
DA VEDAÇÃO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL DAS EMPRESAS ESTATAIS: ANÁLISE CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

*Bruno Galoppini Felix**
*Ingrid Carla Matos Boletti***
*Jessica Miguel Silva Oliveira****

RESUMO

A estrutura estatal brasileira desde há muito tempo inclui empresas cujo capital pertence a pessoas jurídicas de direito público e, da mesma forma como ocorre com as demais empresas privadas, as empresas estatais passam por crises empresariais por motivos diversos. Ocorre que a legislação regente do tema recuperação de empresas e falências expressamente exclui as empresas estatais da possibilidade de se valerem dos mecanismos de recuperação judicial e/ou extrajudicial. O presente estudo analisa essa exclusão conforme as disposições constitucionais, sejam elas principiológicas ou positivadas através de uma pesquisa bibliográfica qualitativa e, através do método indutivo chega-se à conclusão de que a referida exclusão não encontra qualquer amparo lógico dentro do sistema jurídico constitucional brasileiro.

100

Palavras-chave: constituição; empresas estatais; recuperação judicial.

ABSTRACT

The Brazilian state structure has long included companies whose capital belongs to legal entities governed by public law and, in the same way as with other private companies, state companies go through business crisis for different reasons. However the legislation governing the topic of business recovery and bankruptcies expressly excludes state-owned companies from the possibility of availing themselves of judicial and/or extrajudicial recovery mechanisms. The present study analyzes this exclusion according to the constitutional provisions, whether they are principiologic or positivized through a qualitative bibliographic research and, through the inductive method, it is concluded that this exclusion does not find any logical support within the Brazilian constitutional legal system.

Keywords: constitution. judicial recovery. state owned companies

* Mestre em Direito pela UNIMAR – Universidade de Marília, Marília, SP, Brasil. bgaloppini@yahoo.com.br

** Advogada, Graduada em Direito pela Unifil, Londrina, PR, Brasil

*** Advogada, Especialista em Direito do Estado e direito Previdenciário pela UEL, Graduada em Direito pela Unifil, Londrina, PR, Brasil



SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 DA DISPOSIÇÃO DO ART. 2º DA LEI Nº 11.101/2005 E POSSÍVEIS JUSTIFICATIVAS JURÍDICAS. 3 DA CONJUGAÇÃO COM PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DIFUSOS E GERAIS. 3.1 Do Princípio da Preservação da Empresa. 3.2 Do Princípio da Isonomia. 4 DA ANÁLISE QUANTO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DA ORDEM ECONÔMICA. 5 DO NÃO ATENDIMENTO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO ADMINISTRATIVO. 6 CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A legislação sobre recuperação extrajudicial e judicial de empresas, Lei nº 11.101/2005, que também regula a falência empresarial no direito brasileiro, expressamente exclui de seu campo de aplicação as empresas públicas e sociedades de economia mista.

No presente estudo, tomando como ideia central as consequências sociais do Estado manter uma empresa estatal deficitária, é analisada a pertinência jurídica constitucional dessa vedação, uma vez que excluir as empresas com capital estatal do alcance dos meios de recuperação empresarial previstos na Lei nº 11.101/2005 pode acarretar a oneração de toda a sociedade quando da alocação de mais capital do Estado nas referidas empresas, desvirtuando preciosos recursos dos cofres públicos que poderiam ser melhor utilizados em outras atividades estatais.

O presente estudo visa criticar a vedação legislativa, lançando um olhar pragmático sobre legislação e posicionamento doutrinário existentes sobre o tema.

Analisa-se a legislação e possíveis razões para a existência da vedação debatida, inclusive buscando verificar eventuais justificações mencionadas no processo legislativo que deu origem à Lei nº 11.101/2005 e razões doutrinárias.

A seguir são analisados os princípios constitucionais impactados pela disposição do Art. 2º da Lei nº 11.101/2005, tanto aqueles inerentes à ordem econômica quanto os princípios de direito administrativo, uma vez que as empresas públicas e sociedades de economia mista integram a Administração Pública.

101



Finalizando, destaca-se não haver qualquer princípio ou disposição constitucional que ampare a existência da exclusão das empresas públicas e sociedades de economia mista da possibilidade de se valerem dos procedimentos de recuperação de empresa previstos na Lei nº 11.101/2005.

2 DA DISPOSIÇÃO DO ART. 2º DA LEI Nº 11.101/2005 E POSSÍVEIS JUSTIFICATIVAS JURÍDICAS

A literal disposição do Art. 2º, I, da Lei nº 11.101/2005, exclui das sociedades de economia mista a possibilidade de se valerem do instituto da recuperação judicial. A integral redação do referido artigo 2º é a seguinte:

Art. 2º. Esta Lei não se aplica a:

I – empresa pública e sociedade de economia mista;

II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores. (BRASIL, 2005)

102

Considerando que o inciso I será objeto mais pormenorizado do presente estudo, cumpre-nos analisar, antes, o inciso II.

A exclusão das instituições financeiras públicas e privadas bem como das cooperativas de crédito pode ser justificada pela existência dos procedimentos de intervenção, liquidação extrajudicial, e Regime de Administração Especial Temporária (RAET) a serem executados pelo Banco Central do Brasil e previstos em legislação especial, como a Lei nº 6.024/74, o Decreto Lei nº 2.321/87 e a Lei nº 9.447/97.

O mesmo pode ser dito em relação às demais entidades listadas no inciso II, havendo procedimentos especiais previstos para liquidação de todas elas.

No caso das operadoras de planos de saúde, caso restem constatadas insuficiência das garantias do equilíbrio financeiro, anormalidades econômico-financeiras ou administrativas graves que coloquem em risco a continuidade ou a qualidade do atendimento à saúde, a Agência Nacional



de Saúde Suplementar (ANS) pode adotar medidas tais como alienação da carteira, o regime de direção fiscal ou técnica, por prazo não superior a trezentos e sessenta e cinco dias, ou a liquidação extrajudicial, conforme a gravidade do caso, de acordo com a disposição do Art. 24 da Lei nº 9.656/98 (BRASIL, 1988), sendo o procedimento de liquidação extrajudicial regulamentado pela Resolução Normativa nº 316, de 30 de novembro de 2012, da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). (BRASIL, 2012)

Por fim, as sociedades seguradoras e de capitalização (sob a autoridade da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP), a cessação de suas atividades encontra disciplina nos Arts. 94 a 107 do Decreto-Lei nº 73/66 (BRASIL, 1966).

Ocorre que não há qualquer tipo de legislação dispondo sobre o que ocorre com as empresas públicas e sociedades de economia mista que estejam em crise, apenas a singela vedação legal ao acesso à recuperação judicial.

A Lei nº 11.101/2005 teve sua gênese no Projeto de Lei nº 4.376/1993, sendo que em sua redação original o referido projeto legislativo caminhava justamente em direção diametralmente oposta ao que acabou sendo efetivamente implementado.

Pela proposta legislativa, as empresas estatais ficavam expressamente sujeitas às disposições quanto à falência e procedimentos de recuperação: Art. 3º. A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ficam sujeitas a esta Lei (BRASIL, 1994, p. 1974).

Na exposição de motivos, assinada pelo então Ministro da Justiça, Maurício Correa, constava que a nova proposta legislativa tinha seu campo de aplicação ampliado, justamente por agora abranger também as empresas públicas e sociedades de economia mista (BRASIL, 1994, p. 1988).

Durante as discussões parlamentares sobre o referido Projeto de Lei as empresas públicas e sociedades de economia mista acabaram excluídas do campo de aplicação da legislação falimentar, ganhando o Art. 2º a redação final mantida até os dias atuais, mas sem que se tenha registro de quaisquer maiores discussões sobre a matéria antes da sanção da lei.

Doutrinariamente as justificativas são diversas.



Para alguns expoentes doutrinários, a simples exclusão legal é justificativa suficiente, *de per si* (COELHO, 2011, p. 71; ALMEIDA, 2006, p. 48).

A crítica a esse entendimento é de que não resolve a questão sobre o que fazer com as empresas estatais deficitárias.

Sob outra ótica, Rubens Requião (2010, p. 71) entende que, constatada a insolvência de uma sociedade de economia mista, o Poder Público que a criou passa a ter a imposição de levá-la à dissolução e liquidação. Sua responsabilização subsidiária pelas obrigações da estatal, dispensaria, como garantia dos credores, o processo falimentar. Sérgio Campinho também corrobora esse entendimento:

A Lei nº 11.101/2005, em seu artigo 2º, exclui, explicitamente, a sociedade de economia mista e empresa pública de sua incidência, retornando, em relação à primeira, ao conceito central traduzido na versão original da Lei nº 6.404/76 (Lei das S/A). Assim, não podem ser sujeito passivo de falência ou de recuperação judicial e extrajudicial ditas pessoas jurídicas. No caso de estarem insolventes, cabe ao Estado a iniciativa de dissolvê-las, arcando com os valores necessários à integral satisfação dos credores, sob pena de não se poder realizar uma dissolução regular, a que está obrigado, em obediência aos princípios da legalidade e da moralidade, inscritos no artigo 37 da Constituição Federal de 1988. (CAMPINHO, 2010, p. 23)

104

Considera-se que, para que esse entendimento seja válido, exigir-se-ia do Administrador Público uma visão pragmática e despida de ideologias para determinar a dissolução da empresa estatal. Ocorre que essa visão, se existe, é exceção à regra, a começar pelo fato de que nas empresas estatais existem cargos de direção que podem servir como moeda de troca em apoios políticos, conforme mencionado anteriormente, sendo esse fato público e notório.

Outro fator, também de ordem política, que interfere na decisão de determinar a dissolução de uma empresa estatal deficitária é a forte visão estatista que a sociedade brasileira possui.

Os programas de privatização de empresas estatais sempre foram objeto de intenso debate político. Se a simples alienação da empresa pública ou sociedade de economia mista, sem ônus para os cofres públicos, já é intensamente questionada por diversos setores sociais, imagine-se a determinação de dissolução de uma dessas empresas, onde o Estado seria subsidiariamente responsável pelas obrigações não satisfeitas pelos ativos da empresa.



O problema de todos esses entendimentos é que focam na possibilidade ou não da decretação de falência da empresa estatal, esquecendo-se de que ao excluir esses entes da aplicação da Lei nº 11.101/2005, impedem o acesso das mesmas ao benefício da recuperação extrajudicial e recuperação judicial, procedimentos esses que justamente visam evitar a dissolução empresarial forçada.

3 DA CONJUGAÇÃO COM PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DIFUSOS E GERAIS.

Ainda que exista disciplina específica na Constituição Federal no que diz respeito à atividade empresarial estatal inserida dentro do Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira), existem outros princípios constitucionais afetos ao tema e que devem ser objeto de análise.

3.1 Do Princípio da Preservação da Empresa

105

A preservação da empresa é objetivo explícito da recuperação judicial, que não pode ser considerada como apenas um passo a mais na direção da falência. Além disso, a preservação da empresa pode ser classificada como princípio constitucional não escrito e que permeia toda a disposição constitucional sobre a ordem econômica, o que será detalhado mais à frente.

Em sede infraconstitucional, o princípio da preservação da empresa é considerado o princípio mor da legislação falimentar brasileira atualmente em vigência, e consta expresso do Art. 47 da Lei de Falências:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. (BRASIL, 2005)

Nessa senda, não existe justificativa jurídica plausível para a exclusão das empresas estatais, em especial das sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, do direito à Recuperação Judicial.



Entretanto, e não bastando, conforme restará demonstrado, a referida disposição legal é inconstitucional também por outros motivos.

Ainda que a Constituição Federal nada disponha acerca de falências e/ou procedimentos de recuperação de empresas, há que se ter em vista que o ordenamento infraconstitucional deve obedecer aos princípios e preceitos contidos na Carta Maior, e é justamente nesse ponto que a legislação falimentar falha ao excluir as empresas públicas e sociedades de economia mista da possibilidade de se valerem da recuperação judicial.

3.2 Do Princípio da Isonomia

Um dos basilares princípios constitucionais é o princípio da isonomia, que aparece pela primeira vez no Texto Constitucional no Art. 5º, I (BRASIL, 1988).

Em termos empresariais, a isonomia das empresas públicas e sociedades de economia mista perante as empresas privadas é garantida constitucionalmente no Art. 173, §1º, II, da CF, *in verbis*:

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: [...]

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários (BRASIL, 1988).

Ora, se há expressa disposição garantindo às empresas estatais e às sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica a sujeição ao regime privado, e ainda detalhando que estão iguais ao regime privado “inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”, não subsiste a disposição do Art. 2º, I, da Lei nº 11.101/2005 quando confrontada à CF/88.



O instituto da recuperação judicial é um direito de natureza comercial¹, que também é expressamente garantido às estatais, como dito alhures.

Ao diferenciar as empresas públicas e sociedades de economia mista, sem ressalva quanto à natureza da atividade (exploração de atividade econômica ou prestação de serviços públicos) das demais sociedades empresárias, excluindo as primeiras da possibilidade de se valerem do instituto da recuperação judicial, o legislador criou diferenciação de regimes que não é abarcada pela Constituição Federal.

Isso se mostra ainda mais acentuado quando se verifica a ocorrência de casos práticos em mercados onde há concorrentes privados e estatais, havendo empresas privadas se valendo do instituto da recuperação judicial e concorrentes estatais, também em dificuldades econômico-financeiras impossibilitadas de se recuperar, como no caso do setor de telecomunicações.

4 DA ANÁLISE QUANTO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DA ORDEM ECONÔMICA

107

A Carta Maior de 1988 elencou os princípios a serem observados na condução da ordem econômica brasileira:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

¹ Sendo certo que atualmente as “obrigações comerciais” passaram a ser objeto de estudo do Direito Empresarial, assim como os institutos da Recuperação Judicial e da Falência.



IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Destarte, foi ratificada pelo Poder Constituinte a clara intenção de evitar o desenvolvimento nocivo da livre iniciativa, em prejuízo das pessoas e da justiça social, uma vez que a atividade econômica – ainda que por via reflexa – produz efeitos sociais inclusive em ambientes estritamente privados, como a família, e, por via reflexa à toda a sociedade.

Nesse aspecto, é crucial a lição de Paulo Bonavides:

[...] as regras vigem, os princípios valem; o valor neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais governam a Constituição, o regime, a ordem jurídica. Não é apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência. (BONAVIDES, 1996, p. 260)

Primeiramente tem-se que a vedação contida no Art. 2º, I, da Lei Falimentar, viola o princípio da função social da propriedade.

108

Ainda que a vertente tradicional constitucionalista entenda que o referido princípio versa sobre a propriedade privada, aqui se fala do chamado Estado-empresário, na qualidade de acionista majoritário de uma sociedade anônima, que está sujeita ao regime jurídico das empresas privadas, sendo, portanto, aplicável ao caso.

O exercício da atividade empresarial deve, de acordo com esse princípio, gerar benefícios não apenas aos acionistas, mas à coletividade. Devem ser levados em consideração os direitos dos trabalhadores, dos fornecedores, consumidores, e do próprio Estado.

Nessa linha de raciocínio, ao se manter a vedação ora questionada (Art. 2º, I, da Lei 11.101/2005), estar-se-ia dando “carta branca” para que o Estado faça uso abusivo da propriedade de suas ações na composição da empresa estatal e, uma vez que a empresa se veja em grave crise, sem meios de recuperação previstos em lei, simplesmente deixe todo o custo da derrocada empresarial para a sociedade:

Admitir que o Estado desempenhe atividade econômica sem reconhecer a possibilidade de falência, além de coroar e incentivar a incompetência, importa em diferenciação injustificável, capaz de comprometer a livre concorrência e impor restrições à liberdade de iniciativa. (ZAGO, 2012, p. 16)



O encerramento das atividades da empresa estatal por crise econômico-financeira afetaria diretamente o direito dos consumidores (outro princípio constitucional da ordem econômica), da busca pelo pleno emprego (*idem*), gerando desemprego em alta escala e diminuição de arrecadação tributária aos cofres públicos, afetando gravemente a economia municipal, estadual ou federal.

Tem-se, com isso, séria violação do princípio da busca pelo pleno emprego. Diz Carlos Farracha de Castro sobre o tema:

[...] não se pode falar em busca do pleno emprego, sem propiciar a preservação da empresa [...]. Afinal, o exercício da atividade empresarial é a fonte de tributos e empregos. Ou seja, sem a preservação da atividade empresarial inexistem empregos, razão pela qual não há como valorizar o trabalho, motivo por que a pretensão do legislador constituinte ficaria reservada ao seu emprego. (CASTRO, 2007, p. 43)

Luiz Edson Fachin (2001, p. 99) também coaduna do mesmo entendimento, ensinando (em síntese) que a busca pelo pleno emprego corresponde à preservação da empresa, de modo que, havendo dúvidas quanto ao emprego de regra que implique paralisação empresarial ou regra que se destina a aplicar solução jurídica sem a paralisação, a última opção deve ser adotada, sem sacrifícios de outros direitos dignos da regra jurídica.

E mesmo o princípio da livre concorrência (Art. 170, IV, CF) é frontalmente atingido pela vedação ao acesso à recuperação judicial da empresa estatal, posto que a legislação acaba por criar “dois pesos e duas medidas” para sociedades empresárias que atuam em um mesmo mercado concorrencial.

Assim, ao se analisar o conjunto principiológico constitucional, chega-se novamente ao Princípio da Preservação da Empresa, que pode ser considerado mesmo como princípio constitucional não escrito.

A esfera econômica desempenha importante, inegável e explícita autoridade sobre a esfera fática e social. É a sociedade quem suporta o ônus da bancarrota empresarial. Não se cuida aqui apenas da relação entre a sociedade empresária e mercado.

A “morte” de uma sociedade empresária – seja ela pública ou privada – acarreta o desaparecimento de postos de trabalho diretos e indiretos, a interrupção em serviços que podem



mesmo ser considerados essenciais, afetando ainda atividades correlatas – como seria o caso dos fornecedores da empresa pública ou sociedade de economia mista.

Tudo posto, resta cristalino que a disposição do Art. 2º, I, da Lei nº 11.101/2005 é contrária a todos os princípios constitucionais norteadores da ordem econômica da República Federativa do Brasil, elencados no artigo 170 do texto constitucional.

5 DO NÃO ATENDIMENTO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Sendo as a empresas públicas e sociedades de economia mista integrantes da Administração Pública, toda sua atuação deve atender aos princípios administrativistas, a começar pelo princípio da supremacia do interesse público e isso desde sua criação, que somente pode ocorrer para atendimento de “imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”, conforme previsto no Art. 173, *caput*, CF. (BRASIL, 1988)

110

Não se questiona que na iniciativa privada o lucro é objetivo e integra a função social da empresa, entretanto quando se analisa as empresas públicas e sociedades de economia mista, há o entendimento na doutrina de que o lucro não é prioridade nos objetivos da empresa, em especial nas empresas públicas prestadoras de serviço público. (RIBEIRO; ALVES, 2006, p. 173)

No entanto, quando se analisa as sociedades de economia mista – onde há presença também de capital privado – a lucratividade não pode ser abandonada, mas há que ser harmonizada com os interesses públicos. (RIBEIRO; ALVES, 2006, p. 174)

Inegável que para obediência à disposição constitucional do Art. 173, *caput*, a empresa pública ou sociedade de economia mista deve atender ao imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo que justificou sua criação e nem que as empresas públicas e sociedades de economia mista podem ser utilizadas para regulação de mercados através de práticas concorrenciais (podendo ser citada como exemplo a utilização de bancos oficiais para regulação das taxas de juros cobradas no crédito ao consumidor).

Para Villela Souto:



[...] O Estado não nasce para produzir lucros e sim para prestar serviços e pode se valer da forma empresarial para tanto, havendo, pois, necessidade de uma decisão de natureza política, materializada em lei, no sentido de qual será o melhor destino para se dar tratamento às situações de insolvência das empresas estatais. Isso pode se resolver sem a necessidade de um processo falimentar, como sempre se fez, se aportando recursos via subvenção econômica nos orçamentos, mas preservando a existência da empresa (SOUTO, 2004, p. 164)

E acompanhando o sentido do entendimento doutrinário, a Lei nº 13.303/2016 dispõe:

Art. 27. A empresa pública e a sociedade de economia mista terão a função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação.

§ 1º A realização do interesse coletivo de que trata este artigo deverá ser orientada para o alcance do bem-estar econômico e para a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos pela empresa pública e pela sociedade de economia mista, bem como para o seguinte:

I - ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

II - desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista, sempre de maneira economicamente justificada.

§ 2º A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão, nos termos da lei, adotar práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa compatíveis com o mercado em que atuam.

§ 3º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão celebrar convênio ou contrato de patrocínio com pessoa física ou com pessoa jurídica para promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica, desde que comprovadamente vinculadas ao fortalecimento de sua marca, observando-se, no que couber, as normas de licitação e contratos desta Lei. (BRASIL, 2016)

111

Em análise ao comando legal, percebe-se que a empresa estatal deve ter sua atuação direcionada a objetivos sociais colocados de forma vaga e genérica, em conceitos abertos como “bem-estar econômico” e “alocação socialmente eficiente dos recursos”.

Não bastando, as orientações constantes nos incisos I e II, embora inerentes à atividade estatal, mas sem ressaltar que aquelas atividades devem ser desenvolvidas de forma também a gerar lucro para a empresa. E nesse sentido, pode-se dizer que andou mal o legislador em incluir a sociedade de economia mista no supracitado artigo 27.



Ao ser acionista controlador de uma sociedade anônima deficitária, o Estado se vê obrigado a aportar capitais para saneamento do caixa da empresa estatal e, para tanto, fatalmente acabará por realocar vultosos recursos orçamentários que poderiam ser melhor utilizados – em termos de interesse público – para outras atividades estatais, como educação, saúde, segurança pública e infraestrutura.

Não se vislumbra onde resida o interesse público nessa situação, mormente se considerada a atual realidade social brasileira onde inexiste um único município ou unidade federativa onde as referidas atividades estatais (educação, saúde, segurança pública e infraestrutura) estejam sendo adequadamente realizadas. E nem mesmo em âmbito federal.

E quando isso não acontece, a empresa pública ou sociedade de economia mista acaba sendo obrigada a repassar sua necessidade de recursos para a sociedade, o que se percebe nos dias atuais com a Petrobras, que para recuperar seu patrimônio aviltado em atos de corrupção, e estando seu acionista controlador (União) sem recursos para aportes de capital, acabou por alterar sua política de preços dos combustíveis, com aumento dos referidos preços, o que ocasionou inclusive uma greve geral de caminhoneiros em maio de 2018, com gravosas repercussões para toda a economia nacional em diversos setores.

Tanto em uma hipótese quanto em outra (aportes de capital pelo ente público controlador ou repasse dos custos para preços de produtos e serviços) o ônus de recuperação da empresa pública acaba repassado para toda a sociedade, ainda que indiretamente.

Interessante notar que a doutrina, ao se referir à empresa estatal que opera de forma deficitária, analisa a questão apenas sob a ótica de que o prejuízo da sociedade de economia mista significaria prática de *dumping*, com prejuízo ao direito de concorrência dos demais entes privados. (GRAU, *apud* RIBEIRO; ALVES, 2006, p. 175)

Em termos de reflexo à sociedade, entende-se que eventual prejuízo à concorrência acaba sendo menor do que o prejuízo direto decorrente do deslocamento de dinheiro público para suprir necessidades de caixa da empresa pública/sociedade de economia mista que esteja operando em déficit.

Aparentemente, a doutrina administrativista brasileira ainda vê o Estado com um ente “todo poderoso”, com recursos econômicos suficientes para suprir toda e qualquer necessidade, e



que também por isso, está em posição de ditar comportamentos a seu bel prazer – em termos empresariais.

A situação de insolvência do Estado brasileiro é pública e notória, tanto em âmbito federal, quanto nos estados membros e municípios. Além disso, a Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) traz limitações à atuação dos governos quanto à destinação dos recursos públicos estatais.

De forma dissonante, Haroldo Verçosa (2001, p. 748) entende que permitir a sujeição das empresas públicas e sociedades de economia mista à legislação falimentar teria ainda o reflexo de proteção de credores contra a insistência do Estado em não recapitalizar a empresa pública ou sociedade de economia insolvente – insistência essa que chega a ser imoral.

Alguns dos demais princípios da Administração Pública, elencados no caput do Art. 37 da Constituição Federal (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) também acabam afrontados pela impossibilidade de se colocar uma empresa estatal exploradora de atividade econômica sob o regime de recuperação judicial.

A começar pelo princípio da eficiência, que notoriamente falta à maioria das empresas públicas e sociedades de economia mista. E indo mais além, a restrição de aplicação da legislação falimentar àquelas empresas acaba por ser um incentivo à ineficiência, como argumenta Felipe do Canto Zago, citado anteriormente:

Admitir que o Estado desempenhe atividade econômica sem reconhecer a possibilidade de falência, além de coroar e incentivar a incompetência, importa em diferenciação injustificável, capaz de comprometer a livre concorrência e impor restrições à liberdade de iniciativa. (ZAGO, 2012, p. 16)

A observância ao princípio da moralidade deveria levar à conclusão de que uma entidade da Administração Pública Indireta – caso das empresas públicas e sociedades de economia mista – deve ser gerida de forma adequada, devendo ser garantido, no mínimo, que os credores destas empresas possam receber o cumprimento das suas obrigações. No mínimo.

Caso ao Estado não interesse mais manter capitalizada a empresa estatal, ou lhe falem recursos para tanto, será subsidiariamente responsável perante os credores, e caberia ao Administrador Judicial efetivar essa responsabilização. Assim os credores seriam pagos com a



alienação dos bens da empresa pública/sociedade de economia mista, com o Estado complementando o restante subsidiariamente (VERÇOSA, 2005, p. 101)

E essa visão parece faltar à boa parte da doutrina. Empresas públicas e sociedades de economia mista acabam sendo deficitárias não por serem sufocadas por concorrentes privados, mas na maior parte dos casos por pura e simples má gestão.

Notoriamente a indicação para cargos em conselhos de administração e diretorias executivas de empresas estatais não obedecia a qualquer critério, senão o atendimento a interesses políticos de ordem eleitoreira (troca de apoio em eleições por indicação de cargos nessas empresas).

A situação atingiu uma magnitude tamanha que a Lei nº 13.303/2016 acabou por estabelecer critérios objetivos e vedações à indicação para cargos de gestão nas empresas estatais, na clara tentativa de profissionalizar a gestão das mesmas.

Também o princípio da impessoalidade resta afrontado, uma vez que o Art. 2º da legislação falimentar, ao excluir o risco de decretação de falência da empresa pública ou sociedade de economia mista, acaba por constituir um favorecimento não extensivo às demais empresas privadas – não bastando a ofensa direta ao Art. 173, §1º, II, CF.

O empresário privado, face à possibilidade de decretação de falência de sua empresa em crise, se vê obrigado a mensurar riscos nas decisões empresariais, mantendo receitas e despesas sob controle, evitando decisões potencialmente geradoras de passivos, cuidados esses que o Estado se vê livre.

Validar legislativamente essa distinção, possibilitando ao Estado uma gestão isenta de riscos empresariais, na medida em que a empresa pública/sociedade de economia mista não está sujeita à falência é algo que não se pode admitir, sob qualquer aspecto constitucional que se analise a matéria.

6 CONCLUSÕES

A exclusão das empresas públicas e sociedades de economia mista do alcance das disposições da Lei nº 11.101/2005 não encontra qualquer amparo lógico que possa ser considerado



factível, a começar pela aparente falta de qualquer justificativa para sua inserção no texto legal durante o processo parlamentar de elaboração daquela lei.

As justificativas doutrinárias são dotadas de forte viés ideológico e pouca análise plausível dos fatos como realmente são, além de não se levar em consideração que a derrocada empresarial do Estado acarreta que os custos econômicos acabem sendo suportados não pela Administração Pública, mas pelos administrados.

Impedir as empresas públicas e sociedades de economia mista de se valerem da recuperação judicial afronta aos princípios constitucionais da isonomia, da preservação da empresa (princípio difuso no texto constitucional), da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da busca do pleno emprego, isso apenas em âmbito dos princípios constitucionais gerais e norteadores da ordem econômica.

A análise da questão sob a ótica do Direito Administrativo demonstra violação aos princípios da supremacia do interesse público, da impessoalidade, moralidade e da eficiência.

Há que se rediscutir qual a função social das empresas públicas e sociedades de economia mista, uma vez que se mostra inviável o entendimento de que esses entes não podem ter o lucro como objetivo principal, mas por outro lado não se pode admitir que o Estado se veja constantemente obrigado a deslocar recursos econômicos, que lhe são escassos, para capitalização das empresas estatais em detrimento do atendimento dos reais e efetivos objetivos estatais.

115

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União. 22 nov. 1966.

BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília: Diário Oficial da União. 05 out. 1988.



BRASIL. *Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998*. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília: Diário Oficial da União. 04 jun. 1998.

BRASIL. *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília: Diário Oficial da União. 09 Fev 2005.

BRASIL. *Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016*. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília: Diário Oficial da União. 1º Jul 2016.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 4.376 de 1993*. Regula a falência, a concordata preventiva e a recuperação das empresas que exercem atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências. Brasília: Diário do Congresso Nacional (Seção I) 22 Fev 1994.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa - RN nº 316, de 30 de novembro 2012. *Dispõe sobre os regimes especiais de direção fiscal e de liquidação extrajudicial sobre as operadoras de planos de assistência à saúde e revoga a RDC nº 47, de 3 de janeiro de 2001, e a RN nº 52, de 14 de novembro de 2003*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MjMxNA==>. Acesso em: 23 out. 2018.

116

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. *Preservação da Empresa no Código Civil*. Curitiba: Juruá, 2007

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial: volume 2*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Rosângela do Socorro. Sociedades Estatais, Controle e Lucro. *Revista Scientia Iuris*. Londrina, v. 10, p. 163-182, 2006.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.



VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência. *In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas.* São Paulo: Quartier Latin, 2005.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial: volume 3.* 2. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

ZAGO, Felipe do Canto. A Falência das Empresas Públicas e das Sociedades de Economia Mista. *RPGE*, Porto Alegre, v. 33, n. 69, p. 9-34, 2012.

