

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DA (IM)POSSIBILIDADE DE FALÊNCIA DE EMPRESAS PÚBLICAS E
SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA FRENTE À PROIBIÇÃO DA
CONCORRÊNCIA DESLEAL**

Vítor Augusto Leite Gonçalves

Presidente Prudente/SP

2013

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DA (IM)POSSIBILIDADE DE FALÊNCIA DE EMPRESAS PÚBLICAS E
SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA FRENTE À PROIBIÇÃO DA
CONCORRÊNCIA DESLEAL**

Vítor Augusto Leite Gonçalves

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Guilherme Prado Bohac de Haro.

Presidente Prudente/SP

2013

**DA (IM)POSSIBILIDADE DE FALÊNCIA DE EMPRESAS PÚBLICAS E
SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA FRENTE À PROIBIÇÃO DA
CONCORRÊNCIA DESLEAL**

Monografia/TC aprovada como requisito parcial
para obtenção do Grau em Bacharel em
Direito.

GUILHERME PRADO BOHAC DE HARO

DANIEL GUSTAVO DE OLIVEIRA COLNAGO RODRIGUES

MARCOS CLARO DA SILVA

Presidente Prudente, ____ de _____ de 2013.

Ontem obedecíamos a reis e nos curvávamos diante de imperadores. Mas hoje ajoelhamo-nos apenas diante da verdade...

Khalil Gibran

Aos meus pais, familiares, à minha namorada e a todos os queridos amigos, que de uma forma ou outra, suavizaram essa difícil jornada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente ao meu orientador, professor Guilherme Prado Bohac de Haro, pela paciência e pelos conselhos e, acima de tudo, por ter acreditado no meu trabalho. Com certeza foi peça primordial na confecção deste trabalho.

Agradeço ainda aos meus pais, à minha irmã e à minha namorada por estarem comigo em todos os momentos, fáceis ou difíceis, me dando toda a tranquilidade necessária para que todos os deveres pudessem ser concluídos com sucesso. No caso deste trabalho, não foi diferente.

Não poderia deixar de agradecer também aos examinadores convidados: Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues e Marcos Claro da Silva, os quais gentilmente cederam seu tempo para que eu pudesse cumprir mais essa etapa em minha carreira.

RESUMO

Por muitas vezes o Estado se viu na necessidade de participar mais ativamente na economia para que assim pudesse contornar algumas situações adversas e que não poderiam continuar. A própria Constituição de 1988 aceita essa intervenção, já que, como se trata de um Estado Democrático de Direito, adotante do neoliberalismo, deve promover o bem-estar social. Portanto, essa atuação deve ser controlada, devendo ocorrer apenas em caso de relevante interesse público ou para garantir aos imperativos da defesa nacional. A presente pesquisa tem por objetivo demonstrar a polêmica que envolve a possibilidade ou não de falência no âmbito das empresas controladas pelo Poder Público, quais sejam, as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Em um primeiro momento, tratou-se sobre noções básicas de concorrência, suas espécies e os meios admitidos ao Estado para que se mantenha o *fair play* comercial. Num segundo momento, foi iniciado um estudo breve sobre o instituto falimentar, com ênfase no seu período histórico e conceituação, bem como as mudanças trazidas pela recente lei de nº 11.101/2005, que excluiu as empresas estatais de sua abrangência. Ainda, numa terceira seção, procuramos entender o funcionamento do Estado na função de empresário, ou seja, qual seria o comportamento dele que, apoderado da máquina governamental, poderia realizar suas atividades nessa condição empresarial. Visto isso, finalmente iniciamos o embate entre os institutos, procurando de forma sistemática a melhor interpretação da Constituição e dos dispositivos infraconstitucionais. Ao final, foi evidenciada a possibilidade de falência das empresas públicas desde que não sejam prestadoras de serviço público, já que desta forma estaria protegida pelas normas e princípios do Direito Público.

Palavras-chave: Empresa pública, sociedade de economia mista, falência, lei 11.101/2005, regime jurídico, concorrência desleal.

ABSTRACT

By many times the state has needed to participate more actively in the economy so that it could overcome some adverse situations that could not continue. The 1988 Constitution accepted this intervention, since, as it is a democratic state, adopter of neoliberalism, should promote social welfare. Therefore, this action must be controlled and should occur only in case of relevant public interest or to secure the imperatives of national defense. This research aims to demonstrate the controversy surrounding whether or not bankruptcy within enterprises controlled by the Government, namely, public enterprises and joint stock companies. At first, it was about understanding the competition, their species and the state in order to maintain fair play commerce. Secondly, a brief study was initiated on the institution of bankruptcy, with emphasis on its historical period and conceptualization as well as the changes brought about by the recent law 11.101/2005, which excluded SOEs from its scope. Still, a third section, we seek to understand the functioning of the state in the role of entrepreneur, that is, what would his behavior that, controlling all the government systems, could carry out their activities in this business condition. Since it finally started the clash between the institutes, looking systematically the best interpretation of the Constitution and infra devices. At the end, showed the possibility of bankruptcy of SOEs since they are not providing a public service, since in this way would be protected by the rules and principles of public law.

Keywords: Public Company, mixed company, bankruptcy, law 11.101/2005, legal system, unfair competition.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O FENÔMENO DA CONCORRÊNCIA	11
2.1 A Concorrência no Direito Econômico	12
2.1.1 Conceito	12
2.1.2 Espécies de concorrência	13
2.1.2.1 Da concorrência pura ou perfeita	13
2.1.2.2 Do monopólio	15
2.1.2.3 Da concorrência imperfeita	15
2.2 Da Proteção à Concorrência	16
2.2.1 O surgimento do neoliberalismo	17
2.2.2 O neoliberalismo na constituição brasileira	18
2.2.3 Livre iniciativa e a liberdade de concorrência	19
2.3 Da Concorrência Desleal	20
3 INTRODUÇÃO À FALÊNCIA	23
3.1 Origem Etimológica	24
3.2 Conceito de Falência	25
3.3 Natureza Jurídica	26
3.4 Contexto Histórico	27
3.4.1 A falência em terras brasileiras	31
3.5 Considerações Sobre a Lei 11.101/2005	36
3.5.1 Destinatários da nova lei de falências	39
4 O BRASIL COMO ESTADO EMPRESÁRIO	43
4.1 Empresa Pública	44
4.2 Sociedade de Economia Mista	48
4.3 Serviços Públicos e Atividade Econômica	49
4.4 Exploração Estatal de Atividade Econômica	53
4.5 Atividades Desempenhadas pelo Estado	57
4.6 Regime Jurídico	59

5 AS EMPRESAS PÚBLICAS, A NOVA LEI DE FALÊNCIAS E AS REGRAS DE CONCORRÊNCIA	61
5.1 Evolução da Falência nas Empresas Públicas	61
5.2 O artigo 2º da Lei 11.101/2005 e a Livre Concorrência	64
CONCLUSÃO	69
BIBLIOGRAFIA	73

1 INTRODUÇÃO

O fim do liberalismo econômico deu início a um novo período onde o Estado, procurando servir melhor seus cidadãos, passa a ter maior ingerência na vida quotidiana do povo, sendo que deve procurar satisfazer os direitos fundamentais garantidos pela sua Constituição.

Desta forma, de vários meios o Estado passa a agir para o bem do interesse comum e, como não poderia ser diferente, também passa interferir na economia.

Mesmo sob a proteção da máquina governamental, o Estado não pode fazer essa ingerência de forma arbitrária, sob pena de causar insegurança e mal estar geral. Assim, para garantir direitos fundamentais, cria-se a possibilidade de o Estado atuar como empresa, prestando serviços públicos ou simplesmente explorando certa atividade econômica, as vezes sob o escopo de proteger patrimônio nacional, como é o caso das jazidas minerais, outras vezes para garantir a prestação de serviços públicos essenciais à população, garantidos pelo Texto Maior.

Para tanto, mesmo que o liberalismo tenha se extinguido, os tempos que vigoram são de um novo liberalismo, o neoliberalismo, onde o Estado só deve interferir para garantir o bem-estar gral, esse é o chamado Estado do bem-estar social. Portanto, as relações privadas, com raras exceções de extrema necessidade, devem ser deixadas ao seu próprio desenvolvimento.

O Estado, então, deve obedecer a essa nova ordem adotada para a economia nacional, respeitando os preceitos da concorrência e da livre iniciativa que, mesmo que hoje seja um pouco mais restrita, ainda tem traços do antigo estado liberal, sendo impedidos os abusos.

A despeito disso, a Nova Lei de Falências e Recuperação Judicial, ao retirar de sua incidência as empresas públicas e sociedades de economia mista, acaba por gerar grave desconforto para os operadores do Direito, que notadamente

percebem certa afronta a essa ordem econômica comentada, já que o Estado seria um empresário com substanciais vantagens perante o empreendedor privado.

O presente estudo busca encontrar a ideal percepção dessa norma atual, fazendo análise dos principais institutos envolvidos para que ao fim se pudesse entender a polêmica com facilidade e concluir com propriedade.

2 O FENÔMENO DA CONCORRÊNCIA

A concorrência, sinônimo de competição entre os seres, existe desde muito antes da existência do ser humano. Desde os primórdios a luta pela sobrevivência fazia com que os seres travassem árduas batalhas entre si, seja para mostrar quem é o mais forte, ou na disputa de um alimento.

Vejamos, a título de exemplo, dois leões em um mesmo grupo. Precisa-se saber quem será o líder desse bando e que, conseqüentemente, será o macho dominante. Estabelece-se aqui uma concorrência onde cada um busca seu lugar ao sol, mesmo que isso tenha por consequência o fracasso do outro.

Posto isso, temos que a concorrência não é privilégio apenas dos animais irracionais. O homem também vive em concorrência com outros desde o início dos tempos. Ainda, com a existência da humanidade, essa concorrência passou a tomar vários nichos diferentes como, por exemplo, a concorrência econômica; a política; a afetiva e etc.

Em outras palavras, o homem dos dias atuais não concorre com o outro apenas para sua sobrevivência. Esse com certeza é um dos objetivos, mas é consequência do objetivo principal. O senhor dono de um armazém concorre com a venda vizinha na busca de mais clientes, e assim, obter mais lucros e, com os lucros, arcar com suas obrigações e alimentar a si e a sua família. Existem, então, objetivos imediatos e objetivos mediatos. A busca por clientes e o crescimento dos lucros são os objetivos imediatos do caso em tela. O pagamento das dívidas e o sustento do lar são objetivos mediatos, o que não quer dizer que sejam menos importantes.

É nesse ponto que o presente artigo buscará se aprofundar. A concorrência no plano econômico que, nos dias de hoje, apesar de viger a liberdade de concorrência, possui várias restrições que buscam propiciar o cenário para que a concorrência seja verdadeiramente livre, sem abusos.

2.1 A Concorrência no Direito Econômico

A concorrência, no plano de vista do Direito Econômico, existe tão somente com a existência de mercado. É o mercado, portanto, pressuposto da concorrência. Isso nos traz que a preocupação com a concorrência ou a proteção da mesma é característica dos povos onde o mercado possui papel relevante na formação do bem comum. Isso não ocorre em países onde, por exemplo, o ideal socialista é predominante (SILVEIRA, 1998, p. 47).

2.1.1 Conceito

Segundo o dicionário (MICHAELIS, 1998; p.554), concorrência é a “pretensão de mais de uma pessoa à mesma coisa”, é a “competição”, é a “rivalidade entre produtores ou entre negociantes, fabricantes ou empresários”. Essa expressão, segundo Marco Antonio Marcondes Pereira (2001, p.4), “traz a ideia de disputa entre agentes econômicos num espaço ou lugar, designado mercado, em certo tempo ou período, acerca de determinado objeto”.

Segundo diz Font Galán (1987) *apud* Vaz (1993, p. 21), a concorrência – sinônimo de competição – é fenômeno natural, ou seja, é a amostra do instinto da sobrevivência do mais forte, nos moldes da seleção natural de Darwin. Trata-se de instinto de sobrevivência econômica do mais forte economicamente, levando para o Direito Econômico os princípios básicos da seleção natural.

2.1.2 Espécies de concorrência

Dentro do contexto econômico, existem algumas teorias que analisam o grau concorrencial de um mercado, podendo a concorrência nessa estrutura mercadológica ser pura ou perfeita, monopolística ou mesmo imperfeita.

Tal elucidação, mesmo que simples, é de grande valia para o entendimento sistemático da estrutura econômica de mercado numa certa região. A partir desta classificação podemos identificar os prós e os contras analisando uma economia de mercado.

2.1.2.1 Da concorrência pura ou perfeita

No instituto da concorrência chamada perfeita, temos uma situação basicamente utópica onde o número de vendedores (empresas) e compradores (consumidores) seja tão grande que apenas um deles, isoladamente, é insignificante de tal forma que não seria capaz de provocar qualquer efeito nos preços de mercado.

Vamos pegar como exemplo a venda de serviços como o corte de cabelos. Por maior que seja o salão de beleza, ele, sozinho, é insignificante perto dos outros tantos estabelecimentos existentes na mesma área comercial, não influenciando no preço geral. O mesmo pode-se dizer do consumidor. O consumidor, por mais que frequente o local com regularidade anormal, não afetará o mercado como um todo caso venha eventualmente a falecer e, conseqüentemente, pare de consumir.

A concorrência pura tem algumas características peculiares:

- a. Homogeneidade do produto – Deve-se considerar a hipótese de que os produtos são homogêneos, não existindo diferença entre eles.

- b. Transparência do mercado – Todos os participantes tem acesso às informações sobre os preços e/ou lucros.

- c. Liberdade de iniciativa – Não existem barreiras para que uma empresa entre ou saia do mercado

- d. Não intervenção do Estado – O Estado não deve intervir no sistema econômico, deixando apenas que a “lei da oferta e demanda” defina os preços e condições do mercado. A concorrência seria o bastante para regular a economia tanto a curto quanto a longo prazo.

Na concorrência perfeita, a homogeneidade dos produtos e o alto número de concorrentes faz com que a concorrência seja natural, não devendo o empresário fazer nada além de oferecer o produto padrão ao preço já estabelecido no mercado. Dessa forma, tamanha é a igualdade das empresas, que se admite dizer que essa modalidade concorrencial, na verdade, é de concorrência nula, uma vez que não se busca o domínio de mercado.

2.1.2.2 Do monopólio

Quando estamos dentro de um segmento de mercado e encontramos apenas um fornecedor, seja ele de produtos ou serviços, temos configurada a situação de monopólio.

A ausência completa de concorrentes coloca a empresa numa vantajosa posição, dotada de alto poder de mercado, dada sua posição exclusiva.

Geralmente, quando lucrativa, a situação de monopólio tende a acabar a medida que o negócio torna-se atraente para outros investidores, fazendo com que aquele segmento tenha situação de concorrência.

2.1.2.3 Da concorrência imperfeita

A concorrência imperfeita se percebe em casos onde não se verifica a ocorrência da concorrência perfeita nem a presença do monopólio, ou seja, em que pese haja vários *players* no mercado atuando no mesmo segmento, existe ainda uma situação de desigualdade entre eles, seja de poderio financeiro, seja de influência de mercado. Aqui, há sempre uma empresa ou consumidor com poder econômico suficiente para influenciar nos preços do mercado.

Infelizmente, é a concorrência imperfeita que está mais próxima da realidade. O poder econômico é grande aliado para o domínio do mercado. Tomando como exemplo o mercado de materiais para construção, temos a Votorantim que domina grande parte do mercado. Com esse domínio, qualquer manobra utilizada pode acarretar em grande mudança no comércio dos produtos. Se essa empresa diminuir muito os preços, o preço médio do produto vai cair, pois ela é grande de tal forma a influenciar nos valores do mercado.

Dentro de uma margem entre a concorrência perfeita e o monopólio (situação em que não há concorrência), temos que o mercado de concorrência imperfeita se situa em todos os níveis dentro dessa margem. Essa estrutura de mercado tem algumas características:

- a. Produtos distintos – As empresas buscam incrementar seu produto com o maior número de peculiaridades, tirando-o do padrão. Buscam, dessa forma, criar um novo segmento em que não haja concorrência.

- b. Preços diferenciados – Dentro de uma razoabilidade, cada empresa altera o preço de seu produto. Isso se permite justamente pela peculiaridade de cada produto, ou seja, a empresa pode colocar o preço que considera necessário e o justifica pelas diferenças que seu produto tem em relação a todo o mercado.

Essa última característica – aliada à primeira – mostra que, na economia imperfeita, as empresas demonstram possuir certo poder de mercado, não se deixando regular pela simples “mão invisível da concorrência”.

2.2 Da Proteção à Concorrência

A concorrência inescrupulosa praticada ao decorrer dos anos apontou a necessidade de uma regulamentação, ou seja, um controle para que não houvesse abusos. Pautando-se na ideia da proibição do abuso do direito, surgiram leis especificamente criadas para proteger a competição econômica entre os *players* do mercado.

Isso só pôde ocorrer com o colapso do sistema liberal que tinha por principal ideal a intervenção mínima do Estado. A selvageria do mercado era tamanha que tornou necessária uma reestruturação do sistema.

2.2.1 O surgimento do neoliberalismo

O perfil adotado pela nossa Carta Política é o do neoliberalismo, instituto que, apesar de previsto por lei, está longe de ter seu sentido precisado de forma satisfatória. O próprio conceito de liberalismo já é de difícil confirmação, não sendo diferente ao tratarmos do neoliberalismo.

Historicamente, há notícia de que as primeiras vezes em que o neoliberalismo foi posto em pauta teriam sido nos anos 30, após a grande crise capitalista de 1929.

Havia a necessidade de um capitalismo reformulado, com ingerência estatal, mas que de forma alguma pudesse se confundir com o socialismo recentemente implantado na União Soviética. Mesmo que ainda não houvesse a guerra fria, os movimentos da Revolução Russa inspiravam operários de todo o ocidente, colocando pavor aos donos do capital. Devia-se encontrar uma forma onde, mesmo que o Estado passasse a ingerir em searas antes reservadas única e exclusivamente ao sujeito privado, pudesse haver ideologias capitalistas sendo reafirmadas, afastando de plano qualquer semelhança ao socialismo.

De fato, a expressão neoliberalismo, caracterizando a ideia de um liberalismo renovado, atendia a esse anseio. A partir desse contexto político é que foram desenvolvidos estudos a fim de estruturar essa nova ordem.

Com o fim da guerra fria, a expressão neoliberalismo muda o seu contexto na interpretação das pessoas que criticavam a intromissão do Estado no aparato econômico. Neoliberal passou a ser aquele que defendia o fim da intervenção do Estado, o fim das políticas sociais, finalizando com a ideia de

liberalismo renovado, criada pela primeira vez nos anos 30. Portanto, temos que o neoliberalismo tem sentidos diferentes a pensar na época em que essa expressão é empregada. Nas palavras de Fabio Ulhôa Coelho (2009, p. 187), “se antes da guerra fria, o neoliberalismo era o a defesa do aumento da intromissão do aparato estatal na economia, depois dela, torna-se o inverso, a defesa da redução da intromissão”.

Na mesma obra supracitada, Ulhôa Coelho conceitua a expressão neoliberal como “modelo econômico definido na constituição que se funda na livre iniciativa, mas consagra também outros valores com os quais aquela deve se compatibilizar”. Tal conceito traz a tona de que a livre iniciativa não é mais o principal baluarte da organização econômica, mas apenas mais um dos ideais dessa nova ordem.

2.2.2 O neoliberalismo na constituição brasileira

A Constituição Federal traz, em seu artigo de nº 170, a ordem econômica adotada pelo país de maneira expressa e muito oportuna. Ao invés de simplesmente rotular qual a ordem econômica nacional dizendo que o Brasil adotará o neoliberalismo, adota a modalidade econômica a partir de seus princípios informadores. Desta forma, o legislador constituinte se livrou da possibilidade de se tornar refém de qualquer mudança no conceito de neoliberalismo – como já vimos que ocorreu no passado recente – e conseqüentemente deixou claro sobre quais seriam os ideais desta nova ordem econômica.

Há quem diga que, como a prima por valores de justiça social e bem-estar coletivo, seria correto dizer que o empresário que faz seus investimentos buscando apenas o lucro estaria exercendo a atividade de maneira ilegítima. (SILVA, 1993, p. 673).

Porém, ao contrário disso, vemos que o empresário, mesmo que busque apenas o lucro, o faz de forma completamente saudável, uma vez que não há nada errado em se fazer um empreendimento e vê-lo crescer, garantindo com ele

meios para garantir um padrão de vida mais elevado para si e para sua família. Não há que se falar em ilegitimidade. Temos, nesse sentido, por exemplo, Fabio Ulhôa Coelho. (2009, p. 188)

2.2.3 Livre iniciativa e a liberdade de concorrência

Leciona Fernando Herren Aguillar (2006, p. 227), que mesmo que muitos encontrem semelhanças entre a liberdade de iniciativa e a livre concorrência, na verdade este é o contraponto daquele, uma vez que o instituto da livre concorrência teria nascido para reprimir o abuso da liberdade de iniciativa.

Nesse contexto, explica Aguillar (2006, p. 228):

[...] a liberdade de concorrência não é a liberdade de os particulares exercerem 'suas atividades industriais e comerciais num sistema de competição que não deve ser entravado nem por prescrições nem por prestações provindas dos poderes públicos'. Essa corresponde exatamente à definição de liberdade de iniciativa. Ao contrário, a liberdade de concorrência exige do Estado uma efetiva ação de restrição à liberdade de iniciativa.

De fato, a liberdade de alguém termina onde começa o direito do outro. O instituto da liberdade de iniciativa, no direito econômico, deve ter outro instituto regulador, que permita haver moderação no primeiro. O sistema jurídico brasileiro não confere direitos absolutos, mas apenas margem de direito onde, dentro dela, o sujeito é livre para o que bem entender, mas ao sair dessa margem, interfere no direito de outros. É aí que a liberdade é suprimida.

Pode-se dizer que temos um sistema de cadeia, onde a proteção de um instituto leva à garantia do outro. Proíbe-se a concorrência desleal e as infrações à ordem econômica em favor da livre concorrência, a proteção da livre concorrência, por conseguinte, garante uma harmoniosa liberdade de iniciativa.

2.3 Da Concorrência Desleal

A concorrência ilícita se traduz em todos os atos de concorrência que são tipificados e sancionados por lei, não importando se a sanção administrada será de natureza penal, civil ou administrativa, pois a concorrência ilícita não é sinônima de crime.

Dentro do gênero concorrências ilícitas temos duas espécies, a concorrência desleal e a infração da ordem econômica. A primeira se configura por atividades empresariais individuais, onde o sujeito passivo, ou seja, a vítima da estratégia concorrencial é outro empresário que também atua no mercado. Por outro lado, nas infrações da ordem econômica, a ação empresária atinge todo um sistema mercadológico, ameaçando as estruturas de mercado e economia, colocando em xeque um número muito maior de interesses.

A conceituação da concorrência desleal é dificultada pela complicada noção e verdadeira vagueza dos princípios de lealdade, honestidade, bons costumes e boa-fé. (CERQUEIRA, 1956 *apud* PEREIRA, 2001, p. 14). Nesse sentido, ainda, Rubens Requião diz, quanto à concorrência desleal, “que sua própria denominação suscita controvérsia, pois a expressão concorrência tem sentido exato, o adjetivo desleal é obscuro, dependendo do vago conceito de deslealdade” (REQUIÃO, 2007, p. 353).

Outra dificuldade consta no sentido de que não há atividade de empresário sem a busca do domínio do mercado. Todo investidor procura, de certa forma, ser o maioral dentre os investidores, mesmo que, para isso, resulte na perda do concorrente. Comenta Fabio Ulhôa Coelho (2009, p. 190): “Na concorrência, os empresários objetivam, de modo claro e indisfarçado, infligir perdas a seus concorrentes, porque é assim que poderão obter ganhos”.

A única hipótese onde o empresário não prejudicaria os demais seria no caso de monopólio, que pode ocorrer nos novos segmentos que surgem dia após dia. Porém, no momento que esse negócio se demonstrar rentável, outras pessoas

passarão a investir também nesse segmento, passando a concorrer e, nessa ótica, infligindo perdas uns aos outros.

Ainda sobre a concorrência desleal, Pontes de Miranda (1983, p. 270) faz o seu conceito:

Ato de concorrência desleal é ato reprimível criminalmente e gerador de pretensão à abstenção ou à indenização, ou somente gerador de pretensão à abstenção ou à indenização, que se praticou no exercício de alguma atividade e ofende à de outrem no plano da livre concorrência.

Vendo o conceito acima, notamos que a concorrência desleal é reprimida pelo Direito, sendo que podem haver sanções tanto civis quanto penais. Diferentemente das infrações de ordem econômica, não há aqui sanções administrativas. Dentro desse prisma, João da Gama Cerqueira (1956) *apud* PEREIRA (2001, p. 15) aponta para a classificação dos atos de concorrência desleal em atos específicos e atos genéricos. Os mais graves seriam os atos específicos, recebendo tratamento de âmbito penal, já os atos genéricos são dirimidos na esfera cível.

O art. 195 da lei 9279/2006 elenca as condutas consideradas concorrência desleal. Para fins penais, tal rol será taxativo, visto que não é permitida interpretação extensiva em detrimento do réu. Porém, em outro sentido, fora da seara penal, outros atos podem ser enquadrados como concorrência desleal, sendo contra estes tomadas medidas civis. Desta forma, temos duas situações distintas quanto ao mencionado artigo, por um lado, no âmbito penal, teremos rol taxativo, quanto aos outros ramos do direito, tal rol será exemplificativo. Mesmo assim, apesar de não serem considerados crimes, são atos ilícitos do ponto de vista do Direito Comercial (FERREIRA *apud* ALMEIDA, 2004, p. 133).

Portanto, qualquer ato que busque a captação de clientela e que seja reprovável pelo ponto de vista comercial, colocando em xeque as boas relações concorrenciais, angariando vantagem, é concorrência desleal, mesmo que não presente no rol das concorrências desleais criminalmente puníveis.

É nesse ponto que, durante o desenvolvimento do trabalho, enquadramos o fato de que a lei falimentar, a partir de disposição infraconstitucional, não tem incidência sobre as empresas controladas pelo Poder Público, parte da administração indireta. Assim, faz-se também necessário entendimento sobre a falência, o que se dará no capítulo a seguir.

3 INTRODUÇÃO À FALÊNCIA

Intimamente ligado à evolução do conceito de obrigação, o instituto da falência é uma ferramenta apta a buscar de maneira forçada o cumprimento das obrigações de uma empresa atuante no mercado ou, na pior das hipóteses, garantir que não contraia mais dívidas, culminando assim com o encerramento de suas atividades, sendo o patrimônio dividido.

Trata-se de medida emergencial, onde o credor não consegue mais enxergar qualquer expectativa por parte do devedor de que ele conseguirá sanar suas dívidas, entrando, na maioria das vezes, num eterno poço sem fundo, onde o passivo aumenta gradativamente enquanto o ativo diminui¹, tornando a sustentação financeira da empresa impossível, sendo o mais correto que se encerre a sua existência, pagando o que for possível, antes que não seja possível pagar ninguém.

Esse é o espírito falimentar, acabar com o problema antes que gere mais prejuízos, mesmo que já exista algum prejuízo, prefere-se o mal menor, conceito básico da economia, onde não se pode ganhar, que pelo menos se perca pouco.

A legislação atual prevê, ainda, a possibilidade da falência sem que se demonstre a insolvência do falido. Isso porque existem os “atos de falência”, ocasião em que o empresário começa a praticar determinados atos que geram completa insegurança aos credores em relação à possibilidade de satisfação de seus créditos.

Este capítulo buscará elucidar todas as vicissitudes desse instituto, trazendo assim todas as informações necessárias a uma facilitação de entendimento do tema mencionado no presente trabalho.

¹Em economia, os ativos são representados pelo patrimônio da empresa, tanto pelos bens já existentes como pelos direitos, ou seja, a expectativa de receita. Para tanto, esses bens e direitos devem poder ser quantificados em termos monetários, possuindo, portanto, valor econômico. Na contramão desse raciocínio, os passivos são as obrigações e dívidas contraídas pela instituição, seja com pessoas físicas ou jurídicas, compreendendo também todos os serviços que devam ser prestados por já ter recebido para tanto.

3.1 Origem Etimológica

A palavra “falência” tem origem no latim pelo vocábulo “*fallere*”, que se traduz em faltar, enganar, falsear (LACERDA, 1999, p. 13). Tinha, portanto, um peso bastante pejorativo, ligando a insolvência com a falta de palavra, traição. O falido, portanto, era (ainda é) aquele que não podia cumprir com a palavra que dera quando o assunto dinheiro, ou seja, obrigações econômicas.

Observa o professor Rubens Requião (1995, p. 3):

[...] de expressão comum o verbo passou, tecnicamente, no meio jurídico a expressar a impossibilidade do devedor pagar suas dívidas, em consequência da falta de meios decorrentes de escasso e insuficiente patrimônio.

Para esses casos utilizava-se também a expressão *bancarrota*, ou *banco rotto*, expressão parecida com *banque en route*, utilizada pelos franceses e que significa “banco quebrado”. (ALMEIDA, 2009, p. 16). Isso definia aquela falência que fosse criminosa, conseqüentemente punível. Tal denominação surge pelo costume antigo de os credores quebrarem, destruírem, o banco de exposições das mercadorias do falido.

Em terras lusitanas a palavra empregada era a *quebra* que definia aquele que estava *quebrado*, ou seja, falhou em seu empreendimento, ficou sem dinheiro. Essa expressão por muito tempo foi usada no Brasil. O Código Comercial de 1850 trazia sua Parte Terceira intitulada como “*Das Quebras*”. Apenas ao final do século XIX² é que se preferiu utilizar o verbo “falir” como linguagem técnica para se referir àquele que não consegue pagar suas dívidas. (REQUIÃO, 1998, p. 3).

² Aos 24 de outubro de 1890 o Dec. 917 faz mudanças no Código Comercial, substituindo a expressão “quebra pela impontualidade” como determinante da falência: “Art. 1º. O comerciante, sob a firma individual ou social, que, sem relevante razão de direito (art. 8º), deixa de pagar no vencimento qualquer obrigação mercantil líquida e certa (art. 2º), entende-se falido”.

3.2 Conceito de Falência

A conceituação da falência pode ser observada sob dois distintos ângulos: pode ser observado no prisma econômico ou sob o ponto de vista jurídico.

No primeiro caso, a falência se imprime num simples estado patrimonial, notadamente o estado de patrimônio insuficiente a arcar suas obrigações. Nas palavras de Walter T. Álvares (1979, p. 30), a falência é “um fenômeno econômico, um fato patológico da economia creditícia”.

Ainda sob esse prisma, na ótica de Sampaio de Lacerda (1999, p. 11), falência “é a condição daquele que, havendo recebido uma prestação a crédito, não tenha à disposição, para a execução da contraprestação, um valor suficiente, realizável no momento da contraprestação”.

Já sob o ponto de vista jurídico, a depender da orientação que seguem, os doutrinadores costumam conceituar sob uma ótica tanto de direito material como sob o ponto de vista processual.

Para Amador Paes de Almeida (2009, p. 17), mantendo uma visão sob o ângulo processual, “falência é um processo de execução coletiva contra o devedor insolvente”. Argumenta ser execução coletiva pelo fato de congregarem todos os credores, já que o juízo falimentar atrai todos os credores, por ser entre eles litisconsórcio necessário.

Miranda Valverde (1962, p. 20), numa visão que não enxerga a falência apenas como processo, mas como instituto, define a falência como “complexo de regras jurídicas, técnicas ou construtivas, que definem e regulam uma situação especial, de ordem econômica, a falência”.

Outra definição é feita por Rubens Requião (1995, p.5) que, ao fazer uma adaptação de conceito já concebido pelo Prof. Otávio Mendes³, considera a

³ Em sua obra, Requião cita a definição do Prof. Otávio Mendes, que diz ser a falência “liquidação judicial da situação jurídica do devedor-comerciante imputual”. Na ocasião, o autor critica esse

falência como “a solução judicial jurídica do devedor-comerciante que não paga no vencimento obrigação líquida”.

Diante de todos esses posicionamentos destacados, é forçoso reconhecer, portanto, que a falência, de maneira geral, é processo de execução coletiva, sendo que os bens daquele que faliu são reunidos para que ocorra uma venda judicial forçada, sendo que todo o lucro dessa venda deve ser distribuído entre os credores habilitados, de maneira proporcional.

3.3 Natureza Jurídica

Uma das melhores maneiras de se estudar um instituto é sabendo qual a sua natureza jurídica, ou seja, o que ele é, onde se enquadra dentro do Direito.

A falência pode ser incluída em dois grandes planos do sistema jurídico brasileiro. Pode ser incluída entre as normas de direito material, haja vista que atinge bens, pessoas e atos do falido. Num outro sentido, mas que não goza de menos prestígio, os que defendem ser a falência um instituto procedimental. (REQUIÃO, 1995, p.23).

Amador Paes de Almeida (2009, p. 18) lembra que a maioria dos que consideram a falência como sendo espécie de processo aproximam-na do Direito Administrativo, enquanto os que consideram a falência como direito objetivo, dizem que faz parte do Direito Comercial.

O fato é que, pelo fato de a falência atual convergir em regras dos mais diferentes ramos do direito, a tendência da doutrina brasileira é de se admitir que a falência trata-se de um instituto *sui generis*, ou seja, trata-se de instituto próprio,

conceito quanto à liquidação judicial, isso porque a falência, no formato vivido hoje (e também à época da obra, onde existiam as concordatas), muitas vezes não ocorre a liquidação do insolvente, mas faz-se um esforço para que o devedor se reerga (recuperação judicial), criando condições para tanto.

diferenciado, impossível de ser acoplado a qualquer ramo do direito, por possuir características únicas. (REQUIÃO, 1995, p. 28).

Sobre isso, disserta Almeida (2009, p. 18):

E são exatamente esses elementos que, imprimindo-lhe natureza jurídica *sui generis*, lhe conferem inequívoca autonomia. Com efeito, conquanto para ela concorram diferentes regras de diversos ramos do direito, com nenhum deles se confunde nem por eles é absorvida, possuindo, outrossim, princípios e diretrizes que lhes são próprios, formando um sistema que inquestionavelmente a distingue de outras disciplinas, razão por que denominada direito falimentar.

Dada a peculiaridade do instituto, é de intensa necessidade a sua compreensão desde as bases históricas de forma que a evolução da falência, analisando-se desde as aparições mais rudimentares, tornará o estudo mais assimilável. Pois é o que se fará a seguir.

3.4 Contexto Histórico

A origem do direito falimentar pode ser percebida desde o direito romano, onde o devedor insolvente era executado pelos credores, pagando com a própria vida pela impontualidade na satisfação dos créditos recebidos. Nesse ponto, o devedor era considerado uma pessoa de má índole por não ter cumprido com a palavra quando do recebimento do crédito.

Caso fosse mais de um credor, poderia ser o devedor morto, sendo divididas suas partes entre os credores, num verdadeiro banho de sangue, espetáculo de horror próprio das épocas mais arcaicas. Como segundo opção, que revela uma solução mais sensata, porém ainda incompatível com os pensamentos atuais, fazia-se a venda do devedor como escravo, sendo o produto da venda, ou seja, o dinheiro, repartido entre os donos do crédito.

Mesmo em tempos remotos como é o caso do Império Romano, a atitude de esquarterar o devedor causava certo repúdio social, o que fazia de tal norma pouco usual. Como alternativa, a mesma norma traz outra possibilidade, sendo chamada de *manus injectio* (execução pelas mãos dos credores):

El procedimiento de la manus injectio permitía a los acreedores vender como esclavos o matar al deudor, cuando el crédito resultaba de sentencia o de confesión. Se trata de un procedimiento de coacción personal, dirigido a obtener por los medios más violentos y crueles el cumplimiento de la obligación del deudor. Este contaba a su favor con un plazo de treinta días, a partir de la sentencia o de la confesión, para dar cumplimiento a su obligación; si no cumplía, el acreedor ejecutaba la manus iniectio. pronunciando una formula sacramental, referida por Gaio, y poniendo una mano encima del deudor lo llevaba ante el magistrado (MARTINEZ apud DOMINGOS, 2009, p. 25).

Ainda nesse tempo, surge o *nexum*, instrumento que não mais permitia a execução da norma ora mencionada, devendo o devedor trabalhar como escravo a seu credor, obtendo a liberdade quando já tivesse sanado a dívida.

Tal formato de execução era prática comum não apenas em Roma, como também em vários outros pontos onde algumas civilizações mais sofisticadas despontavam. Nesse sentido, Bezerra Filho aponta:

O art. 200 do Código de Hamurabi estipulava que, se um homem arrancou um dente de outro homem livre igual a ele, arrancarão o seu dente. No código de Manu, da Índia, o credor poderia submeter o devedor ao trabalho escravo, proibindo a lei qualquer excesso. Admitiu-se também no Egito antigo a escravidão para pagamento de dívidas. No antigo direito helênico o devedor vendia sua própria pessoa ao credor, para pagamento (2009, p. 33).

Com o avanço da civilização romana surge a *Lex Poetelia Papírica*, que passava a proibir a *manus injectio*, extinguindo a execução do devedor que causava sua morte. Mesmo assim, não houve revogação do *nexum*, sendo que o

pagamento da dívida pela escravização do devedor perdurou (BONFANTE, 2009, p. 27).

Como última contribuição romana ao direito falimentar – o que não a torna menos importante – surge a *lex Iulia* que incorporou às normas da época a *cessio bonorum*, ou seja, concessão em benefício, onde pela primeira vez admitia-se ao devedor de boa-fé que cedesse seus bens a fim de sanar as dívidas, escapando da escravatura. É aqui que o direito romano mais se aproxima do direito falimentar que temos hoje, já que formava o que hoje chamamos de concurso de credores:

Dessa necessidade de execução coletiva surge o embrião do direito falimentar, nada mais sendo a falência do que uma execução coletiva, na qual, em linhas bastante gerais, arrecadam-se todos os bens do devedor para a venda judicial e apuração de dinheiro, o qual será em seguida dividido entre os credores, na proporção e segundo a ordem legal referente a cada um deles (BEZERRA FILHO, 2009, p. 34).

Já no período medieval, o Estado passa a dirimir as pendências entre credores e devedores, isso para que sejam evitados abusos, uma vez que se deixou de ingerir na pessoa do devedor, mas sim em seu patrimônio. Leciona Bezerra Filho que “aquele anterior *concursum creditorum*, dirigido pelos próprios credores, passa a ser feito sob a rígida disciplina jurídica do Estado” (2005, p. 33). A grande motivação para tal evolução foi o surgimento das chamadas corporações de ofício, inéditas sociedades organizadas que objetivavam lucro. É aqui na era medieval que surge a concordata, sendo que “a homologação do judiciário era requisito essencial para concessão da concordata” (ROCCO, 2003, p. 101).

Nesse momento a falência tem tratamento de delito, “sendo o falido coberto de infâmia, tido como fraudador, réprobo social, sujeito a severas medidas penais, além da perda total de seu patrimônio” (BEZERRA FILHO, 2005, p. 33). Nesse momento, rege o lema *falliti sunt fraudatores*, ou seja, os falidos são fraudadores (devem mais do que podem pagar).

Para que se impusesse a falência, não era necessária a condição de comerciante e/ou empresário. Tal instituto aplicava-se a qualquer pessoa, sendo único requisito a insolvência.

Já na modernidade, no século XIX, o Código Comercial Francês, datado de 1807, no qual Napoleão participou da elaboração, que aumentou as restrições ao falido e ainda restringindo a falência ao comerciante, apenas.

É durante esse período que o direito falimentar toma outro aspecto, passando a assumir um caráter econômico-social, sendo reflexo das grandes alterações da época no tocante ao direito comercial. Nele, o conceito de empresa é alterado, tornando-se uma instituição social.

Nesse novo período, o falido não mais é, em regra, considerado um delinquente como antes, ou seja, não é mais um fraudador. Amador Paes de Almeida nos ensina sobre o tema:

Faz-se, então, nítida distinção entre devedores honestos e desonestos, facultando-se aos primeiros os favores da moratória, com o aperfeiçoamento da concordata, cujo embrião encontramos no *pactum est minus solvatur* e no *quinquennales* (2009, p. 7).

Como relata o Professor Almeida, nesse período percebe-se o início dos esforços para se manter uma empresa em funcionamento se verificada a boa-fé do devedor. Isso é mais um reflexo do novo conceito de empresa, pois, sendo uma instituição social, tem muito mais a oferecer para a população com seus serviços – produzindo empregos, por exemplo – do que apenas com sua massa (falida), que nem sequer seria capaz de satisfazer todos os débitos.

3.4.1 A falência em terras brasileiras

Semelhante ao que ocorreu na história mundial, a falência também tem suas evoluções importantes no microsistema jurídico brasileiro. As grandes mudanças no cenário político-econômico que ocorreram na Europa surtiram em mudanças no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente em função da grande influência que o Velho Continente exercia sobre as leis tupiniquins.

Tais influências perduraram mesmo após a independência brasileira, servindo as legislações das sociedades “civilizadas” como base para as normas nacionais, sendo que o mercantilismo europeu ditou as normas da falência brasileira até o início do século XXI.

Com predomínio dos princípios do Direito Romano, vigia no Brasil a legislação portuguesa, uma vez que o Brasil era Colônia. Em Portugal estavam em vigor as Ordenações Afonsinas, que também vigoraram no Brasil.

Nas Ordenações Afonsinas não havia especial tratamento para a quebra do comerciante. Porém, apesar disso, era estabelecida a preferência ao credor que iniciasse o concurso de credores. Houve a extinção da prisão por dívida, permitindo o uso da moratória pelo prazo de 5 anos, sendo punidos apenas os devedores fraudulentos. (MAGALHÃES, 1983, p. 5)

Mencionadas Ordenações, em 1521, foram revisadas por D. Manuel, sendo então chamadas Ordenações Manuelinas. Nesse novo ordenamento havia forte repressão ao devedor, sendo que as punições foram severamente agravadas, devendo o devedor, caso sua falência fosse fraudulenta, deveria ser preso até que pagasse todos os credores. Ainda assim, por ter grande influência do Direito Italiano (Direito Estatutário), o falido poderia se livrar da prisão caso resolvesse ceder seus bens aos credores. (REQUIÃO, 1995, p.17)

Foi pela data de 1603 que as Ordenações Filipinas passaram a vigorar. Tratam-se de normas de origem espanhola que foram vigentes também em Portugal, já que nesta época Portugal e Espanha formavam o Reino de Castela.

Desta forma também os brasileiros sofreram a incidência dessas normas, já que encontrava-se na condição de Colônia. Tais ordenações passaram a tratar a quebra do comerciante com muito mais especialidade, pois a promulgação da Lei de 8 de março de 1595 fora feita por Filipe II, incorporando o Título LXVI do Livro V das Ordenações Filipinas, sendo-lhe nomeado “Dos Mercadores que quebram. E dos que se levantam com fazenda alheia”. Aqui nota-se grande diferenciação entre os mercadores criminosos, fraudadores, que responderiam a suas quebras com severas punições, e os mercadores que tonaram-se pobre sem existência de culpa, ocasião em que poderiam negociar com os credores. (ALMEIDA, 2009, p. 8).

Após esse período, é com Marquês de Pombal que o Brasil passa a contar com verdadeiro processo falimentar. O Alvará de 13 de novembro de 1756 trazia uma série de regras e formalidades acerca do comerciante insolvente, como descreve Amador Paes de Almeida (2009, p.8):

Impunha-se ao falido apresentar-se à Junta do Comércio, perante a qual “jurava a verdadeira causa da falência”. Após efetuar a entrega das chaves “dos armazéns das fazendas”, declarava todos os seus bens “móveis e de raiz”, fazendo entrega, na oportunidade, do Livro Diário, no qual deveriam estar lançados todos os assentos de todas as mercadorias, com a discriminação das despesas efetuadas.

Ultimado o inventário dos bens do falido, seguir-se-ia a publicação de edital, convocando os credores.

Do produto da arrecadação, 10% eram destinados ao próprio falido para o seu sustento e de sua família, repartindo-se o restante entre os credores.

É forçoso mencionar que tais disposições eram para o devedor de boa-fé. Caso fosse constatada a fraude da falência, decretava-se a prisão do comerciante, seguindo o regular processamento na esfera penal.

Rubens Requião (1995, p. 18) cita uma interessante característica do sistema falimentar pombalino. Quando o falido era honesto, o sistema de extinção das obrigações tendia para a tentativa de se preservar a empresa, ou, na pior das hipóteses, promover a ressurreição civil do devedor, não podendo mais ser perseguido pelos credores.

Apesar de a proclamação da independência brasileira ter sido um fato de grande expressão e simbolizar a desvinculação do país em relação às nações dominantes, em nada alterou acerca da normatização, em específico sobre a falência. Em 1823, com a chegada da Lei de 30 de outubro que, em resumo, diz que deve ser observada a Lei da Boa Razão⁴, devendo ser aplicadas as leis das nações civilizadas de forma subsidiária. Nesse contexto, dá-se grande preferência ao Código Comercial de 1807, o Código Napoleônico. Nesse período ocorre grande influência do Direito Francês. (REQUIÃO, 1995, p. 19).

Considera-se que o instituto da falência tem, pela primeira vez, sua existência marcada no Direito brasileiro. Isso porque em 1850 foi promulgado o Código Comercial, que trouxe no Livro III a regulamentação “das quebras”. Além disso, o Decreto nº. 738 trouxe os ditames processuais.

O nascimento do instituto falimentar no Brasil conta com grandes críticas. É o exemplo de Sampaio de Lacerda (1999, p. 31), que considera ter a falência nascido já com muitos defeitos:

Alegava-se, contra o sistema do Código Comercial, ser ele lento, complicado, dispendioso, prejudicando, a um tempo, credores e devedor; além disso dava maior importância à apuração da responsabilidade comercial da falência, pois só com a ulatimação do processo de quebra e qualificação da falência é que se iniciava a liquidação em massa. Por outro lado, a aceitação da concordata dependendo da maioria de credores em número e que representassem pelo menos dois terços dos créditos sujeitos aos efeitos da concordata constituía obstáculos à obtenção desse favor.

A mencionada crítica tem seus méritos, tanto que houve reforma em 1879. Na ocasião, Visconde de Mauá – grande banqueiro e empresário da época – em meio a grandes crises pelas quais passava, percebeu que não seria possível que lhe fosse concedida a concordata, já que seria impossível reunir todos os seus 3.000 credores espalhados pelo Brasil.

⁴ A referida Lei da Boa Razão era, em verdade, um dos muitos Alvarás promulgados durante o período colonial, à semelhança do já citado Alvará de Marquês de Pombal. Tal Alvará, promulgado pelo Rei D. José na data de 18 de agosto de 1769, dizia ser possível a aplicação subsidiária do Direito Romano, porém somente se fosse fundado na boa razão, ou seja, obedecendo aos princípios do direito natural.

Nessa toada, Mauá representou à Câmara com o objetivo de demonstrar que os presentes requisitos toravam a norma ineficiente. Assim deu-se a criação de uma nova concordata a partir do Decreto-Lei nº. 3.065, chamada concordata preventiva, em 6 de janeiro de 1882. Nessa nova norma, o quórum de aprovação da concordata seria a maioria dos credores presentes, devendo eles somarem ao menos dois terços dos créditos. (REQUIÃO, 1995, p. 18).

A Proclamação da República trouxe para o instituto da falência grande reformulação jurídica, a começar pelo Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890, que revogou a terceira parte do Código Comercial de 1850.

Tal Decreto, que teve grande importância na evolução falimentar brasileira, caracterizou o estado de falência não apenas pela impontualidade no pagamento das obrigações, mas também pela ocorrência de atos e existência de fatos que, segundo a legislação, levaria à falência ou poderia presumir a tentativa de fraude contra os credores. Não bastasse isso, instalou uma série de meios preventivos à falência, como a moratória, o acordo extrajudicial⁵, a cessão de bens e a concordata preventiva, tais recursos foram acompanhados de várias críticas, pois facilitariam as fraudes. (LACERDA, 1999, p. 32). Cumpre mencionar que, mesmo com tantas críticas, o Decreto nº 917 trouxe avanço no instituto falimentar.

Logo após, em 16 de agosto de 1902, com intenção de se prevenir o embate entre devedores e credores, porém sem lograr êxito, foi promulgada a Lei nº. 2.024. Nesta lei previa-se a criação de uma lista organizada pelas Juntas Comerciais com nomes que não estavam nos quadros da Falência, desta lista deveria o Juiz escolher um síndico. Essa lei foi amplamente rejeitada pela população, o que forçou o Congresso a substituí-la. Quanto às críticas, lembra Rubens Requião (1995, p. 21): “Os quarenta inscritos nessa lista, no Distrito Federal, dadas as suas sinuosas atividades, logo foram alcunhados, pela verve carioca, de Ali-Babá e os quarenta ladrões”.

⁵ O art. 120 tratava sobre a nova *concordata preventiva*: “O devedor, com firma inscrita no registro do comércio, que, antes do protesto por falta de pagamento de obrigação comercial, líquida e certa, tiver feito extrajudicialmente algum acordo ou concordata com os credores, representando pelo menos $\frac{3}{4}$ da totalidade do passivo, deverá requerer, sem demora, a homologação pelo juiz comercial com jurisdição na sede de seu principal estabelecimento, e, obtida ela, não poderá ser declarado falido. O acordo, ou *concordata extrajudicial*, devia ser assinado pelos credores e apresentado ao juiz em petição, acompanhada de relação nominal dos credores, para efeito de homologação”. (REQUIÃO, 1995, p. 11).

Chega então a Lei nº 2.024, feita por Carvalho Mendonça em 17 de dezembro de 1908. Tal lei tinha como característica a síntese da maioria dos princípios existentes no Dec. 917 de 1890 com alguns preceitos do direito estrangeiro que foram adicionados. (LACERDA, 1999, p. 32). As principais mudanças foram no tocante à concordata, sendo extinta a concordata extrajudicial, bem como a moratória, promovendo-se a concordata judicial tanto preventiva quanto suspensiva.

A referida lei, segundo Otávio Mendes (2002, p. 10), não teve todos os bons efeitos que se pretendia, muito por culpa dos juízes que, a seu ver, não eram enérgicos, inteligentes ou ilustrados, qualidades necessárias para que a execução acontecesse e fosse fiscalizada com propriedade para que assim fosse melhor conceituada.

Vinte e um anos depois, isto é, em 1929 – para que se corrijam alguns defeitos da lei de 1908 – aos nove dias de dezembro promulga-se novo Decreto, de nº 5.746, que trouxe a diminuição do número de síndicos, além de ter determinado porcentagem na proposta de concordata. Perdurou até a chegada do Decreto-Lei 7.661 de 1945, sobre o qual comenta Gladston Mamede:

Reforçou os poderes do magistrado, diminuindo o poder dos credores – abolindo a assembleia que os reunia para deliberar sobre assuntos do procedimento falimentar – e transformou a concordata (preventiva ou suspensiva) num benefício, em lugar de um acordo de vontades (2008, p. 14).

São várias as transformações trazidas pela nova lei que deram um salto no sistema falimentar brasileiro. Dentre muitas mudanças, as principais foram elencadas por Lacerda (1999, p. 34), sendo elas: O fim do *liquidatário*, sendo que suas funções foram atribuídas ao síndico; a possibilidade de o juiz conceder a concordata preventiva sem a necessidade de audiência dos credores; e, no caso de crime falimentar, a tramitação congruente do processo penal e do processo falimentar.

Ainda quanto às novas características dessa nova estrutura falimentar, enumera Rubens Sant'Anna (1986, p. 23):

[...] a faculdade de o devedor ou o credor requererem a falência; o princípio de defesa do devedor quando requerida a falência pelo credor; a decretação da falência mediante sentença; a habilitação dos credores; a verificação dos créditos; a arrecadação, avaliação e venda dos bens, para a realização do ativo e pagamento dos credores, através de rateios; a extinção das obrigações do falido; o direito de o falido impetrar concordata suspensiva.

Muito embora sejam reconhecíveis os grandes avanços trazidos pelo Decreto-lei, dizia-se que a recente Lei de Falência já nascera ultrapassada e viciada. Ocorre que, mesmo que a economia brasileira ainda fosse tímida – formada em sua maioria por comerciantes individuais ou, no máximo, familiares – já apresentava algum grau de desenvolvimento, apresentando alguns empreendimentos respeitáveis. Mesmo assim, o legislador de 1945 não previu, nas linhas da “nova” Lei Falimentar, ditar o ritmo do endividamento das grandes sociedades empresárias. Isso porque ainda tinha como base a figura do comerciante individual, deixando as sociedades empresárias no plano das exceções. (TEPENDINO, 2002, p. 165).

Foi daí a necessidade de uma legislação mais atual e que enxergasse com os modernos olhos da “função social”. Tardiamente, 60 anos após o Decreto-lei 7.661, surge a Lei 11.101, de 2005, com a promessa de atualização da norma falimentar, tornando-a parelha com todas as transformações do Globo.

3.5 Considerações Sobre a Lei 11.101/2005

Objetivando garantir o desenvolvimento nacional e reduzir as desigualdades sociais e da pobreza, foi proposto o Projeto de Lei nº 4.376, em 1993, buscando a atualização do cenário falimentar, na tentativa se emparelhar-se com os

acontecimentos contemporâneos. Tal projeto, 12 anos mais tarde torna-se a Nova Lei de Falências e Recuperação Judicial, a lei 11.101 de 2005.

Referida lei, que tem normas tanto de direito material quando processuais, de natureza mista, portanto, traz no seu primeiro artigo o rol de situações a que se presta regular⁶: (i) recuperação judicial; (ii) recuperação extrajudicial e (iii) a falência do empresário e da sociedade empresária, buscando ao mesmo tempo, tanto satisfazer os anseios do credor, que é a satisfação da dívida, quanto proteger o devedor, podendo dar-lhe a chance de continuar sua caminhada, mantendo, conseqüentemente, muitos empregos e diversas relações.

Das grandes evoluções trazidas pela nova lei, destacam-se a extinção da ultrapassada concordata, sendo substituída pela recuperação judicial, mecanismo notadamente mais eficiente, e também a modernização do processo falimentar, com grandes alterações, aproximando-se dos países mais desenvolvidos, como ensina José Cretella Neto:

Finalmente com a Lei nº 11.101, de 09.02.2005, que introduziu profundas modificações no tratamento jurídico da empresa em dificuldades, criando institutos novos e mecanismos mais eficientes, voltados para a proteção dos benefícios criados pela existência de empresas saudáveis, em funcionamento – e não mais de credores ou de devedores apenas – pode-se dizer que o Brasil começa a sair do estado jurássico em que se encontrava, face à globalização acelerada do Mundo... (2005, p. 9).

Bezerra Filho também faz suas observações, *in verbis*:

A Lei, evidentemente, tem uma série de boas disposições, todas elas tendo merecido destaque no exame do texto que logo adiante se inicia. Especialmente a recuperação extrajudicial, com possibilidade de ser homologada judicialmente, poderá trazer bons resultados. Neste ponto, a nova Lei foi claramente positiva, eliminando, aliás, a descabida disposição do inciso III do art. 2º da lei anterior, que considerava “ato de falência” a simples tentativa de acordo.

⁶ Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

A Nova Lei de Falências e Recuperação Judicial chega, portanto, a fim de modernizar a solução dada ao devedor empresário, já que o cenário anterior encontrava-se bastante ultrapassado, uma vez que mesmo em 1945, a época da promulgação do Decreto-lei de 7.661, as bases para sua redação foram as quebras das Ordenações passadas, surgindo já obsoleta.

É comum que o direito não consiga acompanhar o ritmo das sociedades, mas o que ocorreu com a antiga lei de falência foi algo à beira do absurdo, perdurando por mais de meio século, doutrinadores buscam responder como puderam conviver com regras tão ultrapassadas, como fez Bulgarelli:

[...] o Decreto-Lei 7.661/1945, vem se sustentando, graças a uma interpretação extensiva e evolutiva da proposta, debatida e exigida pelos operadores do Direito – no caso, os advogados e doutrina – que orientam a Jurisprudência a respeito (1999, p. 54).

Promulgada a Nova Lei de Falência, percebe-se a preocupação do legislador em efetivar os ideais previstos no terceiro artigo do Diploma Constitucional, buscando não apenas proteger os direitos do credor, como também preservar a função social das sociedades empresárias.

Refém das nuances do mercado, o empresário pode tornar-se insolvente, situação bastante desagradável, nas palavras de Rubens Requião (2009, p. 21):

O falido nunca foi bem visto pelos demais circunstantes, seja pelos credores, seja pelo próprio Judiciário. Não teria ainda desaparecido o substrato que deu origem à expressão *falliti sunt fraudatores*, permanecendo vivo o espírito do verbo latino *fallere*, significando *ingnare*, *mancare ala promessa*, *ala parola*, *ala fede*, *cadere*, ou seja, enganar, faltar com a promessa, com a palavra, com a fé, cair.

Assim, mesmo que de maneira involuntária, a palavra falido imprime um pré-conceito grande, gerando conseqüente suspeita. A lei 11.101 procura mudar tal leitura, tentando evitar que o falido passe por tal desconfiança.

As novidades trazidas pela nova lei são em grande número e grande também em importância, devendo os operadores do direito estudar essas mudanças com cuidado. Passaremos agora a estudar algumas características importantes à elucidação do tema proposto pelo trabalho.

3.5.1 Destinatários da nova lei de falências

Os sujeitos para quem se direcionam as normas da lei 11.101/2005, notadamente o empresário e a atividade empresarial, são conceituados no Código Civil, pelo artigo 966, o qual diz que “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”, devendo-se destacar os termos *profissionalmente*, *atividade organizada* e *produção/circulação de bens ou serviços*, como são requisitos essenciais para que uma atividade ou empreendimento seja considerado empresarial, passaremos a analisá-los.

O *profissionalismo* implica em exercer determinada atividade em caráter habitual, isto é, de maneira reiterada e que dela se extraia lucros com o intuito de dar continuidade à atividade. Sobre isso, Gladston Mamede dizendo que “o empresário é aquele que, por sua atuação profissional e com intuito de obter vantagem econômica, torna a empresa possível” (2009, p. 38).

Como segundo fator importante para a conceituação de empresa, deve ser a atividade feita de forma *organizada*, bem como cita o conceito já mencionado do Código Civil, tal organização terá seu tamanho e complexidade de acordo com a atividade proposta pela empresa, sendo que se há planejamento e execução para a prestação de determinado serviço ou produção de determinado produto, já podemos

considerar que tal atividade se deu de forma economicamente organizada (ULHOA, 2011, p. 52).

Por derradeiro, ao citar a *produção e circulação de bens ou serviços*, o texto legal traz de maneira implícita o verdadeiro escopo de uma empresa, que é a perseguição do lucro.

Nota-se que, pelo parágrafo único, o legislador faz algumas exceções, isto é, retira do conceito de empresa algumas atividades que, apesar de buscarem o lucro de forma organizada e profissional, não podem ser consideradas empresas, como é o caso das atividades intelectuais, sejam de natureza científica, literária ou artística⁷.

Embora o conceito ditado pelo Código Civil seja satisfatório, não é completo, pois a empresa tem múltiplas facetas, não podendo o conceito ser genérico, devendo o conceito levar em conta os diversos elementos caracterizadores, segundo ensina Fabio Asquini, citado na obra de Ulhôa:

O conceito de empresa é o conceito de um fenômeno econômico poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram. As definições jurídicas de empresa podem, portanto, ser diversas, segundo o diferente perfil, pelo qual o fenômeno econômico é encarado (2011, p.46).

Pela teoria de Asquini, dividiu-se o conceito de empresa em quatro perfis distintos: subjetivo; funcional; corporativo e patrimonial, sendo que o enquadramento depende do plano econômico observado.

O primeiro perfil observado por Asquini é o subjetivo, onde existe confusão entre empresa e empresário, por essa ideia é que, a despeito da existência de um administrador (empresário), a empresa é que pratica os atos atinentes a sua atividade como, *verbi gratia*, contratar, pagar ou até mesmo falir. Esse perfil é o

⁷ Art. 966. [...]. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

adotado no código civil italiano, quando da conceitua empresa em seu artigo 2.082: “È imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi”⁸. O nosso código civil também adota esse perfil.

Do ponto de vista funcional, a empresa se substancia na atividade empresarial em si, onde seria os atos organizados em função de um objetivo produtivo (ULHOA, 2001, p. 46).

No prisma corporativo sustentado por Asquini, a empresa é um conjunto de esforços, ou seja, a união entre capital e mão-de-obra, onde essa união objetiva, de forma organizada, potencializar o lucro mediante a exploração de determinada atividade.

Por fim, sob um ponto de vista que focaliza o patrimônio, a empresa se caracteriza por sua existência física, contando o local de realização das atividades e os objetos que a tornam possível, ou seja, os bens que a empresa possui para viabilizar a exploração da atividade.

Nessa toada, para uma melhor teleologia do estudo feito por Asquini, destacamos a interpretação feita por Sylvio Marcondes, devidamente citada por Fabio Ulhôa Coelho: a tese de Asquini, hoje generalizadamente acolhida, é de que a empresa tem um conceito unitário econômico, mas não um conceito unitário jurídico, porque a lei ora a trata como uma, ora como outra (2011, p. 48).

Percebemos que, dentre os perfis destacados na teoria de Asquini, o que todos tem em comum é a busca por resultados positivos, ou seja, pelo lucro, já que não haveria outra razão para que alguém depositasse seus investimentos no mercado, haja vista que existem grandes riscos que devem ser assumidos. Destarte, é por conta desses riscos assumidos pelas empresas exploradoras de atividade econômica é que vem a Lei 11.101/2005, objetivando maior segurança jurídica e, conseqüente, segurança de mercado, tornando as relações contratuais mais confiáveis, possibilitando o crescimento econômico e social do país.

⁸ É empreendedor aquele que exercita profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou troca de bens ou serviços (tradução nossa).

Ainda, entendemos que a lei de falências incidirá tanto sobre a empresa quanto sobre o ato de empresa, o que a faz alcançar não só as sociedades empresárias como também o empresário individual.

4 O BRASIL COMO ESTADO EMPRESÁRIO

É inequívoca a constatação de que os cem anos que se passaram foram marcados por extremos. Durante esse século tivemos duas Grandes Guerras, a segregação entre Capitalistas e Comunistas, crescimento e queda de potências mundiais e até mesmo a criação de blocos econômicos formados por quem antes eram declaradamente rivais. Por esse caminho, notou-se uma crise de identidade entre as instituições, devendo, agora, reencontrar seus espaços.

Com isso tivemos várias reformulações do Direito que não atingiram apenas a seara positivista, mas também toda uma conjectura de ideias, refletindo em profundas transformações normativas e de hermenêutica.

Nesse diapasão, há também o questionamento do Estado, passando por várias mudanças na tentativa de uma redefinição para o início do novo milênio, encontrando-se como solução o instituto da descentralização administrativa, de modo especial no tocante aos sistemas de intervenção na economia.

Nos tempos do Estado liberal, onde suas atividades eram basicamente restritas à defesa externa e segurança interna, não era necessário que se descentralizassem as atividades Administrativas, já que, de maneira geral, as funções ora desempenhadas não poderiam ser delegadas, uma vez que implicam na prática de coerção das pessoas, autoridade esta feita sob o espeque de manter o bem-estar de todos.

Porém, ao passo que o Estado chama para si outras funções que antes não faziam parte de sua seara, a descentralização administrativa passa a ganhar importância, na qual a ideia é de que devem ser distribuídas as competências – que antes a princípio seriam desempenhadas pelo Estado – para outras pessoas, físicas ou jurídicas. Desta forma, transferindo suas atribuições para outros entes, cumpre-se uma racionalização na execução de suas tarefas. Para tanto, vemos a criação de autarquias, fundações, empresas públicas ou sociedades chamadas de economia mista, porém, se preferir, pode ainda contar com o auxílio de particulares no

desempenho da função pública, com o uso de autorizações, permissões ou concessões.

A Administração Pública brasileira, seja ela federal, estadual ou distrital, e municipal, pode, portanto, interferir no plano econômico como participante do sistema, criando empresas estatais que, por essa nomenclatura, englobam-se tanto as empresas estatais puras quanto as sociedades de economia mista, que são criadas para impulsionar a eficiência administrativa.

É o artigo 173, *caput*, da Constituição Federal que autoriza a atuação direta na economia pelo Estado, devendo a área de atuação ser de relevante valor jurídico ou de grande importância para a segurança nacional.⁹ Para esse tipo de atuação, deverá o Estado utilizar-se das empresas públicas e das sociedades de economia mista, já que irá atuar empresarialmente.

4.1 Empresa Pública

Antigamente, tratavam-se as empresas públicas e as sociedades de economia como espécies de entidades paraestatais, sendo pessoas Jurídicas de Direito Privado que, autorizadas pela lei, realizavam, com patrimônio público ou misto, atividades de interesse coletivo. Era necessário diferenciar bem esse entendimento sobre o que é paraestatal, pois se fazia frequente confusão do ente autárquico com o paraestatal. (MEIRELLES, 2008, p. 363).

Com o passar do tempo, contudo, ocorreu grande evolução sobre o tema, sendo que as empresas públicas e as sociedades de economia mista foram reconhecidas como parte da administração indireta do Estado, sendo assim, não poderia mais figurar como ente paraestatal.

⁹ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

A conceituação das empresas públicas no âmbito normativo, é um pouco confusa, pois existem dois dispositivos que se contrapõem. De um lado, no Decreto-Lei 200 em seu artigo 5º, que teve redação alterada pelo Decreto-lei 900, estabelece:

Art. 5º. Para os fins desta lei, considera-se:

[...]

II – Empresa Pública – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

A ideia aqui formada é a de que se admite uma sociedade “unipessoal”, modalidade não existente no ordenamento brasileiro até então, que só veio a existir com o art. 251 da Lei das s/a, onde encontramos a sociedade subsidiário integral.

Por outro lado, no mesmo Decreto-lei 900, mas que, desta vez, não altera o texto do Decreto-lei 200, há uma explicação sobre a composição das empresas estatais:

Art. 5º. Desde que a maioria do capital votante permaneça de propriedade da União, será admitida, no capital da Empresa Pública (artigo 5º inciso II, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967), a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno bem como de entidades da Administração Indireta da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Por lógica, fazendo a análise dos dois dispositivos, temos que na verdade, as empresas públicas não tem apenas capital integral da União. Segundo Celso Bandeira de Mello (2010, p. 188), não se poderia admitir que o instituto “empresa pública” ficasse atribuído exclusivamente quando o capital é integralmente ou de maioria da União, pois se esse entendimento vigesse, como seriam denominadas as empresas cuja maioria do capital é formado por autarquias ou por

algum Estado federado? Por esse pensamento deveríamos enquadrá-las como sociedades de economia mista uma vez que a regulamentação destas não traz sobre quem o poder público deve ter maioria acionária.

Desta forma, teríamos uma abominação jurídica, onde as empresas com capital integralizado em maioria pela União seriam empresas públicas, enquanto empresas cujo capital fosse integralizado em sua maioria por outras pessoas de Direito Público Interno que não a União, mas que também inexistisse a presença de investimento privado, seriam sociedades de economia mista.

É forçoso reconhecer que o entendimento que o inciso II do art. 5º do já mencionado Decreto-lei 200 nos leva na contramão do já tradicional conhecimento popular, qual seria, que empresas públicas são formadas por capital público, conquanto as sociedades de economia mista são o *mix* entre capital público e privado, com maioria pública. Além disso, cumpre ressaltar que tal entendimento poderia levar a um transtorno jurídico relevante.

O Texto Constitucional vigente à época¹⁰ atribuía à Justiça Federal o julgamento de questões envolvendo empresas públicas. Agora, vejamos, se for empresa com capital integralmente público, porém a União não figurar como majoritário no capital social, pelas ideias supramencionadas, ficaria ela sujeita a julgamento da Justiça Estadual. Menciona Celso Bandeira de Mello:

Seria um contrassenso que à Justiça Federal coubesse julgar os feitos em que, *exempli gratia*, fosse parte uma empresa da qual a União tivesse 51% do capital votante contra 49% de uma autarquia federal e que, contrariamente, não assistisse a ela, mas à Justiça estadual, julgar as questões relativas à empresa cuja composição acionária fosse exatamente a inversa (2010, p. 189).

¹⁰ Art. 125. Aos juízes federais compete processar e julgar, em primeira instância: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, exceto as de falência e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Militar [...].

Desse modo, o conceito de empresa pública deve se valer de interpretação sistemática do ordenamento jurídico, a fim de se suprir a falha do legislador nessa incumbência. Portanto, o conceito é o de que as “empresas estatais são pessoas jurídicas de direito Privado cuja criação é autorizada por lei específica com patrimônio público ou misto, para prestação de serviço público ou para a execução de atividade econômica de natureza privada” (MEIRELLES, 2008, p. 364)

Contrariamente às sociedades de economia mista, as empresas públicas podem ser constituídas sob o formato de qualquer modelo societário existente, sendo único requisito que seu objeto se enquadre nas disposições constitucionais.

Outra falha protagonizada pelo Legislador de 1969 (decretos-lei 200 e 900) é que, donde conceitua e regulamenta a constituição de uma empresa estatal, menciona-as como exploradoras de atividade econômica, o que não é o que ocorre em todos os casos. Aparentemente, quando o legislador fala sobre exploração de atividade econômica, não queria fazer discriminação entre “atividade econômica” e “serviços públicos”, mas apenas destacar que essas empresas funcionariam por prestações de serviços remunerados. (MELLO, 2010, p. 191).

Clarividente que não poderíamos cair na tentação de considerar que o legislador, na redação dos mencionados decretos-lei, tinha a ideia de considerar empresa pública apenas as que explorassem atividade econômica, tirando, conseqüentemente e de maneira proposital, as prestadoras de serviço público, ficando elas sem qualquer regulamentação jurídica. Para não cairmos nessa armadilha, devemos lembrar regras de interpretações, nos dizeres de Carlos Maximiliano (2000, p. 103): “Deve o Direito ser interpretado inteligentemente e não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis”.

Portanto, podemos ver as empresas estatais atuando em dois diferentes nichos: a exploração de atividade econômica e a prestação de serviços públicos. Apesar de o Texto Constitucional tratá-las igualmente no artigo 173, há certa diferenciação ao analisarmos o regime jurídico. No primeiro caso há uma aproximação maior (para não se dizer total) ao regime jurídico das empresas

privadas, enquanto no outro, até por exercerem atividades próprias do Estado, recebem maior influência das normas e princípios de Direito Público.

As empresas estatais, ou empresas públicas, são as sociedades empresárias que obedecem ao controle do Estado, podendo esse controle se dar de forma direta ou indireta. Porém, por atuarem no sistema econômico comum, têm personalidade jurídica de direito privado e por isso devem atender a um regime jurídico mesclado, pois deve, ao mesmo tempo, obedecer à normas e gozar dos privilégios do direito público, ao passo que também deve obedecer aos dispositivos de direito privado, aos quais já obedecem as empresas privadas.

4.2 Sociedade de Economia Mista

A definição acerca das sociedades de economia mista encontra-se também no Decreto-Lei 200/67, que, apesar de trazer apenas a União em seu texto, pode ser regida por qualquer dos entes federativos, sendo que é estritamente necessária a existência de lei que autoriza o seu surgimento. *In verbis*:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

[...]

III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.

A exemplo do que ocorre com as empresas públicas, apesar de o texto normativo citar apenas a exploração de atividade econômica como objeto para as sociedades de economia mista, também será possível que ela desempenhem serviços públicos, tendo incorrido em erro, novamente, o legislador, deixando as sociedades mistas prestadoras de serviços públicos, se fosse o caso, sem qualquer regulamentação (MUKAI, 1999, p. 36).

Assim, temos que a sociedade de economia mista trata-se de entidade pertencente à administração pública indireta, de personalidade jurídica advinda do direito privado, criada somente mediante permissão legal, devendo ter participação majoritária (maior que 50%) do Estado no capital social, podendo, assim, desempenhar tanto a exploração de determinada atividade econômica como prestar serviços de interesse da coletividade.

A participação do capital público não precisa ser exclusiva, o que justifica a denominação “economia mista”, podendo o particular investir em empreendimento que segue sob controle da Administração Pública (FAZZIO JUNIOR, 2005, p. 41).

Cumprе reforçar que, como a livre iniciativa é o baluarte da nossa ordem econômica, só se deve exercer a exploração de atividade econômica de maneira excepcional, utilizando sua atividade apenas como meio de intervenção na economia, de maneira a regulá-la. Além disso, como as sociedades de economia mista devem necessariamente assumir a forma de sociedade anônima, terá então, feições mercantis, sendo de suma importância que obedeça aos ditames dos artigos 170 a 173 da Constituição Federal.

4.3 Serviços Públicos e Atividade Econômica

Durante o período em que vigorou o liberalismo econômico preconizou-se a doutrina do Estado mínimo. As Constituições passadas que traziam esse ideal como ordem econômica eram claras ao priorizar uma maior proteção, maior importância ao direito de propriedade e à liberdade de iniciativa. Tanto era assim que o Estado se abstinha de prestar quaisquer serviços que pudessem ser realizados por particulares, restando para o Estado apenas a proteção externa e a segurança interna, bem como a administração da justiça.

Repetidamente pressionado pelas camadas sociais, o Estado se viu obrigado a garantir a prestação de alguns serviços à população como transporte,

saúde, educação, saneamento básico, entre outros. Desta forma, o Estado tomou para si a responsabilidade de provimento de diversos outros serviços.

Desta forma, não seria possível elencarmos todas as atividades que seriam consideradas serviços públicos, isso porque tal preceito é absolutamente dependente das variáveis de tempo e lugar, sendo reflexo das situações sociais e políticas de cada nação (JUSTEN FILHO, 2008, p. 572). Tomando como exemplo o panorama histórico, na medida em que o liberalismo vai perdendo espaço no cenário político-econômico, a gama de atividades desempenháveis pelo Poder Público passou a abranger, classificadas como serviço público, atividades que antes eram consideradas exclusivas da iniciativa privada (DI PIETRO, 2007, p. 89).

É por isso que vale mencionar a impossibilidade de se destacar um rol taxativo das atividades qualificadas como serviço público, pois a depender das variáveis, várias outras podem surgir, como também outras podem ser excluídas desse rol, estando em constante evolução, bem como o Direito.

O serviço público tem como finalidade maior a promoção dos direitos que o ordenamento jurídico assegura. Portanto, se a legislação garante um direito ao cidadão, deve o Estado propiciar as condições para que esse direito seja realizado. Caso não seja possível que isso ocorra de maneira natural, deve o Estado interferir, dentro das bases legais, para assegurar tais direitos. Assim conceitua Marçal Justen Filho (2012, p. 559):

...o serviço público se traduz numa atividade prestacional da Administração Pública, destinada a fornecer utilidades necessárias diretamente à realização dos direitos fundamentais. Existe serviço público quando o Estado promove a geração, a transmissão e a distribuição de energia elétrica ou quando desempenha as atividades de transporte coletivo de passageiros.

Carvalho Filho (2008, p. 305), numa conceituação mais subjetivista, considera como serviço público toda prestação feita pelo Estado ou qualquer de seus comandados, desde que sob regime de direito público, com o escopo de satisfazer as necessidades dos cidadãos, sejam elas essenciais ou não.

Também acerca dos serviços públicos, define Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 642):

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacias e restrições especiais -, instituído pelo Estado em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Toshio Mukai também contribui com sua definição, *in verbis*:

Serviço público é a atividade que, dentro de certas circunstâncias de tempo e de lugar, tenha transcendência, pela sua *necessidade* e *essencialidade*, para a comunidade, além de outros requisitos retirados da natureza das coisas; portanto é um conceito anterior ao próprio Estado, porque o direito não é exclusivamente criação legal.

[...]

...mesmo que tal atividade seja exercida pelo particular, por não perder o seu valor (interesse público), suas prerrogativas não o abandonam (1999, p. 30).

Existe um esforço por parte da Lei Maior de 1988 no sentido de arrolar a maior gama possível dos serviços públicos, descritos como de competência da Administração Pública. Desta forma, temos que são serviços públicos constitucionalmente assegurados. Mesmo assim, não se trata de enumeração taxativa, pois a lei também pode prever serviços públicos. Ainda, como já foi dito, a definição prática sobre qual atividade é serviço público dependerá da situação política e social do Estado, sem contar a evolução marcada pelo tempo (MELLO, 2010, p. 666).

Para distanciar do leitor qualquer engano que esse texto o possa levar, cumpre ressaltar que, mesmo que o legislador possa prever quais são os serviços públicos, isso não pode ser feito de forma discricionária. Isso porque, como a Constituição garantiu a prestação de certos serviços por parte do Estado, também

garantiu a livre iniciativa¹¹. Visto isso, percebemos que, quanto mais serviços o Estado garantir, na condição de serviço público, menos campos tem o particular para investir, como pessoa de direito privado (JUSTEN FILHO, 2008, p. 572). E é com o intuito de se evitar o esvaziamento da norma que garante a livre iniciativa que a Constituição excetua a atuação do Estado em atividade econômica se for necessário à segurança nacional ou relevante interesse coletivo.¹²

Justamente por isso, a criação de um novo serviço público, mesmo que por lei, deve obedecer a rígidos padrões, são parâmetros que devem ser respeitados, pois, caso contrário, pode ocorrer a maculação da livre iniciativa. Para evitar isso, podemos dizer que os serviços públicos devem surgir de forma pelo menos implícita na Constituição Federal, não podendo o legislador, à sua vontade, retirar determinada atividade do setor privado para submetê-lo ao regime jurídico das pessoas de direito público. Conforme ensina Mario Engler Pinto Junior (2010, p. 218):

O enquadramento de determinada prestação estatal como serviço público, para efeito de subordiná-la, ao regime próprio de direito público, constitui uma opção política de cada nível de governo. No entanto, tal decisão não pode mascarar a criação de novas hipóteses de monopólios legais, de modo a afastar a competição de outros agentes privados. A liberdade do Estado não é ilimitada nessa área, mas está sujeita à lógica da razoabilidade e da proporcionalidade. Sob o ponto de vista econômico, justifica-se excluir do regime de concorrência de mercado as atividades com fortes externalidades sociais, ou seja, quando o interesse público transcende ao interesse meramente individual do empreendedor. Nesse caso, o mercado não pode ser considerado elemento organizador eficaz, pois não é capaz de recompensar os benefícios ou malefícios.

Marçal Justen Filho (2008, p. 568) comenta ainda que deve haver um vínculo forte entre a prestação de um serviço público e a satisfação de direito fundamental. Para ele, caso não haja relação entre os dois, não poderíamos considerar serviço público, já que para tanto deve garantir direito fundamental.

¹¹ Art. 170. [...] Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

¹² Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Em contrapartida, não são todas as atividades que satisfazem direitos fundamentais que são consideradas serviços públicos. Para que assim seja, o Estado deve tomar para si a atividade, retirando-a do domínio do empreendedor privado. Isso será feito através de lei. Para que possa ser considerado serviço público, deve a atividade ser implantada sob o regime de direito público.

4.4 Exploração Estatal de Atividade Econômica

A Administração Pública pode intrometer-se no sistema econômico de duas formas: direta ou indireta.

Indiretamente, tal intromissão se destaca não só quando o Estado cria leis que interfiram no sistema econômico, mas também quando atua como agente regulador, fiscalizando, planejando ou incentivando o andamento da economia.

Já quando falamos em atuação direta do Estado na economia, isso pode se dar de diversas formas. O Estado pode explorar ativa e diretamente uma atividade econômica, utilizando o aparato estatal para isso; pode investir, mesmo que timidamente, em empreendimentos privados; pode promover uma regulação no preço de produtos, mediante compra, fazendo grandes estoques, impedindo o descontrole econômico.

Focalizando a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, ela pode se dar tanto pela imposição do monopólio estatal, ou seja, quando a lei reserva a exploração de determinada atividade econômica exclusivamente ao Poder Público; ou, diferentemente, quando uma empresa governamental se lança em segmento já praticado pela iniciativa privada, atuando em iguais condições de concorrência. Ainda, no tocante ao monopólio instituído pelo Estado, pode-se dizer que essa ingerência se revela de maneira dúplice, pois enquanto o setor público conduz livremente a exploração de determinada atividade, ao mesmo tempo impede que empreendedores do setor privado atuem em condição de concorrência (SILVA, 2002, p. 176).

O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 elenca os grandes fundamentos do Brasil como estado democrático de direito, apontando em seu inciso IV a livre iniciativa como um desses grandes fundamentos. De maneira consonante com esse dispositivo, é assegurado aos cidadãos o exercício de qualquer atividade ou trabalho, desde que respeitados os requerimentos da lei. Isso está descrito no art. 5º, inciso XIII, portanto, direito fundamental.

Ainda na Constituição, a respeito da livre iniciativa, temos que ela é assegurada ainda como um dos preceitos a ordem econômica nacional, sendo que a livre concorrência e a liberdade de exercer qualquer atividade econômica fazem partes de seus princípios¹³.

O art. 173 da Magna Carta excetua a exploração de atividade econômica para, além dos casos nela já previstos, apenas em casos de relevante valor jurídico ou for necessário para a segurança nacional. Dito isso, as atividades exploradoras de atividade econômica são, em regra, atribuições da iniciativa privada, sendo que somente quando a Constituição permitir, como faz quando estabelece os monopólios ou quando condiciona a atuação empresarial do estado para os casos de relevante interesse público ou segurança nacional, o Estado poderá se lançar no mercado (MELLO, 2010, p. 768).

Diante de tais argumentos, não resta dúvidas de que o Estado só atuará como explorador da atividade econômica em casos extremamente excepcionais, devendo haver anterior previsão legal. A única ressalva são as atividades já elencadas pela Magna Carta¹⁴, que reserva as atividades de seu

¹³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

¹⁴ Art. 177. Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o

monopólio (CARVALHO, 2009, p. 706). Além disso, o texto constitucional ainda assegura que, para essas empresas estatais atuantes no domínio privado, será dirimido pelo menos regime a que se submetem as empresas privadas, qual seja, o regime de direito privado. Tal concerne tem, por óbvio, o condão de assegurar que se preserve o princípio da livre concorrência, pois não poderiam as empresas públicas gozar de privilégios.

Essa é o entendimento de muitas vezes na doutrina, dentre eles, merecem transcrição os dizeres de Fonseca (2004, p. 45):

O Estado, quando explora diretamente a atividade econômica, o faz através de empresas públicas, de sociedades de economia mista e suas subsidiárias (E.C. n. 19/98). Nestes casos, a Constituição lhes impõe a adoção do mesmo regime jurídico aplicável às empresas privadas, tornando explícita sua sujeição aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, e proíbe a concessão de privilégios fiscais que não sejam extensivos àquelas empresas. Estas determinações, previstas nos §§ 1º e 2º do art. 173, têm por finalidade precípua impedir uma posição dominante no mercado derivada de fatores estranhos à própria livre competição.

Desta feita, percebemos que não pode haver distinções entre a empresa pública (aqui englobados tanto as empresas estatais como as sociedades de economia mista) e o empreendedor privado, pois se as primeiras, por estarem sob o domínio do Estado, estivessem sob a égide do interesse público, haveria

reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal. § 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei. § 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; II - as condições de contratação; III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União; § 3º A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional. § 4º A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos: I - a alíquota da contribuição poderá ser: a) diferenciada por produto ou uso; b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, b; II - os recursos arrecadados serão destinados: a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo; b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás; c) ao financiamento de programas de infraestrutura de transportes.

disparidades na competição econômica, tornando inviável que o investidor privado exerça suas atividades no mercado, causando verdadeiro caos econômico. Essa foi a preocupação do legislador quando da redação do art. 170 da nossa Constituição Cidadã¹⁵.

O que não se pode fazer é confundir o monopólio com serviço público. Aquele, apesar de estar excluído do âmbito das pessoas de direito privado, ou seja, não podem os particulares atuarem nos ramos reservados ao monopólio estatal, ainda devem atuar no mercado sob a égide do regime jurídico privado. Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 785) disserta sobre o assunto:

Tais atividades monopolizadas não se confundem com serviços públicos. Constituem-se, também elas, em “serviços governamentais”, sujeitos, pois, às regras de Direito Privado. Correspondem, pura e simplesmente, a atividades econômicas subtraídas do âmbito da livre iniciativa. Portanto, as pessoas que o Estado criar para desenvolver estas atividades não serão prestadoras de serviço público.

A única semelhança, portanto, entre o monopólio e o serviço público é a pessoa que o presta, que é, *in casu*, o Estado. Os serviços públicos, diferentemente das atividades monopolizadas, têm como objetivo garantir a concretização de direitos fundamentais.

¹⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

4.5 Atividades Desempenhadas pelo Estado

Considera-se empresário, pelo Código civil de 2002, em seu artigo 966, que empresário é aquele que exerce, de forma profissional, atividade econômica a qual é condicionada para fazer circular bens ou serviços¹⁶ e, por essa lógica, será necessário que o Estado, para conseguir promover atividades dessa natureza, isto é, atividade econômica que promova circulação de bens ou serviços, deverá valer-se de uma empresa, posto que não poderá fazê-lo como pessoa de Direito Público.

Para tal incursão, devem ser observadas as disposições constitucionais do Art. 37, mais precisamente no inciso XIX, que revela ser necessária a existência de lei que autorize a criação das empresas estatais e das sociedades de economia mista¹⁷.

Essas atividades econômicas de que falamos, se observadas em sentido amplo, apresentar-se-ão algumas como serviço público de natureza econômica e outras como atividade econômica *strictu sensu*, podendo ser tanto as atividades monopolizadas ao Estado pelo Texto Constitucional, como aquelas disponíveis à livre iniciativa. O Estado pode atuar em qualquer dessas áreas, sendo importante, porém, como vimos anteriormente, a verificação de em qual segmento se encontra a atividade de cada empresa para que saibamos a qual regime jurídico a empresa estatal se sujeitará.

Importante mencionar que, apesar de as empresas públicas serem sociedades empresárias sob controle estatal, não podem, utilizando-se desse espeque, exercer poder de polícia ou o poder de tributar, ou qualquer outra ação inclusa dentre os poderes implícitos do Estado. Tais atividades são exclusividade das pessoas de direito público, conforme já foi decidido pelo Supremo Tribunal

¹⁶ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

¹⁷ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

Federal na ADIN 1717, como se vê em passagem do voto do Ministro Sydney Sanches, *in verbis*:

[...] não me parece possível, a um primeiro exame, em face de nosso ordenamento constitucional, mediante a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, a delegação, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e punir [...].

Como as empresas do Estado, prestadoras de serviço público ou não, são pessoas de direito privado, não podem exercer atividades típicas do Estado.

As sociedades empresárias em geral também não são compatíveis com aquelas atividades que, de certo modo, não tenham cunho econômico. São exemplos pertinentes a educação e a saúde. Isso porque a ideia da norma constitucional que autoriza a existência dessas empresas é de que, por meio delas, o Estado também possa exercer atividades de sociedade empresária, que tem como escopo a ratificação dos lucros entre os sócios. É claro que a criação de uma empresa estatal não pode ser justificada apenas pela obtenção de lucro, posto que devem ter uma outra finalidade, de maior amplitude, o que não faz possível a criação de sociedades desta ordem para exercer atividade assistencial como os previstos nos arts. 196 e 206 da Constituição Federal¹⁸.

Desta feita, há que se concluir que as empresas criadas pelo Poder Público devem ser direcionadas a obter contraprestação econômica, como legítimo explorador de atividade econômica, mesmo que essa atividade tenha sido considerada serviço público, caso em que, apesar de certas mudanças no regime jurídico imposto, deverá atuar como empresário que é.

¹⁸ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: [...]; IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; [...]

4.6 Regime Jurídico

O art. 173 da Carta Política, mais precisamente no inciso II do seu §1º, condiciona as empresas públicas exploradoras de atividade econômica *strictu sensu* que a elas impõe-se o regime jurídico próprio das empresas privadas, sendo que não é permitido que, em função de ter o Poder Público como controlador, obtenha quaisquer privilégios que não sejam alargados ao empreendedor privado. O Supremo Tribunal Federal acentuou, inclusive, pelo julgamento da ADI 3273, que essa disposição alcança também as atividades prestadas por empresas públicas em caráter de monopólio. Ora, se para aquele que explora atividade econômica em sentido estrito o legislador dá a alcunha de empresário, e à empresa pública que assim o faz o constituinte impõe o regime jurídico de direito privado, nada mais sensato em dizer que as empresas públicas que exercem atividades monopolizadas pelo texto constitucional, como não deixam de ser sociedades empresárias, devam se submeter ao mesmo regime que as demais, qual seja, regime de direito privado.

Apesar desta disposição constitucional, não é exagero dizer que tal regramento não é absoluto, tendo em vista que, ao regulamentar a Administração Pública e seus agregados, acaba por tornar o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista um regime único, com normas tanto de direito privado como de direito público. Insta mencionar que, mesmo assim, tais dispositivos que gerem a Administração Pública não podem, sob pena que exterminar a livre concorrência, dar vantagens que, como vimos anteriormente, torne a aventura do empreendedor privado inviável. Assim entende Fernanda Marinela (2010, p. 139):

Para as exploradoras de serviços públicos, em que pese a personalidade jurídica de direito privado, o seu regime em muito se aproxima do direito público, até porque são inafastáveis do conceito de serviços públicos. No silêncio da lei, aplicam-se as regras do regime jurídico-administrativo. De outro lado, encontram-se as exploradoras da atividade econômica cujo regime, em razão dessa finalidade, é o que mais se aproxima do direito privado. Para essas pessoas jurídicas, a regra é a aplicação do direito privado; o direito público é a exceção e deve ser aplicado restritivamente, quando tiver previsão expressa.

Em reforço a tal posicionamento, destaca-se também o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Melo, em seu texto, ele lembra que existem “dois tipos fundamentais de empresas públicas: exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviços públicos”, mencionando ainda que os regimes jurídicos não são idênticos:

No primeiro caso, é compreensível que o regime jurídico de tais pessoas seja o mais próximo possível daquele aplicável à generalidade das pessoas de Direito Privado. Seja pela natureza do objeto de sua ação, seja para prevenir que desfrutem de situação vantajosa em relação às empresas privadas...

[...]

No segundo caso, quando concebidas para prestar serviços públicos ou desenvolver quaisquer atividades de índole pública propriamente (como promover a realização de obras públicas), é natural que sofram o influxo mais acentuado de princípios e regras de Direito Público, ajustados, portanto, ao resguardo de interesses dessa índole.

Assim, entende a doutrina e jurisprudência que a escolha do regime jurídico a ser aplicado às sociedades empresárias estatais dependerá da atividade prestada por ela. Num primeiro momento, as sociedades prestadoras de serviço público terão como base as normas de direito público, enquanto as exploradoras de atividade econômica, mesmo as atividades monopolizadas pela Constituição, deverão se submeter às regras de direito privado, com exceção de normas de direito público eventualmente direcionadas expressamente a elas.

Agora, com o conhecimento de todos os elementos necessários ao entendimento do tema, vamos poder analisar com maior propriedade a relação entre a falência; as empresas públicas e as restrições feitas pela lei 11.101/2005 em confronto com as regras constitucionais da concorrência, o que será abordado no capítulo que se segue.

5 AS EMPRESAS PÚBLICAS, A NOVA LEI DE FALÊNCIAS E AS REGRAS DE CONCORRÊNCIA

As empresas públicas, tanto as públicas por excelência quanto as sociedades de economia mista, apesar de serem empresas no mesmo molde do que conceitua o artigo 966 do código Civil e regidas pelas regras de direito privado – como condicionou o mandamento constitucional de nº 173 em seu primeiro parágrafo, mais precisamente no inciso II –, estão excetuadas de forma expressa pelo art. 2º, inciso I, da Lei Falimentar, da possibilidade de falir, gerando controvérsias com o já mencionado texto constitucional, além de obstar a livre concorrência, princípio também sacramentado constitucionalmente¹⁹.

5.1 Evolução da Falência nas Empresas Públicas

Antes da lei 11.101/2005, não havia regulamentação expressa no sentido de se permitir ou não a falências das empresas controladas pelo Poder Público, prestadoras de serviço público ou não. Apesar disso havia o artigo 201 do Decreto-lei 7.661/45, a antiga lei de falências, que se pronunciava acerca da falência das concessionárias prestadoras de serviço público²⁰. Porém, cumpre ressaltar que o referido artigo em verdade tinha maior preocupação com a prestação do serviço

¹⁹ Art. 2º Esta Lei não se aplica a: I – empresa pública e sociedade de economia mista; [...].

²⁰ Art. 201. 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. 1º Se, entretanto, a parte das obras em construção não prejudicar o serviço regular na parte já construída e em funcionamento, o juiz, ouvida a autoridade administrativa competente, o síndico e os representantes da empresa falida e atendendo aos contratos, aos recursos e vantagens da massa e ao benefício público, pode ordenar a suspensão de tais obras. 2º Declarada a falência de tais empresas, a entidade administrativa concedente será notificada para se fazer representar no processo e nomear o fiscal de que trata o parágrafo seguinte. A falta ou demora da nomeação do fiscal não prejudica o andamento do processo da falência. 3º Os serviços públicos e as obras prosseguirão sob a direção do síndico, junto ao qual haverá um fiscal nomeado pela entidade administrativa concedente. Esse fiscal será ouvido sobre todos os atos do síndico relativos àqueles serviços e obras, inclusive sobre a sua organização provisória e nomeação do pessoal técnico, e poderá examinar todos os livros, papéis, escrituração e contas da empresa falida e do síndico e requerer o que for a bem dos interesses a seu cargo.

público em tempos de quebra da concessionária do que em regulamentar de fato a falência desses entes. Prestava-se, portanto, para que doutrina e jurisprudência embasassem suas interpretações acerca do tema.

O artigo 35, inciso VI, da Lei 8.987/95, também fazia menção à falência de empresas concessionárias prestadoras de serviços públicos, regulamentando o art. 175 da Constituição Federal, dispondo que pode haver a extinção da concessão pela falência da empresa concessionária, sobrevivendo a imediata tomada do serviço pelo Poder Público²¹, num claro respeito ao princípio da continuidade do serviço público²², sobre o qual explica Celso Ribeiro Bastos:

O serviço público deve ser prestado de maneira contínua, o que significa dizer que não é passível de interrupção. Isto ocorre pela própria importância de que o serviço público se reveste, o que implica ser colocado à disposição do usuário com qualidade e regularidade, assim como com eficiência e oportunidade (1996, p.165).

Vimos em capítulo anterior que o serviço público se destina a materialização de direito fundamental garantido pelo Texto Maior, daí a sua importância de manutenção e a necessidade de continuidade, tanto é que, para que se dê continuidade à prestação, permite-se que o Estado utilize seu poder de coação no intuito de remover eventuais entraves à fruição da atividade (JUSTEN FILHO, 2012, p. 699).

A lei das Sociedades Anônimas, de nº 6.404/76, também gerou polêmica por um tempo por conta do art. 242. O referido artigo já fora revogado expressamente pela lei 10.303/2001, mas ainda assim merece ser trazido à tona, o dispositivo estabelecia que “as Companhias de economia mista não estão sujeitas a

²¹ Art. 35. Extingue-se a concessão por: [...] VI - falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual. [...] § 2º Extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários.

²² Trata-se de princípio do Direito Administrativo. Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, “por esse princípio entende-se que o serviço público, sendo a forma pela qual o Estado desempenha funções essenciais ou necessárias à coletividade, não pode parar” (2007, p. 74), ou seja, deve ser prestado de forma ininterrupta.

falência, mas os seus bens são penhoráveis e executáveis, e a pessoa jurídica que a controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações”.

A problemática era grande, sendo que a doutrina divergia bastante. Rubens Requião (1995, p. 55) acreditava que a norma deveria ser atendida em sua inteireza, devendo a Administração Pública, ao se deparar com empresa em situação de penúria financeira, tratar de dissolvê-la mediante lei, como ensina a Constituição.

Outros, como Villela Souto, tinha como convicção que a falência não poderia de forma alguma alcançar as empresas públicas, sejam empresas estatais ou sociedades de economia mista, pois a própria Constituição, ao mencionar que as empresas públicas devem ser criadas por lei, também por lei seriam extintas ou dissolvidas. Ainda, lembra que sua criação só deva ser admitida somente em casos expressamente importantes (interesse coletivo ou segurança nacional), não caberia ao Judiciário interferir nessa prestação em prol de interesse particular, pois as empresas públicas estariam protegidas pela supremacia do interesse público²³ desde o seu nascimento. *In verbis*:

[...] tal linha não pode prevalecer diante da empresa pública (ainda que não mencionada na Lei de S/A) e da sociedade de economia mista, porque criadas por lei (ato do Poder Legislativo em parceria – na iniciativa e na sanção – com o Poder Executivo) para atendimento de um relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, conceitos que não podem ser afastados por ato do Judiciário para satisfação de um interesse privado.

É sabido, porém, que a grande maioria da doutrina tendia para o fato de que o art. 242 da Lei das S/A não poderia ser aplicado indiscriminadamente entre as sociedades de economia mista. Com efeito, fazia-se a distinção – a exemplo do que já fizemos quando do estudo do regime jurídico das estatais – entre serviço

²³ Tal princípio “proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último” (MELLO, 2010, p. 69). Assim, a supremacia do interesse público revela-se na possibilidade de o Estado obter vantagens ou infringir perdas ao particular em nome do interesse maior, qual seja, de toda a coletividade.

público e exploração da atividade econômica, sendo que, as que não prestassem serviço público, para que não houvesse vantagem delas com as outras companhias privadas com que fazem concorrência, deveriam estar sujeitas à falência, a despeito do dispositivo ora mencionado.

Em 2005, com o surgimento da Lei 11.101 que regulamenta atualmente a falência e a recuperação judicial das empresas, o art. 2º, já no seu primeiro inciso, retira do âmbito da lei as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

5.2 O artigo 2º da Lei 11.101/2005 e a Livre Concorrência

O legislador responsável pela Nova Lei de Falências usou de um dispositivo negativo direto ao excluir de sua incidência, de forma expressa, as empresas públicas e sociedades de economia mista. Essa norma talvez tenha sido elaborada utilizando-se como espeque os fundamentos do direito administrativo, como o da prevalência do interesse público.

Existe grande crítica da doutrina pelo fato de o legislador ter se referido às empresas públicas de forma geral, não especificando qual a atividade prestada por elas, que deveriam ser, por óbvio, apenas as prestadoras do serviço público, único escopo capaz de se sobrepôr à livre concorrência a bem do interesse público. Maria Zanella Di Pietro lamenta que o legislador, sempre que redige normas a respeito das empresas estatais, não estabelece essa diferenciação, algo que, segundo ela, é de suma importância (1996, p. 40/41).

Importante dizer que, ainda no prumo dos que defendiam a incidência do já revogado art. 242 da Lei das S/A, muitos renomados juristas acreditam ser impossível a falência das sociedades empresárias estatais, como Marçal Justen Filho, que tem pelo menos três argumentos quanto ao tema, a se iniciar pela impossibilidade, segundo interpretação do dispositivo constitucional nº. 37, inciso XIX, de se dissolver uma empresa pública sem mandamento legal, assim o judiciário não seria capaz de fazê-lo, como ocorre na falência. Outro ponto levantado por Marçal é o no sentido de que durante o processo falimentar, o controle da empresa

passa para as mãos do judiciário, que nomeia pessoa idônea para sua administração, o que seria incompatível com a natureza de uma entidade estatal. Por fim, mas não menos importante, ele cita que a falência, mesmo que fosse possível, seria ineficaz, pois há mandamento constitucional que responsabiliza o Estado por conta de falhas de seus serviços.

Não pode haver falência de empresa estatal, porque somente uma lei pode determinar sua criação, dissolução ou extinção.

Mais ainda, a falência conduz à transferência do controle da entidade falida para o Poder Judiciário, que designa um particular (administrador judicial) para dirigir os atos terminais. [...] Suspende-se o poder de controle dos sócios da falida. Tudo isso é incompatível com a natureza de uma entidade estatal.

Por outro lado, a falência seria inútil, uma vez que não é possível a eliminação da responsabilidade civil subsidiária da pessoa de direito público pelas dívidas de entidades estatais a ela vinculadas. O art. 37, §6º da CF/88 estabelece a responsabilidade objetiva das pessoas de direito público por danos acarretados a terceiros em virtude do funcionamento defeituoso dos serviços estatais (JUSTEN FILHO, 2012, p. 255).

Não há outra opção, apesar do grande respeito ao posicionamento de Marçal Justen Filho, senão discordar de suas convicções quanto ao tema supracitado. O texto constitucional diz ser necessária lei específica para que se autorize a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista, mas não dispõe da necessidade de lei para sua extinção. Tal omissão do legislador não parece ter sido em vão, já que, somado ao fato de tê-las submetido ao regime próprio das relações privadas, aparenta tratar-se de silêncio eloquente.

De fato, o §6º do art. 37 da Constituição estabelece a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público pelos danos de seus agentes²⁴. Ocorre que as sociedades empresárias estatais que exploram atividade econômica não se enquadram no texto desse dispositivo, já que são pessoas de direito privado que atuam no mercado em concorrência com os demais, explorando, repito, atividade econômica.

²⁴ Art. 37. [...]. § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Além disso, nossa Carta Política teve como intenção no artigo 173, já várias vezes mencionado neste trabalho, estabelecer os critérios para que haja uma concorrência saudável e leal tanto entre os particulares como também com as empresas públicas atuantes no mercado, salvaguardando a livre concorrência, um dos maiores preceitos da livre iniciativa.

Portanto, se obedecermos ao inciso I do art. 2º da Lei Falimentar, teremos que as empresas públicas, seja qual for a atividade, gozariam de maior prestígio entre os investidores, haja vista ser maior a segurança no investimento. Claro, pois, com a impossibilidade de se abrir falência de uma empresa estatal, resta a responsabilidade do Estado, em caráter subsidiário, sobre a insolvência em questão. Como resultado, haja vista o patrimônio estatal ser imensurável, há certa tendência de o empreendedor investir em atividades estatais. Isso é clara vantagem frente aos concorrentes, configurando clara ofensa aos preceitos ilustrados na constituição.

Apesar de o artigo falimentar em comento ter nascimento posterior à norma constitucional que garante igualdade entre as empresas públicas e privadas, há que se ignorar tal vantagem quanto ao critério cronológico, já que do ponto de vista hierárquico, que é o primeiro ponto a ser analisado, a constituição leva, por óbvio, vantagem, se sobrepondo ao texto infraconstitucional. Quanto a isso, ensina com maestria Norberto Bobbio:

O critério hierárquico prevalece sobre o cronológico, o que tem por efeito fazer eliminar a norma inferior, mesmo que posterior. [...] Essa solução é bastante óbvia: se o critério cronológico devesse prevalecer sobre o hierárquico, o princípio mesmo da ordem hierárquica das normas seria tornado vão, porque a norma superior perderia o poder, que lhe é próprio, de não ser ab-rogada pelas normas inferiores (1999, p. 107)

Admitir que o texto falimentar prevaleça mesmo que vá de encontro à Constituição, baseado em interesse público que só existe de fato na prestação de serviço público, resulta em tratamento diferencial injustificável, colocando em risco a livre concorrência e até mesmo dificultando a liberdade de iniciativa.

Portanto, como exemplo da melhor doutrina, cito Hely Lopes Meirelles, que considera não ter havido mudanças com a nova lei falimentar, já que deve-se continuar com a mesma diferenciação que era feita antes pela doutrina e jurisprudência, cabendo falência as empresas públicas de caráter mercantil:

A nova Lei de Falências (Lei 11.101, de 9.2.2005, que “regula a recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária”) dispõe expressamente, no art. 2º, I, que ela não se aplica às empresas públicas e sociedades de economia mista. Não obstante, a situação continuará a mesma. Tal dispositivo só incidirá sobre as empresas governamentais que prestem serviço público; as que exploram atividade econômica ficam sujeitas às mesmas regras do setor privado, nos termos do art. 173, §1º, II, da CF [...] (2008, p. 387).

A diferença feita entre as prestadoras de serviço público e as exploradoras de atividade econômica vai se mostrando cada vez mais importante quando o tema é a satisfação do crédito por elas devido. Para ilustrar mais uma vez, cabe a interpretação de um julgado do Ministro Luiz Fux:

PROCESSUAL CIVIL. PENHORA. BENS DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE.

1. A sociedade de economia mista, posto consubstanciar personalidade jurídica de direito privado, sujeita-se, na cobrança de seus débitos ao regime comum das sociedades em geral, nada importando o fato de prestarem serviço público, desde que a execução da função não reste comprometida pela constrição. Precedentes.
2. Recurso Especial desprovido.

É nesse passo que percebemos que, mesmo as prestadoras de serviço público devem arcar com suas obrigações, mas limitado pelo princípio da continuidade do serviço público, o que nos leva à ideia da inviabilidade da falência, mas, como foi visto no supracitado acórdão, nada impede a penhora de seus bens, visto que é pessoa jurídica de direito privado.

Por esse raciocínio vamos chegar que, em semelhante situação, se fosse empresa exploradora de atividade econômica, deveria ser submetida à lei

falimentar, pois não estaria amparada pela continuidade do serviço público, nem tampouco, pela lógica do art. 2º, pela lei falimentar, visto que para esse caso, a exclusão da falência se mostra inconstitucional.

Portanto, cabe finalizar, a melhor interpretação, ao que parece, é a de que as empresas que prestem serviço público, para a constituição, não praticam atividade econômica, mesmo que esse serviço público prestado, para fins econômicos, seja considerado atividade econômica, como é o caso das empresas fornecedoras de energia elétrica ou saneamento básico (água, esgoto...). Por outro lado, porém, as outras empresas controladas pelo Estado, exploradoras de atividade econômica, não podem se encontrar em regime jurídico diferente das outras empresas. Essa constatação leva-nos a crer que é perfeitamente possível a falência das empresas públicas e das sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, com fundamento no art. 173, §1º, II da Carta Maior.

CONCLUSÃO

O presente trabalho surge na tentativa de se fazer uma discussão no sentido de encontrar uma solução constitucional ao ponto de estabelecer a possibilidade de falência para as empresas públicas e sociedades de economia mista.

Vimos que antes havia uma ordem econômica voltada para a não intervenção do Estado, que deixaria os particulares livres para estabelecerem suas relações, restando ao Poder Público apenas a defesa externa, com uso das forças armadas e diplomacia, e a proteção interna, utilizando do seu poder de polícia.

Acreditava-se que a lei da oferta e da procura seria suficiente para manter o ambiente capitalista em harmonia, o que se mostrou equivocado. O abuso do poder econômico e de outras práticas comerciais reprováveis resultaram em domínio do maior sobre o menor.

Como o liberalismo econômico se mostrou incapaz de se sustentar, como no grande *crack* de 1929, surge nova ordem econômica onde o Estado deveria interferir nas relações privadas, com escopo na regulação e fiscalização, evitando o domínio do maior que se os menores fossem subjugados por aqueles.

Com a chegada da ideia do Estado do Bem-Estar Social, o *Welfare State*, o Poder Público passa a interferir ainda mais ativamente nas relações privadas, oferecendo serviços públicos, quando inexistentes, e até mesmo explorando atividades econômicas quando julgasse necessário, nos conformes da Constituição, são as chamadas empresas públicas e as sociedades de economia mista. Nesse caso, para que o Estado não atue em vantagem concorrencial com os particulares, o legislador constituinte, no art. 173, §1º, inciso II, estabelece que para tais empresas estatais caberá o mesmo regime jurídico das empresas privadas.

Portanto, empresas públicas e as sociedades de economia mista, quando atuam no mercado, perante a concorrência dos particulares, explorando atividade econômica, por serem pessoas jurídicas de direito privado, devem ser

tratados como se fossem particulares, isto é, sem tratamento diferenciado que venha a prejudicar os seus concorrentes.

A criação de tais empresas para atuarem no ramo mercantil só se justifica quando suas futuras concorrentes não estejam conseguindo suprir toda a demanda, sendo que, ainda que isso ocorra, só é possível o Estado intervir por meio de suas empresas se a atividade em questão for imprescindível para a segurança nacional ou existir relevante interesse coletivo, como dispõe do art. 173 da Constituição Federal.

O Estado tem utilizado dessa alternativa (atuar como empresário) há muito tempo, atuando em concorrência com os empreendedores privados sem sequer se sujeitar aos riscos do negócio, como ocorre com a falência.

O artigo 242 da Lei das S/A, quando foi revogado, propiciou que grande discussões acerca da possibilidade de se impor a falência sobre as estatais. Tais discussões cresceram quando a Nova Lei de Falências, de forma expressa, retira a possibilidade de as empresas do Poder Público falirem, sem qualquer distinção quanto a atividade.

Tal indistinção feita pela atual lei falimentar, no art. 2º, inciso I, mencionando apenas as empresas públicas e as sociedades de economia mista, de forma única, sem separá-las de acordo com a atividade exercida, sendo que gozam dessa vantagem apenas por serem estatais, traz a tona a discussão sobre uma possível inconstitucionalidade se, sistematicamente, for feita interpretação junto ao art. 173, §1º, inciso II, da Constituição Federal.

Assim, para se verificar eventual inconstitucionalidade do texto falimentar, é preciso se fazer distinção entre os escopos das empresas estatais. Se a empresa presta serviços públicos como estabelece o art. 175 da Constituição, ou se praticam exploração da atividade econômica, obedecidos os requisitos do art. 173, do mesmo Texto Constitucional.

Ao fazermos essa diferenciação, ficou claro que às empresas prestadoras de serviços públicos não poderiam ser submetidas à falência, uma vez que estão protegidas por certos princípios do Direito Público, como, por exemplo, a

supremacia do interesse público e a continuidade do serviço público, ou seja, como prestam serviços ligados à concretização de direitos fundamentais, tal prestação não pode ser encerrada em benefício do particular. Além disso, o §6º do art. 37 da CFRB define que há responsabilidade objetiva do Estado pelas falhas de tais empresas, portanto, quando elas não conseguirem pagar seus débitos, estará o Estado apto a pagar, não havendo necessidade de falência. Vale lembrar, novamente, que qualquer ofensa à livre concorrência que se possa vislumbrar deve ser interpretada junto aos princípios do direito público ora mencionados, caso em que, utilizando da proporcionalidade e razoabilidade, percebemos que a continuidade do serviço público deva prevalecer.

Já quanto às sociedades exploradoras de atividade econômica, sobre elas não podem pairar as mesmas regras das que prestam serviços públicos, posto que se lançam em mercado próprio das pessoas de direito privado, atuando em regime de concorrência, devendo esta ser igualitária. Tais empresas, portanto, se sujeitam ao regime jurídico de direito privado. Tal interpretação não permite haja exclusão desses entes da abrangência do texto falimentar.

Aceitar que se faça a distinção entre as empresas levando-se em conta suas atividades permite que seja mantida a constitucionalidade do dispositivo falimentar em comento, atingindo os objetivos do art. 173, da CF. De outra forma estaríamos diante de inconstitucionalidade do art. 2º, inciso I, uma vez que exclui as empresas públicas da falência sem fazer qualquer ressalva.

O mencionado dispositivo busca manter o equilíbrio comercial entre o particular e o Estado, já que este último poderia se apoderar das prerrogativas do direito público para atuar no mercado com vantagem sobre o empreendedor privado. Esse privilégio seria inconcebível se compararmos com a ordem econômica adotada, que resguarda a livre concorrência e a liberdade de iniciativa. Ambos preceitos estariam completamente maculados.

A discussão trazida demonstra a necessidade de que seja enfim feita a regulação de que fala o §1º do art. 173 da Constituição, isto é, regulamentar de forma devida a situação das empresas públicas que exploram a atividade econômica, fazendo a devida diferenciação.

O legislador falha de maneira lamentável não só ao excluir seus entes da falência, mas, com maior importância, falhou ao não estabelecer tratamentos diferentes entre as empresas prestadoras de serviço público e as exploradoras de atividade econômica.

Não se poderia admitir que as empresas privadas pudessem falir e as sociedades de economia mista e empresas estatais exploradoras de atividade econômica, ou seja, que praticam a mesma atividade das empresas privadas, em igual regime de concorrência, não. Tal proposta seria ofensa não só ao disposto no artigo 173 da Constituição Federal como também ao princípio da livre concorrência e à liberdade de iniciativa, já que seria plenamente visível a vantagem das empresas públicas frente aos demais empreendimentos privados, mesmo sendo a mesma atividade.

BIBLIOGRAFIA

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. São Paulo: Atlas, 2006.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa: de acordo com a Lei n. 11.101/2005**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALMEIDA, Marcos Elidius Michelli de. **Abuso de direito e concorrência desleal**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

ALVARES, Walter T. **Curso de direito falimentar**. 7.ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1979.

BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BERTOLDI, Marcelo M. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências comentada**. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Nova lei de recuperação de empresas e falências comentada**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria e prática da concorrência desleal**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. **Código civil**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002.

_____. **Decreto-lei nº 200**, de 25 de fevereiro de 1967.

_____. **Decreto-lei nº 900**, de 29 de setembro de 1969.

_____. **Decreto-lei nº 917**, de 24 de outubro de 1890.

_____. **Decreto-lei nº 7.661**, de 21 de junho de 1945.

_____. **Lei 9.279**, de 14 de maio de 1996.

_____. **Lei 11.101**, de 09 de fevereiro de 2005.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. T1 - Primeira Turma. **REsp 521047/SP**. Ministro Luiz Fux. DJ 16/02/2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI 1717**. Ministro Sydney Sanches. DJ 28/03/2003.

BULGARELLI, Waldirio. **O novo direito empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de direito administrativo**. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 20.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

COELHO, Fabio Ulhôa. **Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CRUZ, Carlos Alberto de Oliveira. Falência e Concordata – A Interpretação Sistemática no Direito Concursal Brasileiro. **Revista jurídica**, nº 248, p. 15-29, São Paulo, jun. 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Nova lei de falência e recuperação de empresas: lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. São Paulo: Atlas, 2005.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1965.

GOMES, Paulo. **A verdade sobre as estatais: na contra-mão da política governamental, com muito orgulho e patriotismo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **Ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de direito administrativo**. 8.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LACERDA, J. C. Sampaio de. **Manual de direito falimentar**. 14.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

LIMA, Paulo B. de Araújo. **Sociedades de economia mista e a lei das S.A.** Rio de Janeiro: IBMEC, 1980.

LIPSEY, Richard G., CHRYSTAL, Alec. **Economics**. Tenth Edition. London: Oxford University Press: 2004.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 4.ed. Niterói: Impetus, 2010.

MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Um curso de direito da concorrência**. Coimbra: Editora Coimbra, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Sociedades Mistas, Empresas Públicas e o Regime de Direito Público. **Revista diálogo jurídico**. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-CELSO-ANTONIO-BANDEIRA-MELLO.pdf>. Acesso em: 27 de outubro de 2013.

_____. Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação. **Revista eletrônica de direito do estado**. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 7, julho/agosto/setembro, 2006. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 24 de outubro de 2013.

MICHAELIS. **Moderno dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 1998.

MAGALHÃES, José Hamilton de. **Direito falimentar brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1983.

MENDES, Otávio. **Curso de falência e concordata**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4.ed. São Paulo: RT, 1983.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito económico**. Lisboa: Editora Coimbra, 2003.

MUKAI, Toshio. **Direito administrativo sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1999.

MUYLAERT, Sérgio Ribeiro. **Estado empresa pública e mercado: um estudo aproximativo para a efetivação da política econômica comum de integração no Cone Sul**. Porto Alegre: Fabris, 1999.

OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. **Concorrência desleal por meio da publicidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. São Paulo: Atlas, 2010.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de direito falimentar**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROCCO, Alfredo. **Princípios de direito comercial**. São Paulo: Lzn, 2003.

SANT'ANNA, Rubens. A Falência da Empresa. Realidade Contemporânea e Perspectivas Futuras. **Revista de direito mercantil**, nº 64, p. 37-43, São Paulo, 1986.

SILVA, Américo Luís Martins da. **Introdução ao direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, Emanuel Gonçalves da; OLIVEIRA, Edson Freitas de (Orientador). **Requisitos legais da petição inicial da recuperação judicial e violações ao instituto do sigilo: estudo da lei nº 11.101/2005 e suas inovações**. Presidente Prudente, 2012, 109f. Monografia (Graduação) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SILVEIRA, Paulo Antônio Calienda V. da. **Defesa da concorrência no mercosul**. São Paulo: LTR, 1998.

TEPENDINO, Ricardo. A Recuperação da Empresa em Crise Diante do Decreto-Lei 7.661/1945. **Revista de direito mercantil**, nº 128, p. 165-173, São Paulo, out/dez, 2002.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários a lei de falências: decreto-lei n.7661, de 21 de junho de 1945**. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**. Prefácio de Carlos Mário da Silva Velloso. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.