

A Lei de Falências aplicada às Sociedades de Economia Mista¹

Argemiro Cesar do Vale Verde de Lima e Silva;
Pedro Terra Soares da Silva e
Pedro Vitor Teixeira Cotrim²
Humberto Oliveira³

RESUMO

São apresentados conceitos e características da natureza jurídica das empresas de economia mista. As condições que o direito administrativo, a doutrina e jurisprudência determinam para viabilizar de forma equânime a livre concorrência entre empresas privadas e empresas públicas ou de economia mista. A Lei de falências é o ponto central das discussões. Avaliação os critérios de aplicação das regras normativas desta lei tanto para as empresas privadas quanto às empresas de capital misto. Considerando a falta de clareza dentro do ordenamento, a análise da possibilidade de aplicação da lei da falência para as empresas de capital mista demanda exercício hermenêutico tanto da doutrina quanto da jurisprudência.

Palavras Chaves: Falência, Empresa de Economia Mista, Direito Empresarial.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por finalidade apresentar algumas discussões doutrinária e jurisprudenciais sobre a possibilidade ou não da falência das empresas públicas e das sociedades de economia mista. O tema se apresenta controverso desde o âmbito normativo. Afinal de contas, a Lei n.º 11.101/05 (Lei de Falências), trouxe em seu art. 2º, inciso I, a impossibilidade da falência dessas empresas estatais. Contudo, da interpretação do art. 173, CF, alguns doutrinadores e a própria jurisprudência dos tribunais indicam a viabilidade da lei supracitada ser aplicável às empresas públicas da administração indireta.

No atual modelo social-econômico e político brasileiro, é aceitável e usual o Estado transferir atribuições a determinadas entidades criadas para descentralizar a administração, constituindo uma forma de racionalização da execução de suas tarefas. É a partir desta racionalização que surgem as autarquias, fundações, empresas públicas ou sociedades de economia, e outras entidades constituídas mediante as concessões, permissões ou autorizações. Muitas delas intervêm e concorrem com empresas privadas em determinados setores da economia, uma vez que

¹ *Paper* apresentado à disciplina do Direito Empresarial da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB.

² Alunos do 4º período do curso de Direito, da UNDB.

³ Professor Mestre e orientador

são criadas justamente para imprimir maior flexibilidade e eficiência à máquina administrativa ou para assegurar a segurança nacional ou proteger interesse coletivo relevantes (art. 173, CF). Portanto, é a própria Constituição Federal de 1988 que autoriza para explorar diretamente áreas econômicas quando essas são de relevante interesse jurídico ou de importância estratégica para a segurança nacional. As formas como o Estado pode agir empresarialmente são resumidas no âmbito das sociedades de economia mista e empresas públicas.

Diante deste contexto, a análise da aplicabilidade da lei de falências afigura-se relevante, já que permeia intensamente a área econômica, bem como aspectos de natureza tributária, trabalhista e concorrencial, os quais orbitam tanto o Direito Empresarial quanto o Direito Administrativo.

Neste trabalho, são apresentados inicialmente alguns conceitos que permitem a caracterização das empresas de economia mista, seguindo adiante com as particularidades das regras de criação e procedimentos inerentes ao direito falimentar. Por fim, conclui-se a obra com destaques doutrinários e jurisprudenciais sobre a aplicação da lei falimentar para as empresas de economia mista.

2. A SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

2.1 Caracterização

As sociedades de economia Mista são entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado e delas se vale o Estado para possibilitar a execução de alguma atividade de seu interesse com maior flexibilidade, minimizando os efeitos dos processos burocráticos inerentes às pessoas de direito público. São reconhecidas através das sociedades por ações, sendo estas, distribuídas entre o Governo e particulares, com o visível objetivo de reforçar o empreendimento a que se propõem. Integram a Administração Indireta do Estado. São criadas por autorização legal, com o controle acionário pertencente ao Poder Público, tendo por objetivo, como regra, a exploração de atividades gerais de caráter econômico e, em algumas ocasiões, a prestação de serviços públicos (CARVALHO FILHO, 2012. p 489).

Meirelles reforça este entendimento ratificando que uma das características das sociedades de economia mista é o objetivo de interesse público subsidiado por uma estrutura de empresa privada que afasta o excesso de burocratização, lhe permitindo certa flexibilidade mercantil. Nesse sentido:

“... a sociedade de economia mista deve realizar, em seu nome, por sua conta e risco,

serviços públicos de natureza industrial, ou atividade econômica de produção ou comercialização de bens, suscetíveis de produzir renda e lucro, que o Estado reputa de relevante interesse coletivo ou indispensável à segurança nacional. O objetivo dessa descentralização administrativa é o de utilizar o modelo empresarial privado, seja para melhor atendimento aos usuários do serviço público, ou para maior rendimento na exploração da atividade econômica. Além disso, a sociedade de economia mista permite a captação de capitais privados, assim como a colaboração desse setor na direção da empresa.” (MEIRELES, 2009. p. 419)

Para uma parte da doutrina, as sociedades de economia mista “exploram atividade econômica que, em princípio, competem às empresas privadas e apenas, suplementarmente, por razões de subida importância, é que o Estado pode vir a ser chamado a protagonizá-las”, conforme estabelece o art. 173, CF. O seu regime jurídico é, em grande parte, aplicável à generalidade das pessoas de Direito Privado. Seja no âmbito de seus objetivos, seja para prevenir vantagens frente as demais empresas privadas (MELLO, 2006. p.191).

Por outro lado, Celso de Mello discorda da afirmativa que o regime das sociedades de economia mista, quando exploradora de atividade econômica, seja idêntico ao das empresas privadas, mesmo que seja em relação aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. Para tanto, o autor elenca, ao menos, quatorze dispositivos constitucionais em sua obra, os quais são aplicáveis tanto às empresas públicas quanto as sociedades de economia mista. Por tal razão, não haveria razão em se falar em aplicação de regras como se empresas privadas fossem (MELLO, 2006, p. 196).

2.2 Formação da empresa de economia mista

No âmbito da formação da empresa de economia mista, é importante se observar que “é a participação ativa do Poder Público na vida e realização da empresa” o elemento definidor da sociedade de economia mista. A criação destas entidades é regida pela Lei das Sociedades Anônimas, sem prejuízo de disposições especiais em lei federal. Precisam estabelecer normas administrativas próprias para atingir seus objetivos estatutários e para permitir o “controle finalístico da sociedade” (MEIRELES, 2009. p. 420).

Na obra de Celso de Mello, o autor apresenta o seguinte conceito inerente à formação da empresa de economia mista:

“pessoa jurídica cuja criação é autorizada por lei, como um instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes desta sua natureza auxiliar da atuação governamental, constituída sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com o direito a voto pertencem em sua maioria à União ou entidade de sua administração indireta, sobre remanescente acionário de propriedade particular” (MELLO, 2006. p. 179)

Ainda segundo o autor, este conceito é divergente daquele especificado no Decreto-Lei 200/69. A conceituação supracitada está mais adequada no aspecto da estruturação lógica do texto, bem como em relação ao ordenamento jurídico brasileiro. Acrescenta, ainda, que decorre do próprio Estado a necessidade de providenciar a prática do ato que contenha o estatuto, ou dos próprios atos constitutivos da entidade, para que sejam inscritos em registro próprio, conforme expresso no art. 45, CC. Fato este também considerado na jurisprudência (ver RDA 157/222 STF).

Há um outro ponto relevante na questão da formação da empresa de economia mista que é a possibilidade de criação de empresas subsidiária de uma primeira. Assim, quando uma sociedade de economia mista passa a gerir uma segunda empresa, esta é tida como subsidiária da primeira. Neste caso, é também o Estado que detém o capital votante. Sua criação também depende de autorização legislativa, já com a possibilidade de instituição posterior de subsidiárias. Não caberia, portanto, a autorização legislativa a cada vez que houvesse a formação de uma subsidiária. Também são integrantes da Administração Indireta do Estado. Podem ter o Estado como único acionista ou admitir a inclusão de novos acionistas. Por outro lado, sua extinção também deve ser proveniente de lei específica, em razão da teoria da simetria - se lei cria, somente lei extingue (CARVALHO FILHO, 2012. p. 492-493).

2.3 Natureza jurídica da empresa de economia mista

Nas atividades de natureza econômica predominam as normas de direito privado (direito civil e empresarial). A elas são aplicáveis direito de obrigações de natureza civil, comerciais, trabalhistas e tributárias. Não devem ter privilégios em relação as demais empresas privadas, o que provocaria desequilíbrio no setor econômico em que ambas as categorias atuam. Já os prazos prescricionais de pretensão são os mesmos aplicados as empresas privadas (STJ Súmula 39), e também sujeitas ao Código Defesa Consumidor (Ver STJ REsp 1.103.826-RN Mauro Marques 23.6.2009).

No âmbito atividades sujeitas ao controle administrativo incidem as normas de direito público, como o controle pelo TCU (art. 71, CF), o controle e fiscalização pelo Congresso Nacional (art. 49, X, CF); a exigência de concurso público para ingresso de seus empregados (art. 37, II, CF) e a previsão de rubrica orçamentária (art. 165, §5º). Como mencionado anteriormente, devem ter a forma de sociedades anônimas (conforme o decreto-lei nº200/67). Portanto, são reguladas pela Lei nº6.404/76). No âmbito jurisdicional, as ações judiciais envolvendo sociedades de economia mista devem ser impetradas na Justiça Estadual (Sumula 517/556, STF e 42 STJ), só cabendo

deslocamento para justiça federal quando o Estado entra como assistente ou oponente. Os bens das empresas de economia mista são tidos como bens privados, assim, não ficam sujeitos à imprescritibilidade, a impenhorabilidade, a alienabilidade condicionada (CARVALHO FILHO, 2012. p 496).

A natureza jurídica das empresas de economia mista pode ser formulada a partir dos inúmeros dispositivos constitucionais. A saber:

O decreto-lei nº 200/67, o qual define a empresa de economia mista como aquela “entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas as ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou entidade da Administração indireta (art 5º, III)”. O art. 173, §1º, CF, segundo o qual as empresas de economia mista devem sujeitar-se ao regime próprio das empresas privadas, incluindo-se aí as obrigações trabalhistas e tributárias; Já o art. 173, §2º, CF equipara as empresas de economia mista às empresas privadas no que tange a privilégios fiscais. O fundamento jurídico nestes artigos constitucionais foi gerar uma equiparação das entidades estatais que exercem atividades econômicas às demais empresas privadas, de sorte que se preservasse o princípio geral da ordem econômica da livre concorrência, evitando-se a concorrência desleal entre particulares e o Estado quando do exercício de uma atividade econômica (ROCHA, 2012, p. 11)

Já o art. 37, XIX e XX, CF estabelecem que as empresas de economia mista devem ser instituídas por Lei, de tal sorte que “somente por lei específica poderá ser criada”. O art. 37, XVII, CF traz consigo a vedação à acumulação remunerada de cargos e funções e p art. 169, §1º, I, CF estabelece a exclusão na lei orçamentaria, no que toca à despesa com pessoal. (CARVALHO FILHO, 2012. p 490)

Elas nascem com o objetivo da exploração de atividade econômica, especificamente a produção e comercialização de bens ou a prestação de serviços e a prestação de serviços públicos, sendo estes últimos, também passíveis de serem explorados pela iniciativa privada, excluindo-se portanto, aqueles serviços considerados próprios da atividade estatal como a segurança pública, a defesa nacional e prestação da justiça (CARVALHO FILHO, 2012. p 494).

3. A LEI DE FALENCIAS

3.1 Caracterização

A falência corresponde a um processo de execução patrimonial do empresário ou da sociedade empresária insolvente. A través deste instituto jurídico se busca realizar o patrimônio

ativo do devedor, apurar os valores e saldar o patrimônio possível(MAMEDE, 2014. p. 220).

O grande doutrinador Manoel Justino Bezerra Filho também conceitua a lei de falências no sentido de que a falência destina-se ao empresário ou à sociedade empresária, que a lei chama de “devedor” em estado de crise econômica financeira.(BEZERRA FILHO 2011, p. 187.)

Já, para COELHO (2014, pag 308), a falência “é a execução concursal de devedor empresário”

Nesse mesmo pensamento, FAZZIO JÚNIOR (2011, pag. 615) coloca que a falência é:

“um estado jurídico instaurado por um provimento jurisdicional, para solucionar a situação oriunda da insolvência do empresário ou sociedade empresária, tendo em vista o tratamento equitativo de seus credores”.

Assim, é válido dizer que está em crise econômica financeira a empresa que não tem dinheiro suficiente para adimplir todas as suas obrigações e dívidas vencidas.

3.2 Formação

A falência corresponde a um processo pelo qual se declara a insolvência do empresário ou da sociedade empresária, com o propósito final de saldar as dívidas com todos os seus credores.

O processo pode ser interposto quando uma obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma exceda o equivalente a quarenta salários-mínimos na data do pedido de falência. Não há necessidade de o título se referir a um mesmo credor. Assim, diversos credores podem se reunir em litisconsórcio, desde que a soma dos créditos ultrapasse os quarenta salários-mínimos. São requisitos para a sofisticação da falência, a exigibilidade (existência de obrigações), a certeza e a liquidez do título. Outra possibilidade para a abertura de um pedido de falência é quando o empresário ou sociedade empresária é executado por quantia líquida em qualquer valor e não a paga (MAMEDE, 2014. p. 225).

Os sujeitos da falência, em princípios, os devedores que tem atividade econômica de forma empresarial, como está tipificado na Lei nº 11.101/2005. Devedores que não exploram atividades econômica nem como os que fazem sem empresarialidade, tais devedores insolventes submetem-se ao regime da insolvência civil. Assim, não podem pleitear uma recuperação judicial ou extrajudicial. (COELHO, 2010. P. 247)

Para fins de decretação de falência, basta que ocorra um dos fatos previstos em lei como ensejadores da quebra, de forma que o pressuposto da insolvência, em verdade, não se caracteriza

por um determinado estado patrimonial, mas consiste em presunção absoluta de insolvência pela lei falimentar. Mais especificamente, determina a lei, no art. 94, que será decretada a falência do devedor que, sem justificativa, for impontual no cumprimento de obrigação líquida (LF, art. 94, I) executado por qualquer quantia líquida, não pagar, não depositar e não nomear à penhora bens suficientes; (art. 94, II) ou se praticar ato de falência (LF, art. 94, III) (COELHO, 2010. Pp. 251-252).

3.3 Natureza Jurídica

Questão doutrinariamente divergente que ainda não foi respondida é a que se refere à natureza jurídica da falência.

Para alguns autores, a falência é um instituto de direito substancial, a exemplo de Francesco Ferrara, é a falência instituto de direito material; é um acontecimento, um fato jurídico. Para essa concepção acerca da Falência, as regras falimentares são de direito material, por consequência, o fato de existir processo falimentar serviria meramente de acessório às normas de direito substantivo.

Para outros doutrinadores, a Falência é vista como um procedimento, onde se mesclam caracteres de processos executivos, jurisdição voluntária, processo cautelar e, ainda, administrativo. Tal concepção do instituto aponta para o reconhecimento de natureza processual, estabelecido que trata-se de execução coletiva que recai sobre devedor comerciante.

A maior parte da doutrina compartilha da tese: “A falência, em última análise, é execução processual coletiva, realizada em Juízo, dirigida e superintendida pelo Juiz. Ajuntam-se nela os credores, fortuita, mas obrigatoriamente, cada qual defendendo o seu direito individual, embora deliberando coletivamente, subordinados a regras especiais, mercê da comunhão de interesses. Obriga-os a lei a respeitar, durante todo o curso do processo, o princípio da igualdade, suspensas as ações individuais, sujeitos todos a dividendos ou rateio.” (FERREIRA, 1965, pag 110); “o processo falimentar tem natureza predominantemente executória” e acresce que” a uma execução sumária com objetivo declaratório (declaração da falência e fixação do período suspeito), segue-se um momento constitutivo (o status de falido, a organização da massa), o momento declaratório do reconhecimento dos créditos com força executória e o momento final da execução coletiva.” (BATALHA, 1997, pags 16 e 17).

Há também aqueles que tratam a falência como apenas um meio de cobrança. Para os cultores dessa tese, a falência não passa de uma forma de o Estado garantir não somente a igualdade

de tratamento dos credores, impondo-os a *par condicio creditorum*, como também sanear a atividade econômica.(FÜHRER)

Há ainda os doutrinadores que se baseiam na teoria administrativista para mostrar a natureza jurídica da falência. Essa tese mostra o caráter administrativo do instituto falimentar, sustentando que sua realização sempre se dará por interesse público na exclusão da empresa em dificuldade do universo negocial, visando à preservação do conjunto empresarial e da credibilidade do sistema econômico.

4. AS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E A LEI DE FALÊNCIAS

4.1 Questões processuais legais

Para Carvalho Filho, a Falência não poderia ser aplicada àquelas sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos. 1) Porque o regime jurídico dessa categoria não estaria inserida no art. 173, §1º, CF; 2) deveria prevalecer o princípio da continuidade dos serviços públicos, não sendo admissível que a sociedade se visse prejudicada pela má gestão dos responsáveis pela entidade e pela cessação da atividade em virtude da decretação de falência.

Com a nova lei de falências pode se estabelecer que o legislador não entende como aplicável o regime falimentar a estas empresas, independentemente da natureza da atividade que desempenhem. Ainda segundo este autor, há uma discordância entre o art. 173, 1º CF e o art. 2º da Lei de falências. A crítica do autor se fundamenta no fato de o legislador equiparar sociedades de economia mista e empresas públicas às demais empresas privadas e ao mesmo tempo estabelecer a falência apenas para as empresas privadas (CARVALHO FILHO, 2012. p 509).

Como sabe, a Constituição Federal admite a existência das Sociedades de Economia Mista e das Empresas Públicas em duas situações. A primeira está relacionada à atividade econômica (art.173) prestada por essas empresas. A segunda é relativa a prestação de serviços (art.175) dadas pelo ente federativo ou delegadas por ele. Diante disso, é possível concluir, como já afirmado, que a aplicação da lei de falências à empresas de economia mista que prestam serviços não é correta, isso porque, como aborda o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau, esse tipo de atividade exercida pelo Estado, não intervém na esfera de outras empresas privadas, nem vai além de sua competência, pelo contrário, estará sempre atuando em sua titularidade, relativa ao setor público. (GRAU, 2000, p.129)

Não é viável que as empresas públicas que exerçam atividade econômica se beneficiem das particulares sob esse escopo de serem pertencentes ao Estado, baseando-se na Nova Lei de Falência, que em seu art. 2º, inciso I, ao afirmar que esta lei não se aplicará as empresas públicas e de sociedade de economia mista. O fato é que essa impossibilidade de falência acarreta em uma diferenciação insustentável, ferindo o princípio da livre concorrência.

Com base nisso, o art.173 da Constituição Federal, vem garantir essa livre concorrência, ao sujeitar as empresas públicas ou de economia mista, que exerçam atividade econômica iguais ou semelhantes das privadas, ao regime jurídico próprio destas. Afastando, portanto, o benefício ilegal que poderiam advir da interpretação literal do art.2º, da Nova Lei de Falência. Este, só é admissível nas atividades de prestação de serviços públicos, pois não configuram atividade empresária.

4.2 Consequências jurídicas

Bandeira de Mello analisa que a possibilidade de incidir a lei de falência sobre as sociedades de economia mista somente é viável àquelas que são exploradoras de atividade economia. Incidir a referida lei sobre as empresas prestadoras de serviço público seria uma inconstitucionalidade. A pertinência em se aplicar a lei de falência para as empresas de economia mista exploradoras de atividade econômica decorre ao art. 173, §1º, II, segundo o qual caberia a sujeição ao regime jurídico próprio de empresa privada no que concerne aos direitos e obrigações de natureza comercial. Nesse contexto, não seria cabível a responsabilização solidária do Estado sobre créditos de terceiros não honrados pela empresa, sob pena de privilegiá-las em relação às demais empresas privadas concorrentes (MELLO, 2006. p. 196).

Contribuindo para o entendimento, disserta Carvalho Filho:

“De plano, o dispositivo da Lei de Falências não parece mesmo consentâneo com a ratio inspiradora do art. 173, § 1º, da Constituição Federal. De fato, se esse último mandamento equiparou sociedades de economia mista e empresas públicas de natureza empresarial às demais empresas privadas, aludindo expressamente ao direito comercial, dentro do qual se situa obviamente a nova Lei de Falências, parece incongruente admitir a falência para estas últimas e não admitir para aquelas. Seria uma discriminação não autorizada pelo dispositivo constitucional. Na verdade, ficaram as entidades paraestatais com evidente vantagem em relação às demais sociedades empresárias, apesar de ser idêntico o objeto de sua atividade. Além disso, se o Estado se despiu de sua potestade para atuar no campo econômico, não deveria ser merecedor da benesse de estarem as pessoas que criou para esse fim excluídas do processo falimentar.”(2010, p. 559)

Portanto, baseado no que está disposto na Constituição Federal, em seu art.173, §1º, deve a empresa de economia mista, que possui a mesma área de atuação que uma particular, com viés econômico - e não de prestação de serviço, pois este é regulado pelo art. 175 - deverá sofrer com o mesmo processo de falência deste. Há, como afirmado, uma equiparação entre o ente público e o privado no que tange a sua responsabilidade quanto aos credores.

Não seria admissível que as empresas, pelo escopo de pertencerem à unidade estatal, se beneficiar com a impossibilidade de falência, e de não solidariedade para com os seus credores, no saneamento das dívidas provenientes da má gestão de seus funcionários.

Muitos doutrinadores têm se aliado à mesma prerrogativa e entendido que as estatais, ao prestarem serviços públicos não estão praticando atividade econômica, pois não exercem atividade empresarial, não devendo sofrer com o processo de falência. Entretanto, aos que praticam tal atividade, é lícito, baseado no artigo supramencionado, que respondam pela falência e restituição do que é devido à quem detêm este direito.

A análise literal do art.2º da Lei de Falências, tem gerado embates doutrinários e jurisprudenciais constantes. Portanto, deve-se levar em consideração o melhor interesse da sociedade e das empresas em geral. O benefício concedido por esta lei acarreta em grave discordância entre os regulamentos que regem a atividade empresarial das empresas particulares das públicas, ferindo diversos preceitos que acabam por gerar danos à segurança jurídica, que é fundamental para a manutenção da ordem pública.

4.3 Análise doutrinária e jurisprudencial

4.3.1 Da impossibilidade de aplicação da lei de falências às empresas de economia mista.

Antes de se avançar na análise no âmbito normativo vigente, é relevante mencionar que a solução jurídica que prevalecia era a de que a insolvência de uma sociedade de economia mista conduziria a uma situação onde o Estado responderia subsidiariamente pelas obrigações em aberto. Esta era uma forma de trazer alguma garantia aos credores, o que afastaria a necessidade de um processo falimentar (REQUIÃO, 2010. p.71).

Um outro argumento que suatenta a impossibilidade seria a predominancia do capital

público (nas sociedades de economia mista) ou a sua integralidade (empresas públicas). A insolvência, nestes casos, seria resolvida através da liquidação ou da incorporação a outra entidade de capital público, por ato do Poder Executivo, conforme a previsão do decreto -lei 200/67 (FAZZIO JUNIOR, 2011. p. 584).

Caio Rocha (2012) apresenta em sua obra mais dois argumentos distintos, os quais são reproduzidos a seguir. Sergio Campinho se posiciona considerando que:

“...a iniciativa de dissolvê-las, arcando com os valores necessários à integral satisfação dos credores, sob pena de não se poder realizar uma dissolução regular, a que está obrigado, em obediência aos princípios da legalidade e da moralidade, inscritos no artigo 37 da Constituição Federal de 1988” (CAMPINHO, 2010. p. 23)

Já o Prof^o Villela Souto argumenta que a necessidade de criação de empresas públicas ou de sociedades de economia mista decorre de um forte e relevante interesse coletivo ou de questão de segurança nacional e, por tal motivo, não poderiam ser colocados no mesmo patamar do interesse do capital privado (ROCHA, 2012. p. 51).

Embora os defensores desta tese de impossibilidade tenham seus argumentos pontuais, partem de um elemento comum na linha de argumentação. Todos consideram que é a própria Lei falimentar em seu art. 2º a exclusão completa dessas empresas. Assim, é a própria determinação legal que encerraria a discussão.

Por fim, não haveria como negar que ao se admitir a falência no âmbito das empresas públicas nas sociedades de economia mista, seria necessário resguardar o interesse público e a continuidade das prestações de serviços ou da exploração comercial ou da produção diante da instauração de um processo falimentar, tendo em vista que este busca a prevalência do interesse dos credores.

4.3.2 Da viabilidade jurídica de aplicação da lei de falências às empresas de economia mista

O argumento inicial para ratificar esta possibilidade decorre do preceito constitucional (art. 173, §1º, II) que distingue as empresas estatais exploradoras de atividades econômicas enquanto entidades dotadas de regime jurídico próprio das empresas privadas. Este entendimento também se extrai do Decreto-Lei nº 200/67, segundo o qual as sociedades de economia mista foram concebidas para facilitar ao Estado a exploração da atividade econômica.

Ao exercer atividade econômica, a sociedade de economia mista atua no mercado, concorrendo com as demais empresas de capital privado e, por tal razão, se sujeitariam às regras de mercado, inclusive àquelas da lei falimentar. Tal sujeição teria o propósito de evitar quaisquer vantagens às empresas vinculadas ao Estado na concorrência com empresas privadas, preservando a

livre concorrência e potencializando a livre iniciativa.

Neste contexto, a aplicação da lei falimentar às sociedades de economia mista seria a forma jurídica adequada de evitar o choque entre a normatividade do art. 2º da Lei 1.101/05 e o art. 173, §1º, I, CF, reforçando o preceito constitucional da livre concorrência e da livre iniciativa. Carvalho Filho coaduna com esse entendimento ao criticar a taxatividade do art. 2º da lei falimentar, salientando que a sua interpretação literal ou absoluta “seria uma discriminação não autorizada pelo dispositivo constitucional”. Argumenta ainda o autor que a prevalência desta interpretação acabaria por levar as entidades estatais a “evidente vantagem em relação às demais sociedades empresárias, apesar de idêntico o objeto de sua atividade”(CARVALHO FILHO, 2012. p 471).

Hely Lopes Meirelles faz uma ressalva, segundo a qual na decretação da falência das empresas estatais os bens vinculados ao serviço não poderiam sofrer penhora, em virtude do princípio da continuidade do serviço público, podendo, entretanto, ficarem penhoradas ou ser executadas as rendas da empresa para pagamento de dívidas (MEIRELLES, 2009. p. 412).

Segundo Bandeira de Mello, a aplicação da lei falimentar às sociedades de economia mista implicaria, obrigatoriamente, em refutar a responsabilidade subsidiária do Estado pelo inadimplemento das obrigações insolventes, uma vez que tal possibilidade lhe garantiria uma vantagem competitiva não permitida às empresas privadas (MELLO, 2006. p. 206).

Por fim, cita-se a doutrinadora Maria Di Pietro, a qual se alinha nesta mesma direção ao considerar que em face do art. 173, §1º, II, as sociedades de economia mista estão sob o mesmo regime jurídico de empresas privadas (Di PIETRO, 2014. p. 418).

5. CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho foi possível identificar as sociedades de economia mista e as empresas públicas enquanto entidades com plena capacidade jurídica para exercer atividades econômicas. Para tanto, o ordenamento jurídico brasileiro lhes concede personalidade jurídica de direito privado, lhes permitindo exercer atividade empresarial. A discussão que se suscita diante dessa possibilidade é a melhor maneira de manter o equilíbrio econômico nas relações concorrenciais, onde um dos agentes é uma empresa constituída de capital não privado. Afinal de contas, não parece favorável ao pleno exercício da livre concorrência trazer a determinadas empresas, certos benefício não dispensados às empresas particulares.

Ao se analisar o posicionamento doutrinário e jurisprudencial, percebe-se a nítida diferenciação que se apresenta. Segundo ela, não se aplicam às sociedades de economia mista e às empresas públicas prestadoras de serviço público as mesmas regras destinadas àquelas que exercem atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada, pois estas últimas se sujeitariam ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive no âmbito do Direito Comercial e, por conseguinte, no âmbito da Lei de Falências.

Neste contexto, diferenciar a exploração de atividade econômica da prestação de serviço público permite que os fins buscados pela regra constitucional no art. 173 sejam compatibilizados com a lei falimentar, evitando-se uma possível inconstitucionalidade, por proibir a falência das empresas estatais sem nenhuma ressalva. Com esta diferenciação é possível evitar qualquer aspecto vantajoso de uma empresa de economia mista vantagem sobre quaisquer outras empresas privadas, fato que vai de encontro ao princípio constitucional da livre concorrência.

A partir da análise doutrinária investigado foi possível, por fim, estabelecer argumentações a favor e contra a aplicabilidade da lei falimentar. Embora se tenha a impressão de haver muitas discrepâncias de entendimento, percebe-se certa coerência em aplicar a lei falimentar, desde que respeitadas as distinções mencionadas nos parágrafos anteriores. Dessa forma, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência ficam mais preservados.

REFERENCIAS

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Falências e Concordatas**. 2ª ed. São Paulo. Editora LTr. 1996.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: falência**. Vol. 3 . São Paulo: Saraiva, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO FILHO , José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25ª ed.. São Paulo: Atlas, 2012.

FAZZIO JUNIOR. Waldo. **Manual de Direito Comercial**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**, em PDF. Vol. XIV. São Paulo. Saraiva. 1965.

FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. **Roteiro das Falências e Concordatas**, 18ª Edição, REVISTA DOS TRIBUNAIS. Acesso: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1542/Falencia-conceitos-finalidades-natureza-juridica-e-fases-do-processo-falimentar-comum>.

MAMEDE, Gladston. **Empresa e atuação empresarial; Falência e recuperação de empresas**. Vol 4. São Paulo:Atlas, 201

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38ªed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 21ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ROCHA, Caio Prado. **Análise da aplicabilidade dos institutos da falência e de recuperação judicial às empresas públicas e sociedades de economia mistas**. Porto Alegre: UFRGS, 2012. 88p. Monografia – Faculdade de Direito, Porto Alegre, 2012.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. Vol 2. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

STJ. **Recurso Especial nº 1.103.826-RN** . Relator Min: Mauro Marques. Julgado em: 23.6.2009. Disponível em: <<<http://www.stj.jus.br>>>. Acesso em: 24 out 2015.

STJ. Sumula 39. Disponível em: <<<http://www.stj.jus.br>>>. Acesso em: 24 out 2015.

TOURINHO, Rita. **As Empresas Estatais e a Revogação do Artigo 242 da Lei nº 6.404/76**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 8, nov/dez – 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-8-NOVEMBRO-2006-RITA%20TOURINHO.pdf>>

XAVIER, Thiago Nogueira. **Sociedade de Economia Mista e Empresa Pública: Aspectos Relevantes no Direito Empresarial Brasileiro**. UNESP: Franca, São Paulo. Disponível em:

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33438-43018-1-PB.pdf>> Acessado em: 14/10/2015

XAVIER, Willian Ferreira. **Falência da Sociedade de Economia Mista**. Universidade Do Vale do Itajaí – UNIVALI. Centro de Ciências Sociais e Jurídicas – CEJURPS. Itajaí, 2011. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Willian%20Ferreira%20Xavier.pdf>> Acessado em: 14/10/2015

ZAGO, Felipe do Canto. **A Falência das Empresas Públicas e das Sociedades de Economia Mista**. Revista Jus Navigandi, Teresina, 2015, n.2720, 12/12/2010. Disponível em: BATALHA, Wilson de Souza Campos.