

# ATUAÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E A LEGITIMIDADE PASSIVA FALIMENTAR DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Evandro Martins Guerra \*

## 1 O ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO



o decorrer de todos os momentos históricos, percebe-se que a coletividade (ou o próprio Estado) sempre foi responsável em garantir bens e serviços (comodidades) aos indivíduos. Na Antiguidade, a Cidade Romana prestava serviços voltados à segurança, subsistência, higiene e saúde, levando à construção de infraestruturas como aquedutos, esgotos, iluminação de ruas, termas, arenas etc.<sup>1</sup>

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 Estado Absolutista, o poder público passou a exercer atividades produtivas conjuntamente com as pessoas privadas, inexistindo, nesse contexto, nenhuma proteção jurídica para os particulares exercerem atividades econômicas, pelo contrário, era possível até mesmo a vedação estatal e a cobrança pelo exercício.<sup>2</sup>

As atividades desenvolvidas pelos particulares eram ínfimas se comparadas com as exercidas pelo Estado, tanto de

---

\* Mestre em Direito Empresarial. Especialista em Controle Externo e em Direito Público. Professor da Faculdade de Direito Milton Campos. Analista e Assessor da Vice-Presidência do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

<sup>1</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 26-27.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 29

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”.<sup>3</sup>

Com a edição da *loi Le chapelier*, foram proibidas as associações e corporações, decorrendo a incumbência ao Estado de realizar 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).<sup>4</sup>

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, as dificuldades foram enfrentadas por meio das teorias administrativistas, notadamente a relativa à concessão, “pela qual o Estado seria o titular da atividade, mas a sua prestação seria feita por empresas privadas”.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. São Paulo, Malheiros, 1998, p. 19.

<sup>4</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, p. 34.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 36.

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 econômicas.<sup>6</sup>

A participação alargada das classes sociais nos processos do poder gerou transformações relevantes, maiormente na construção do princípio da livre iniciativa. Não obstante, a substancial 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 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. Com o aumento da intervenção estatal, verificou-se significativo declínio do instituto da concessão, porquanto o Estado, que antes bancava o 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.

---

<sup>6</sup> GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Pubblico dell'Economia*. Ed. Il Mulino, 1995.

## 1.1 ORDEM ECONÔMICA

Embora comporte um conceito impreciso, entende-se ordem econômica como um sistema geral constituído por um regime jurídico de cunho econômico; parcela da ordem jurídica que consubstancia um sistema 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, além como fiscal do comportamento econômico dos particulares, também como efetivo participante. 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 atuação.<sup>7</sup>

Os princípios 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 leis de cunho econômico, cuja edição é da competência da União (administrativa - art. 21 e legislativa – art. 22).

A competência para legislar sobre direito econômico é concorrente (art. 24, I, CR/88), mas pelo fato de inexistir norma geral editada pela União, os Estados e o Distrito Federal

---

<sup>7</sup> STF - RE n. 422941-DF (21/5/2005).

gozam de competência plena.

## 1.2 ATUAÇÃO E INTERVENÇÃO

Como se verifica no estudo relativo à evolução das atividades empresariais do Estado, é nítida a associação cíclica entre política, direito e economia no decorrer dos tempos, arrefecida ou potencializada em cada período. 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 e o enorme abismo que se seguiu entre as classes sociais. Nesse passo, movimentos populares levaram a novas ideias, 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, visando a melhorar a distribuição de riqueza, as condições de vida, o número de empregos etc.

No começo do século XX, o Direito 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 os serviços públicos), bem como explorando atividade econômica em sentido estrito (propriamente dita). Na doutrina, existem diversas propostas de classificação, não se observando critérios absolutos.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca a existência de quatro modalidades de instituições interventivas: regulatória (por meio de normas), concorrencial (regime de igualdade com o particular), monopolistas (exploração exclusiva) e sancionatória (exercício do poder de polícia).<sup>8</sup>

A seu turno, Eros Roberto Grau separa as modalidades de intervenção por direção e indução (poder de regulação); por absorção (por meio de monopólios); e por participação (regime de competição).<sup>9</sup>

Nessa linha, identifica-se o *Estado regulador* como interventor, influenciando no desenvolvimento do mercado por meio da edição 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), quanto a particulares colaboradores (delegação negocial por meio de concessões e permissões).

Nesse sentido, o Estado possui duas formas básicas de atuação: regulatória (direção e indução) e executória (absorção e participação). Há *intervenção sobre* o domínio econômico,

---

<sup>8</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 475.

<sup>9</sup> GRAU, Eros Roberto. Elementos de direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

indireta, por meio de edição de normas (regulatória). De outro turno, há *atuação no domínio econômico*: direta, mediante órgãos ou entidades jurídicas específicas (executória).

### 1.2.1 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 novo que vem sendo implantado há poucas décadas, conflito ideológico quanto ao modelo adequado ao Estado contemporâneo: Estado mínimo?

Na doutrina de José dos Santos Carvalho Filho, “Estado regulador é aquele que, através de regime interventivo, se incumbem de estabelecer as regras disciplinadoras da ordem econômica com o objetivo de ajustá-la aos ditames da justiça social”.<sup>10</sup>

O fundamento constitucional encontra-se estampado no art. 174: “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 mercado em face do acúmulo de riquezas, apresentando-se sob as formas da dominação dos mercados, eliminação da concorrência e

---

<sup>10</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos de. Manual de direito administrativo. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 992.

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. O planejamento visa ao estabelecimento de diretrizes (orientações gerais), objetivos (discriminação dos resultados) e metas (quantificação). Trata-se de procedimento técnico que visa estabelecer diretrizes visando ao desenvolvimento econômico;

### 1.2.2 ESTADO EXECUTOR

O Estado vai 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 expressa vedação constitucional.

José dos Santos Carvalho Filho faz classificação distinta da doutrina clássica, entendendo 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 República.

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 envolvendo a 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 indireta). Até a EC n. 1/69, as autarquias 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 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 privilégio.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> 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; transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; portos marítimos, fluviais e lacustres;

## 2 EMPRESAS ESTATAIS

### 2.1 EVOLUÇÃO

Denominada Administração institucional, surge o conjunto de entidades coadjuvantes do mister estatal na prestação de serviços públicos, decorrência da fenômeno da descentralização administrativa, no contexto histórico do dito Estado pres-tacional.<sup>12</sup>

As empresas estatais 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, com a criação de centros de competência, 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 entidades autônomas, dotadas de personalidade jurídica de Direito Público e especializadas na realização das atividades administrativas, 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, propiciando maior proximidade entre o prestador do serviço 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,

---

<sup>12</sup> MUKAI, Toshio. O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 145.

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.”<sup>13</sup>

Como ressaltou Olavo Bilac Pinto, já nesse momento verificou-se a inadequação da técnica utilizada pelo Estado, pois demonstrou-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 empresarial.<sup>14</sup>

## 2.2 ESPÉCIES

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, um 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.

---

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 146

<sup>14</sup> *Apud* MUKAI, Toshio. *Op. cit.*, .146.

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 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. Para superar os 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.

A mais remota notícia refere-se à criação do Banco do Brasil, criado por D. João VI, em 12/10/1808. entre outras. 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 indústria.<sup>15</sup>

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.

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.

Contudo, a natureza *sui generis* dessas entidades causa certas dúvidas quanto aos princípios constitucionais e normas jurídicas 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 em 1967, editou-se o DL n. 200/67, que trouxe maior organização à matéria, promovendo a descentralização funcional, foram conceituadas 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 públi-

---

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. Temas de direito constitucional. 2º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 392.

cas, 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, que 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, dentre outras entidades, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

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.<sup>16</sup>

Marçal Justen Filho faz referência a essas empresas ao comentar o parágrafo único do art. 1º da Lei nacional de licita-

---

<sup>16</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parecer emitido a pedido de Furukawa S.A 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”.

ções 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 originar.<sup>17</sup>

Consoante entendimento doutrinário sedimentado, a principal característica própria da empresa estatal é o fato de ser coadjuvante do mister estatal. Nada pode retirar esse signo insculpido 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 particular.<sup>18</sup>

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 DL 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).

---

<sup>17</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 29.

<sup>18</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003, p.180.

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.

A doutrina administrativista fixou o entendimento de que as estatais devem perseguir prioritariamente o interesse público, vale dizer, o lucro, embora constitua fundamento de existência das empresas, nas entidades estatais não é a 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.

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 sua 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, ficarão submetidas aos princípios basilares da Administração Pública.<sup>19</sup>

A definição da sociedade de economia mista indica que

---

<sup>19</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 356.



seu objetivo é 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”.<sup>20</sup>

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 estrito.<sup>21</sup>

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, cabe lembrar que não são todos os serviços públicos que poderão ser prestados por sociedade de economia mista, mas somente aqueles que, mesmo desempenhados pela empresa estatal, poderiam sê-lo pelo setor privado.<sup>22</sup>

### 2.3 MODALIDADES

O texto constitucional, mormente a matéria regida nos artigos 173 e 175 (modificados pela EC n. 19/98), permitem a identificação de 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.

---

<sup>20</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos de. *Manual de direito administrativo*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 418.

<sup>21</sup> GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 89-90.

<sup>22</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos de. *Op. cit.*, p. 416 a 418.

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. (grifou-se)

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*. (grifou-se)

Marçal Justen Filho ressalta a possibilidade de reconhecimento de terceira espécie prestadora de apoio administrativo (processamento de dados, impressão, planejamento etc.)<sup>23</sup>

A grande dicotomia que transparece hodiernamente diz respeito à definição de serviço público e de 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 jurídicos.<sup>24</sup>

Em sentido estrito, atividades econômicas são as típicas do mercado, envolvendo a produção, circulação e o consumo de bens e serviços, regidas exclusivamente pelo direito privado. Noutro 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.

## 2.4 REGIME JURÍDICO

Como visto, entre as empresas estatais, há as que prestam serviços públicos e outras que desempenham atividade econômica em sentido estrito, sendo que a própria Constituição da

---

<sup>23</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico das empresas estatais e a distinção entre “serviço público” e “atividade econômica”. Revista de Direito do Estado, Ano 1, n. 1, 119-135, jan/mar 2006.

<sup>24</sup> V. ADPF n. 46/STF; RE n. 229.696/STF; RE n. 220.906-9/DF.

República de 1988 faz menção aos regimes jurídicos aplicáveis, ora definindo-o expressamente, ora 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 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 intelecção 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 determina a aplicação do regime jurídico de direito privado, as derrogações a esse regime somente são admissíveis quando decorrerem diretamente da 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 serão temperadas pelas normas de direito público, incidindo, então, o art. 175 da Constituição, segundo o qual cabe ao Poder Público, conforme dispuser a lei<sup>25</sup>, 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

---

<sup>25</sup> Lei n. 8.987/95, Lei de concessões e permissões.

que presta serviço público, fundamenta-se na descentralização da atividade administrativa, possuindo natureza de concessionária de serviço público ou pelo menos equiparando-se a ela no que toca ao regime jurídico.

A doutrina diverge acerca da inclusão das empresas estatais como concessionárias de serviço público, alguns consideram que trata-se 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 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.

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 serviço.<sup>26</sup>

## 2.5 CRIAÇÃO E EXTINÇÃO

Nos termos do art. 37, XIX e XX da Carta de 1988, e do art. 236 da Lei n. 6.404/76, é exigida lei específica para a instituição da sociedade de economia mista. Posteriormente, 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

---

<sup>26</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*424.

fins de funcionamento, as demais inscrições legais em outros órgãos (Instituto Nacional da Seguridade Social, Ministério da Fazenda, Estado e Município, entre outros, conforme o caso).

A exigência de autorização legislativa está intrinsecamente ligada ao conceito da entidade. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência entendem que, face à ausência de lei autorizadora, surge, na realidade, apenas uma empresa sob controle acionário do Estado, que nada se relaciona com a entidade de economia mista.<sup>27</sup>

Com a conjugação 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 art. 84, VI, e 61, §1º, alínea “e” da Carta Magna, dispõem que é necessária lei de iniciativa do Presidente da República<sup>28</sup> 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 aos entes da administração indireta, que são pessoas jurídicas distintas da pessoa política que as instituiu.”<sup>29</sup>

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

### 3 LEGITIMIDADE PASSIVA FALIMENTAR

Uma das consequências da distinção entre as empresas estatais que prestam serviço público e as que exercem atividade

---

<sup>27</sup> *ibidem*.

<sup>28</sup> A norma se aplica aos demais entes por simetria.

<sup>29</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.* p. 425.

econômica privada é a que diz respeito à falência.

O artigo 242 da Lei n. 6.404 expressamente previa a impossibilidade de falência das sociedades de economia mista. O dispositivo foi revogado pela Lei 10.303, de 31.10.2001, provavelmente em decorrência do entendimento doutrinário de que o dispositivo feria o art. 173, § 1º, da Constituição, que submete as empresas estatais prestadoras de atividade econômica ao mesmo regime jurídico das empresas privadas, inclusive quando ao direito do trabalho, das obrigações e tributário. A impossibilidade de falência garantia a essas empresas estatais privilégio não garantido às demais empresas do setor privado.

No entanto, duas observações devem ser levadas em consideração: em primeiro lugar, a de que o dispositivo constitucional somente alcança 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, as empresas estatais prestadoras de serviço público não podem ir à falência independentemente do que o estabeleça a legislação ordinária, como é a Lei n. 6.404.

É que a falência, no caso, é incompatível com inúmeros princípios inerentes à prestação de serviços públicos: o da continuidade dos serviços públicos; o da própria natureza dos bens que essas empresas detêm; o da responsabilidade objetiva e subsidiária do Estado em relação às obrigações assumidas por entes que ele instituiu e controla; o da predominância do interesse público sobre o particular.

### 3.1 NORMAS REGULAMENTADORAS

A antiga Lei de Falência, Decreto-Lei n. 7.661/45, não tratava das empresas estatais, 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 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 privados.<sup>30</sup>

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 seus credores desamparados, eis que garantida a penhorabilidade e a executoriedade de seus bens, no rito do art. 646 do Código de Processo Civil, além da responsabilidade subsidiária do Estado.

Para 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

---

<sup>30</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 4, p. 429.

como a constitucionalidade do art. 242, tendo em vista o princípio da isonomia.<sup>31</sup>

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. O relator do Projeto de Lei n. 3.115/97, o 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 constitucionalidade da “imunidade falimentar”, que alcançava inclusive a sociedade de economia mista que desempenha atividade econômica.

Entretanto, não foi debatida a questão da responsabilidade subsidiária do Estado, que desapareceu com a total revogação do art. 242. Novas discussões doutrinárias surgiram acerca da responsabilidade subsidiária do ente estatal, no que concerne aos contratos já 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. 10.303/2001.<sup>32</sup>

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 expressamente a sociedade de economia mista do polo passivo do processo falimentar.

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

---

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 428.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 422 a 426.



economia mista do processo falimentar.

### 3.2 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.

O próprio sistema da sociedade de economia mista é, na sua gênese, contraditório. 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 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 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 companhia 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 Re-

quião<sup>33</sup>, Modesto Carvalhosa<sup>34</sup> e Marcelo Moscoqliato<sup>35</sup>, é pela constitucionalidade do art. 2º, I, da nova Lei de Falência. Noutra senda, estudiosos do Direito Administrativo, como Hely Lopes Meirelles<sup>36</sup>, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>37</sup> e Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>38</sup>, afirmam haver violação ao texto constitucional.

Os doutrinadores que defendem a constitucionalidade do art. 2º, inciso I, da Lei 11.101/2005, apontam quatro principais argumentos.

1) A sociedade de economia mista não é regida somente pelo art. 173 da CR/88, sujeitando-se também 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 economia.<sup>39</sup>

À sociedade de economia mista, portanto, também se aplicam normas de direito público, na medida em que se encontra revestida de inúmeras características públicas, 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

---

<sup>33</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2, p. 48.

<sup>34</sup> CARVALHOSA, Modesto, EIRIZIK, Nelson. *A nova lei das sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 421-426.

<sup>35</sup> 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.

<sup>36</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 344.

<sup>37</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 436-437.

<sup>38</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.*, p. 190.

<sup>39</sup> MOSCOGLIATO, Marcelo. *Op. cit.*

ao concurso público, licitação, orçamento etc.

Demais disso, considerando que a empresa estudada somente pode ter sua criação autorizada por lei especial, seu 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 tem o condão de invalidar a lei.

2) O segundo argumento trata da seguinte 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. Tal fato importaria na liquidação do patrimônio público para o atendimento exclusivo de interesses privados, fazendo-os prevalecer sobre o interesse público, o que viola o disposto na legislação constitucional.

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. 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”. 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 privados.<sup>40</sup>

3) A falência seria inútil, pois a responsabilidade civil subsidiária, do ente político, 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.

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) O último argumento diz respeito 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 público.<sup>41</sup>

Ora, como já explicitado, 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 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.

Outros destacados doutrinadores, todavia, alegam a in-

---

<sup>40</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Op. cit.*, p. 429.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 430.

constitucionalidade do dispositivo em apreço, pugnando que a estatal deverá estar sujeita ao regime falimentar, consoante os motivos expendidos.

1) Considerando que a Constituição prescreve 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 desenvolve.<sup>42</sup>

Conforme preleciona Marçal Justen Filho, a doutrina constitucional brasileira consagra expressa dicotomia no campo da ordem econômica, envolvendo os conceitos de serviço público e atividade econômica.<sup>43</sup>

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.”<sup>44</sup>

Nessa 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 CR/88), significando que qualquer particular poderá exercer atividade econômica

---

<sup>42</sup> 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.

<sup>43</sup> 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.

<sup>44</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.*, p. 632.

propriamente dita, sendo que o Estado poderá desempenhá-la apenas excepcionalmente.

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

A qualificação da atividade e sua submissão aos artigos 173 ou 175 leva a dois efeitos imediatos. O primeiro diz respeito à identificação da titularidade da atividade. O segundo consiste na identificação do regime jurídico regulador. Se serviço público, a titularidade caberá ao Estado, salvo as hipóteses de concessão e permissão, e será aplicado o regime de direito público. Se consistir em atividade econômica em sentido estrito, incidirá o regime de direito privado, sendo que a titularidade é do particular, observadas as exceções previstas em lei.<sup>45</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello, seguindo ao encontro, aduz que é por meio da sociedade de economia mista, considerada um sujeito auxiliar da Administração Pública, que o Estado realiza cometimentos de duas naturezas. Uma consiste na exploração de atividade econômica que, em regra, pertence à empresa privada, 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 inerentes ao Estado.<sup>46</sup>

De fato, havendo duas modalidades específicas, natural concluir que seus regimes jurídicos não poderão ser idênticos. Nas 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 desfrute de posição vantajosa em

---

<sup>45</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p.121.

<sup>46</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.*, p.183.

relação às empresas privadas, às quais cabe, preferencialmente, a exploração do campo econômico. Daí a razão do art. 173, §1º, II, da Constituição, estabelecer sua regulamentação pelo regime próprio das empresas privadas. Por outro lado, as que desempenham serviço público ou outra atividade de natureza pública, devem estar submetidas às normas do direito público.

Nesse caminho, quando se tratar de sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica, a falência se dará em curso normal, como em qualquer outra empresa, até para se evitar a concorrência desleal. Pode-se inferir, outrossim, que o Estado não responderá subsidiariamente pelos créditos de terceiros que eventualmente estejam descobertos, pois, se o contrário ocorresse, haveria um privilégio de que não desfrutam as empresas privadas.

Por sua vez, se prestadora de serviço, coordenadora de obra pública ou de apoio administrativo, seus bens, utilizados para a especialidade própria, são tidos como bens públicos, não podendo ser retirados da correspondente 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, portanto, somente estariam excluídos os destinados 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.

Pode-se deduzir, também, 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.

2) 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 Falência.<sup>47</sup>

3) 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, aplica-se o princípio da eficiência, 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 custos, também coaduna com o interesse público de se evitar desperdício de recursos estatais.

4) Os bens das exploradoras de atividade econômica são privados, passíveis de servir como garantia de débitos. Nessa fenda, 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 pertencerem.<sup>48</sup>

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

---

<sup>47</sup> RIBEIRO, Renato Ventura. *Op. cit.*, p. 115 a 117.

<sup>48</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 437 a 438.



executáveis.

5) 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 se deve 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 falência.<sup>49</sup>

6) 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 crédito.<sup>50</sup>

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 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 de suas atribuições, a

---

<sup>49</sup> RIBEIRO, Renato Ventura. *Op. cit.*, p. 117.

<sup>50</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.*, p.190.

modalidade de sociedade é classificada como prestadora de serviço público (incluídas 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.

### 3.3 JURISPRUDÊNCIA

A interpretação abalizada pelo Supremo Tribunal Federal tem sido no sentido de se aplicar o regime jurídico 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 público.<sup>51</sup>

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

---

<sup>51</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1.642*. Relator: Ministro Eros Grau. Julgamento em 3 abr. 2008, *DJE* de 19 set. 2008.

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 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 CF 88). Isso me parece inquestionável.<sup>52</sup>

O referido Tribunal 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

---

<sup>52</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ACO 765-QO*. Voto do Relator p/ o ac. Ministro Eros Grau. Julgamento em 01 jun. 2005, *DJE* de 07 nov. 2008.

obrigações trabalhistas e tributárias. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido.<sup>53</sup>

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

Nessa direção, 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 sociedade de economia mista se torna 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 doutrinária.<sup>54</sup>

Atualmente, não só as sociedades de economia mista, mas também as empresas públicas buscam ampliar sua lucratividade e eficiência alterando seu centro de atuação para realizar novos negócios. 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 de-

---

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 220.906*. Relator: Ministro Maurício Corrêa, julgamento em 16 nov. 2000, *DJ* de 14 nov. 2002.

<sup>54</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 124-125.

tém 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 viabilizar a geração de mais dividendos.<sup>55</sup>

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 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.

#### 4 CONCLUSÃO

A constitucionalidade da exclusão das empresas estatais do processo falimentar é matéria que encampa grande diver-

---

<sup>55</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 127.

gência doutrinária, com ênfase, sobretudo, nas contradições demonstradas pelo legislador ao longo dos anos.

As discussões que vem sendo travadas resultaram no desenvolvimento de duas correntes opostas, uma defendendo a 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, mas também ao art. 37, 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 e a existência da responsabilidade subsidiária do Estado em caso de prejuízos causados a terceiros.

Por sua vez, a segunda corrente defende a inconstitucionalidade da exclusão da companhia de economia mista à legislação falimentar, na medida em que a “imunidade falimentar” atribuí vantagem não aplicada às demais empresas que atuam no setor privado, configurando hipótese de concorrência desleal e violação ao princípio da isonomia. Os autores que aderiram ao 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 efeitos distintos.

Se a companhia de economia mista desempenhar atividade econômica, terá legitimidade para figurar no polo passivo do processo falimentar, devendo lhe ser 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 de economia mista não poderá auferir qualquer vantagem que não seja usufruída pelas companhias do setor privado.

Por outro lado, se a entidade de economia mista prestar

serviço público, não figurará no processo falimentar como legitimada passiva, face à existência do princípio da continuidade do serviço público. Quanto à responsabilidade subsidiária 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 de se estabelecer a divisão entre a natureza das atividades prestadas pela sociedade de economia mista, para que, assim, seja determinado o regime jurídico aplicável. Ocorre que, recentemente, o Excelso Pretório discutiu a realidade atual dessas entidades, nas quais, em muitos casos, são exercidas ambas as atividades pela mesma sociedade, sendo consideradas, assim, como executora de atividade heterogênea.

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, visto não se aplicar em muitos casos da atual conjuntura econômica. Realmente, a doutrina vem deixando de analisar a questão de forma prática, na medida e que muitas empresas 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 formulada por meio da identificação da natureza da atividade, para se atribuir o regime específico, não se aplica a muitos casos hodiernos.

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 empresas, fato que implicaria em afronta aos princípios da igualdade e da concorrência leal.

A sociedade de economia mista que não consegue de maneira satisfatória cumprir sua finalidade deverá ser extinta. A partir do momento que o Poder Público permite a permanência no mercado 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 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.

A sociedade de economia mista, portanto, poderá figurar como legitimada passiva no processo falimentar, revelando-se inconstitucional a exclusão procedida na Lei n. 11.101/2005, Lei de Falência, até que seja editado o estatuto das empresas estatais, conforme expressa determinação constitucional, contendo normas específicas dispendo acerca da falência das estatais.



