



DECIDIR
Pesquisa Temática

● Edição nº 2

Recuperação judicial
de empresas estatais

Organizador:
Des. Armando Freire

Publicação:
18/12/2020

DECIDIR – Pesquisa Temática (Doutrina, Legislação e Jurisprudência)

Recuperação judicial de empresas estatais

Organizador: Desembargador Armando Freire

Apoio: Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas (GEJUR)

Edição nº 2 | Dezembro, 2020

SUMÁRIO

Apresentação	3
Considerações iniciais.....	3
Um viés estritamente literal da norma: a completa impossibilidade de empresas estatais usufruírem da LREF	4
Uma interpretação lógica: teriam as empresas estatais direito apenas à falência?	7
Uma visão teleológica da norma: é possível conceder recuperação e falência apenas às empresas estatais que exerçam atividade econômica em sentido estrito?.....	7
Sob o ponto de vista da livre-concorrência: devem-se excluir apenas aquelas empresas estatais que atuam em regime de monopólio?	10
Perspectivas	11
Conclusão	12
Legislação	15
Jurisprudência.....	16
Supremo Tribunal Federal – STF	16
Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG	16
Doutrina.....	17
Capítulo de livro.....	17
Tese e dissertação acadêmica	18

Apresentação

Considerações iniciais

A recuperação e falência de empresas são reguladas pela Lei nº 11.101/2005 (LREF), fruto de um pensamento progressista e do objetivo legislativo de superar o paradigma pendular "liquidatório-solutório", que outrora regia o instituto da concordata, no revogado Decreto-Lei nº 7.661/1945.¹

Tal pensamento foi construído sobre um revés de 60 anos proporcionado pela concordata, que não levava em consideração a situação da empresa em crise e sua função social – aspectos imprescindíveis para a consecução da reestruturação da empresa, ao manter o giro da roda econômica.²

Hoje, o art. 47 da LREF prevê que "A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica".

Pelo visto, não se concebe mais impor um modelo recuperatório voltado ao pagamento dos credores, preocupado em alijar do mercado o devedor inadimplente. Atualmente, a compreensão macroeconômica do direito nos induz a um caminho mais inteligível e colaborativo, de forma que o pagamento aos credores signifique a recuperação da empresa, construindo o círculo que faça cumprir sua função social de maneira extremamente satisfatória.³

O art. 2º da LREF trouxe algumas restrições quanto a seus possíveis destinatários/beneficiários, dentre os quais, vale destacar, se encontram a empresa pública e a sociedade de economia mista, que se submetem a regimes normativos mistos, por se enquadrarem na exploração econômica pelo Estado - previsão essa contida no art. 173 da CF.

Esse óbice legal tem levantado discussões as mais diversas, principalmente no seio da doutrina administrativista, dando ensejo à formação de três correntes argumentativas que entendem em sentido contrário às disposições da LREF. O próprio conceito de empresário adotado pelo sistema tem fugido das graças dos julgadores, em um movimento jurisprudencial que tem admitido, inclusive, a recuperação judicial de associações sem fins lucrativos.⁴

Volvendo o olhar para a possibilidade de recuperação das empresas estatais, o Supremo Tribunal Federal, em agosto do presente ano, acolheu o Recurso Extraordinário nº 1.249.945/MG, no qual se discute sobre o direito das empresas estatais de usufruírem dos privilégios contidos na LREF, sobretudo a recuperação judicial. Sob a

¹ Segundo o pensamento de Paulo Toledo (1987, p. 02), Sheila Cerezetti (2012, p. 203) e Rodrigo Tellechea (*et al*, 2018, p. 192).

² *Ibidem*.

³ É a preleção de Rodrigo Tellechea, João Pedro Scalzilli e Luis Felipe Spinelli (2018, p. 192 e ss.).

⁴ Exemplo ilustre é o recente caso do deferimento da recuperação judicial da associação mantenedora da Universidade Cândido Mendes, pelo TJRJ.

relatoria do Min. Luís Roberto Barroso, o Plenário da Suprema Corte reconheceu a repercussão geral da matéria com fundamento, notadamente, na igualdade constitucional existente entre as empresas estatais e privadas, consubstanciada no art. 173, §1º, II, da Carta Magna.

Na perspectiva da Corte, a irresignação, em princípio, abre espaço para o questionamento: se a CF estabelece que as empresas estatais estarão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias, seria o art. 2º, I, da LREF constitucional?

Um viés estritamente literal da norma: a completa impossibilidade de empresas estatais usufruírem da LREF

Quando do julgamento da Apelação Cível nº 1.0000.17.062184-1/001 – que deu ensejo à interposição do RE nº 1.249.945/MG, admitido sob a sistemática de repercussão geral – compartilhamos da impossibilidade de concessão da recuperação judicial, num primeiro plano, a uma empresa pública municipal, mais precisamente, a ESURB – Empresa Municipal de Serviços, Obras e Urbanização, do Município de Montes Claros, em acórdão de nossa relatoria, que restou assim ementado:

Direito constitucional e empresarial. Apelação. Lei 11.101/2005. Recuperação judicial. Empresa pública. Vedação legal. Constitucionalidade. Exame pela Turma da Primeira Câmara Cível. Possibilidade. Incompatibilidades entre a Lei 11.101/2005 e a empresa pública. Regime jurídico misto. Recurso não provido.

- O artigo 97 da CF veda a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, mesmo que em controle difuso de constitucionalidade, pelo órgão fracionário, devendo a discussão ser remetida ao Órgão Especial do respectivo Tribunal. Não é defesa, todavia, a declaração da constitucionalidade pelo órgão menor.

Desnecessário provocar o Órgão Especial para a análise do tema, porquanto constitucional a norma questionada. Julgamento pela Turma da Primeira Câmara Cível.

- A natureza da empresa pública revela algumas características essenciais, quais sejam: a) é uma pessoa jurídica de direito privado; b) o seu capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios; c) depende de lei autorizadora para a sua criação e extinção; d) tem por finalidade resguardar um interesse público; e) está submetida a um regime jurídico misto. Essas características afastam a aplicação da Lei 11.101/2005, por manifesta incompatibilidade.

- A Lei 11.101/2005 não se atenta à proteção do empresário em si, mas apenas à 'empresa' (atividade organizada). Manifesta, pois, a incompatibilidade da Lei 11.101/2005 com a natureza das empresas públicas, visto que não resguarda a ampla atuação do ente público.

- A Lei 11.101/2005 prevê um sistema que não pode ser cindido. Não se autoriza o uso de apenas algumas normas previstas em lei, dispensando-se os demais efeitos.

- A recuperação judicial possibilita dois resultados, o efetivo cumprimento do plano e a retomada da atividade empresarial ou, com o seu insucesso, a convolação em falência (extinção forçada). Eventual convolação em falência, após a recuperação judicial, importaria a extinção forçada da sociedade, *in casu*, empresa pública. Ora, dois sérios problemas decorreriam deste ato: a) a extinção de uma empresa pública em desrespeito à norma

que rege a espécie, pois inexistiria lei autorizadora para a sua extinção; b) a extinção da empresa pública em manifesta desatenção ao interesse público.

- A empresa pública é criada por meio de lei autorizadora, para atender determinado interesse público. É uma especial condição desse tipo de pessoa jurídica. Assim, uma extinção forçada, pela via das normas empresariais, sem a devida atuação do Poder Executivo e Legislativo, poderia comprometer o interesse público envolvido.

- Em se tratando de recuperação judicial e falência, o direito dos credores não pode ser flexibilizado, nem mesmo em razão do interesse público, pois são normas voltadas exclusivamente às empresas privadas.

- O procedimento da Lei 11.101/2005 só se justifica dentro do contexto de todo o sistema, não podendo a empresa pública se beneficiar de uma norma ou outra, mas não dos demais efeitos da Norma 11.101/2005. Inexiste a possibilidade de uma recuperação judicial ou falência flexibilizadas, de forma a atender também ao interesse público.

- O regime jurídico a que a empresa pública se submete é misto, ou seja, garante-se aquilo que é aplicado às empresas privadas, no que couber. É incompatível com a natureza da empresa pública a Lei 11.101/2005, razão pela qual não há como autorizar a sua aplicabilidade *in casu*.

Reconhece-se a constitucionalidade do artigo 2º, inciso II, da Lei 11.101/2005.

- Recurso não provido.

(TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.17.062184-1/001 - Comarca de Montes Claros - Apelante: Empresa Municipal de Serviços, Obras e Urbanização (ESURB) - Assistente: Município de Montes Claros - Rel. Des. Armando Freire, 1º Câmara Cível, j. em 29/5/2018, p. em 5/6/2018).

As empresas estatais - expressão que abrange, de acordo com a doutrina corrente, as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias - são pessoas jurídicas de direito privado, cuja criação deve ser precedida de autorização legislativa, nos termos do inciso XIX do art. 37 da CF.⁵

A rigor, o art. 173 da CF, na redação conferida pela EC nº 19/1998, prescreve que a lei estabelecerá o estatuto jurídico das estatais que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários (§1º, inciso II). Demais disso, o § 2º ainda enfatiza que tais entidades não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às empresas do setor privado.

Conforme muito bem salientado na doutrina de Paulo Salles de Toledo (2016, p. 55), em sede infraconstitucional, a Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/1976) afastava da disciplina falimentar as sociedades de economia mista (no art. 242, preceito revogado pela Lei nº 10.303/2001). Ao seu turno, a LREF estabeleceu, expressamente, que as empresas públicas e sociedades de economia mista não se submetem ao regramento concernente à recuperação judicial, extrajudicial e à falência (art. 2º, I).⁶

⁵ A propósito, recorda-se o disposto no art. 5º, II e III, do Decreto-Lei nº 200/1967, assim como nos arts. 3º e 4º da Lei nº 13.303/2016.

⁶ Quando da votação do PL nº 4.376/93 – que deu origem à LREF – o voto do relator, Deputado Osvaldo Biochi, assim fez constar na justificativa para a proibição constante no art. 2º: “absoluta incongruência de se sujeitar empresas de direito público – com natureza peculiar voltadas, eminentemente, à prestação de serviços ao contribuinte ou usuário – a institutos específicos do direito privado. Ao se inserir nesta generalização, acreditamos que haveria uma indesejável quebra na sistemática constitucional, além de ferir consagrados princípios defendidos pela renomada doutrina”.

Nesse contexto, não se pode ignorar a existência, ao longo de tantos anos, de controvérsia doutrinária acerca do tema em desate neste exercício, percepção esta que foi realçada por José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 577): "Sempre foi objeto de muita polêmica a matéria relacionada à falência e execução de sociedades de economia mista e empresas públicas". Também nesse sentido, Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2018, p. 177), para quem "é controvertida a possibilidade de falência das empresas estatais".

Essa controvérsia se dá, em grande parte, pela premissa do regime jurídico misto a que estão submetidas as empresas estatais. Pautado na doutrina de Matheus Carvalho, o regime é fruto da intenção legislativa, para quem

as empresas estatais podem ser criadas com a finalidade de prestar serviços públicos mediante delegação do ente estatal, ou para exploração de determinadas atividades econômicas de interesse social. É importante salientar que, ainda que sejam criadas para fins de exploração de atividades econômicas, a finalidade destas empresas estatais deve ser o interesse público, não sendo possível a criação de entidade com a finalidade de obtenção de lucro. Com efeito, é possível que o lucro seja consequência de uma determinada atividade, como ocorre em casos de exploração e venda de derivados de petróleo, mas não pode ser o mote de criação da entidade nem pode condicionar seus atos (CARVALHO, 2017, p. 206).

Nada obstante, há parte da doutrina que entende que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não podem falir, tendo em vista a inadequação do processo falimentar às entidades administrativas (TOLEDO, 2016, p. 55). As estatais são criadas por autorização legal para atender relevante interesse social ou imperativo de segurança nacional, quesitos que não poderiam ser afastados pelo Judiciário para satisfação de interesses privados (econômicos) de credores. Em caso de impossibilidade de cumprimento das obrigações por parte da estatal, haverá a responsabilidade subsidiária do ente federado controlador.⁷

Oportuno ainda nos reportarmos à abalizada lição de Marçal Justen Filho (2016, p. 143), que procura ponderar, entre outros aspectos, a exigência de lei para a dissolução e extinção de empresas estatais à luz do princípio do paralelismo das formas e a questão de eventual responsabilidade subsidiária do Estado, a conflitar com o regime falimentar comum. Por tais razões, compartilha dos argumentos que levam à impossibilidade de se aplicar o regime falimentar às empresas estatais. Diante desse cenário, não restaria intelecção diversa. Em que pese tal afirmação, há um crescente movimento doutrinário em sentido oposto, trazendo à consideração os benefícios que a LREF, nesse campo, poderiam trazer à sociedade e, por consectário, levar à inconstitucionalidade do art. 2, I, da norma falimentar. É o que veremos a seguir.

⁷ Na perspectiva de Rodrigo Kaysserlian (2015, p. 70), "a inclusão das chamadas empresas públicas no processo concursal atentaria contra os propósitos de desestatização, porque, doravante, as empresas que permanecerem sob a égide do Estado assim o serão por razões estratégicas, considerando o interesse público que justifica sua natureza".

Uma interpretação lógica: teriam as empresas estatais direito apenas à falência?

A primeira solução, encabeçada por Haroldo Verçosa (2011), propõe que somente o instituto da falência seria aplicável às empresas estatais. Esse ponto de vista se baseia, sobretudo, na natureza jurídica de tais entes, que são criados como pessoas jurídicas de direito privado, ao rigor da legislação.

Somando-se a tal inteligência, Mauro Rodrigues Penteado (2007, p. 104) defende a inconstitucionalidade do art. 2º, visto que algumas das sociedades ali enumeradas apenas não ingressam, imediatamente, no processo judicial de execução coletiva empresarial, já que antes passam por intervenção e liquidação extrajudicial. Ressalte-se que, conforme seja o desfecho da liquidação ou da constatação de fatos que constituam crimes falimentares, a falência poderá ser decretada, aplicando-se, de imediato, as previsões da LREF.

Trata-se de vislumbrar que a mera forma empresarial de que se revestem esses entes é suficiente para justificar a sua sujeição a um regime jurídico predominantemente de direito privado. A sujeição à falência das estatais serviria, também, como forma de resguardar os credores da insistência (imoral) do Estado em não recapitalizar a empresa pública ou sociedade de economia insolvente.

A nosso ver, o Estado jamais deveria permitir que uma entidade estatal por ele controlada restasse insolvente perante seus credores. É que toda empresa estatal - prestadora de serviços públicos ou exploradora de atividade econômica - é criada para promover o interesse público. É dizer, só se promove o interesse público no campo da fertilidade do bem comum e da estabilidade social.

Assim sendo, a insolvência da entidade estatal pode representar que a empresa está sendo mal gerida e o cumprimento de sua função social está sendo ou será prejudicado (DE LUCCA, 2009, p. 47 e 51). Tal hipótese viola o princípio constitucional da eficiência da Administração Pública, ficando esta obrigada a socorrer a empresa, visto que não mais subsiste o interesse público na promoção daquela atividade e, nesse caso, o princípio constitucional da moralidade imporá a liquidação da empresa pelo Estado, juntamente com o adimplemento de suas obrigações pendentes perante seus credores (VERÇOSA, 2005, p. 101).

De uma forma ou de outra, portanto, a insolvência da empresa estatal não se harmoniza com os princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública, razão pela qual deveria ser reconhecido aos credores, no mínimo, o direito de demandar os créditos inadimplidos perante o Poder Público controlador.

Uma visão teleológica da norma: é possível conceder recuperação e falência apenas às empresas estatais que exerçam atividade econômica em sentido estrito?

Adiante, o posicionamento mais difundido na doutrina,⁸ que aceita a hipótese de

⁸ Defendem tal linha de raciocínio Aloisio Zimmer Junior (2009); Newton De Lucca (2009); José Dos Santos Carvalho Filho (2011); Hely Lopes Meirelles (2011); Celso Antonio Bandeira de Mello (2008); Maria Sylvia

decretação de falência e de recuperação judicial para as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica.

Extrai-se tal critério da própria CF para distinguir quais estatais estariam submetidas ao regime jurídico de direito privado e, portanto, sujeitas ao regime falimentar. De acordo com o texto constitucional, as estatais exploradoras de atividades econômicas estariam sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas e, desse modo, à recuperação e falência.

Dessarte, a exclusão das empresas estatais, de modo integral, prevista na LREF seria inconstitucional, porquanto afasta a possibilidade de recuperação e falência das empresas estatais não prestadoras de serviços públicos (DE LUCCA, 2009, p. 49).⁹ Isso porque as empresas públicas e sociedades de economia mista foram concebidas para facilitar ao Estado a exploração de atividade econômica (em sentido amplo), mediante a prestação de serviço público ou exploração direta de atividade econômica (em sentido estrito) pelo Estado.¹⁰

É o que se extrai da leitura do art. 5º, I e II, do Decreto-Lei nº 200/67, em que se observa que as empresas estatais são conceituadas como entidades criadas por lei para exploração de atividade econômica (TOLEDO, 2016, p. 56). Quando presta serviço público, ainda que por meio desses entes, o Estado exerce atribuição que lhe é própria, em que pese não lhe seja exclusiva, podendo ser objeto de concessão, por exemplo (DI PIETRO, 2009, p. 1.287).

Quando exerce atividade econômica em sentido estrito, por sua vez, atua no mercado, competindo com os demais agentes. Não obstante o fato de as empresas estatais se sujeitarem ao planejamento elaborado pelo Poder Público, certo é que elas não deixam de consistir em um agente econômico influente no mercado, sobretudo no aspecto concorrencial (DE LUCCA, 2009, p. 50).

Por essa razão, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só deve ser feita excepcionalmente e por motivo justificado, quando necessária em decorrência de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, definidos em lei (CF, art. 173). O que se observa, todavia, no correr do tempo, é a criação de estatais de forma desvirtuada, permitindo que essas empresas tenham ingerência na prestação dos serviços públicos. A distorção de sua finalidade acabou por enfraquecer a distinção entre estatais criadas para prestação de serviço público daquelas criadas para explorar atividade econômica. Relevante, assim, sintetizar suas diferenças, a saber:

EXPLORADORAS DA ATIVIDADE ECONÔMICA	PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO
Regime jurídico de direito privado ¹¹	Regime jurídico de direito público
Responsabilidade civil subjetiva	Responsabilidade civil objetiva ¹²
Não podem receber privilégios fiscais ¹³	Podem receber privilégios fiscais

Zanella Di Pietro (2009) e Diogenes Gasparini (2003).

⁹ Ainda segundo Newton De Lucca (2009, p. 50), "inexistem razões, sejam elas de natureza ontológica, axiológica ou de qualquer outra espécie, para que uma empresa prestadora de serviço público – estatal ou privada – seja tratada da mesma maneira que uma empresa – também estatal ou privada – exercente de atividade econômica".

¹⁰ Necessário salientar, nesse ponto, que a inconstitucionalidade se daria tão somente no tocante ao inciso I do art. 2º da LREF. Isso porque, como no caso das instituições financeiras – que estão submetidas à intervenção e liquidação extrajudicial – não haveria possibilidade de recuperação. A prática, contudo, já demonstra a vastidão de processos de falência dessa estirpe empresarial, visto que, após a liquidação, não há como fugir da abertura do concurso de credores, que se dará através do processo de falência.

¹¹ Conforme art. 173, § 1º, II, da CF.

¹² Segundo o art. 37, § 6º, da CF.

Bens podem ser penhorados e executados	Bens não podem ser executados e penhorados ¹⁴
Direito de greve regulado ¹⁵	Direito de greve não regulado
Licitação inexigível (atividade-fim) ¹⁶	Licitação obrigatória ¹⁷
Não integram a administração pública indireta ¹⁸	Integram a administração pública indireta
Não praticam atos administrativos	Praticam atos administrativos ¹⁹

Tal distinção é de suma importância para a definição do regime jurídico aplicável, uma vez que a Constituição forneceu princípios específicos à atividade econômica (em sentido estrito), dentre os quais estão o da livre iniciativa, o da livre concorrência e o da propriedade privada, em seu Título VIII, Capítulo I. Nesse Capítulo, assegurou a todos a livre exploração de atividade econômica, independentemente de autorização pública, exceto casos específicos previstos em lei.²⁰ Impende destacar que, a rigor, a exploração de atividade econômica é da alçada dos particulares, e não do Poder Público (DE LUCCA, 2009, p. 50).

Com efeito, ainda que respeitado o balizamento constitucional para a criação de um ente estatal voltado para a exploração de determinada atividade econômica, urge que sejam observados os referidos princípios, submetendo a empresa estatal a um regime mais próximo possível do que é aplicado às empresas privadas, com a finalidade de se evitar que desfrutem de vantagem em relação aos particulares, preservando a livre iniciativa e a livre concorrência.

É com base nessa análise acerca do regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista que muitos doutrinadores chegaram à conclusão de que o art. 2º, I, da Lei de Recuperação de Empresa e de Falência padeceria de inconstitucionalidade no que tange à exclusão das estatais exploradoras de atividade econômica (em sentido estrito) do âmbito de sua incidência. Afinal, a CF é clara ao prever que as referidas estatais se sujeitam ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Trata-se, portanto, de reconhecer que a legislação de recuperação de empresas dispõe sobre direitos e obrigações comerciais, para concluir que tanto a empresa

¹³ Previsão do art. 173, § 2º, da CF.

¹⁴ "Se prestadoras de serviços públicos, os bens, direitos e interesses vinculados à sua execução terão proteção especial, como qualquer concessionário de serviço público tem, em vista do princípio da continuidade do serviço público" (GASPARINI, 2002, p. 370).

¹⁵ Regulada pela Lei nº 7.783/1989.

¹⁶ Na preleção de Diógenes Gasparini (2002, p. 373): "Em suma: já decidiu o TCU que os negócios que têm por objeto uma obra, um serviço ou uma compra relacionados com as atividades-meio exigem licitação, enquanto os negócios que têm por objeto uma compra ou um serviço relacionados com as atividades-fim dispensam esse procedimento, pois são regulados pelo Direito Comercial".

¹⁷ Previsão contida no art. 37, XXI, da CF.

¹⁸ "Quando são criadas e organizadas para esse desempenho, por evidente, não integram a Administração Pública indireta da União, do Estado-Membro, do Distrito Federal ou do Município. Tanto é assim que foram reguladas, na CF, no Título VII, que trata 'Da Ordem Econômica e Financeira'" (GASPARINI, 2002, p. 367).

¹⁹ Ainda na preleção de Diógenes Gasparini (2002, p. 373-373): "Os atos das sociedades de economia mista, se prestadoras de serviços públicos, são, em alguns casos, atos administrativos. Por essa razão podem ser atacados por mandado de segurança (Lei federal nº 1.533/1951, art. 1º, §1º) quando ilegal ou abusivamente afrontarem direito líquido e certo de alguém e, se lesivos aos interesses dessas sociedades, por ação popular (Lei federal nº 4.717/1965, art. 1º). [...] Atente-se que, se interventoras no domínio econômico, seus atos e contratos são regulados pelo Direito Privado (art. 173, §1º, II, da CF). Contra tais atos não cabe mandado de segurança".

²⁰ É o caso do art. 177 da CF.

pública quanto a sociedade de economia mista estão sujeitas a ela, por força de disposição constitucional (TOLEDO, 2016, p. 56). Não foi o entendimento consolidado na LREF, que acabou por contrariar o texto constitucional ao excluir de sua aplicação essas empresas estatais.²¹

Sob o ponto de vista da livre-concorrência: devem-se excluir apenas aquelas empresas estatais que atuam em regime de monopólio?

Outra forma de lidar com a questão é defendida por Renato Ribeiro (2006), para quem devem ser oportunizadas às empresas estatais a recuperação e falência, à exceção daquelas que atuem no mercado em regime de monopólio. Trata-se de entendimento também derivado de uma ótica constitucional, mas que está atento a argumentos trazidos pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 172.816/RJ.

É que a norma do art. 173, §1º, II, da CF, de acordo com a interpretação do STF, “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”.

De fato, a norma é interpretada restritivamente pelo STF, que entende pela equiparação das empresas estatais às privadas somente quando exerçam atividade econômica em sentido estrito, e não quando prestem serviços públicos. A Suprema Corte ainda restringe sua aplicação às entidades públicas que exerçam atividade econômica em regime de concorrência.²²

No entanto, ainda na ótica do citado Renato Ribeiro, o critério a ser utilizado para definir a sujeição ou não das empresas estatais à LREF deve ser unicamente o da atuação em regime de monopólio, por entender que a prestação de serviço público não justifica a exclusão da estatal do referido regime. Isso porque, se a CF estendeu expressamente o regime de direito privado às estatais que exploram atividade econômica, resta evidente que a exclusão integral de tais entes do regime falimentar esbarra na aludida disposição constitucional, de modo que esta, por si só, já embasa a inconstitucionalidade do art. 2, I, do normativo (RIBEIRO, 2006; PENTEADO, 2007, p. 104).

Também às empresas estatais prestadoras de serviço público que atuem no mercado em concorrência com as empresas privadas deveria ser aplicável o regime falimentar, uma vez que a *ratio legis* do dispositivo constitucional, como frisou o STF, é a preservação da isonomia concorrencial.

²¹ A Comissão Especial ao PL nº 4.376/93 havia apresentado a seguinte redação para o art. 2º da LREF: “As empresas públicas e as sociedades de economia mista, bem como as instituições financeiras públicas e privadas, as cooperativas de crédito, as sociedades seguradoras, de capitalização, de previdência privada e outras entidades voltadas para a exploração de atividade econômica afim, ficam sujeitas à lei especial para recuperação ou liquidação judicial de seus ativos”.

²² *In verbis*: “[...] a norma do art. 173, §1º, da Constituição aplica-se às entidades públicas que exercem atividade econômica em regime de concorrência, não tendo aplicação às sociedades de economia mista ou empresas públicas que, embora exercendo atividade econômica, gozam de exclusividade” (RE nº 172.816/RJ).

Renato Ribeiro (2006) ainda analisa as principais questões levantadas pela doutrina a respeito da possibilidade de falência de empresas estatais. Primeiramente, no que toca ao princípio da simetria sustentado por alguns doutrinadores, segundo o qual, como as empresas públicas e sociedades de economia mista são criadas por lei, somente por lei devem ser dissolvidas e extintas, cumpre esclarecer que a obrigatoriedade de criação de empresas públicas e estatais por lei decorre de norma constitucional (art. 173). No entanto, não há norma constitucional que determine que a dissolução e extinção de estatais devam ser feitas exclusivamente por lei.

Afinal, se a aplicação das legislações falimentar e societária às empresas públicas e sociedades de economia mista tem fundo constitucional, obviamente que o princípio da simetria entre a criação e extinção das empresas estatais por lei deve ser compreendido de modo harmônico com os referidos diplomas legais. Portanto, é possível dissolução da sociedade por decisão judicial, nos termos da lei falimentar e societária (Lei 6.404/76, art. 206), ambas aplicáveis à empresa pública e sociedades de economia mista, conforme previsto na CF.

Perspectivas

Oportunamente, no preâmbulo dessas nossas despretensiosas considerações, registramos que o STF elegeu o RE nº 1.249.945/MG como paradigma de repercussão geral da matéria. Na decisão que a reconheceu, o Min. Barroso relata o sistema jurídico no qual se enquadram as empresas estatais na tentativa de elucidar a matéria em comento. Afinal, se o regime privado é um só, não haveria motivos para entender de forma diversa em relação às empresas estatais, visto que também estão sujeitas aos efeitos negativos do mercado.

No campo da expectativa quanto ao resultado do julgamento a ser cumprido, no acórdão do RE nº 172.816/RJ, o Excelso Pretório já deu mostra do seu entendimento relacionado à natureza das obrigações e direitos das empresas estatais com base no art. 173, §§ 1º e 2º da CF. Pois bem, se a Corte excelsa privilegiar seus julgados anteriores – como de praxe – muito provavelmente adotará uma compreensão pautada na livre concorrência e isonomia de tratamento aplicada especialmente às empresas estatais que exercem atividade econômica. É dizer: a norma do art. 2º, I, da LREF deverá ser declarada parcialmente inconstitucional. Nesse caso, a Empresa Municipal de Serviços, Obras e Urbanização de Montes Claros – recorrente no RE 1.249.945/MG – suportará o não provimento de seu recurso, por se tratar de empresa pública destinada exclusivamente à prestação de serviços no âmbito daquele próspero município mineiro.

Lado outro, no âmbito legislativo, circula o Projeto de Lei nº 6.229/2005, resultado de uma compilação de outros projetos que pretendem reformar a LREF, substancialmente. Em que pese a louvável iniciativa, as matérias ali tratadas elegem outras preocupações – como possibilitar a apresentação do plano recuperacional pelos credores, a recuperação e falência transnacional, dentre outros – sem pretender qualquer alteração quanto à posição das empresas estatais. Para além disso, não há qualquer outro PL em tramitação que verse sobre o tema, o que revela uma despreocupação do legislador nesse ponto, tudo indicando pela satisfação com a norma atual.

Para o Poder Executivo, a preocupação está concentrada em oferecer às empresas

estatais dependentes um regime de recuperação diverso daquele oportunizado às eminentemente privadas, com foco administrativo e subsidiado por recursos federais, conforme se depreende do PL nº 9.215/2017.²³ Sua *ratio legis*, contudo, se concentra em oportunizar às estatais dependentes um procedimento de recuperação e melhoria empresarial no fito de que alcancem sua sustentabilidade econômico-financeira, tornando-se independentes.

Tal conjuntura demonstra que restará mesmo ao Poder Judiciário a apreciação e possível adequação da norma ao espírito do legislador constituinte, oportunizando uma desoneração do contribuinte e um regime administrativo focado numa governança corporativa mais progressista, que agora será obrigada a se preocupar com a hipótese de se recuperar e falir. A proposta advinda do Executivo, a nosso ver, seria interessante, porém se encontra no plano preventivo e não lida – pela delimitação de seu propósito – com aquelas empresas estatais já desestruturadas e que veriam na LREF uma chance de se reestruturar.

Conclusão

Desde o julgamento da Apelação Cível nº 1.0000.17.062184-1/001 – que motivou a interposição do RE nº 1.249.945/MG – muito se discutiu sobre a matéria. Naquele acórdão, publicado em junho de 2018, nos posicionamos – com base em uma leitura literal do dispositivo - no sentido de ser expressamente vedada a recuperação de qualquer das empresas estatais, mas notadamente da ESURB, empresa pública, criada para a prestação de serviços voltados para o interesse público no âmbito do Município de Montes Claros.

Nada obstante, hodiernamente, os doutrinadores muito têm debatido sobre a questão, de modo que essas novas análises, somadas ao reconhecimento da repercussão geral da matéria pelo STF, insistem em desafiar a nossa inteligência acerca do tema. Uma leitura teleológica da norma pode se mostrar mais adequada, não só tendo em linha de consideração o mercado, como também a sociedade como um todo.

Isso porque, pelo que tem sido defendido, possibilitar que as empresas estatais se beneficiem da LREF é oportunizar, também, uma estruturação empresarial planejada, que não se dê à custa dos credores e contribuintes, além de transmitir uma mensagem à Administração Pública, que deverá atuar, ou pelo menos procurar fazê-lo de forma mais qualificada e compromissada, resultando no melhor cumprimento de metas e, daí, resultados mais eficientes. Ao que tudo indica, os aspectos legais que obstam o deferimento da medida às estatais com essa roupagem não mais subsistirão, segundo a mais credenciada doutrina. De acordo com essa corrente, o art. 2º, I, da LREF, ao buscar a preservação da isonomia concorrencial entre empresas estatais e privadas, acabou, na realidade, incorrendo em provável inconstitucionalidade, com repercussões negativas.

Nessa senda, se nos guirmos pelos termos da decisão que reconheceu a repercussão geral da matéria, a tese será firmada sobre uma ponderação de princípios administrativos e comerciais, resguardando o interesse público e a livre concorrência - pautada pela área de atuação das estatais. A nosso ver, somente tais razões

²³ O projeto possui a seguinte ementa: "Dispõe sobre a verificação da situação de dependência e sobre o Plano de Recuperação e Melhoria Empresarial aplicável às empresas estatais federais".

sustentariam a inconstitucionalidade do normativo falimentar. E, nessa trilha, o desprovemento da Apelação Cível nº 1.0000.17.062184-1/001 se confirmará, visto que, sendo a recorrente (Empresa Municipal de Serviços, Obras e Urbanização de Montes Claros/MG – ESURB) uma empresa pública prestadora de serviços de interesse público no âmbito municipal, continuará à margem da possibilidade de gozar dos benefícios da Recuperação Judicial, objeto da pretensão por ela deduzida junto ao douto Juízo da Comarca de Montes Claros/MG. Resta-nos, desde então, aguardar pelo qualificado pronunciamento da Suprema Corte.



Desembargador Armando Freire
1ª Câmara Cível

Currículo sintetizado do organizador

Armando Freire, nascido na Cidade do Serro/Minas Gerais, onde fez os seus primeiros estudos, colou grau pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais no ano de 1974. Ingressou na magistratura mineira aos 29 de junho de 1981, exercendo a judicatura nas Comarcas de Conceição do Rio Verde, Conceição do Mato Dentro e Diamantina, na construção de sua trajetória pelo interior mineiro. Foi promovido para a 1ª Vara de Família da Capital, em setembro de 1988, removido, a pedido, para a 22ª Vara Cível, onde permaneceu até junho de 1998 quando foi promovido para o extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Sua promoção para o Tribunal de Justiça se deu em junho de 2004, tomando assento junto à Primeira Câmara Criminal, removido, a pedido, para a Primeira Câmara Cível, integrando-a até os dias atuais.

Legislação

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2019]. Disponível em: <https://bit.ly/2ATjZg4>. Acesso em: 6 nov. 2020.

BRASIL. *Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*: regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, [2005]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 6 nov. 2020.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: <https://bit.ly/2ZARXQr>. Acesso em: 6 nov. 2020.

BRASIL. *Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre a sociedade por ações. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em <https://bit.ly/3l4Jzkt>. Acesso em: 6 nov. 2020.

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal – STF

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Agravo no Recurso Extraordinário 1.188.311/MG*. Direito administrativo e constitucional. Recurso extraordinário. Constitucionalidade da incidência do regime de falência e recuperação judicial às empresas estatais. Presença de repercussão geral. 1. Constitui questão constitucional saber se as empresas estatais podem se submeter ao regime de falência e recuperação judicial da Lei nº 11.101/2005, com fundamento no art. 173, §1º, II, da Constituição. 2. Repercussão geral reconhecida. Disponível em: <https://bit.ly/38gXwle>. Acesso em: 6 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 172.816/RJ*. Ementa: desapropriação, por estado, de bem de sociedade de economia mista federal que explora serviço público privativo da União. 1. A União pode desapropriar bens dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos territórios e os Estados, dos Municípios, sempre com autorização legislativa específica. [...]. Disponível em: <https://bit.ly/3p5xMo7>. Acesso em: 6 nov. 2020.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível 1.0000.17.062184-1/001*. Apelação cível. Recuperação judicial. Empresa pública. Vedação legal. Constitucionalidade. Exame pela turma da primeira câmara cível. Possibilidade. Incompatibilidades entre a Lei 11.101/2005 e a empresa pública. Regime jurídico misto. Recurso não provido. Reconhece-se a constitucionalidade do artigo 2º, inciso II, da Lei 11.101/2005. Recurso não provido. Relator: Des. Armando Freire, 29 de maio de 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3eAxYa4>. Acesso em: 6 nov. 2020.

Doutrina

Capítulo de livro

ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CEREZETTI, Sheila Cristina Neder. *A recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros, 2002.

DE LUCCA, Newton. Arts. 1º a 4º. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Comentários à nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 45-65.

DE LUCCA, Newton; DEZEM, Renata Mota Maciel. Dez anos de vigência da Lei 11.101/2005: há motivos para comemorar? In: CEREZETTI, Sheila Christina Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coord.). *Dez anos da Lei nº 11.101/2005: estudos sobre a Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 82-102.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

KAYSSERLIAN, Rodrigo. Sociedades empresariais excluídas do regime falimentar. In: COSTA, Daniel Carnio. *Comentários completos à Lei de Recuperação de Empresas e Falências: disposições comuns às recuperações judiciais e às falências*. São Paulo: Juruá Editora, 2015. v. I.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 38. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. In: GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Método, 2018.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. Art. 2º. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e*

Falência. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RIBEIRO, Renato Ventura. O regime de insolvência das empresas estatais. In: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). *Direito societário e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 109-127.

RODRIGUES, Yohana Taldo. Análise sobre a constitucionalidade da recuperação judicial de empresas estatais. In: CARVALHO FILHO, José dos Santos; PEREIRA JÚNIOR, José Torres; MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Temas de direito administrativo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 191-212.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falências: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2018. cap. 3, p.153-154.

TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. *História do Direito Falimentar*. São Paulo: Almedina, 2018.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles. *A empresa em crise no direito francês e americano*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 1987.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. 2. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011. v. 3.

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. 98-103.

ZIMMER JUNIOR, Aloísio. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

Tese e dissertação acadêmica

ROCHA, Caio Prado. *Análise da aplicabilidade dos institutos da falência e da recuperação judicial às empresas públicas e sociedades de economia mista*. Orientador: Luiz Carlos Buchain. 2012. 88 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/67388/000872507.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 26 out. 2020.

ZAGO, Felipe do Canto. *(In)Constitucionalidade do artigo 2º, I, da Lei 11.101/05 numa interpretação sistemática com o artigo 173, § 1º, da CF*. Orientador: Regina Linden Ruaro. 2010. 98 f. Dissertação. (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.