AS EMPRESAS ESTATAIS E A REVOGAÇÃO DO ARTIGO 242 DA LEI 6.404/76

RITA ANDRÉA REHEM ALMEIDA TOURINHO*
ANGÉLICA GUIMARÃES**

1 — Introdução — 2 — As Empresas Estatais no Ordenamento Jurídico Brasileiro — 3 — Empresas Estatais Exploradoras de Atividade Econômica — 4 — Empresas Estatais Prestadoras de Serviços Públicos.

1— Introdução

A Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001, que alterou e acrescentou dispositivos na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, revogou o artigo 242 desta norma, que previa a impossibilidade de falência das sociedades de economia mista, permitindo a penhora dos seus bens e a submissão ao processo de execução pelas regras de direito privado, determinando, ao final, a responsabilidade da pessoa jurídica criadora, pelas suas obrigações[1].

A partir desta revogação foram levantados diversos questionamentos à cerca do regime jurídico que passará a reger as sociedades de economia mista no que concerne a possibilidade de falência e penhorabilidade dos seus bens. Tal discussão foi ampliada, abrangendo as empresas públicas, apesar destas não terem sido contempladas na redação do artigo revogado. Todo o questionamento surge pela ausência de regulamentação da matéria já que a lei revogadora apenas retirou o dispositivo do ordenamento jurídico sem o estabelecimento de disciplina específica.

Aponta-se como motivo para a *revogação* do referido artigo a sua *inconstitucionalidade*, diante da flagrante incompatibilidade com o artigo 173, §1º, II, da Constituição Federal. O preceito constitucional diz que a lei estabelecerá o estatuto

* *Promotora de Justiça. Mestranda em Direito Público pela UFPE/UCSAL.*
** *Procuradora do Município de Salvador. Mestranda em Direito Público pela UFPE/UCSAL.*

1 Art. 242. As companhias de economia mista não estão sujeitas a falência mas os seus bens são penhoráveis e executáveis, e a pessoa jurídica que a controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações.

jurídico da empresa pública e sociedade de economia mista, *que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços, dispondo sobre a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas* inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, COMERCIAIS, trabalhistas e tributárias. Assim, a *exploração de atividade econômica pelo Estado* somente será permitida *quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou diante de relevante interesse público*. Com efeito, acrescente-se que a ressalva prevista no artigo 173, § 1°, II, visa garantir o princípio geral da ordem econômica da livre concorrência, impedindo concorrência desigual entre o particular e o Estado, quando ambos estão na exploração de atividade econômica.

Celso Antônio Bandeira de Mello ao comentar o artigo 142 da Lei n° 6.404/76, antes da sua revogação, aduziu que "a Lei de Sociedade Anônima (Lei n° 6.404, de 15.12.76), em seu art. 242, estabelece que as sociedades de economia mista não estão sujeitas a falência, mas seus bens são penhoráveis e executáveis, *respondendo a pessoa controladora, subsidiariamente por suas obrigações*. Cremos, entretanto, que a solução do problema não pode ser dada uniformemente, nem para a sociedade de economia mista — como pretendeu fazê-lo a lei citada —, nem para as empresas públicas. Entre tais entidades, é necessário distinguir as que são prestadoras de serviço público das exploradoras de atividade econômica"[2].

Ocorre que a questão não é tão simples quanto parece. Em verdade, várias são as implicações decorrentes da análise do dispositivo constitucional frente às empresas estatais, que ora recebe um *plus* em virtude da retirada do artigo 242 da Lei n° 6.404/76 do ordenamento jurídico.

2 — As Empresas Estatais no Ordenamento Jurídico Brasileiro

As empresas estatais englobam as sociedades de economia mista e as empresas públicas[3].

O tema "Empresas Estatais" é controverso desde a origem, posto que até então não há uma doutrina mansa e pacífica acerca da natureza jurídica e do fundamento ideológico desses entes[4].

2 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 2002, p. 182.

3 Segundo Hely Lopes Meirelles "na denominação genérica de *empresas estatais* ou *governamentais* incluem-se as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as empresas que, não tendo as características destas estão submetidas ao controle do governo" e conclui "as empresas estatais são pessoas jurídicas de direito privado cuja criação é autorizada por lei específica (salvo exceção mencionada acima), com patrimônio público ou misto, para a prestação de serviço público ou para a execução de atividade econômica de natureza privada" (Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 340-341).

4 Hely Lopes Meirelles, a princípio, incluía as empresas estatais na categoria de paraestatais (Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, Malheiros, 1998, p. 307). Posteriormente, sua obra inclui as estatais entre os integrantes da Administração indireta (Cf.

Empresas estatais são entidades criadas pelas pessoas políticas, mediante autorização legislativa, que assumem a roupagem de direito privado, com o capital integralmente público ou misto, para exploração de atividade econômica ou prestação de serviço público — por delegação ou concessão[5] — nos limites delineados pelo artigo 173, da Constituição Federal.

As empresas estatais foram concebidas originariamente para conferir maior flexibilidade e eficácia à máquina administrativa nos moldes operacionalizados pelas empresas privadas[6] a partir da década de cinqüenta, o que justificou a adoção do regime de direito privado com derrogações ao interesse público, mas sem perder de vista o seu fim precípuo. De outro lado, a adoção obrigatória do regime jurídico de direito privado é para impedir o monopólio e a vantagem do Estado frente às empresas privadas.

Com efeito, o aparecimento das empresas estatais foi motivado pela necessidade da intervenção do Estado no domínio econômico, de forma supletiva, naqueles campos onde a iniciativa privada não comparece ou comparece deficitariamente[7]. Porém, este fim precípuo, que levou a introdução das estatais no nosso ordenamento jurídico, acabou sofrendo desvirtuamento, permitindo que estas empresas, de forma anômala, tivessem ingerência na prestação de serviços públicos[8].

A distorção da idéia de empresa estatal trouxe, como conseqüência, uma confusão muito corriqueira, que é a existente entre empresa prestadora de serviço público

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 340-341). No mesmo sentido, manifesta-se Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 343). Para Diógenes Gasparini, quando exploradoras e prestadoras de serviços públicos integram a Administração Indireta (Cf. GASPARINI, Diógenes, *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 365). Já Diogo de Figueiredo Moreira Neto entende que as empresas estatais e as fundações públicas integram a Administração indireta na qualidade de paraestatais. (Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 190).

5 Hely Lopes Meirelles trata da concessão como forma de delegação, diferenciando-a da outorga.(Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 325).

6 Celso Ribeiro Bastos aduz que as estatais são, no fundo. pessoas jurídicas de natureza pública cuja criação remonta à doutrina francesa que as dividiu em semi-públicas e semi-privadas (Cf. BASTOS, Celso Ribeiro *et alli. Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990, 7° volume, p. 85).

7 ATALIBA, Geraldo. *Regime Jurídico das Empresas Estatais in* Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, n° 83, p.143.

8 Ratificando este entendimento vale transcrever o pensamento de Eros Roberto Grau: "... o Estado não pratica *intervenção* quando presta serviço público ou regula a prestação de serviço público. Atua, no caso, em área de sua própria titularidade, na esfera pública. Por isso mesmo dir-se-á que o vocábulo *intervenção* é, no contexto, mais correto do que a expressão *atuação estatal: intervenção* expressa *atuação estatal* em área de titularidade do setor privado; *atuação estatal,* simplesmente, expressa significado mais amplo. Pois é certo que essa expressão, quando não qualificada conota inclusive atuação na esfera do público". (Cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 124).

e exploradora de atividade econômica[9], especialmente em face da inteligência do art. 173, da Carta Política de 1988, que passamos a analisar.

3 — Empresas Estatais Exploradoras de Atividade Econômica

Conforme observamos, o surgimento das empresas estatais decorreu da necessidade de intervenção do Estado no domínio econômico de maneira supletiva.

Pela leitura do artigo 5°, incisos I e II, do Decreto-lei n° 200/67, com redação modificada pelo Decreto-lei n° 900/69, verifica-se que as sociedades de economia mista e as empresas públicas foram conceituadas como entidades criadas por lei para a *exploração de atividade econômica*[10].

A Carta Constitucional vigente reservou à ordem econômica e financeira o Título VIII, estratificando, no Capítulo I, os princípios relativos à atividade econômica, dentre os quais estão os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da propriedade privada. Tal Capítulo assegurou a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei[11]. Assim, perante a Lei Magna a exploração de atividade econômica é da alçada dos particulares e não do Poder Público.

Determinando a Constituição que deverá prevalecer à exploração de atividade econômica pelo particular, adverte, no artigo 173, somente caber ao Estado a exploração direta de atividade econômica quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei, ressalvados os casos previstos constitucionalmente[12]. Desta forma, o legislador ordinário não

9 Essa ambigüidade terminológica é muito bem observada por Eros Roberto Grau, refletindo o seguinte pensamento: "A prestação do serviço público está voltada a satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podermos afirmar que o serviço público é um tipo de atividade econômica... Ao afirmar que serviço público é uma espécie de atividade econômica, a ela atribuí a significação de gênero na qual se inclui a espécie, serviço público. Ao afirmar que serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica está para o setor privado, a ela atribuí a significação de espécie... Por certo, no artigo 173 e seu § 1°, a expressão conota atividade econômica em sentido estrito... Trata-se, aqui, de atuação do Estado — Isto é, da União, do Estado Membro e do Município — como agente econômico em área de titularidade do setor privado (Cf Grau, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 133-134).

10 Celso Antônio Bandeira de Mello adverte que a "exploração de atividade econômica" contida na conceituação das empresas estatais, apresentada pelos decretos-leis aduzidos, trata-se de característica que não deve ser considerado como elemento de definição, uma vez que algumas empresas estatais são efetivamente constituídas para prestação de serviço público. (Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 167).

11 Conferir artigo 170 da Constituição Federal.

12 Leon Frejda Szklarowsky aborda a indeterminação dos conceitos de "razões de segurança nacional" e "relevante interesse coletivo", fazendo referência ao discurso sobre a ordem econômica, proferido por Geraldo Vidigal, que, com ênfase, afirma que o Estado deverá ingressar nesse território

poderá extrapolar os limites estabelecidos pela Constituição Federal que garante a livre iniciativa, a livre concorrência e o livre exercício da atividade econômica.

Mesmo só sendo admitida a exploração de atividade econômica pelo Estado em situações excepcionais, necessário se faz que quando assim atue esteja submetido a uma disciplina bastante avizinhada da que regula as entidades particulares de fins empresariais, com o propósito de se evitar que desfrute de situação de vantagem em relação a essas empresas, garantindo o princípio geral da ordem econômica da livre concorrência, impedindo competição desigual entre o particular e o Estado quando ambos estão a explorar atividade econômica[13]. Neste sentido o artigo 173, § 1°, II da Constituição Federal, antes referido, diz que a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública e sociedade de economia mista, *que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços, dispondo sobre a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas* inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, COMERCIAIS, trabalhistas e tributárias.

Note-se que o dispositivo constitucional em comento somente se direciona às *estatais exploradoras de atividade econômica*, ou seja, não apenas o parágrafo, mas a própria cabeça do artigo, refere-se à exploração de atividade econômica. Está conclusão é transparente, atentando-se que com referência às prestadoras de serviço público não caberiam tais ressalvas, tendo em vista que os serviços públicos são atividades normais do Estado[14].

Ora, face ao conteúdo do dispositivo constitucional em comento, cuja redação atual deve-se a Emenda Constitucional n° 19/98, questionava-se — antes do advento da Lei n° 10.303, de 31 de outubro de 2001 — o desaparecimento das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, sobretudo das sociedades de economia mista, em decorrência da falência, bem como a existência ou não de responsabilidade subsidiária do Estado em relação aos débitos que estas não tenham como solver. Tais questionamentos eram decorrentes não só do disposto no artigo 242, da Lei de Sociedades Anônimas (Lei 6.404, de 15.12.76), aplicável às sociedades de economia

da forma mais moderada possível. (Cf. SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *A Empresa Pública na Constituição de 1988 e a Lei de execução Fiscal in* Revista dos Tribunais. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, v. 642, 1989, p. 74).

13 Cumpre esclarecer que apesar das empresas estatais que exploram atividade econômica estarem sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, por força da própria Constituição estão submetidas às normas que impedem a perfeita simetria entre o regime jurídico destas empresas com aquele acolhido pelos demais sujeitos de direito privado. Dentre essas normas, Celso Antônio Bandeira de Mello, explicita o art. 5°, LXXIII, o art. 14, o art. 37, *caput* e incisos II, XVII, XIX e XX, o art. 49, X, o art. 52, VII, o art. 54, o art. 71 e incisos II, III e IV, o art. 165, § 5° e o art. 169, § 1° (Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 179-180).

14 Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro caso a atividade seja assumida pelas estatais como serviço público, incide o artigo 175 da Constituição, não tendo aplicação as regras dispostas no artigo 173 (Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 382).

mista, como também da interpretação simétrica do artigo 37, XIX que nos levaria a pensar que as empresas estatais somente podem ser extintas por lei ou na forma da lei[15].

Tendo a Constituição atribuído regime correspondente ao das empresas privadas às empresas estatais exploradoras de atividade econômica, inclusive quanto aos *direitos e obrigações civis e comerciais*, não há que se falar em privilégios conferidos àquelas suscetíveis de colocá-las em vantagem em relação às empresas privadas.

Com efeito, a possibilidade de falência das empresas estatais exploradoras de atividade econômica já era pregada pela doutrina antes mesmo da revogação do artigo 242 da Lei nº 6.404/76 — que previa a impossibilidade de falência das sociedades de economia mista — diante da flagrante inconstitucionalidade de tal dispositivo legal frente à norma prevista na Carta Constitucional.

Por outro lado, a previsão da responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica criadora, pelas obrigações da sociedade de economia mista, constante da segunda parte do artigo revogado, também era incompatível com a norma constitucional em apreço, que sujeita ao regime jurídico próprio das empresas privadas todas as entidades que explorem atividade econômica. Ora, a responsabilidade subsidiária do Poder Público colocaria tais entidades em situação jurídica de vantagem em relação às empresas privadas em geral, uma vez que aquele que com elas negociasse estaria garantido por alguém que é sempre solvente, ou seja, o Estado. Assim, as estatais seriam sempre mais confiáveis do que as demais empresas privadas.

Quanto à penhorabilidade dos bens das estatais exploradoras de atividade econômica, prevista no artigo revogado da Lei das Sociedades Anônimas, seguindo interpretação adequada ao texto constitucional, pensamos que esta se mantém possível. Assim, os bens públicos recebidos pelas empresas estatais para formação de seu patrimônio e os adquiridos no desempenho de suas atividades passam a constituir uma outra categoria de bens públicos, sob administração particular da empresa a qual foram incorporados, para consecução de seus fins estatutários[16]. Com efeito, tais bens podem ser alienados, utilizados e onerados, independentemente de autorização legislativa, servindo para garantir empréstimos e obrigações resultantes de suas atividades, sujeitando-se a execução pelos débitos da empresa.

Não poderíamos pensar de outra maneira, uma vez que, conforme aduz Hely Lopes Meirelles[17], sem essa igualdade obrigacional e executiva das estatais com as empresas privadas, os contratos e títulos daquelas não teriam aceitação e liquidez na área empresarial, fato que as colocaria em situação de desvantagem perante as empresas particulares.

15 Diante da leitura do art. 37, XIX, da Constituição Federal podemos simetricamente concluir que as estatais só podem ser extintas por lei ou na forma da lei, que poderá conferir ao Poder Público autorização específica para dissolver tais empresas.

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

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

Mesmo compactuando desse entendimento quanto à penhorabilidade dos bens das estatais exploradoras de atividade econômica, não se pode esquecer que, em todo caso, a sua atuação visará sempre, em primeiro plano, atender a um interesse coletivo, havendo, nessas empresas, a manipulação de recursos produzidos por nós cidadãos. Com efeito, os gestores das estatais, responsáveis pela má administração, deverão responder pelos danos causados ao erário, sujeitando-se, inclusive, aos dispositivos constantes da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa).

4 — Empresas Estatais Prestadoras de Serviços Públicos

Apesar da doutrina dividir as empresas estatais em exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviço público, a Constituição Federal de 1988 ao definir os campos da atuação da livre iniciativa, referiu-se, no art. 173, apenas às empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito[18].

Em conseqüência, no que concerne a estatal prestadora de serviços públicos, pensamos que o tratamento da matéria será de forma diferente.

O serviço público no entender de Celso Antônio Bandeira de Mello é "atividade que demanda regime jurídico próprio, o qual deve instrumentá-lo com prerrogativas de autoridade, sujeita a restrições defensivas dos serviços e garantidoras dos administrados"[19].

No mesmo diapasão, Cirne Lima assevera que "serviço público é aquele existencial para a sociedade, ao menos, em um dado momento, que por isso, deve ser prestado pelo Estado direta ou indiretamente, através de outra pessoa administrativa"[20]. Verifica-se, assim, que a identificação do serviço público deverá ser resgatada na realidade social, cabendo ao Poder Público a tarefa de elevar uma atividade destinada a satisfazer um interesse geral à categoria de serviço público[21].

A noção de serviço público, segundo Geraldo Ataliba, é imprescindível para a fixação dos regimes jurídicos das empresas estatais, acrescentando que "muitas atividades outrora consideradas privadas foram gradativamente entendidas como serviços públicos"[22].

18 Fala-se em atividade econômica em sentido estrito por que alguns autores, a exemplo de Eros Roberto Grau, entendem que a atividade econômica em sentido amplo engloba a atividade econômica em sentido estrito e o serviço público, uma vez que o serviço público, segundo o antes referido autor, é o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete, preferencialmente ao setor público, desde quando está voltado para a satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos (Cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros. 2000, p. 133.

19 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Regime Jurídico das Empresas Estatais in* RDP. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 83, 1987, p. 157.

20 LIMA, Cirne: *Princípios de Direito Administrativo*. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 82.

21 RIBEIRO, Manoel. *Direito Administrativo*. Salvador: Itapoã Ltda. 1964, p. 73.

22 ATALIBA, Geraldo. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 4, 1968, p. 60.

Dentre os princípios que regem a prestação do serviço público temos os da mutabilidade e igualdade, além do princípio da continuidade que impõe a não interrupção do serviço[23].

Em verdade, o desempenho do serviço público é atividade própria do Estado, que é o seu titular, cabendo-lhe preferencialmente a execução, que poderá ser transferida a outro ente. Porém a transferência da execução do serviço não é suficiente para alterar a sua natureza pública para privada.

Enfrentando a matéria, Geraldo Ataliba salienta que "É verdade que, para Fábio Konder Comparato e outros privatistas, o simples fato de se recorrer à figura de empresa (pública ou mista) já induz a plenitude do regime privado. É que seu espírito fixa-se na ação interventora do Estado no domínio econômico. Nessa medida têm razão. Ocorre, porém, que, quando o que se trata é de desempenhar serviço público, a forma de empresa é mero figurino, que pode ou não ser estritamente observado, já que o Estado pode prossegui-lo (ao serviço) seja diretamente, seja por autarquia, seja por outras formas de empresa"[24]. Em outro momento, o mesmo autor conclui que "A consulente, porém — como criatura do Estado encarregada de produzir serviço público está debaixo de relação eminentemente publicística, no seu relacionamento com terceiros. A forma de sociedade, no caso meramente sugestiva. Seu regime é misto semi-público e semi-privado"[25].

Desta feita, resta patente que a presença do Estado sob a forma de empresa, seja ela sociedade de economia mista ou empresa pública, não lhe retira a essência, pois a prestação do serviço público é de sua natureza e os recursos empregados nessas empresas — em parte ou totalmente — são oriundos da coletividade. Por outro lado, os seus bens quando afetados ao serviço são considerados bens públicos, tudo para efetivar o interesse público, o que por si só justifica a distância de regime jurídico entre as estatais prestadoras de serviço público e as empresas privadas em geral, tornando-as *sui generis*.[26]

Por esta razão, é razoável pretender a extensão do regime da administração direta às estatais quando prestadoras de serviço público, posto que é justamente o interesse público que se busca proteger através do princípio da continuidade do serviço público.[27]

Ademais como o serviço público é inerente ao Estado titular do poder— dever de prestar o serviço — não há que se falar em competição com a iniciativa privada

23 RIBEIRO, Manoel. *Direito Administrativo*. Salvador: Itapoã Ltda. 1964, p. 76.

24 ATALIBA, Geraldo: Serviço Público — *Delegação a empresa estatal — imunidade a impostos — Regime de taxas in Revista de Direito Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Outubro-dezembro/1989, p. 82.

25 ATALIBA, Geraldo: Serviço Público — Delegação a empresa estatal — imunidade a impostos — Regime de taxas *in Revista de Direito Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Outubro-dezembro/1989, p. 82.

26 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Regime Jurídico das Empresas Estatais in RDP*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 83, 1987. p. 157.

27 VELLOSO, Carlos. *Regime Jurídico das Empresas Estatais in RDP*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 83, 1987, p.151.

quando da sua prestação, diferentemente do que ocorre na intervenção do Estado na economia. Descaracterizar o serviço público como privativo do Estado é, portanto, desconfigurar a própria razão da sua existência, a sua finalidade e essência.

Sendo as empresas estatais prestadoras de serviços públicos instrumentos do Estado para a consecução de um objetivo maior, que é o interesse público, sustentamos que a estas não cabem a extensão de normas de direito privado como as inerentes a penhora de bens e ao processo falimentar comum, sendo a grande questão aqui a afetação dos bens ao serviço e o princípio da continuidade do serviço público, antes referido.

No que concerne a *penhora de bens*, mesmo antes da revogação do art. 242, da Lei de S/A, o entendimento já era no sentido de que quando as estatais fossem prestadoras de serviço público, os bens afetados ao serviço seriam revertidos ao Estado, que responderia perante terceiros subsidiariamente até o limite dos bens revertidos, de forma objetiva, sendo que no caso de responsabilidade por danos causados no exercício do serviço, o Estado responderia até o valor da indenização.

Assim, salienta Maria Sylvia Zanella Di Pietro que "...dentre as entidades da administração indireta, grande parte presta *serviços públicos*; desse modo, a mesma razão que levou o legislador a imprimir regime jurídico publicístico aos bens de uso especial, pertencentes à União, Estados e Municípios, tornando-os inalienáveis, imprescritíveis, insuscetíveis de usucapião e de direitos reais, justifica a adoção de idêntico regime para os bens de entidades da administração indireta afetados à realização de serviços públicos. É precisamente essa afetação que fundamenta a indisponibilidade desses bens, com todos os demais corolários"[28]. Por fim, acrescenta a autora que "a Administração Pública está sujeita a uma série de princípios, dentre os quais o da *continuidade dos serviços públicos*. Se fosse possível às entidades da Administração Indireta, mesmo empresas públicas, sociedades de economia mista e concessionárias de serviços públicos, alienar livremente esses bens, ou se os mesmos pudessem ser penhorados, hipotecados, adquiridos por usucapião, haveria uma interrupção do serviço público. E o serviço é considerado público precisamente porque atende às necessidades essenciais da coletividade. Daí a impossibilidade de sua paralisação e daí a sua submissão a regime jurídico publicístico. Por isso mesmo, o artigo 242 da Lei das S. A., que permite a penhora de bens das sociedades de economia mista, não pode ser aplicado no caso de entidade que preste *serviço público*"[29].

A questão, portanto, não é saber se os bens das estatais são públicos em sentido estrito, tal qual definido no art. 65, do CC ou não. O problema na verdade, é de afetação do bem ao serviço, o que certamente, conduz autores como Maria Sylvia Zanella Di Pietro[30] a enquadrá-los na categoria de bens de uso especial, portanto indisponíveis, já que atendem às necessidades essenciais da coletividade.

28 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella: *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas S. A., 1999, p.345.
29 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella: *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas S. A., 1999. p.345.
30 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella: *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas S. A., 1999. p. 345.

Discorrendo sobre o mesmo tema, Diógenes Gasparini[31] ressalta que os bens das prestadoras de serviço público são impenhoráveis em razão da afetação, eis que excluídos da restrição constitucional insculpida no art. 173, quanto aos privilégios em detrimento das empresas privadas. Referindo-se expressamente as sociedades de economia mista, aduz que quando prestadoras de serviços públicos seus bens não podem ser penhorados, ainda que o art. 242 da lei das Sociedades Anônimas os considere penhoráveis e executáveis.

No mesmo sentido é o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que defende a impenhorabilidade dos bens das estatais prestadoras de serviço público, aduzindo que os bens aplicados à prestação do serviço devem permanecer intangíveis, por serem bens públicos, necessários à continuidade do serviço público.[32]

Assim, a questão da estatal responder com seu patrimônio pelas obrigações assumidas tinha e tem sua disciplina desde a entrada em vigor da CF/88, especialmente após a EC/19, pautada em dois aspectos, quais sejam: no que dispõe o art. 173 e na natureza do fim a que se destina, ou seja, se é prestadora de serviço público ou exploradora de atividade econômica, independente do que de forma incoerente dispunha o art. 242, da Lei de S. A.

O Supremo Tribunal Federal vem enfrentando a questão da possibilidade de penhora de bens de empresas estatais prestadora de serviço público. No caso da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, a Suprema Corte entendeu que são impenhoráveis os seus bens, pois tal empresa não explora atividade econômica e, portanto, não está sujeita às regras do Direito Comercial[33]. O Superior Tribunal de Justiça, tratando da matéria, já decidiu pela impenhorabilidade dos bens de sociedade de economia mista, diretamente comprometidos com a prestação de serviço público[34].

Outra questão bastante controversa é a que se refere à possibilidade ou não da falência das estatais prestadoras de serviços públicos.

Antes da revogação do art. 242 da Lei das S/A, Celso Antônio Bandeira de Mello[35] diferenciava as empresas estatais prestadoras de serviços públicos para abordar a matéria. Assim, sendo sociedade de economia mista, deveria se proceder na forma do artigo antes referido, quer dizer, não estavam sujeitas à falência e o Poder Público responderia subsidiariamente perante terceiros. Tratando-se de empresa pública, não havendo impedimento à falência, ao serem arrecadados os bens constitutivos da massa falida, aqueles aplicados à prestação do serviço ficariam à

31 GASPARINI, Diógenes: *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 354.

32 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 165.

33 STF-RE — 229444-CE. Rel. Min. Carlos Velloso. Precedents: RE — 220907 — RO, RE — 64800 — MG...

34 STJ — Resp nº 176.078-SP, Rel. Min. Ari Pargendler in Boletim de Direito Administrativo nº 532 julho/2000.

35 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 184.

margem dela, por serem necessários à sua continuidade, respondendo o Estado subsidiariamente até o montante das habilitações deferidas. Justifica-se a responsabilidade subsidiária do Estado, porque a atividade lesiva só foi possível porque o Estado lhe colocou em mãos o desempenho da atividade exclusivamente pública geradora do dano[36]

Ora, revogado o art. 242 da Lei das S/A, provavelmente o raciocínio desenvolvido para as empresas públicas prestadoras de serviço público será aplicável às sociedades de economia mista, por aqueles que seguem o posicionamento exposto pro Celso Antônio.

No entanto, pensamos que o problema não é tão simples quando parece.

Embora modernamente a falência seja compreendida como forma de manutenção da empresa, tal instituto provoca conseqüências desastrosas para a empresa, tais como: o vencimento antecipado dos créditos e a indisponibilidade dos bens para venda em leilão, administração da massa falida pelo síndico, pessoa estranha à estrutura interna da empresa, dentre outras.

Ademais, ao cogitarmos a falência das estatais prestadoras de serviço público, a primeira questão que nos vêm à mente é a seguinte: 1 — Será possível manter-se incólume o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado depois de instaurado processo falimentar dessas empresas?

Em princípio, podemos de logo aduzir que seria uma contradição defendermos a falência das estatais prestadoras de serviço público, após termos afirmado a impenhorabilidade dos seus bens afetados ao serviço, uma vez que a penhora e a falência, ainda que institutos diversos, são interligados, já que a falência é uma execução coletiva universal, onde os bens do devedor ficarão indisponíveis e serão levados a hasta pública. Acrescente-se a esta observação, o fato da dificuldade de se estabelecer quais são os bens que efetivamente estão vinculados ao serviço.

Impende, também, abordar ponto referente à administração da massa falida. Sabe-se que decretada a falência a administração da massa falida caberá a um síndico, escolhido pelo juiz entre os credores da massa falida, na forma do art. 60, do Decreto-Lei nº 7.661/45 (Lei de Falências). No que concerne a falência de empresa estatal, principalmente da prestadora de serviços públicos — dirigida por funcionário público — teremos a primeira dificuldade que será a administração da massa falida por pessoa estranha aos quadros da Administração Pública.

Outra observação que nos ocorre, refere-se ao vencimento antecipado dos créditos, previsto no artigo 25 da Lei de Falências e o pagamento, obedecendo-se a ordem de classificação constante do art. 102, do referido diploma legal, em confronto com o art. 100 da Constituição Federal que trata dos pagamentos dos créditos devidos pela Fazenda Federal, Estadual e Municipal, na ordem cronológica de apresentação dos precatórios.

36 Tal entendimento também é compactuado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas. 2002, p. 396) e também por Diogenes Gasparini (Cf. GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 359).

Ademais, vale ainda salientar que, conforme se depreende da leitura do art. 1° do Decreto-Lei n° 7.661/45, a falências só atinge aquele que pratica atos de comércio, com habitualidade, com intuito de lucro e como profissão, ou seja, o comerciante[37]. Ora, no caso das estatais prestadoras de serviço público, a satisfação da necessidade coletiva é o intuito das mesmas, ficando em segundo plano a intenção de lucro, que pode até não existir.

Não podíamos também deixar de fazer referência à forma de criação e extinção das empresas estatais. Sabe-se que as empresas públicas e as sociedades de economia mista são criadas por lei. Ora, simetricamente, podemos considerar que estas somente podem ser extintas por lei ou na forma da lei que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello[38], pode conferir ao Poder Executivo autorização específica para dissolvê-las. Assim questionamos a possibilidade de dissolução dessas empresas através de processo falimentar.

Diante da seriedade que envolve o problema da falência das empresas prestadoras de serviços públicos, O Decreto-Lei n° 7.661/45, determinou no seu art. 201 que "*a falência das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, não interrompe esses serviços, nem a construção das obras necessárias constantes dos respectivos contratos*".

Em seus parágrafos 2° e 3°, o referido diploma legal prevê a nomeação de um fiscal, pela entidade administrativa, que será ouvido em todos os atos do síndico relativos àqueles serviços e obras.

Ocorre que, conforme se observa, tal dispositivo aplica-se apenas as *concessionárias de serviço público*, porém, no que concerne as empresas estatais, nem sempre estas recepcionam o serviço público através de concessão.

Celso Antônio Bandeira de Mello[39] entende que apesar das empresas estatais prestadoras de serviço público serem habitualmente consideradas concessionárias de serviço público, tal entendimento parece forçoso quando os recursos são provenientes da mesma esfera governamental que as criou com o propósito de secundá-la na prestação de serviço público da sua própria alçada ou quando na formação das referidas entidades concorrem apenas simbólicos e ínfimos recursos privados. Por outro lado, segundo o citado administrativista, caberá se falar em concessionária de serviço público quando existe verdadeiro concurso de capitais particulares na formação do capital da sociedade ou quando há concurso de capitais provenientes de órbita governamental diversa da órbita da pessoa a quem assiste a competência constitucional para prestá-lo.

37 Existe tendência jurisprudencial e doutrinária da utilização do termo "empresário" no lugar de "comerciante", por ser mais abrangente, englobando, além dos empresários comerciais, os empresários civis, que também, praticam atos de comércio.

38 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 182.

39 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 177.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro[40] sustenta, por sua vez, que a empresa estatal que desempenha serviço público é *concessionária de serviço público.*

Já Lúcia Valle Figueiredo discorda desse posicionamento, aduzindo que "*não se justifica que o concessionário seja empresa pública, posto que as empresas estatais são criadas por lei, para atingimento de determinadas finalidades. Segue-se que, se possível a criação para aquela certa finalidade, seriam delegadas de serviço público*"[41]. Seguindo este mesmo posicionamento, Eros Roberto Grau afirma que a concessão de serviço público supõe a celebração de um contrato, o que não ocorre com as estatais que são constituídas visando a prestação de um serviço. Com efeito, acrescenta o insigne doutrinador que "são situações jurídicas distintas pois, a do concessionário de serviço público e a da empresa estatal que tenha por objeto a sua prestação. Estas, ao contrário do que estive anteriormente a sustentar, são delegadas do Estado, criadas no bojo do movimento da descentralização administrativa, para fim específico"[42].

Pensamos que as empresas estatais normalmente prestam serviço público por delegação, acolhendo, assim, o posicionamento de Eros Grau. No entanto nada impede que as mesmas venham ser concessionárias de serviços públicos[43].

Com efeito, voltando ao art. 201 do diploma falimentar, podemos concluir que este somente poderá ser aplicado as empresas estatais quando estas forem concessionárias de serviço público, o que nem sempre ocorre.

Hely Lopes Meirelles[44] apresenta posicionamento expresso contrário à falência das estatais prestadoras de serviço público.

Nós, após todas as ponderações aqui realizadas, entendemos que esta matéria deverá ser objeto de lei específica, pois qualquer tentativa de viabilizar a aplicação do instituto da falência na forma contida no Decreto-Lei nº 7.661/45 levará ao surgimento de uma série de dificuldades que criarão sérias divergências doutrinárias que na espécie serão mais prejudiciais que salutares.

40 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 177.

41 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 82.

42 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 154.

43 Nesse diapasão vale lembrar o exemplo trazido por Celso Antônio Bandeira de Mello do serviço de energia elétrica que sendo serviço público da alçada da União, são prestados por sociedades de economia mista, criadas pelos Estados Federados, na qualidade de concessionárias do Poder Federal (Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Bandeira: *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 177).

44 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 344.

ATALIBA, Geraldo. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 4, 1968

ATALIBA, Geraldo. *Regime Jurídico das Empresas Estatais in* Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

ATALIBA, Geraldo. *Serviço Público — Delegação a empresa estatal — imunidade a impostos— Regime de taxas in* Revista de Direito Público. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Outubro-dezembro/1989.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Regime Jurídico das Empresas Estatais in* RDP. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 83, 1987.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990.

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

FIGUEIREDO. Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

GASPARINI, Diógenes, *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2001.

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

LIMA Cirne: *Princípios de Direito Administrativo*. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

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

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

RIBEIRO, Manoel. *Direito Administrativo*. Salvador: Itapoã Ltda, 1964.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *A Empresa Pública na Constituição de 1988 e a Lei de execução Fiscal in* Revista dos Tribunais. Rio de Janeiro Revista dos Tribunais, v. 642, 1989.

VELLOSO, Carlos. *Regime Jurídico das Empresas Estatais in* RDP. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 83, 1987.