



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ – UFPA
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

DÂNGELO WESLEY OLIVEIRA MENDES

**A POSSIBILIDADE DA FAZENDA PÚBLICA REQUERER A FALÊNCIA DOS
EMPRESÁRIOS, DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS E DAS EMPRESAS
PARAESTATAIS**

Belém – PA
2021

DÂNGELO WESLEY OLIVEIRA MENDES

**A POSSIBILIDADE DA FAZENDA PÚBLICA REQUERER A FALÊNCIA DOS
EMPRESÁRIOS, DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS E DAS EMPRESAS
PARAESTATAIS**

Trabalho de conclusão de curso de graduação, apresentado na disciplina Monografia II, do curso de Direito da Universidade Federal do Pará – UFPA, como requisito para obtenção do título de bacharel.

Orientador: Prof. Clóvis Cunha da Gama Malcher Filho

DÂNGELO WESLEY OLIVEIRA MENDES

**A POSSIBILIDADE DA FAZENDA PÚBLICA REQUERER A FALÊNCIA DOS
EMPRESÁRIOS, DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS E DAS EMPRESAS
PARAESTATAIS**

Trabalho de conclusão de curso de graduação, apresentado na disciplina Monografia II, do curso de Direito da Universidade Federal do Pará – UFPA, como requisito para obtenção do título de bacharel.

Orientador: Prof. Clóvis Cunha da Gama Malcher Filho

AVALIADA EM: ____/____/____

CONCEITO: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Clóvis Cunha da Gama Malcher Filho
Orientador – UFPA

Prof. Dr.
Examinador Interno – UFPA

Prof.
Examinador Interno – UFPA

RESUMO

Este trabalho analisa tema afeto ao Direito Constitucional, Administrativo, Processual e Falimentar. Diante disso, em que pese não haver dúvidas quanto à aplicação da Lei de Recuperação Judicial e Falências (Lei nº11.101/2005) ao setor privado, o mesmo não ocorre no tocante à aplicabilidade ou não da referida Lei às entidades públicas exploradoras de atividade econômica. Não obstante tais discussões, ainda persiste controvérsia relacionada ao interesse legítimo do Fisco de requerer a falência de empresas, públicas ou privadas endividadas com o Estado, em detrimento de outros meios legítimos de que dispõe a Fazenda Pública para cobrar seus créditos. No entanto, sensíveis alterações na lei e na jurisprudência em 2020 aludem a um caminho com novas interpretações vindouras a serem discutidas pelos Tribunais, as quais são projetadas no âmbito deste Trabalho. Assim, para o desenvolvimento e análise de institutos dos diferentes ramos do Direito relacionados a este tema, utiliza-se de pesquisas realizadas na Internet, em artigos publicados, em consultas à jurisprudência, bem como ao arcabouço doutrinário e legal relevante. Ao final, o estudo examina a compatibilidade de tais institutos com os princípios atinentes ao ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Direito Falimentar. Lei de Recuperação Judicial e Falências. Entidades Públicas. Fisco.

ABSTRACT

This paper analyzes a theme related to Constitutional, Administrative, Procedural and Bankruptcy Law. In view of this, despite the fact that there is no doubt about the application of the Law on Judicial Recovery and Bankruptcy (Law No. 11,101 / 2005) to the private sector, the same does not occur with respect to the applicability or not of the said Law to public entities that exploit activity economical. Notwithstanding these discussions, controversy persists regarding the legitimate interest of the Treasury to file for bankruptcy of companies, public or private, indebted to the State, to the detriment of other legitimate means available to the Public Treasury to collect its credits. However, significant changes in the law and jurisprudence in 2020 allude to a path with new interpretations to be discussed by the Courts, which are projected within the scope of this Work. Thus, for the development and analysis of institutes of the different branches of law related to this theme, it uses research carried out on the Internet, in published articles, in consultation with jurisprudence, as well as with the relevant legal and doctrinal framework. In the end, the study examines the compatibility of such institutes with the principles related to the Brazilian legal system.

Keywords: Bankruptcy Law. Bankruptcy and Judicial Recovery Law. Public Entities. Tax authorities.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	A FAZENDA PÚBLICA E A FALÊNCIA DE EMPRESAS: CONTROVÉRSIAS E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ	8
2.1	Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP): A decisão de 31 de julho de 2020 da 1ª Câmara de Direito Empresarial	10
3	A LEI Nº 14.112 DE 24 DE DEZEMBRO DE 2020	11
3.1	Novas regras atinentes à Falência	12
3.2	O incidente de classificação de crédito público	12
3.3	Conciliações e mediações antecedentes ou incidental em processos de recuperação judicial	12
4	O REGRAMENTO JURÍDICO APLICÁVEL À FALÊNCIAS DE PARAESTATAIS	13
4.1	A vedação constitucional ao privilégio das paraestatais	16
4.2	A necessidade de revogação do privilégio dado pela Lei de Falências	17
4.3	O regramento aplicável às condutas dos gestores	18
4.4	O reconhecimento de Repercussão Geral pelo Plenário Virtual do STF ao Recurso Extraordinário (RE) nº. 1249945 e a interpretação conforme a Constituição Federal do artigo 2º, inciso I, da Lei 11.101/2005	19
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	21
	REFERÊNCIAS	23

1 INTRODUÇÃO

A insolvência ocorre quando as obrigações a cumprir são maiores que os rendimentos. É um tema relacionado ao endividamento e consiste na dificuldade em cumprir com as obrigações frente a múltiplos credores. Trata-se de um problema difícil de enfrentar e um mal comum de que pode padecer tanto a Pessoa Física como a Pessoa Jurídica.

Por sua vez, no âmbito comercial, o endividamento de empresas é algo que pode se dar como consequência de fatores como a má gestão do capital de giro, o aumento de despesas e erros de cálculos das provisões adequadas.

A depender da situação da empresa as suas dívidas podem vir a ter o condão de causar danos, muitas vezes insanáveis, e conseqüentemente pode desaguar em um processo de recuperação judicial que, se mal sucedido, ao final levará a instauração de um processo de falência para a satisfação dos credores.

Em razão do exercício de suas atividades as dívidas empresariais podem se dar com fornecedores, ter natureza financeira, trabalhista, e também pode haver dívidas fiscais.

Neste ponto nos deparamos com um tema controverso no ordenamento jurídico pátrio, pois discute-se a possibilidade legal do Fisco, na condição de credor, requerer a falência de empresas em razão de dívidas tributárias.

Embora o artigo 62 da Lei nº 11.101/2005, com fincas na previsão do artigo 97, inciso IV da Lei de Recuperação e Falências tenha garantia expressa autorizando “qualquer credor” para requerer um eventual pedido de falência da empresa devedora, o reconhecimento da legitimidade do Fisco era até então tratado segundo a construção jurisprudencial decorrente de precedentes do STJ (Superior Tribunal de Justiça) para quem os entes federativos não gozam de legitimidade ou interesse processual para requerer a falência de empresas.

No entanto, a Lei nº 14.112 de 24 de dezembro de 2020, alterou diversos dispositivos da Lei 11.101/2005 e introduziu em seu artigo 73, inciso IV, norma que permite ao Estado, por intermédio da Procuradoria da Fazenda Pública, requerer a falência empresarial, o que será tratado na Seção 3.1 deste Trabalho.

Entretanto, é de se ressaltar que a novel lei de falências permaneceu silente quanto ao tratamento aplicável às paraestatais endividadas com o Fisco.

Há quem defenda que o meio mais eficiente para o Estado valer-se na cobrança de seus créditos é a execução fiscal regida pela Lei nº 6.830/1980 (Lei de Execuções Fiscais), pois a mesma possui dispositivos que conferem proeminência à Fazenda Pública, dando-lhe preferência na quitação da Dívida Ativa, tributária e não tributária, em detrimento dos demais credores.

Dentre tais garantias da Lei de Execuções Fiscais citamos o artigo 29 onde, diante de cobrança judicial de Dívida Ativa, a Fazenda Pública não está sujeita ao concurso de credores ou à habilitação na falência.

Nesse sentido, essa discussão ganhou novos capítulos a partir de decisão do TJSP publicada em julho de 2020 em que entendeu possível que a Procuradoria da Fazenda Nacional possa requerer a falência da empresa após trâmite processual que culminou com execução fiscal frustrada.

No Brasil a recuperação judicial e/ou falência de empresas é disciplinada pelo regramento disposto na Lei nº 11.101/2005. No entanto, há muito já se discute o problema da aplicabilidade dessa lei no tocante às Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista exploradoras de atividades econômicas dada a regra disposta em seu artigo 2º, inciso I, que garante “blindagem” contra os institutos e procedimentos da Lei de Falência à essas entidades estatais, o que, à luz da Constituição Federal, confere garantia desproporcional que resulta em desigualdade no tratamento de tais entidades públicas frente às empresas privadas.

Dessa forma, em um primeiro momento o aplicador do Direito se vê diante de uma lacuna, além de que o dispositivo em comento viola princípios constitucionais como a isonomia, motivo pelo qual tem sido alvo de críticas, culminando em ações que questionam sua constitucionalidade, como apresentado na Seção 4.4 deste Trabalho.

Por seu turno, normas com teor semelhante já foram retiradas do ordenamento, a exemplo do artigo 242 da Lei de S/A tratada no Capítulo 4, Seção 4.2 deste Trabalho. Por sua vez, a jurisprudência não é uniforme e atualmente sinaliza no sentido de que a solução deve ser dada a partir de cada caso concreto. Por esse motivo, o STF irá julgar, com repercussão geral, o Recurso Extraordinário 1249965/MG, no tocante a dispositivo da LRF aplicado às empresas estatais, conforme apresentado no Capítulo 4.

Assim sendo, nos Capítulos seguintes, este Trabalho irá abordar questões doutrinárias e jurisprudenciais envolvendo a possibilidade da ocorrência de falência

das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, bem como apontar se é possível que a Procuradoria da Fazenda Pública possa requerer a falência destas entidades endividadas com o Fisco.

O Capítulo 2 irá abordar sobre a possibilidade jurídica do pedido de falência ser feito pela Procuradoria da Fazenda Pública. No Capítulo 3 trata-se sobre aspectos relevantes da Lei nº 14.112 de 24 de dezembro de 2020 que se relacionam ao escopo deste Trabalho. No Capítulo 4 apresenta-se discussões acerca do regramento jurídico aplicável à falência de paraestatais e a distinção entre sua natureza jurídica como prestadoras de serviço público e exploradoras de atividades econômicas. Finalmente, no último Capítulo 5 apresenta-se as considerações finais acerca deste Trabalho de Conclusão de Curso.

2 A FAZENDA PÚBLICA E A FALÊNCIA DE EMPRESAS: CONTROVÉRSIAS E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Não obstante o artigo 47 da Lei de Falências consagre o princípio da preservação da empresa e a própria lei possua institutos, como a recuperação judicial, visando manter a atividade produtora, por vezes há necessidade de se buscar a via falimentar para garantir a satisfação dos credores.

Há quem defenda que o citado princípio da preservação da empresa apresente limite ao Estado em seu poder de tributar, de modo que se questiona se há no ordenamento jurídico brasileiro a compatibilidade da Procuradoria da Fazenda Pública requerer a falência de paraestatais endividadas com o Fisco.

Adota-se no Brasil a teoria da asserção das condições da ação que tem como elementos a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade *ad causam*. Esta última é traduzida como a legitimidade ativa para agir. Logo, em tese poderíamos considerar como válido o pedido de falência da empresa ou da sociedade empresária formulado pela Procuradoria da Fazenda Pública, uma vez que fosse titular de créditos tributários.

Por seu turno, há que se considerar que a falência é medida extremamente gravosa e um eventual requerimento de falência deve ter como relevantes os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, os quais são concretizados pela adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Nesse sentido, aponta a jurisprudência consolidada do STJ que o Fisco não pode requerer a falência empresarial visto que está submetido à regra do artigo 187 do Código Tributário Nacional que assim determina: *“A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento”*.

O precedente de 2004 do STJ no Recurso Especial nº 164389 / MG fundamentou estas outras decisões da própria Corte: REsp 287.824/MG, REsp 363.206/MG, REsp 138.868/MG, REsp 1.103.405/MG. Assim, o teor da ementa deste julgado paradigma dispõe o seguinte:

I - Sem embargo dos respeitáveis fundamentos em sentido contrário, a Segunda Seção decidiu adotar o entendimento de que a Fazenda Pública não tem legitimidade, e nem interesse de agir, para requerer a falência do devedor fiscal. II - Na linha da legislação tributária e da doutrina especializada, a cobrança do tributo é atividade vinculada, devendo o fisco utilizar-se do instrumento afetado pela lei à satisfação do crédito tributário, a execução fiscal, que goza de especificidades e privilégios, não lhe sendo facultado pleitear a falência do devedor com base em tais créditos.

Este entendimento do STJ fundamenta-se na prerrogativa legal que o Estado dispõe para a satisfação do seu crédito tributário por outros meios, a exemplo da execução fiscal, com fincas nos artigos 5º, 29 e 31 da Lei nº 6.830/80 e por isso não se submete ao concurso formal de credores. No entanto, está submetido ao concurso material de credores, uma vez que se submete à fila de pagamentos.

Por sua vez, o entendimento doutrinário, no âmbito do Direito Comercial, suscita aparente conflito entre as diferentes posições do Estado que ora busca a garantia de princípios como a livre iniciativa, função social da empresa, liberdade de concorrência, princípio da preservação da empresa e ora atua como credor de obrigações tributárias, litigando em processos judiciais que podem levar a falência da empresa.

Como citado anteriormente, a possibilidade de a Fazenda Pública requerer a falência do empresário e da sociedade empresária é um tema controverso visto que para parcela da doutrina sustenta o entendimento de que os atos estatais são vinculados e devem obedecer ao Princípio da Legalidade. Sendo assim, para que seja

válido o pedido de falência, por parte de Procuradoria de qualquer ente federativo, requer-se a edição de uma lei prevendo expressamente tal disposição.

2.1 Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP): A decisão de 31 de julho de 2020 da 1ª Câmara de Direito Empresarial

Cumpre, destacarmos que na apelação cível nº 1001975-61.2019.8.26.0491 há decisão não unânime da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial da TJSP, que ao contrário da jurisprudência consolidada do STJ, publicou acórdão em 31 de julho de 2020, reconhecendo a legitimidade da Procuradoria da Fazenda Pública Nacional em requerer a falência de empresa do ramo do comércio e distribuição de produtos alimentícios.

Nesse sentido, neste acórdão com decisão polêmica e isolada, o Relator, desembargador Alexandre Lazzarini, trouxe os seguintes argumentos:

Desse modo, o pedido falimentar, nesses casos, tem por objetivo, precipuamente, a repressão aos agentes econômicos nocivos ao mercado e à livre concorrência, os quais, muitas vezes, não pagam seus débitos tributários e concorrem deslealmente com aqueles agentes econômicos que atuam regularmente, adimplindo as obrigações tributárias.

Entender de maneira contrária, inclusive, equivaleria a incentivar o comportamento, muitas vezes adotado por esses agentes econômicos, de inadimplir constantemente as obrigações tributárias, acumulando vultosas dívidas de tal natureza, aproveitando-se do menor poder de constrangimento da Fazenda Pública em relação ao poder dos demais credores.

Isto é, se o Fisco não pode pedir falência, muitos agentes acabam deixando de pagar as obrigações tributárias, frustram voluntariamente execuções fiscais, não aderem a planos de parcelamentos, nem formulam eventuais pedidos de recuperação, em uma deliberada conduta para concorrer de forma ilícita, e causando prejuízos ao bom funcionamento da administração pública.

Assim, no caso em tela, a União Federal ajuizou a competente execução fiscal contra a empresa que acumulava dívida tributária de R\$ 22.866.400,70 (vinte e dois milhões, oitocentos e sessenta e seis mil, quatrocentos reais e setenta centavos), mas não alcançou pagamento voluntário pelo devedor, nem foram localizados bens suficientes para satisfação da dívida, configurando, assim, a execução fiscal frustrada.

Em sentido contrário, o desembargador Fontes Barbosa, ao enfrentar a questão da legitimidade do Fisco em ajuizar o pedido de falência, cita a seguinte

explicação do ex-Ministro do STJ Ruy Rosado de Aguiar Júnior no REsp 138.868/MG, 4ª T, j. 17.02.1998: *“Conferir ao Estado uma medida judicial desse potencial aniquilador é, sem dúvida, contrariar aqueles princípios orientadores da ordem econômica no País, e consagrar uma coação reprovável pela moral e pela política.”*

Por fim, destaca-se que a referida decisão isolada do TJSP possui potencial para gerar insegurança jurídica e foi motivada pela regra que submete a Fazenda Pública ao concurso material de credores, fundamentado na norma do artigo 83, inciso III da LRF.

3 A LEI Nº 14.112 DE 24 DE DEZEMBRO DE 2020

Em um mundo globalizado e com economias interdependentes, o cenário comercial brasileiro precisa se tornar mais atrativo aos olhares do investidor estrangeiro. Deste modo, os operadores do Direito há muito apontavam para a necessidade de normas mais adequadas para lidar com as práticas internacionais.

As regras da Lei nº 11.101/2005 já não atendiam de modo satisfatório interesses como a necessidade por celeridade e eficiência na liquidação de empresas irrecuperáveis bem como a recuperação de empresas que ainda se mostram viáveis.

Destaca-se que Fábio Konder Comparato (1970) considera haver um movimento chamado de “dualismo pendular” no Direito Falimentar, onde ora predominam normas de interesse do credor, ora há normas voltadas à tutela do interesse do devedor.

Nesse contexto, foi aprovada e sancionada, com dois vetos do Presidente da República, a Lei nº 14.112 de 24 de dezembro de 2020, a qual visa dar maior efetividade aos institutos processados conforme a Lei 11.101/2005, quais sejam: recuperação judicial e extrajudicial, bem como a falência.

Suas previsões, que incluem normas de viés voltado à conciliação e a mediação, viabilizam negociações que permitem, em tempo razoável, o pagamento dos credores e a recuperação do empresário. A Lei prevê a possibilidade de suspensão das execuções, a fim de incentivar mecanismos de negociação entre os credores e o devedor.

Além disso, garante aos credores instrumentos como a possibilidade de apresentação de plano de recuperação judicial, o que favorece a aplicação do modelo consensual para agilizar a recuperação dos seus créditos.

3.1 Novas regras atinentes à Falência

Em sede de recuperação judicial há dispositivo que permite às empresas estabelecer um acordo com o Fisco para quitação de dívidas tributárias, ou até mesmo um parcelamento das mesmas.

Se anteriormente havia entendimento cristalizado no STJ e o Conselho de Justiça Federal previa que *“A Fazenda Pública não possui legitimidade ou interesse de agir para requerer a falência do devedor empresário”*, com o advento da Lei nº 14.112 de 24 de dezembro de 2020 esse tema passou a estar regulamentado no artigo 73, inciso IV, da LRF.

Este dispositivo que prevê o chamado “esvaziamento patrimonial” pune o devedor em recuperação judicial com a sua convolação em falência, uma vez que esteja a realizar práticas que configurem alienação ou oneração de bens sem a prévia comunicação ao juízo visto que normalmente tais manobras tem o objetivo de evitar o pagamento de dívida tributária.

Entretanto, por se tratar de alteração recente no regime falimentar e até então sua aplicação é, faz-se necessário aguardar pelo modo como este tema será tratado pelos tribunais, haja visto que a autorização para a Fazenda Pública credora pleitear a convolação em falência pode comportar insegurança jurídica uma vez que decorre do termo “esvaziamento patrimonial” e trata-se de uma legitimidade que surge como consequência do descumprimento de acordos pelo devedor.

3.2 O incidente de classificação de crédito público

A Lei nº 14.112 de 24 de dezembro de 2020 introduz significativas alterações na sistemática de cobranças fiscais. O artigo 7º-A prevê que, uma vez instaurada a falência, surge para cada Fazenda Pública credora, por meio de incidente de classificação de crédito público, a possibilidade habilitar-se no concurso de credores, sendo necessário informar ao juízo a relação completa de seus créditos já inscritos em dívida ativa.

3.3 Conciliações e mediações antecedentes ou incidental em processos de

recuperação judicial

Um aspecto de destaque da Lei nº 14.112 de 24 de dezembro de 2020 diz respeito às normas que garantem maior agilidade às negociações, introduzindo dispositivos de cunho negocial a exemplo do artigo 20-B e seus incisos de I a IV.

4 O REGRAMENTO JURÍDICO APLICÁVEL À FALÊNCIAS DE PARAESTATAIS

O artigo 2º, da Lei de Recuperação e Falências (LRF), prevê exceções à aplicação da lei, sendo que o inciso II dispõe que esta lei não se aplica às cooperativas e outras entidades listadas que se encaixam ao conceito de sociedades empresárias às quais se aplicam regramento próprio, como por exemplo os planos de saúde que se submetem ao regime de falência regulamentado pela lei nº 9.656/1998.

Noutro giro, em seu inciso I há norma de conteúdo controverso que dispõe pela inaplicabilidade dos regramentos da lei de falências às Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. Sobre este tema é relevante apresentarmos as lições de Santa Cruz (2020):

Ocorre que, a partir da vigência da LRE, a discussão ganhou novos contornos, porque a referida lei, em seu art. 2.º, I, expressamente determinou que ela não se aplica a “empresa pública e sociedade de economia mista”, sem proceder a qualquer distinção entre as prestadoras de serviços públicos e as exploradoras de atividade econômica. Ademais, a Lei 13.303/2016, que regulamentou o art. 173, § 1.º, II, da CF/1988, silenciou sobre essa questão específica.

Diante de tal fato, pode-se afirmar, com certa segurança, que os regimes falimentar e recuperacional disciplinados na LRE não se aplicam às empresas públicas nem às sociedades de economia mista, ainda que sejam exploradoras de atividade econômica.

Não obstante, há ainda vozes que advogam a inconstitucionalidade da regra do art. 2.º, I, da Lei 11.101/2005, por ser ela incompatível com a já mencionada regra constitucional do art. 173, § 1.º, II, da CF/1988. Outros autores propõem uma “interpretação conforme” da regra, de modo a permitir que apenas as empresas públicas e sociedades de economia exploradoras de atividade econômica se submetam aos ditames da legislação falimentar.

Como apresentado por Santa Cruz (2020), a lei nº 13.303/2016 que dispõe sobre o estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista não trouxe norma que disciplinasse a questão controversa sobre a falência destas entidades paraestatais. Dessa forma, persiste o questionamento nos tribunais sobre

a aplicação dos institutos da recuperação judicial e da falência às entidades supramencionadas.

Contudo, neste ponto faz-se necessário recorrermos ao cediço entendimento doutrinário, onde, a doutrina administrativista majoritária ensina que há traços comuns entre estas entidades da administração indireta, sendo um deles que a sua criação e extinção deve ocorrer por meio de lei ordinária, não cabendo ao Judiciário fazê-lo.

De outro modo, a doutrina também ensina que estas entidades são constituídas por características distintas, onde, de um lado temos as Empresas Públicas cujo capital é exclusivamente estatal, podendo assumir qualquer forma jurídica admitida em direito e, de outro, temos as Sociedades de Economia Mista com ações pertencentes ao Estado e ao particular, podendo assumir somente a forma jurídica de sociedade anônima.

Nesse sentido, esta questão controversa chegou ao Supremo Tribunal Federal através do Recurso Extraordinário 1249965/MG, recebido nos termos do artigo 1.035, §3º do Código de Processo Civil, onde, na sessão do plenário Virtual realizada em 28/8/2020, reconheceu-se a existência de Repercussão Geral da matéria, a qual será submetida a julgamento e foi cadastrada como TEMA 1101 na base de dados do STF e consiste na seguinte discussão: “Aplicação do regime de falência e recuperação judicial, previsto na Lei nº 11.101/05, às empresas estatais”.

Conforme apontado pelo Relator, na jurisprudência encontra-se entendimento acerca de outros aspectos relacionados ao regime das empresas estatais, sem, contudo, apontar uma direção sobre a falência de paraestatais, o que citamos:

O debate doutrinário, contudo, não se refletiu na jurisprudência desta Corte. Embora haja diversos julgados do Plenário do Supremo Tribunal Federal referentes ao regime das empresas estatais (i.e., imunidade tributária, submissão ao regime de precatórios, licitação e contratos), não há precedentes específicos sobre a constitucionalidade do art. 2º, II, da Lei 11.105/2005. Tampouco há julgados das Turmas na matéria, prevalecendo, assim, a presunção de constitucionalidade do dispositivo, sem que haja, contudo, qualquer manifestação expressa desta Corte. Daí a importância de conferir repercussão geral ao presente recurso, de modo a levar ao Plenário a discussão acerca da constitucionalidade do dispositivo.

Retornaremos a explorar este tema na Seção 4.4 deste Trabalho. Desse modo, o inciso I do artigo 2º parece fazer sentido ao tratar acerca das Empresas

Públicas, visto que são entidades dotadas de ações exclusivamente públicas, conforme cita o relator ministro Barroso (BRASIL, 2020):

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

Porém, no que tange às Sociedades de Economia Mista, pela natureza de seu capital, deveriam estar sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas à luz do que preconiza o artigo 173, §1º, II da Constituição.

Mediante o exposto, faz-se mister destacarmos que estas entidades podem ter como objetivo a execução de diferentes atividades, quais sejam ou a exploração de atividades econômicas ou a prestação de serviço público, conforme lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010):

(...) a sociedade de economia mista é pessoa jurídica de direito privado, em que há conjugação de capital público e privado, participação do poder público na gestão e organização sob forma de sociedade anônima, com as derrogações estabelecidas pelo direito público e pela própria lei das S.A. (Lei n. 6404, de 15-12-76); executa atividades econômicas, algumas delas próprias da iniciativa privada (com sujeição ao art. 173 da Constituição) e outras assumidas pelo Estado como serviços públicos (com sujeição ao art. 175 da Constituição).

Com isso, parece-nos claro que o Legislador teria preferido dar proteção às paraestatais exploradoras de atividades econômicas em detrimento de empresas privadas. Por esse motivo, surgem discussões acerca da constitucionalidade do referido artigo 2º, inciso I, por deixar de conferir tratamento isonômico em nítida ofensa ao princípio da igualdade entre empresas privadas e públicas.

Nas próximas seções deste Capítulo apresenta-se: os fundamentos para a vedação ao privilégio de paraestatais; a necessidade de revogação do artigo 2º, inciso I da LRF; o regramento aplicável aos gestores responsáveis pela insolvência da estatal; casos de insolvência de paraestatais; e a discussão de constitucionalidade do dispositivo supracitado com repercussão geral do recurso reconhecido pelo STF.

4.1 A vedação constitucional ao privilégio das paraestatais

A atividade empresarial é de extrema relevância para a sociedade e por essa razão mereceu especial atenção em diversos dispositivos da Constituição Federal. O parágrafo único do artigo 170 diz que *“É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”*.

Já em normas infraconstitucionais encontramos desde normas norteadoras do exercício regular de atividades econômicas como condições aplicáveis às disputas judiciais envolvendo o empresário e seus credores. Há inclusive a Lei de Recuperação Judicial e Falências de onde se extrai a regulamentação dos procedimentos aplicáveis diante de uma indesejável insolvência empresarial.

Entretanto, do texto de nossa Carta Magna decorrem princípios como o princípio da isonomia que faz referência à necessidade de tratamento sem distinções entre pessoas.

Por esse motivo, ao analisarmos a Constituição, temos no artigo 173 a autorização para que o Estado possa explorar diretamente atividades econômicas, somente em casos disciplinados em lei e necessários aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

No entanto, o mesmo artigo 173 em seu parágrafo 2º traz expressa vedação de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado, às empresas públicas e às sociedades de economia mista.

Deste modo, não há respaldo constitucional para que o Legislador infraconstitucional elaborasse norma em sentido oposto ao que preconiza a Lei Maior. Assim, a fim de evitar tratamento diferenciado melhor seria que o Legislador não houvesse introduzido na Lei 11.101/2005 a regra disposta no artigo 2º, inciso I.

Portanto, melhor seria que legislação posterior revogasse o dispositivo em comento, pois a sua vigência levanta questionamentos desnecessários na esfera judicial, comprometendo o bom funcionamento do Poder Judiciário que notoriamente tem sido sobrecarregado de processos e morosidade. Ainda assim, a esperada revogação ainda não ocorreu com a edição da Lei nº 14.112 de 24 de dezembro de 2020.

Os defensores da regra que restringe a aplicação da Lei de Falências consideram haver necessidade de uma lei específica para disciplinar o regime falimentar de entidades paraestatais, com fundamento na regra que diz que os atos do Estado são vinculados à necessidade de lei. Entretanto, tal argumento não merece prosperar posto que a melhor interpretação é no sentido de garantir a isonomia constitucional e não o tratamento desigual.

Portanto, faz-se necessário que se cumpra o que prevê o §1º do artigo 173 que em seu inciso II determina que as paraestatais devem sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias.

Logo, não se justifica que privilégios permaneçam gerando efeitos jurídicos e demandando desnecessariamente o Poder Judiciário.

4.2 A necessidade de revogação do privilégio dado pela Lei de Falências

Em razão da norma do artigo 2º, inciso I da lei de falências visando conferir privilégios às paraestatais exploradoras de atividades econômicas, criou-se desnecessária controvérsia tanto na doutrina como na jurisprudência acerca do regime falimentar aplicável a estas entidades, de onde conclui-se que andou mal o Legislador.

Cumprе mencionar que a Lei nº 10.303/2001 revogou o artigo 242 da Lei de S/A (sociedade por ações), o qual dispunha que *“as companhias de economia mista não se sujeitam à falência”*. Tal revogação abre caminho para discutirmos a revogação do, ainda em vigor, inciso I do artigo 2º da Lei de Recuperação e Falências.

Nesse sentido, entre os posicionamentos favoráveis à revogação temos José dos Santos Carvalho Filho (2012) que citamos:

Com a revogação, ficava claro que o legislador acabara por ceder a tal entendimento, passando a admitir a decretação de falência no caso de insolvência dessas entidades. De acordo com nosso entendimento, porém, que corroborava essa posição, estariam excluídas do regime falimentar as sociedades de economia mista prestadores de serviços público, e isso por mais de uma razão. A uma, porque o regime jurídico dessa categoria não se inseria no citado art. 173, § 1º, da CF, pertinente apenas às sociedades de economia mista voltadas à atividade econômica e de natureza empresarial. A duas, porque deveria prevalecer o princípio da continuidade dos serviços públicos, não sendo admissível que a sociedade se visse prejudicada pela

má gestão dos responsáveis pela entidade e pela cessação da atividade em virtude da decretação da falência.

O autor destaca a necessidade de haver diferença de tratamento visto que, de um lado temos as entidades estatais constituídas com o fim de explorar atividades econômicas, as quais devem submissão à regra do artigo 173 da Constituição e, de outro lado, temos as entidades que decorrem de regra do artigo 175 da Carta Magna as quais compõem o Estado e são prestadoras de serviços públicos.

Dessa forma, para decidir-se a qual regime jurídico se submetem, deve-se perquirir acerca de suas atividades. Logo, como aponta Carvalho Filho (2012), a entidade estatal que tenha por natureza a prestação de serviço público não deve se submeter ao regime falimentar, ainda que se encontre em insolvência como consequência de uma má gestão com implicações falimentares.

4.3 O regramento aplicável às condutas dos gestores

No contexto deste trabalho, torna-se relevante apresentar quais consequências jurídicas estão previstas às condutas relacionadas aos agentes que compõem a administração das empresas, as quais podem ter como consequência a instauração de processo falimentar.

Portanto, tais condutas devem ser apuradas para se esclarecer sobre eventual responsabilização de todos aqueles que concorreram para práticas fraudulentas que culminaram com a insolvência da empresa.

Os gestores destas entidades estatais se submetem à norma do artigo 37 da Constituição que prevê regras gerais aplicáveis às condutas que importem improbidade administrativa, com fundamento na Lei nº 8.429/1992 que dispõe sobre atos que importam improbidade administrativa, dentre eles o enriquecimento ilícito (Art. 9º), prejuízo ao erário (Art. 10), concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (Art. 10-A), atos que atentem contra os princípios da Administração Pública (Art. 11).

Nesse sentido, as más condutas dos gestores é tema que está intimamente relacionado ao desempenho da Administração da empresa e pode culminar com o pedido de falência quando se encontrar em dificuldades para honrar suas obrigações com o Estado ou com os demais credores.

Assim sendo, cumpre mencionar a importância de estabelecermos qual tratamento será dispensado ao gestor visto que tal diferença, em tese, também há implicação no que tange à forma como se dará a responsabilização pelos danos causados.

Logo, como consequência do processo falimentar pode também ser apurada a responsabilização criminal de todos aqueles que concorreram para práticas fraudulentas, pois não se pode olvidar para o fato de que, em função do acúmulo de obrigações com múltiplos credores, as empresas, por intermédio de seus administradores, possam vir a cometer diversas fraudes que além de dívidas podem constituir crimes financeiros.

Assim, conclui-se que estamos diante de uma lacuna legal e não há regramento que discipline distintamente as condutas de gestores de paraestatais exploradoras de atividades econômicas daquelas que prestam serviço público.

Em suma, no atual contexto, temos que a atuação do gestor de empresa regida sob o regramento da lei nº 11.101/2005 pode enquadrar-se em um dos crimes falimentares e ter como consequência a responsabilização na esfera penal, enquanto que o gestor de uma entidade prestadora de serviço público está sujeito ao processamento no âmbito civil, conforme a lei nº 8.429/1992.

4.4 O reconhecimento de Repercussão Geral pelo Plenário Virtual do STF ao Recurso Extraordinário (RE) nº. 1249945 e a interpretação conforme a Constituição Federal do artigo 2º, inciso I, da Lei 11.101/2005

Ademais, considerando tudo o que já fora apresentado até aqui neste Trabalho, percebe-se que o presente tema envolve interesses públicos e, portanto, requer análise do Supremo Tribunal Federal (STF) dada a sua missão institucional de “guarda da Constituição”, com fincas no artigo 102, inciso III de nossa Carta Política.

Por seu turno, foi publicado em 27 de agosto de 2020 que o Supremo irá se debruçar sobre o tema e em breve teremos decisão acerca da matéria a qual será discutida no Recurso Extraordinário (RE) nº. 1249945, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, que teve, inclusive, a repercussão geral reconhecida por unanimidade pelo Plenário Virtual da Corte Suprema, onde o Pretório Excelso irá analisar se as empresas estatais podem se submeter aos institutos da Lei de Falências.

Os ministros do STF consideram que “*Constitui questão constitucional saber se as empresas estatais podem se submeter ao regime de falência e recuperação judicial da Lei nº 11.101/2005, com fundamento no art. 173, §1º, II, da Constituição*”.

Vale a pena reproduzir os importantíssimos argumentos publicados em 27 de agosto de 2020 e empreendidos pelo Relator Ministro Barroso:

No presente recurso extraordinário, discute-se a constitucionalidade dessa exclusão das empresas estatais do regime de insolvência disponível às demais empresas privadas. Em outras palavras, a questão constitucional aqui colocada debate se a não submissão de empresas públicas e as sociedades de economia mista é compatível com o tratamento constitucional igualitário, em direitos e obrigações, entre essas entidades administrativas e as empresas privadas.

O caso chegou ao Supremo por meio de Recurso Extraordinário (RE) que envolve interesses da Empresa Municipal de Serviços, Obras e Urbanização (ESURB), de Montes Claros (MG), contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJ-MG). Por sua vez, aquele Tribunal negou, com fundamento no artigo 2º, inciso I da Lei de Falências, a aplicação do instituto da recuperação judicial à empresa pública, ESURB, por enquadrar-se na exceção da referida lei.

O tribunal apontou incompatibilidade da norma com a natureza da empresa pública, segundo o qual a mesma depende de lei autorizadora para a sua criação e extinção e tem por finalidade resguardar um interesse público e está submetida a um regime jurídico misto.

Em seu recurso, a ESURB alega que o artigo 173, parágrafo 1º, inciso II, da Constituição Federal determina que empresas estatais estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, conforme discussão desenvolvida na Seção 4.1.

A empresa municipal argumenta que a Constituição Federal permitiria a incidência do instituto da recuperação judicial previsto na lei de falência e por esse motivo requer a interpretação conforme a Constituição Federal do artigo 2º, inciso I, da Lei 11.101/2005.

Assim sendo, a despeito do artigo 2º, inciso I da Lei de Falências e embora as sociedades de economia mista não sejam objeto do referido debate em aberto no STF, a nosso ver, tais entidades também devem receber o tratamento isonômico

segundo a CF e por isso os institutos da recuperação judicial e da falência podem lhes ser aplicados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, o problema tratado neste Trabalho adentra em diferentes controvérsias, donde procurou-se a análise do arcabouço legal, doutrinário e jurisprudencial para se encontrar os mais confiáveis argumentos, visando apresentar, ao final, uma solução pautada em valores balizados na segurança jurídica e no interesse social.

Contudo, uma vez apresentados os fundamentos jurídicos que cercam este tema, entendemos nítido que o debate em questão envolve interesses de ordem coletiva e por isso se mostra relevante que as decisões judiciais envolvendo a prática de atividades econômicas podem impactar um número indefinido de contribuintes e pessoas que dependem direta e indiretamente dessas atividades.

Portanto, conclui-se que o tema carece de decisões judiciais uniformes, motivo pelo qual acertadamente teve sua Repercussão Geral reconhecida e está submetido a julgamento perante o STF.

Logo, no que tange ao problema relacionado ao empresário e às sociedades empresárias endividadas com o Fisco e considerando sua submissão ao regime jurídico privado, defendemos o seguinte: **1)** nos filiamos aos que defendem pela possibilidade de a Fazenda Pública obter legitimidade ativa para habilitar-se no concurso de credores em sede de falência e assim alcançar a recuperação do seu crédito, desde que tenha havido execução fiscal frustrada contra o devedor insolvente; **2)** Alternativamente, tem-se ainda como viável a aplicação da previsão atual do artigo 7º-A introduzido em 2020 na LRF e com vigência a partir de 23 de janeiro de 2021, sendo essa a atual legislação falimentar aplicável às Pessoas Jurídicas supramencionadas.

Diversamente, acerca das paraestatais compreendidas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista temos que o regime jurídico a elas aplicável é misto ou híbrido, isto é, sobre si incidem regras de direito público e regras de direito privado. Assim, conforme o que fora apresentado neste Trabalho, tais entidades estão excluídas da abrangência dos institutos da LRF por força da exceção contida no artigo 2º, I, e assim duas situações foram apuradas:

a) Estas paraestatais podem ser entidades constituídas para prestar serviço público: a exemplo da empresa pública “Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos” (ECT) pertencente à União e a sociedade de economia mista “Companhia de Saneamento do Pará” (COSANPA) com capital pertencente ao patrimônio do Estado do Pará; ou

b) Estas paraestatais podem ser voltadas para exploração de atividades econômicas: a exemplo da empresa pública “Caixa Econômica Federal” pertencente à União e da sociedade de economia mista “Banco do Brasil S/A” com capital pertencente ao patrimônio da União.

Na primeira hipótese em respeito à coletividade e ao princípio da continuidade dos serviços públicos, nos filiamos ao entendimento segundo o qual as entidades paraestatais prestadoras de serviço público não devem estar sujeitas ao regime de falência, ainda que uma má gestão tenha ocorrido e seu resultado seja a insolvência da entidade diante de seus credores.

Nestes casos, deve o ente federado prejudicado usar de medidas judiciais cabíveis para responsabilizar a quem deu causa ao endividamento da paraestatal para que o Estado, após o devido processo legal, possa punir e reaver o seu patrimônio subtraído.

Dessa forma, consideramos que não há vedação à falência destas entidades quando sua natureza for a exploração de atividades econômicas motivado, por exemplo, pela sua inviabilidade. Com isso, apontamos três opções possíveis de serem aplicáveis, alternativamente, à estas paraestatais na condição de insolventes: **1)** a criação, bem como a extinção dessas entidades administrativas deve ocorrer por meio de lei e não por decisão judicial; **2)** introdução de uma nova lei que venha a revogar o artigo 2º, inciso I da LRF devido sua manifesta inconstitucionalidade e passe a disciplinar integralmente a matéria relativa a recuperação e falência de paraestatais; ou, **3)** conferir-se interpretação conforme a Constituição ao artigo 2º, inciso I da LRF para que se desconsidere a exceção ali prevista e, assim, a lei de falências e seus institutos possam ser aplicados a tais entidades.

Finalmente, em razão dos fundamentos acima citados e observada a previsão do artigo 62 da LRF, acredita-se, em tese, não haver óbice para que o Fisco, na condição de credor, possa ter reconhecida a sua legitimidade para requerer o pedido de falência de paraestatais, desde que a entidade tenha por finalidade a exploração de atividades econômicas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (1. Câmara de Direito Empresarial). Apelação cível nº 1001975-61.2019.8.26.0491. Apelante: União (Fazenda Nacional). Apelada: DERCO COMERCIO E REPRESENTAÇÕES PROCESSUAL DE PRODUTOS E ALIMENTICIOS LTDA. Relator: Desembargador Alexandre Lazzarini. São Paulo, 31 de julho de 2020.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 30 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm> Acesso em: 10 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.830 de 22 de setembro de 1980**. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm> Acesso em: 10 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm> Acesso em: 01 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm> Acesso em: 01 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001**. Altera e acrescenta dispositivos na Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, e na Lei no 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10303.htm> Acesso em: 01 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 01 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016.** Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm> Acesso em: 01 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm> Acesso em: 01 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020.** Altera as Leis nos 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14112.htm> Acesso em: 01 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1249945/MG.** Lei 11.101/2005. Direito administrativo e constitucional. Recurso extraordinário. Constitucionalidade da incidência do regime de Falência e recuperação judicial às empresas estatais. Presença de Repercussão geral. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345098941&ext=.pdf>> Acesso em: 01 fev. 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 98 e ss.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** São Paulo: Atlas, v. 2, p. 50, 2012.

SANTA CRUZ, André. **Direito Empresarial.** rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2020.

