diretamente os serviços prestados.

Todavia, nas duas últimas décadas do século XX, em virtude do déficit fiscal derivado dos investimentos estatais e o fortalecimento da ideologia neoliberal, houve marcante recuo da atividade empresarial do Estado, favorecido pelo desenvolvimento tecnológico e a inserção de economias internacionais desenvolvidas nos mercados nacionais, ideias que propiciaram o esboço do denominado Estado regulador. Segundo Giovani Clark, o afastamento do Estado do domínio econômico foi comandado pelos economistas da Escola de Chicago, nos Estados Unidos, coordenados por Milton Friedman⁸.

2.1 Ordem econômica

Embora a expressão comporte uma definição complexa e imprecisa, entende-se ordem econômica como um sistema geral constituído por um regime jurídico de natureza econômica, vale dizer, parcela da ordem jurídica consubstanciada em um

⁸ CLARK, Giovani. O município em face do direito econômico. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 15.

encadeamento de normas que define determinado modo de produção econômica, comportando fundamentos antagônicos: a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa.

Enquanto a valorização do trabalho humano vincula-se aos valores sociais do trabalho (art. 1º, IV, CR/88), a livre iniciativa, a seu turno, indica a possibilidade de exploração de atividade econômica por qualquer interessado, por sua conta e risco, tratando-se do postulado maior do sistema capitalista.

O Estado hodierno apresenta-se como fiscal do comportamento econômico desenvolvido pelos particulares (intervenção) e também como efetivo participante da economia (atuação). Contudo, a restrição do Poder Público não pode prejudicar a iniciativa privada, sob pena de responsabilização, porquanto a intervenção estatal na economia possui limites no princípio constitucional da liberdade de iniciativa e a responsabilidade objetiva do Estado é decorrente da existência de dano atribuível à sua atuação⁹.

Os princípios constitucionais da soberania nacional, propriedade privada e sua função social, livre concorrência, defesa do consumidor, proteção do meio ambiente, redução das desigualdades sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para empresas de pequeno porte (art. 170, I a IX, CR/88), influenciam diretamente na elaboração e interpretação das normas legislativas de cunho econômico, cuja edição é da competência da União (administrativa - art. 21 e legislativa – art. 22).

A competência constitucional para legislar sobre direito econômico é concorrente, nos termos do art. 24, I, da Constituição da República de 1988, mas pelo fato de inexistir norma geral editada pela União, os Estados e o Distrito Federal gozam de competência plena.

⁹ STF - RE n. 422941-DF (21/5/2005).

2.2 Atuação e intervenção

Como se verifica no estudo relativo à evolução das atividades empresariais do Estado, é nítida e marcante a associação cíclica entre política, direito e economia no decorrer dos tempos, arrefecida ou potencializada em cada período determinado. No final do século XVIII, imperou o liberalismo econômico, consubstanciado na clássica obra de Adam Smith - A Riqueza das Nações, publicada em 1776. Cada indivíduo devia ter liberdade de promover seus próprios interesses e ao Estado exigia-se a passividade e o dever de não interferir, devendo apenas observar (*laissez faire, laissez passer*).

Não obstante, é cediço o efeito contrário advindo do modelo adotado e o enorme abismo que se seguiu entre as classes sociais. Nesse passo, movimentos populares levaram a novas e importantes ideias, especialmente sintetizadas na esteira de Karl Marx, vale dizer, governo da sociedade e eliminação de classes. No modelo interventivo, a nova posição assumida pelo Estado permitiu o desenvolvimento de mecanismos de atuação e intervenção no domínio econômico, na denominada fase do dirigismo, gerando participação estatal ativa na economia, com vistas à melhoria dos processos econômicos relativos à produção, ao consumo e aos investimentos, a distribuição das riquezas, as condições de vida, o número de empregos etc.

O Estado intervencionista perpassou por fases distintas após a derrocada do liberalismo, iniciada pela participação na economia, garantindo o exercício racional das liberdades individuais, coibindo os abusos verificados no modelo liberal. Posteriormente, voltou-se à efetivação de políticas de caráter assistencialista, visando prover os hipossuficientes em suas necessidades básicas¹⁰.

¹⁰ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de direito econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2011, 38-41.

No começo do século XX, o ordenamento jurídico evoluiu no sentido de permitir maior proteção estatal contra as regras do capitalismo, formando-se o fenômeno da constitucionalização normativa, ou seja, regras jurídicas legais foram guindadas ao plano político e inseridas nas Constituições.

Na sequência das Constituições do México (1917) e da Alemanha (1919), a Carta Magna brasileira, editada em 1934, inseriu medidas econômicas interventivas (artigos 115 a 143), que evoluíram até 1988, quando foram dispostas no Título VII: Da Ordem Econômica e Financeira, artigos 170 a 192.

Atualmente, o Estado pode atuar ou intervir no domínio econômico, direta ou indiretamente, por meio de medidas regulatórias ou executórias, promovendo exploração econômica em sentido amplo (abrangendo também os serviços públicos), bem como explorando atividade econômica em sentido estrito (propriamente dita).

No direito comparado, Luís Solano Cabral de Moncada propõe classificação distinta para a matéria relativa à intervenção estatal na economia: a) quanto à abrangência (global, setorial e pontual); b) quanto aos efeitos (imediatas e mediatas); c) quanto à manifestação da vontade (unilateral e bilateral); d) quanto à atuação estatal (direta e indireta)¹¹.

Na doutrina nacional, existem diversas propostas de classificação, não se observando critérios absolutamente definidos.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca a existência de quatro modalidades de instituições interventivas: regulatória (por meio de normas), concorrencial (regime de

¹¹ MONCADA, Luís Solano Cabral de. Direito econômico. Portugal: Coimbra Editora, 2000, p. 33 ss.

igualdade com o particular), monopolistas (exploração exclusiva) e sancionatória (exercício do poder de polícia)¹².

Eros Roberto Grau, por sua vez, propõe a separação das modalidades de intervenção por direção e indução (poder de regulação); intervenção por absorção (por meio de monopólios); e intervenção por participação (em regime de competição)¹³.

Nessa linha, identifica-se o Estado regulador como interventor, influenciando no desenvolvimento do mercado por meio da edição e imposição de normas específicas. Já o Estado executor é atuante no exercício de atividades econômicas junto aos particulares, em caráter excepcional.

Considera-se a atuação estatal indispensável à consolidação e preservação do sistema capitalista de mercado, podendo ocorrer de forma direta, quando se dá mediante seus próprios órgãos, ou indireta, por meio da delegação de competência, tanto a pessoas jurídicas criadas com essa finalidade (delegação legal a empresas estatais nos termos do art. 173 da CR/88), quanto a particulares colaboradores (delegação negocial por meio de concessões e permissões, consoante as disposições do art. 175 da Carta Magna).

Nesse mesmo sentido, o Estado possui duas formas básicas de atuação: a regulatória (por direção e indução) e a executória (mediante absorção e participação). Há **intervenção sobre** o domínio econômico, indireta, por meio de edição de normas (intervenção regulatória). De outro turno, há **atuação no** domínio econômico: direta, mediante órgãos ou entidades jurídicas específicas (atuação executória).

¹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 475.

¹³ GRAU, Eros Roberto. Elementos de direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

2.2.1 Estado regulador

O Estado regulador realiza intervenção sobre o domínio econômico, por direção e indução, interferindo mediante a produção de normas diversas, visando à disciplina da ordem econômica. Trata-se de um modelo relativamente novo à luz do Direito, e que vem sendo implantado há poucas décadas, notadamente por meio emendas constitucionais e normas infraconstitucionais, suscitando um conflito ideológico marcante versando acerca do modelo adequado ao desenvolvimento do Estado brasileiro contemporâneo, denominado de Estado mínimo.

Consoante os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho, o “Estado regulador é aquele que, através de regime interventivo, se incumba de estabelecer as regras disciplinadoras da ordem econômica com o objetivo de ajustá-la aos ditames da justiça social”¹⁴.

O fundamento constitucional encontra-se estampado no art. 174 da Constituição da República de 1988: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Com efeito, o Estado cria normas estabelecendo restrições, fiscaliza, fomenta e planeja a ordem econômica organizada pelos particulares, visando ajustá-la aos ditames da justiça social, revelando a opção preferencial do Estado pela intervenção indireta.

A fiscalização se dá por meio da verificação dos setores econômicos, bem como da repressão ao abuso do poder econômico, isto é, distorção nas condições normais do

¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos de. Manual de direito administrativo. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 992.

mercado em face do acúmulo de riquezas, apresentando-se sob as formas da dominação dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros.

O incentivo é também denominado como fomento, atividade administrativa de estímulo a áreas específicas da economia por meio de repasses, subsídios, subvenções, isenções fiscais, remissões etc., enquadrando-se como modalidade de renúncia de receita, matéria regida no art. 14 da Lei Complementar n. 101, de 4/5/2000, denominada Lei de Responsabilidade na Gestão Fiscal, que determina que a concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa de impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias, bem como a pelo menos uma das seguintes condições:

I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

De sua sorte, o planejamento visa ao estabelecimento de diretrizes (orientações gerais), objetivos (discriminação dos resultados) e metas (quantificação). Trata-se de procedimento técnico que visa estabelecer diretivas com escopo de desenvolvimento econômico e social. É uma ferramenta administrativa e política, que possibilita conhecer a realidade, avaliar os procedimentos, para construir um referencial futuro e estruturar o trâmite adequado e reavaliar todo o processo a que o planejamento se destina. Trata-se, portanto, do lado racional da ação.

O Estado regulador atua também por meio de medidas repressivas, entre elas, destaca-se a produção normativa, como a Lei n. 8.884, de 11/6/94 - prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e transformação do CADE (conselho Administrativo de Defesa Econômica); a Lei n. 8.137, 27/12/90 - crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo; a Lei Delegada n. 4, 26/9/62: dispõe sobre intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo.

Ademais, vale citar também o controle do abastecimento, forma interventiva do Estado que visa manter no mercado consumidor certos produtos e serviços de maneira suficiente para atender à demanda. Atua por medidas: compra, armazenamento, distribuição ou venda; fixação de preços ou desapropriação por interesse social (competência era da Sunab, já extinta); tabelamento de preços (art. 2º, II): refere-se aos de preços privados (origem nas condições normais de mercado) - conhecido como congelamento, trata-se da fixação dos preços privados de bens e produtos pelo Estado nas situações excepcionais em que se apresenta um desequilíbrio nas condições normais de mercado¹⁵.

Vale destacar, ainda, algumas importantes normas que caracterizam o Estado regulador, como a Lei n. 8.078, 11/9/90 - Código de Proteção e Defesa do Consumidor (art. 5º, XXXII, CR/88); bem como a Lei Complementar n. 123, 14/12/06 (art. 179 CR/88) - Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, que propiciou proteção mediante tratamento diferenciado e favorecido (competência comum).

Também a constituição prevê, no art. 149, a instituição de contribuições de intervenção sobre o domínio econômico como, p. ex., a AFRMM - adicional ao frete para renovação da marinha mercante; ATP - adicional de tarifa portuária; IAA -

¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 1002.

contribuição ao Instituto do Açúcar e do Alcool; CIBC - contribuição ao Instituto Brasileiro do Café¹⁶.

2.2.2 Estado executor

O Estado também poderá atuar exercendo atividades econômicas junto aos particulares, verificando-se, nesse caso, atuação no domínio econômico. Há caráter excepcional e subsidiário, porquanto o Estado não deve explorar atividades econômicas em sentido estrito, por conta das expressas limitações impostas pelo texto constitucional.

Nesse ponto, vale frisar a distinta vertente estampada por José dos Santos Carvalho Filho, traduzida em classificação destacada da doutrina clássica, especialmente por entender que ocorre exploração direta ou indireta. Dessa forma, quando o Estado atua mediante seus próprios órgãos (ex. Secretaria de Saúde fornece medicamentos subsidiados ao mercado de consumo), atua diretamente, com fundamento na Constituição da República¹⁷.

Consoante os termos do art. 173, CR/88: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definido em lei”.

A partir do dispositivo, para que ocorra a atuação estatal na economia, faz-se necessária a presença de um dos três fundamentos: que se trate de ressalva constitucional (p. ex., artigos 21, XXIII, e 177); atividade inerente aos imperativos da

¹⁶ HARADA, Kiyoshi. Direito financeiro e tributário. 18ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 315-317.

¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 1007.

segurança nacional (competência exclusiva da União); ou relevante interesse coletivo (lei federal ou estadual).

Noutra vertente, a exploração indireta é realizada por meio da criação de pessoas jurídicas (Administração Pública indireta). Até a Emenda Constitucional n. 1/69, as autarquias, mesmo dotadas de personalidade jurídica de direito público, eram legitimadas a atuar diretamente no setor econômico, contudo, atualmente, a exploração de atividade econômica em sentido estrito deve ser realizada apenas pelas pessoas jurídicas de direito privado, as empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista).

Quanto à atuação do Estado executor, é necessário identificar a titularidade da atividade e o regime jurídico disciplinador, gerando, dessa forma, dois efeitos: se for serviço público, veda-se, em princípio, o exercício pelo particular e aplica-se o regime de direito público; caso seja atividade econômica propriamente dita (sentido estrito), aplica-se o princípio da livre iniciativa, restringindo a atuação do Estado e imperando o regime de direito privado.

Como executor, o Estado também desempenha atividades no domínio econômico de forma exclusiva, tendo em vista as exigências de interesse público. Nesse caso, a exploração exclusiva do negócio pode ser feita diretamente ou por meio de delegados. A delegação do direito de exploração é denominada privilégio¹⁸.

¹⁸ Há duas modalidades de monopólios:

a) expressos - art. 177 (EC n. 9/95) - atividades petrolíferas e materiais nucleares:

- I a IV: pesquisa, lavra, refino, importação, exportação e transporte marítimo de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos.
- V: pesquisa, lavra, industrialização e comércio de minérios e minerais nucleares e derivados.

A EC n. 9/95 reduziu a extensão do monopólio, permitindo a concessão de privilégios, ao passo que a EC n. 49/06 alterou o art. 177, V, atenuando o monopólio sobre materiais nucleares.

b) implícitos – art. 21, CR/88:

- VII – emissão de moedas;
- X – serviço postal;
- XI – serviços de telecomunicações;
- XII – radiodifusão sonora de sons e imagens; energia elétrica e curso d'água; navegação aérea, aeroespacial e infra-estrutura aeroportuária; transporte ferroviário e aquaviário entre portos;

3 EMPRESAS ESTATAIS

3.1 Evolução

Denominada Administração institucional, surge o conjunto de entidades coadjuvantes do mister estatal na prestação de serviços públicos (autarquias, fundações, empresas e consórcios), decorrência do fenômeno da descentralização administrativa e do princípio da especialidade, no contexto histórico do dito Estado prestacional¹⁹.

As empresas estatais, especificamente, decorrem de um processo evolutivo ocorrido notadamente no século XX. Na primeira etapa, o Estado de bem-estar passou a aumentar a sua estrutura interna, principalmente criando centros de competência, unidades de atribuição, denominados órgãos públicos, identificando o princípio da desconcentração administrativa, visando à prestação de serviços públicos de forma direta.

Todavia, o modelo mostrou-se insuficiente, porquanto as atividades exigiam níveis de especialização não detidos pelo aparelhamento interno do Estado. Nesse sentido, passou-se à criação de outras pessoas, entidades autônomas, dotadas de personalidade jurídica de direito público e especializadas na realização das atividades administrativas, as chamadas autarquias.

Posteriormente, vislumbrando-se a eficiência privada observada no modelo empresarial, desenvolveu-se a teoria da delegação, por meio da qual o Estado passou a realizar concessões, permissões e autorizações à iniciativa privada,

transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; portos marítimos, fluviais e lacustres;

¹⁹ MUKAI, Toshio. O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 145.

propiciando maior proximidade entre o prestador do serviço (particulares) e seus utentes.

Contudo, o protótipo carecia de controle, pois nem sempre o Estado conseguia manter a cobrança de tarifas módicas, o que gerou o interesse na criação de um molde diferenciado, abarcando a eficiência do particular e o controle estatal. “Assim é que, e por obra da fase intervencionista do Estado, quando já os serviços públicos industriais ou comerciais entram em cogitação, surgem as denominadas sociedade de economia mista”²⁰.

Esse momento histórico coincide com o posterior à segunda grande guerra, quando, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro

(...) ampliou-se, mais uma vez, a atuação estatal, para abranger, não apenas as atividades de natureza industrial e comercial exercidas como serviços públicos (transporte, energia elétrica, gás etc.), mas também a atividade industrial e comercial de natureza privada que o Estado precisava exercer a título de intervenção no domínio econômico, ou seja, não para assumir como sua uma atividade que o particular não desempenhava a contento, mas para subsidiar a iniciativa privada quando ela fosse deficiente. Daí o ressurgimento da sociedade de economia mista²¹.

Edmir Netto de Araújo destaca que as hipóteses de intervenção estatal no domínio econômico foram consideravelmente ampliadas em face da subjetividade e discricionariedade na caracterização do denominado interesse público, o que causou grande proliferação das empresas estatais nas décadas de 60 e 70 do século vinte²².

²⁰ *Ibidem*, p. 146.

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 60.

²² ARAÚJO, Edmir Netto. *Op. cit.*, p. 191.

Como ressaltou Olavo Bilac Pinto, já nesse momento verificou-se a inadequação da técnica utilizada pelo Estado, pois formou-se um paradoxo natural e insuperável no centro da pessoa jurídica empresarial criada, que ainda marca essas entidades: a constante tensão exposta na dicotomia público-privado, vale dizer, de um lado, o mister estatal traduzido na busca de atendimento ao interesse público, noutro, a finalidade lucrativa empresarial²³.

3.2 Espécies

Como antes foi mencionado, até a Emenda Constitucional n. 1/69, as autarquias eram legitimadas a atuar diretamente no setor econômico, mas, atualmente, a exploração de atividade econômica em sentido estrito deve ser realizada apenas pelas pessoas jurídicas de direito privado, as empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista). A integração do capital público e privado numa pessoa jurídica sujeita ao regime privado está prevista constitucionalmente, o que possibilita ao Poder Público regular a atividade empresarial de forma direta.

As primeiras sociedades comerciais que se originaram eram vinculadas ao Estado, não sendo, portanto, uma novidade do século XX. Há mais de trezentos anos a Administração Pública tem se associado aos particulares com o intuito de se utilizar de técnicas e capitais privados para, assim, desempenhar atividades econômicas, as quais exigem conhecimentos de que não dispõe o Poder Público.

Na Holanda do século XVII, os comerciantes perceberam a necessidade de se unir para enfrentarem a concorrência da Espanha e Portugal na busca de novos mercados. Como resultado, foram fundadas, em 20 de março de 1602, a Companhia das Índias Orientais e, em 3 de junho de 1621, a Companhia das Índias Ocidentais, ambas consideradas as primeiras sociedades anônimas de economia mista do

²³ *Apud* MUKAI, Toshio. *Op. cit.*, 146.

mundo, eis que instituídas pelos comerciantes da época em associação com o Estado. Pretendia-se a colonização das terras recém-descobertas, além do desenvolvimento do comércio entre as colônias e suas metrópoles.

Após a segunda grande guerra, face às péssimas condições sociais em que se encontravam tanto a população dos países vencidos, quanto dos vencedores, fortaleceu-se o Estado de bem-estar social. Visando a superação dos inúmeros e graves problemas sociais, houve o desenvolvimento do Estado empreendedor, que se tornou proprietário de companhias nas diversas áreas de produção e de prestação de serviços, entre elas, as empresas de petróleo, energia elétrica, seguros etc.

No Brasil, as empresas estatais foram sendo criadas para a promoção do progresso sócio-econômico, maior controle das atividades consideradas estratégicas e para a produção de bens e serviços dirigidos às populações de baixa renda. Segundo Edmir Netto Araújo, a criação das estatais se deu em virtude da conjunção de diversos fatores²⁴:

A) natureza econômica: sobretudo na vigência das constituições anteriores, objetivando fornecer infra-estrutura desenvolvimentista; propiciar o equilíbrio regional dos investimentos, intervindo na economia; monopólio de atividades produtivas por segurança nacional ou em locais onde a iniciativa particular era inexistente ou desestimulada; desenvolver setores da economia considerados de interesse nacional, ou até mesmo concorrer, pura e simplesmente, com a iniciativa privada, o que foi sendo gradativamente vedado pelo ordenamento constitucional (bancos estatais, siderurgia, telecomunicações, hidrelétricas, informática etc.);

B) natureza política: especialmente nas décadas de 60 e 70 , visando ao controle de setores estratégicos para o desenvolvimento da economia, a inserção internacional

²⁴ ARAÚJO, Edmir Netto. *Op. cit.*, p. 194.

considerando a soberania e a segurança nacional (Petrobrás, Nuclebrás, Embrater, Imbel etc.);

c) natureza administrativa: vinculados, notadamente à prestação de serviços públicos, visando a promoção da descentralização das atividades, especialmente nas esferas federal e estadual, para entidades com poder de decisão mais ágil, autônomo e desburocratizado, escapando das normas administrativas e financeiras mais rígidas aplicáveis aos órgãos da Administração direta, por meio de métodos administrativos comuns à iniciativa privada, com melhor remuneração e racionalização de recursos financeiros, materiais e humanos (Instituto de Resseguros do Brasil - IRB, Serviço Federal de Processamento de Dados-SERPRO, Rede Ferroviária Federal – RFFSA, Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO, Empresa Brasileira de Turismo – EMBRATUR, Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – EBCT etc.);

D) natureza social: abarca as entidades criadas para a produção de bens e serviços voltados às populações mais carentes, de forma subsidiada (Banco Nacional de Habitação – BNH, Companhia Nacional de Abastecimento – COBAL etc.).

É cediço que a mais remota notícia relativa à criação das empresas estatais refere-se à criação do Banco do Brasil, criado por D. João VI, em 12/10/1808. No século XX, mais especificamente nos anos trinta, houve forte intervenção do Estado brasileiro no domínio econômico, como resposta ao impacto da depressão, oportunidade em que foram criadas sociedades estatais para a aceleração do processo de industrialização.

Em seguida, nos anos quarenta, a criação de empresas estatais se deu por motivos de segurança nacional, tendo em vista o desenrolar da segunda guerra mundial. Criaram-se entidades estatais como a Companhia Vale do Rio Doce (CVRD), a Companhia Hidroelétrica de São Francisco (CHESF), a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN), a Fábrica Nacional de Motores (FNM), entre outras. Na década

seguinte, surgiram a Petrobrás, a Rede Ferroviária Federal e o Banco Nacional de Crédito Cooperativo, todas para incentivar o crescimento da indústria²⁵.

Nos anos seguintes, o crescimento das atividades estatais no campo econômico brasileiro se consolidou. Nas décadas de 60 e 70, as estatais foram criadas de forma mais intensa, na medida em que o Estado visava maior agilidade, eficiência e produtividade nas suas atividades. Atualmente, essas empresas são comuns na realidade do mercado brasileiro.

Consoante levantamento realizado recentemente, considerando apenas o universo relativo ao âmbito federal, há atualmente no país pelo menos seiscentas e setenta e cinco (675) empresas estatais com atuação diversificada em todos os setores que traduzam algum tipo de participação ou influência. São participações diretas ou indiretas do Governo federal, dos bancos e das empresas estatais ou dos fundos de pensão²⁶.

A principal ideia consiste na co-participação dos dividendos entre o Poder Público e os particulares, em face das deficiências no aparelho administrativo e a necessidade de desenvolver um modelo mais competitivo.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. Temas de direito constitucional. 2º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 392.

²⁶ Revista Época, edição n. 682, de 10/6/2011, p. 67. “Dessas, o governo controla 276, se somarmos todos os tipos de participação. Levando em conta apenas as 628 empresas não financeiras, o faturamento soma R\$ 1,06 trilhão, algo como 30% do nosso Produto Interno Bruto (PIB) ou 2,5 vezes as vendas dos 50 maiores grupos privados nacionais (*leia o gráfico abaixo*). Nas 247 empresas não financeiras controladas pelo governo, as vendas somam R\$ 468,5 bilhões, ou 13% do PIB. E o valor de mercado das 99 empresas cujas ações são negociadas na BM&FBovespa totaliza R\$ 1,7 trilhão, ou 71% do valor de mercado das empresas na Bolsa. A interferência do Estado na economia via estatais, BNDES e fundos de pensão é tão intensa que, durante a pesquisa, ÉPOCA teve de atualizar os dados de muitas companhias que receberam recentemente dinheiro do governo, como o frigorífico JBS ou a Cipher, especializada em sistema de segurança de informação.”

Contudo, a natureza *sui generis* dessas entidades causa certas dúvidas quanto aos princípios constitucionais e normas jurídicas de fato aplicáveis. Nesse sentido, o Direito vem acompanhando essa nova realidade, buscando amoldar ao ordenamento jurídico uma companhia “híbrida”, bem como possibilitar sua atuação harmoniosa com as empresas privadas, de modo a assegurar tratamento igualitário a ambas.

No contexto da reforma administrativa, levada a cabo na década de sessenta do século XX, editou-se o Decreto-lei n. 200, em 25 de fevereiro de 1967, que trouxe maior organização à matéria, promovendo a descentralização funcional, bem como a definição das entidades da Administração indireta, entre elas as duas espécies de empresas estatais: empresas públicas e sociedades de economia mista.

No entanto, verifica-se que a doutrina moderna, fulcrada no direito positivo, tem construído a ideia de que a expressão empresa estatal é utilizada em sentido amplo, abarcando não apenas as sociedades de economia mista e as empresas públicas, mas também aquelas que estejam direta ou indiretamente sob o controle do poder público, sendo que a própria Constituição da República faz referência à modalidade em seus dispositivos, como, por exemplo, no art. 37, XVII, que estende a proibição de acumulação de cargos também às sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público. Ademais, o art. 165, § 5º, inciso II, tratando da lei orçamentária anual, exige a inclusão de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto.

No mesmo sentido, o art. 173, § 1º determina a edição do estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica. Na lei de licitações (Lei n. 8.666, de 21/6/93), o art. 1º, parágrafo único, exige que se submetam ao regime jurídico nela estabelecido, entre outras entidades, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁷ entende nessa esteira:

Vale dizer que, quando julgou conveniente, o legislador distinguiu, de um lado, as empresas estatais que entram na categoria de sociedades de economia mista ou empresa pública, e, de outro, as que não têm essa natureza, mas são enquadradas no conceito de empresa estatal em sentido amplo. É evidente que isto ocorreu pelo fato de que, em determinadas normas, o legislador quis proteger o patrimônio ou a atividade ou o interesse público a cargo de tais entidades, sendo irrelevante o seu enquadramento ou não como sociedades de economia mista ou empresa pública.

Marçal Justen Filho faz referência a essas empresas ao comentar o parágrafo único do art. 1º da lei nacional de licitações e contratos:

A aplicação do regime de licitação e contratação administrativas não se vincula à 'estrutura jurídica', mas depende da gestão de recursos públicos. Por isso, é irrelevante a presença dos requisitos formais de uma sociedade de economia mista. A ausência de lei específica dando a uma sociedade o cunho de economia mista é irrelevante para aplicação desta Lei. Basta que uma entidade pública controle a sociedade, fundação, fundo ou outra figura que a criatividade possa originar²⁸.

Consoante entendimento doutrinário sedimentado, a principal característica própria da empresa estatal é o fato de ser coadjuvante do mister estatal. Nada pode retirar

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parecer emitido a pedido de Furukawa SA e Lucent Network Systems do Brasil Ltda. "Contrato de cessão de direito de uso da infra-estrutura do sistema de transmissão de energia elétrica e de fibras ópticas. Subcontratações subsequentes. Eventual falência de subcontratada. Exame da viabilidade jurídica de pedido de auto- falência. A questão da responsabilidade". Maio de 2003. Acervo próprio.

²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 29.

esse signo inculpado em sua natureza, não é possível apagar sua origem. É que há um precipício colossal entre a finalidade estatal e os objetivos típicos da iniciativa privada, pois enquanto o bem comum é vislumbrado como interesse primário do Estado, o benefício individual é a persecução particular²⁹.

Restou sedimentada a noção de que as estatais não pertencem ao âmbito institucional da Administração, mas à economia geral, embora sejam componentes da dita Administração indireta do Estado. O fato de o Estado participar do capital não altera a estrutura jurídica das estatais, nem as transpõe do plano da economia e do direito privado para a seara do direito público.

De fato, há participação ativa do Estado nas atividades empresariais desenvolvidas, como sócio e/ou diretor, mas a principal relação se dá por meio do exercício do controle (nos termos do art. 26 do Decreto-lei n. 200/67), que abarca questões diversas de natureza orçamentária, financeira, endividamento, patrimonial etc. De todo modo, trata-se de controle finalístico, não hierárquico (há tutela e não autotutela).

As estatais devem se manter com receitas próprias, auferidas mediante o desenvolvimento de suas atividades econômicas. Todavia, é possível que recebam repasses, denominados subvenções econômicas, regidas pela Lei n. 4.320/64 (art. 12, §3º, II), reclamando autorização legislativa específica.

Como exceção, cita-se a empresa estatal dependente, definida no art. 2º, III, da Lei Complementar n. 101/00, como “empresa controlada que receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária.” As citadas despesas de custeio referem-se à manutenção da máquina administrativa, incluindo o atendimento de obras de

²⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003, p.180.

conservação e adaptação de bens imóveis, nos termos do art. 12, § 1º, da Lei n. 4.320/64)³⁰.

A doutrina administrativista fixou o entendimento de que as empresas estatais devem perseguir, prioritariamente, o interesse público. Assim sendo, vale dizer, o lucro, embora constitua fundamento de existência das sociedades empresariais, nas entidades estatais não se apresenta como prioridade absoluta, não é seu elemento finalístico.

Para os fins dessa dissertação, entre as espécies de estatais, interessa sobretudo a sociedade de economia mista, definida como sociedade mercantil, industrial ou de serviço, cuja criação e instituição deve ser previamente autorizada por lei, regida essencialmente pelo direito privado, embora apliquem-se certas normas de direito público, visando à realização de imperativos da segurança nacional, relevante interesse coletivo ou outra exceção disposta na Constituição, constituída com recursos públicos e particulares, cujo capital social ou votante pertença, em sua maioria, ao ente político criador.

No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro define:

Sociedade de economia mista é pessoa jurídica de direito privado, em que há conjugação de capital público e privado, participação do poder público na gestão e organização sob forma de sociedade anônima, com as derrogações estabelecidas pelo direito público e pela própria Lei das SA (Lei n. 6.404 de 15.12.1976); executam atividades econômicas, algumas delas próprias da iniciativa privada (com sujeição ao art. 173 da Constituição) e outras assumidas pelo Estado como serviços públicos (com sujeição ao art. 175 da Constituição)³¹.

³⁰ CARRASQUEIRA, Simone de Almeida. Dívida pública, lei de responsabilidade fiscal e as empresas estatais. Revista Interesse Público – IP – Belo Horizonte, ano 7, n. 30, mar./abr. 2005.

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 421.

A personalidade jurídica de direito privado, de certo lhe foi atribuída em razão da sua forma de funcionamento e organização em conformidade com a das empresas privadas, o que atraiu o poder público devido à necessidade de eficiência no mercado. No entanto, essa sujeição não significa ausência de natureza estatal, porquanto as normas aplicáveis devem ser conjugadas com o regime jurídico-administrativo. Melhor dizendo, a personalidade jurídica de direito privado traduz, conforme explicitado, somente a forma adotada para se alcançar melhor eficiência. Contudo, as estatais ficarão submetidas aos princípios basilares da Administração Pública³².

A definição da sociedade de economia mista deixa evidenciado que a entidade tem como objetivo o exercício de atividade econômica. Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho “são elas verdadeiros instrumentos de atuação do Estado no papel do empresário”³³.

Eros Roberto Grau ensina que a expressão “atividade econômica” deve ser entendida no seu sentido mais abrangente, qual seja, a utilização de recursos visando à satisfação de necessidades sociais. Os serviços públicos também podem representar atividades com utilização de recursos para a satisfação das necessidades da coletividade, constituindo, portanto, uma espécie do gênero atividade econômica. Por fim, conclui o doutrinador que atividade econômica é gênero, tendo como espécies alguns serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito³⁴.

O objetivo é a execução de atividades econômicas, ainda que se possa considerar que a prestação de serviços públicos faça parte do conceito de atividade econômica. Nesse viés, importa lembrar que não são todos os serviços públicos que poderão ser prestados por uma sociedade de economia mista, mas tão somente aqueles que,

³² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 356.

³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos de. Manual de direito administrativo. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 418.

³⁴ GRAU, Eros Roberto. Elementos de direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 89-90.

mesmo sendo desempenhados pela empresa estatal, poderiam sê-lo pelo setor privado³⁵.

Atualmente é possível verificar a atuação do Estado brasileiro, por meio das empresas estatais, em diversas atividades econômicas, como: a) serviços financeiros, de corretagem, arrendamento, consórcio e seguros; b) equipamentos militares; c) agricultura, pecuária e abastecimento; d) desenvolvimento do espaço rural e urbano; e) desenvolvimento tecnológico; f) indústria naval; g) mineração; h) turismo; i) informática; j) imprensa; l) saúde etc.

3.3 Modalidades

A partir da análise do texto constitucional de 1988, mormente a matéria regida nos artigos 173 e 175 (modificados pela Emenda Constitucional n. 19/98), são identificadas duas modalidades de empresas: as prestadoras de serviços públicos, que desenvolvem atividades de oferecimento de comodidade material fruível diretamente pelos administrados, e as exploradoras de atividade econômica, nas áreas comercial, industrial e de serviços. Como segue:

Art. 173. 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.

§ 1º 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:

³⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos de. *Op. cit.*, p. 416 a 418.

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º - A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

As normas acima estampadas caracterizam a preocupação do constituinte em evitar que as empresas estatais se imponham perante o mercado em que irão atuar, caso pudessem ser privilegiadas e levar vantagem sobre os demais concorrentes privados.

A grande dicotomia que transparece hodiernamente diz respeito à definição das expressões serviço público e atividade econômica. É que a ampliação na complexidade da atuação estatal fez surgir empresas híbridas, entidades que desempenham atividades heterogêneas, o que gerou mais dificuldades: empresas estatais que desempenham atividades de naturezas distintas, submetidas a uma pluralidade de regimes jurídicos³⁶.

Ademais, tradicionalmente vem se utilizando as expressões como se representassem ações diversas ou antagônicas, entretanto a oposição é afastada por Eros Roberto Grau, que entende haver uma relação de subsunção, afinal o serviço público nada mais é senão uma espécie de atividade econômica³⁷.

Na verdade, quando o ente político decide instituir uma sociedade empresarial para prestar serviços públicos, submetida predominantemente a regime jurídico de direito privado, pretende conferir-lhe maior flexibilidade de atuação no domínio econômico, notadamente pela absorção de métodos de gestão privada, voltados à eficiência e eficácia³⁸.

³⁶ Cf. ADPF n. 46/STF; RE n. 229.696/STF; RE n. 220.906-9/DF.

³⁷ *Apud* MORAES, Anderson Júnio Leal. Regimes jurídicos das empresas estatais. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 8, n. 88, jun. 2008.

³⁸ BORGES, Alice Gonzalez. Estatuto das empresas estatais na Constituição. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte - RPGMBH*, Belo Horizonte, ano 3, n. 6, jul./dez. 2010.

Segundo Eros Roberto Grau, a prestação de serviço público destina-se à satisfação de necessidades, envolvendo a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Em decorrência, pode-se afirmar que o serviço público é um tipo de atividade econômica:

Ao afirmar que serviço público é uma espécie de atividade econômica, a ela atribuí a significação de gênero na qual se inclui a espécie, serviço público. Ao afirmar que serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica está para o setor privado, a ela atribuí a significação de espécie. Por certo, no artigo 173 e seu §1º, a expressão conota atividade econômica em sentido estrito. Trata-se, aqui, de atuação do Estado - isto é, da União, do Estado Membro e do Município - como agente econômico em área de titularidade do setor privado³⁹.

Apesar de existirem diversos critérios de definição, serviços públicos são as atividades desenvolvidas pelo Estado, diretamente ou por seus delegatários, voltadas à prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, impostas pela Constituição ou mediante lei, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade⁴⁰.

Nos conceitos doutrinários destacam-se alguns pontos relevantes, em especial ressalta-se que os serviços públicos destinam-se à satisfação de necessidades de interesse geral, submetidos a regime jurídico de direito público, de maneira contínua, uniforme e regular, tendo por objeto fundamental a satisfação de interesses primários por meio de uma estrutura administrativa⁴¹.

³⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 133-134.

⁴⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, p. 157.

⁴¹ MUKAI, Toshio. *Op. cit.*, p. 176.

Em sentido estrito, atividades econômicas são as ações típicas do mercado, envolvendo a produção, circulação e o consumo de bens e serviços, regidas exclusivamente por normas de direito privado. Noutra campo, os serviços públicos caracterizam-se pelo desenvolvimento de atividades visando ao atendimento das necessidades da sociedade e do próprio Estado, submetidas às normas de direito público.

São campos distintos e devem ser tratados como tal, como afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Não se pode pretender igualar o regime jurídico das empresas estatais prestadoras de serviços públicos com o das empresas estatais que exercem atividade econômica a título de intervenção no domínio econômico, com base no art. 173, § 1º, da Constituição. Neste último caso, não se trata de serviço público no sentido estrito do termo (atividade assumida pelo Poder Público para assegurar utilidades de interesse da coletividade, sob regime jurídico total ou parcialmente público). Trata-se de atividade própria da iniciativa privada, que o Estado só pode desempenhar quando necessário “aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”, nos expressos termos do art. 173, *caput*, da Constituição⁴².

Marçal Justen Filho ressalta, ainda, a existência de uma terceira modalidade – a entidade prestadora de apoio administrativo – citando como exemplos a empresa criada para atuar no desenvolvimento de atividades de interesse da própria Administração Pública como, por exemplo, processamento de dados, impressão etc.⁴³.

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 63.

⁴³ Como exemplo, cita-se o Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO) e a Empresa de Processamento de dados da Previdência Social (DATAPREV).

Rigorosamente, seria possível (e necessário) reconhecer uma terceira espécie de entidade. Seria aquela composta por sujeitos cuja função consiste em prestar apoio à Administração Pública. Nesse caso, a entidade não atua no mercado nem presta serviços fora do âmbito estatal, mas dá suporte a atividades administrativas⁴⁴.

De fato, um dos pontos de maior relevância no que tange à sujeição das empresas estatais à falência diz respeito ao fato de o legislador não ter estabelecido diferenciações entre as distintas modalidades.

Isto teria que ser feito, por exemplo, quando estabelece normas sobre falência, sobre contratos, sobre seleção de pessoal, sobre direito de greve, sobre dispensa de licitação para o Poder Público contratar com suas empresas, sobre processos de execução e tantas outras matérias em que a diversidade de tratamento se impõe⁴⁵.

3.4 Regime jurídico

Como visto, entre as empresas estatais, além das citadas prestadoras de apoio administrativo, há as que prestam serviços públicos e outras que desempenham atividade econômica em sentido estrito, sendo que a própria Constituição da República de 1988 faz menção aos regimes jurídicos aplicáveis, em certos pontos definindo-o expressamente, noutros remetendo à lei a disposição.

Nessa toada, o art. 173, § 1º, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/98, determina o estabelecimento de estatuto jurídico das empresas estatais e de

⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico das empresas estatais e a distinção entre serviço público e atividade econômica. In: Revista de Direito do Estado – RDE – Ano 1, n. 1, Jan./mar. 2006, p. 119/135.

⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 63.

suas subsidiárias, dispondo, entre outros aspectos, sobre a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

A inteligência do dispositivo permite retirar, por corolário, que o exercício de atividade econômica pelo Estado, reservada preferencialmente ao particular pelo *caput* do artigo, ocorre por afetação, no silêncio da lei, a normas de direito privado. Nesse passo, o direito público, nessas relações empresariais, é a exceção e, como tal, deve ser interpretado restritivamente.

De fato, conclui-se também que se a própria Constituição de 1988 determina a aplicação do regime jurídico de direito privado, as derrogações a esse regime somente são admissíveis quando decorrerem diretamente da própria Carta. A lei ordinária não pode derogar o direito comum, se tal não for determinado pela Constituição.

De todo modo, vale ressaltar que o entendimento aplica-se às empresas criadas para atuar na seara privada, isto é, se a atividade for econômica (comercial ou industrial), porém assumida pelo Estado como serviço público, o regime jurídico de direito privado será temperado pelas normas de direito público, incidindo, então, o art. 175 da Constituição, segundo o qual cabe ao Poder Público, conforme dispuser a lei⁴⁶, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, por meio de prévio procedimento licitatório, a prestação de serviços públicos.

Conforme o texto, o Poder Público poderá atuar diretamente, por meio de seus órgãos públicos. Já a empresa estatal que presta serviço público, fundamenta-se na descentralização da atividade administrativa, possuindo natureza de concessionária

⁴⁶ Lei n. 8.987/95, Lei de concessões e permissões.

de serviço público ou pelo menos equiparando-se a ela no que toca ao regime jurídico.

A doutrina diverge acerca da classificação das empresas estatais como concessionárias de serviço público. Alguns administrativistas consideram que, embora tanto a Constituição quanto a lei infraconstitucional tenham utilizado o mesmo termo, trata-se, de fato, de atuação direta por meio da Administração indireta. Entretanto, não resta controvérsia quanto ao reconhecimento de que o regime jurídico é diverso daquele a que se submete a empresa estatal que atua no domínio econômico próprio da iniciativa privada.

De certo, se o Poder Público realizar a prestação de atividades caracterizadas como serviços públicos por meio de entidades privadas, ainda que de natureza comercial ou industrial, além das normas inerentes ao direito privado, serão aplicados, no silêncio da lei, também os princípios de direito público, componentes do regime jurídico-administrativo.

Como assinalou Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Nem poderia ser diferente, já que alguns desses princípios são inseparáveis da noção de serviço público, tais como o da predominância do interesse público sobre o particular, o da igualdade de tratamento dos usuários, o da mutabilidade do regime jurídico, o da continuidade do serviço público e, como consequência, o das limitações ao direito de greve, o da obrigatoriedade de sua prestação pelo Estado, daí resultando o direito do usuário à prestação do serviço⁴⁷.

Há, então, a partir do momento em que o Estado adotou o modelo de personificação de seus serviços por meio da criação de empresas, uma impropriedade, porquanto a

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*

forma não condiz com a realidade, tratando-se de uma ficção mais do que aparente, vale dizer, uma simulação, devendo incidir mais as normas do direito administrativo comum, quando não for possível a utilização do direito privado puro⁴⁸.

Em suma, as empresas estatais estão submetidas a um regime jurídico peculiar e bipolar, dicotômico, visto que composto por normas de direito público e de direito privado.

3.5 pessoal

São agentes públicos as pessoas físicas contratadas para exercício laboral nas sociedades empresariais estatais, denominados como empregados públicos, eis que, nos termos do art. 37, II, da Constituição da República de 1988, a investidura em emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade da atividade, salvo quando se tratar de empregos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

Contudo, o fato de o ingresso dos empregados das estatais ocorrer mediante concurso não possui o condão de atribuir direitos outros senão os contidos no regime celetista, não se aplicando as regras protetivas especiais dos servidores públicos típicos, detentores de cargos públicos, como a estabilidade e a efetividade. De fato, os trabalhadores das companhias estatais são empregados públicos por força do art. 173, §1º, I, da Lei Maior, que determina vinculação à Consolidação das Leis do Trabalho.

Os empregados não podem acumular cargos, empregos ou funções, de acordo com as regras dispostas no art. 37, XVII da Carta Magna, ressalvadas as hipóteses do

⁴⁸ MUKAI, Toshio. *Op. cit.*, p. 154.

inciso XVI do referido dispositivo. Observa-se, por fim, que os empregados públicos das empresas estatais somente são equiparados ao servidor público para fins penais, porquanto, conforme preceitua o art. 327, parágrafo único, do Decreto-lei n. 2.848, de 7/12/1940 - Código Penal, considera-se funcionário público⁴⁹, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

3.6 responsabilidade civil

A responsabilidade objetiva, disposta no § 6º do art. 37 da Constituição, alcança todas as pessoas públicas ou privadas que prestam serviço público, aplicando-se também às companhias de economia mista que causem danos. Por outro lado, se o objeto for a exploração de atividade econômica, a norma constitucional não incidirá, pelo que a responsabilidade será a subjetiva, regulada pelos artigos 186 a 188 e 927 do Código Civil de 2002.

O Estado terá o dever de responder subsidiariamente, isto é, quando o patrimônio da companhia não for suficiente para arcar com os prejuízos. Sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que, para fins de responsabilidade subsidiária, incluem-se também as pessoas jurídicas de direito privado que desempenham atividades estatais sob concessão ou delegação, pois não faria sentido que o Estado ficasse irresponsável, porquanto o prejuízo gerado somente teria ocorrido porque houve consentimento estatal para que a atividade pública fosse desempenhada por terceiro⁵⁰.

Se a sociedade de economia mista for prestadora de serviço público, a responsabilidade pelos créditos que não for capaz de quitar será do Estado. Nesse

⁴⁹ A expressão utilizada pelo Código Penal encontra-se em desuso, pois a Constituição de 1988 não a recepcionou, adotando os termos “agente público” e “servidor público”.

⁵⁰ BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. *Op. cit.* p. 202-203.

mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que o fundamento é o mesmo contido no art. 37, §6º, da Constituição da República, por se tratar de particular sofrendo prejuízo pela atuação, direta ou indireta, do Estado. No entanto, se exploradora de atividade econômica, não há qualquer fundamento para a manutenção da responsabilidade do Estado, vez que tal privilégio colocaria a sociedade de economia mista em nível de desigualdade com as empresas privadas que atuam no setor econômico⁵¹.

Para José dos Santos Carvalho Filho, caso “o objeto da atividade for a exploração de atividade econômica em sentido estrito (tipicamente mercantil e empresarial), a norma constitucional não incidirá; em consequência, a responsabilidade será a subjetiva regulada pela lei civil.” Contudo, o doutrinador alerta que, por outro lado, se, ao contrário, as entidades empresariais executarem serviços públicos típicos, passam a ficar sob a égide da responsabilidade objetiva prevista na Constituição da República de 1988⁵².

3.7 Capital e patrimônio

A formação do capital social é ponto fulcral na identificação das sociedades de economia mista, pois deverá ser sempre constituído por recursos públicos e privados, indiferentemente se se tratar de prestadora de serviço público ou exploradora de atividade econômica. De todo modo, em qualquer hipótese, da composição do capital deve participar, necessariamente, a pessoa jurídica política ou entidades da Administração indireta, devendo subscrever a maioria das ações com direito a voto, não sendo necessário que detenha a maioria do capital. Nesse sentido, é suficiente o Estado ser acionista controlador, consoante o art. 116 da lei n. 6.404/76.

⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 436.

⁵² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 562.

Ressalta-se também, para que seja possível a criação da empresa, a explícita vontade estatal, quer dizer, para a existência de uma sociedade de economia mista, não basta que o Estado possua a condição de acionista com a maioria das ações com direito a voto, sendo imprescindível a expressa intenção de criar ou assumir a sociedade como instrumento de realização de suas finalidades, nos termos do art. 116, alíneas “a” e “b”, da Lei n. 6.404/76.

Há notórias divergências doutrinárias acerca do tema referente ao patrimônio da companhia de economia mista exploradora de atividade econômica, conjunto constituído pelos bens, direitos e interesses economicamente avaliáveis da empresa. Sendo de sua propriedade, o patrimônio poderá ser utilizado, onerado e alienado, conforme prevêm os atos constitutivos, sem a necessidade de prévia autorização legislativa, porquanto a permissão se encontra implícita na lei que instituiu a sociedade e que lhe outorgou os poderes necessários para executar as atividades, obras ou serviços que constituírem seus objetivos.

Outrossim, o conjunto patrimonial deve garantir os compromissos assumidos, pois, na seara das obrigações, as estatais são equiparadas às empresas privadas, de acordo com o art. 173, §1º, I, da Carta Magna. Nessa trilha, compreende-se que os bens das empresas estatais podem ser penhorados para garantia do juízo da execução, sujeitando-se ao art. 646 e seguintes do Código de Processo Civil, salvo na hipótese da credora ser a Fazenda Pública, caso em que a execução seguirá os preceitos da Lei n. 6.830/80 - Lei de Execução Fiscal.

Nesse sentido vem sendo formada a jurisprudência nacional, como é possível verificar nos seguintes julgados, entre outros:

1 Processo REsp 521047 SP 2003/0067345-0, da relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em 19/11/2003, publicado no Diário de Justiça de 16/fev./2004, p. 214:

PROCESSUAL CIVIL. PENHORA. BENS DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE.

A sociedade de economia mista, posto consubstanciar personalidade jurídica de direito privado, sujeita-se, na cobrança de seus débitos ao regime comum das sociedades em geral, nada importando o fato de prestarem serviço público, desde que a execução da função não reste comprometida pela constrição. Precedentes.

2 Processo RE 600140 PR, sendo Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 8/abr/2010, publicado no DJe-071 de 23/abr/2010:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. COPEL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMÓVEL QUE PERTENCIA AO MUNICÍPIO DESAPROPRIADO PELO DECRETO ESTADUAL N. 1.765/96. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA IMUNIDADE RECÍPROCA. INTELIGÊNCIA DO § 3º, DO ART. 150, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PENHORA. POSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1 A sociedade de economia mista, posto consubstanciar personalidade jurídica de direito privado, sujeita-se, na cobrança de seus débitos, ao regime comum das sociedades em geral, nada importando o fato de prestarem serviço público, desde que a execução da função não reste comprometida pela constrição. Precedentes.

2 Recurso Especial desprovido. (STJ -RESP 521047 -SP -1ª T. - Rel. Min. Luiz Fux - DJU 16.2.2004 - p. 214). "Por força do disposto no art. 150, VI, 'a', da Constituição Federal, as pessoas políticas são imunes à tributação por meio de impostos, inclusive sobre serviços públicos. A regra, no entanto, está longe de ser absoluta já que, nos termos do art. 150, § 3º, da mesma Lei Maior, esta imunidade não se aplica aos serviços públicos em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas (ou mesmo de taxas) pelo usuário. (Carraza, Roque Antônio. ICMS, 5ª edição, Malheiros, 2000, p. 150)." (fl. 200). Neste RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, alegou-se, em suma, ofensa ao art. 150, VI, a, da mesma Carta. No caso, o recurso extraordinário versa sobre matéria-extensão da imunidade prevista no art. 150, VI, a, da Constituição às sociedades de economia mista, cuja repercussão geral já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (RE 580.264-RG/RS, Rel.Min. Joaquim Barbosa). Isso posto, determino, com fundamento no art. 328, parágrafo único, do RISTF, a devolução destes autos ao Tribunal de origem para que seja observado o disposto no art. 543-B do CPC, visto que no presente extraordinário discute-se questão idêntica à apreciada no RE

580.264-RG/RS.Publicar-se.Brasília, 8 de abril de 2010.Ministro RICARDO LEWANDOWSKI- Relator.

3 No Agravo de Instrumento AGTR 88618 SE 0035753-61.2008.4.05, publicação em 10/7/2009 (TRF-5):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PENHORA DA INTEGRALIDADE DOS BENS. POSSIBILIDADE EM PARTE. NÃO COMPROMETIMENTO DA REGULAR PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO.

É possível penhorar-se os bens da sociedade de economia mista, ressalvados aqueles afetados diretamente à área-fim, face ao princípio da continuidade do serviço público, com destaque as necessidades essenciais à coletividade, *verbi gratia*, saneamento básico e fornecimento de energia elétrica.

4 No Agravo de Instrumento AGTR 61018 AL 2005.05.00.006026-4; publicação em 22/mar/2006 (TRF-5):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PENHORA. BENS. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1 Trata-se de Agravo de Instrumento (fls. 2/19) interposto contra decisão (fls. 78/79) do Exmo. Sr. Juiz Federal da 5ª Vara de Alagoas, Dr. André Carvalho de Monteiro, que indeferiu o pedido de suspensão de leilão da Cia de Abastecimento de Água e Saneamento do Estado de Alagoas CASAL, ora agravante, sob o argumento de que seus bens são penhoráveis, a ela não sendo aplicável o regime de precatórios.

2 Observa-se que o Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro, à fl. 84, denegou efeito suspensivo ativo à decisão agravada, fundamentando que as sociedades de economia mista não estão submetidas ao sistema de precatórios.

3 No mérito deste Agravo de Instrumento, discute-se, basicamente, a possibilidade de sujeitar a cobrança de débitos das sociedades de economia mista ao regime de precatórios previsto no *caput* do art. 100 da CR/88.

4 A 1ª Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que a sociedade de economia mista, posto consubstanciar

personalidade jurídica de direito privado, sujeita-se, na cobrança de seus débitos ao regime comum das sociedades em geral, nada importando o fato de prestarem serviço público. (REsp 521047/SP, 1º Turma, Min. Rel. Luiz Fux, data da decisão: 20/11/2003, data da publicação: DJ 16/2/2004, pág. 214). Acordaram os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Por fim, quanto às sociedades de economia mista que desempenham atividade econômica, frisa-se que o patrimônio não está protegido pelas cláusulas de inalienabilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade e não-oneração, visto não se tratar de bem público, salvo em sentido amplo - bem público com destinação especial⁵³.

Com relação à empresa que realiza a prestação de serviço público, prevalece o entendimento de que os bens possuem natureza de bens públicos. Isso porque, a mesma razão que levou o legislador a determinar a aplicação das normas do regime jurídico-administrativo aos bens de propriedade das pessoas jurídicas de direito público interno, justifica a adoção de idêntico regime para os bens da sociedade de economia mista que realiza serviço público, consoante o entendimento prevalecente nos tribunais superiores⁵⁴.

De fato, em se admitindo a alienação dos bens afetados ao serviço público, ou se pudessem ser penhorados, hipotecados, permutados ou adquiridos por usucapião⁵⁵,

⁵³ A interpretação não é pacífica, havendo entendimento que também os bens das estatais exploradoras de atividades econômicas tem natureza pública. Nesse viés: “devem ser considerados bens públicos aqueles que, pertencentes a estatais exploradoras de atividade econômica, estão relacionados com sua atividade fim. Conclusão diversa alicerçaria o argumento de que tais bens não estão revestidos com o manto protetor que acoberta os bens públicos, justificando os pedidos de penhora de bens relacionados a tal atividade, o que, em última análise, traduziria óbice ao regular funcionamento da empresa estatal e, por consequência, alijamento do interesse público.” (FORTINI, Cristiana. A função social dos bens públicos e o mito da imprescritibilidade. Belo horizonte, n. 12, ano 5, abril de 2004. [HTTP:WWW.editoraforum.com.br/BID/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=12209](http://WWW.editoraforum.com.br/BID/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=12209)>.

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 438.

⁵⁵ Apesar da aparente unanimidade quanto ao tema, há quem entenda noutra linha, fundamentando no princípio constitucional da função social da propriedade: “a interpretação mais consentânea com o interesse público conduz à conclusão de que a Constituição da República veda apenas a usucapião

haveria, necessariamente, uma interrupção na prestação do serviço público. Desse modo, a paralisação consistiria na cessação do atendimento às necessidades essenciais da coletividade, motivo que enseja a submissão ao regime jurídico publicístico.

Noutro rumo, José dos Santos Carvalho Filho sustenta que “o regime de execução e penhora continua sendo aplicável às [...] sociedades de economia mista, independentemente da atividade que desempenhem”. Consoante o entendimento externado, a revogação do art. 242 da Lei n. 6.404/76, que determinava a submissão das companhias de economia mista às normas de execução e penhora, não significou a autorização para a inserção da cláusula de impenhorabilidade e inalienabilidade de seus bens, porquanto trata-se de bens privados, como dispõe o art. 98 do Código Civil de 2002, porquanto a sociedade de economia mista é pessoa jurídica de Direito Privado, não havendo razão para que não se sujeite ao regime respectivo⁵⁶.

3.8 criação e extinção

De acordo com o art. 37, XIX da Carta Política de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, bem como o art. 236 da Lei n. 6.404/76, e o art. 5º, II e III do Decreto-lei n. 200/67, somente por lei específica poderá ser autorizada a instituição de empresa pública e de sociedade de economia mista. A partir da instituição, deverá ser realizada a devida inscrição na Junta Comercial, entidade de registro das atividades empresariais, por meio do ato constitutivo e dos demais documentos exigidos, e promover, para fins de funcionamento, as demais inscrições legais em outros órgãos como, por exemplo,

sobre bens materialmente públicos, ou seja, sobre bens que estejam afetos à atividade estatal e, assim, cumprem função social” (cf. FORTINI, Cristiana. *Op. cit.*).

⁵⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos de. *Op. cit.*, p. 429.

no INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), Ministério da Fazenda, Secretaria do Estado ou Município, entre outros, conforme o caso.

A necessidade de edição de lei específica para autorizar a criação das empresas estatais promove a participação legislativa no procedimento de criação das dessas pessoas jurídicas, retirando, dessa forma, do exclusivo alvedrio do Executivo, a discricionariedade na prática do ato⁵⁷.

A exigência de autorização legislativa para a criação das empresas estatais está intrinsecamente ligada ao conceito da entidade. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência vem entendendo que, caso o Estado assuma o controle de dada empresa, no caso de inexistir lei autorizadora, surge, na realidade, apenas uma empresa estatal sob controle acionário do Estado, não possuindo natureza jurídica de entidade de economia mista⁵⁸.

Conjugando-se as linhas do art. 5º, III, do Decreto-Lei n. 200/67, com o art. 235, da Lei n. 6.404/76, verifica-se que toda companhia de economia mista será sempre uma sociedade anônima, independentemente de ser federal, estadual, distrital ou municipal.

Quanto à extinção, os artigos 84, VI, e 61, §1º, alínea “e” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) da Carta Magna, dispõem que é necessária lei de iniciativa do Presidente da República⁵⁹ para a criação e extinção de Ministérios e órgãos da Administração Pública. Por analogia, entende Maria Sylvia Zanella Di Pietro que “se a exigência (de lei) é feita para órgãos (que não têm personalidade jurídica própria), com muito mais razão se justifica em relação às entidades da administração indireta, que são pessoas jurídicas distintas da pessoa política que as instituiu”⁶⁰.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 539.

⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 424.

⁵⁹ A norma se aplica aos demais entes por simetria.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 425.

Embora com outra inteligência, esse é também o entendimento externado por José dos Santos Carvalho Filho, segundo o qual

A extinção das empresas públicas e das sociedades de economia mista reclama lei autorizadora. Significa dizer que o Poder Executivo, a que são normalmente vinculadas, não tem competência exclusiva para dar fim às entidades. O fato se justifica pela teoria da simetria, isto é, se a própria Constituição exige que a autorização criadora se faça através de lei, é evidente que somente ato desta natureza será legítimo para extingui-las⁶¹.

Ressalte-se, no entanto, a permanência de questionamentos quanto à possibilidade de a extinção ocorrer pela falência, tema que será abordado mais adiante.

⁶¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos de. *Op. cit.*, p. 540.

4 SUJEIÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS À FALÊNCIA

Para que seja caracterizada a falência no ordenamento jurídico nacional, exige-se a concorrência de três pressupostos necessários: a qualidade de empresário do devedor, o estado de insolvência do empresário e a declaração judicial da falência.⁶²

A matéria relativa à falência das sociedades empresárias estatais está intrinsecamente ligada aos temas inerentes ao objeto da entidade, ao sistema de penhora e regime de bens, bem como à responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica criadora.

Uma das principais consequências da distinção entre as empresas estatais, sejam empresas públicas ou sociedades de economia mista, que prestam serviço público e as que exercem atividade econômica no âmbito privado é justamente a que diz respeito à falência.

Ainda no regime do Decreto-lei n. 7.661/45, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, referentemente às sociedades de economia mista, asseverava que

a circunstância de gozarem de regalias e vantagens especiais não desnatura o regime de direito privado a que se sujeitam. Por isso podem ser penhorados os seus bens e submeter-se à falência a sociedade, se a lei não substituir essa situação jurídica por uma liquidação administrativa⁶³.

⁶² CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 187.

⁶³ BANDEIRA DE MELLO. Oswaldo Aranha. Princípios gerais de direito administrativo. Volume II – Das pessoas. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 240.

Posteriormente, o art. 242 da Lei n. 6.404/76 expressamente determinou a impossibilidade de falência das sociedades de economia mista.

Art. 242 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.

À época, prevaleceu o entendimento de que a regra aplicava-se apenas às sociedades de economia mista, por ter caráter excepcional, e não se estendia às empresas públicas⁶⁴.

Contudo, o dispositivo foi revogado pela Lei n. 10.303, de 31 de outubro de 2001, em decorrência do entendimento doutrinário de que o dispositivo feria o artigo 173, § 1º, da Constituição da República, que submete as empresas estatais prestadoras de atividade econômica ao mesmo regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. A impossibilidade de falência garantia às empresas estatais um privilégio não deferido às demais sociedades do setor privado, levando a manifestações contrárias na doutrina especializada:

(...) é inconcebível que uma sociedade formada com a mescla de capitais público e privado estivesse sujeita à falência, porquanto a obrigação do Estado seria, necessariamente, a de provocar sua dissolução, em face de sua insolvência⁶⁵.

⁶⁴ MADEIRA, Jansen Amadeu do Carmo; MADEIRA, José Maria Pinheiro. Empresas estatais – situações polêmicas e atuais (segunda e última parte). *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 7, n. 78, ago. 2007.

⁶⁵ CAMPINHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 23.

Os questionamentos subsequentes foram decorrentes da ausência de regulamentação da matéria, porquanto a lei citada tão só derogou a Lei das Sociedades Anônimas, não estabelecendo novos regramentos específicos⁶⁶.

No entanto, duas importantes observações devem ser levadas em consideração: em primeiro lugar, a de que o dispositivo constitucional alcança tão somente as empresas que atuam no domínio econômico em regime de competição com a iniciativa privada, nenhuma aplicação tendo sobre as que prestam serviço público exclusivo do Estado; em segundo lugar, como anteriormente fixado, as sociedades empresariais estatais prestadoras de serviço público não se submetem à falência, independentemente do que o estabeleça a legislação ordinária.

O processo falimentar é incompatível com os princípios regentes das atividades administrativas caracterizadas como prestação de serviços públicos, como os relativos ao regime dos bens dessas empresas, a continuidade dos serviços públicos, a responsabilidade objetiva e subsidiária do Estado em relação às obrigações assumidas por entidades que ele instituiu e controla, a supremacia do interesse público sobre o particular, entre outros.

Nesse sentido, a preciosa lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

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 a Constituição, no art. 173, § 1º, II, atribui-lhes sujeição 'ao regime jurídico próprio das empresas privadas inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais (...)'. Assim, disto se deduz também que o Estado não poderia

⁶⁶ TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida; GUIMARÃES, Angélica. As Empresas Estatais e a Revogação do Artigo 242 da Lei nº 6.404/76. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 2, n. 19, set. 2002.

responder subsidiariamente pelos créditos de terceiros que ficassem a descoberto, pois se o fizesse, estaria oferecendo-lhes um respaldo de que não desfrutavam as demais empresas privadas. Quando, pelo contrário, forem prestadoras de serviço ou obra pública, é bem de ver que os bens afetados ao serviço e as obras em questão são bens públicos e não podem ser distraídos da correspondente finalidade, necessários que são ao cumprimento dos interesses públicos a que devem servir.

Com efeito, não faria sentido que interesses creditícios de terceiros preferissem aos interesses de toda a coletividade no regular prosseguimento de um serviço público. O mesmo se dirá em relação a obras servientes da coletividade. Assim, jamais caberia a venda destes bens em hasta pública, que seria o consectário natural da penhora e execução judicial em caso de falência.

Então, ao serem arrecadados os bens constitutivos da massa falida, aqueles aplicados à prestação do serviço ou que se constituam em obra pública ficarão à margem dela, pois têm que permanecer intangíveis⁶⁷.

Em nota de rodapé, na mesma página, o autor afirma que “trata-se da mera aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre os interesses privados”⁶⁸.

É relevante, como argumento contrário à viabilidade de falência, a natureza jurídica dos bens de propriedade das empresas estatais que, embora não tenham a natureza de bens públicos, estão sujeitos a regime jurídico especial de direito público quando afetados à prestação de serviços públicos, sendo amplamente

⁶⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.*, p. 190-191.

⁶⁸ *Ibidem*.

defendida pela doutrina e jurisprudência a ideia da impenhorabilidade, porquanto são categorizados como bens de interesse público, exatamente pelo fato de estarem vinculados à prestação de serviços de natureza pública.

Consoante as lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

(...) o entendimento mais consentâneo é de que só não serão passíveis de penhora os bens que, como também ocorre com as concessionárias e permissionárias de serviços públicos, estejam a eles afetados, caso em que a impenhorabilidade não decorre da natureza de bens públicos, que não mais são, mas do princípio da continuidade dos serviços públicos⁶⁹.

4.1 Regime legal

Há diversas normas regulamentadoras da legitimidade passiva da sociedade de economia mista no processo falimentar. A antiga Lei de Falência, Decreto-Lei n. 7.661/45, não tratava da sociedade de economia mista, porquanto não havia normatização específica à época, somente passando a ser regulamentada pela Lei n. 6.404/76, Lei de Sociedades Anônimas, cujo art. 242 (revogado posteriormente) determinava que “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 razão do preceito é que o interesse público não admite que a administração da estatal possa ser transferida para credores, por meio do síndico, como ocorre na

⁶⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 257.

falência. Dessa forma, a denominada imunidade falimentar, prevista no citado art. 242, tinha como fundamento a necessidade de se preservar o interesse público, razão de ser da sociedade de economia mista. Assim sendo, não seria admissível que os credores, ao invés do Estado, passassem a gerir a companhia em caso da falência ser decretada. O privilégio concedido, em evidente prejuízo aos interesses dos credores, era justificado por não ser permitida a extinção de uma entidade estatal para a satisfação de interesses privados⁷⁰.

Nesse sentido, constata-se que a penhorabilidade dos bens da sociedade de economia mista e a responsabilidade ilimitada do ente criador foram estabelecidas para compensar tal privilégio. A impossibilidade da decretação da falência, portanto, não deixava os credores desamparados, eis que garantida a penhorabilidade e a executoriedade dos bens, no rito do art. 646 do Código de Processo Civil, além da responsabilidade subsidiária do Estado.

De acordo com a inteligência de Modesto Carvalhosa, a posição tomada pelo legislador não foi pacificamente recebida pela doutrina, que iniciou profundos debates acerca da matéria. Inúmeras foram as controvérsias, entre elas, a discussão acerca da natureza da sociedade de economia mista; o alcance do referido dispositivo no que tange às exploradoras de atividade econômica; a penhorabilidade dos bens da sociedade que presta serviço público; bem como a constitucionalidade do art. 242, tendo em vista o princípio da isonomia⁷¹.

Em face da polêmica, foi promulgada a Lei n. 10.303, de 31/10/2001, que, no art. 10, revogou o art. 242 da Lei 6.404/76, passando a sociedade de economia mista a submeter-se ao regime falimentar. A revogação não gerou muitos debates no Congresso Nacional, sendo que o relator do Projeto de Lei n. 3.115/97, Deputado Emerson Kapaz, ao apresentá-lo à Comissão de Economia, Indústria e Comércio da Câmara dos Deputados, fundamentou a revogação tendo em vista a dúvida quanto à

⁷⁰ CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei de sociedades anônimas. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 4, p. 429.

⁷¹ *Ibidem*, p. 428.

constitucionalidade da “imunidade falimentar”, que alcançava inclusive a sociedade de economia mista que desempenha atividade econômica.

Todavia, não foi debatida a questão da responsabilidade subsidiária do Estado, que desapareceu com a ab-rogação do art. 242. Novas discussões doutrinárias surgiram acerca da responsabilidade subsidiária do ente estatal, no que concerne aos contratos existentes. Em face ao princípio da segurança jurídica e do ato jurídico perfeito, a responsabilidade estatal remanesceria quanto ao negócio jurídico celebrado anteriormente à vigência da Lei n. 10.303/2001⁷².

Com o advento da Lei n. 11.101, de 9/2/2005, que disciplina a recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, foi revogado o Decreto-lei n. 7.661/45. Por sua vez, o art. 2º, inciso I, da nova lei, excluiu peremptória e expressamente as empresas estatais do polo passivo do processo falimentar, nesses termos:

Art. 2º Esta Lei não se aplica a:

I – empresa pública e sociedade de economia mista;

Assim sendo, pouco mais de três anos após a promulgação da lei n.10.303/2001, que extinguiu a imunidade falimentar da sociedade de economia mista, o legislador voltou a restabelecer a norma, restaurando a discussão doutrinária e a dúvida quanto à constitucionalidade de se excluir a sociedade de economia mista do processo falimentar.

A questão apresenta-se bastante complexa, mormente pelo fato de se exigir, para a fixação da interpretação interpretativa, análise sistemática de todo o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional, notadamente no sentido da ponderação de princípios, afinal, pelas linhas do art. 173 da Constituição da República, as

⁷² *Ibidem*, p. 422 a 426.

empresas estatais não podem ferir a livre concorrência, beneficiando-se de tratamento privilegiado.

O exame superficial da matéria não resolve a polêmica, porquanto a admissão pura e simples do comando legal, no sentido de exclusão das empresas estatais da falência, não se apresenta adequada, por privilegiar e restringir a atuação econômica privada.

É necessário distinguir as modalidades das empresas estatais para que seja alcançada a exegese constitucional, pois quando o objeto da sociedade empresarial for a prestação de serviço público, a elucidação será noutra vertente, ou seja, não serão aplicadas as normas privadas nessa hipótese, porquanto prevalecem normas de direito público⁷³.

4.2 Correntes doutrinárias

A dicotomia relativa à sujeição falimentar é gerada, notadamente, pela natureza e finalidade das estatais, uma vez que, se por um lado são tidas como entidades da Administração indireta, e, assim, responsáveis por realizar uma função social e obedecer aos fundamentos constitucionais da Administração Pública; por outro, são pessoas jurídicas de direito privado e se sujeitam, por determinação constitucional, ao regime jurídico das empresas privadas.

Prima facie, verifica-se que o próprio sistema da sociedade de economia mista é, na sua gênese, contraditório, dicotômico. Existem, no mínimo, dois paradoxos. O primeiro diz respeito à conciliação de interesses públicos e privados; o outro, na mesma senda, refere-se à existência de um fim puramente lucrativo numa empresa

⁷³ MEYER, José Alexandre Corrêa. A sociedade de economia mista e sua exclusão da nova lei de falências. In: SANTOS, Paulo Penalva (coord.). A nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei 11.101/05. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 24.

que visa ao interesse público. O contrassenso surge das vertentes díspares dos troncos jurídicos, mormente pelo princípio da indisponibilidade do direito público e a marca da disposição inerente ao direito privado.

Muitas vezes, tendo em vista os interesses públicos, deverá a empresa estatal manter investimentos em negócios nos quais o lucro é baixo, fato que torna a companhia deficitária e pouco atraente para os acionistas minoritários. Nesse viés, para cumprir seu fim social, a entidade deverá sacrificar o ganho de lucro, mas, para atrair investidores e principalmente fazer jus ao princípio da eficiência, poderá deixar de lado a justificativa para a sua existência e dar preferência à geração de dividendos.

Em síntese, é com essa realidade bipolar que lidam os doutrinadores para justificar juridicamente a possibilidade ou não de sujeição ao regime falimentar regulamentado pela Lei n. 11.101/2005, havendo, hodiernamente, duas ideias principais. A primeira teoria, defendida por autores como Rubens Requião⁷⁴, Modesto Carvalhosa⁷⁵, Marcelo Moscoqliato⁷⁶ e Sergio Campinho⁷⁷, é pela constitucionalidade do art. 2º, I, da nova Lei de Falência, contrária, portanto, à sujeição. Noutra senda, estudiosos do Direito Administrativo, como Hely Lopes Meirelles⁷⁸, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁹, Celso Antônio Bandeira de Mello⁸⁰ e José dos Santos Carvalho Filho⁸¹, entre outros renomados juristas, afirmam haver violação ao texto constitucional, formando tese favorável à legitimação das estatais ao processo falimentar.

⁷⁴ REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2, p. 48.

⁷⁵ CARVALHOSA, Modesto, EIRIZIK, Nelson. A nova lei das sociedades anônimas. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 421-426.

⁷⁶ MOSCOGLIATO, Marcelo. A sociedade de economia mista tem imunidade falimentar?. In: CONRADO, Paula César (coord.). Direito público atual. São Paulo: Quartier Latin, 2003. Disponível em: <<http://www.moscoqliato.com.br>>. Acesso em: 22/09/2009.

⁷⁷ CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

⁷⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 344.

⁷⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 436-437.

⁸⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.*, p. 190.

⁸¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 559.

4.2.1 corrente contrária à sujeição

Os doutrinadores que defendem a constitucionalidade do art. 2º, inciso I, da Lei n. 11.101/2005 – Lei de recuperação judicial e falência -, formam uma corrente contrária à sujeição das empresas estatais ao processo falimentar comum, apontando, em síntese, quatro principais argumentos que corroboram a ideia: a submissão das entidades empresariais do Estado a um regime jurídico *sui generis*, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, a aplicação da teoria da responsabilidade civil extracontratual do Estado e o princípio da continuidade do serviço público.

4.2.2.1 regime jurídico *sui generis*

A sociedade de economia mista não é regida somente pelo art. 173 da Constituição da República de 1988, sujeitando-se, ademais, ao disposto no art. 37 da Lei Maior, entre outros. Inegavelmente, vincula-se a um ente público, e, ainda que regulamentada pelo direito privado, o direito público não poderá ser desconsiderado em sua regência, vale dizer, submete-se a um regime peculiar. A utilização de institutos do direito privado somente se justifica para tornar eficiente a interferência estatal na economia⁸².

À sociedade de economia mista, portanto, também se aplicam normas de direito público, na medida em que se encontra revestida de inúmeras características de natureza pública, como o fato de que sua função social deve ser declarada por lei e somente por ela ser instituída. Ademais, parte de seu capital, obrigatoriamente, é constituído por recursos públicos, gerando submissão às regras inerentes à contabilidade pública e ao Direito Financeiro, além das imposições constitucionais relativas ao concurso público, licitação, orçamento etc.

⁸² MOSCOGLIATO, Marcelo. *Op. cit.*

Corroborando o entendimento acerca do temperamento produzido pelas normas de direito público no regime jurídico das estatais,

(...) é importante destacar que não são todas as empresas estatais que se submetem ao comando contido no art. 173 da Carta Política. Esse dispositivo se aplica exclusivamente às sociedades que explorem atividade econômica em sentido estrito. Por outro lado, a regra do art. 173 da Constituição não significa que as empresas públicas e sociedades de economia mista se sujeitem integralmente ao regime jurídico privado, ainda que atuantes em setor econômico reservado aos particulares. O referido dispositivo constitucional convive com diversas outras normas de igual hierarquia, que disciplinam o regime jurídico das entidades integrantes da Administração Pública. Por conseguinte, o regime de direito privado aplicável às sociedades empresárias estatais mescla-se com normas de direito público impostas pela própria Constituição aos entes administrativos em geral. Portanto, não é exagero afirmar que as empresas estatais submetem-se a um regime jurídico híbrido, independentemente da atividade que venham a explorar⁸³.

Considerando que a entidade de economia mista somente pode ter sua criação autorizada por lei especial, o processo falimentar também deverá ser específico. No mais, não há qualquer previsão legal autorizando, à sentença que põe termo ao processo falimentar, uma solução à lei que autoriza a instituição da sociedade de economia mista e lhe determina o cumprimento de uma função social, porquanto a decisão judicial não possui o condão de invalidar a lei.

⁸³ FERNANDES, Felipe Nogueira. Regime jurídico das sociedades empresárias estatais. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3225, 30 abr. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21627>>. Acesso em: 3 set. 2012.

4.2.2.2 supremacia do interesse público sobre o privado

O segundo fundamento refere-se a relevante questão: considerando que parte do capital da sociedade possui natureza pública, a decretação da falência sujeitaria os bens públicos ao concurso de credores, sendo que o administrador designado para conduzir os atos terminais passaria a atuar apenas no interesse do conjunto de quem possua créditos. Com efeito, o fato importaria na liquidação do patrimônio público para o atendimento exclusivo de interesses privados, fazendo-os prevalecer sobre o interesse público, violando, dessa forma, as normas dispostas na Constituição.

Por mais que a sociedade de economia mista atue dentro do regime do contrato privado, a sua causa de existir continua sendo o interesse público, afinal foi criada pelo Estado para servir de instrumento para o desenvolvimento de atividades administrativas. Por conseguinte, o Estado, pessoa política que tem por objetivo a consecução de interesses públicos primários, não pode estar submetido estritamente a regime de direito privado quanto aos efeitos de suas relações contratuais, mesmo que se trate de contratos privados, porquanto o Estado, “a tudo que toca, publiciza”⁸⁴. Sendo assim, a satisfação do interesse público primário deverá constituir o fundamento maior para se definir o regime jurídico a que se submetem os negócios jurídicos celebrados na esfera do direito privado. O valor público deverá prevalecer no comando do art. 2º, I, da Lei n. 11.101/2005, bem como na sua interpretação, pelo que não deverá ser permitida a liquidação do patrimônio do Estado para atender a interesses privados⁸⁵.

⁸⁴ GUERRA, Evandro Martins. *Direito financeiro e controle da atividade financeira estatal*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

⁸⁵ CARVALHOSA, Modesto. *Op. cit.*, p. 429.

4.2.2.3 responsabilidade civil extracontratual

Caso ocorresse, a falência seria desprovida de utilidade, pois a responsabilidade civil subsidiária da pessoa jurídica política, pelas dívidas de entidades por ele criadas e controladas, não restaria afastada. O ente público deverá promover todas as providências necessárias para evitar a insolvência das sociedades de economia mista, caso contrário, arcará com os prejuízos causados a terceiros, caracterizando-se a responsabilidade civil extracontratual do Estado.

De todo modo, ainda que fosse admitida a perda da garantia da responsabilidade subsidiária do ente instituidor e controlador da companhia de economia mista, da perspectiva do credor, seria um péssimo negócio. Afinal, a possibilidade de requerer a falência, em troca da ausência de responsabilidade subsidiária estatal, ensejaria no aumento do risco de crédito, resultando, em consequência, num possível aumento dos juros. Com efeito, o investidor não se sentiria atraído a aplicar seu capital, pois o privilégio de ser sócio de uma companhia não sujeita à falência não mais persistiria.

4.2.2.4 continuidade do serviço público

Por fim, resta ainda o argumento relativo ao atributo da perenidade estatal, pois a organização do Estado visa à realização de fins constitucionalmente definidos e inderrogáveis, a preservação da coletividade e a ideia de continuidade. Daí, a proibição da interrupção do serviço público⁸⁶.

Como anteriormente foi exposto, a companhia de economia mista poderá tanto explorar atividade econômica, quanto desempenhar serviço público. Dessa forma, a decretação da falência poderia causar a interrupção do serviço público, situação que

⁸⁶ *Ibidem*, p. 430.

infringe a Carta Magna e o princípio da continuidade do serviço público. Em corolário, a legitimidade da entidade para fazer parte do polo passivo no processo falimentar fatalmente seria inconstitucional.

4.2.2 corrente favorável à sujeição

Outros ilustres e também destacados doutrinadores, todavia, alegam a inconstitucionalidade do dispositivo em apreço, pugnano que a sociedade de economia mista deverá estar sujeita ao regime falimentar, consoante os motivos abaixo expendidos.

4.2.2.1 regime de direito privado

Levando em conta o fato de a Constituição prescrever a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações comerciais, e que a Lei de Recuperação de Empresas e de Falência regula direitos e obrigações comerciais, há submissão ao diploma, por expressa disposição constitucional. Necessário será, no entanto, observar qual a natureza da atividade que a sociedade de economia mista desenvolve⁸⁷.

De todo modo, conforme preleciona Marçal Justen Filho, a doutrina jurídica brasileira consagra expressa dicotomia constitucional no campo da ordem econômica, envolvendo os conceitos de serviço público e atividade econômica⁸⁸.

⁸⁷ RIBEIRO, Renato Ventura. O regime da insolvência das empresas estatais. In: ARAGÃO, Leandro Santos de, CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de (coord.). Direito societário e a nova lei de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006, p. 111.

⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico das empresas estatais e a distinção entre “serviço público” e “atividade econômica”. In: Revista de direito do estado. Jan./mar. 2006, p.119.

Serviço público, nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, é a “atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público”⁸⁹.

Nesse trilha, não há prestação de serviço público quando a utilidade oferecida não se destinar à satisfação de necessidades essenciais e relevantes de natureza coletiva. De outro turno, a economia encontra-se subordinada ao princípio da livre iniciativa (art. 170 *caput* e parágrafo único da Constituição da República de 1988), significando que qualquer particular poderá exercer atividade econômica propriamente dita, sendo que o Estado poderá desempenhá-la apenas excepcionalmente.

A prestação de serviço público foi atribuída ao Poder Público, inserida em regime jurídico de direito público, conforme o art. 175 da Carta Cidadã, podendo ser delegada aos particulares mediante concessão ou permissão, mediante prévio procedimento licitatório. Nesse passo, não se aplica o princípio da livre iniciativa e não há submissão ao regime de direito privado⁹⁰.

A qualificação da atividade desenvolvida e a sua submissão aos artigos 173 ou 175 da Carta Cidadã leva a dois efeitos imediatos. O primeiro diz respeito à identificação da titularidade sobre a atividade. O segundo consiste na identificação do regime jurídico regulador.

Caso seja caracterizada a prestação de serviço público, a titularidade e a execução caberão ao Estado, aplicando-se o regime de direito público, salvo as hipóteses de concessão e permissão, nas quais o particular recebe a delegação para a prestação, após o devido certame licitatório. Se consistir em atividade econômica em sentido

⁸⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.*, p. 632.

⁹⁰ Cf. MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas concessões, permissões e parcerias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

estrito, incidirá o regime de direito privado, sendo que a titularidade é do particular, observadas as exceções previstas em lei⁹¹.

Celso Antônio Bandeira de Mello, seguindo ao encontro da interpretação expendida, aduz que é por meio da sociedade de economia mista, considerada como sujeito auxiliar da Administração Pública, que o Estado realiza cometimentos de duas naturezas. A primeira consiste na exploração de atividade econômica que, por força constitucional, em princípio, pertence às empresas privadas, sendo que apenas de forma suplementar, por motivos de extrema importância, o Estado é autorizado a exercê-la. A outra diz respeito à prestação de serviço público ou coordenação da execução de obras públicas, atividades típicas inerentes à figura estatal⁹².

De fato, transparecendo a existência de duas modalidades específicas, é válido concluir que seus regimes jurídicos não poderão ser idênticos. Às empresas estatais exploradoras de atividade econômica, deve-se aplicar o regime jurídico de direito privado, tendo em vista o objeto de sua ação, para se evitar que desfrutem de posição vantajosa em relação às empresas privadas, às quais cabe, preferencialmente, a exploração do campo econômico. Daí a razão do art. 173, §1º, II, da Constituição, estabelecer a regulamentação pelo regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. Por outro lado, as sociedades empresárias estatais que desempenham serviço público ou outra atividade de natureza pública, devem estar submetidas às normas do direito público.

Nessa diretriz, e por raciocínio dedutivo lógico, quando se tratar de sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica, a falência deverá ocorrer em curso normal, como em qualquer outra empresa, até para se evitar a concorrência desleal. Por decorrência dessa ideia, pode-se inferir, outrossim, que o Estado não responderá subsidiariamente pelos créditos de terceiros que eventualmente estejam descobertos, pois, se assim de fato ocorresse, restaria evidenciado um

⁹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p.121.

⁹² BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. *Op. cit.*, p.183.

privilegiamento que não se compatibiliza com a Carta Maior, porquanto as empresas privadas não desfrutam.

Noutra vertente, se prestadora de serviço, coordenadora de obra pública ou de apoio administrativo, seus bens, utilizados para a especialidade própria, possuem natureza jurídica de bens públicos, não podendo ser retirados da correspondente e específica finalidade, pois são imprescindíveis ao cumprimento do interesse público a que devem servir. Desse modo, os interesses de credores, de natureza privada, não poderão prevalecer sobre os da coletividade, em face da continuidade do serviço público.

Quanto à penhora e execução dos bens das empresas estatais, portanto, somente estariam excluídos os destinados (afetados) a possibilitar a prestação de serviço público. Dessa forma, infere-se que apenas são executáveis os bens que exerçam atividade econômica em sentido estrito ou que prestam serviço público, desde que, nesse caso, a constrição não recaia em bens indispensáveis à continuação da atividade.

Nesse mesmo sentido concluiu Carlos Leonardo Souza dos Santos, anuindo que “a execução por quantia certa em face das empresas estatais prestadoras de serviços públicos exclusivos merece a aplicabilidade do rito constante nos artigos 730 e seguintes do CPC, ou seja, execução em face da Fazenda Pública”⁹³.

Outrossim, pode-se deduzir que o Estado responderá subsidiariamente pelos débitos que eventualmente venham a surgir contra a sociedade de economia mista prestadora de serviço público, nos termos do art. 37, §6º, da Carta Política. Como se trata de sujeito que realiza atividades típicas estatais, sendo insuficiente seu ativo para realizar o passivo, caberá ao Poder Público cobrir seus débitos, respondendo pelos atos de sua criação.

⁹³ SANTOS, Carlos Leonardo Souza dos. Execução contra estatais prestadoras de serviços públicos exclusivos. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 12, n. 136, p.23-42, jun. 2012.

4.2.2.2 forma de extinção

No que toca à forma de extinção, Renato Ventura Ribeiro assevera não haver qualquer norma constitucional que determine a obrigatoriedade da dissolução das empresas estatais por lei, visto que a própria Constituição determina a aplicação à sociedade de economia mista das normas destinadas às empresas privadas, pelo que se pode concluir que é possível a extinção da sociedade por decisão judicial, nos exatos termos da Lei de Falência⁹⁴.

Nesse rumo, José dos Santos Carvalho Filho afirma parecer incongruente aceitar a falência das empresas privadas e não a admitir para as empresas estatais, tratando-se de uma discriminação não autorizada pelo dispositivo constitucional, afinal, “se o Estado se despiu de sua potestade para atuar no campo econômico, não deveria ser merecedor da benesse de estarem as pessoas que criou para esse fim excluídas do processo falimentar”⁹⁵.

4.2.2.3 princípio da eficiência

O processo falimentar não tem como objetivo único garantir os interesses privados. Ante a impossibilidade de recuperação das empresas insolventes, a decretação da falência terá como resultado a exclusão do mercado de companhias ineficientes que prejudicariam a concorrência.

Em se tratando das empresas estatais, entidades da Administração indireta, aplica-se o princípio da eficiência, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição da República de 1988, na medida em que a eliminação da estatal que não atende aos fins para os quais foi criada, ou cujo benefício é insuficiente para compensar seus

⁹⁴ RIBEIRO, Renato Ventura. *Op. cit.*, p. 115 a 117.

⁹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 559.

custos, também coaduna com o interesse público de se evitar desperdício de recursos estatais.

4.2.2.4 bens privados

Os bens das exploradoras de atividade econômica são privados, passíveis de servir como garantia de débitos. Nessa direção, Maria Sylvia Zanella Di Pietro frisa que o art. 98 do Código Civil dispõe que são públicos todos os bens pertencentes a pessoas jurídicas de direito público interno, sendo que todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem⁹⁶.

Ademais, José dos Santos Carvalho Filho reforça a tese lecionando que aplica-se o regime de execução e penhora independentemente da atividade que as empresas estatais desempenhem, e que, munido de título executivo:

(...) o credor pode ajuizar normalmente a ação de execução; e, não pago o débito no prazo legal, deve o juiz ordenar a penhora dos bens necessários à garantia do juízo e do credor. É de considerar-se, aliás, que os bens pertencentes a essas pessoas paraestatais se caracterizam como bens privados, como deixou claro o art. 98 do Código Civil, já que ambas são dotadas de personalidade jurídica de direito privado.⁹⁷

Portanto, não há qualquer impedimento legal em se submeter a sociedade de economia mista que desempenha atividade econômica ao processo falimentar, na medida que, sendo pessoa jurídica de direito privado, seus bens são considerados particulares, nos termos do supracitado artigo, pelo que são executáveis.

⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 437 a 438.

⁹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 559.

4.2.2.5 preservação do sócio

No que tange ao argumento de que a decretação da falência viola o atributo da perenidade estatal, Renato Ventura Ribeiro doutrina que, como se trata de sociedade de direito privado, é a entidade administrativa que se sujeita ao processo falimentar e não o ente criador.

Não há confundir a falência da sociedade com a do sócio, ao qual não se pode estender os efeitos falimentares, por ser pessoa de direito público que não se submete à falência⁹⁸.

4.2.2.6 irresponsabilidade subsidiária do Estado

Celso Antônio Bandeira de Mello, relativamente à sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica, sustenta que “a falência terá curso absolutamente normal”, na medida em que lhe é aplicável o regime jurídico das empresas privadas, em conformidade com o art. 173, §1º, II da Carta Magna, não sendo o Estado responsável por qualquer crédito⁹⁹.

O mesmo autor ressalva que, se a entidade for prestadora de serviço público, não estará sujeita à falência e, em caso de insolvência, o Estado responderá subsidiariamente pelos débitos existentes. Isso porque, em se tratando de prestadora de serviço público, é natural que, extinto o ativo da sociedade, o sujeito que a criou responda pelos seus atos.

Pode-se dizer, portanto, que não há responsabilidade subsidiária do Estado em relação aos débitos de sociedade de economia mista que desempenha atividade

⁹⁸ RIBEIRO, Renato Ventura. *Op. cit.*, p. 117.

⁹⁹ BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. *Op. cit.*, p.190.

econômica, pois deverá obter o mesmo tratamento disponível às demais empresas do setor privado, sob pena de se caracterizar a concorrência desleal. De outra sorte, se prestadora de serviço público, imperiosa é a permanência da responsabilidade estatal, em observância às regras constitucionais.

Em suma, efetuando uma dissociação entre as atividades exercidas pela entidade de economia mista, há divisão em dois grupos. A partir do exame da natureza das atribuições, a modalidade de sociedade é classificada como prestadora de serviço público (incluindo as coordenadoras de obra pública e as de apoio administrativo) ou exploradora de atividade econômica.

A referida distinção reflete na sujeição a regimes jurídicos distintos, possibilitando a identificação, de forma imediata, do conjunto de princípios e regras aplicáveis a cada grupo. Nessa linha, a legitimidade passiva da sociedade de economia mista no processo falimentar ocorrerá quando se tratar de entidade que desempenhe atividade econômica, na medida em que se encontra submetida às normas do regime privado.

4.3 Jurisprudência

A reiteração dos julgados relativos ao tema das empresas estatais tem sido no sentido de proteger os bens públicos afetados à exploração por particulares ou pelas entidades empresariais do Estado dos “azares da penhorabilidade”, buscando evitar, mediante exegese legislativa, a descontinuidade da prestação dos serviços públicos¹⁰⁰.

Relativamente à jurisprudência nacional, destaca-se que a interpretação abalizada pelo Supremo Tribunal Federal tem sido no sentido de se aplicar o regime jurídico

¹⁰⁰ BORGES, Alice Gonzales. *Op. cit.*

privado somente nos casos das empresas estatais que exerçam atividade econômica propriamente dita, não havendo falar na submissão ao direito privado quando prestarem serviço público. Segundo o Ministro Eros Roberto Grau:

As sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no § 1º do artigo 173 da Constituição do Brasil, ao regime jurídico próprio das empresas privadas. (...). O § 1º do artigo 173 da Constituição do Brasil não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público¹⁰¹.

Na mesma esteira, quando do julgamento de caso envolvendo privilégios fiscais concedidos às empresas estatais, assim restou decidido:

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é uma empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, como tal tendo sido criada pelo Decreto-Lei n. 509, (...) de 1969. Seu capital é detido integralmente pela União Federal (artigo 6º) e ela goza dos mesmos privilégios concedidos à Fazenda Pública, 'quer em relação a imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais'. Leia-se o texto do artigo 12 do decreto-lei. No que concerne às obrigações tributárias, a ela não se aplica o § 2º do art. 173 da Constituição do Brasil, na afirmação de que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. O que resta definidamente evidente, neste passo, como anotei em outra ocasião, é que tanto o preceito inscrito no § 1º quanto o veiculado pelo § 2º do art. 173 da Constituição de 1988 apenas alcançam empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica em sentido estrito. Não se aplicam àquelas que prestam

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.642. Relator: Ministro Eros Grau. Julgamento em 3 abr. 2008, *DJE* de 19 set. 2008.

serviço público, não assujeitadas às obrigações tributárias às quais se sujeitam as empresas privadas. As empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades estatais que prestem serviço público podem gozar de privilégios fiscais, ainda que não extensivos a empresas privadas prestadoras de serviço público em regime de concessão ou permissão (art. 175 da CR/88). Isso me parece inquestionável¹⁰².

Noutro julgado, a corte deixou ementada decisão na qual prestigiou o princípio da continuidade do serviço público essencial, ressaltando que o interesse público não pode sucumbir a interesse creditício de terceiro.

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA, PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO. SISTEMA METROVIÁRIO DE TRANSPORTES. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. PENHORA INCIDENTE SOBRE RECEITA DE BILHETERIAS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM ALEGAÇÃO DE OFENSA AO INCISO II DO § 1º DO ART. 173 DA MAGNA CARTA. MEDIDA CAUTELAR. Até o julgamento do respectivo recurso extraordinário, fica sem efeito a decisão do Juízo da execução, que determinou o bloqueio de vultosa quantia nas contas bancárias da executada, Companhia do Metropolitano de São Paulo - METRÔ. Adota-se esse entendimento sobretudo em homenagem ao princípio da continuidade do serviço público, sobre o qual, a princípio, não pode prevalecer o interesse creditício de terceiros. Conclusão que se reforça, no caso, ante o caráter essencial do transporte coletivo, assim considerado pelo inciso V do art. 30 da Lei Maior.

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ACO 765-QO. Voto do Relator para AC Ministro Eros Grau. Julgamento em 1º jun. de 2005, DJE de 7 nov. 2008.

Nesse entretempo, restaura-se o esquema de pagamento concebido na forma do art. 678 do CPC. Medida cautelar deferida¹⁰³.

A Corte Suprema não chegou a discutir especificamente a falência da companhia de economia mista, mas por diversas vezes se pronunciou a respeito da aplicabilidade do regime jurídico conforme a atividade desempenhada pela sociedade. Ao decidir sobre a penhorabilidade dos bens das empresas públicas, assim se manifestou o Pretório Excelso:

À empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-lei n. 509/69 e não-incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido¹⁰⁴.

Na verdade, se analisado em seu inteiro teor, o julgado acima trasladado vai além, trazendo à baila um aspecto da discussão que nunca havia sido tratado. O Supremo Tribunal Federal tratou da matéria não sob a ótica da plena distinção entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito, mas levando em consideração que, na prática, a sociedade de economia mista tem passado a exercer atividade

¹⁰³ AC 669 / SP - SÃO PAULO. Relator: Min. CARLOS BRITTO. Julgamento: 6/10/2005 - Órgão julgador: Tribunal Pleno / Publicação: DJ 26-05-2006 PP-00007. EMENT VOL-02234-01 PP-00001 LEXSTF v. 28, n. 330, 2006, p. 16-32.

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 220.906. Relator: Ministro Maurício Corrêa, julgamento em 16 nov. 2000, DJ de 14 nov. 2002.

heterônoma, ou seja, desempenha tanto a atividade econômica, quanto a prestação de serviço público.

Nesse caminho, o aumento da complexidade da organização econômica brasileira e a busca de novas oportunidades nos negócios levaram a situações em que a nitidez da distinção binária entre serviço público e exploração de atividade econômica vem se tornando inaplicável na prática. Com o passar dos anos, e com o desenvolvimento econômico atingido pelo país, uma mesma empresa pública passou a desempenhar atividades de ambas as categorias que compõem a divisão doutrinária¹⁰⁵.

Atualmente, não só as sociedades de economia mista, mas também as empresas públicas buscam ampliar lucratividade e eficiência alterando seu centro de atuação com fins de realizar novos negócios e atividades. Isso ocorreu especialmente entre as prestadoras de serviços públicos que, face à abertura de mercados monopolizados, vislumbraram oportunidades inéditas.

Há grande complexidade no fato de uma entidade exploradora de atividade econômica passar a exercer cumulativamente atividades do setor público, tendo em vista o regime publicístico. Por outro lado, no que tange à prestadora de serviço público, não se vislumbra qualquer impedimento legal para que atue no setor econômico, do contrário, a liberdade que detém a empresa estatal traz todas as condições para a ampliação da sua atuação. Além do mais, estaria a empresa agindo em conformidade com a legislação constitucional, uma vez que não só irá aproveitar as oportunidades econômicas relacionadas com a prestação do serviço público, mas também viabilizar a geração de mais dividendos¹⁰⁶.

No julgado acima transcrito, foi discutido o regime jurídico aplicável à Empresa de Correios e Telégrafos, entidade que inicialmente apenas prestava o serviço público postal, mas que passou a realizar várias outras atividades em competição com a

¹⁰⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 124-125.

¹⁰⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 127.

iniciativa privada. A hipótese da divisão das atividades, enquadrando-as nos dois grupos discriminados pela doutrina, chegou a ser levada em consideração para que se aplicasse a cada uma delas o regime jurídico correspondente. Todavia, tal operação se revelou inviável na prática. Por fim, a decisão foi bastante específica ao caso, eis que foram utilizadas normas infraconstitucionais vigentes anteriormente à promulgação da Constituição de 1988. Não foi definida, na verdade, uma solução jurídica para as empresas estatais que executem atividades heterogêneas, mas, pelo menos, o problema prático de se considerar dois grupos de atividade de forma completamente distinta já foi identificado e colocado em discussão.

A análise da legitimidade passiva da sociedade de economia mista no processo falimentar deve levar em consideração a complexidade da atuação estatal, que pode ensejar no surgimento de entidades que exerçam atividade híbrida, ou seja, que prestem serviço público e concomitantemente explorem atividade econômica.

5 ESTATUTO JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS

Atuando diretamente como agente no domínio econômico, explorando atividade econômica ou prestando serviços públicos, o ente estatal não poderá valer-se das suas típicas prerrogativas de poder, porquanto deverá posicionar-se horizontalmente em relação à iniciativa privada, em posição de igualdade, sujeitando-se às normas inerentes às sociedades empresariais, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

A Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, alterou a redação do § 1º do art. 173 da Constituição da República de 1988, determinando a edição de lei para estabelecer o estatuto jurídico das empresas estatais que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores¹⁰⁷.

Apesar de a norma constitucional remeter a edição do estatuto das empresas estatais ao futuro, por meio de lei respectiva, a submissão às normas do direito privado é instantânea e compulsória. Todavia, com a edição do regulamento, deverão ser fixadas as condições para a criação, manutenção e extinção das sociedades empresariais estatais que explorem atividades econômicas típicas do

¹⁰⁷ Cf. em anexo: Tramita no Senado Federal o projeto de lei n. 207, de 21/5/2009, da relatoria do Senador José Sarney, que institui 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, nos termos dos §§ 1º e 3º do art. 173 da Constituição, encontrando-se, desde 12/5/2011, na comissão de constituição, justiça e cidadania, consoante tramitação.

setor privado, excluindo, portanto, as prestadoras de serviços públicos, porquanto desenvolvem atividades que a Constituição reserva ao Estado, direta ou indiretamente. Nessa hipótese, aplicam-se as normas de direito público.

Destaca-se, na doutrina, a necessidade premente de edição do estatuto jurídico das empresas estatais. Como ressaltou Alice Gonzales Borges:

Insistimos na necessidade de cumprimento das disposições constitucionais que determinam a criação de um estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. Esse estatuto deverá disciplinar por inteiro todos os aspectos previstos nos cinco incisos do parágrafo primeiro do artigo 173 – CR, cuja importância e necessidade vital procuraremos demonstrar¹⁰⁸.

As empresas estatais são pessoas jurídicas de direito privado, controladas direta ou indiretamente por entes ou entidades estatais, criadas mediante autorização legislativa específica, para a execução de serviços públicos ou a exploração de atividade econômica caracterizada pela produção ou comercialização de bens ou a prestação de serviços.

No caso de insolvência das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, considerando as correntes doutrinárias destacadas no item 4.2 supra, transluz um terceiro extrato a ser considerado no sentido da definição de regras específicas para as empresas estatais, nos moldes do regime de intervenção e liquidação estabelecido para as instituições financeiras. Vale dizer, ter-se-ia um regime falimentar específico para as empresas estatais, ao qual não seriam aplicadas as normas da Lei n. 11.101/05, nem tampouco haveria a responsabilização subsidiária do Estado.

¹⁰⁸ BORGES, Alice Gonzalez. Estatuto das empresas estatais na Constituição. Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH, Belo Horizonte, ano 3, n. 6, jul./dez., 2010.

Vale dizer, o estatuto jurídico sedimentaria um procedimento judicial peculiar, composto por meio da conjugação das normas de direito privado com as de direito público.

Nessa linha intelectual, destaca-se o trabalho premiado de Márcia Carla Pereira Ribeiro e Rosângela do Socorro Alves¹⁰⁹

Diante da lacuna criada desde a revogação do artigo específico da LSA, a proposta de estatuto próprio das estatais que será apresentada adiante define as regras a que estaria sujeita a organização empresarial estatal em caso de insolvência, adotando-se um regime especial aplicável as estatais, nos moldes do regime de intervenção e liquidação extrajudiciais estabelecido para as instituições financeiras. Permite à autoridade do executivo a que se vincula a estatal, decretar o afastamento temporário dos gestores da empresa, mediante alocação de um interventor ou de um liquidante, que ficaria responsável pelo levantamento da situação econômica do empreendimento, assim como da regularidade da conduta dos administradores, concluindo pela manutenção da organização, sua liquidação (se houver condições de solvência do passivo mediante venda do ativo) ou pelo encaminhamento para decretação de falência. Nesta última hipótese, com extensão dos efeitos da falência para os gestores da sociedade atingida, nos mesmos moldes do que acontece para os administradores das sociedades privadas no que se refere à incapacidade empresarial decorrente da decretação. O gestor ficaria impedido, até o pagamento ou extinção das obrigações, de atuar empresarialmente, assim como sofreria certas limitações relacionadas a ausentar-se do local onde se processa a falência,

¹⁰⁹ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira e ALVES, Rosângela do Socorro. Por um estatuto jurídico para as empresas estatais que atuam no mercado. Prêmio DEST/MP de monografias estatais. Em: http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/dest/premio_dest/mencao_honrosa_marcia_IV_premio.pdf. Acesso em: 3 set. 2012.

sujeição à investigação quanto à prática de crimes falimentares, dever de informar e colaborar na tramitação do procedimento.

De fato, apresenta-se judiciosa a ideia de afastamento dos gestores que mal conduziram as atividades desenvolvidas pela empresa estatal insolvente, garantindo a preservação do patrimônio e do interesse público. Dessa forma, busca-se uma alternativa às correntes anteriormente citadas, porquanto a primeira, ao defender a constitucionalidade do art. 2º, I, da Lei n. 11.101/05, não soluciona a questão, deixando uma lacuna incapaz de ser preenchida pelo ordenamento jurídico contemporâneo.

Noutro giro, a segunda doutrina, que entende ser inconstitucional o dispositivo da lei de recuperação e falência, também não permite uma conformação adequada, pois, em face das peculiaridades das empresas estatais, sujeitá-las simplesmente ao regime falimentar ordinário não permite atendimento ao interesse público, mas, sim, apenas aos interesses privados dos credores.

6 CONCLUSÃO

A constitucionalidade da exclusão absoluta das sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas da sujeição ao processo falimentar típico, previsto na legislação de direito empresarial, é matéria que encampa grande divergência doutrinária, com ênfase, sobretudo, nas contradições demonstradas pelo legislador ao longo dos anos.

As discussões travadas resultaram no desenvolvimento de duas judiciosas correntes em sentido oposto, uma defensora da constitucionalidade da exclusão da entidade de economia mista do processo falimentar, utilizando como principais argumentos a submissão não somente ao art. 173, §1º da Constituição da República, mas também ao art. 37 da Carta, o princípio da continuidade do serviço público, a impossibilidade de se extinguir a sociedade de economia mista por sentença judicial, a vedação de apropriação por particulares de bens públicos de uso especial, bem como a existência da responsabilidade subsidiária do Estado em caso de prejuízos causados a terceiros.

Por sua vez, a segunda corrente pesquisada manifesta-se a favor da inconstitucionalidade da exclusão da companhia de economia mista aos termos da legislação de recuperação judicial e falência, na medida em que a imunidade falimentar atribuída vantagem não estendida às demais empresas que atuam no setor privado, configurando hipótese de concorrência desleal e grave violação ao princípio da isonomia. Os autores que aderiram a esse entendimento explicam que a atividade exercida pela sociedade pode ser classificada como prestação de serviço público ou exploração de atividade econômica em sentido estrito, gerando resultados distintos.

Com efeito, para os juristas que anuíram à essa teoria, se a companhia de economia mista desempenhar atividade econômica, terá legitimidade para figurar no polo passivo do processo falimentar, devendo ser-lhe aplicado o mesmo regime das

empresas privadas, uma vez que atua em concorrência. Assim, não há impedimento legal para que seus bens sejam penhorados e executados. Utilizando-se do mesmo raciocínio, não haverá qualquer responsabilidade subsidiária do Estado, eis que a sociedade não poderá auferir qualquer vantagem que não seja usufruída pelas companhias do setor privado.

Por outro lado, se a entidade tiver como objeto a prestação de serviço público, não figurará no processo falimentar como legitimada passiva, face à existência dos princípios regentes do regime jurídico-administrativo, como o da continuidade do serviço público, por exemplo. Quanto à responsabilidade estatal, como a sociedade presta serviço público, deverá o Estado arcar com os prejuízos causados pela entidade de economia mista a terceiros, de forma subsidiária.

O Supremo Tribunal Federal tem se manifestado no sentido do estabelecimento da divisão entre a natureza das atividades realizadas pela sociedade de economia mista, para que, assim, seja determinado o regime jurídico aplicável. Ocorre que, recentemente, o Excelso Pretório, discutindo a realidade atual dessas entidades empresariais, concluiu que, em muitos casos, são exercidas ambas as atividades pela mesma sociedade, atuando tanto na prestação de serviços públicos quanto na exploração de atividade econômica em sentido estrito, sendo consideradas, assim, como executoras de atividades heterogêneas.

Então, para a espécie híbrida de sociedade de economia mista, constata-se que não há como se aplicar a tese da segregação, conforme a natureza da atividade desempenhada, visando tornar possível a determinação do regime jurídico a ser utilizado. O Supremo Tribunal Federal ainda não proferiu decisão que solucione especificamente a matéria abordada, mas evidente está a necessidade de se analisar o tema sob outro aspecto, que não o da divisão estanque, conforme a atividade desempenhada pela sociedade, porquanto não se aplica em muitos casos na atual conjuntura econômica. Realmente, a doutrina vem deixando de analisar a questão de forma prática, na medida e que muitas sociedades empresariais estatais,

como a Empresa de Correios e Telégrafos, desenvolvem atividades de natureza mestiça.

Desse modo, para se argumentar quanto à inconstitucionalidade da imunidade falimentar da entidade de economia mista, deve-se discutir a questão do regime jurídico aplicável sob nova ótica, em outro patamar, pois a solução anteriormente formulada por meio da simples identificação da natureza da atividade, para se atribuir o regime específico, não se aplica no quadro hodierno.

Além do fato de a submissão da sociedade de economia mista à Lei n. 11.101/2005 não necessariamente consistir na cessação das atividades da empresa, a imunidade falimentar consistiria num privilégio constitucional dado apenas a algumas entidades, fato que implicaria em afronta aos princípios da igualdade e da concorrência leal.

Ademais, mister ponderar se uma sociedade empresária de economia mista que não consegue de maneira satisfatória cumprir sua finalidade deve permanecer atuando no mercado ou ser extinta. A partir do momento que o Poder Público permite a permanência no domínio econômico de companhia estatal ineficiente, que ao menos consegue arcar com seus débitos, chegando ao ponto de se configurar hipótese de pedido de falência, princípios constitucionais são violados, na medida de sua ineficiência.

Por fim, destaca-se também a intelecção no sentido de que a possibilidade de decretação da falência da sociedade de economia mista está em consonância com o princípio da eficiência. Não é razoável proteger a permanência no mercado de uma companhia que somente gera prejuízos aos cofres públicos e que, ainda, não quita os débitos assumidos com os particulares, fato que também causa danos à economia. A ideia de se permitir que o Estado crie entidades regidas pelo regime jurídico de direito privado, tem como pressuposto a capacidade de gerar lucro ou, pelo menos, cobrir seus próprios gastos, o que resulta numa melhor gestão do dinheiro público.

Por todo o expendido, considera-se que a sociedade empresária de economia mista, exploradora de atividade econômica em sentido estrito, portanto, poderá, no futuro, figurar como legitimada passiva em processos falimentares, nos termos definidos pelo estatuto jurídico das empresas estatais, conforme expressa determinação constitucional, que deverá conter normas específicas dispendo acerca da falência dessas entidades.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BANDEIRA DE MELLO. Oswaldo Aranha. Princípios gerais de direito administrativo. Volume II – Das pessoas. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

BARROSO, Luís Roberto. Temas de direito constitucional. 2º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BORGES, Alice Gonzalez. Estatuto das empresas estatais na Constituição. Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte - RPGMBH, Belo Horizonte, ano 3, n. 6, jul./dez. 2010.

CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CARRASQUEIRA, Simone de Almeida. Dívida pública, lei de responsabilidade fiscal e as empresas estatais. Revista Interesse Público – IP – Belo Horizonte, ano 7, n. 30, mar./abr. 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos de. Manual de direito administrativo. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei de sociedades anônimas. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 4.

CARVALHOSA, Modesto, EIRIZIK, Nelson. A nova lei das sociedades anônimas. São Paulo: Saraiva, 2002.

CLARK, Giovani. O município em face do direito econômico. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parecer emitido a pedido de Furukawa SA e Lucent Network Systems do Brasil Ltda. "Contrato de cessão de direito de uso da infra-estrutura do sistema de transmissão de energia elétrica e de fibras ópticas. Subcontratações subsequentes. Eventual falência de subcontratada. Exame da viabilidade jurídica de pedido de auto- falência. A questão da responsabilidade". Maio de 2003. Acervo próprio.

FERNANDES, Felipe Nogueira. Regime jurídico das sociedades empresárias estatais. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3225, 30 abr. 2012 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21627>>. Acesso em: 3 set. 2012.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de direito econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRAU, Eros Roberto. Elementos de direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

GUERRA, Evandro Martins. Direito financeiro e controle da atividade financeira estatal. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HARADA, Kiyoshi. Direito financeiro e tributário. 18ª ed., São Paulo: Atlas, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico das empresas estatais e a distinção entre serviço público e atividade econômica. In: Revista de direito do estado. Jan./mar. 2006.

MADEIRA, Jansen Amadeu do Carmo; MADEIRA, José Maria Pinheiro. Empresas estatais – situações polêmicas e atuais (segunda e última parte). *Fórum*

Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 7, n. 78, ago. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=46702>>. Acesso em: 19 setembro 2012.

MONCADA, Luís Solano Cabral de. *Direito econômico*. Portugal: Coimbra Editora, 2000.

MORAES, Anderson Júnio Leal. Regimes jurídicos das empresas estatais. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 8, n. 88, jun. 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MOSCOGLIATO, Marcelo. A sociedade de economia mista tem imunidade falimentar?. In: CONRADO, Paula César (coord.). *Direito público atual*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. Disponível em: <<http://www.moscogliato.com.br>>. Acesso em: 4/9/2012.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho (coord.). *Curso prático de direito administrativo*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas concessões, permissões e parcerias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MUKAI, Toshio. *O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira e ALVES, Rosângela do Socorro. Por um estatuto jurídico para as empresas estatais que atuam no mercado. Prêmio DEST/MP de monografias estatais. Disponível em: http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/dest/premio_dest/mencao_honrosa_marcia_IV_premio.pdf. Acesso em: 3 set. 2012.

RIBEIRO, Renato Ventura. O regime da insolvência das empresas estatais. In: ARAGÃO, Leandro Santos de, CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de (coord.). Direito societário e a nova lei de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006, p. 111.

SANTOS, Carlos Leonardo Souza dos. Execução contra estatais prestadoras de serviços públicos exclusivos. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 12, n. 136, p.23-42, jun. 2012.

SANTOS, Paulo Penalva (coord.). A nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei 11.101/05. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

THOMAS, Vicent. La responsabilité dês dirigeants de La SEM. In GUÉRARD, Stéphane (coord.) Regards croisé sur l'economie mixte. Paris: L'Harmattan, 2006.

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida; GUIMARÃES, Angélica. As Empresas Estatais e a Revogação do Artigo 242 da Lei nº 6.404/76. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 2, n. 19, set. 2002 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=2410>>. Acesso em: 19 setembro 2012

ANEXO



Senado Federal

Secretaria-Geral da Mesa

Atividade Legislativa - Tramitação de Matérias

Impresso em 8/11/2012 Sistema de Tramitação de Matérias - PLS 00207 / 2009 1

Identificação da Matéria

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 207, DE 2009

Autor: SENADOR - José Sarney

Ementa: Institui 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, nos termos dos §§ 1º e 3º do art.173 da Constituição Federal.

Assunto: Jurídico - Direito comercial e econômico

Data de apresentação: 21/05/2009

Situação atual: Local: 12/05/2011 - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

Situação: 12/05/2011 - MATÉRIA COM A RELATORIA

Matérias relacionadas: RQS - REQUERIMENTO 341 de 2010 (Senador Tasso Jereissati)

Tramita em conjunto com:

PLS - PROJETO DE LEI DO SENADO 220 de 2009

PLS - PROJETO DE LEI DO SENADO 238 de 2009

PLS - PROJETO DE LEI DO SENADO 12 de 2010

Indexação da matéria: Indexação: PROPOSTA, PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR, INSTITUIÇÃO, ESTATUTO JURÍDICO, EMPRESA PÚBLICA, SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA, SUBSIDIÁRIAS, FINALIDADE, EXPLORAÇÃO, ATIVIDADE ECONÔMICA, PRODUÇÃO, COMERCIALIZAÇÃO, BENS, PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, DEFINIÇÃO, REQUISITOS, REGISTRO PÚBLICO, ORGANIZAÇÃO, NÚMERO, MEMBROS, DIREÇÃO, CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO, CONSELHO FISCAL, REGIME SOCIETÁRIO, SOCIEDADE ANÔNIMA, AUTORIZAÇÃO PRÉVIA, RELEVÂNCIA, FUNÇÃO SOCIAL, ACESSO, POLÍTICA, DISCRIMINAÇÃO, PREÇOS, PRODUTO, SERVIÇOS, DESENVOLVIMENTO, TECNOLOGIA, PROMOÇÃO, ATIVIDADE ARTÍSTICA, ESPORTE, CULTURA, COMUNIDADE, INVESTIMENTO PRESERVAÇÃO, ACERVO HISTÓRICO, ECOLOGIA, EXPLORAÇÃO, ESTRUTURAÇÃO, TURISMO, INTERESSE COLETIVO, SEGURANÇA NACIONAL, INTEGRALIDADE, DETENÇÃO, PESSOA JURÍDICA, DIREITO PRIVADO, DIREITO PÚBLICO INTERNO, CAPITAL VOTANTE, IMPEDIMENTO, POSSIBILIDADE, UTILIZAÇÃO, DEBÊNTURES, TÍTULOS, VALORES MOBILIÁRIOS, CONVERSÃO, AÇÕES,

FACULTATIVIDADE, CIDADÃO, SOCIEDADE CIVIL, TERCEIRO, INICIATIVA, PROPOSIÇÃO, AÇÃO JUDICIÁRIA, REPARAÇÃO, COMPETÊNCIA, (TCU), TRIBUNAL DE CONTAS, ESTADOS, (DF), MUNICÍPIOS, FISCALIZAÇÃO, PRINCÍPIO DA LEGALIDADE DE PUBLICIDADE, MORALIDADE, ECONOMICIDADE, DESCUMPRIMENTO, CARACTERIZAÇÃO, CRIME DE RESPONSABILIDADE, RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA, RESPONSABILIDADE CIVIL, RESPONSABILIDADE PENAL, NORMAS, LICITAÇÃO, CONTRATO, PRINCÍPIO, ISONOMIA, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, EXIGÊNCIA, OBSERVAÇÃO, FASE, PROCEDIMENTOS, PREPARAÇÃO, CONVOCAÇÃO, CLASSIFICAÇÃO, HABILITAÇÃO, RECURSO, HOMOLOGAÇÃO, MODALIDADE, PREGÃO, CONCORRÊNCIA, LEILÃO, CONSULTA, CONCURSO, PROIBIÇÃO, COMBINAÇÃO, RESSALVA, DISPENSA, INEXIGIBILIDADE, DECISÃO, CONTRATAÇÃO DIRETA, INCLUSÃO, EXPRESSÃO, SOCIEDADE ANÔNIMA, NOME EMPRESARIAL.

Sumário da Tramitação

Em tramitação

Despacho: Nº 1. despacho inicial

(SF) CCJ - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

(SF) CAE - Comissão de Assuntos Econômicos

Relatoria: CCJ - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

Relatores: Tasso Jereissati (encerrado em 04/11/2009 – Parecer aprovado pela comissão) Tasso Jereissati (encerrado em 22/12/2010 - Fim de Legislatura) Pedro Taques (atual)



Senado Federal

Secretaria-Geral da Mesa

Atividade Legislativa - Tramitação de Matérias

Impresso em 8/11/2012 Sistema de Tramitação de Matérias - PLS 00207 / 2009 2

Prazos: 11/11/2009 - 17/11/2009 - Recebimento de emendas perante as Comissões (CCJ) (Art. 122, II, "c", do RISF)

TRAMITAÇÕES (ordem ascendente) 21/05/2009 PLEG - PROTOCOLO LEGISLATIVO

Ação: Este processo contém 28 (vinte e oito) folhas numeradas e rubricadas.

21/05/2009 ATA-PLEN - SUBSECRETARIA DE ATA - PLENÁRIO

Ação: Leitura.

Às Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania; e de Assuntos Econômicos.

Publicação em 22/05/2009 no DSF Página(s): 18745 - 18756 (Ver Diário)

22/05/2009 CCJ - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

Situação: AGUARDANDO DESIGNAÇÃO DO RELATOR

Ação: Recebido nesta Comissão. Matéria aguardando distribuição.
26/05/2009 CCJ - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

Situação: MATÉRIA COM A RELATORIA

Ação: Distribuído ao Senador Tasso Jereissati, para emitir Relatório.

17/07/2009 CCJ - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

Ação: Devolvido pelo Senador Tasso Jereissati para atender Solicitação constante do Ofício nº 1413/2009, da Presidência do Senado Federal, referente a requerimento de tramitação em conjunto da matéria (fls. nº 29).

À SSCLSF.

17/07/2009 SSCLSF - SUBSEC. COORDENAÇÃO LEGISLATIVA DO SENADO

Ação: Recebido neste Órgão, nesta data.

Encaminhado ao Plenário.

04/08/2009 ATA-PLEN - SUBSECRETARIA DE ATA - PLENÁRIO

Ação: Leitura do Requerimento nº 950, de 2009, de autoria do Senador Demóstenes Torres, que solicita a tramitação

conjunta dos Projetos de Lei do Senado nº 207, de 2009 - Complementar, e nº 238, de 2009 - Complementar, por tratarem de matéria correlata.

À Mesa para decisão.

À SGM.

Publicação em 05/08/2009 no DSF Página(s): 34468 (Ver Diário)

11/08/2009 SGM - SECRETARIA GERAL DA MESA

Ação: Encaminhado ao Plenário.

11/08/2009 ATA-PLEN - SUBSECRETARIA DE ATA - PLENÁRIO

Ação: Deferido o Requerimento nº 950, de 2009, nos termos do Ato da Mesa nº 2, de 2009. Passam a tramitar em conjunto as seguintes matérias: PLS 207/2009 e PLS 238/2009, ambos complementares.

À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania e, posteriormente, à Comissão de Assuntos Econômicos.

À CCJ.

Publicação em 12/08/2009 no DSF Página(s): 35285 (Ver Diário)

11/08/2009 CCJ - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

Situação: AGUARDANDO DESIGNAÇÃO DO RELATOR

Ação: Recebido nesta Comissão. Matéria aguardando distribuição.

(Tramitam em conjunto os PLS's nºs 207 e 238, de 2009).

27/08/2009 CCJ - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

Ação: Encaminhado à Secretaria-Geral da Mesa para atender Solicitação constante do Ofício nº 1808/2009, da Presidência do Senado Federal, referente a requerimento de tramitação em conjunto (fls. nº 32).

À SSCLSF.



Senado Federal

Secretaria-Geral da Mesa

Atividade Legislativa - Tramitação de Matérias

Impresso em 8/11/2012 Sistema de Tramitação de Matérias - PLS 00207 / 2009 3
(Tramitam em conjunto os PLS's nºs 207 e 238, de 2009).

27/08/2009 SSCLSF - SUBSEC. COORDENAÇÃO LEGISLATIVA DO SENADO
Ação: Recebido neste Órgão, nesta data.

31/08/2009 SSCLSF - SUBSEC. COORDENAÇÃO LEGISLATIVA DO SENADO
Ação: Encaminhado ao Plenário.

31/08/2009 ATA-PLEN - SUBSECRETARIA DE ATA - PLENÁRIO

Situação: AGUARDANDO DECISÃO DA MESA

Ação: Leitura do Requerimento nº 1.100, de 2009, de autoria do Senador Demóstenes, solicitando a tramitação conjunta dos Projetos de Lei do Senado nº 220, de 2009 e nº 207, de 2009 - Complementar (tramitando em conjunto com o PLS nº 238, de 2009 - Complementar), uma vez que dispõem sobre a mesma matéria.

À Mesa para decisão.

À SGM

Publicação em 01/09/2009 no DSF Página(s): 40013 (Ver Diário)

3/09/2009 SGM - SECRETARIA GERAL DA MESA

Ação: Encaminhado ao Plenário.

4/09/2009 ATA-PLEN - SUBSECRETARIA DE ATA - PLENÁRIO

Ação: A Presidência comunica ao Plenário que foi deferido, nos termos do Ato da Mesa nº 2, de 2009, o requerimento nº 1.100, de 2009, do Sen. Demóstenes Torres, que solicita a tramitação conjunta do PLS nº 220, de 2009, com o PLS nº 207, de 2009-Complementar, que já tramita em conjunto com o PLS nº 238, de 2009-Complementar. Deferido o Requerimento, o PLS nº 220, de 2009, perde o caráter terminativo. As matérias passam a tramitar em conjunto e voltam às Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania e de Assuntos Econômicos.

À CCJ e, posteriormente, à CAE.

Publicação em 05/09/2009 no DSF Página(s): 41914 (Ver Diário)

8/09/2009 CCJ - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

Situação: AGUARDANDO DESIGNAÇÃO DO RELATOR

Ação: Recebido nesta Comissão. Matéria aguardando distribuição.

(Tramitam em conjunto os PLS's nºs 207, 220 e 238, de 2009 - Complementares)

8/09/2009 CCJ - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania
 Situação: MATÉRIA COM A RELATORIA
 Ação: Distribuído ao Senador Tasso Jereissati, para emitir relatório.
 (Tramitam em conjunto os PLS's nº 207, 220 e 238, de 2009)

27/10/2009 CCJ - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania
 Situação: PRONTA PARA A PAUTA NA COMISSÃO
 Ação: Recebido o Relatório do Senador Tasso Jereissati, com voto pela reautuação do PLS nº 207, de 2009 Complementar, e do PLS nº 238, de 2009 Complementar, a fim de que sejam alterados de complementar para ordinário.
 Matéria pronta para a Pauta na Comissão.
 (Tramitam em conjunto os PLS's 207, 220 e 238, de 2009).

30/10/2009 CCJ - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania
 Situação: INCLUÍDA NA PAUTA DA REUNIÃO
 Ação: Matéria incluída na Pauta da Comissão.
 (Tramitam em conjunto os PLS's nº 207, 220 e 238, de 2009).

4/11/2009 CCJ - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania
 Situação: APROVADO PARECER NA COMISSÃO
 Ação: Na 46ª Reunião Ordinária, convocada para os dias 4 e 10 de novembro de 2009, a Comissão aprova o Relatório do Senador Tasso Jereissati, que passa a constituir o Parecer da CCJ, pela reautuação do PLS nº 207.



Senado Federal

Secretaria-Geral da Mesa

Atividade Legislativa - Tramitação de Matérias

Impresso em 8/11/2012 Sistema de Tramitação de Matérias - PLS 00207 / 2009
 2009 - Complementar, e do PLS nº 238, de 2009 - Complementar, a fim de que sejam alterados de complementares para ordinários (em 04/11/2009).
 (Tramitam em conjunto os PLS nº 207, de 2009-Complementar; PLS nº 220, de 2009 e PLS nº 238, de 2009-Complementar).

6/11/2009 CCJ - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania
 Ação: Encaminhado à Secretaria-Geral da Mesa, para as devidas providências.
 À SSCLSF.

6/11/2009 SSCLSF - SUBSEC. COORDENAÇÃO LEGISLATIVA DO SENADO
 Ação: Recebido neste órgão, nesta data.

9/11/2009 SSCLSF - SUBSEC. COORDENAÇÃO LEGISLATIVA DO SENADO
 Situação: AGUARDANDO LEITURA PARECER (ES)
 Ação: Aguardando leitura do Parecer da CCJ.

10/11/2009 ATA-PLEN - SUBSECRETARIA DE ATA - PLENÁRIO

Ação: Leitura e encaminhamento à publicação do Parecer nº 2.019, de 2009-CCJ (Relator: Senador Tasso Jereissati), sobre o Projeto de Lei do Senado nº 207, de 2009-Complementar (tramitando em conjunto com o Projeto de Lei do Senado nº 220, de 2009; e o Projeto de Lei do Senado nº 238, de 2009-Complementar). Ao apreciar as proposições a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania concluiu que o projeto em apreço versa sobre matéria de lei ordinária. Em virtude disso, a Presidência determina a reatuação dos Projetos de Lei do Senado nºs 207 e 238, de 2009-Complementares como Projetos de Lei ordinária e a republicação dos respectivos avulsos. Os projetos vão à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, onde os Projetos de Lei do Senado nºs 207 e 238, de 2009, poderão receber emendas pelo prazo de cinco dias úteis, nos termos do art. 122, II, c, do Regimento Interno, e à Comissão de Assuntos Econômicos, em decisão terminativa, nos termos do art. 49, I, do Regimento Interno.

À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

Publicação em 11/11/2009 no DSF Página(s): 58126 - 58153 (Ver Diário)

Publicação em 11/11/2009 no DSF Página(s): 58106 - 58110 (Ver Diário)

11/11/2009 CCJ - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

Situação: AGUARDANDO RECEBIMENTO DE EMENDAS

Ação: Recebido nesta Comissão.

Matéria aguardando abertura de prazo para apresentação de Emendas.

(Tramitam em conjunto os PLS's nº 207, nº 220 e nº 238, de 2009).

12/11/2009 CCJ - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

Situação: AGUARDANDO RECEBIMENTO DE EMENDAS

Ação: Prazo para apresentação de Emendas aos Projetos de Lei do Senado nºs 207 e 238, de 2009 - Complementares

Primeiro dia: 11.11.2009

Último dia: 17.11.2009

(Tramitam em conjunto os PLS's nºs 207, 220 e 238, de 2009).

19/11/2009 CCJ - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

Situação: AGUARDANDO DESIGNAÇÃO DO RELATOR

Ação: Não foram oferecidas emendas no prazo regimental para os PLS's nºs 207 e 238, de 2009).

Matéria aguardando distribuição.

(Tramitam em conjunto os PLS's nºs 207, 220 e 238, de 2009).



Senado Federal

Secretaria-Geral da Mesa

Atividade Legislativa - Tramitação de Matérias
--

Impresso em 8/11/2012 Sistema de Tramitação de Matérias - PLS 00207 / 2009 5

23/11/2009 CCJ - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

Situação: MATÉRIA COM A RELATORIA

Ação: Distribuído ao Senador Tasso Jereissati, para emitir relatório.

(Tramitam em conjunto os PLS's nºs 207, 220 e 238, de 2009).

7/04/2010 CCJ - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

Ação: Devolvido pelo Senador Tasso Jereissati para atender a solicitação constante do Ofício nº 490/2010, da Presidência do Senado Federal, referente a requerimento de tramitação em conjunto.

À SSCLSF.

7/04/2010 SSCLSF - SUBSEC. COORDENAÇÃO LEGISLATIVA DO SENADO

Ação: Recebido neste Órgão, nesta data.

7/04/2010 SSCLSF - SUBSEC. COORDENAÇÃO LEGISLATIVA DO SENADO

Ação: Encaminhado ao Plenário.

8/04/2010 ATA-PLEN - SUBSECRETARIA DE ATA - PLENÁRIO

Situação: AGUARDANDO DECISÃO DA MESA

Ação: Leitura do Requerimento nº 341, de 2010, do Senador Tasso Jereissati, solicitando, nos termos dos arts. 258 a 260, do RISF, a tramitação conjunta do Projeto de Lei do Senado nº 12, de 2010, com o presente Projeto, juntamente com os Projetos de Lei nºs 220 e 238, todos de 2009, por tratarem de matéria conexa.

À Mesa para decisão.

À SGM.

Publicação em 09/04/2010 no DSF Página(s): 13033 (Ver Diário)

28/04/2010 SGM - SECRETARIA GERAL DA MESA

Ação: Encaminhado ao Plenário.

28/04/2010 ATA-PLEN - SUBSECRETARIA DE ATA - PLENÁRIO

Ação: A Presidência comunica ao Plenário que foi deferido o Requerimento nº 341, de 2010, nos termos do Ato da Mesa nº 2, de 2009.

O PLS nºs 207, 220, 238, de 2009, perdem o caráter terminativo. As matérias passam a tramitar em conjunto e vão

às Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania; e de Assuntos Econômicos.

À CCJ.

***** Retificado em 3/05/2010*****

A Presidência comunica ao Plenário que foi deferido o Requerimento nº 341, de 2010, nos termos do Ato da Mesa nº 2, de 2009.

O PLS nºs 207, 220, 238, de 2009, perdem o caráter terminativo. As matérias passam a tramitar em conjunto com o PLS nº 12, de 2010, e vão às Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania; e de Assuntos Econômicos.

À CCJ.

Publicação em 29/04/2010 no DSF Página(s): 17123 (Ver Diário)

29/04/2010 CCJ - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania
Situação: AGUARDANDO DESIGNAÇÃO DO RELATOR

Ação: Recebido nesta Comissão.

Matéria aguardando distribuição.

(Tramitam em conjunto os PLS nºs 207, 220, 238, de 2009, e 12, de 2010)

29/04/2010 CCJ - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania
Situação: MATÉRIA COM A RELATORIA

Ação: Distribuído ao Senador Tasso Jereissati, para emitir Relatório.

(Tramitam em conjunto os PLS nºs 207, 220, 238, de 2009, e 12, de 2010)



Senado Federal

Secretaria-Geral da Mesa

Atividade Legislativa - Tramitação de Matérias

Impresso em 8/11/2012 Sistema de Tramitação de Matérias - PLS 00207 / 2009 6

9/12/2010 CCJ - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

Situação: PRONTA PARA A PAUTA NA COMISSÃO

Ação: Recebido o relatório do Senador Tasso Jereissati, com voto contrário aos Projetos de Lei do Senado nº 220 e 238, de 2009; e 12, de 2010; e pela constitucionalidade, juridicidade, regimentalidade, boa técnica legislativa e, no mérito, favorável ao Projeto nº 207, de 2009.

Matéria pronta para a Pauta na Comissão.

(Tramitam em conjunto os PLS nºs 207, 220, 238, de 2009, e 12, de 2010)

13/12/2010 CCJ - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

Situação: INCLUÍDA NA PAUTA DA REUNIÃO

Ação: Matéria incluída na Pauta da Comissão.

(Tramitam em conjunto os PLS nºs 207, 220, 238, de 2009, e 12, de 2010)

22/12/2010 CCJ - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

Ação: À SCLSF, em cumprimento ao disposto no art. 332 do Regimento Interno do Senado Federal (Final da 53ª Legislatura).

13/01/2011 SSCLSF - SUBSEC. COORDENAÇÃO LEGISLATIVA DO SENADO

Ação: A presente proposição continua a tramitar, nos termos dos incisos do art. 332 do Regimento Interno e do Ato nº 4, de 2010, da Mesa do Senado Federal.

A matéria volta à CCJ.

14/01/2011 CCJ - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

Situação: AGUARDANDO DESIGNAÇÃO DO RELATOR

Ação: Recebido na Comissão nesta data.

Matéria aguardando designação de Relator.

12/05/2011 CCJ - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

Situação: MATÉRIA COM A RELATORIA

Ação: Distribuído ao Senador Pedro Taques, para emitir relatório.

(Tramitam em conjunto os PLS's nºs 207, 220 e 238, de 2009 e o PLS nº 12, de 2010).



FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS

SUJEIÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS À FALÊNCIA

EVANDRO MARTINS GUERRA

Nova Lima, 14 de novembro de 2012