

# **A FALÊNCIA E AS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E EMPRESAS PÚBLICAS**

Ana Cristina Álvares Bueno  
Bacharel em Direito - Universidade Federal de Minas Gerais  
Pós-graduada em Direito Empresarial, - IEC/PUCMINAS  
Pós-graduada em Direito Empresarial FGV.  
Mestranda em Direito Empresarial da Faculdade de Direito Milton Campos.  
E-mail: anacristinaabueno@yahoo.com.br

## **1. Introdução**

Este trabalho intenciona discutir a questão jurídica e factual de ser aplicável ou não o instituto da falência às Sociedades de Economia Mista e às Empresas Públicas.

As mais recentes alterações nos marcos regulatórios das atividades econômicas, desde o advento da Constituição de 1988 e as sucessivas edições de legislação infraconstitucional que regulamenta o instituto da falência, estabeleceram amplo campo de controvérsia jurídica.

Tal controvérsia reclama ação apropriada dos legisladores e a formação sólida de jurisprudência, para que os princípios de moralidade na Administração Pública e a garantia de segurança jurídica contratual possam prevalecer, delimitando a presença do Estado enquanto agente econômico na Sociedade e trazendo benefícios para as atividades empresarias, que mais prosperam quanto mais seguro e transparente for o ambiente jurídico em que suas relações contratuais se desenvolvem.

## **2. Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**

Como Entes jurídicos presentes no cenário econômico e atuantes no contexto social, as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista devem ser corretamente definidas, sendo sua natureza jurídica estabelecida conceitualmente e corretamente descrita no ordenamento jurídico nacional.

Primeiramente, antes de adentrarmos no tema propriamente dito, é importante lembrar os alguns conceitos, mormente o de Sociedade de Economia Mista, o de Empresa Pública e o de Falência.

Assim, o auxílio dos doutrinadores do Direito Administrativo se faz necessário, para que se tenha a clareza suficiente para sustentar a argumentação deste trabalho e provê-lo de um fio condutor seguro, baseado no que se tornou consenso maior no mundo jurídico brasileiro.

Além disso, a exposição do corpo normativo constitucional e infraconstitucional que tratam de tais entes será também auxílio poderoso, na construção do entendimento do que será apresentado

Em consonância com doutrinadores reconhecidos no campo do Direito Administrativo, tais entidades se constituem como sujeitos auxiliares do Estado, existindo apenas para que este, por seu intermédio, “conduza de modo satisfatório assuntos que dizem respeito à coletividade”. (BANDEIRA DE MELLO, 2002, p. 179-180).

O mesmo autor define Sociedade de Economia Mista nos seguintes termos: “Sociedade de Economia Mista Federal (Estadual) é a 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 natureza auxiliar da atuação governamental, constituída sob a forma de Sociedade Anônima, cujas Ações com Direito a voto pertençam em sua maioria à União ou entidade de sua Administração Indireta, sobre remanescente acionário de propriedade particular”. (BANDEIRA DE MELLO, 2002, *idem*),

A sociedade de economia mista, no direito brasileiro, pode ser prestadora de serviço público concedido pelo ente federativo titular do serviço; exercer atividade econômica, quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, nos termos do artigo 173 da Constituição Federal; e, ainda, executar, mediante contrato, atividade econômica monopolizada pela União, conforme o art. 177 da Constituição.

A seu turno, a Empresa Pública tem o capital exclusivamente pertencente a entes públicos, mas não precisa ser organizada sob a forma de Sociedade Anônima, desde que pode assumir quaisquer das formas em direito admitidas.

Deste modo, como dito alhures, é pessoa jurídica de direito privado composta por capital exclusivamente público, criada para a prestação de serviços públicos ou exploração de atividades econômicas sob qualquer modalidade empresarial.

VERÇOSA (2005, p. 98 – 103) assim as conceitua: “Toda Empresa Pública é organizada sob a forma de sociedade por ações, em relação a qual todo capital é forçosamente de titularidade do Governo.”

DI PIETRO (2000, p.393) define como traços comuns das duas entidades:

- 1) a criação e extinção por lei;
- 2) personalidade jurídica de direito privado;
- 3) sujeição ao controle estatal;
- 4) derrogação parcial do regime de direito privado por normas de direito público;
- 5) vinculação aos fins definidos na lei instituidora;
- 6) desempenho de atividade de natureza econômica;

E aponta como itens de diferenciação:

- 1) a forma de organização;
- 2) a composição do capital.

O Decreto-lei nº 200/67 determina que tanto a Empresa Pública como Sociedade de Economia Mista devem ser criadas por lei e esta lei deve ser específica, tal qual disciplina o art. 37, inciso XIX da Constituição Federal de 1988.

Impende ainda esclarecer que se tiver participação parcial ou total do Estado, mas não for autorizada por Lei específica, não poderá ser considerada nem Sociedade de Economia Mista, nem Empresa Pública, por derrogação parcial do direito comum.

Em suma são entidades criadas pelas pessoas políticas, mediante autorização legislativa, que assumem roupagem de direito privado.

Assim, seja com o capital integralmente público ou misto, são utilizadas com a finalidade de explorar atividade econômica ou de prestar serviço público, quer por delegação, quer por concessão, nos limites estabelecidos pelo artigo 173, da Constituição Federal.

O artigo 37, inciso XIX, dispõe:

Art. 37- A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

.XIX – somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública;

Não fosse o artigo supracitado suficiente a Constituição Federal repete o comando em seu artigo 173, §1º, de forma expressa, quanto às formas de criação das Sociedades de Economia Mista e das Empresas Públicas, *verbis*:

Artigo 173 – 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 definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias.

### 3. Da Controvérsia Jurídica

O decreto-lei 7661/45 já previa a impossibilidade da falência tanto das Sociedades de Economia Mista, como das Empresas Públicas.

A Nova Lei de Falências também excluiu, em seu artigo 2º, inciso I, a possibilidade das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista virem a ter sua falência decretada.

Todavia, durante a vigência do decreto-lei nº 7661/45 e antes da edição da Lei 11.101/2005, que é a Nova Lei de Falências, o artigo 242 da Lei 6404, Lei de Sociedades Anônimas, já havia sido revogado pela Lei 10.303, de 31 de Outubro de 2001.

O artigo 242 da Lei das Sociedades Anônimas assim dispunha:

Artigo 242: 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 partir da edição da Lei nº 11.101/2005 surgiu uma discussão acerca da constitucionalidade ou não do art. 2º, inciso I, da Nova Lei de Falências que declara

a impossibilidade de uma Empresa Pública ou de uma Sociedade de Economia Mista falirem.

Muitos doutrinadores entendem que a Nova Lei de Recuperação Judicial e Falências trouxe consigo um enorme retrocesso. Primeiramente é importante esclarecer ,no caso das Sociedades de Economia Mista e das Empresas Públicas, qual é a verdadeira função que elas ocupam, pois a Constituição Federal admite sua existência em duas hipóteses específicas:

- 1) Serem prestadoras de serviços públicos concedidos pelo ente federativo titular do serviço, ou delegadas deste serviço pelo ente público que tenha competência para tal;
- 2) Exercerem atividade econômica quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, dentre as quais obviamente estão as atividades econômicas monopolizadas pela União, elencadas no artigo 177 da Constituição Federal de 1988.

Antes mesmo do artigo 242 da Lei de S/A ser revogado, já se discutia o paradoxo inserto nele, pois como poderiam ser penhorados os bens das Sociedades de Economia Mista, mas ela não poderia vir a falir. E mais como poder-se-ia admitir que as Sociedades de Economia Mista exploradoras de atividade econômica, pudessem se beneficiar da impossibilidade de falir, enquanto empresas que exercessem o mesmo tipo de atividade poderiam ter a sua falência decretada.

Mormente, com a equiparação ao regime jurídico das empresas privadas feitas a tais empresas, inicialmente pela Emenda 12/78 da Carta Magna anterior, e pela Constituição de 1988 ( art. 173, §1,II ), com pequenas modificações no texto.

Deste modo é indubitável que a exclusão das Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas do regime falimentar, prevista, de forma indireta, no artigo 242 da Lei das S/A, passou a ter sua constitucionalidade questionada, em específico no que se referia às “estatais” que explorassem atividade econômica.

MEIRELLES (2001, p. 343), no que permeava as empresas formadas com capital inteiramente público ou a maioria dele, já asseverava:

“Quanto à penhorabilidade dos bens das estatais exploradoras de atividade econômica, prevista no artigo revogado da Lei das Sociedades Anônimas, seguindo interpretação adequada ao texto constitucional, pensamos que esta se mantém possível. Assim, os bens públicos recebidos pelas empresas estatais para a formação de seu patrimônio e os adquiridos no desempenho de suas atividades passam a constituir outra característica de bens públicos, sob administração particular da empresa a qual foram incorporados, para consecução de seus fins estatutários.”

Do que se extrai, de forma clara, que o pranteado autor entende que tais bens estão, portanto, livres para serem penhorados, alienados etc., sem autorização legislativa, para pagamento de qualquer dívida que a empresa possua, pois segundo o próprio MEIRELLES, se assim não fosse, o princípio da igualdade sofreria enormes abalos, nesta hipótese específica, o que permite-se transcrever:

“...sem essa igualdade obrigacional e executiva das estatais com as empresas privadas, os contratos e títulos daquelas não teriam aceitação e liquidez na área empresarial, fato que as colocaria em situação de desvantagem perante as empresas particulares.” MEIRELLES (2001, *op. cit*)

O escopo da norma constitucional “visa assegurar a livre concorrência, de modo que as entidades públicas que exerçam ou venham a exercer atividade econômica não se beneficiem de tratamento privilegiado em relação a entidades privadas que se dediquem a atividade econômica na mesma área ou em área semelhante.” (cf. Pleno do STF, RE 172816 RTJ 153/337 e RDA 195/197). Por isto, o dispositivo constitucional é aplicável às entidades públicas que exerçam atividade econômica em regime de concorrência.

Por mais de uma vez, o atual Ministro do STF do Eros Grau expôs sua posição pela aplicação da lei falimentar às empresas públicas e sociedade de economia mista apenas que exercem atividade econômica e não quando prestam serviço público. (cf “Execução contra estatais prestadoras de serviço público, RDP 79/103; “Lucratividade e função social nas empresas sob o controle do Estado”, RDM 55/54-55; A ordem econômica na constituição de 1988; interpretação e crítica, 2ª ed., São Paulo, RT, 1991, p.142).

E, mesmo antes de se tornar Ministro do Supremo Tribunal Federal, não era divergente a posição do ilustre Jurista no que pertine ao tema em estudo:

“...o Estado não pratica intervenção quando presta serviço público ou regula a prestação de serviço público. Atua, no caso, em área de sua própria titularidade, na esfera pública. Por isso mesmo dir-se-á que o vocábulo intervenção é, no contexto, mais correto do que a expressão atuação estatal: intervenção expressa atuação estatal em área de titularidade do setor privado; atuação estatal, simplesmente, expressa significado mais amplo. Pois é certo que essa expressão, quando não qualificada conota inclusive atuação na esfera do público.” (GRAU, , 2000, p. 124-134)

E arremata, *verbis*:

“A prestação de serviço público está voltada a satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podemos afirmar que o serviço público é um tipo de atividade econômica....Ao afirmar que serviço público é uma espécie de atividade econômica, a ela atribui a significação de gênero na qual se inclui a espécie, serviço público. Ao afirmar que serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica está para o setor privado, a ela atribui a significação de espécie....Por certo, no art. 173 e seu **parágrafo** 1º, a expressão conota atividade econômica em sentido estrito...Trata-se, aqui, de atuação do Estado – isto é, da União, do Estado Membro e do Município – como agente econômico em área de titularidade do setor privado.” GRAU, , 2000, *op.cit.*)

É claro que outras questões de relevância no mundo jurídico permeiam tal discussão. Não é crível admitir-se a possibilidade de uma Empresa Pública ou de uma Sociedade de Economia Mista irem à falência sem questionar o princípio da

infallibilidade do Estado e da Soberania Estatal, uma vez que a primeira tem capital inteiramente do Estado e a segunda é controlada por ele.

Ora, como evidente, não é fácil, nem crível, em um Estado Democrático de Direito a aceitação de que a administração indireta e, por vias transversas, o próprio Estado, pudesse ter a sua falência decretada.

Tal celeuma acaba por remeter e a questionar Princípios Constitucionais expressamente citados na Constituição, como a Moralidade Administrativa, insertos de forma expressa no artigo 5º, inciso LXXIII da Carta Magna que, estatui:

Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à **moralidade administrativa**, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus de sucumbência;

Como óbvio, se um ente com controle Estatal deixar de adimplir compromissos assumidos fere, sem qualquer dúvida, o princípio da Moralidade Administrativa, como coroado pela Constituição. Assim, a falta de pagamento ou descumprimento de obrigação assumida não se coaduna com os princípios estatuídos na Constituição.

Assim, os defensores da aplicabilidade absoluta dos Princípios Constitucionais podem, até mesmo, aventar a possibilidade da inutilidade da discussão, desde que um ente da Administração Pública, em decorrência do princípio da moralidade, nunca restaria inadimplente.

Na prática, todavia, sabemos que isto não ocorre e que, além disto, a obediência cega a tal princípio poderia coroar a ineficiência, ou até fato pior, em nítido prejuízo do erário e, conseqüentemente, da própria coletividade.

Há ainda o exposto na Lei nº 8.429/92, artigos 10 e 11, que tratam dos atos de improbidade administrativa, e que sem dúvida, reforçam ainda mais, o Princípio da Moralidade estatuído da Constituição Federal de 1988, dentre os quais está previsto a falta de cumprimento da obrigação contraída e a responsabilidade subsidiária do Ente Controlador da Empresa Pública ou da Sociedade de Economia Mista.

Não restam dúvidas de que, se os Princípios Constitucionais e a legislação infraconstitucional, que os regulamenta, fossem totalmente obedecidos, tal discussão posta não seria sequer necessária; contudo sabe-se que na prática não é o que ocorre, como alinhavado supra.

Por tudo que foi citado, juntamente com o princípio da igualdade, fez-se necessária a revogação do artigo 242 da Lei 6404/1976, que ocorreu com a edição e promulgação da Lei nº 10.303 de 31 de Outubro de 2001, o que ocorreu bem antes da edição da Nova Lei de Falências e de Recuperação Judicial.

Ora, como já aduzido não seria justo que uma Sociedade de Economia Mista ou uma Empresa Pública que explorasse atividade eminentemente econômica pudesse se beneficiar do fato de, por ser controlada pelo Estado e não pudesse ter seus bens penhorados, quando do inadimplemento de obrigação contraída.

Assim, admitir que o Estado desempenhe atividade econômica sem reconhecer a possibilidade de falência, além de coroar e incentivar a incompetência, importa em diferenciação injustificável, capaz de comprometer a livre concorrência e impor restrições à liberdade de iniciativa.

Por outro lado, aceitar que o Estado como criador de tais “empresas” responda subsidiariamente por seus débitos não deve ser mais aceitável, pois mais uma vez, mesmo que indiretamente, os cidadãos estariam pagando pela má utilização do dinheiro público que não é, senão, o dinheiro de todos os brasileiros.

Em relação ao tema BANDEIRA DE MELLO é contundente:

“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 porque, quando a Constituição atribui-lhes regime correspondente ao das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais....etc (§1º, II, do artigo 173 da CF), pretendeu evitar que tais sujeitos desfrutassem de uma situação jurídica suscetível de colocá-las em vantagem em relação às empresas privadas em geral.” (Bandeira de Mello, 2002, pp. 179-180)

Por outro lado, em relação às empresas públicas ou sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, o entendimento majoritário era diametralmente oposto, pois sendo as empresas estatais prestadoras de serviços públicos instrumentos do Estado para a consecução de um objetivo maior, que é o interesse público, não há que se falar em aplicabilidade de normas de direito privado, em processo falimentar ou em qualquer fato ou ato jurídico que impeça a continuidade da prestação dos serviços aludidos.

Alguns doutrinadores ainda poderiam discordar sob a possibilidade de falência na hipótese de tais entidades serem prestadoras de serviços públicos, mas a doutrina, de majoritariamente, estava sintonizada ao admitir que aquelas que exercessem atividades econômicas pudessem falir. O que foi corroborado pelo Superior Tribunal de Justiça, na medida em que admitiu a penhora dos bens de Sociedade de Economia Mista ou Empresa Pública que exercessem atividade econômica:

“Processo Civil. Execução de Título Extrajudicial; Penhora em Bens de Sociedade de Economia Mista que presta Serviço. A sociedade de economia mista tem personalidade jurídica de direito Privado e está sujeita, quanto à cobrança de seus débitos, ao regime comum das sociedades em geral, nada importando o fato de que preste serviço público; só não lhe podem ser penhorados bens que estejam diretamente comprometidos com a prestação do serviço público; só podem ser penhorados bens que estejam diretamente comprometidos com a prestação de serviço público. Recurso especial conhecido e provido.” (RESP 176078/SP, Segunda da Turma do STJ, Relator Min. Ari Pargendler. DJ de 08/03/1999, página 00200).

Muito embora no referido julgado não tenha sido apreciada especificamente a possibilidade de falência das Sociedades de Economia Mista, não é demais supor

que, após a revogação do artigo 242 da Lei de Sociedades Anônimas, a Segunda Turma tenderá a aceitar a falência das Sociedades de Economia Mista, haja vista o entendimento inserto no RESP citado de que “este tipo de sociedade tem personalidade jurídica de direito privado e está sujeita, quanto à cobrança de seus créditos, ao regime comum das sociedades em geral, nada importando o fato de que preste serviço público”, apenas resguardada a impenhorabilidade dos bens que estejam diretamente comprometidos com a prestação do serviço público.

Na mesma esteira de raciocínio, argumenta DI PIETRO, mesmo considerando a possibilidade de penhora em tais sociedades e, por vias transversas, a falência:

“Ora, dentre as entidades da Administração Indireta, grande parte presta serviços públicos; desse modo, a mesma razão que levou o legislador a imprimir regime jurídico publicístico aos bens de uso especial, pertencentes à União, Estados e Municípios tornando-os inalienáveis, imprescritíveis, insusceptíveis de usucapião e de direitos reais, justifica a adoção de idêntico regime de bens de entidades da Administração Indireta afetados à realização de serviços públicos.

É precisamente essa afetação que fundamenta a indisponibilidade desses bens, com todos os demais corolários.

Com relação às autarquias e fundações públicas, essa conclusão tem sido aceita pacificamente. Mas ela também é aplicável às entidades de direito privado, com relação aos seus bens afetados à prestação de serviços públicos.

É sabido que a Administração Pública está sujeita a uma série de princípios, dentre os quais o da continuidade dos serviços públicos. Se fosse possível às entidades da Administração Indireta, mesmo empresas públicas, sociedades de economia mista e concessionárias de serviço público, alienar livremente esses bens, ou se os mesmos pudessem ser penhorados, hipotecados, adquiridos por usucapião, haveria uma interrupção do serviço público. E o serviço é considerado público porque atende às necessidades essenciais da coletividade. Daí a impossibilidade da sua paralisação e daí a sua submissão a regime jurídico publicístico.

Por isso mesmo, o art. 242 da Lei de Sociedades Anônimas que permite a penhora de bens das sociedades de economia mista, não pode ser aplicado no caso de entidade que preste serviço público.” (DI PIETRO, 1999 p 345.)

No mesmo diapasão discorre CRETELLA JÚNIOR:

“Quanto à penhora dos bens da sociedade de economia mista, a resposta também é consequência direta da própria natureza da sociedade que, sendo organismo privado e, disciplinado, pois, pelas normas de direito comum, pode ter seus bens constitutivos sujeitos a penhora, como os de qualquer sociedade de direito privado.

O problema da falência é de grande importância, no estudo destas sociedades, sustentando alguns autores, como Bielsa, a impossibilidade da quebra, porque ao Estado. Em sentido contrário, pensam outros autores que distinguem entre várias espécies de Sociedades de Economia Mista. Regra geral, como qualquer outra sociedade, a Sociedade de Economia Mista está sujeita ao regime falimentar, mas, entrando em jogo interesses públicos, como no caso das concessionárias de serviço público, a continuidade do serviço deve ser assegurada.” (CRETELLA JÚNIOR, 1995, p. 55)

## CONCLUSÃO

Assim sendo, resta evidente que a Lei nº 11.101/2005, no que pertine ao seu artigo 2º, §1º, nem sequer considerou o fato de que a doutrina e a jurisprudência já se mostravam em consonância em relação a possibilidade das Sociedades de Economia Mista e as Empresas Públicas que explorassem atividade meramente econômica irem a falência, apesar de se destacar que apesar de, antes da edição da Lei, esta era a corrente majoritária, mas contudo, não unânime. Isto porque, ainda existiam autores que defendiam que, tão somente por sua formação, tanto as Empresas Públicas, como as Sociedades de Economia Mista não poderiam falir.

Apesar de tudo, pairava um certo consenso em torno da questão e a nova Lei de Recuperação Judicial e Falências veio confundir o que já estava se clareando e que tanto havia sido debatido; pois no seu art. 2º, expressamente declarou a impossibilidade das Empresas Públicas e das Sociedades de Economia Mista falirem.

Ora, a Nova Lei pareceu ignorar o que a posição majoritária dos doutrinadores e a forma em que vinha se consolidando a jurisprudência, salvo poucas vezes que já nem mais conseguiam fazer barulho; isto é óbvio, no particular das Estatais exploradoras de atividades econômicas.

Por estes motivos, considera-se que a lei mencionada é inconstitucional, pois deveria permitir que, pelo menos as Sociedades de Economia Mista ou Empresas Públicas que, explorassem atividade meramente econômica pudessem ter a sua falência decretada.

Todavia, isto não ocorrerá sem que a doutrina novamente se levante e surja novo debate. A discussão nos Tribunais também será reavivada, desde que como ressabido a constitucionalidade ou não de um artigo só pode ser declarada no Brasil pelo Judiciário seja isto requerido em sede de controle difuso ou de controle concentrado.

Assim sendo, enquanto não há posicionamento do Egrégio Supremo Tribunal Federal, cabem aos credores das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista exploradoras de atividade econômica, requererem a penhora ou, em casos inevitáveis, a falência, confiando que os juízes *in casu*, possam considerar a inconstitucionalidade do referido artigo, diante de tudo que já havia sido decidido sobre o tema.

Em relação a este artigo outro problema se impõe. Ora, uma vez que tais Estatais exploradoras de atividade econômica devem ter tratamento equivalente às entidades privadas que se dediquem a atividade econômica na mesma área ou em área semelhante, desde que não podem falir, também não poderiam ser beneficiadas pelo instituto da recuperação judicial ou extra-judicial. Tal fato gera, com certeza, disparidade no tratamento de ambas, além de contrariar os princípios ensejadores da reformulação da Lei de Falência, que são os da Preservação da Pessoa Jurídica.

Ainda, estariam aptos, em situação de absoluta insolvabilidade, a requererem a autofalência?

Assim questões como garantir a sobrevivência da empresa em razão da função social que exerce e conseqüentemente de empregos que foram os princípios motivadores da nova lei, não poderão ser aplicados as Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista exploradoras de atividade econômicas e, portanto, sujeitas as mesmas regras das empresas privadas correlatas?

Diante de tudo isto e de tanta divergência sobre o tema e da novidade deste, resta esperar qual será o direcionamento da doutrina e da jurisprudência para solucionar as indagações feitas que atrás destas, trazem inúmeras outras.

Outro problema, que importa relevar hodiernamente, com o elevado número de privatizações, é definir de forma precisa o que é ou não serviço público, ou de interesse de segurança nacional. É claro que aqueles que constam expressamente do texto da Constituição não deixam quaisquer dúvidas, mas e aqueles que não estão previstos?

Sabe-se que a noção de interesse público é fluida e está sujeita a variações, de modo que aquilo que se apresenta como de relevante interesse público hoje não manterá essa relevância no futuro. Nesse caso, se permanecesse a impossibilidade de decretação de falência da estatal em nome de interesse público que existia no passado e que justificou a sua criação, o Estado se beneficiaria de uma condição não mais atendida, impedindo-se a falência daquela pessoa jurídica por ela capitaneada apesar da mesma não atender mais a qualquer necessidade coletiva.

Isto tudo porque os interesses prementes dos seres humanos passam por mutações constantes, assim, o que antes não era necessidade básica pode passar a sê-lo e vice-versa.

Além disso, o tamanho que o Estado se propõe a ocupar pode aumentar ou diminuir os serviços públicos essenciais, em decorrência do viés ideológico do Governo vigente, em momento determinado.

Então, o Estado neoliberal sempre ofertará um conjunto menor de serviços públicos a seu ônus, enquanto o Estado intervencionista sempre ofertará mais desses serviços.

Ora, isto tudo tem relevância a partir do momento que as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista, que estiverem excluídas do rol das prestadoras de serviço público, serão necessariamente exploradoras de atividade econômica.

Por tudo o que foi dito, resta patente a complexidade do tema em estudo e da necessidade da definição de parâmetros mais claros e seguros, pois como já repetido, à saciedade, esta questão não apresenta fácil solução, mas é de suma importância para que restem intactos os princípios constitucionais da igualdade, da real supremacia do interesse público sobre o privado, da segurança jurídica, entre outros.

Por tudo isto é importante indagar a respeito da constitucionalidade ou não do artigo 2º, §1º da Nova Lei de Recuperação Judicial e Falência; desde que traz inúmeras

conseqüências diretas e indiretas no mundo jurídico, para o Estado e para a sociedade como um todo.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 179-180.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falência e de Recuperação de Empresas*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. “*Curso de Direito Administrativo*” . Rio de Janeiro, Ed. Forense, 14ª. ed. 1995.

DUCLERC VERÇOSA, Haroldo Malheiros. *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de empresas*. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 98 - 103.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 124-134.

GUSMÃO, Mônica. *Direito Empresarial*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Impetus, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 343.

SALOME, Alexandre Gonçalves de Sousa. A recuperação e a falência de empresas consoante normas da Lei nº 11.101/2005. Visão sistemática. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, 658, 26 abr. 2005. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2163/Falencia-das-empresas-publicas>>. Acesso em: 13 abr. 2009.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Aspectos do planejamento econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

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> > Acesso em: 18 abr. 2009.