

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
CAMPUS GOVERNADOR VALADARES
CURSO DE DIREITO

Pâmela Muniz Abdon Pereira

A SUJEIÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS AO REGIME FALIMENTAR

Governador Valadares – MG
2021

Pâmela Muniz Abdon Pereira

A SUJEIÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS AO REGIME FALIMENTAR

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Departamento de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora *campus* Governador Valadares, como requisito parcial para obtenção da graduação em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Pablo Leurquin

Governador Valadares – MG
2021

Pâmela Muniz Abdon Pereira

A SUJEIÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS AO REGIME FALIMENTAR

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Departamento de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora *campus* Governador Valadares, como requisito parcial para obtenção da graduação em Direito.

Aprovada em (dia) de (mês) de (ano)

BANCA EXAMINADORA

Orientador

Prof. Pablo Georges Cicero Fraga Leurquin

Prof. Lucas Costas dos Anjos

Profa. Luciana Tasse Ferreira

RESUMO

O cerne do presente trabalho é explorar a existência de inconstitucionalidade na impossibilidade das empresas estatais serem recepcionadas pelo regime falimentar. Nesse sentido, a quebra da isonomia é um ponto fundamental para administração pública e acaba sendo deturpada pela presença do art. 2º, inc. I da Lei 11.105/05. Além disso, a inconstitucionalidade reside no fato do art. 173 § 1º, II, disciplinar que as empresas estatais que realizam atividade econômica stricto sensu estariam sujeitas ao regime privado, demonstrando que a generalização presente na lei falimentar é uma atecnia. Assim, o propósito do trabalho é discutir, diante da impossibilidade positivada, se seria possível a sujeição das empresas estatais ao regime falimentar, tal como analisar as diferentes percepções doutrinárias sobre o tema, para a partir disso identificar se a recuperação judicial e falência configuram-se como uma alternativa pertinente para as empresas estatais.

Palavras-Chave: Regime Falimentar; Empresas Estatais; Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The core of this work is to explore the existence of unconstitutionality in the impossibility of state-owned companies being accepted by the bankruptcy regime. In this sense, the breaking of isonomy is a fundamental point for public administration and ends up being distorted by the presence of art. 2nd, item I of Law nº 11. 105/05. In addition, there is an unconstitutionality in the fact of art. 173 § 1, item II discipline that state-owned companies that carry out stricto sensu economic activity would be approaching the private regime, demonstrating that the generalization present in the bankruptcy Law is a atechnics. Thus, the purpose of the work is to discuss, given the positive impossibility, whether it would be possible to subject state companies to the bankruptcy regime, as well as to analyze how different doctrinal perceptions on the subject, in order to identify if judicial reorganization and bankruptcy are a pertinent alternative for state-owned companies.

Keywords: Bankruptcy Regime; State-owned Companies; Unconstitutionality

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º DA LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA.....	8
1.1 Hierarquia normativa.....	11
1.2 Regime jurídico das empresas estatais.....	13
2 DISCUSSÕES DOUTRINÁRIAS.....	17
2.1 Argumentos contrários.....	18
2.2 Argumentos a favor	20
3 ANÁLISE DE JULGADOS.....	25
3.1 A extinção de uma empresa estatal	26
3.2 Agentes econômicos excluídos da recuperação judicial.....	29
3.3 Recurso extraordinário 1.249.945: o caso paradigma que se encontra em discussão atualmente no STF	31
4 A DICOTOMIA ENTRE SERVIÇO PÚBLICO E ATIVIDADE ECONOMICA STRICTO SENSU.....	36
CONCLUSÃO.....	39

INTRODUÇÃO

As empresas estatais podem ser consideradas como uma maneira de otimizar as ações dos entes estatais, de tal forma que a burocracia ou diretrizes da administração pública seriam substituídas pela agilidade da performance privada. Entretanto, as estatais acabam por gerar uma consideração importante: a visão estanque entre público e privado é arcaica e pouco produtiva, porque tanto uma empresa de gestão pública quanto uma empresa de gestão privada podem ser eficientes. Essa afirmativa advém da percepção de que não existe uma base lógica para determinar se uma empresa é pior que a outra apenas por estar no polo público ou privado. É o que explica Carlos Ari Sunfeld na teoria dos antagônicos ao compreender que institutos não são cristalizados e estão abertos para transformações, mesmo que isso signifique adentrar campos teóricos e práticos que, até então, seriam contraditórios ao conceito primário. Logo, é possível identificar que os institutos são classificados dentro das teorias, normas e regimentos que os conformam, mas é preciso vê-los como flexíveis, capazes de acomodar o inclassificável¹.

A partir disso, as empresas estatais são exatamente esse fenômeno do encontro de diferentes, porque conformam tanto o regime privado quanto o regime público. Nessa concepção, encontra-se a necessidade de discutir a potencialidade de derrogação do direito público ao regime falimentar. Assim, o objetivo do trabalho é compreender se existe uma inconstitucionalidade no art. 2º, inciso I, da Lei de Recuperação Judicial e Falência, já que a Constituição da República em seu art. 173 determina que as empresas estatais prestadoras de atividade econômica devem ter seu regime análogo ao regime das empresas privadas. Porém, identificando quais os limites de cada regime dentro das idiossincrasias de uma estatal, o trabalho busca também analisar se o regime falimentar é capaz de circunscrever as particularidades dessas empresas para que não se trate de uma subsunção imponderada.

O presente trabalho foi dividido em três seções. A primeira seção irá elucidar a distinção entre o dispositivo constitucional e a lei falimentar, buscando inferir se existe uma inconstitucionalidade na análise da hierarquia normativa. Inclusive, esse tópico será importante para compreender conceitos basilares, mas que serão muito importantes para entender a problemática discutida no texto. Além disso, o regime jurídico das empresas estatais também será examinado com ênfase nas distinções e similaridades entre a sociedade de economia mista e a empresa pública. Dessa forma, serão abordados os principais aspectos jurídicos das estatais

¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **O direito administrativo entre os clips e os negócios**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.P88

para possibilitar a diferenciação dos âmbitos públicos e privados e quais as particularidades de cada empresa.

Fixado o entendimento da existência de empresas estatais prestadoras de serviço público e estatais exploradoras de atividade econômica *stricto sensu*, a segunda seção será responsável por realizar uma pesquisa doutrinária explanando as alegações contrárias à sujeição das estatais ao regime falimentar. Em seguida, o mesmo processo com os argumentos favoráveis, de modo a confrontar as duas interpretações.

A terceira seção analisará as decisões judiciais que circunscrevem o objeto da presente pesquisa. Isso posto, o primeiro caso refere-se ao procedimento de extinção de uma empresa estatal, no caso a Rede Ferroviária Federal S.A (RFFSA). O propósito da apresentação desse caso é demonstrar que o instrumento de extinção nem sempre será o melhor caminho a ser tomado por uma estatal. Além disso, o caso revela que seria vital existir uma alternativa que possibilitasse não só a continuidade da empresa, mas também que fosse eventualmente possível uma dissolução mais eficiente.

No tópico subsequente, examinar-se-á o caso de uma associação civil que teve aprovada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro sua recuperação judicial, mesmo a lei não possibilitando que tal instrumento fosse utilizado por esse agente econômico. Diante disso, o objetivo é compreender as compensações de um agente econômico passar pelo regime falimentar, além de destacar que o Tribunal realizou uma interpretação do dispositivo de lei, dando ampliação a interpretação até então existente.

Ademais, o trabalho tratará do caso paradigma que chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF) e aguarda decisão. Serão analisados como as primeiras instâncias entenderam o caso, quais as circunstâncias da estatal que pede a recuperação judicial e qual a tese adotada pela parte autora, buscando identificar se seria ou não viável falar em regime falimentar nesse caso.

A última seção abordará a dicotomia entre serviço público e atividade econômica *stricto sensu*, analisando se ainda é possível utilizar essa forma de distinção das estatais como embasamento para a sua sujeição ou não ao regime falimentar.

1 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º DA LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA

A primeira estatal nacional surgiu em 1808 com a independência brasileira e a chegada da família real, sendo o Banco do Brasil esse ponto de partida das estatais. Porém, apenas na década de 1930 o país iniciou verdadeiramente a expansão das empresas governamentais focando em siderúrgicas e no desenvolvimento de ferrovias. Na análise de Vitor Rhein Schirato, o Estado brasileiro acabou trazendo para si a responsabilidade de realizar o crescimento econômico do Brasil pela falta de aporte do interesse privado².

As empresas estatais são uma oportunidade de realizar a atividade comercial ou industrial. Dessa maneira, o Estado avistou nas estatais uma forma de atuar no setor privado e agregar altos recursos financeiros, como explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

As autarquias, por terem capacidade pública semelhante à da Administração Pública, foram consideradas mais adequadas para a prestação de serviços públicos próprios do Estado, embora no direito brasileiro muitas tenham sido criadas para desempenhar atividade econômica, como as Caixas Econômicas, depois transformadas em empresas públicas. Foi, principalmente, a ideia de **especialização** que norteou a criação dessas entidades. Já para a atividade comercial ou industrial do Estado, mostrou-se mais adequada a forma empresarial. Com o declínio das concessões, surgiram as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Nas primeiras, o que atraiu o Poder Público foi, de um lado, a possibilidade de, em uma única empresa voltada para a execução de serviço público de natureza comercial e industrial, acumular grande volume de recursos financeiros que o Estado, sozinho, não conseguiria levantar e, de outro, a possibilidade de atuar sob o mesmo regime das empresas privadas.³

E daí se deu o encontro entre o público e o privado, no qual o Estado não é mais somente um mero interventor no mercado, mas um empresário que assume os riscos da atividade. A autora Mariana Mazzucato, no seu livro “O Estado Empreendedor”, afirma o importante papel do Estado como personagem central no desenvolvimento econômico, porque é o Estado empresário o verdadeiro responsável por assumir o risco da inovação. Ou seja, a autora sustenta que o mito do Estado burocrático e ineficiente não faz sentido, porque as grandes empreitadas bem sucedidas no mundo da tecnologia e da ciência advieram não do setor privado, mas foram invenções e investimentos do setor público⁴. O Estado brasileiro vem agindo muitas vezes

² SCHIRATO, Vitor Rhein. **Linha doutrina: as empresas estatais no direito administrativo atual. (Série IDP)**. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 22.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo** – 33. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. P. 558.

⁴ MAZZUCATO, Mariana. **O estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. o setor privado**. São Paulo: Portfólio Penguin, 2014. P. 102.

através das empresas estatais como um empresário ao atuar em áreas que são preteridas pelo setor privado, seja pelo alto risco da atividade ou pela falta de lucros, por isso é tão necessário compreender como e qual a razão para o governo nacional ter permitido a derrogação do público para o privado.

No entendimento de Maria João Estorninho, existem alguns critérios que justificam as formas de organização e atuação da administração pública com derrogações ao regime privado. A primeira compreensão da autora reside no fato de possibilitar uma maior facilidade na criação e extinção de instituições, uma vez que a imposição das formas jurídicos-públicas dificulta, por exemplo, a fundação de empresas. A segunda razão está na pretensão de uma menor permeabilidade à influência político partidária. A terceira justificativa reside na liberação das regras de organização de direito público. A quarta percepção da autora refere-se à possibilidade de adoção de processos de decisão e de atuação mais flexíveis, mais desburocratizados, mais rápidos e suspostamente mais transparentes e eficientes. Além de tantas outras dinamicidades como a contratação de pessoal, diversificação de bens, serviços e financiamentos com cooperação com investidores privados ⁵.

Também chamadas de empresas governamentais, as estatais são em verdade extensões do próprio Estado. Essas empresas são a sociedade de economia mista, a empresa pública e suas subsidiárias. Assim, os artigos 3º e 4º da Lei 13.303/2016⁶ disciplinam as características de uma empresa pública e da sociedade de economia mista:

Art. 3º Empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios.

Parágrafo único. Desde que a maioria do capital votante permaneça em propriedade da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, será admitida, no capital da empresa pública, a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de entidades da administração indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Art. 4º Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.

§ 1º A pessoa jurídica que controla a sociedade de economia mista tem os deveres e as responsabilidades do acionista controlador, estabelecidos na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e deverá exercer o poder de controle no interesse da companhia, respeitado o interesse público que justificou sua criação.

⁵ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado : contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública**. Coimbra : Almedina, 1996. P. 60-64.

⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm Acesso em: 18 de maio de 2021.

Assim, resta esclarecer o que seria a empresa subsidiária das estatais. A subsidiária na definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro refere-se àquela que o controle acionário é realizado por uma das modalidades da empresa estatal, ficando os entes federados com o controle indireto da administração das subsidiárias⁷.

Importante salientar os tipos de atividades desempenhadas pelas empresas estatais para iniciar a discussão sobre quais estatais estariam permitidas de passar pelo regime falimentar quando observado o disposto no art. 173 da CF/88. Nesse sentido, as empresas estatais que realizam atividade econômica stricto sensu são aquelas pertencentes ao regime jurídico similar ao da iniciativa privada. Por outro lado, existem também as estatais que prestam atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços na qualidade de serviço público.

Porém, aqui cabe explicar o que seria essa atividade econômica desempenhada pelas estatais e o que a diferencia das demais entidades da administração indireta. Para tanto, será utilizada a obra de Eros Roberto Grau que atina para duas esferas da intervenção do Estado: a atividade econômica stricto sensu e a atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido amplo. Isso significa que o art. 173 da CF/88 disciplina a atividade econômica stricto sensu, tendo em vista que essas empresas exploram a atividade econômica de maneira direta, com fundamento no princípio da livre iniciativa e, em regra, no regime das empresas privadas⁸.

Contudo, quando o próprio poder público presta um serviço público ele também pode estar abarcado nas funções das empresas estatais. Dessa forma, o serviço público visa satisfazer uma necessidade social, que no entendimento de Eros Roberto Grau é o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público. No sentido de que a atividade econômica se configura como um gênero, composto por duas espécies: o serviço público e a atividade econômica stricto sensu⁹.

Posto isso, o cerne da problemática abordada pelo trabalho surge. As estatais exploradoras da atividade econômica stricto sensu estão conformadas no regime jurídico das empresas privadas, o que configura a possibilidade de também estarem submetidas ao Lei 11.101 de 2005. Entretanto, o art. 2º inciso I da referida lei proíbe que empresas públicas e sociedades de economia mista se sujeitem ao regime falimentar, demonstrando uma atecnia legislativa, já que não se leva em conta as peculiaridades das empresas estatais.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo** – 33. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. P. 566.

⁸ GRAU, Eros Roberto, **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14.ed. São Paulo: editora Malheiros, 2010. P. 99

⁹ Idem. Pág. 101

Além disso, dentro dessas duas espécies de atividade econômica existem regimes distintos, que acabam por dar contornos diferentes às estatais. Diante disso, as empresas estatais prestadoras de serviço público podem compor um regime de privilégio ou uma atuação de concessão ou permissão do serviço público, enquanto as empresas prestadoras de atividade econômica stricto sensu podem constituir uma atuação na forma de monopólio da atividade ou de concorrência com as empresas privadas. Portanto, as estatais podem ter contornos diversos e essa complexidade não foi levada em consideração pelo legislador da lei falimentar.

Marlon Tomazette identifica a necessidade de distinguir a atividade prestada pela estatal em prol de permitir ou não a sujeição da empresa ao regime falimentar. Aliás, o autor entende que as empresas prestadoras do serviço público estariam, sem grandes problemas, excluídas do regime privado da lei falimentar, entretanto, o mesmo não pode ser dito das empresas estatais que realizam atividade econômica stricto sensu¹⁰. Nesse sentido, o disposto na lei falimentar é contestável, já que viola a previsão constitucional expressa em tratar as empresas estatais de maneira equânime ao tratamento ofertado as empresas do setor privado, sendo essa a controvérsia que será examinada pela presente pesquisa.

1.1 Hierarquia normativa

O objetivo dessa seção é investigar, de maneira mais detida, a hierarquia normativa do ordenamento brasileiro e como a inconstitucionalidade é identificada pela interpretação normativa. Ao mesmo tempo que busca delimitar como o tema da possibilidade de uma empresa estatal passar pelo regime falimentar conforma-se ao ordenamento brasileiro.

A partir disso, destaca-se a afirmação de Eros Roberto Grau:

A interpretação do direito é a interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto- até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum.¹¹

¹⁰ “Sob a ótica do direito administrativo e da Constituição Federal, há que se diferenciar, entre as empresas estatais prestadoras de atividade econômica e as prestadoras de serviço público. As primeiras estão sujeitas ao mesmo regime das entidades de direito privado (CF- art. 173 §1º), já as últimas estão sujeitas ao regime próprio do direito público (CF-Art. 175). Tal diferenciação é fundamental, na medida em que para as últimas é possível fazer uma discriminação em relação ao regime privado.” (TOMAZETTE, Marlon. **Falência e recuperação de empresas / Coleção Curso de direito empresarial** – v. 3 – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. P. 53).

¹¹ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5ª ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2010 P.45.

É indubitável que ao analisar a possibilidade das empresas governamentais se sujeitarem ao regime falimentar é primordial a análise de todo o ordenamento jurídico, não apenas de uma única lei. A incompatibilidade entre normas é um tópico muito discutido pela doutrina, muito em razão do chamado ativismo judicial, que vem sendo tratado como uma problemática jurídica¹². Nesse sentido, compõe um importante cenário da pesquisa entender até que ponto o Poder Judiciário pode assinalar a inconstitucionalidade total ou parcial de um dispositivo de lei, sem ir além das atribuições legais permitidas ao poder.

Quando diante do texto de lei, o intérprete realiza a interpretação e produz a norma jurídica. Como observa Eros Roberto Grau, a interpretação da norma e a sua aplicação ao caso concreto não podem ocorrer de maneira autônoma porque, concomitantemente à análise do texto normativo, o magistrado também afere os dados da realidade¹³. Portanto, cada processo pode encontrar uma solução jurídica diferente, embora o intérprete esteja sempre atrelado ao texto da lei para dirimir sua decisão.

Ressalta-se que existem alguns critérios para superação de antinomias jurídicas como a abarcada no tema proposto à discussão: o cronológico, o da especialidade e o hierárquico que será o abordado por esse trabalho. Apenas de modo superficial, o critério cronológico entende que as leis mais novas se sobrepõem as mais antigas, enquanto o critério da especialidade dita que a lei mais específica prevalece sobre a mais generalista¹⁴.

O critério hierárquico, conforme mencionado, é o foco do tema em discussão, uma vez que estabelece uma regra rígida de preferência entre as normas, na qual a supremacia da Constituição prevalece. Desse modo, a Constituição é suprema porque, na visão de Virgílio Afonso da Silva, por um lado, ela disciplina questões fundamentais, sendo um pacto fundante. Por outro lado, ela é suprema por estar formalmente acima de outros tipos de leis, que não

¹² O objetivo do trabalho não é o aprofundamento no tema do ativismo judicial. Porém, existem inúmeras grandes obras que abordam o tema e merecem destaque como: BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012. E também: STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

¹³ “Por ora, repitamos: a norma encontra-se, em estado de potência, involucrada no texto. Mas ela se encontra assim nele involucrada apenas parcialmente, porque os fatos também a determinam – insisto nisso: a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos que se desprendam do texto (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos da realidade (mundo do ser). Interpreta-se também o caso, necessariamente, além dos textos e da realidade -no momento histórico no qual se opera a interpretação – em cujo contexto serão eles aplicados.” (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. P.33).

¹⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. Ed., 3.reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017. P. 503.

podem contrariá-la. Caso isto fosse possível, elas a modificariam e, portanto, a Constituição da República não seria suprema¹⁵.

Logo, a lei 11.101 de 2005 encontra-se subordinada aos ditames constitucionais, mas é preciso ir além do aspecto constitucional do dispositivo presente na referida lei, sendo relevante compreender como funciona o regime jurídico das empresas estatais. Inclusive, pela necessidade de examinar se a atividade desempenhada por essas empresas e suas peculiaridades realmente coadunam com os ditames da lei de recuperação judicial e falência.

1.2 Regime jurídico das empresas estatais

As empresas estatais são pessoas jurídicas de direito privado, que se sujeitam ao direito público, visto que as estatais surgem com o propósito de atingir um fim público que é determinado pelo ente federativo. Logo, é nesse cenário que aparece o regime jurídico estatal, conferindo as empresas governamentais distinções de outras empresas da administração indireta por não estarem totalmente submetidas ao regime público, mas também as distanciando das empresas privadas por possuírem derrogações de direito público pelo controle exercido pela administração pública.

Entretanto, como salienta Alexandre Santos de Aragão, mesmo falando em regime atípico das empresas estatais brasileiras, esse regime sequer é uniforme para todas elas, possuindo variações bem importantes de acordo, por exemplo, com a natureza da atividade econômica exercida¹⁶. Assim, o que se quer chamar a atenção é que dentro das empresas estatais existem subespécies, como analisadas na introdução dessa seção, que terão conformações distintas em seu regime jurídico¹⁷.

É importante delimitar alguns aspectos do regime jurídico das empresas estatais importantes para a análise da presente pesquisa. Desse modo, explana-se sobre o regime tributário, o regime societário, o regime patrimonial ou de bens, o regime de pessoal e o regime de licitação e contratos, chegando a discussão sobre o processo de dissolução de uma empresa estatal.

¹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1. Ed, 1ª reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021. P. 42.

¹⁶ Aragão, Alexandre Santos de. **Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. P. 140.

¹⁷ “Na verdade, não temos um regime jurídico das empresas públicas, ou um regime jurídico das sociedades de economia, apesar de muitos pontos em comum. Mesmo após a edição do Estatuto das Estatais, há quase tantos regimes jurídicos quanto empresas públicas e sociedades de economia mista existentes.” – ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. P. 140

O primeiro aspecto tratado será o regime tributário que vem descrito no art. 173 § 2º da CF/88, que veda expressamente a sujeição das empresas estatais a privilégios fiscais, tendo em vista que nesse aspecto se leva em conta as empresas privadas. Portanto, se a imunidade não é garantida ao setor privado, a Constituição da República impede que seja estendida as estatais.

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que apenas as empresas estatais que exploram atividade econômica stricto sensu em regime de concorrência e as empresas estatais que prestam serviço público em concorrência com concessionárias privadas estariam excluídas da imunidade tributária¹⁸. É possível concluir que empresas estatais prestadoras de serviços públicos em regime de exclusividade ou de atividades em regime de monopólio têm imunidade fiscal. Assim, o autor Alexandre Santos de Aragão é taxativo:

Como se vê, de acordo com o STF, três pontos devem ser alternativamente considerados a fim de afastar a imunidade tributária: (i) se a tributação não incide sobre bens e serviços inerentes à satisfação dos objetivos públicos do ente federativo; (ii) se a tributação incide sobre atividades econômicas desenvolvidas com o objetivo de lucro, com o que em princípio as sociedades de economia mista, por terem necessariamente sócios privados, estariam afastadas da possibilidade de usufruírem das vantagens de ser Fazenda Pública, salvo se forem sociedades de economia mista meramente nominais; e (iii) se a tributação incide sobre atividade desenvolvida em regime de concorrência.¹⁹

Uma empresa estatal terá imunidade tributária e fiscal se forem observados três requisitos: bens e serviços com objetivos públicos, prestarem atividades que não visam o lucro e atuar em regime de monopólio. O primeiro requisito trata da observância da finalidade do bem ou serviço, sendo ele destinado a prestar um objetivo público não poderá ser tributado. O segundo determina que se a atividade visar o lucro não terá qualquer imunidade, por isso as sociedades de economia mista ficam, em regra, excluídas da possibilidade de imunidade tributária por terem um viés voltado para o lucro, já que possuem sócios privados. E o terceiro

¹⁸ 1.1. A imunidade tributária recíproca se aplica à propriedade, bens e serviços utilizados na satisfação dos objetivos institucionais imanentes do ente federado, cuja tributação poderia colocar em risco a respectiva autonomia política. Em consequência, é incorreto ler a cláusula de imunização de modo a reduzi-la a mero instrumento destinado a dar ao ente federado condições de contratar em circunstâncias mais vantajosas, independentemente do contexto.

1.2. Atividades de exploração econômica, destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares, devem ser submetidas à tributação, por representarem manifestações de riqueza e deixarem a salvo a autonomia política.

1.3. A desoneração não deve ter como efeito colateral relevante a quebra dos princípios da livre concorrência e do exercício de atividade profissional ou econômica lícita. Em princípio, o sucesso ou a desventura empresarial devem pautar-se por virtudes e vícios próprios do mercado, sem que a intervenção do Estado seja fator preponderante. **(RE 253472, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 25.08.2010, Public 01.02.2011).**

¹⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. P. 251

requisito é ocorrendo atividade em regime de concorrência não estará sujeita ao privilégio tributário. Isto posto, é preciso destacar que a doutrina tem discordado da referida corte quando se trata da imunidade para empresas estatais que cobram preços e tarifas, haja vista o que dispõe o art. 150 §3º da CF/88²⁰. Entretanto, essa discussão não será exaurida no presente trabalho.

O aspecto societário das empresas governamentais também é derogado entre o público e o privado, carregando consigo aspectos tanto da forma societária empresarial do setor privado, quanto os regramentos da administração pública. Desse modo, as sociedades de economia mista, de acordo com o disposto no art. 5º da Lei 13.303/2016, devem ser obrigatoriamente constituídas sob a forma de sociedade anônimas, enquanto as empresas públicas não possuem essa limitação²¹. Além disso, as sociedades de economia mista devem ter o seu controle acionário exercido majoritariamente pelo poder público, ao passo que seu capital é público e privado. Em contrapartida, as empresas públicas têm o capital totalmente público. Logo, para Hely Lopes Meirelles “É uma empresa, mas uma empresa estatal por excelência, constituída, organizada e controlada pelo Poder Público²²”.

O regime patrimonial das empresas estatais também possui suas peculiaridades. Embora, o capital dessas empresas seja de origem pública, a regra é que eles possam ser alienados e onerados, não necessitando de autorização legislativa. Assim, os negócios das empresas públicas e sociedades de economia se encontram assimilados com as empresas da iniciativa privada. Aliás, como será explicado na próxima seção, os tribunais têm entendido que os bens afetados por serviços públicos não poderão ser penhorados, entretanto, a regra é que os bens das empresas estatais possam ser penhorados para pagamento de passivos da estatal²³.

Apesar das ponderações, sempre importantes para compreender as empresas estatais, o seu regime de pessoal é, em regra, circunscrito no direito privado e é determinado pela Consolidação das Leis de Trabalho (CLT). Assim, os empregados dessas empresas possuem um vínculo contratual como se em uma empresa privada trabalhassem. No entanto, as derrogações públicas acabam aparecendo, isso acontece porque as estatais estão sujeitas ao art. 37 da CF/88 que estabelece algumas distinções em relação as empresas privadas.

²⁰ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

§ 3º - As vedações do inciso VI, "a", e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. P. 591.

²² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 314.

²³ Idem. P. 316-322.

A primeira peculiaridade é que as estatais precisam realizar concurso público para contratarem seus empregados. Além disso, esses empregados estão submetidos a vedação de acumulação de cargos e as empresas estatais que são totalmente dependentes do orçamento público devem ter seus empregados restritos ao teto remuneratório constitucional. Alguns desses pontos ainda geram debate, tendo em vista que muitos autores argumentam que a exigência de concurso público não é absoluta. A existência da necessidade de ponderar outros bens justificaria o afastamento do concurso, assim como o próprio interesse público poderia gerar esse afastamento²⁴.

A segunda particularidade é o regime de licitação e contratos. As estatais estão submetidas às exigências de licitação e demais regras de contratação de obras, serviços, compras e alienações, tendo em vista os princípios da administração pública. Contudo, como salienta Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o legislador escolheu a lamentável decisão de na lei 13.303/2016 não distinguir as empresas estatais que atuam no domínio econômico, destacando duas situações em que essas empresas não estarão sujeitas ao regime de licitação:

O § 3º do artigo 28 exclui da abrangência da lei as empresas públicas e as sociedades de economia mista em duas situações: I – comercialização, prestação ou execução, de forma direta, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com respectivos objetos sociais; II – nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares vinculada a oportunidades de negócio jurídico definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.²⁵

Em regra, as empresas estatais estarão submetidas a licitação e apenas não ocorrerá sua aplicação quando estiver fundamentada em uma ordem prática que é destacada nas palavras de Alexandre Santos de Aragão:

O principal motivo para a inexigibilidade de licitação nesses casos é de índole constitucional, fundado em uma necessidade de ordem prática: para que a estatal possa competir em igualdade de condições, deve-se garantir – institucionalmente – a isonomia entre todas as possíveis concorrentes, públicas ou privadas. Em se tratando de exploração de atividades-fim das empresas estatais que atuam em regime de concorrência, a licitação inviabilizaria na prática a sua atuação no mercado. Imagine-se, por exemplo, se o Banco do Brasil tivesse que licitar quem seriam os seus correntistas.²⁶

²⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. P. 235.

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. P. 601.

²⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. P. 194.

A atividade da empresa estatal é justificativa para o afastamento do regime licitatório, tendo em vista que as estatais em regime de competição com as empresas privadas devem possuir um grau de estruturação competente para permitir sua competitividade no mercado. De tal forma, a ausência dessa distinção para empresas estatais, com impacto no mercado, geraria a perda da razão de ser da empresa, já que elas sempre estariam em desvantagem.

Destaca-se, ainda, o regime contratual das empresas estatais, que inicialmente tendem a estarem condicionados aos contratos do direito privado, sem a possibilidade de adoção das chamadas cláusulas exorbitantes. Nesse sentido, a lei do Estatuto das Estatais²⁷ reforçou a sujeição das empresas estatais ao regime contratual do direito privado, homogeneizando a discussão. A razão da escolha pelo regime privado é conformada por estarem essas empresas em um mesmo cenário com as empresas privadas, não podendo possuir privilégios que não seriam aplicáveis para as últimas²⁸. É, portanto, a administração pública encontrando alternativas mais flexíveis de se acomodar em uma atuação menos intervencionista.

Enfim, como demonstrado o regime jurídico das empresas estatais é complexo, porque depende de fatores que nem sempre são de fácil análise. Na mesma linha, está o tema sobre o regime falimentar das empresas estatais, que possui argumentos interessantes tanto contrários quanto a favor da sujeição dessas empresas ao instrumento do direito privado. Em razão disso, a próxima seção será destinada a explicar esses argumentos.

2 DISCUSSÕES DOUTRINÁRIAS

A doutrina nacional é bastante dividida em relação à possibilidade ou não de empresas estatais passarem pelo regime falimentar. A desconfiança é gerada, principalmente, pela incerteza a respeito das consequências de uma possível falência para as empresas estatais. Existem formas distintas de analisar o cenário e em ambas as visões, sejam positivas ou negativas a respeito da possibilidade dessas empresas serem delimitadas pelo regime privado, o único fator de difícil argumentação é o contrário a existência de uma incompatibilidade com a Constituição da República.

²⁷ Art. 68. Os contratos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/113303.htm Acesso em: 03 de maio de 2021.

²⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. P. 229.

O autor Marlon Tomazette infere três tipos de correntes existentes hoje na doutrina: aqueles que não acreditam na subsunção das empresas estatais ao regime falimentar, estando elas absolutamente excluídas; aqueles que acreditam na completa inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº 11.101/05 e aqueles que, como ele, compreendem existir uma atecnia parcial no dispositivo, ignorando a existência de determinadas empresas estatais que poderiam ser submetidas a recuperação judicial e a falência, as empresas estatais prestadoras de atividade econômica stricto sensu²⁹.

Todavia, o que chama a atenção na pesquisa é que, em muitos casos, os autores contrários não se prestam a realizar a distinção conceitual e prática existente entre as diferentes empresas estatais. Quando a realizam, ela é tendenciosa a ver o regime falimentar com maus olhos, determinando sempre que a falência seria um problema que não comportaria as empresas estatais. Em muitos casos, os autores de Direito Empresarial parecem se apoiar nos de Direito Administrativo para realizar sua análise e, portanto, são influenciados pelo autor que escolhem como molde da sua própria análise. Tendo isso em vista, a proposta é exatamente trazer os argumentos distintos e, na seção seguinte confrontá-los com a análise de casos.

2.1 Argumentos contrários

A primeira alegação mais comum decorre do fato de uma empresa estatal necessitar de autorização legal para ser criada. Assim, a sua extinção também precisaria de autorização legal. Na percepção de Marçal Justen Filho, não pode haver falência de empresa estatal porque somente uma lei pode determinar sua criação, dissolução ou extinção. A justificativa para a existência desse entendimento é a impossibilidade de desequilíbrio entre os poderes, ou seja, não poderia o executivo decidir sozinho sobre o fim de uma empresa governamental, sendo vital o parecer do poder legislativo por meio de lei. Dessa forma, entende-se que possibilitar a extinção via decisão judicial feriria o paralelismo de formas³⁰.

Ao mesmo tempo, como ressalta Fábio Ulhoa Coelho, os credores das empresas estatais não teriam interesse no processo de falência, tendo em vista que são controladas por pessoas jurídicas de direito público e, portanto, existe uma garantia de solvência mais segura e certa³¹.

²⁹ TOMAZETTE, Marlon. **Falência e recuperação de empresas / Coleção Curso de direito empresarial** – v. 3 – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. P. 52-53.

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P.306.

³¹ Coelho, Fábio Ulhoa. **Curso de direito Comercial, volume 3: Direito de Empresa**. 13ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 312.

O autor compreende haver absoluta impossibilidade dessas empresas passarem pelo regime falimentar. De acordo com Fábio Ulhoa Coelho:

A primeira diz respeito às empresas públicas e sociedades de economia mista, que estão totalmente excluídas do processo falimentar (LF, art. 2º, I). Como são sociedades exercentes de atividade econômica controladas direta ou indiretamente por pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Distrito Federal, Territórios ou Municípios), os credores têm sua garantia representada pela disposição dos controladores em mantê-las solventes. Não é do interesse público a falência de entes integrantes da Administração Indireta, ou seja, de desmembramento do Estado. Caindo elas em insolvência, os credores podem demandar seus créditos diretamente contra a pessoa jurídica de direito público controladora.³²

Entretanto, apesar de parecer ser um privilégio não estar amparado pelo regime falimentar, a realidade é bem diferente. Quando se observa as características da lei falimentar, percebe-se que ela é um instrumento bastante importante e uma alternativa para empresas que apresentam dificuldades. O autor Igor Volpato Bedone afirma que o processo falimentar, como uma execução concursal, permite as empresas privadas atingirem o princípio da preservação da empresa com garantias benéficas à sua continuidade, como a suspensão de todas as pretensões de cobrança dos credores. Assim, o autor infere que o regime falimentar não seria propriamente um ônus, não sendo o afastamento um privilégio para as estatais³³. Logo, a visão de uma vantagem para as empresas estatais seria falaciosa.

Na visão de José Vicente Santos de Mendonça, existe um desnivelamento entre empresas do setor público e do setor privado. O autor compreende que não seria propriamente um ônus fazer parte do regime falimentar. Inclusive, ele entende que é preciso identificar exatamente em que medida a imunidade contra a falência seria efetivamente um diferencial que torna as estatais mais competitivas no mercado. Afinal, elas sairiam prejudicadas em diversos aspectos, simplesmente por serem estatais e não existir outra forma de agir em relação a elas³⁴. Dessa forma, nas palavras do autor “por mais que se queira, estatais e empresas privadas não são e nunca serão a mesma espécie de entidade. Não é uma imunidade à falência que vai torná-las as campeãs do mundo empresarial”³⁵.

No que diz respeito à transferência do controle de uma empresa que passa pelo regime falimentar a um administrador judicial, o Poder Judiciário teria de designar um particular de acordo com a lei. Nesse sentido, o administrador judicial é um personagem incompatível com

³² Idem P. 312.

³³ BERDONE, Igor Volpato. **Empresas Estatais e seu regime jurídico**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. P.227

³⁴ MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. P. 223.

³⁵ Idem P. 223.

as diretrizes das estatais, tendo em vista que, como Marçal Justen Filho sinaliza, a suspensão do controle dos sócios da empresa falida é questionável no setor público, o que deixaria a administração para um particular³⁶.

Marçal Justen Filho ainda destaca que passar pelo regime falimentar é uma alternativa inútil, já que os entes federados continuariam tendo responsabilidade subsidiária como dispõe o art. 37, § 6º da CF/88. Isso porque a falência aparecerá como um dano e como o ente tem o dever de realizar todas as medidas para evitar a insolvência, a existência da falência será um prejuízo que ele deverá arcar³⁷. Portanto, se o intuito é de desresponsabilizar ou diminuir os encargos dos entes públicos, a própria Constituição da República é expressa em admitir a impossibilidade.

Ademais, algumas outras pendências são possíveis de questionamento imediato. A primeira é que, observando o artigo 2º da Lei de Falências, as estatais não são as únicas impedidas de passar pelo regime falimentar, o que colabora para compreensão de que outros agentes econômicos também não estão submetidos à lei, em razão das suas próprias características. Já a segunda pendência é em relação aos bens das empresas estatais que, de acordo com o art. 100 da CF/88, seriam impenhoráveis quando realizarem serviço público.

A análise doutrinária permite identificar muitas possíveis incongruências em permitir que uma estatal venha a passar pelo regime falimentar. Todavia, é a partir dessa análise de riscos e incompatibilidades que será possível identificar alternativas e reflexões como se verá a seguir.

2.2 Argumentos a favor

A corrente de autores que anuem com a inserção das empresas estatais no regime falimentar, em sua maioria, concordam com a necessidade dessas empresas estarem delimitadas pela prestação de uma atividade econômica em concorrência com o mercado. Assim, sustentam que o dispositivo trazido na Lei de Recuperação Judicial e Falência é inconstitucional porque não é feita a distinção entre empresas estatais que prestam serviço público e aquelas que prestam atividade econômica.

Na concepção de Marlon Tomazette, as empresas que exploram a atividade econômica estão contempladas pelo regime falimentar, pois, de acordo com a CF/88, em seu art. 173 §1º, as empresas estatais estariam equiparadas ao setor privado. Logo, não existiria razão suficiente

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 306.

³⁷ Idem. P. 306.

para impedir a submissão dessas empresas a lei nº 11.101/2005, ao passo que a própria Constituição da República impediria tal discriminação³⁸.

Além disso, o impedimento das empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam atividade econômica falirem revela uma eventual percepção de que essas empresas seriam mais confiáveis que as outras empresas do mercado. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a lei falimentar falhou em dar tratamento igual sem realizar a distinção entre empresas que prestam serviço público e as que prestam atividade econômica. Essa distinção é feita pela própria Constituição da República por uma razão: garantir a isonomia não apenas na situação problema do presente trabalho, como também nas obrigações civil, trabalhistas e tributárias³⁹. Portanto, de acordo com a autora, se o comando constitucional é no sentido da aplicação de tais normas, é inadmissível afastá-las por meio de lei infraconstitucional⁴⁰.

Em artigo sobre a falência das empresas governamentais, Felipe do Canto Zago observa que, ao desempenhar atividade econômica, o Estado deve realizá-la em estrita concorrência leal com as empresas privadas. Nesse sentido, o Estado quando realiza atividade econômica atua como empresário e, portanto, estaria contemplado pelo regime falimentar e sujeito aos mesmos ditames das empresas privadas⁴¹.

Autores contrários à submissão das empresas estatais ao regime falimentar salientam que elas apenas poderiam ser extintas por lei que autorizasse tal situação. Entretanto, Marlon Tomazzete explica que a falência é apenas uma forma de liquidação e não necessariamente de extinção das sociedades. Inclusive, o autor salienta que após a falência, cessam seus efeitos e as atividades econômicas poderiam continuar com novos investimentos⁴².

O fim da pessoa jurídica por meio de lei específica que autorize tal procedimento foi questionado no Supremo Tribunal Federal recentemente, com a ADI 6.241. O que ocorreu foi um pedido do partido PDT (Partido democrático Trabalhista), no qual se questionava a necessidade de lei específica para a ocorrência de privatizações federais que tiveram aprovação do Poder Executivo para ocorrerem como: Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias (ABGF), a Empresa Gestora de Ativos (Engea), a Casa da Moeda, o Centro

³⁸ TOMAZETTE, Marlon. **Falência e recuperação de empresas / Coleção Curso de direito empresarial** – v. 3 – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. P. 52-53.

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo** – 33. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. P.611.

⁴⁰ Idem P. 580.

⁴¹ ZAGO, Felipe do Canto. **A falência das empresas públicas e das sociedades de economia mista**. Artigo de opinião, Conjur. Publicado em dezembro de 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18021/a-falencia-das-empresas-publicas-e-das-sociedades-de-economia-mista> Acesso em: 04/02/2021.

⁴² TOMAZETTE, Marlon. **Falência e recuperação de empresas / Coleção Curso de direito empresarial** – v. 3 – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. P.53.

Nacional de Tecnologia Eletrônica Avançada (Ceitec), o Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro) e a Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência (Dataprev)⁴³.

Acontece que a aplicação do Programa Nacional de Desestatização trouxe a previsão da necessidade apenas da recomendação, por meio do Conselho Nacional de Desestatização, seguida da aprovação do Presidente da República. Assim, o PDT sustentava a venda ou mesmo a extinção de uma empresa estatal federal exclusivamente quando houvesse a existência de uma lei específica e da prévia autorização do Congresso Nacional. Porém, tal entendimento foi negado pelo STF, que decidiu pela possibilidade de lei genérica definir as diretrizes da desestatização de empresas governamentais.

A ministra Cármen Lúcia salientou em seu voto⁴⁴ que a existência do Programa de Desestatização é suficiente para configurar a autorização pelo Congresso Nacional, sendo uma política pública que objetivamente define os parâmetros para eventuais desestatizações. Ao mesmo tempo, a Advocacia Geral da União foi enfática sobre o assunto:

Todavia, o paralelismo das formas, intuitivo quanto possa parecer, deve ter seu valor secundarizado e temporizado ante o princípio da subsidiariedade da atuação empresarial do Estado na exploração das atividades econômicas. (...) A exigência de lei específica para autorizar a retirada da presença estatal do domínio econômico típico da iniciativa privada é, nesse sentido, um contrassenso. De fato, a participação do legislador nessa matéria deve ter apenas um sentido remoto, sendo exercido por meio de um consentimento genérico, sob pena de dificultar injustificadamente a administração das estatais.⁴⁵

Quisesse o Constituinte, originário ou derivado, estabelecer como requisito de validade a edição de lei em sentido formal - quer para a instituição quer para a desestatização de empresa estatal -, haveria que fazê-lo de modo expresso, por se tratar de norma que disciplina o exercício e a relação entre os Poderes da República, estabelecendo, para cada qual, seu âmbito jurídico de exercício de poder, isto é, o âmbito compreensivo de sua competência constitucional.⁴⁶

A decisão infere que existindo uma lei genérica sobre a desestatização, como a Lei nº 9.491/1997 e a Lei nº 13.334/2016, que respectivamente tratam do Programa Nacional de Desestatização e do Programa de Parcerias de Investimento, não seria necessário falar em lei específica para realizar privatizações ou extinções. Logo, a lei específica será necessária quando a legislação que criou tal empresa tenha expressamente previsto a necessidade de lei para sua

⁴³ **GOVERNO: desinveste mais de R\$ 200 bilhões em ativos e inclui 15 estatais no PND desde 2019.** GOV BR, 6 de maio de 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2021/maio/governo-desinveste-mais-de-r-200-bilhoes-em-ativos-e-inclui-15-estatais-no-pnd-desde-2019> 05/2021 Acesso em: 12/02/2021.

⁴⁴ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6241/DF.** Requerente Partido Democrático Trabalhista. Ap. Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário Virtual, Dje. 06.02.2021. Brasília, 2021. Fls. 13-14, e-doc. 38, do voto da Ministra Cármen Lúcia.

⁴⁵ Idem. (fls. 24-28, e-doc. 38).

⁴⁶ Idem. (fl. 16, e-doc. 49).

desestatização. Isto posto, a lei autorizativa para uma empresa estatal falir já estaria presumida nessas leis genéricas, se observado o raciocínio atual de interpretação do próprio art. 37, inciso XIX, da CF/88, que não dispõe expressamente sobre a forma de extinção.

Ao longo da pesquisa, foi possível constatar uma característica muito comum entre autores do Direito Administrativo, que é a constante menção ao princípio da continuidade do serviço público. Muito embora essa alegação não faça sentido quando observada a empresa estatal prestadora de atividade econômica, alguns pontos devem ser questionados sobre o uso exacerbado do princípio como impeditivo para que as empresas governamentais passem pelo regime falimentar.

A primeira observação não é tão óbvia nem pacífica na doutrina, mas o princípio da continuidade do serviço público não é absoluto. A continuidade do serviço público é atingida até um certo ponto, muito embora ela deva ser a regra pela sua essencialidade e garantia da dignidade humana, nem sempre é factível. Como exemplos é possível notar a necessidade de reparos e obras que impedem a continuidade do serviço, assim como a inadimplência do usuário e o direito de greve dos servidores públicos. Para tanto, destaca-se a dissertação de mestrado de Gianfrancesco Genoso sobre o princípio da continuidade do serviço público, na qual o autor conclui que o princípio da continuidade não possui valor absoluto porque precisa equilibrar os direitos dos administrados e as prerrogativas da administração⁴⁷.

A segunda análise aparece, portanto, como uma extensão da primeira. A possibilidade de extinção de uma empresa estatal, imediatamente pressupõe que o princípio da continuidade do serviço público é limitado. Nesse sentido, falar em princípio da continuidade do serviço público como um tolhimento ao eventual cenário da estatal passar pelo regime da falência é contrastante com a já existente possibilidade do serviço público ter sua atuação findada pela extinção.

Destaca-se que os administradores judiciais não seriam particulares, porque não estariam ali incumbidos de defender os credores ou realizar uma função privada. Marlon Tomazette afirma que o administrador judicial é um órgão auxiliar do juízo, cuja investidura é originária, não sendo uma representação de partes⁴⁸. Ele salienta que:

Ele será o principal braço de atuação do juiz nos processos de falência e recuperação judicial. Cabe a ele trazer ao juiz os subsídios necessários para o melhor andamento

⁴⁷ GENOSO, Gianfrancesco. **Princípio da Continuidade do Serviço Público**. Dissertação de mestrado em Direito, Universidade do Estado de São Paulo. P.129.

⁴⁸ TOMAZETTE, Marlon. **Falência e recuperação de empresas / Coleção Curso de direito empresarial**. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação .2020. P.144.

dos processos de falência e recuperação judicial. Em razão disso, pode-se afirmar que ele exerce um *munus* público [...]”⁴⁹

É claro que é o afastamento do Estado da direção da empresa governamental o principal incômodo em relação a esse tópico, porém o administrador judicial será um sujeito escolhido pelo magistrado com imparcialidade, confiabilidade, idoneidade e, preferencialmente, com conhecimentos técnicos. Portanto, é equivocado afirmar que se trata de um particular, já que o administrador judicial é determinado por um interesse público de permitir o retorno ao mercado de maneira mais eficiente dos ativos da empresa, seja por meio da recuperação judicial ou por meio da falência.

Outra percepção que rende muitos questionamentos é a possibilidade das empresas estatais terem seus bens penhorados, fato que também feriria o princípio da continuidade do serviço público. Durante a realização da pesquisa ficou claro que, sim, a possibilidade de um bem ser penhorado, alienado ou onerado feriria o princípio da continuidade do serviço público. Entretanto, como já mencionado, nem todas as estatais tem o escopo de prestar serviço público, algumas realizam atividade econômica e no entendimento de Hely Lopes Meirelles a igualdade obrigacional em conformidade com as empresas privadas é o que mantém as estatais com liquidez e aceitação na área empresarial⁵⁰.

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que empresas governamentais terão a impenhorabilidade absoluta de seus bens e conseqüente submissão ao regime de precatórias, quando prestarem serviço público sem atividade concorrencial e que não distribua seus lucros para sócios privados⁵¹. Aqui cabe a análise feita por Igor Volpato Berdone:

Há necessidade, pois, de que a estatal seja uma empresa pública e, caso seja sociedade de economia mista, deve sê-lo somente formalmente, isto é, com quase totalidade de capitais nas mãos do Estado e sem distribuição de lucros a sócios privados. Em outros

⁴⁹ TOMAZETTE, Marlon. **Falência e recuperação de empresas / Coleção Curso de direito empresarial.** – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. P.145.

⁵⁰ “Quanto aos bens públicos recebidos para formação de seu patrimônio e os adquiridos no desempenho de suas atividades, passam a formar uma outra categoria de *bens públicos, com destinação especial, sob administração particular da empresa a que foram incorporados, para a consecução de seus fins estatutários.* Com essa qualificação, tais bens podem ser utilizados, onerados ou alienados, sempre na forma estatutária e independentemente de autorização legislativa especial, porque tal autorização está implícita na lei que autorizou a criação da empresa e lhe outorgou os poderes necessários para realizar as atividades, obras ou serviços que constituem os objetivos da organização. Daí decorre que todo o seu patrimônio - bens e rendas - serve para garantir empréstimos e obrigações resultantes de suas atividades, sujeitando-se a execução pelos débitos da empresa, no mesmo plano dos negócios da iniciativa privada, pois sem essa igualdade obrigacional e executiva seus contratos e títulos de crédito não teriam aceitação e liquidez na área empresarial. As empresas prestadoras de serviços públicos, contudo, apresentam situação diferente, pois os bens vinculados ao serviço não podem ser onerados, nem penhorados, nem alienados (salvo autorização de lei específica), em face do princípio da continuidade do serviço.” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** P. 461-462).

⁵¹ BERDONE, Igor Volpato. **Empresas Estatais e seu regime jurídico.** Salvador: Editora Juspodivm, 2018. P.214.

termos, uma sociedade de economia mista só na forma, pois de fato, seria quase que verdadeira empresa pública.⁵²

Assim, o entendimento do STF tem sido extensivo a toda e qualquer empresa estatal que preste serviço público, sendo impenhoráveis os bens de empresas com essas características. Entretanto, parte da doutrina tem compreendido essa absoluta impossibilidade como problemática, haja vista que como salienta José dos Santos Carvalho Filho tais precedentes são perigosos e estimulam condutas abusivas por parte de empresas que se valem da condição de integrantes da administração indireta para não solver os débitos que têm para com seus credores. A explicação do autor é que nem todos os bens de uma estatal prestadora de serviço público, necessariamente, são diretamente destinados a prestar o serviço público e, portanto, não deveria ter seus bens protegidos pela impenhorabilidade⁵³.

A análise dos argumentos favoráveis leva à conclusão de que existem muitos obstáculos sendo levantados para a submissão das empresas estatais ao regime falimentar, que analisados sobre diferentes óticas, como ficou evidenciado, não constituem um verdadeiro entrave. Além disso, como se demonstra na próxima seção, já existe demanda para que tal possibilidade vire uma alternativa real.

3 ANÁLISE DE JULGADOS

As análises presentes nessa seção surgem da necessidade em evidenciar as razões que justificariam a instituição do regime falimentar como uma alternativa importante diante das condições atuais para gerir as crises das empresas estatais.

A partir disso, o primeiro caso abordado reflete sobre o que ocorre quando uma empresa estatal é extinta e suas consequências. Aqui, o escopo principal do tópico será compreender como a extinção é um instrumento bastante defasado e, apesar de indispensável para eliminar estatais inviáveis e insolventes, o processo de extinção acaba gerando mais males e postergando desperdício e inoperância por longos períodos.

Em seguida, será abordado o caso de uma associação civil que entrou com o pedido de recuperação judicial, demonstrando que os recortes para aplicação de tal instrumento têm sido ampliados, possibilitando que agentes econômicos que antes não estariam sujeitos ao regime falimentar, agora encontram respaldo nos tribunais nacionais.

⁵² Idem, P. 214-215.

⁵³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo** – 34. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. P. 541.

Por fim, foi feita uma análise dentro dos tribunais nacionais sobre empresas estatais que entraram com pedido de recuperação judicial, analisando um caso que ganhou projeção nacional. Dessa forma, o terceiro tópico tratará do caso paradigma, que deu ensejo a discussão dentro Supremo Tribunal Federal após uma longa discussão nos tribunais inferiores.

3.1 A extinção de uma empresa estatal

A empresa estatal da Rede Ferroviária Federal S.A (RFFSA) criada em 1957 e autorizada pela lei 3.115, era uma sociedade de economia mista e uma das principais estatais do Brasil até o ano de 1996, quando teve transferida sua operação para o sistema privado. De acordo com o jornal O GLOBO (2005)⁵⁴, a decretação da liquidação da empresa aconteceu em 1999, entretanto a lei 11. 483 que extinguiu a estatal só foi decretada em 31 de maio de 2007, quase oito anos depois.

Esse caso é interessante para compreender como a forma de liquidação de empresas governamentais no país é problemática. Uma das razões disso é a falta de eficiência e economicidade na promoção dessa resolução da empresa, permitindo que o procedimento se estenda por longos períodos e gere ainda mais gastos.

A empresa RFFSA possuía no ano de 2006 aproximadamente 30 mil ações trabalhistas e dívidas de 5,5 bilhões de reais. De tal forma que todos esses empecilhos dificultavam a realização da liquidação da empresa, tendo em vista que o pedido de um inventário detalhado por parte do Ministério Público gerou ainda mais demora. A situação demonstra que existia uma clara falta de conhecimento sobre a situação da empresa e sobre a totalidade de seus bens, dificuldades que se devem ao procedimento extenso e moroso que levou ao atraso para realizar o levantamento dos bens.

Normalmente, algumas estatais, antes mesmo de iniciada a liquidação, já estavam a alguns anos inoperantes. Nesse modelo, a RFFSA já era uma empresa inoperante dez anos antes, em razão da privatização da malha ferroviária, estando durante todo esse período até sua extinção como um morto-vivo. Aliás, um ano antes da sua completa extinção a RFFSA ainda

⁵⁴ LOUVEN, Mariza e TAVARES, Monica. **RFFSA foi liquidada, mas sobrevive e já custou 5,5 Bilhões.** O Globo, 27 de set. de 2005. P. 23. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/393793/noticia.htm?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 02 de abril de 2021.

contava com 474 funcionários e rendeu aos cofres públicos no ano de 2005, aproximadamente, 50 milhões de reais, mesmo completamente inativa⁵⁵.

A análise do caso reflete também o procedimento de extinção de uma empresa estatal, porque é preciso a ocorrência da liquidação com o pagamento do passivo e o rateamento do ativo remanescente, realizando a prestação de contas. Igualmente, a extinção também pode ocorrer pela incorporação, fusão ou cisão da estatal com outras sociedades.

Como assinalado a RFFSA ficou pelo menos dez anos em completa inoperância e a administração pública não realizou estudos de viabilidade, que poderiam ter demonstrado com mais clareza e eficiência a necessidade de extinção imediata. O autor Alexandre do Santos de Aragão afirma que é praxe jurisdicional e administrativa o não encerramento das atividades de estatais em razão da sua insolvência, com o Erário sistematicamente atendendo as suas necessidades financeiras mais prementes e tornando a empresa uma estatal dependente⁵⁶.

Uma empresa estatal dependente é aquela que de modo geral não afere lucro, demandando verbas do ente público para conseguir sustentar suas atividades. Contudo, não é um requisito dessas empresas serem altamente lucrativas, configurando uma empresa dependente apenas se não conseguirem custear a própria manutenção. Nesse sentido, a estatal tem um regime orçamentário análogo ao das empresas de direito público, sendo chamada de estatal dependente sempre que precisarem do Erário para seu aporte⁵⁷.

É preciso destacar que a inviabilidade da empresa governamental não se identifica pela falta de lucro, porque esse não é o escopo de uma estatal, já que mesmo aquelas criadas para realizar a atividade econômica só serão permitidas se necessárias aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. De tal forma que a sua extinção apenas deve ocorrer quando esses dois fatores não mais existirem.

⁵⁵ TEREZA, Irany. A agonia sem fim da rede ferroviária. O Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/319391/noticia.htm?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 03 de abril de 2021.

⁵⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. P. 268.

⁵⁷ A estatal dependente tem vários aspectos de sua atuação e gestão limitados, o que se explica por demandar verbas do Erário para atuar, ao contrário das estatais não dependentes, sustentadas por seus próprios negócios e bens. Além de um zelo pelo dinheiro do ente público instituidor, a distinção também traz um incentivo à busca de autossustentabilidade pelas estatais: quanto mais a estatal gerar a sua própria receita, mais autonomia terá para gerir o seu pessoal, o seu patrimônio, o seu orçamento. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. P. 180.

Dessarte, o planejamento da extinção é primordial para a maior serventia do instrumento da extinção. Isto posto, em 28 de novembro de 2018 foi publicado o Decreto nº 9589⁵⁸ assinado pelo então presidente Michel Temer, que determinou regras para acelerar o processo de extinção de estatais federais, vinculando o processo de liquidação a um mesmo órgão: a Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (Sest)⁵⁹. Além disso, os passivos judiciais das estatais são agora de responsabilidade da Advocacia-Geral da União, ao passo que o art. 8º do referido decreto estabeleceu as atribuições do liquidante, dando mais diretrizes ao processo de desestatização da empresa estatal.

O novo regramento possibilita um olhar mais planejado para a liquidação, embora não seja possível aferir pelo curto período de vigência o grau de melhoria do processo de liquidação, já é possível notar que a União tem sido mais ágil em realizar desestatizações, já que o governo federal extinguiu em dois meses de 2020 duas estatais: a Companhia de Armazéns e Silos do Estado de Minas Gerais (Casemg) e a Companhia Docas do Maranhão (Codomar). Se essas extinções deveriam ter acontecido é uma outra discussão, mas inegavelmente a liquidação foi muito mais ágil⁶⁰.

Assim, o que pode ser inferido do processo de extinção das empresas estatais é que ele necessita de uma métrica, na qual essas empresas alcancem seu fim com um processo mais diligente para todos os participantes e com mais segurança jurídica. Desse modo, tanto os funcionários, acionistas, entes federados e credores devem passar por um processo mais organizado, que efetivamente analise a viabilidade da empresa e dê as devidas diretrizes. Contudo, como veremos a seguir nem sempre a empresa precisa ser extinta, porque ela desempenha uma contribuição social tão importante, que o melhor é buscar meios de conservação, como o regime falimentar.

⁵⁸ BRASIL. **Decreto nº 9.589. Brasília, de 29 de novembro de 2018.** Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/52754694/do1-2018-11-30-decreto-n-9-589-de-29-de-novembro-de-2018-52754454 Acesso em: 12 de junho de 2021.

⁵⁹ MÁXIMO, Welton. Transferência de responsabilidades facilitará extinção das estatais. **Agência Brasil**, Brasília. 4 dez. 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-12/transferencia-de-responsabilidades-facilitara-extincao-de-estatais> Acesso em: 12 de junho de 2021.

⁶⁰ OTTA, Lu Aiko. Governo extingue duas estatais em dois meses. **Valor investe**, 11 de nov. de 2020, Brasília. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/mercados/brasil-e-politica/noticia/2020/11/17/governo-extingue-duas-estatais-em-dois-meses.ghtml> Acesso em: 30 de junho de 2021.

3.2 Agentes econômicos excluídos da recuperação judicial

A quinta vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deferiu o pedido de recuperação judicial da Associação Sociedade Brasileira de Instrução, a renomada Universidade Candido Mendes⁶¹. Nesse sentido, o cerne dessa decisão é o fato da universidade ser uma associação civil sem fins lucrativos, regime que não se enquadra na previsão da lei 11.101/2005 que permite apenas sociedades empresárias de requererem o regime falimentar.

O art. 966 do Código Civil disciplina que empresário é quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Isto posto, na concepção de Marlon Tomazette existem alguns elementos que caracterizam o empresário⁶².

O primeiro elemento é a atividade, que consiste em atos voltados para um fim comum em prol de um empreendimento bem sucedido. É a conformação da economicidade, cujo entendimento é gerar mais riquezas que prejuízos, ou pelo menos que não se destine a ter prejuízos, mas um equilíbrio. Para Marlon Tomazette tal concepção não significa que a atividade não possa gerar prejuízos, mas que abstratamente não se dirige a isso, ela deve ser desenvolvida ao menos para evitar os prejuízos.

O segundo elemento importante para o autor é a organização, na qual o empresário utiliza-se de meios coordenados para realizar a atividade-fim. Além disso, outra composição importante é a profissionalidade, cuja ideia é a habitualidade da atividade ocorrendo em caráter estável. Existe também a necessidade de circulação de bens ou serviços, que buscam satisfazer terceiros, não podendo ser entendida como mera troca.

No mesmo sentido, o terceiro elemento é o direcionamento para o mercado, não podendo o empresário exercer a atividade para si mesmo, devendo dirigir a atividade para o mercado. Já o quarto elemento trata da assunção do risco, ou seja, todo o ônus da empresa é do empresário.

A partir dessa análise é preciso compreender o que é uma associação civil, para discernir se seria possível que esse agente econômico usufrísse do regime falimentar. O art. 53 do Código Civil define associação como uma união de pessoas que se organizam para fins não

⁶¹ BRASIL, **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (5ª Vara empresarial). Recuperação Judicial. Nº 0093754-90.2020.8.19.0001**. Associação Sociedade Brasileira de Instrução, a renomada Universidade Candido Mendes. Juíza de Direito Maria da Penha Nobre Mauro. Julgado: 31 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/285270824/processo-n-0093754-9020208190001-da-5-vara-empresarial-do-trf-2> Acesso em: 12 de Abril de 2021.

⁶² TOMAZETTE, Marlon. **Teoria Geral e Direito Societário/ Coleção Curso de Direito Empresarial**. v.1 -11 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.P. 42-45.

lucrativos, compreendendo o principal obstáculo para sujeição da Universidade Cândido Mendes ao regime falimentar, como uma associação ela visa atividades ideais, morais artísticas e literárias, não desenvolvendo atividade econômica⁶³.

A magistrada Dra. Maria da Penha Nobre Mauro do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu o seguinte:

O *busilis* não está, pois, na natureza jurídica do agente econômico, mas no impacto da atividade econômica por ele empreendida, na economia e na sociedade. Ainda que formalmente registrada como associação civil, a entidade de ensino, à toda evidência, desempenha atividade econômica lucrativa, que repercute jurídica e economicamente. A concepção moderna da atividade empresária se afasta do formalismo para alcançar a autêntica natureza da atividade objetivamente considerada. Ainda que no aspecto formal a mantenedora da Universidade Cândido Mendes - ASBI - se apresente como associação civil, de fato, ela substancialmente desempenha verdadeira atividade empresária, a teor do art. 966 do Código Civil, pois realiza atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, gera empregos e arrecadação para o Estado, revestindo-se de genuína função social.⁶⁴

A magistrada fez outra indagação interessante: o cerne do caso é uma discussão sobre forma ou substância?⁶⁵ Ou seja, a forma importa tanto ao passo de permitir que um agente econômico de grande função social, seja renegado a usufruir de um instrumento jurídico, que poderia beneficiar não apenas a própria associação civil, mas também um corpo externo e interno que depende dela? O tribunal entendeu que apesar de não possuir fins lucrativos entre os associados, a associação possui fins econômicos e, portanto, não seria excluída do regime falimentar.

Isto posto, é preciso fazer algumas observações. O ponto de partida é que o Tribunal do Rio de Janeiro ampliou o entendimento da lei falimentar, sendo inquestionável que ocorreu um ativismo judicial, porque mesmo que a argumentação jurídica seja bem construída ela ainda sim confronta o disposto em lei. Portanto, estamos diante de um Direito posto e um Direito que compõe o mundo real ao analisar o cenário das associações no contexto social.

Também não se pode perder de vista que a lei falimentar foi modernizada recentemente pela promulgação da lei 14.112 de 2021, que possibilitou ao legislador que incluísse novos agentes econômicos sujeitos a recuperação judicial e falência, porém, novamente, se decidiu pela manutenção da exclusão desses personagens.

⁶³TOMAZETTE, Marlon. **Teoria Geral e Direito Societário. Coleção Curso de Direito Empresarial.** V.1 -11 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. P. 232.

⁶⁴BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (5ª Vara empresarial). Recuperação Judicial. Nº n°0093754-90.2020.8.19.0001. Associação Sociedade Brasileira de Instrução, a renomada Universidade Candido Mendes. Juíza de Direito Maria da Penha Nobre Mauro. Julgado: 31 de agosto de 2021. f. 7054.

⁶⁵Idem. f. 7057.

Logo, a importância desse caso para a análise da sujeição das empresas estatais a falência é indiscutível, tendo em vista que, apesar de diferentes em inúmeros sentidos, o que as associações e as estatais possuem em comum é a importância social, política e econômica, que justificam a discussão sobre alternativas jurídicas propícias a garantir uma viabilidade de manutenção das suas existências.

3.3 Recurso extraordinário 1.249.945: o caso paradigma que se encontra em discussão atualmente no STF

O caso que trouxe maior visibilidade para a temática analisada é o Recurso Extraordinário 1.249.945⁶⁶, que trata do pedido de recuperação judicial da empresa municipal de Montes Claros – MG, a ESURB (Empresa pública de serviços, obras e urbanização). É importante frisar que a empresa começou a passar pelo desequilíbrio econômico em meados de 2017 e desde então não conseguiu se reestabelecer no mercado.

Os advogados do caso argumentam, em consonância com os argumentos analisados na segunda seção do presente trabalho, que o impedimento firmado no dispositivo segundo da lei falimentar é inconstitucional por realizar uma discriminação entre empresas estatais prestadoras de atividade econômica e empresas privadas que não encontram suporte na Constituição da República. Além disso, determinam que a ESURB é uma empresa que presta atividade econômica, não estando limitada apenas à prestação de serviços públicos. No art. 4º do Estatuto social da empresa é possível identificar suas áreas de atuação e depreender que, embora não seja uma empresa que apenas presta atividade econômica, a ESURB está longe de ser apenas uma prestadora de serviço público.

Art. 4º - São objetivos da Empresa:
V. Recuperar e urbanizar terrenos;
VI. Explorar a indústria da construção civil;
VII. Executar obras de terraplanagem e serviços de transportes;
VIII. Promover reparos e conservação de obras, vias e logradouros públicos e particulares;
IX. Construir parques, praças e jardins, arborizando ruas e praças;

⁶⁶BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) 1.249.945. Ementa: 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. Relator: Ministro Luiz Roberto Barroso. DJe: 27/08/2020. JusBrasil, 2020.

- X. Explorar pedreiras, jazidas de areia e de materiais similares;
- XI. Produzir e comercializar concreto asfáltico;
- XII. Promover o asfaltamento ou pavimentação, de qualquer tipo, de logradouros públicos ou particulares, estes últimos mediante contrato entre a Empresa e o particular interessado e mediante o pagamento de preço dos serviços e obras;

O histórico da empresa demonstra porque ela ainda pode ser viável ao escopo social, já que como apurado na petição inicial as razões para o declínio da ESURB são, principalmente, contratos deficitários, rescisões inesperadas e não programadas de contratos, além de altos custos operacionais. Ou seja, a crise da empresa é acima de tudo administrativa e gerencial, já que o desgaste da empresa começou três anos antes do pedido de recuperação judicial, quando uma gestão desastrosa foi alvo de operações policiais que levaram a prisão do então presidente da empresa e do Prefeito Municipal da cidade de Montes Claros/MG.

A 2ª Vara Empresarial e de Fazenda Pública da Comarca de Montes Claros entendeu que a petição inicial deveria ser indeferida de plano em razão da expressa proibição no art. 2º da lei nº 11.101/05. O magistrado Francisco Lacerda de Figueiredo afirmou que mesmo as empresas estatais exploradoras de atividade econômica não estariam sujeitas ao regime falimentar, porque o dispositivo da referida lei é claro ao determinar que o instituto da recuperação judicial e falência não é aplicável para essas empresas⁶⁷.

A parte autora entrou com embargos de declaração, salientando que o magistrado não se preocupou em realizar a análise de inconstitucionalidade com aquilo que dispõe o art. 173 da Constituição da República⁶⁸. Entretanto, em resposta ao pedido de embargo o juiz Francisco Lacerda de Figueiredo entendeu que:

Apesar da Constituição prever a isonomia do regime jurídico, quis o legislador reservar à legislação especial a recuperação e a falência de empresas públicas e sociedade de economia mista, observado assim, princípios do Direito Administrativo. Diferentes áreas de atuação são regidas por diferentes leis infraconstitucionais. Assim, nada há de ilegal quando o legislador excluiu a empresa pública do rol dos sujeitos da falência, e conseqüentemente, da recuperação judicial. A própria Constituição prevê tratamentos diferentes de empresas. Dessa forma, legislação infraconstitucional pode fazer essa distinção. Na verdade, trata-se de tema controverso, em sede doutrinária, não havendo ainda manifestação judicial apontando um norte para a questão.⁶⁹

A decisão da primeira instância demonstra grande dúvida em relação a matéria como bem salientou o magistrado ao afirmar que trata de tema controverso. O que levou a parte autora

⁶⁷Idem. (e-STJ Fl.246) Vol. 11.

⁶⁸Idem. (e-STJ Fl.252-254) Vol. 12.

⁶⁹ Idem. (e-STJ Fl.255-256) Vol. 12.

a entrar com o pedido de recurso de apelação, levando o processo para o Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

A incerteza em relação a qual caminho tomar é manifestada novamente na segunda instância da Justiça. O Desembargador Armando Freire ao analisar o pedido de tutela antecipada também justificou seu indeferimento na complexidade da matéria⁷⁰. Entretanto, o magistrado é analítico em seu voto, conforme será exposto.

Inicialmente, o magistrado afirmou a ideia de que havia suscitado a possibilidade de arguir o incidente de inconstitucionalidade quando debateu a constitucionalidade da norma, na espécie, em sede de controle difuso. Inclusive, afirma que buscou diálogo com as partes para analisar a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade parcial da norma. Porém, concluiu que não seria possível aferir a inconstitucionalidade, sendo a norma em questão plenamente constitucional.

O voto continua com o Desembargador identificando as peculiaridades de uma empresa estatal e determinando que a lei 11.101/05 não se preocupa em realizar a manutenção do empresário, mas da empresa em sua atividade. A ideia apresentada é tomada pelo magistrado como um impedimento para sujeição da estatal ao regime falimentar, porque entende que o empresário, no caso o ente público, é componente indissociável da empresa governamental, expressando:

Essa característica denota a **primeira incompatibilidade** entre a Lei 11.101/2005 e as empresas públicas. Como já dito alhures, a empresa pública só pode ser caracterizada como tal quando verificada a ampla atuação do ente público. Logo, não tendo a lei 11.101/2005 qualquer dedicação à manutenção do empresário, sendo que em extremo é possível o seu afastamento, não seria possível cogitar a sua aplicação às empresas públicas, porque neste caso especial é impossível cogitar o uso de instrumentos que não pretendam resguardar uma de suas características essenciais (manutenção do poder público como controlador da empresa).⁷¹

Assumindo a primeira incompatibilidade, o magistrado passa a analisar que a possibilidade de convolação em falência seria mais uma problemática, que tornaria a sujeição das empresas estatais a falência ainda mais questionável. O porquê, justifica o magistrado, encontra-se na necessidade de lei expressa autorizando a extinção e o requisito de precisar existir uma desatenção em relação ao interesse público. Aliás, ele argumenta que a apelante já possuiria em seu estatuto a forma para sua extinção, destacando o art. 24 do decreto nº 196/1985 que disciplina:

⁷⁰ Idem. (e-STJ Fl.293) Vol. 12.

⁷¹ Idem. (e-STJ Fl.371) Vol. 13.

“Art. 24 – Verificada a absoluta e incontornável impossibilidade legal ou material, da Empresa, de preencher os seus objetivos, entrará em liquidação e extinção.

Parágrafo único – Ocorrendo o previsto no artigo 24, os empregados da empresa oriundos de concurso público, de provas ou títulos ou em outras situações de contratos, deverão ser aproveitados em sua totalidade ou em grande parte dos quadros de servidores lotados na Prefeitura Municipal de Montes Claros.

Art. 25 – Ocorrendo a hipótese do artigo anterior, será nomeado um liquidante, pelo Prefeito Municipal, com aprovação da câmara, municipal em consonância com o atual diretor Presidente desta empresa, sendo que os bens e direitos da Empresa, atendidas as obrigações trabalhistas e responsabilidades assumidas, reverterão ao patrimônio do Município e das pessoas jurídicas que participarem da formação de seu capital social, proporcionalmente as respectivas integralizações”.⁷²

A terceira incompatibilidade apresentada pelo magistrado reside na proteção do crédito, já que compreende ter o interesse público, por vezes, suas prioridades relativizadas. A flexibilidade que não existiria na recuperação judicial e falência, tendo em vista que o direito dos credores não toleraria tal dinâmica. Logo, finaliza afirmando que não poderia a empresa estatal utilizar alguns dispositivos, apenas, da lei falimentar, entendendo ser a empresas estatal incompatível com o regime privado, no presente caso⁷³.

Na análise dos autos do processo chama a atenção a manifestação⁷⁴ realizada pela Câmara Municipal de Montes Claros, na qual o órgão legislativo afirma a importância da empresa pública para os cidadãos. Entretanto, a peculiaridade da situação decorre do fato do órgão responsável por instituir a autorização de extinção da empresa pública renegar essa alternativa e concluir que a ESURB é viável, devendo passar pela recuperação judicial.

Outra manifestação importante foi a do Ministério Público do Estado de Minas Gerais⁷⁵, cuja análise perpassa a impossibilidade de se conceder a recuperação judicial para ESURB por ser ela uma prestadora de serviço público e, portanto, não estar contemplada para passar pela recuperação judicial. É nítido que a argumentação é válida e revela o argumento dado pelos magistrados tanto da primeira quanto da segunda instância, que compreenderam não ser passível de passar pelo regime falimentar por constituir uma empresa prestadora de serviço público.

Aliás, uma compreensão trazida pelo Ministério Público é de vital importância, refere-se a importância da responsabilização dos agentes públicos que deixaram a empresa nessas circunstâncias desastrosas, entendendo que a recuperação judicial não pode ser um escape para a incompetência, afirma o *Parquet*:

⁷² Idem. (e-STJ Fl.372) Vol. 13.

⁷³ Idem. (e-STJ Fl.373) Vol. 13.

⁷⁴ Idem. (e-STJ Fl.321) Vol. 13.

⁷⁵ Idem. (e-STJ Fl.340) Vol. 13.

Além disso, e não menos aterrorizante, é que a concessão do favor legal (Recuperação Judicial) a empresas assim, que gozam de monopólio natural, acarretará odioso desequilíbrio no Mercado, pois, além da força do Estado na “captação” de “serviços” e de “clientes”, impor-se-á a Credores condições recuperacionais que beiram o calote, tolerável se vier em prol da preservação das empresas, com as alvíssaras que isso enseja, mas que significarão homizão à incompetência, que é o que indica a penúria que brande a Apelante, senão crime, cuja solução são destituição e substituição da Direção, na primeira hipótese, e cadeia, na outra, que aqui se açula tão só como hipótese e para fins de raciocínio.⁷⁶

É importante destacar que o próprio entendimento de recuperação judicial garante que ela não é uma ferramenta para o empresário, mas uma possibilidade de reaver a empresa, que por razões diversas se encontra em dificuldade de se manter no mercado. Portanto, a responsabilização dos envolvidos não é uma matéria de discussão no regime falimentar, fato que não impede que penalidades sejam impostas por outras vias.

Um grande desafio em relação a não recuperação da ESURB são os empregos que ela gera na sociedade. Em razão disso, o Ministério Público do Trabalho entrou com uma ação civil pública para determinar o pagamento dos duzentos funcionários remanescentes, bem como a proteção de outros que foram prejudicados ao longo das dificuldades da empresa estatal. O promotor ainda salientou que:

Entende o MPT que a questão social envolvida é grave e que é necessário lutar pela manutenção das atividades da empresa pública municipal, por sua viabilidade econômico-financeira e pela manutenção dos empregos. Ao que se tem conhecimento, tratam-se de funcionários concursados, essencialmente pais de família de baixa renda e de baixa escolaridade, que se dedicam há anos ao serviço público nas atividades mais essenciais (limpeza urbana, obras, etc), nesta cidade. Conforme explicitado pelo Procurador do Município em seu depoimento, sem a instauração de execução concursal está ocorrendo clara preterição na ordem de preferência dos credores, especialmente prejudicando os trabalhadores da empresa. Existe real ameaça de encerramento das atividades da ESURB, sem deixar lastro inclusive para quitação de verbas trabalhistas ocasionado pelo fechamento da empresa.⁷⁷

Sendo essa relevância social também abarcada nos dizeres do Ministro Roberto Barroso, relator do recurso extraordinário, quando deferiu pela admissibilidade do recurso interposto pela ESURB:

O objeto do presente recurso apresenta repercussão geral, especialmente do ponto de vista social, jurídico e econômico: (i) social, em razão da própria natureza do direito pleiteado, envolvendo entidades administrativas que prestam serviços públicos e atividades econômicas relevantes para os cidadãos; (ii) jurídico, porque relacionado à interpretação e alcance das normas constitucionais que preveem obrigação de tratamento igualitário entre empresas estatais e empresas privadas (art. 173, §1º, II, da

⁷⁶ Idem. (e-STJ Fl.340) Vol. 13.

⁷⁷ Idem. (e-STJ Fl.449) Vol. 15.

CF/1988), bem como da constitucionalidade do art. 2º, II, da Lei 11.105/2005; e (iii) econômico, tendo em conta o impacto financeiro nas contas públicas em decorrência da exclusão das empresas estatais do regime falimentar, especialmente devido à responsabilidade subsidiária do Poder Público pelas dívidas contraídas pelas entidades administrativas.⁷⁸

A análise do processo assevera que desenvolver uma alternativa para a conservação das empresas estatais é indispensável, posto que as alternativas atuais são insuficientes para promover a manutenção de estatais como a ESURB, sendo o regime falimentar uma possibilidade pertinente. Em outras palavras, é clarividente que instrumentos como a extinção e a privatização são caminhos que não se adequam a empresa ESURB. A primeira a eliminaria gerando um impacto negativo na localidade da empresa, enquanto a segunda alternativa não é tangível, já que a estatal não aparenta possuir a atenção da iniciativa privada. Portanto, diante dos fatos a justificativa da empresa para passar pelo regime falimentar é coerente, restando saber qual será a posição adota pelo Supremo Tribunal Federal.

Enfim, a adequação da lei falimentar às características das empresas estatais é uma discussão que vai muito além do próprio Direito, porque interfere em conceituações estacionárias e cristalizadas de áreas como a empresarial e a administrativa. Assim, é compreensível que o Poder Judiciário julgue com bastante cautela o assunto, não criando precedentes desprendidos da realidade. É por essa razão que é vital entender se o ponto de partida da discussão, a dicotomia entre o serviço público e a atividade *stricto sensu*, realmente possui condições de levar a uma solução para o problema.

4 A DICOTOMIA ENTRE SERVIÇO PÚBLICO E ATIVIDADE ECONOMICA STRICTO SENSU

As construções argumentativas apresentadas ao longo do trabalho demonstram que o cerne da controvérsia constitucional reside na dicotomia das atividades prestadas pelas empresas estatais. A situação por si só é interessante e gera uma pertinente preocupação da doutrina em demonstrar que existem distintos tipos de estatais e o dispositivo da lei empresarial não abarca essas especificidades.

Entretanto, essa percepção que já existe há algum tempo na doutrina, não parece mais ser acertada, tendo em vista que a modernização das empresas governamentais ocorreu de maneira tão ampla que compartimentos estanques não são mais capazes de classificar suas

⁷⁸Idem. Inteiro teor Acórdão, fl.11 Vol. 43.

características. A empresa ESURB, por exemplo, como demonstrado e salientado pelos magistrados do caso, não poderia ser classificada como uma empresa que presta atividade econômica stricto sensu. Assim como seria equivocado limitá-la como uma empresa que presta apenas serviços públicos. O objeto da pesquisa, portanto, não é de simples compreensão e mesmo que o Direito busque enquadrar tais empresas em características e regimes específicos a realidade se impõe e, hoje, é quase impossível falar em uma empresa governamental que realize uma única atividade.

Logo, como observa o autor José Vicente Santos de Mendonça:

Na medida em que as duas atividades vão se misturando na prática, fica difícil diferenciar distintos regimes de quebra para as duas espécies de estatais, que, no fundo, são uma só: são as estatais do século XXI, cada vez mais sofisticadas e insubmissas a categorias estanques.⁷⁹

Em outras palavras, a dicotomia entre as atividades econômicas desempenhadas pelas empresas governamentais exigirá uma análise casuística, tendo em vista a diversidade presente nessas empresas, que se tornaram ao longo dos anos fenômenos com cada vez mais peculiaridades.

O fato como entende o autor Vitor Rhein Schirato é que a maioria das empresas estatais, atualmente, realizam atividades em regime de competição com outras empresas. Essa situação é benéfica no sentido de exigir que as empresas estatais não acabem sendo ineficientes ou tão burocráticas que inviabilizem a realização das suas atividades. Porém, conforma o impedimento da responsabilização subsidiária do Estado, já que por razões de isonomia as estatais não poderiam usufruir de garantias que não são compartilhadas por outras empresas do setor.⁸⁰

Em sua tese Vitor Rhein Schirato destaca que o regramento jurídico existente para a insolvência das empresas estatais é relativamente simplório, porque o que a lei disciplina é o afastamento da falência sem uma delimitação clara do que fazer quando uma empresa estatal se torna inviável. Assim, o que se extrai do impedimento à sujeição ao regime falimentar é a imposição ao Estado de possuir a responsabilidade subsidiária de adimplir as obrigações das empresas governamentais. Portanto, é esse o cenário que existe em vigência para o regime de insolvência das empresas estais⁸¹.

⁷⁹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. P. 223.

⁸⁰ SCHIRATO, Vitor Rhein. **Linha doutrina: as empresas estatais no direito administrativo atual. (Série IDP)**. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 58.

⁸¹ Idem. P. 124.

Assumindo essa constatação, o autor prossegue compreendendo que, sim, existe um erro por parte do legislador em não realizar a distinção entre os modelos de empresas estatais. Contudo, discorda da doutrina ao vincular o regime de execução dessas empresas à atividade desenvolvida. A razão disso, explica Vitor Rhein Schirato, é que o ponto de análise deve ser à natureza jurídica dos bens das empresas estatais, porque é esse o regime responsável por garantir a continuidade da empresa. Explica:

Não há, como dissemos, uma proteção à entidade prestadora dos serviços, e, sim, uma proteção à atividade prestada. Precisamente nesse sentido, estão sujeitas à falência as empresas concessionárias de serviços públicos, mas, caso ocorra a falência, ficam o serviço e os bens necessários à sua prestação protegidos pelo Direito, em razão do término do vínculo contratual e da consequente reversão imediata ao poder concedente. Assim, o que se vê é que o Direito visa a proteger a continuidade do serviço, e não da empresa.⁸²

É indubitável diante do cenário positivado no país que à execução coletiva não aparece como uma alternativa, já que está vedada pela lei falimentar. Todavia, isso não significa que à execução patrimonial não seja uma possibilidade, porque as empresas estatais podem ter seus bens executados, desde que esses bens possam ser destacados de sua afetação.⁸³ Logo, tal entendimento é importante porque demonstra uma resposta à fragilidade presente na utilização da dicotomia entre serviço público e atividade econômica stricto sensu, demonstrando que essa dualidade não é a melhor forma de observar o regime de insolvência das empresas estatais, porque elas não se limitam mais a prestar apenas um tipo de atividade econômica.

O intuito então é reforçar que o disposto na Constituição da República não pode ser ignorado e, independentemente, de qual caminho seja tomado para analisar a possibilidade de sujeição das empresas estatais ao regime falimentar, é nítido que o art. 2º, I, da lei nº 11.101/05 não observa as particularidades dessas empresas. Inclusive, em relação a natureza dos bens das empresas estatais.

Finalmente, a proposta abarcada nessa seção era notar que a discussão, baseada na dicotomia dos tipos de atividades desempenhadas pelas estatais, está ultrapassada. A tese defendida é uma melhor forma de analisar o objeto em discussão, além de possibilitar maior clareza ao debate sobre a derrogação das empresas estatais ao regime falimentar, e é a partir dela que o Poder Judiciário e a doutrina devem se guiar.

⁸² Idem. P. 125.

⁸³ Idem. P. 126.

CONCLUSÃO

A análise doutrinária e jurisprudencial demonstrou que o tema exige parcimônia por tratar de um tópico não pacificado com aspectos diversos que precisam ser explorados. As empresas estatais têm sido reinventadas nas últimas décadas, passando pelo processo de modernização necessário para que continuem sendo competitivas e relevantes ao cenário nacional, seja qual for sua atividade-fim. Todavia, os instrumentos que existem hoje para sua continuidade são insuficientes.

O cerne da conclusão é: as formas existentes de solvência das estatais hoje alternam entre permitir sua completa eliminação pela via da extinção ou a sua integração ao interesse privado, que de maneira geral, não parece entusiasmado em comprar empresas que não sejam altamente lucrativas. Isso quer dizer que as empresas estatais que não possuem alta rentabilidade, principalmente, como a ESURB, tendem a não serem um desejo do interesse privado. Nesse sentido, o trabalho enfocou em empresas estatais que não possuem como alternativa a privatização.

A dificuldade, portanto, reside em conseguir ao analisar uma estatal identificar qual atividade ela presta, entendendo que esse será o grande desafio do Supremo Tribunal Federal ao decidir sobre a inconstitucionalidade do disposto no art. 2º, I, da lei 11.101/05. O que de imediato é possível dizer é que a corte tem precedentes estabelecendo a distinção entre empresas governamentais que prestam serviço público e aquelas que exploram atividade econômica stricto sensu. Assim como existem decisões a respeito das conformações do regime de bens das empresas estatais, distinguindo entre bens afetados e não afetados sendo outro caminho apresentado para realizar a análise da questão, já que a dicotomia entre os tipos de atividades encontra-se defasada.

Dessa forma, mesmo que seja decidido pela impossibilidade total de uma empresa estatal passar pelo regime falimentar, é mister o desenvolvimento de uma lei específica para tratar do assunto, dando as empresas estatais a devida chance que elas necessitam. Inclusive, de não apenas serem extintas de forma mais eficiente, mas de passarem por uma recuperação que as reestabeleça no mercado.

O regime falimentar pode ser um instrumento pertinente para manutenção das empresas estatais. Contudo, é importante destacar que o regime falimentar não é uma panaceia, nem sempre será a melhor alternativa, como não é em muitos casos da iniciativa privada. Porém, deve existir como um cenário viável às empresas estatais cuja atividade econômica ainda seja importante para o interesse público.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BERDONE, Igor Volpato. **Empresas Estatais e seu regime jurídico**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. **TÍTULO VII DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA** CAPÍTULO I DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA. Art. 173, inc. II. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 9.589. Brasília, de 29 de novembro de 2018**. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/52754694/do1-2018-11-30-decreto-n-9-589-de-29-de-novembro-de-2018-52754454 Acesso em: 12 de junho de 2021.

BRASIL. Lei nº 3.115, de 16 de março de 1957. **Determina a transformação das empresas ferroviárias da União em sociedades por ações, autoriza a constituição da Rede Ferroviária S.A., e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3115.htm. Acesso em: 22 de junho de 2021.

BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. **Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios**. Brasília, DF, 30 de junho de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm. Acesso em: 22 de junho de 2021.

BRASIL. Lei nº 11101, de 9 de fevereiro de 2005. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) 1.249.945**. Ementa: 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. Relator:

Ministro Luiz Roberto Barroso. DJe: 27/08/2020. JusBrasil, 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/248506366/processo-n-1249978-do-stf> Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6241/DF.** Requerente Partido democrático Trabalhista. Ap. Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário Virtual, Dje. 06.02.2021. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/121628116/processo-n-6241-do-stf> Acesso em: 5 de maio de 2021.

BRASIL, **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (5ª Vara empresarial). Recuperação Judicial. Nº 0093754-90.2020.8.19.0001.** Associação Sociedade Brasileira de Instrução, a renomada Universidade Candido Mendes. Juíza de Direito Maria da Penha Nobre Mauro. Julgado: 31 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/285270824/processo-n-0093754-9020208190001-da-5-vara-empresarial-do-trf-2> Acesso em: 12 de Abril de 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo** – 34. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa** – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo** – 33. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GENOSO, Gianfrancesco. **Princípio da Continuidade do Serviço Público.** Dissertação de mestrado em Direito, Universidade do Estado de São Paulo, 2011.

GOVERNO: desinveste mais de R\$ 200 bilhões em ativos e inclui 15 estatais no PND desde 2019. GOV BR, 6 de maio de 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2021/maio/governo-desinveste-mais-de-r-200-bilhoes-em-ativos-e-inclui-15-estatais-no-pnd-desde-2019-05/2021> Acesso em: 12/02/2021.

GRAU, Eros Roberto, **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 14. Ed. São Paulo: editora Malheiros, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 5ª ed. Editora: Malheiros, 2009.

LOUVEN, Mariza e TAVARES, Monica. **RFFSA foi liquidada, mas sobrevive e já custou 5,5 Bilhões.** O Globo, 27 de set. de 2005. P. 23. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/393793/noticia.htm?sequence=1&isAlloved=y> Acesso em: 02 de abril de 2021.

MÁXIMO, Welton. Transferência de responsabilidades facilitará extinção das estatais. **Agência Brasil**, Brasília. 4 dez. 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-12/transferencia-de-responsabilidades-facilitara-extincao-de-estatais> Acesso em: 12 de junho de 2021.

MAZZUCATO, Mariana. **O estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. o setor privado**. São Paulo: Portfólio Penguin, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

OTTA, Lu Aiko. Governo extingue duas estatais em dois meses. **Valor Investe**, 11 de nov. de 2020, Brasília. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/mercados/brasil-e-politica/noticia/2020/11/17/governo-extingue-duas-estatais-em-dois-meses.ghtml> Acesso em: 30 de junho de 2021.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Linha doutrina: as empresas estatais no direito administrativo atual. (Série IDP)**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. Ed., 3.reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. **O direito administrativo entre os cliques e os negócios**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

TEREZA, Irany. A agonia sem fim da rede ferroviária. O Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/319391/noticia.htm?sequence=1&isAllo wed=y> Acesso em: 03 de abril de 2021.

TOMAZETTE, Marlon. **Falência e recuperação de empresas / Coleção Curso de direito empresarial – v. 3 – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.**

TOMAZETTE, Marlon. **Teoria Geral e Direito Societário/ Coleção Curso de Direito Empresarial**. v.1 -11 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

ZAGO, Felipe do Canto. **A falência das empresas públicas e das sociedades de economia mista**. Artigo de opinião, Conjur. Publicado em dezembro de 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18021/a-falencia-das-empresas-publicas-e-das-sociedades-de-economia-mista> Acesso em: 04/02/2021.