

A lei de recuperação de empresas e sua incidência sobre as estatais: questão controvertida

Entrando em vigência a 09 de Junho de 2005, a nova Lei de Recuperação e Falências - Lei nº 11.101/2005 - trouxe consigo a modificação de um *status quo* que se achava consolidado em nosso ordenamento pátrio, pela aplicação do diploma jurídico antes afeto à matéria falimentar, a saber, o Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Cediço era a premente necessidade que recaía sobre tal *lex*, a qual clamava por profundas reformas e aprimoramentos.

De fato, a sociedade brasileira, como é de se esperar, não permaneceu inerte ao longo dos anos, ao contrário, empreendeu marcha juntamente com a evolução tecnológica, científica e cultural, alcançando hoje patamares acima dos existentes há 60 anos atrás. De arrasto, trouxe consigo inúmeros novos paradigmas a serem elucidados pela ciência jurídica, uma vez que as relações sociais, sejam de cunho individual ou coletivo, se tornaram muito mais dinâmicas e com surgimento de novas formas de condutas, instando por regulamentação no campo legal.

É nesse prisma que a elaboração de nova legislação falimentar era tão esperada por toda a comunidade jurídica, a qual, enfim, foi editada. No entanto, ao analisar o texto legal enfim promulgado, restou ao operador do direito um sentimento um tanto quanto frustrado, face a alguns pontos em que o legislador não se pautou pela mais apurada técnica legislativa, deixando patente pontos de incongruência jurídica.

Um dos pontos da nova lei em que a doutrina jurídica já vem realizando profundo questionamento acerca de sua validade, acha-se esculpido no artigo 2º, em seu inciso I, onde se lê: "Art. 2º. Esta Lei não se aplica a: I – empresa pública e sociedade de economia mista."

Como se vislumbra do citado artigo, o legislador adotou um critério negativo direto, a partir de juízo de valor não explicitado, ao afastar a incidência do novel diploma jurídico-falimentar às empresas públicas e sociedades de economia mista. Talvez o fez com fulcro no "*interesse público e na existência de leis especiais voltadas para situações especiais*"¹, todavia, não se ateu ao preceito constitucional que vige e que portanto deve ser observado pelo legislador infra-constitucional de maneira imperiosa.

Contrario sensu, quis o legislador afastar categoricamente a incidência da legislação falimentar sobre as empresas públicas e sociedades de economia mista, iniciando-se assim a polêmica sobre a verdadeira natureza jurídica de tais entes empresariais e por quais motivos deveriam ser tratadas diferentemente.

De certo, com fundamento no princípio basilar da supremacia do interesse público sobre o particular, quis o legislador reservar à legislação especial a recuperação e a falência de tais empresas, observado assim, princípios oriundos do Direito Administrativo.

A *Lex Major* é muito clara ao preceituar 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 tributárias"(CF/88, art. 173, §1º, II).

Isso posto, é de se inferir que à guisa da previsão constitucional, há extensão às empresas públicas e sociedades de economia mista do regime jurídico próprio das empresas privadas. Conseqüência disso é a obrigatória inclusão das citadas empresas no regime jurídico-falimentar, pois a legislação de recuperação de empresas dispõe sobre direitos e obrigações comerciais.

De fato, o escopo do preceito constitucional, como já elucidou em várias vezes o Supremo Tribunal Federal, "*visa assegurar a livre concorrência, de modo que as entidades públicas que exerçam ou venham 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.*"²

Ora, não permitir que uma empresa pública ou sociedade de economia mista se submeta às regras do direito falimentar, significa tratamento diferenciado em relação às demais empresas da iniciativa privada, uma vez que aos credores das referidas empresas serão dados tratamentos díspares incompatíveis com os princípios constitucionais. Assim, caso uma empresa pública ou sociedade de economia mista experimente a insolvência, aos credores desta é lícito requerer a falência, sendo que tais créditos, da mesma forma, seriam pagos com a venda de seus ativos e a complementação do saldo restante a cargo do Estado, subsidiariamente responsável.

Muito se tem debatido ainda acerca da incidência da Nova Lei de Falências somente às empresas públicas ou sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, excluídas, portanto, as prestadoras de serviços públicos.

O atual Ministro do STF Eros Grau, já expôs seu entendimento à aplicação da lei falimentar somente às empresas públicas e sociedades de economia mista exercentes de atividade econômica, ficando afastada a incidência às prestadoras de serviços públicos.³

Todavia, segundo a doutrina dominante, as prestadoras de serviços públicos organizadas sob as formas de empresa pública ou sociedade de economia mista, também sofrerão a incidência da lei falimentar, devendo observar que nestes casos o Poder Público responderá por todas as obrigações subsidiárias. Entende-se, porém, que os bens de tais entidades que estiverem afetados, são inalienáveis.⁴

Nesta seara, eis ainda que emerge outra questão, assaz intrigante, no que tange à concessão da Recuperação Judicial ou Extrajudicial à empresa pública ou sociedade de economia mista. Perfunctoriamente se depreenderia que é possível tal

concessão uma vez que, sendo passível tais entidades da incidência das regras atinentes à falência propriamente dita, previstas na Nova Lei de Falências, por força do dispositivo constitucional (art. 173, §1º, II da CF/88), também se lhes estenderiam os benefícios da Recuperação Judicial ou Extrajudicial previstas no mesmo diploma jurídico.

Acontece que, em entendimento abalizado também em princípio de matriz constitucional, se discute a eficácia dos dispositivos legais atinentes à Recuperação Judicial e Extrajudicial previstos na Lei 11.101/05, quando relacionados às empresas públicas e sociedades de economia mista.

Levando-se em conta o princípio da moralidade administrativa, previsto no artigo 5º, LXXIII da CF/88, o Estado estaria impedido de deixar insolventes os instrumentos dos quais se vale para o desempenho de seu papel. Caso isso ocorra, nada impediria do credor pleitear a falência da aludida entidade, contudo fica o Estado impedido de requerer os benefícios da Recuperação Judicial ou Extrajudicial, pois não se conciliaria a concessão de tal favor legal em face do princípio supra aludido.

Assim sendo, o que deve prevalecer? A sujeição ao artigo 173, §1º, II da CF/88 ou ao princípio constitucional da moralidade administrativa (artigo 5º, LXXIII)? O que de fato, na prática, resulta em benefícios para a sociedade e para o mercado econômico?

De longe, é de se concluir que a melhor resposta será aquela que atente para a função social da empresa, em todas as suas nuances e perspectivas, também vislumbradas pela Carta Magna. Caberá ao Judiciário elucidar a questão.

Ante o que por ora fora exposto de maneira lépida, é de se inferir alguns abalizamentos: a) o artigo 2º, I da Lei 11.101/05 é inconstitucional face o artigo 173, §1º, II da Constituição Federal; b) as empresas públicas e as sociedades de economia mista estão sujeitas à falência diante de qualquer situação prevista no artigo 94 da Lei 11.101/05, especialmente a falta de pagamento aos seus credores; c) a jurisprudência deverá posicionar-se acerca da concessão ou não dos benefícios da Recuperação Judicial ou Extrajudicial, caso em que observará a aplicação irrestrita do artigo 173, §1º, II da Carta Magna ou, de modo diverso, observará o princípio constitucional da moralidade administrativa.

As inovações trazidas pela legislação atual, sem sombra de dúvida deixam transparecer a real intenção do legislador, a saber, garantir a sobrevivência da empresa com vistas a sua importância social na geração de empregos e renda. É o que se depreende ao lançarmos mão de uma análise dos novos institutos ali presentes. Todavia, algumas incongruências devem ser corrigidas, principalmente aquelas que atentem contra a Carta Constitucional, cuja observância deve ser incontestavelmente protegida. O tratamento dado ao tema pelo legislador, como se pode perceber não se resume à simplicidade do dispositivo legal (art. 2º, I da Lei 11.101/05). Fica a única certeza de que o novel diploma trará ainda muitas indagações ao operador do direito.

NOTAS:

(1) VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de Recuperação de Empresas e ao da Falência. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 64.

(2) Cf. Pleno do STF, RE 172.816, RTJ 153/337 e RDA 195/197.

(3) GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 142.

(4) BACELLAR FILHO, Romeu. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 29.

BIBLIOGRAFIA:

BACELLAR FILHO, Romeu. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

RIBEIRO, Renato Ventura. Falência pública. Exclusão das estatais da nova lei é inconstitucional. *Consultor Jurídico*, São Paulo, fev. 2005. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/32886,1>>. Acesso em: 18 dez. 2005.

Acadêmico do 9º período do curso de direito das Faculdades Integradas de Ourinhos/SP
Inserido em 4/1/2006
Parte integrante da Edição nº 159

SILVA, Ronny Carvalho da. *A lei de recuperação de empresas e sua incidência sobre as estatais: questão controvertida*. Disponível em:

< <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1001> >

Acesso em: 05.jun.2006.