

## **A sociedade de economia mista tem imunidade falimentar?**

Marcelo Moscoliato

(Artigo publicado no livro *Direito Público Atual*, ed. Quartier Latin, São Paulo-SP, 2003, coord. Paula César Conrado)

**[Atenção:** Este artigo foi escrito e publicado antes da Lei n. 11.101, de 09.02.2005 (Regula a recuperação judicial e a falência) que, no seu art. 2º, I, excluiu do seu alcance a empresa pública e a sociedade de economia mista. Com esta ressalva, os demais argumentos aqui publicados prosseguem válidos, uma vez que os artigos 21 e 23 da Lei 8029/1990 regulam a matéria.]

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Sociedade de economia mista. 3. A pergunta antes da modificação da LSA pela Lei 10303/2001. 4. A pergunta depois da modificação da LSA pela Lei 10303/2001. 5. Sociedade de economia mista não tem imunidade falimentar. 6. Sociedade de economia mista ainda tem imunidade falimentar. 7. Conclusão.

**Resumo:** Sociedades de economia mista são criadas mediante lei especial e até a revogação do art. 242 da LSA, pelo art. 10 da Lei 10303/2001, não estavam sujeitas à falência. Com esta revogação, alguns doutrinadores passaram a sustentar a possibilidade de falência das sociedades de economia mista. Porém, há dúvida a ser sanada sobre o tema. Neste trabalho, são apresentadas as duas teses e sustenta-se que a imunidade falimentar das sociedades de economia mista não acabou, mesmo com a revogação do art. 242 da LSA.

**Palavras-chave:** Sociedade de economia mista – Princípios Constitucionais – Reforma da Lei das Sociedades Anônimas – Imunidade Falimentar – Falência – Penhorabilidade de bens – Recursos Públicos – Recursos Privados.

Para pensar: “If there is one thing government monopolies are traditionally good at, it is deglamorizing their products and making them as consumer unfriendly as possible”.

Jeremy Bullock e Paul Klemperer<sup>1</sup>

## **1 - Introdução**

A pergunta que dá título a este trabalho ganhou relevância com a edição da Lei 10303, de 31 de Outubro de 2001 que, ao reformar a Lei 6404/1976 (LSA), revogou expressamente o seu art. 242. Com isto, a resposta à pergunta posta acima se tornou tormentosa, como será demonstrado abaixo.

Com este artigo, pretende-se a discussão e, em conclusão, argumenta-se pela impossibilidade de processo de falência de sociedade de economia mista por um dos ritos previstos no Decreto-Lei 7661/1945, tida como certa por respeitável doutrina.

A reforma da LSA teve por escopo melhorar o sistema societário empresarial e o mercado de capitais, tentando garantir-lhe mais eficiência. E, neste ponto, a reforma da LSA merece

---

<sup>1</sup> Bullock, J.; Klemperer, P. The Tobacco Deal. Nuffield College, Oxford University, UK – Disponível em: <<http://www.nuff.ox.ac.uk/economics/people/klemperer.htm>>

muitos e ilimitados elogios, a despeito de alguns pequenos pecados cometidos e alguns avanços recusados.

A reforma da LSA não foi a desejável, mas sim a possível e, com certeza, implicou em grandes avanços para este modelo societário tão importante ao regime capitalista e ao direito empresarial. Trata-se de avanços ainda em fase de implantação, uma vez que suas novas regras não são imediatamente aplicáveis às companhias já existentes à época da publicação da lei, à luz do que determina o art. 5º, inciso XXXVI da CF<sup>2</sup>.

Dois dos principais articuladores e defensores das reformas ocorridas na LSA em 2001, dentro do Congresso Nacional, foram os Deputados Federais Antônio Kandir (relator do projeto na Câmara dos Deputados) e Emerson Kapaz (elaborador do primeiro substitutivo aprovado pela Comissão de Economia, Indústria e Comércio da Câmara dos Deputados). Em obra jurídica coletiva a respeito da reforma da LSA ambos expuseram algumas de suas idéias<sup>3</sup>.

Para Emerson Kapaz: “O ano de 2001 será lembrado como um dos períodos recentes mais tensos da economia brasileira. Os indicadores econômicos traziam sinalizações tranquilas até abril, quando o Brasil começou a levar sucessivas trombadas. A crise Argentina se agravou, o dólar disparou, o consumo de energia elétrica precisou ser contido, os juros voltaram a subir, os investidores internacionais se retraíram e o crescimento econômico desacelerou. Foi neste quadro que o Congresso Nacional, num esforço suprapartidário que poucas vezes se observa, aprovou a nova Lei das Sociedades Anônimas. O Poder Legislativo dava assim a sua contribuição com o objetivo de romper a desconfiança dos

---

<sup>2</sup> Sobre o art. 5º, XXXVI, da CF, consulte-se RTJ 143/724.

<sup>3</sup> LOBO, J. “Reforma da Lei das Sociedades Anônimas – Inovações e questões controvertidas da Lei nº 10.303, de 31.10.2001”. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 2 e 3.

investidores e demonstrar que o Brasil está madura para consolidar um modelo auto-sustentado de desenvolvimento”<sup>4</sup>.

Para Antônio Kandir: “Foi com o objetivo de criar um ambiente mais propício a investimentos e ao desenvolvimento econômico que o Congresso Nacional aprovou, em setembro último, projeto, relatado por mim na Câmara dos Deputados, que: a) modernizou a Lei das S.A. (Lei 6.404/76); b) atualizou as normas que regem o mercados de capitais e a CVM (Lei nº 6.385/76); e c) criminalizou os atos lesivos ao mercado de capitais. A lei aprovada pelo Congresso é um passo importante e necessário, ainda que não suficiente por si só, para, simultaneamente, impulsionar o mercado de capitais brasileiro e promover uma cultura de boas práticas de governança corporativa no país. Com tais regras, aumentará de maneira significativa a proteção aos investidores, sobretudo minoritários”.

A reforma da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), de fato, não veio pela Lei 10303/2001 que, neste aspecto foi vetada, por considerar-se os seus dispositivos inconstitucionais. A matéria foi regida por medida provisória que, em 2002, foi aprovada e convertida na Lei 10411, de 26 de Fevereiro.

## **2- Sociedade de economia mista**

Como dado histórico, a Subprocuradora-Geral da República Odília Ferreira da Luz Oliveira anota que “há mais de trezentos anos, o Estado vem se associando a particulares e

---

<sup>4</sup> Hoje é sabido que o ano de 2002 foi muito pior do que o ano de 2001. Com as eleições presidenciais e inúmeras incertezas no cenário internacional, o mercado de valores desabou; os juros escalaram o Everest novamente; o dólar como moeda forte e principal divisa de câmbio para a nossa economia, em altíssima velocidade, rompeu a barreira do som e mostrou toda a sua força; o risco-país do Brasil, medido por um banco estrangeiro com base na negociação dos títulos da dívida nacional voltou a bater recordes, mesmo com uma economia demonstrando bons fundamentos e uma transição de poder completamente pacífica. Um exemplo de democracia. Porém, o fato de o ano de 2002 nos fazer olhar para o ano de 2001 como um bom ano, não desmerece a apresentação feita pelo Deputado Federal Emerson Kapaz, tanto que, como linha de política geral na economia brasileira, a confiança do investidor ainda é um dos focos centrais, como se vê no atual e grande debate a respeito da reforma da Lei de Falências que, sem sombra de dúvida, é uma urgência.

aproveitando técnicas e capitais privados para o desempenho de ações de caráter econômico, que exigem, muitas vezes, meios de que ele não dispõe. É esta a origem, por exemplo, da Companhia das Índias Ocidentais e da Companhia das Índias Orientais, criadas para a colonização de terras recém-descobertas e para o desenvolvimento do comércio entre metrópoles e colônias. No Brasil, aponta-se como primeira sociedade de economia mista o Banco do Brasil, criado como entidade privada por D. João, então príncipe regente de Portugal, em 1808, e transformado em sociedade de economia mista em 1812”<sup>5</sup>.

Sociedades de economia mista, em nosso sistema jurídico, somente são criadas por lei. Estão sujeitas, como entidades da administração pública indireta, aos princípios e regras insertos no art. 37 da CF (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência), inclusive, em algumas hipóteses, quanto ao princípio da responsabilidade objetiva<sup>6</sup>.

As sociedades de economia mista, juntamente com as empresas públicas, servem como principais modelos para a estruturação jurídica de empreendimentos destinados à exploração direta de atividade econômica pelo Estado, conforme a hipótese excepcional prevista no art. 173 da CF. De acordo com a lição da Subprocuradora-Geral da República Odília Ferreira da Luz Oliveira<sup>7</sup>, “excepcionalmente, algumas destas entidades – sociedades de economia mista e empresas públicas – exercem atividade econômica que não é típica da administração pública”.

Portanto, sem abandonar a idéia da excepcionalidade para a interpretação, o art. 173 da CF, em seu § 1º, sem destoar do art. 37 da mesma carta, volta a tratar da lei para a criação da sociedade de economia mista e de temas atinentes à moralidade, à impessoalidade, à

---

<sup>5</sup> OLIVEIRA, O. F. L. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 82.

<sup>6</sup> A respeito do princípio da responsabilidade objetiva das companhias de economia mista, sugere-se a leitura do seguinte julgado: Brasil. STJ Corte Especial QO no Recurso Especial nº 287.599/TO, rel. Min. Milton Luiz Pereira. CELG S/A vs Herman Rodrigues da Silva e cônjuge. Documento: 100918 – Site Certificado – DJ: 09/06/2003, j. 26.09.2002.

<sup>7</sup> OLIVEIRA, O. F. L. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 71.

eficiência. E mais, quanto às sociedades de economia mista, estabelece regras de proteção à concorrência e de proteção aos sócios minoritários no empreendimento econômico. No seu inciso I consta “a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”; e, no inciso IV: “a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários”. Por sinal, neste caminho também estão os arts. 239 e 240 da LSA.

Em face desta dicotomia de orientação constitucional às companhias de economia mista que, ao mesmo tempo, devem respeito ao regime jurídico da administração pública e ao regime jurídico das companhias privadas (em respeito à livre iniciativa e à concorrência), é interessante notar Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, doutrinadores espanhóis traduzidos pelo Subprocurador-Geral da República Arnaldo Setti, os quais ensinam que “resulta importante notar que essa utilização sistemática do Direito Privado pela Administração contemporânea (nas formas de personificação de seus entes filiais, no regime de funcionamento destes mesmos) não supõe uma liberação da submissão à legalidade de Direito Público que alcança necessariamente à Administração por seu caráter de organização política. Já vimos que tal utilização em seu lugar no âmbito da atividade industrial e mercantil administrativa, dentro do fenômeno das empresas em mãos públicas (para a realização direta de atividades industriais, mercantis, de transporte ou outras análogas de natureza e finalidades predominantemente econômicas ...); seria impensável que essa utilização se estendesse também ao núcleo político da Administração, como organização e como atividade. Ainda mais: veremos que em um e outro aspectos a instrumentalidade dos entes que se personificam ou que funcionam *jure privato* remete sua titularidade a uma instância administrativa inequivocamente pública, como público é

também, e não pode deixar de sê-lo, o âmbito interno das relações que ligam ditos entes com a Administração da que dependem. Não se trata, pois, de uma abdicação do Direito Público na regulação da Administração; antes porém, trata-se da utilização por esta, instrumentalmente, de técnicas oferecidas pelo Direito Privado, como um meio prático de ampliar sua ação social e econômica”<sup>8</sup>.

A sociedade de economia mista tem o seu capital (base de recursos tangíveis e intangíveis da empresa para a exploração da atividade econômica) composto por recursos públicos (sempre majoritários no capital social – art. 82, Lei 9069/1995, 50% do capital mais uma ação) e por recursos privados (sempre minoritários no capital social) e disto resultam todas as suas virtudes e todos os seus vícios. Se ela, como ente da administração pública indireta, precisa ter uma função social e obedecer aos fundamentos constitucionais da administração pública; por outro, também por força de disposição constitucional, deve respeitar os seus sócios minoritários e buscar desempenho eficiente em favor dos acionistas, criando valor à empresa e gerando dividendos, na linha da boa governança corporativa. O problema está em que, na gênese, o sistema é contraditório e, via de regra, a decisão corporativa de manter investimentos em negócios que não dão retorno ou onde este é baixo, por razões de ordem pública ou não, torna a companhia de economia mista deficitária e pouco atraente para sócios minoritários.

Em suma, para cumprir o seu fim social, a companhia de economia mista poderá não gerar lucro e ganho suficiente à atração de investidores. Já, por outro lado, para atrair investidores, poderá colocar em segundo plano a justificativa para a sua existência e privilegiar, unicamente, a geração de valor e lucro ao acionista. Neste quadro, a sociedade de economia mista sempre portará um defeito genético que a levará de tempos em tempos,

---

<sup>8</sup> ENTERRÍA, E. G.; FERNÁNDEZ, T. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: RT, 1991, p.351. Tradução de Arnaldo Setti.

conforme o partido dominante no governo, da glória dos balanços azuis ao inferno dos resultados negativos com muitos números entre parêntesis, com prenúncios de insolvência ou impontualidade aptos à falência processual.

### **3- A pergunta antes da modificação da LSA pela Lei 10303/2001**

O art. 10 da Lei 10303/2001, expressamente, revogou o art. 242 da LSA. Este último dispositivo tinha a seguinte redação: “As companhias de economia mista não estão sujeitas a falência mas os seus bens são penhoráveis e executáveis, e a pessoa jurídica que a controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações”.

Disto resultaram inúmeras lições e dentre elas destaca-se a de Hely Lopes Meirelles<sup>9</sup>, para quem “a sociedade de economia mista não está sujeita a falência, mas os seus bens são penhoráveis e executáveis, e a entidade pública que a institui responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações”.

### **4 - A pergunta depois da modificação da LSA pela Lei 10303/2001**

O grande mestre de todos nós, Theotonio Negrão<sup>10</sup>, no seu CPC e legislação processual em vigor, na sua 34ª edição atualizada até Junho de 2002, registra o problema engendrado com a revogação do art. 242 da LSA.

---

<sup>9</sup> MEIRELLES, H. L. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: RT, 1989, p.328.

<sup>10</sup> NEGRÃO, T. Código de Processo Civil Anotado e legislação processual em vigor. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1343 e 1344.

Do corpo da nota de nº 2 à Lei de Falências consta: “Com a revogação do art. 242, da primitiva LSA, pela Lei 10.303, de 31.10.01 (Lex 2001/4.247; Bol. AASP 2.241/supl., p. 1), as sociedades anônimas de economia mista estão sujeitas à falência”.

Por outro lado, da nota *Ib* ao art. 1º da mesma Lei de Falências consta: “As sociedades de economia mista não estão sujeitas à falência, conquanto seus bens sejam penhoráveis e executáveis, respondendo, subsidiariamente, a pessoa jurídica controladora pelas más obrigações” (JTJ 239/79)”.

## **5 - Sociedade de economia mista não tem imunidade falimentar**

Os professores Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik<sup>11</sup> sustentam que, inequivocamente, as companhias de economia mista, agora, estão sujeitas ao processo de falência, hoje regido pelo Decreto-Lei 7661/1945. Segue adiante a lição.

“O art. 242 da Lei n. 6.404/76 estabelecia o princípio da imunidade das sociedades de economia mista ao processo de falência, justificado, na Exposição de Motivos da lei, pelo fato de o interesse público que enseja a criação, por lei, de uma sociedade de economia mista não permitir que sua administração possa ser transferida a terceiros, credores, por meio do síndico, como ocorre na falência.

Essa imunidade prevista no revogado art. 242 encontrava o seu fundamento na necessidade de ser preservado o interesse público que presidiu a instituição da sociedade de economia mista; com efeito, entendia-se não se justificar que os credores, e não os representantes do Estado, passassem, em caso de falência, a dirigir as atividades da companhia de economia mista.

---

<sup>11</sup> CARVALHOSA, M.; EIZIRIK, N. A Nova Lei das S/A. São Paulo: Saraiva, 2002, p.365/367.

A imunidade falimentar, agora extinta, constituía um privilégio legalmente atribuído às companhias mistas, evidentemente em detrimento dos interesses de seus credores, que se justificava pela impossibilidade de eventualmente permitir-se o desaparecimento do ente estatal para a satisfação de interesses privados.

Para compensar tal privilégio legal, o art. 242 da Lei das S/A previa a penhorabilidade dos bens da sociedade de economia mista e a responsabilidade subsidiária ilimitada de seu acionista controlador.

A imunidade falimentar não comprometia a tutela dos credores por obrigações das sociedades de economia mista, na medida em que estavam garantidos pela executabilidade de suas dívidas, pela penhorabilidade de seus bens, assim como pela responsabilidade subsidiária do acionista controlador.

Embora estivessem as sociedades de economia mista imunes ao processo de execução coletiva, certamente se submetiam à execução singular, podendo seus bens ser objeto de penhora, no rito do art. 646 do CPC, conforme a jurisprudência de nossos tribunais.

Ademais, a Lei das S/A, em seu art. 242, previa, sem qualquer limitação, a responsabilidade *subsidiária* do acionista controlador pelas obrigações da sociedade de economia mista.

Com a revogação do art. 242 da Lei n. 6.404/76, as sociedades de economia mista passam, inequivocamente, a submeter-se ao processo de execução coletiva, sem qualquer imunidade.

A revogação do art. 242 não ocasionou maiores discussões no Congresso; tal medida foi justificada quando da apresentação do Projeto de Lei n. 3115/97 à Comissão de Economia, Indústria e Comércio da Câmara dos Deputados, tendo como relator o Deputado Emerson Kapaz, basicamente pela existência de questionamentos em face da constitucionalidade do privilégio de não estarem sujeitas à falência as sociedades de economia mista que

desempenham atividades econômicas, diante do disposto no art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal. Com efeito, sustentava-se que, como a CF, em seu art. 173, § 1º, II, dispõe que se aplica às sociedades de economia mista *o regime jurídico próprio das empresas privadas*, o privilégio falimentar previsto no art. 242 da Lei das S/A deveria ser tido com inconstitucional.

Em nenhum momento foi discutida no Congresso a questão referente à responsabilidade subsidiária do ente público controlador das sociedades de economia mista, que deverá desaparecer com a revogação integral do art. 242 da Lei das S/A”

A tese da inconstitucionalidade do art. 242 da Lei das S/A não é nova. Sobre o tema, a Subprocuradora-Geral da República Odília Ferreira da Luz Oliveira<sup>12</sup> escreveu que “a Lei das Sociedades Anônimas ..., no art. 242, dispõe que a sociedade de economia mista não se sujeita à falência. Em contrapartida, estabelece que a pessoa jurídica controladora responde subsidiariamente por suas obrigações. Admitida a tese já exposta – somente a Constituição pode afastar a aplicação do Direito Comercial aos entes estatais sob exame –, este artigo da lei falimentar é inconstitucional, porque excepciona o regime jurídico obrigacional das sociedades de economia mista, ao instá-las da falência”.

Por outro lado, afirmar que a companhia de economia mista pode sofrer o processo de falência também implica em afirmar que ela pode intentar a concordata, tanto a preventiva quanto a suspensiva, na forma prevista pelo Decreto-Lei 7661/1945. E resta a irresistível pergunta, para a qual não se tem resposta neste trabalho, em termos concretos: uma concordata de sociedade de economia mista atrai ou afasta eleitores do partido governante (aquele mesmo que é encarregado de escolher a direção da companhia)?

---

<sup>12</sup> OLIVEIRA, O. F. L. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 83.

Por fim, neste tópico, da leitura resulta clara a força dos argumentos em favor do fim da imunidade falimentar para as companhias de economia mista.

## **6 - Sociedade de economia mista ainda tem imunidade falimentar**

Entretanto, registrando-se respeito aos que sustentam o fim da imunidade falimentar das sociedades de economia mista, todos escudados em ampla experiência e forte carreira acadêmica, é certo que também existem bons argumentos para afirmar que persiste a imunidade falimentar das companhias de economia mista.

Como também persiste a responsabilidade subsidiária do controlador, ao menos no âmbito federal, e a penhorabilidade dos bens da sociedade de economia mista, antes tratados pelo art. 242 da LSA.

A revogação do art. 242 da LSA não abriu a possibilidade de execução coletiva contra companhia de economia mista.

**Um primeiro argumento** em favor desta tese, como já explanado inicialmente, considera que este modelo empresarial, utilizado pelo Estado para a intervenção na economia, é regido por duas vertentes constitucionais<sup>13</sup>. Uma inserta no art. 37 da CF, onde estão os princípios e regras da administração pública; outra no art. 173 da CF, que regula e limita a intervenção do Estado na economia, uma exceção segundo a nosso ordem constitucional. Desta dicotomia resulta certo que uma sociedade de economia mista (bem como as suas subsidiárias) está sujeita ao regime jurídico da iniciativa privada, e esta sujeição serve para trazer luz à sua condição de entidade sob controle e influência direta da administração

---

<sup>13</sup> Esta dicotomia acaba gerando um ente público/empresarial com defeito genético, obrigado a atender um fim público economicamente relevante, mesmo financeiramente danosos, e gerar valor ao acionista, como já explanado acima.

pública, na linha da lição de Enterría e Fernández, já citados acima, no sentido de que são entes instrumentais sob o *jure privato*, sujeitos a uma instância administrativa inequivocamente pública onde se dão as relações entre criador e criatura, controlador e minoritário. Pelo mesmo caminho, na companhia de economia mista não há abdicação do direito público pelo controlador, mas sim a utilização de alguns instrumentos de direito privado para, excepcionalmente, ampliar sua ação econômica.

Na prática, se as companhias de economia mista estivessem sujeitas unicamente ao inciso II do § 1º do art. 173 da CF, seria perfeito afirmar a inconstitucionalidade da imunidade falimentar.

Porém, o que de fato ocorre é que elas têm muitas características públicas para se afirmar a imunidade falimentar. Elas devem ter função social declarada em lei e somente por lei podem ser instituídas. Metade do seu capital, mais uma ação, são bens públicos. A licitação é a regra para os seus contratos. A legalidade, a moralidade, a impessoalidade, a publicidade e a eficiência são seus princípios fundamentais. Por conseguinte, seus administradores estão sujeitos à repressão por atos de improbidade administrativa e a própria sociedade pode ficar, eventualmente, sujeita à responsabilidade objetiva por danos na forma do § 6º do art. 37 da CF. Já a empresa tipicamente privada está livre de todos estes entraves e o que na verdade a enfraquece em face à companhia de economia mista é justamente a força do dinheiro público, capaz de solapar a livre iniciativa e a concorrência. Por outro lado, acerca da improbidade administrativa, leia-se em primeiro lugar as hipóteses de falência por impontualidade (art. 1º da LF) e por insolvência (art. 2º da LF), para em seguida encontrar enquadramentos possíveis dentre os atos de improbidade administrativa insertos no art. 10, incisos I e X segunda parte; e no art. 11, ambos da Lei 8429/1992; jamais se esquecendo que é possível existir tanto um solvente impontual quanto

um insolvente pontual – ambos sujeitos ao rito da falência pelo atual Decreto-Lei 7661/1945. E mais, a aplicação da lei de improbidade não afastaria o reconhecimento de crimes falimentares.

Imagine-se, por outro lado, uma empresa de economia mista indo à falência por um dos ritos do Decreto-Lei 7661/1945, em uma das muitas varas estaduais especializadas (não se deve esquecer que não há processo de falência na Justiça Federal por força do art. 109, I, da CF). Apenas a título de exemplo, pegue-se a Petrobrás S.A. Como companhia de economia mista, ela poderia ter, depois de uma sentença declaratória de falência (que dá início ao processo falimentar), a substituição da sua diretoria por um Síndico e o vencimento antecipado de todos os seus débitos. Entre os seus credores, com muitos privilégios, poderia eventualmente estar a sua própria sócia instituidora e controladora, a União Federal, por força do art. 186 do CTN, que tem status de lei complementar.

Seria, na prática, um maravilhoso e, talvez, insolúvel embroma jurídico, daqueles que merecem anais.

Porém, deixando de lado as questões práticas, juridicamente é possível sustentar a imunidade falimentar das sociedades de economia mista porque elas são criadas por lei específica e tem função social declarada na mesma lei. Deste modo, a insolvência e a impontualidade também devem ser tratadas em lei específica para que se dê solução à declaração de função social da empresa e à autorização legal para a sua instituição e funcionamento, pois não há previsão legal para que a sentença que extingue o processo de falência resolva estes problemas de ordem jurídica. Ela, por exemplo, não retira força da lei que autoriza a existência e o funcionamento da sociedade de economia mista.

Se a lei especial autorizou a criação da sociedade de economia mista, a lei ou uma lei especial também deve autorizar a extinção de companhias assim modeladas. São exemplos

de leis específicas declarando a extinção ou autorizando a extinção de companhias de economia mista os diplomas sob nº 8029/1990 (BNCC) e 9617/1998 (LLOYDBRAS).

Por sinal, é a Lei 8029/1990 que, ao menos no âmbito federal, fornece o **segundo argumento** à conclusão de que uma sociedade de economia mista não vai à falência pelo rito previsto no Decreto-Lei 7661/1945.

A Lei 8029, de 12.04.1990, dispôs sobre a extinção e dissolução de algumas entidades da administração pública federal e deu outras providências.

Dentre estas outras providências, por exemplo, no art. 11 foi autorizada a instituição da Fundação Nacional de Saúde (FNS); no art. 15 foi autorizada a instituição do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), como fundação; no art. 17 foi autorizada a instituição do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Pelo que se vê, não eram nada modestas estas outras providências e esta norma tem alcance muito maior e perene do que muitos podem imaginar.

Trata-se de norma que mescla artigos de alcance específico (extinção, dissolução e privatização de órgãos nomeados, bem como destinação de funcionários), com normas de alcance geral (autorização para a instituição de novos órgãos, desvinculação de órgãos, rito de dissolução de sociedade e economia mista, sucessão em obrigações pecuniárias, execução de contratos, jurisdição para disputas sobre crédito externo, destinação do adicional de tarifa portuária e atuação do Conselho de Governo).

É certo que a Lei 8029/1990, por medida de boa técnica legislativa, poderia ter sido mais elaborada. Fosse encaminhada hoje, com a vigência do art. 7º da Lei Complementar nº 85, de 1998, a sua negociação no Congresso Nacional seria diferente e mais exigente.

Mas, mesmo assim, ela não é a única com estes defeitos e nem por isto deixou de ser e ter força de lei federal.

Portanto, o art. 21 da Lei 8029/1990 trata especificamente da dissolução de sociedades de economia mista, nos seguintes termos:

“Art. 21. Nos casos de dissolução de sociedades de economia mista, bem assim nos de empresas públicas que revistam a forma de sociedades por ações, a liquidação far-se-á de acordo com o disposto nos arts. 208 e 210 a 218, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e nos respectivos estatutos sociais.

§ 1º A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional convocará, no prazo de oito dias após o decreto de dissolução da sociedade, assembléia geral de acionistas para os fins de:

- a) nomear liquidante, cuja escolha deverá recair em servidor efetivo da Administração Pública Federal direta, autárquica ou fundacional, indicado pela Secretaria de Administração Federal, o qual terá remuneração equivalente à do cargo de presidente da companhia e poderá manter vigentes os contratos de trabalho dos servidores da sociedade liquidanda, que foram estritamente necessários à liquidação, devendo, quanto aos demais, rescindir os contratos de trabalho, com a imediata quitação dos correspondentes direitos;
- b) declarar extintos os mandatos e cessada a investidura do presidente, dos diretores e dos membros dos Conselhos de Administração e Fiscal da sociedade, sem prejuízo da responsabilidade pelos respectivos atos de gestão e de fiscalização;
- c) nomear os membros do Conselho Fiscal que deverá funcionar durante a liquidação, dele fazendo parte representante do Tesouro Nacional; e
- d) fixar o prazo no qual se efetivará a liquidação. ...”

Esta redação está conforme as modificações introduzidas pela Lei 8154/1990 e pela Medida Provisória nº 2216-37, de 31.08.2001. Ressalte-se que esta medida provisória tem prazo de validade indefinido, na forma do art. 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 12 de Setembro de 2001.

Quanto à responsabilidade subsidiária, o art. 23 da Lei 8029/1990 dispõe:

“A União sucederá a entidade, que venha a ser extinta ou dissolvida, nos seus direitos e obrigações decorrentes de norma legal, ato administrativo ou contrato, bem assim nas demais obrigações pecuniárias. § 1º - O Poder Executivo disporá, em decreto, a respeito da execução dos contratos em vigor, celebrados pelas entidades a que se refere este artigo, podendo, inclusive, por motivo de interesse público, declarar a sua suspensão ou rescisão”.

Com este quadro, em suma, se fosse possível promover uma ação de falência contra uma sociedade de economia mista criada por lei federal, seria totalmente ineficiente, pois em caso de sucesso, depois do exaustivo exaurimento do patrimônio da empresa a União iria sucedê-la para quitar todas as suas dívidas. É óbvio o conflito com o interesse público.

**O terceiro argumento** em favor da prevalência da imunidade falimentar foi formulado pelo professor Waldo Fazzio Júnior<sup>14</sup>, para quem: “embora, nos termos do art. 173, § 1º, da CF, as pessoas jurídicas estatais que exercem atividade negocial devam observar regime jurídico de direito privado, as empresas públicas e sociedades de economia mista não estão expostas à falência, nos termos dos Decretos-lei nº 200/67 e 900/69”. O autor, à hipótese, deve ter considerado o texto do art. 178 do Decreto-lei 200/67, cujo teor é: “Art. 178. As autarquias, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, integrantes da Administração Federal Indireta, bem assim as fundações criadas pela União ou mantidas com recursos federais, sob a supervisão ministerial, e as demais sociedades sob o controle direto ou indireto da União, que acusem a ocorrência de prejuízos, estejam inativas, desenvolvam atividades já atendidas satisfatoriamente pela iniciativa privada ou não previstas no objeto social, poderão ser dissolvidas ou incorporadas a outras entidades, a critério e por ato do Poder Executivo, resguardados os direitos assegurados, aos eventuais

---

<sup>14</sup> FAZZIO JR., W. Manual de Direito Comercial. São Paulo: Atlas, 2003, p.636.

acionistas minoritários, nas leis e atos constitutivos de cada entidade”. Esta redação foi dada pelo Decreto-Lei 2299/1986.

Em prol deste argumento do professor Waldo Fazzio Júnior está o fato de o Decreto-Lei 200/1967 não ter sido revogado expressamente e não se encontrar no sistema regra incompatível para a revogação tácita do artigo retrocitado.

Um **quarto argumento**, diz respeito à visão do credor da sociedade de economia mista, se vingar a sua possibilidade de pedir a falência da companhia. Deve ser assustador o preço desta dita inconstitucionalidade sanada. Porque, em troca do seu novo direito de pedir falência, na linha do pensamento dos professores Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik no texto acima citado, o credor perdeu a garantia da responsabilidade subsidiária do ente público criador e controlador da empresa de economia mista (no âmbito federal, nada menos do que a União). Ironia à parte, foi um péssimo negócio, já que isto implicará, mais cedo ou mais tarde, em aumento do risco de crédito e, por conseguinte, aumento do juro para a empresa.

Com efeito, este último argumento, assim como o próximo, é metajurídico, uma vez que tem por base a posição do credor (acima) e do investidor (abaixo) dentro dos parâmetros do mercado financeiro e de capitais, bem como regras de finanças corporativas<sup>15</sup>. Por oportuno, aos operadores do Direito sempre é bom lembrar que: o mundo real é metajurídico!

O **quinto e último argumento** diz respeito ao investidor, tão caro e festejado. Se a finalidade da reforma era atraí-lo, a revogação do art. 242 da LSA não foi feliz. Isto porque o seu risco aumentou (e o seu prêmio também deve aumentar), já que antes da revogação

---

<sup>15</sup> Para os interessados pelo tema, indica-se: ROSS, S.; WESTERFIELD, R.; JAFFE, J. Corporate Finance, MacGraw-Hill Professional, ISBN 0072831936, 2002.

ele poderia ser sócio de uma empresa não sujeita à falência pela via, diga-se, estreita e confusa do Decreto-Lei 7661/1945, cuja necessidade de reforma está com prazo vencido desde o final da 2ª Guerra Mundial.

## **7 – A penhorabilidade dos bens da sociedade de economia mista**

Uma última consequência acerca da revogação do art. 242 da LSA pode ser a conclusão de que, agora, já não há mais previsão para a penhorabilidade dos seus bens. Não é o caso e isto não é incompatível com a imunidade falimentar mesmo depois da revogação do referido artigo.

A sociedade de economia mista recebe recursos públicos majoritários e recursos privados minoritários na sua formação e organização de capital. Uma vez formado o capital e estabelecida a personalidade jurídica autônoma, o capital deverá ser gerido para a consecução da finalidade social declarada na lei que autorizou a sua instituição e nos seus estatutos sociais. Portanto, o lucro e o patrimônio resultantes da exploração organizada e econômica do capital, com todos os riscos de mercado, pertencerão à sociedade que, por norma constitucional, deve obedecer ao regime privado, neste aspecto. A divisão do capital entre público e privado novamente, somente terá lugar por ocasião da dissolução da sociedade. Não antes, enquanto ela existir formalmente. A respeito, a Subprocuradora-Geral da República Odília Ferreira da Luz Oliveira conclui: “os bens da sociedade de economia mista são privados e, assim, são alienáveis, podem ser adquiridos por usucapião e respondem pelas dívidas da pessoa jurídica, diversamente dos bens do Estado e das autarquias”.

## 8 - Conclusão

Como conclusão, tem-se que:

a) As reformas produzidas na Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/1976) e no mercado de capitais pelas Leis 10303/2001 e 10411/2002 merecem muitos elogios, a despeito de alguns pequenos pecados cometidos e alguns avanços recusados.

b) A primeira sociedade de economia mista no Brasil foi criada em 1812. O Banco do Brasil. Sociedades de economia mista, em nosso sistema jurídico, somente são criadas por lei e estão sujeitas (órgãos da administração pública indireta) aos princípios e regras do art. 37 da CF.

c) As sociedades de economia mista (juntamente com as empresas públicas) servem como principais modelos para a estruturação jurídica de empreendimentos destinados à exploração direta de atividade econômica pelo Estado, conforme a hipótese excepcional prevista no art. 173 da CF.

d) A sociedade de economia mista tem o seu capital composto por recursos públicos, que sempre são majoritários no capital social, na forma do art. 82, Lei 9069/1995 (50% do capital mais uma ação) e por recursos privados. Disto resultam todas as suas virtudes e todos os seus vícios.

e) O art. 10 da Lei 10303/2001, expressamente, revogou o art. 242 da LSA e abriu a discussão de tema anteriormente pacífico. Ou seja, a sociedade de economia mista tem imunidade falimentar ou não? Na esteira de respeitável doutrina, tem-se afirmado que as sociedades de economia mista perderam a imunidade falimentar e que, por conseguinte, também desapareceu a responsabilidade subsidiária do seu ente instituidor e controlador.

f) A sociedade de economia mista é ente da administração pública indireta. Como tal, por mandamento constitucional, precisa ter uma função social e obedecer aos fundamentos da administração pública. Por outro lado, ela também deve respeitar os seus sócios minoritários (direito à informação, v.g.) e buscar o desempenho eficiente em favor dos acionistas, por medida de boa governança corporativa. Porém, há um problema, já que o sistema é contraditório e instável ao planejamento estratégico e econômico-financeiro da empresa que, via de regra, navega ao sabor do partido dominante no governo o pode implicar, por exemplo, em alternâncias periódicas entre a atração de investidores e investimento deficitários.

g) Como modelo empresarial utilizado pelo Estado para a intervenção na economia, ele é regido por duas vertentes constitucionais (arts. 37 e 173, CF). Por isto, a companhia de economia mista tem muitas características públicas para se afirmar a sua imunidade falimentar. Ela deve ter função social declarada em lei e somente por lei pode ser instituída ou extinta. Se a lei especial autorizou a criação da sociedade de economia mista, a mesma lei ou uma outra lei especial também deve autorizar a extinção de companhias assim modeladas.

h) A Lei 8029/1990, nos seus arts. 21 e 23, fundamentam a conclusão de que uma sociedade de economia mista não vai à falência, na forma prevista no Decreto-Lei 7661/1945.

i) Segundo parte da doutrina, “embora, nos termos do art. 173, § 1º, da CF, as pessoas jurídicas estatais que exercem atividade comercial devam observar regime jurídico de direito

privado, as empresas públicas e sociedades de economia mista não estão expostas à falência, nos termos dos Decretos-lei nº 200/67 e 900/69”<sup>16</sup>.

j) Caso os nossos tribunais superiores confirmem que, com a revogação do art. 242 da LSA, as companhias de economia mista perderam a imunidade falimentar, tanto credores quanto investidores destas empresas perderão. Para o credor, em troca do seu novo direito de pedir falência, ele perdeu a garantia da responsabilidade subsidiária do ente público criador e controlador da empresa de economia mista (no âmbito federal, nada menos do que a União). Já para o investidor em papéis destas companhias, o risco do negócio aumentou (e o seu prêmio também deve aumentar), já que agora ele será sócio de uma empresa sujeita à falência pela via, repita-se, estreita e confusa do Decreto-Lei 7661/1945, cuja necessidade de reforma está com prazo vencido desde o final da 2ª Guerra Mundial.

---

<sup>16</sup> FAZZIO JR., W. Manual de Direito Comercial. São Paulo: Atlas, 2003, p.636.