

FELIPE DO CANTO ZAGO

**(IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, I, DA LEI 11.101/05
NUMA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA COM O ARTIGO 173, § 1º,
DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito; área de concentração: Fundamentos Constitucionais do Direito e do Direito Privado.

Orientador(a): Prof^a. Dr^a. Regina Linden Ruaro

Porto Alegre

2010

FELIPE DO CANTO ZAGO

**(IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, I, DA LEI 11.101/05
NUMA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA COM O ARTIGO 173, § 1º,
DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito; área de concentração: Fundamentos Constitucionais do Direito e do Direito Privado.

Aprovada em _____ de _____ de 2010.

BANCA EXAMINADORA

Orientador(a): Prof^a. Dr^a. Regina Linden Ruaro - PUCRS

Examinador: Prof.

Examinador: Prof.

Zago, Felipe do Canto.

(In) Constitucionalidade do artigo 2º, I, da Lei 11.101/05 numa interpretação sistemática com o artigo 173, § 1º, da Constituição Federal. / Felipe do Canto Zago, com orientação de Regina Linden Ruaro, profª. Porto Alegre, 2010.

60 f.

Dissertação (Mestre em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

1. Falência. 2. Empresa Pública. 3. Sociedade de Economia Mista. I. Título. II. Ruaro, Regina Linden. III. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

AGRADECIMENTOS

Considerando todas as pessoas às quais gostaria de expressar minha gratidão pela ajuda e sugestões para tornar esse trabalho possível, a lista seria grande, porém terei que restringi-la.

Minha gratidão aos meus pais, Alcides José e Maria de Lourdes, pela compreensão, carinho, amor, e, principalmente, por serem pessoas a quem muito amo e que tanto me ensinaram.

Agradeço, também, ao meu irmão, Alexandre, pelo exemplo de dedicação ao estudo e a minha namorada pelo apoio e estímulo.

Por fim, especial reconhecimento a minha orientadora, Prof^a. Dr^a. Regina Linden Ruaro, pela qual tenho enorme respeito e admiração.

“Aquele que sabe muito sobre os outros pode ser instruído, mas aquele que se compreende é mais inteligente. Aquele que controla os outros pode ser forte, mas aquele que se domina é ainda mais poderoso”.

(Lao-Tseu, Tao Te-King)

RESUMO

O presente estudo tem a finalidade de apresentar a grande discussão doutrinária acerca da possibilidade ou não da falência das Empresas Públicas e das sociedades de economia mista. A Lei n.º 11.101/95 (Lei de Falências), trouxe em seu art. 2º, inciso I, a impossibilidade da falência dessas paraestatais. Todavia, na contramão dessa Lei infraconstitucional, existe sustentação hermenêutica baseada em dispositivo constitucional, no art. 173 da CF, que possibilitaria a falência dessas empresas públicas da administração indireta. É uma tentativa, com efeito, de destacar os aspectos mais relevantes desse assunto, uma vez que a discussão jurídica em comento é muito complexa, e poucos se aventuraram a debruçar-se sobre o tema. Trata-se, assim, uma questão insuficientemente apreciada pela doutrina e pela jurisprudência.

Palavras-chave: Falência. Empresa Pública. Sociedade de Economia Mista.

ABSTRACT

The objective of this study is to present the big doctrinal discussion about the possibility or not of bankruptcy of state and joint state and private companies. In short, the Law No. 11.101/95 (Bankruptcy Act), set forth in its art. 2, item I, the impossibility of the bankruptcy of said state companies. However, contrary to this infra-constitutional act, there is hermeneutic support based on the constitutional provision of the art. 173 of the Constitution, which would allow the bankruptcy of said indirectly managed state companies. In effect, it is an attempt to highlight the most relevant aspects of this subject since the legal issue under discussion is very complex, and few have ventured to look into it. It is therefore an issue insufficiently considered by the doctrine and jurisprudence.

Keywords: Bankruptcy. State Company. Joint State and Private Company.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 A EXPLORAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PELO ESTADO	13
1.1 HISTÓRICO	13
1.2 EVOLUÇÃO DO PAPEL DO ESTADO NA ECONOMIA NO CONTEXTO NORMATIVO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	21
1.3 A EXPLORAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PELAS PARAESTATAIS.....	29
2 EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA – PONTOS COMUNS	35
2.1 ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	35
2.2 DISCUSSÃO CONCEITUAL	37
2.3 DO REGIME JURÍDICO E OBJETO	41
3 ASPECTOS JURÍDICOS ESPECIAIS RELEVANTES – DAS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA	52
3.1 REGIME PATRIMONIAL DE BENS	52
3.2 DO REGIME DE EMPREGADOS NAS PARAESTATAIS.....	55
3.3 CONTRATOS.....	57
3.4 RESPONSABILIDADE CIVIL	59
4 ASPECTOS QUE AUTORIZAM A FALÊNCIA DAS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA	61
4.1 EVOLUÇÃO LEGAL DO ASPECTO FALIMENTAR DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E EMPRESAS PÚBLICAS.....	62
4.2 DA DISCUSSÃO EFETIVA DA DECLARAÇÃO DA FALÊNCIA DAS ESTATAIS QUE EXPLORAM ATIVIDADE ECONÔMICA	67
4.3 INFERÊNCIAS SOBRE A JURISPRUDÊNCIA EXISTENTE NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	82
CONCLUSÃO	89
REFERÊNCIAS	93

INTRODUÇÃO

No século XX, foram reveladas profundas mudanças na relação entre Estado e atividade econômica. Vale lembrar, como ponto de partida, as constantes mudanças históricas na organização administrativa no mundo.

A pesquisa, neste sentido, é rica e nos apresenta momentos históricos de maior ou menor penetração do Estado na economia, evidenciando um notório processo evolutivo, principalmente no Brasil, refletindo a alteração e a criação de novos mecanismos interventivos frequentemente compatibilizados com as idéias políticas, sociais e econômicas de cada época, sempre com o fito de adequá-los à ordem social, à qual está atrelada a ordem econômica.

O Estado contemporâneo passou a organizar amplamente os processos econômicos e a legitimar a opção estatal pelo intervencionismo, instrumentando a realização de determinadas finalidades econômicas e sociais e proporcionando a superação do modelo liberal, que sustentou a normalidade da separação entre a atividade política do Estado e a atividade econômica praticada sob intensa liberdade no âmbito da sociedade.

O atual contexto das grandes tendências mundiais relacionadas à globalização, aos progressos na tecnologia da informação e à emergência da sociedade civil organizada, levou à concepção de um novo papel do Estado, que passa de produtor direto de bens e serviços para indutor e regulador do desenvolvimento.

No Brasil, o planejamento econômico estatal, em relação a essa área, apresenta novidade na Carta de 1988, como grande promessa capaz de produzir soluções a certos impasses em torno da implantação das novas aspirações socioeconômicas.

Dessa forma, o Estado, jugulado ao direito, começou a utilizar mecanismos diversos para seu controle, ora previstos na Constituição, ora contemplados no ordenamento jurídico infraconstitucional.

Dentro da administração pública indireta, destacam-se as empresas públicas e as sociedades de economia mista, que são objeto de intenso estudo por parte dos mais consagrados juristas. Muitos doutrinadores discordam sobre questões que vão desde a definição de sua origem histórica até a explicação de sua natureza. Com o advento da Lei 11.101 de 2005, voltaram elas a atrair a atenção dos estudiosos e operadores do direito.

Dispõe o art. 2, I, da Lei de Falências que a referida Lei não se aplica às empresas públicas e às sociedades de economia mista. Como o legislador foi peremptório a respeito e não distinguiu as atividades de tais entidades, deve-se concluir que não se aplica o regime falimentar a essas pessoas paraestatais¹, independentemente da atividade que desempenham. Sejam, pois, prestadoras de serviços públicos ou voltadas às atividades econômicas empresariais, estão excluídas do processo falimentar aplicável às sociedades empresárias do setor privado em geral.

O presente estudo busca demonstrar que, em que pese a existência de uma legislação relativa à matéria objeto de estudo, ainda persistem dúvidas no que concerne à falência das empresas públicas e das sociedades de economia mista.

Assim, projeta-se eventual inconstitucionalidade do disposto no art. 2º, I, da Lei 11.101/05 frente ao art. 173, §1º, II da CF. Esse último mandamento equipara sociedades de economia mista e empresas públicas de natureza empresarial às demais empresas privadas, aludindo expressamente ao direito comercial, dentro do qual se situa a nova Lei de Falências. Destarte, vislumbra-se certa incoerência da Lei 11.101/05 quanto à possibilidade da falência para as

¹ O conceito de paraestatais como veremos mais adiante, designa as entidades de natureza econômica ou de qualquer outra ordem, como cultural, disciplinar, que, embora não se mostrando como organização integrantes da administração pública, entendem-se instituídas pela vontade do Estado e sob sua proteção e dependência.

empresas do âmbito privado e à impossibilidade da falência para as empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem a atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestações de serviços.

A análise do artigo 173, §1º, inciso II, da CF, provoca a discussão de que as empresas públicas ou sociedades de economia mista que explorem atividade econômica são equiparadas às sociedades previstas na iniciativa privada, sujeitando-se, então, ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

O trabalho visa descrever e, ao mesmo tempo, problematizar a (in) constitucionalidade do art. 2º, inciso I, da Lei 11.101/05, pressupondo o conhecimento dos principais obstáculos a um efetivo acesso à justiça, bem como das perspectivas de sua superação.

Dessa forma, o presente estudo afigura-se relevante, pois se destina a analisar a (in) constitucionalidade do art. 2, I, da Lei Falimentar numa interpretação sistemática com o art. 173, §1º, da CF, bem como apresentar eventual solução para essa questão que vem trazendo inquietações aos juristas dedicados a esse assunto tanto na órbita do Direito Empresarial como do Direito Administrativo.

As fontes de pesquisa utilizadas foram as legislações constitucional e infraconstitucional, além da doutrina e da jurisprudência pertinentes ao tema.

Para um melhor enfoque da matéria, foi estabelecida uma divisão em quatro capítulos. O primeiro compreende a realidade econômica ocidental, ainda condicionada pelas bases teóricas do liberalismo clássico, tratando da evolução histórica do envolvimento estatal com a atividade econômica, inclusive sob a perspectiva do modelo do Estado social e da opção intervencionista nas Cartas constitucionais brasileiras. O segundo apresenta a identificação das empresas estatais, dotadas de personalidade de direito privado, responsáveis pela exploração da atividade econômica pelo Estado. Em relação a essas empresas públicas e sociedades de economia mista, examinam-se com profundidade

conceitos, objetos e regime jurídico, expondo, ademais, a finalidade que inspirou o Estado a criar esse tipo de pessoas de natureza tipicamente empresarial. No terceiro, ainda sob uma análise das características das sociedades de economia mista e empresas públicas, buscou-se trazer os aspectos jurídicos mais relevantes para melhor compreensão do tema, com a finalidade de aprofundar o exame do comportamento dessas empresas no âmbito das relações na vida empresarial comum, sem deixar de dar atenção aos seus contornos de empresas ligadas à administração pública indireta. E, por fim, no quarto capítulo, apresenta-se a discussão efetiva sobre a possibilidade ou não da decretação judicial de falência, principalmente diante das inovações legislativas trazidas pela Lei 11.101/05 numa interpretação sistemática com o art. 173, da Carta Magna, firmando um posicionamento quanto a essa questão bastante controvertida.

CONCLUSÃO

O presente trabalho surgiu da expectativa de discutir uma solução constitucionalmente viável que possibilite corroborar a (im)possibilidade da falência das Empresas Públicas e das Sociedades de Economia Mista.

O capítulo da Ordem Econômica e Financeira previsto no Título VII, da CF/88, estabeleceu uma oportunidade para que se pudesse construir um ambiente econômico mais aberto, cristalino e produtivo entre o Estado e o espaço socioeconômico, refletindo o desenvolvimento de uma ordem econômica e social mais consentânea com as aspirações das classes trabalhadoras e com as novas atividades do Estado, que deve ser concretizada sob a finalidade precípua de assegurar crescimento econômico, conciliando o exercício da livre iniciativa com a valorização do trabalho humano.

Considerando as finalidades e os princípios gerais dessa ordem econômica constitucional, a participação do Estado na economia é a exceção, sendo que a regra é a exploração das atividades pela iniciativa privada.

No entanto, quando ocorre a atuação do Estado destinada à execução de atividades mercantis, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, que desempenham um importante papel, constituem o instrumento pelo qual o Estado realiza a sua finalidade no campo econômico.

Assim, a atual Constituição Federal assegurou a atuação supletiva, ou, noutras palavras, complementar do Estado na atividade econômica, não mais com a intervenção que se vinha praticando com ilegalidade antes da edição da referida Carta.

Quando as sociedades de economia mista e as empresas públicas exercem atividades econômicas, como são dotadas de personalidade jurídica de direito privado, podem operar como verdadeiros particulares no campo mercantil.

Cumprе ressaltar que a preferência da exploração da atividade econômica é dada à iniciativa privada, sendo atribuídas ao Estado somente funções de fiscalização, incentivo e planejamento (ou supletivas, como acima mencionado).

As empresas estatais só se justificariam quando suas congêneres particulares forem insuficientes para atender à demanda do mercado. O Poder Público só deveria competir com a indústria ou o comércio, por meio das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, quando as atividades fossem necessárias aos imperativos da segurança nacional ou houvesse relevante interesse coletivo, a teor do art. 173, da CF/88.

Entretanto, a inserção do Estado em atividades típicas da iniciativa privada ocorre há muito tempo, beneficiando-se dessa prática sem sofrer as consequências às quais estão sujeitas as empresas particulares, como, por exemplo, a aplicação do regime falimentar.

A revogação do art. 242, da Lei 6.404/76 (Lei S/A), que expressamente dispunha estarem excluídas do regime falimentar as sociedades de economia mista, propiciou terreno fértil para discussões sobre a aplicação ou não da falência a tais sociedades, mormente agora, quando a nova Lei de Falências dispõe que as sociedades de economia mista e as empresas públicas estarão fora do alcance do regime falimentar, no seu art. 2, II.

O artigo 2º, I, da Lei 11.101/05, que trouxe expressa menção às sociedades de economia mista e às empresas públicas, tratando-as em bloco único, apenas por serem estatais, declara não serem elas atingidas pelas regras falimentares. Isso despertou a atenção para uma possível (in) constitucionalidade, se interpretado sistematicamente com o artigo 173, §1º, inciso II, da CF.

Dessa forma, a possível inconstitucionalidade da norma falimentar passa necessariamente por uma análise da diferenciação da finalidade das sociedades de economia mista e das empresas públicas: se prestam serviço público, concedido pelo ente federativo titular do serviço, nos termos do art. 175, da CF,

ou se exercem atividade econômica, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, nos termos do art. 173 da Constituição Federal.

De acordo com essa diferenciação, apresentou-se a idéia de que 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, a teor do art. 173, da CF, no qual se insere a Lei de Falências.

Dessa forma, aceitar a diferença entre a exploração de atividade econômica e a prestação de serviço público permite que os fins buscados pela regra constitucional no art. 173 sejam atingidos, sem trazer a noção de inconstitucionalidade da lei falimentar.

Caso contrário, acredita-se que a novel norma falimentar estaria fadada a uma possível inconstitucionalidade, por proibir a falência das paraestatais, sem nenhuma ressalva.

O artigo 173, da CF/88, tem por finalidade evitar que as estatais logrem disputar o mercado em que atuam, com alguma vantagem sobre quaisquer outras empresas privadas. Entendemos tal privilégio de intolerável convivência com o espírito da Constituição Federal, quando esta exige que, ao desempenhar uma exploração de atividade econômica *stricto sensu*, o Estado deverá fazê-lo em regime de estrita concorrência leal com as empresas privadas.

Essas indagações fazem sentir a necessidade de que seja afinal regulado por lei o estatuto jurídico das sociedades de economia mista e das empresas públicas de que fala o art. 173, §1º, da CF, extremado-se, definitivamente, as diferenças de regime entre aquelas exclusivamente vocacionadas para a prestação de serviços públicos e as que exploram a atividade econômica *stricto sensu*.

É lamentável que o legislador, quando estabelece normas sobre empresas estatais, não leve em conta tal distinção, pois as paraestatais que prestam serviço público não praticam atividade econômica para fins constitucionais. Todavia, aquelas que exploram atividade econômica em regime de concorrência com o setor privado não podem imaginar-se inseridas em um regime jurídico diverso de qualquer outra empresa privada. Isso, por si, tornaria viável a falência das sociedades de economia mista e das empresas públicas que explorem atividade econômica, baseado no art. 173, §1º, II da CF.

Reforçando essa opinião, as ilações jurisprudenciais dos Tribunais Superiores vão ao encontro dessa diferenciação, inclinando-se no sentido de tratar diferentemente as estatais que exploram atividade econômica daquelas que prestam serviços públicos, aceitando, por exemplo, a penhora de seus bens e permitindo deduzir com segurança que a conclusão sobre a falência das empresas públicas e das sociedades de economia mista é possível, desde que explorem a atividade eminentemente econômica em concorrência com o setor privado.

Assim, a particularidade reside no fato de que o dispositivo da Lei de Falências não parece mesmo consentir com o artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, quando as paraestatais exploram atividade eminentemente econômica. Esse último mandamento equiparou sociedades de economia mista e empresas públicas de natureza empresarial às demais empresas privadas, acenando de forma expressa ao direito comercial, dentro do qual, por corolário óbvio, se encontra a Lei de Falências.

Incongruente seria admitir a falência para sociedades empresárias e não admiti-la para as sociedades de economia mista e as empresas públicas que exploram a atividade econômica.

Seria uma discriminação não avalizada pelo dispositivo constitucional (art. 173), pois ficaram as entidades paraestatais com evidente vantagem em relação às demais sociedades empresárias, apesar de ser idêntico o objeto de sua atividade.