

---

## Exclusão das estatais da nova lei é inconstitucional

A recém promulgada e festejada lei de recuperação judicial e de falência (Lei 11.101, de 9.2.2005) traz flagrante inconstitucionalidade, em seu art. 2º, inc. I, ao excluir de sua aplicação a empresa pública e a sociedade de economia mista.

A Carta Magna é bem clara ao prever que a empresa pública e a sociedade de economia mista ficarão sujeitas “*ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários*” (CF, art. 173, § 1º, II).

Como a legislação de recuperação de empresas dispõe sobre direitos e obrigações comerciais, tanto a empresa pública quanto a sociedade de economia mista devem estar sujeitas a ela, segundo o mandamento constitucional, por ficarem sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

O mais grave é que o assunto não constitui novidade, principalmente no caso das sociedades de economia mista.

A redação original da lei das sociedades por ações (Lei 6.404/76, art. 242) excluía as sociedades de economia mista da aplicação das disposições da lei falimentar, com a seguinte justificativa, presente na Exposição de Motivos: “*A razão do preceito — similar ao de outras legislações estrangeiras — é óbvia: o interesse público, que justifica a instituição, por lei, de uma companhia de economia mista, não permite admitir que sua administração possa ser transferida para credores, através do síndico, como ocorre na falência*”.

Com a equiparação ao regime jurídico das empresas privadas, feita inicialmente pela Emenda 12/78 à Carta Magna anterior, e pela Constituição de 1988 (art. 173, § 1º, II), embora com pequenas modificações no texto, a exclusão do regime falimentar prevista no art. 242 da lei do anonimato passou a ter sua constitucionalidade questionada.

O escopo da norma constitucional “visa a 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 172.816, RTJ 153/337 e RDA 195/197). Por isto, o dispositivo constitucional é aplicável às entidades públicas que exercem atividade econômica em regime de concorrência (idem, ibidem).

Por mais de uma vez, o atual Ministro do STF Eros Grau expôs sua posição pela aplicação da lei falimentar às empresas públicas e sociedades 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 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). No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995, p. 97) e Diógenes Gasparini (*Direito Administrativo*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 379).

Na doutrina comercialista, entre outros, entendendo pela inconstitucionalidade do art. 242 da lei das sociedades por ações, Newton de Lucca (*Regime jurídico da empresa estatal no Brasil*, São Paulo, tese, 1986, pp. 140-167, em especial pp. 166-167) e José Edwaldo Tavares Borba (*Sociedade de economia mista e privatização*, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 1997, p. 23).

Newton de Lucca entende pela aplicação da falência inclusive nos casos de empresas prestadoras de serviço, lembrando que em relação a elas, “com a decretação da falência ocorreria a chamada ‘reversão de bens’, cabendo ao Estado, por havê-los incorporado, garantir os credores até o valor dos bens revertidos” (idem, p. 166), para concluir que “Em qualquer das hipóteses ... não se justifica a inaplicação do instituto da falência às sociedades de economia mista. Como se não bastassem as razões apresentadas e o conflito com o preceito constitucional assinalado, também as soluções no direito comparado parecem caminhar no mesmo sentido” (idem, p. 167).

Em razão destes e de outros questionamentos quanto à sua constitucionalidade, o artigo 242 foi revogado pela Lei 10.303/2001, conforme exposto na justificativa do PL 3.115/97, da qual se originou a referida lei.

Assim, o legislador parece bastante contraditório: primeiro revoga a isenção das sociedades de economia mista do procedimento falimentar por dúvidas quanto à sua constitucionalidade para, pouco mais de três anos depois, reincluí-la na legislação.

Ressalte-se ainda que a sujeição das empresas públicas e sociedades de economia mista à lei falimentar não é de todo mal. Pelo contrário. Com visão moderna, levando expressamente em consideração a função social da empresa (Lei 11.101/05, art. 47), traz a possibilidade de recuperação judicial ou extrajudicial, o que pode, em muito, auxiliar empresas públicas e sociedades de economia mista em dificuldades.

Até porque tais empresas não podem ser pretexto para desperdício de recursos públicos. Ainda mais quando, além das regras normais de conduta e responsabilidade dos administradores, foi introduzida a eficiência como princípio da administração pública pela Emenda à Constituição 19/98, que deu nova redação ao artigo 37 da Carta Magna.

Reconhecemos a função social da sociedade de economia mista, cujo escopo, por lei, não é meramente lucrativo, devendo-se atender ao interesse público que justificou sua criação (Lei 6.404/76, art. 238). Mas o texto constitucional é claro ao aplicar a isonomia ao regime das empresas privadas, pelo que se

conclui que o citado artigo da nova lei falimentar viola a Lei Maior. Mesmo quem, em tese, não concorda com a sujeição das sociedades de economia mista à lei falimentar, deve reconhecer a inconstitucionalidade em razão do preceito da Carta Magna.

Em suma, a nova lei trouxe de volta uma velha inconstitucionalidade...

**Date Created**

14/02/2005