

A Decisão de Lewandowski e a Restauração da Legalidade

A decisão liminar do Ministro Ricardo Lewandowski tomada no último dia 27 de junho restaura a legalidade violada inúmeras vezes desde 2016 por um processo de desmonte e entrega de ativos públicos patrocinado pelo atual governo sem qualquer fundamento constitucional

307

Por Gilberto Bercovici

02/07/2018 18:30



Gilberto Bercovici

Em um Estado de Direito, a atuação estatal se pauta pela legalidade, em todas as suas dimensões, estatuída de acordo com a hierarquia normativa estabelecida pela Constituição. A Constituição, como norma de hierarquia mais alta que a da lei ordinária significa que o Poder Legislativo está subordinado ao Poder Constituinte. Geralmente, a Constituição é mais genérica que a lei ordinária, que é mais genérica do que os regulamentos ou outros atos normativos de hierarquia inferior, ou seja, há uma série escalonada de atos juridicamente relevantes que

parte da Constituição, passa pela lei e pelos regulamentos até chegar aos atos meramente executivos.

A alienação de bens e ativos de entes da Administração Pública tem por regra, advinda do próprio texto constitucional de 1988, a exigência de licitação. A licitação é uma imposição constitucional expressa, conforme determinam os artigos 37, XXI ¹ e 173, §1º, III ² da Constituição de 1988. A legalidade, a isonomia e a impessoalidade são os princípios estruturantes de qualquer licitação pública. Não apenas a Constituição, mas a legislação específica reitera estes princípios, como a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, dentre outras. A impessoalidade determina, entre outros deveres, o de que a Administração Pública esteja proibida expressamente de discriminar quem quer que seja sem fundamento legal, ou seja, todos devem ser tratados igualmente perante a Administração. Do mesmo modo, a legislação é explícita ao vedar qualquer tipo de preferência ou distinção sem fundamento no ordenamento jurídico, visando frustrar justamente o caráter competitivo do procedimento licitatório. Afinal, o fundamento da ideia de licitação é o da competição, sem privilégios entre os concorrentes, como possibilidade de acesso de todos e quaisquer agentes econômicos capacitados ao certame.

No sistema constitucional brasileiro, a licitação, portanto, é a regra e a dispensa de licitação é a exceção. Ora, o artigo 29, XVIII da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016³, prevê a dispensa de licitação de forma taxativa nos casos específicos de compra e venda de ações, títulos de crédito e de dívida ou de bens que as sociedades de economia mista produzam ou comercializem. Embora a alienação eventual de ações ou a comercialização de produtos ou bens que a empresa produza não possa ser confundida com alienação de todo e qualquer ativo⁴, há uma possível incompatibilidade entre o texto deste artigo e o que determina a Constituição.

Não por acaso, o famigerado Decreto nº 9.188, de 1º de novembro de 2017, que institui o “regime especial de desinvestimento de ativos das sociedades de economia mista”, foi editado com a justificativa de regulamentar, entre outros, o artigo 29, XVIII da Lei nº 13.303/2016. Esse Decreto pretende possibilitar a alienação sem licitação dos ativos pertencentes às empresas estatais.

As empresas estatais, sejam sociedades de economia mista ou empresas públicas, são entidades integrantes da Administração Pública Indireta, dotadas de personalidade jurídica de direito privado, cuja criação é autorizada por lei, como um instrumento de ação do Estado. Apesar de sua personalidade de direito privado, qualquer empresa estatal está submetida a regras especiais decorrentes de sua natureza de integrante da Administração Pública. Estas regras especiais decorrem de sua criação autorizada por lei, cujo texto excepciona a legislação societária, comercial e civil aplicável às empresas privadas. Na criação da empresa estatal, autorizada pela via legislativa, o Estado age como Poder Público, não como acionista. No caso das empresas públicas, o capital é totalmente público. No caso das sociedades de economia mista, o controle acionário majoritário deve pertencer ao Estado⁵, em qualquer de suas esferas governamentais, pois ela foi criada deliberadamente como um instrumento da ação estatal.

Sob a Constituição de 1988, toda empresa estatal está submetida às regras gerais da Administração Pública (artigo 37 da Constituição) e ao controle do Congresso Nacional (artigo 49, X, no caso das empresas estatais pertencentes à União). Além disto, o orçamento de investimentos das estatais federais deve estar previsto no orçamento-geral da União (artigo 165, §5º da Constituição de 1988).

Da mesma forma que a empresa estatal deve ter sua criação autorizada por lei (artigo 37, XIX da Constituição), ela só pode ser extinta por lei ou na forma da lei. Esta necessidade de autorização legislativa para a extinção das empresas estatais em geral (inclusive as sociedades de economia mista) sempre foi defendida pela doutrina administrativista brasileira, estando hoje consagrada no artigo 61, §1º, II, 'e' da Constituição de 1988, com a redação alterada pela Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001⁶. Não pode, portanto, existir um processo de desestatização ou privatização sem lei específica que determine qual empresa estatal será privatizada e sem licitação prévia, o que contraria, inclusive, o próprio texto da Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, que regulamenta o Plano Nacional de Desestatização.

Sob a Constituição de 1988, as empresas estatais estão subordinadas às finalidades do Estado, como o desenvolvimento (artigo 3º, II da Constituição). Neste sentido, o interesse público é o fundamento, o limite e o critério da iniciativa econômica pública. Os objetivos das empresas estatais estão fixados por lei, não podendo furtar-se a estes objetivos. Devem cumpri-los, sob pena de desvio de finalidade. Para isto foram criadas e são mantidas pelo Poder Público. A legitimidade da ação do Estado como empresário (a iniciativa econômica pública do artigo 173 da Constituição de 1988) é a produção de bens e serviços que não podem ser obtidos de forma eficiente e justa no regime da exploração econômica privada. Não há nenhum sentido em o Estado procurar receitas por meio da exploração direta da atividade econômica. A esfera de atuação das empresas estatais é a dos objetivos da política econômica, de estruturação de finalidades maiores, cuja instituição e funcionamento ultrapassam a racionalidade de um único ator individual (como a própria sociedade ou seus acionistas). A empresa estatal não tem apenas finalidades microeconômicas, ou seja, estritamente “empresariais”, mas tem essencialmente objetivos macroeconômicos a atingir, como instrumento da atuação econômica do Estado.

Estes dispositivos constitucionais são formas distintas de vinculação e conformação jurídica, constitucionalmente definidas, que vão além do disposto no artigo 173, §1º, II, que iguala o regime jurídico das empresas estatais prestadoras de atividade econômica em sentido estrito ao mesmo das empresas privadas em seus aspectos civil, comercial, trabalhista e tributário. A natureza jurídica de direito privado é um expediente técnico que não derroga o direito administrativo, sob pena de inviabilizar a empresa estatal como instrumento de atuação do Estado.

Portanto, fica evidente que as empresas estatais estão constitucional e legalmente vinculadas aos fins definidos nas suas leis instituidoras, não havendo possibilidade jurídica de utilizarem o seu patrimônio, por sua própria vontade ou do governante de plantão, para atender a outras finalidades, comprometendo, inclusive, a sua própria continuidade e atuação como ente da Administração Pública.

Neste sentido, a decisão liminar do Ministro Ricardo Lewandowski tomada no último dia 27 de junho determinando que qualquer alienação de ações que implique perda do controle público sobre as empresas estatais só pode ser efetuada mediante prévia aprovação de lei e por meio de licitação pública restaura a legalidade violada inúmeras vezes desde 2016 por um processo de desmonte e entrega de ativos públicos patrocinado pelo atual governo sem qualquer fundamento constitucional.

Notas

1 - Artigo 37, XXI: *“ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”* (grifos meus).

2 - Artigo 173, §1º, III: §1º: *“A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública”* (grifos meus).

3 - Artigo 29, XVIII da Lei nº 13.303/2016: *“É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista: XVIII - na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem”*.

4 - O conceito de ativo diz respeito à universalidade de bens e direitos da empresa que revertam em benefício econômico. A Lei nº 13.303/2016 se refere apenas a uma parcela do conjunto de ativos que pode ser alienada sem licitação, que são compra e venda de ações, títulos de crédito e de dívidas ou de bens que as

sociedades de economia mista produzam ou comercializem. Não há qualquer referência na referida lei sobre, por exemplo, o ativo imobilizado ou intangível, componentes do ativo não-circulante, ou seja, os ativos destinados à manutenção das atividades e à produção de bens e serviços que constituem o objeto da empresa (artigo 178 da Lei nº 6.404/1976, com a redação modificada pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009).

5 - A sociedade de economia mista não pode efetuar acordos de acionistas que transfiram o poder de controle estatal para sócios minoritários privados. O Estado deve ser o controlador de direito e de fato, ou seja, não pode compartilhar o poder de controle de sociedade de economia mista. Afinal, o Estado não tem disponibilidade para negociar livremente o interesse público, pois está vinculado à Constituição e à legalidade.

6 - Artigo 61, §1º, II, 'e': "*§1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: II - disponham sobre: e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI*" (grifos meus).

Gilberto Bercovici é professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo