

Regime falimentar para empresas públicas e sociedades de economia mista

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (*)

SUMÁRIO: 1) Referências constitucionais sobre empresas públicas e sociedades de economia mista; 2) Análise do art. 173, § 1º, da Const. Federal; 3) Interpretação do mandamento constitucional; 4) Situação de falência; 5) Revogação do art. 242, da Lei nº 6.404/76, reguladora das sociedades anônimas; 6) Falência de sociedades de economia mista: interpretação do direito vigente e posições doutrinárias; 7) Discussão da matéria em relação às empresas públicas; 8) Conclusões.

1. A vigente Constituição, tanto quanto a Carta anterior, faz, em seu texto, algumas alusões, de forma conjunta, a empresas públicas e sociedades de economia mista, como, por exemplo, as que constam, dentre outros, dos dispositivos referentes à competência de lei federal para dispor sobre normas gerais de licitação e contratação (art. 22, XXVII); à vedação de acumulação de cargos, empregos e funções (art. 37, XVII); à imprescindibilidade de lei que lhes autorize a criação (art. 37, XIX); e à incidência do teto remuneratório previsto no art. 37, XI, da CF, quando forem destinatárias de recursos públicos (art. 37, § 9º).

Como regra, as entidades têm merecido tratamento conjunto nas normas jurídicas, o que se justifica pela circunstância de serem bastante assemelhados os lineamentos de que se revestem, tanto no que diz respeito à personalidade jurídica, como também no concernente ao objeto a que se destinam, ao patrimônio, ao regime de pessoal e, enfim, ao próprio desiderato do Estado quando decide instituí-las. Por tal razão é que há semelhança conceitual entre ambas, como emana do art. 5º, II e III, do Decr.-lei nº 200/67.

O mandamento, contudo, que tem ensejado maiores hesitações e perplexidades é o que se situa no art. 173, § 1º, da CF, agora com a redação introduzida pela Emenda Constitucional nº 19/98.

Atualmente, esse dispositivo apresenta a seguinte redação:

“Art. 173 -

§ 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:

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."

É com suporte nesse mandamento e, ainda, considerando os princípios que regem a Administração Pública, que serão feitas as presentes observações com a síntese imposta pela natureza do trabalho.

2. O primeiro ponto a ser objeto de atenção na análise do art. 173, § 1º, da CF, reside na interpretação, adotada pela maioria dos especialistas, segundo a qual a referência é feita exclusivamente a empresas públicas e sociedades de economia mista cujo objeto seja o da *exploração de atividade econômica*, finalidade, aliás, mencionada, de forma expressa, no mandamento.

Significa dizer, por via de consequência, que não estão sob incidência normativa desse dispositivo as empresas públicas e sociedades de economia mista que se dediquem à *prestação de serviços públicos*.

Nunca se poderá afirmar, com a exatidão científica desejável no processo de hermenêutica, que o dispositivo tenha clareza de tal ordem que a conclusão acima ressaia natural e inequivocamente de seu texto. A linha de argumento de maior densidade é que toma por base o *caput* do mesmo art. 173, que impõe caráter de excepcionalidade à exploração direta de atividade econômica pelo Estado, só a admitindo em caso de imperativos de segurança nacional ou quando se tratar de relevante interesse coletivo.

Assim - consignam os estudiosos - se o dispositivo-base retrata referência ao desempenho de atividades econômicas, seus parágrafos, acessórios que são, devem com ele guardar relação de congruência.

3. Partindo-se de semelhante premissa, estará o intérprete forçado a reconhecer que o preceito contido no art. 173, § 1º, II, da CF - o da sujeição dessas entidades ao regime próprio aplicável às empresas privadas, quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários - só terá incidência no caso de tais entidades se dedicarem à exploração de atividade econômica.

Conseqüentemente, se a empresa pública ou a sociedade de economia mista tiverem como objeto institucional a prestação de serviços públicos, poderão ser destinatárias de algumas benesses públicas - relacionadas àqueles direitos e obrigações - não extensivas às empresas do setor privado.

Para alguns analistas, o juízo crítico a respeito dessa discriminação conduz à conclusão de que não foi não muito justa a solução adotada pelo Constituinte, e isso porque o Estado estaria obtendo dupla vantagem, sem sofrer qualquer desconforto. Teria apenas os bônus, mas não os ônus. De um lado, foi beneficiado com a possibilidade de criar empresa pública ou sociedade de economia mista, ambas com personalidade jurídica de direito privado, para atuar no mundo jurídico, o que lhe permite mais significativa flexibilidade de operacionalização de seus objetivos. De outro, beneficia-se também com eventuais privilégios especiais de direito público, que, exatamente por serem de direito público, não se estendem, em regra, às pessoas do setor privado.

Em outras palavras, as restrições constitucionais necessárias ao cumprimento da isonomia com as pessoas do setor privado somente atingiriam as entidades quando explorassem atividade econômica, o mesmo não ocorrendo com as que se destinassem à execução de serviços públicos.

4. Em decorrência da natureza de que se revestem tais entidades - pessoas jurídicas de direito privado - e somando-se o fato de que algumas delas podem desempenhar atividade meramente econômica como qualquer pessoa privada em geral, nunca ficou bem clara (e nem o poderia em face da lacuna normativa) a resposta à seguinte indagação: no caso de insolvência comprovada, sujeitar-se-ão ao regime falimentar comum ?

A situação de falência, como sabido, é disciplinada pelo Decr.-lei 7.661/45, em cujo art. 1º se encontram os seguintes termos: "*Considera-se falido o comerciante que, sem relevante razão de direito, não paga no vencimento obrigação líquida, constante de título que legitime a ação executiva*".

É fácil conceber, pelas palavras do texto legal, que a falência estampa a ruína do comerciante, situação que o impede de cumprir suas obrigações com os credores, sem que haja fundamento de direito que justifique o descumprimento. Como bem acentua RUBENS REQUIÃO, "*a falência, na realidade, propõe uma solução para a empresa comercial arruinada: ou a líquida, ou proporciona sua recuperação*" (*Curso de Direito Falimentar*, Saraiva, 1º vol., 17ª ed., 1998, p. 6).

A questão, no caso, é saber como será possível conciliar instituto tão específico e tão inerente ao direito comercial com a natureza de empresas públicas e sociedades de economia mista, que, a despeito de sua personalidade de direito privado, são instituídas pelo Estado, integrando-lhe a administração indireta, fato que as torna qualificadas como *peças administrativas*.

Examinemos, primeiramente, a situação de falência em relação a sociedades de economia mista.

5. A Lei nº 6.404, de 15.12.76, que disciplina as sociedades anônimas, forma jurídica obrigatoriamente adotada para as sociedades de economia mista por força de seu próprio conceito (art. 5º, III, do Decr.-lei nº 200/67), consignava em seu art. 242:

“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”.

O conteúdo do dispositivo não deixava margem a qualquer dúvida: não poderia ser decretada falência de sociedade de economia mista. Na medida em que a norma não distinguia, não poderia o intérprete distinguir entre as entidades dedicadas à atividade econômica e as prestadoras de serviços públicos.

É verdade que havia vozes que pregavam a inconstitucionalidade do dispositivo e sua não-recepção pela Carta vigente por incompatibilidade com os termos do art. 173, § 1º. Apesar desse entendimento, que, aliás, não estampa qualquer heresia, o certo é que, ao ser editado, em 1976, vigorava a Constituição de 1967, já com a redação da Emenda nº 1/69, em cujo art. 170, § 2º, se alojavam termos bastante assemelhados aos do atual art. 173, § 1º, seu sucessor. Como não houve declaração de inconstitucionalidade firmada pelo Supremo Tribunal Federal, haveria de presumir-se que não existia incompatibilidade entre a norma legal e a disciplina contida na Constituição.

Ocorre, porém, que o art. 242 da Lei nº 6.404/76 foi expressamente revogado pelo art. 10, da Lei nº 10.303, de 31.10.2001. Sabido que nenhuma revogação ocorre por mero capricho do legislador, passou a ser necessário indagar qual o efeito derivado da revogação daquela norma, que - repita-se - conferia inegável garantia às sociedades de economia mista quanto à vedação de falência.

6. Poderão ser admitidas três interpretações em relação a tal revogação.

A primeira delas é a de que a revogação do dispositivo provocou a supressão da garantia antes conferida a todas as entidades de economia mista, independentemente da atividade a que se destina. Como esse privilégio também não as distinguia quanto à finalidade, gerando sua aplicação a todas elas indistintamente, sua eliminação, da mesma forma, deverá aplicar-se a todas. A consequência é que as sociedades de economia mista, cuja forma obrigatória é a de sociedade anônima, passam a sujeitar-se ao regime falimentar comum.

Segue-se uma segunda interpretação, que, de resto, já se apresentava antes da revogação do citado art. 242: nenhuma sociedade de economia mista poderia sujeitar-se à falência. É o entendimento de MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, para quem por força do processo falimentar *“uma empresa poderia ficar inviabilizada de exercer a atividade para a qual foi criada, porque a decisão judicial busca o atendimento do credor”* (*Direito Administrativo da Economia*, Lumen Juris, 2003, p. 100). Além do mais, aduz o autor, as sociedades de economia mista são instituídas por lei da qual participam, em parceria, o Executivo e o Legislativo, não sendo, pois, cabível a incidência do instituto, flagrantemente protetivo de interesses privados (ob. cit., p. 101).

A última interpretação possível reside na necessidade de distinguir as sociedades de economia mista conforme os fins a que se destina. Sendo dedicadas à exploração de atividade econômica, poderá ser-lhe decretada a falência; voltando-se à prestação de serviços públicos, estarão elas imunes à incidência do regime falimentar. É a opinião de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 15ª ed., 2003, p. 179). No mesmo sentido, RITA ANDREA REHEM ALMEIDA TOURINHO e ANGÉLICA GUIMARÃES, no trabalho "As empresas estatais e a revogação do artigo 242 da Lei 6.404/76" (*Revista de Direito Administrativo*, nº 229, 2002, pp. 185/198).

Em nosso entender, esta última interpretação é a que melhor condiz com a flagrante diversidade dos fins para os quais são constituídas sociedades de economia mista.

Sobre o tema, já tivemos a oportunidade de averbar: "*Não obstante, parece-nos deva fazer-se a distinção. Para haver compatibilidade constitucional, a sujeição ao regime falimentar só pode atingir as sociedades de economia mista que exercem atividade econômica stricto sensu, ou seja, de natureza empresarial, porque estas é que são equiparadas às empresas privadas no que concerne aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários (art. 173, § 1º, CF)*" (JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, Lumen Juris, 10ª ed., 2003, p. 402).

Com efeito, refoge a qualquer indicativo lógico que se possam beneficiar empresas paraestatais voltadas para atividades econômicas e, por conseguinte, sujeitas a regime de competição e concorrência segundo as leis econômicas de mercado, sem que se estendam tais benefícios às demais empresas. Seria, desde logo, uma flagrante injustiça, sem contar, sob o aspecto do *ius positum*, a ostensiva incompatibilidade com o preceito constitucional contido no art. 173, § 1º, que visa exatamente ao contrário, ou seja, à imposição, tanto às empresas do Estado, quanto às do setor privado, das mesmas normas referentes a direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. É, em última análise, o respeito ao princípio da isonomia entre as empresas atuantes do mercado econômico, independentemente do controle interno, público ou privado, a que se submetem.

No que diz respeito, porém, às sociedades de economia mista que se dedicam à prestação de serviços públicos, nosso pensamento é o de que, pela qualificação de seus objetivos e pelo distanciamento de qualquer natureza mercantil, não podem resultar sob a égide de instituto primacialmente aplicável no direito comercial.

Por tal motivo é que deixamos assentado que eventual insolvência desse tipo de sociedades de economia mista deve ser regulada essencialmente pelo direito público, "*atendendo-se principalmente ao fato de que, entre a má gestão da entidade e o interesse da coletividade na execução do serviço público, é este que deve preponderar*" (ob. e loc. cit.).

Soma-se a tal linha de argumentação a relevância, hoje unanimemente reconhecida, do princípio da continuidade dos serviços públicos. A admitir-se a decretação de falência de tais entidades, perderia o Estado, principal acionis-

ta, a sua administração, hipótese que, é fácil notar, teria inteira incongruência com a natureza das entidades.

Queremos, entretanto, deixar bem claro nosso pensamento quanto a essa questão: a inadmissibilidade é apenas da sujeição ao regime falimentar. O fato, contudo, de não ser admitida a falência de tais sociedades de economia mista não retrata qualquer escusa que se lhes possa dispensar pela eventual situação de insolvência. Primeiramente, porque, a nosso ver, se há pessoa jurídica em que se afigura totalmente inaceitável e indesculpável a ocorrência de situação falimentar, essa será certamente a instituída e controlada pelo Estado. Se críticas já são feitas às pessoas privadas que, sem motivo de relevância, se tornam insolventes, *quid juris* no tocante a entidades manipuladas pelo próprio Poder Público. Ter-se-ia que admitir uma esdrúxula "*inadimplência oficial*".

Avulta, ainda, a inafastável necessidade de apurar as razões que levaram a entidade ao estado de insolvência. Aqui, não se poderá senão admitir duas hipóteses: ou a sociedade estava sendo dirigida por agentes estatais incompetentes ou desonestos, situação que obriga a seu afastamento ou à sua responsabilidade por improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92), ou o Estado controlador ficou inerte no que se refere ao controle a que a lei o obriga, visto que se trata de pessoas integrantes de sua administração indireta. Idêntica preocupação quanto à improbidade foi também anotada por RITA ANDRÉA REHEM ALMEIDA TOURINHO e ANGÉLICA GUIMARÃES (trab. cit., RDA 229, p. 191).

7. Se, em relação às sociedades de economia mista, expressamente mencionadas no direito positivo, já surgiam controvérsias quanto à matéria em foco, com maior razão se aprofundavam as divergências no que concerne às empresas públicas.

O motivo é claro, consistindo na ausência de disciplina normativa específica que minudencie as linhas jurídicas reguladoras dessa especial categoria de pessoas criadas pela Administração. Por outro lado, não há, da mesma forma, regulação que indique a solução a ser alvitrada no caso de insolvência de tais entidades.

Além disso, urge sublinhar um aspecto que aumenta mais ainda a dificuldade de estabelecer solução adequada: é que as empresas públicas, diferentemente do que sucede com as sociedades de economia mista - estas, como visto, só podendo assumir a forma de sociedades anônimas - têm aptidão para adotar *qualquer forma admitida* em direito. Esse elemento diferencial entre tais categorias consta expressamente no art. 5º, II, do Decr.-lei nº 200/67 - diploma que, a despeito de sua idade, ainda vem sendo invocado como base de definições das entidades da Administração Indireta.

Neste passo, deve registrar-se que a revogação do art. 242 da Lei nº 6.404/76 em nada alterou o quadro de divergências ou de soluções para a questão falimentar de empresas públicas, pois que, na verdade, o dispositivo, embora lacônico, só se referia às sociedades de economia mista.

Na opinião de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, uma das diferenças entre sociedades de economia mista e empresas públicas é a possibilidade de que estas tenham falência decretada (*Curso cit.*, p. 179). O fundamento decorre

da ausência normativa que lhes garantisse a imunidade contra o regime falimentar, como o fizera o legislador em relação às sociedades de economia mista. Quer dizer: se a lei não contempla prerrogativa especial de direito público, deve aplicar-se o direito privado comum quando se tratar de pessoa jurídica de direito privado.

DIÓGENES GASPARINI compartilha desse entendimento, admitindo apenas que *“se prestadoras de serviço público, terão proteção especial para os serviços e bens a ele vinculados”*, concluindo: *“Nessa hipótese, em caso de falência, os bens aplicados no serviço público passarão para a Administração Pública a que se subordina, a qual garantirá os débitos até o valor dos bens recebidos, se decorrentes da prestação do serviço público”* (Direito Administrativo, Saraiva, 4ª ed., 1995, p. 268, grifos nossos).

Uma segunda posição leva em conta os aspectos formais exigidos para a criação e extinção dessas entidades por força do art. 37, XIX, da Const. Federal: somente a lei pode autorizar sua instituição e, em consequência, sua extinção. Essa linha de argumentação que, já foi visto, se aplica também às sociedades de economia mista, é invocada por MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO (ob. cit., p. 101).

O melhor entendimento, em nosso entender, considera, de um lado, a identidade dos traços jurídicos que aproximam as sociedades de economia mista e as empresas públicas e, de outro, a natureza dos objetivos a que se preordenam.

Ainda sob a égide do citado art. 242 da Lei nº 6.404/76, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, ao comentar que tal dispositivo pretendia proteger o patrimônio público ao proibir a falência de sociedades de economia mista, averbava com todo o acerto: *“Se assim é com relação a essas entidades, com muito mais razão no caso de outras em que o capital é inteiramente público ou em que o objetivo institucional é a prestação de serviço público”* (Direito Administrativo, Atlas, 3ª ed., 1993, p. 204).

Sempre endossamos essa linha de fundamentação. De fato, se o legislador determinou, de forma expressa, que as sociedades de economia mista estariam imunes ao regime falimentar, não teria a menor razoabilidade, com a devida vênia dos que pensam em contrário, sustentar que as empresas públicas se sujeitariam à falência pela só circunstância de não terem sido objeto de referência expressa pelo legislador.

Para uma correta interpretação, ter-se-ia que levar em consideração a própria estrutura dessas categorias de pessoas administrativas. Na conceituação das sociedades de economia mista é admitida a associação, no respectivo capital, de recursos públicos com recursos provenientes de pessoas da iniciativa privada (art. 5º, III, DL 200/67). Ao contrário, no capital da empresa pública recursos dessa última natureza não são admitidos; quando o capital não é exclusivo da pessoa federativa instituidora (art. 5º, II, DL 200/67), o caráter societário só se legitimará se os demais participantes forem pessoas da Administração Direta ou Indireta de qualquer das pessoas integrantes da federação (art. 5º, DL 900/69).

Por todos esses dados é que entendemos que a revogação do art. 242 da Lei das Sociedades Anônimas, se, de um lado, não foi suficiente para dirimir as dúvidas na matéria, de outro, em nada modificou nosso pensamento a respeito. Quanto à possibilidade de falência de empresas públicas, parece-nos deva aplicar-se a mesma solução adotada para as sociedades de economia mista: tudo dependerá do objeto institucional para o qual a lei as tenha destinado.

Por isso, deixamos consignado: *“O tratamento deve ser o mesmo adotado para as sociedades de economia mista. Exercendo atividade econômica empresarial, a empresa pública pode ter a falência decretada; se prestar serviço público, sujeitar-se-á apenas ao processo de execução e penhora de seus bens, tal como disciplinado na Lei Processual Civil. E a pessoa controladora é sempre subsidiariamente responsável pelas obrigações por elas assumidas”* (nosso Manual cit., p. 403).

Não custa repetir aqui o que dissemos em relação às sociedades de economia mista: não é tolerável, nem palatável, admitir insolvência de empresas controladas pelo Estado, qualquer que seja a sua natureza; a necessidade de eficiência na atividade e de adimplência no que toca às obrigações assumidas é muito mais exigível para as empresas paraestatais do que para as do setor privado. Nesse caso, haverá, no mínimo, omissão estatal em seu dever de controle. Ademais, é preciso não continuar adotando o método da impunidade como forma de eximir de responsabilidade agentes da Administração quando autores de improbidade administrativa: se houver real intento de responsabilizá-los, a lei já terá os instrumentos suficientes e eficazes para fazê-lo.

8. Em virtude, portanto, do vigente quadro normativo a respeito da matéria, parece-nos possível extrair as seguintes conclusões:

1ª) A revogação do art. 242 da Lei nº 6.404/76 pela Lei nº 10.303/2001 suprimiu o privilégio de direito público atribuído às sociedades de economia mista, consistente na sua exclusão do regime de falência disciplinado pelo Decr.-lei nº 7.661/45, aplicável às empresas de setor privado;

2ª) É juridicamente possível a decretação de falência de sociedades de economia mista, quando destinadas à exploração de atividade econômica em sentido estrito, situação que as nivela às demais empresas do setor privado no que tange às obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias (art. 173, § 1º, CF);

3ª) Sendo objeto da sociedade de economia mista a prestação de serviços públicos, inadmissível será sua sujeição ao regime falimentar comum, e isso não só porque não se qualifica como empresa destinada à mercancia, como também em razão do interesse coletivo de que se cerca o serviço público que executa, suporte para a observância do princípio da continuidade dos serviços públicos;

4ª) Idêntico tratamento deve ser dispensado às empresas públicas, porquanto: a) ambas as categorias ostentam traços jurídicos similares; b) todas têm personalidade jurídica de direito privado; c) as empresas públicas, como as sociedades de economia mista, também podem dedicar-se à atividade econômica ou à prestação de serviços públicos;

5ª) Afigura-se inaceitável a situação de insolvência de pessoas administrativas, porque: a) ou o Estado instituidor não exerceu, como lhe cabia, o poder de controle sobre as entidades de sua administração indireta, conforme colimado na lei; ou b) os agentes de comando de tais entidades atuaram com incompetência ou com improbidade, hipóteses em que se impõe a necessária adoção de providências administrativas, inclusive de cunho punitivo, para evitar ou reprimir a ocorrência dessa anomalia.

⁷⁾ JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO é Procurador de Justiça do Rio de Janeiro (aposentado), Assessor Especial do Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça, Professor da UFF - Univ.Federal Fluminense (Pós-graduação), Professor da EMERJ - Escola da Magistratura do Est. Rio de Janeiro e Mestre em Direito (UFRJ).
