

Discussão Constitucional sobre a possibilidade das empresas de economia mista virem a contrair falência

Constitutional discussion on the possibility of public companies to bankrupt

Raimundo Amadeu Rocha Filho¹

Resumo

Existe a possibilidade de empresas de economia mista irem à falência? Este artigo apresenta e discute essa questão. O tema é polêmico, comportando inúmeras interpretações. É importante ressaltar, no entanto, que em caso de falência, o patrimônio dessas empresas não poderá ser penhorado, nem alienado.

Palavras-chave: Constituição. Empresas de Economia Mista. Falência

Abstract

Is there a possibility of public companies to go bankrupt? This study presents and discusses this question. The subject is polemic, comprehending many points of view. However, it's important to affirm that in case of bankrupt, the patrimony can't be obliged or alienated.

Keywords: Constitution. Public Companies. Bankrupt.

1 Considerações iniciais

Antes de quaisquer reflexões delinea-se a atuação das empresas de economia mista, utilizando os conceitos do Direito Administrativo nos quais têm-se por empresas constituídas através de pessoas jurídicas de Direito Privado em que um dos sócios é o Estado. Estas empresas deverão disputar o mercado como uma empresa privada comum, e uma vez submetidas a esta disputa, não gozam de privilégios fiscais nenhum, como preceitua a Constituição Federal no artigo 173 § 1º, inciso II e 2º.

A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias.

Quanto à proibição dos incentivos fiscais, estabelece a Constituição no artigo 173 §2º: “As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”. Todavia, no que se refere a possibilidade destas contraírem um processo falimentar, faz-se necessária uma maior reflexão, tendo-se em

vista que a Lei de Falências enuncia a impossibilidade destas empresas submeterem-se a estas circunstâncias. O artigo 242 da Lei de Falências (Lei 6.404/76) estabelece: “As companhias de economia mista não estão sujeitas à falência mas seus bens são penhoráveis e executáveis, e a pessoa jurídica que a controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações”. Diante destas divergências normativas, recorre-se à interpretação dada pela doutrina.

2 Interpretações e discussões doutrinárias

Caso seja feita a interpretação literal, e adotando-se o modo mais simplório, ao artigo 242, por indução concebe-se que a sociedade de economia mista, exercendo qualquer atividade, nunca estaria sujeita à falência. Esta é a postura adotada por alguns autores, como, por exemplo, Geraldo Ataliba, que se posiciona de forma favorável à lei 7661, na qual entende que o patrimônio das empresas é inalienável:

... o patrimônio de empresas estatais delegadas de serviço público é patrimônio administrativo, e, como tal, indisponível e submetido a regime administrativo. Os bens e direitos integrantes do patrimônio administrativo são impenhoráveis. O regime jurídico da organização, previsão, planejamento, realização de despesas e sua consumação é o público administrativo. Daí que as formalidades essenciais para a despesa pública – formalidades essas protetoras do interesse público – devam ser iguais para a administração direta e indireta. As

¹ Professor Adjunto da Unifor lecionando as disciplinas de Direito Comercial, Instituição de Direito Público e Privado e Direito Tributário. Advogado. Mestrando em Direito Constitucional. E-mail: amadeufilho@secrel.com.br

derrogações agilizadoras da gestão de entidades da administração indireta não podem implicar desproteção ao interesse público de que são elas realizadoras, nem violação do tratamento isonômico dos credores, ambos objetivos do artigo 100 da Constituição. Por isso, eventual pretensão creditória contra essas entidades (inclusive empresas estatais, desde que prestadoras, como delegadas, de serviço público) deve ser deduzida judicialmente, em processo ordinário de conhecimento, sujeito a duplo grau de jurisdição, culminando com o precatório do presidente do Tribunal competente, para previsão orçamentária oportuna, para sua satisfação.

Rubens Requião (1992) sustenta o mesmo argumento acima referido, quando cita um episódio em 1970 quando, em um Simpósio, afirmou que não se concebia a declaração de falência de sociedades de economia mista:

Na década de 1950, assistia, no Paraná, ao fracasso de diversas sociedades de economia mista estaduais, que chegaram a ter títulos protestados, devido à péssima gestão administrativa e financeira. Pouco faltou para que os credores desesperados lhes pedissem judicialmente a falência. E, por isso, naquele documento, dizíamos que não se compreende que sejam elas sujeitas ao processo comum de falência.

A sugestão foi acolhida. Insolvente uma sociedade de economia mista, impõe ao poder que a criou e que detém o seu controle levá-la à dissolução e à liquidação. Caso contrário, responde subsidiariamente pelas suas obrigações, dispensando-se, dessa forma, como garantia dos credores, o processo falimentar. No entanto, estarão sujeitas, sem dúvida, ao processo de execução singular. José Cretella Júnior (1990) também comunga do mesmo pensamento seguindo a risca a lei 7.661, não possibilitando nenhum entendimento mais elaborado. Segundo este autor:

Uma vez que empresas públicas e sociedades de economia mista são criadas por lei, simetricamente só podem ser extintas por lei ou na forma a lei, a qual pode conferir ao Executivo autorização específica para a dissolução da ou das empresas tais ou quais.

Entretanto, a postura mais crítica, coerente e mais fundamentada, é aquela que faz uma distinção entre as atividades exercidas por estas empresas, podendo apresentar-se em duas modalidades diferenciadas, tanto nos moldes de serviços públicos como em forma de atividade de exploração econômica. O maior expoente nesta argumentação trata-se de Celso Antônio Bandeira de Mello (1996), quando expõe sobre o tema em questão:

Põe-se, aqui, o problema de saber se, tendo forma mercantil, podem vir a desaparecer em decorrência de falência. Surge, concomitantemente com este tópico, o tema da existência ou não de responsabilidade subsidiária do Estado em relação aos débitos que estas não tenham como solver.

E continua:

Cremos, entretanto, que a solução do problema não pode ser dada uniformemente, nem para as sociedades de economia mista – como pretendeu fazê-lo a lei citada – nem para as empresas públicas. Entre tais entidades, é necessário distinguir as que são prestadoras de serviço público das exploradoras de atividade econômica.

Sobre o tema da atuação do Estado no domínio econômico, José Afonso da Silva (1999) traça paralelos e diferenciações sobre serviço público e atividade econômica estatal, especialmente no que se refere ao conteúdo econômico e social, e atividades econômicas, distinções que têm fundamentos na própria Constituição, respectivamente nos arts. 21, XI e XII, e art. 173 e 174.

Segundo José Afonso da Silva (1999):

A atividade econômica no regime capitalista desenvolve-se no regime da livre iniciativa sob a orientação de administradores da empresa privada. A ordem econômica destinada a realizar a justiça social, a liberdade de iniciativa econômica privada não pode significar mais do que a liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo Poder Público. É, desta forma, um direito fundamental, enquanto exercido no interesse da realização da justiça social, da valorização do trabalho e do desenvolvimento nacional.. O serviço público, conceitualmente, é de natureza estatal. Tem como titular uma entidade pública, ficando sempre sob o regime jurídico de direito público. Destaca o doutrinador que não cabe titularidade privada nem mesmo sobre os serviços de conteúdo econômico, como são, por exemplo, aqueles referidos no artigo 21, XI e XII.

Citam-se estas distinções para o entendimento da natureza e limites das empresas estatais. Sob o ponto de vista de sua função, diferenciam-se em dois tipos: as prestadoras ou exploradoras de serviços públicos (a CESP, a CEMIG, a Companhia do Metrô, a TELEBRAS, a Rede Ferroviária Federal) e as exploradoras de atividade econômica (a PETROBRAS, o Banco do Brasil, a EMBRAER). O regime jurídico dessas empresas é diferente. As primeiras entram no conceito de descentralização de serviços pela personalização da entidade prestadora.

Celso Antônio Bandeira de Mello (1996), após feito o anúncio da existência das duas modalidades, aborda o modo de interpretar a lei. Com relação às exploradoras de atividade econômica, nem a lei poderia excluí-las de sujeição à falência, assim como não poderia estabelecer responsabilidade subsidiária do Poder Público. Isto se dá pois quando a Constituição atribuiu a estas empresas regime correspondente ao das empresas privadas, incluindo o direito das obrigações, pretendeu evitar que tais entes desfrutassem de uma situação jurídica favorável ao colocá-las em vantagem em relação às empresas privadas em geral. Este pensamento dá-se pelo fato da possibilidade de o Estado responder subsidiariamente por elas. Se lhes fosse dada a oportunidade de se eximirem de falência, vindo o Poder Público a respaldá-las para garantir os créditos de terceiros, quando as entidades ficassem insolventes, seria certo que aquele que com elas negociasse, esta ia em todo e qualquer caso ser garantido por alguém que é sempre solvente. Seria, pois, mais confiável que as demais empresas privadas desfrutando de situação privilegiada no mercado, possibilidade esta que a Constituição tem por fim intermediar.

3 Jurisprudência

Em síntese, as sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas podem vir a falir. Este foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, sobre processo envolvendo empresas de economia mista que exploram atividade econômica, como segue o acórdão prolatado pelo STF:

PRESCRIÇÃO – Ação proposta contra empresa que fornece energia elétrica (Eletropaulo) – Lapso vintenário e não quinquenal – Prazo instituído pelo Dec. 20.910/32 não beneficia empresa pública, sociedade mista ou outra entidade estatal que explore atividade econômica – Submissão dessa ao regime próprio das empresas privadas – hipótese em que a remuneração pelo fornecimento de energia constitui preço público e não imposto, taxa ou contribuição referidos no artigo 2º do Dec.-Lei 4597/41 – Declarações de votos vencedores e vencido. A prescrição de prazo curto, criada pelo Dec. 20.910/32, **não beneficia empresa pública, sociedade de economia mista ou qualquer outra entidade estatal que explore atividade econômica (Súmula 39)**. (grifo nosso) O art. 173, § 1º, da C.F., submete ao Direito privado não apenas a forma de organização e funcionamento daquelas entidades, mas sua atividade empresarial. Esta, principalmente, não se pode afastar das normas civis, comerciais, tributárias e processuais aplicáveis às empresas privadas. Ao Estado não é lícito fazer concorrência de energia elétrica constituindo preço público, não constituindo imposto, taxa ou contribuição.

4 Empresas de economia mista, prestadoras de serviços públicos

Celso Antônio Bandeira de Mello (1996) argumenta, no que se relacionam às prestadoras de serviço público, que a interpretação é diferenciada. Estas sociedades de economia mista, mesmo insolventes, não se sujeitarão à falência, pois o Poder Público responderá, subsidiariamente, perante terceiros, procedendo-se na forma disposta no mencionado artigo 242 da Lei das S/A. Entretanto, os bens que estejam afetados à prestação do serviço são bens públicos e, ademais, necessários à continuidade das prestações devidas ao corpo social, não podendo ser distraídos de tal finalidade. Sem dúvidas, não faria sentido que interesses creditícios de terceiros precedessem os interesses de toda a coletividade, na oferta de um serviço público. Assim, jamais caberia a venda destes bens em *hasta pública*. Onde, o efeito das medidas referidas seria tão somente o de caracterizar juridicamente a irrupção da responsabilidade subsidiária do Estado. Com relação aos bens não afetados, nenhum problema haveria em que os credores os executassem normalmente.

Sobre a interpretação da lei, José Afonso da Silva (1999) concorda com a diferenciação nas duas modalidades de empresa de economia mista. Segundo este:

O modo de administração desses serviços públicos, entre outros, não só de competência da União, mas também dos Estados, Distrito Federal e Municípios, entra no regime a discricionariedade organizativa, ou seja, cabe à Administração escolher se o faz diretamente, ou por delegação a uma empresa estatal (pública ou de economia mista), ou por concessão (autorização ou permissão) a uma empresa privada.

José Afonso da Silva (1999) comenta ainda sobre o argumento:

Efetivamente, não tem cabimento falar em excepcionalidade, ou subsidiariedade, em relação à prestação de serviços públicos por entidades estatais ou por seus delegados. Portanto, também não comporta mencionar, a respeito deles, a preferência da iniciativa privada. Significa dizer, pois, que a empresa estatal prestadora de serviço público se assemelha às concessionárias de serviço público com diferenças importantes, quais sejam a de não se sujeitarem inteiramente aos ditames.

5 Conclusão

Sem dúvida a solução adotada pelos tribunais representa a melhor opção, efetivando a interpretação constitucional sistemática, fazendo-se necessário este dispositivo que define os bens das empresas de economia mista inserido em todo o ordenamento jurídico, e evitando-se considerar um instrumento isolado, prendendo-se simplesmente à interpretação da letra da lei.

Para tanto, faz-se necessária uma diferenciação que permita posturas diversas apesar de se manifestarem sobre o mesmo instituto jurídico, todavia com finalidade divergente: uma prestação de serviços públicos que vise ao interesse público e outra a exploração de mercados, com uma forte tendência a defesa do interesse da própria empresa.

Por fim, cabe à quem se interesse realizar negociações com essas empresas de economia mista, na situação de prestação de serviços, a ciência que sobre esta última paira a possibilidade que caso incidam nas circunstâncias que caracterizem falência, o patrimônio que as constitui não poderá se prestar a ser penhorado nem alienado.

Referências

CRETELLA JÚNIOR, José. *Administração indireta brasileira* (de acordo com a Constituição Federal de 1988). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Código comercial e legislação complementar anotados*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Organização dos textos e índices por Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 2001.

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falências e concordatas*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

REQUIÃO Rubens. *Curso de direito falimentar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.