

A inconstitucionalidade do regime de desinvestimento de ativos das sociedades de economia mista (Decreto n.º 9.188, de 1º de novembro de 2017)

Gilberto Bercovici

*Professor Titular da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo
Professor do Programa de Mestrado em Direito da
Universidade Nove de Julho – UNINOVE*

RESUMO

Ao regulamentar a Lei n.º 13.303/2016, o Decreto n.º 9.188/2017, em seu artigo 1º, § 3º, violou o princípio constitucional da reserva de lei, posto que a norma legal não faz nenhuma referência, por exemplo, ao ativo imobilizado ou intangível, componentes do ativo não circulante, destinado à manutenção das atividades e à produção de bens e serviços que constituem o objeto da empresa. O texto previsto no artigo 4º e parágrafo único, determinando que o regime jurídico do processo de alienação dos ativos das sociedades de economia mista é de direito privado, não possui fundamento constitucional.

Palavras-chave: Sociedades de economia mista. Desinvestimento. Decreto n.º 9.188/2017. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

Decree n.º 9,188 / 2017, in its article 1, paragraph 3, violated the constitutional principle of the reservation of law, since the legal norm makes no reference, for example, to fixed assets or intangible assets, components of non-current assets, intended for the maintenance of activities and for the production of goods and services that constitute the object of the company. The text provided for in article 4 and sole paragraph, determining that the legal regime of the process of alienation of assets of mixed-capital companies is private law does not have constitutional basis.

Keywords: Joint-stock companies. Disinvestment. Decree n.º 9.188 / 2017. Unconstitutionality.

O Decreto n.º 9.188, de 1º de novembro de 2017, instituindo o “regime especial de desinvestimento de ativos das sociedades de economia mista”, foi editado com a justificativa de regulamentar os artigos 28, §3º, II e §4º e 29, XVIII da Lei n.º 13.303, de 30 de junho de 2016:

Artigo 28, §3º, II e §4º da Lei n.º 13.303/2016: *“Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.*

§3º - *São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:*

II - nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.

§4º - *Consideram-se oportunidades de negócio a que se refere o inciso II do §3º a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente”.*

Artigo 29, XVIII da Lei n.º 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”.*

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 (MEYER, 2006, p.308-315). A legalidade, princípio constante, entre outros, do artigo 37, *caput* da Constituição de 1988¹, é, na feliz expressão de Celso Antônio Bandeira de Mello, o “*princípio basilar do regime jurídico-administrativo*” (BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 89; DI PIETRO, 2007, p. 58-59). Mesmo na seara econômica, em que a necessidade da rapidez das decisões e ações justifica a denominada “capacidade normativa de conjuntura” (GRAU, 2008, p. 230-233), com a atribuição de poderes

normativos a órgãos do Executivo, como o Conselho Monetário Nacional, por exemplo, a legalidade não pode ser violada. Neste sentido, em seu clássico *Direito Administrativo Econômico* (*Wirtschaftsverwaltungsrecht*), Ernst Rudolf Huber já destacava o princípio da legalidade da administração econômica (*Prinzip der Gesetzmässigkeit der Wirtschaftsverwaltung*), ou seja, a obrigatoriedade de todos os atos administrativos econômicos terem fundamento legal (HUBER, 1953, p. 59-60).

No entanto, quando se fala em legalidade e em lei, a primeira distinção necessária que se deve fazer é entre lei em sentido formal e lei em sentido material. Esta distinção foi criada no século XIX pelo publicista alemão Paul Laband, como forma de solucionar o conflito constitucional que durou de 1861 a 1866 entre o Rei da Prússia e o Parlamento prussiano sobre a natureza jurídica do orçamento e, conseqüentemente, sobre os poderes do Parlamento em aprovar a lei orçamentária e controlar, assim, as finanças estatais. Para resolver o conflito constitucional prussiano, Laband desenvolveu a teoria dualista da lei, que seria adotada pela maioria dos publicistas posteriores².

De acordo com a teoria dualista da lei, as leis podem ser leis em sentido material e leis em sentido formal. A lei em sentido material é sinônimo de norma jurídica, podendo ser estatuída pelos mais variados órgãos, desde que dotados de poder normativo para tanto. Já a lei em sentido formal é a lei propriamente dita, a lei como ato promulgado pelo Poder Legislativo, fruto do processo legislativo (FAGUNDES, 1979, p. 20-25; LEAL, 1960, p. 65-66; SILVA, 2006, p. 25-28; VAZ, 1996, p. 17-31; MAURER, 2006, p. 65 e 68-69).

No caso brasileiro, o artigo 5º, II da Constituição de 1988, que repete a clássica expressão “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, está tratando da lei em sentido material, da sujeição à norma jurídica em geral, ao ordenamento jurídico. A necessidade expressa

¹ Art. 37, *caput* da Constituição de 1988: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”.

² LABAND, 1871, p. 3-11; LABAND, 1997, vol. 2, p. 1-23 e 61-84 e JELLINEK, 1964, p. 226-261. Especificamente sobre esta distinção em Paul Laband e em Georg Jellinek, *vide* BÖCKENFÖRDE, 1981, p. 226-253; VAZ, 1996, p. 125-139 e MONCADA, 2002, p. 71-83 e 88-115. Para uma crítica de um contemporâneo de Laband a esta distinção, *vide* MAYER, 2004, §6, nº1, p. 64-67.

de lei em sentido formal surge de forma destacada em outros dispositivos do texto constitucional, como, por exemplo, o artigo 5º, XXXIX, que determina que não há crime sem lei anterior que o defina, ou o artigo 150, I, que trata da legalidade tributária (FERREIRA FILHO, 1995, p. 200-201; GRAU, 2008, p. 246-247.)³.

Os regulamentos e atos normativos expedidos por órgãos do Poder Executivo, como decretos, resoluções, portarias, são, neste sentido, lei em sentido material, que se distinguem da lei em sentido formal não pelo seu conteúdo ou efeito vinculativo, mas pelo órgão elaborador das normas. Como foram promulgados por órgãos do Poder Executivo, atuam com base em uma lei em sentido formal, dependem de uma lei em sentido formal para serem válidos, vigentes e eficazes. Afinal, se o poder regulamentar não for limitado pela Constituição, alerta Forsthoff, corre-se o risco de se esvaziar o princípio da subordinação da Administração Pública à lei⁴.

A adoção de uma Constituição rígida reforça o regime da legalidade, pois implica na adoção de um sistema de hierarquia das fontes jurídicas. 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. Como destaca Adolf Merkl, a Administração Pública se encontra envolvida de tal forma nesse escalonamento de funções jurídicas que todas as ações administrativas são ações dentro dessa estrutura escalonada e hierarquicamente estruturada⁵.

Otto Mayer, em seu clássico *Direito Administrativo Alemão* (*Deutsches Verwaltungsrecht*), cuja primeira edição é de 1895, foi pioneiro em destacar as duas dimensões da legalidade: a supremacia da lei (*Vorrang des Gesetzes*) e a reserva da lei (*Vorbehalt des Gesetzes*). A primeira dimensão da legalidade, diretamente vinculada à hierarquia das fontes jurídicas, é a da primazia ou supremacia da lei. Para Otto Mayer, a supremacia

³ Em sentido contrário, entendendo que o dispositivo do artigo 5º, II da Constituição se refere à lei em sentido formal, vide BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 91-94 e 318-323.

⁴ SILVA, 2006, p. 33-36; FORSTHOFF, 1966, vol. 1, p. 120-124 e 129-130; ALESSI, 1978, vol. 1, p. 418-419; MAURER, 2006, p. 69-71

⁵ MERKL, 2004, p. 219-223; LEAL, 1960, p. 62-63; FORSTHOFF, 1966, vol. 1, p. 118-120; MAURER, 2006, p. 63-67.

da lei é um ato de vontade estatal jurídica que implica na força da lei. A primazia da lei significa que a Administração Pública é obrigada a agir de acordo com a lei, ou seja, proíbe infrações ou violações às leis existentes⁶. Nas palavras de Victor Nunes Leal (1960, p.99):

Entre o regulamento e a lei, como acertadamente observou Duguit, não há diferença substancial, mas formal, não há diferença de natureza, mas de grau ou hierarquia. O regulamento, exatamente como a lei, é um ato de natureza normativa; a distinção reside na subordinação do regulamento à lei. Mas o regulamento não é mera reprodução da lei. É um texto mais minucioso, mais detalhado, que completa a lei, a fim de garantir a sua exata e fiel execução. É fundamental, entretanto, que nesta sua função de complementar a lei, não a infrinja" (grifos meus).

Da mesma maneira que os atos normativos do Executivo, em virtude da hierarquia das fontes jurídicas e da supremacia da lei, não podem revogar nem derrogar as leis ordinárias precedentes, assim como normatizar para além do que determinou a lei ordinária que os fundamenta, a matéria tratada pelos atos normativos do Executivo, como os regulamentos e similares, hierarquicamente inferiores perante a lei, também não pode ser matéria reservada à disciplina legislativa formal (reserva de lei)⁷. Este tema, o da reserva de lei, foi muito debatido na doutrina alemã pós-Segunda Guerra Mundial. As discussões sobre a reserva de lei foram travadas entre os defensores de uma reserva total legislativa, concretamente irrealista, e a corrente majoritária, adepta de uma reserva de lei parcial. O Tribunal Constitucional Federal alemão chegou, inclusive, a criar uma teoria, a chamada "Teoria da Essencialidade" ("*Wesentlichkeitstheorie*"), que entendia que todas as matérias que fossem significativas para a liberdade e a existência dos indivíduos deveriam ficar reservadas à lei em sentido formal, debatida e aprovada pelo Parlamento⁸. No nosso sistema constitucional, a reserva de lei, ou seja, o domínio exclusivo da lei ordinária deve ser constitucionalmente

⁶ MAYER, 2004, §6, n.º 2, p. 68-69; MAURER, 2006, p. 115; OSSENBÜHL, 2007, p. 184-187.

⁷ ALESSI, 1978, vol. 1, p. 421; DI PIETRO, 2007, p. 81. Esta é a segunda dimensão da legalidade, a da reserva de lei MAYER, 2004, §6, n.º 3, p. 69-73; VAZ, 1996, p. 31-37 e 139-145; MAURER, 2006, p. 115-126; MONCADA, 2002, p. 83-88.

⁸ OSSENBÜHL, 2007, p. 188-220. Para uma análise sobre o debate alemão em torno do tema da reserva de lei, vide MONCADA, 2002, p. 168-296.

definido, afinal, trata-se de quais decisões políticas do Estado irão ganhar dignidade legislativa para obterem uma especial força jurídica (FERREIRA FILHO, 1995, p. 201-202; MONCADA, 2002, p. 264).

Essas considerações sobre as dimensões da legalidade, da supremacia e da reserva de lei são extremamente úteis para que se possa traçar os contornos e os limites do poder normativo atribuído ao Poder Executivo. Esses limites constitucionais e legais ficam mais evidentes quando o Poder Executivo ultrapassa suas atribuições constitucionais e legais e emite normas manifestamente contrárias ao ordenamento constitucional brasileiro, como é o caso aqui analisado.

O artigo 1º, §3º do Decreto n.º 9.188/2017 possibilita a alienação sem licitação dos ativos pertencentes às sociedades de economia mista:

Artigo 1º do Decreto n.º 9.188/2017: “Fica estabelecido, com base na dispensa de licitação prevista no art. 29, caput, inciso XVIII, da Lei n.º 13.303, de 30 de junho de 2016, e no âmbito da administração pública federal, o regime especial de desinvestimento de ativos das sociedades de economia mista, com a finalidade de disciplinar a alienação de ativos pertencentes àquelas entidades, nos termos deste Decreto.

§1º - As disposições previstas neste Decreto aplicam-se às sociedades subsidiárias e controladas de sociedades de economia mista.

§2º - As disposições previstas neste Decreto não se aplicam às hipóteses em que a alienação de ativos esteja relacionada aos objetos sociais das entidades previstas no caput e no §1º, às empresas de participação controladas pelas instituições financeiras públicas e aos bancos de investimentos, que continuarão sendo regidos pelo disposto no art. 28, §3º, inciso I, da Lei n.º 13.303, de 2016.

§3º - O regime de que trata o caput poderá abranger a alienação parcial ou total de ativos.

§4º - Para os fins do disposto neste Decreto, consideram-se:

I - ativos - as unidades operacionais e os estabelecimentos integrantes do seu patrimônio, os direitos e as participações, diretas ou indiretas, em outras sociedades; e

II - alienação - qualquer forma de transferência total ou parcial de ativos para terceiros.

§5º - O disposto neste Decreto não se aplica às operações de alienação entre a sociedade de economia mista e as suas subsidiárias e controladas e às operações entre as subsidiárias e as controladas”.

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, conforma determinam os artigos 37, XXI, e 173, §1º, III da Constituição de 1988:

*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).*

*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).*

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 n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, dentre outras. A impessoalidade determina, entre outros deveres, 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 (MOREIRA; GUIMARÃES, 2012, p. 73-74; ÁVILA, 2004, p. 45-80 e 110-150). 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. Nesse mesmo sentido, Eros Roberto Grau enfatiza que o pressuposto da licitação é a competição, como possibilidade de acesso de todos e quaisquer agentes econômicos capacitados à licitação:

Há competição, pressuposto da licitação, quando o universo dos possíveis licitantes não estiver previamente circunscrito, de sorte que dele não se exclua algum ou alguns licitantes potenciais. Por isso, impõe-

se que a competição, de que ora se trata, pressuposto da licitação, seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração⁹.

No sistema constitucional brasileiro, a licitação, portanto, é a regra, e a dispensa de licitação é a exceção. Ora, referido artigo 29, XVIII da Lei n.º 13.303/2016 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. Não há nenhuma autorização legislativa à dispensa de licitação em casos de venda de todo e qualquer ativo das sociedades de economia mista, como determina o artigo 1º, §3º do Decreto n.º 9.188/2017. A alienação eventual de ações não pode ser confundida com alienação de todo e qualquer ativo. Do mesmo modo, comercializar produtos ou bens que a empresa produza também não se confunde com todos os ativos da mesma.

O conceito de ativo diz respeito à universalidade de bens e direitos da empresa que revertam em benefício econômico. A Lei n.º 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 n.º 6.404/1976, com a redação modificada pela Lei n.º 11.941, de 27 de maio de 2009)¹⁰.

No caso do Decreto n.º 9.188/2017, está-se diante de uma clara violação do princípio constitucional da reserva de lei, com a pretensão de o decreto ir muito além do que autoriza a lei que supostamente regulamenta. O Poder Executivo ultrapassou visivelmente os limites de sua competência normativa estabelecida no artigo 84, IV da Constituição:

⁹ GRAU, 1995, p. 14-15. Mais adiante, Eros Grau acrescenta ainda outro significado à competição nas licitações, além do tratado aqui, o da disputa entre os licitantes em torno da oportunidade de contratarem com a Administração.

¹⁰ Sobre o tratamento legal dos ativos das empresas, *vide* LAMY FILHO; PEDREIRA, 2009, vol. II, p. 1566-1580. Para a classificação tradicional dos ativos, anterior à modificação introduzida pela Lei n.º 11.941/2009, *vide* PEDREIRA, 1989, p. 322-333.

Artigo 84, IV da Constituição de 1988: “*Compete privativamente ao Presidente da República: IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como **expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução***” (grifos meus).

A doutrina publicista brasileira contemporânea, com base no artigo 5º, III do Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967 (com a redação alterada pelo Decreto-Lei n.º 900, de 29 de setembro de 1969), define a sociedade de economia mista como uma entidade integrante da Administração Pública Indireta, dotada 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, a sociedade de economia mista, como qualquer empresa estatal, está submetida a regras especiais decorrentes de sua natureza de integrante da Administração Pública. Essas 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 sociedade de economia mista, autorizada pela via legislativa, o Estado age como Poder Público, não como acionista. A sua constituição só pode se dar sob a forma de sociedade anônima, devendo o controle acionário majoritário pertencer ao Estado¹¹, em qualquer de suas esferas governamentais, pois ela foi criada deliberadamente como um instrumento da ação estatal¹².

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 disso, o orçamento de investimentos das estatais federais deve estar previsto no orçamento geral da União (artigo 165, §5º da Constituição de 1988).

¹¹ 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. Cf. BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 179; COMPARATO, 1999, p. 65-68; FIGUEIREDO, 2000, p. 227-235 e GRAU, 2000, p. 350-357.

¹² Vide, por todos, FERREIRA, 1956, p. 133-136; PAIVA, 1995, p. 313-316; SOUZA, 1994, p. 273-276; BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 175-178 e 189; GRAU, 2007, p. 111-119; DI PIETRO, 2007, p. 394, 414-415 e 420-421; CARVALHOSA, 1999, vol. 4, tomo I, p. 357-361 e 375-378.

Da mesma forma que a sociedade de economia mista deve ter sua criação autorizada por lei (artigo 37, XIX da Constituição), ela só pode ser extinta por lei ou na forma da lei. Essa 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 (BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 190; DI PIETRO, 2007, p. 414-416), estando hoje consagrada no artigo 61, §1º, II, 'e' da Constituição de 1988, com a redação alterada pela Emenda Constitucional n.º 32, de 11 de setembro de 2001¹³.

Não pode, portanto, um mero decreto determinar uma política de alienação de ativos das sociedades de economia mista que pode comprometer a sua própria existência e continuidade, uma espécie de privatização disfarçada, como faz o Decreto n.º 9.188/2017. Esse decreto, inclusive, cria uma nova forma de desestatização, o desinvestimento (alienação de ativos) sem licitação prévia, que contraria o próprio texto da Lei n.º 9.491, de 9 de setembro de 1997, que regulamenta o Plano Nacional de Desestatização, e o artigo 28, *caput* da Lei n.º 13.303/2016.

Sob a Constituição de 1988, as empresas estatais estão subordinadas às finalidades do Estado, como o desenvolvimento (artigo 3º, II da Constituição). Nesse sentido, é correta a afirmação de Paulo Otero, para quem o interesse público é o fundamento, o limite e o critério da iniciativa econômica pública¹⁴. A legitimação constitucional, no caso brasileiro, dessa iniciativa econômica pública, da qual as sociedades de economia mista constituem exemplos, se dá pelo cumprimento dos requisitos constitucionais e legais fixados para a sua atuação. Os objetivos das empresas estatais estão fixados por lei, não podendo furtar-se a esses objetivos. Devem cumpri-los, sob pena de desvio de finalidade. Para isso, foram criadas e são mantidas pelo Poder Público.

A sociedade de economia mista é um instrumento de atuação do Estado, devendo estar acima, portanto, dos interesses privados. A Lei das S.A. (Lei n.º 6.404/1976) se aplica às sociedades de economia mista¹⁵, desde que seja preservado o interesse

¹³ 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).

¹⁴ OTERO, 1998, p. 122-131 e 199-217. *Vide também* PÜTTNER, 1969, p. 87-98; COLSON, 2001, p. 99-111; BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 178-183.

¹⁵ FERREIRA, 1956, p. 131-133 e 138-145 e CARVALHOSA, 1999, vol. 4, tomo I, p. 351-353, 367-368, 374 e 376-378. Sobre a influência do direito público na estrutura societária das empresas estatais na Alemanha, *vide* PÜTTNER, 1969, p. 318-324 e 374-378 e EMMERICH, 1969, p. 162-165 e 189-210.

público que justifica sua criação e atuação (artigo 235). O seu artigo 238 também determina que a finalidade da sociedade de economia mista é atender ao interesse público, que motivou sua criação. A sociedade de economia mista está vinculada aos fins da lei que autoriza a sua instituição, que determina o seu objeto social e destina uma parcela do patrimônio público para aquele fim. Não pode, portanto, a sociedade de economia mista, por sua própria vontade, utilizar o patrimônio público para atender a uma finalidade diversa da prevista em lei (DI PIETRO, 2007, p. 417-418), conforme expressa o artigo 237 da Lei das S.A.

O objetivo essencial das sociedades de economia mista não é a obtenção de lucro, mas a implementação de políticas públicas. Segundo Fábio Konder Comparato, 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 econômica¹⁶. A esfera de atuação das sociedades de economia mista 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 em geral, e a sociedade de economia mista em particular, não tem apenas finalidades microeconômicas, ou seja, estritamente “empresariais”, mas tem essencialmente objetivos macroeconômicos a atingir, como instrumento da atuação econômica do Estado¹⁷.

Esses 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 tributário¹⁸. A natu-

¹⁶ Cf. COMPARATO, 1977, p. 289 e 390-391 e GRAU, 1994, p. 273-276. *Vide*, ainda, CARVALHOSA, 1999, vol. 4, tomo I, p. 376-378 e 412-418 e PÜTTNER, 1969, p. 86-87.

¹⁷ CIRENEI, 1983, p. 479-480 e 483 e CAFFERATA, 1993, p. 31, 42 e 104-105. *Vide* também PAIVA, 1995, p. 319-320; EMMERICH, 1969, p. 71-78 e BERCOVICI, 2009, vol. 1, p. 266-269.

¹⁸ Sobre a influência da atividade prestada (serviço público ou atividade econômica em sentido estrito) no regime jurídico das empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), *vide* BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 183-184; GRAU, 2007, p. 140-146 e DI PIETRO, 2007, p. 412-414. Na doutrina estrangeira, *vide*, por exemplo, FLEINER, 1933, p. 198-209 e COLSON, 2001, p. 330-332.

reza 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 Estado¹⁹. Nesse sentido, esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 179):

O traço nuclear das empresas estatais, isto é, das empresas públicas e sociedades de economia mista, reside no fato de serem coadjuvantes de misteres estatais. Nada pode dissolver este signo inculpado em suas naturezas. Dita realidade jurídica representa o mais certo norte para a inteligência destas pessoas. Conseqüentemente, aí está o critério retor para interpretação dos princípios jurídicos que lhes são obrigatoriamente aplicáveis, pena de converter-se o **acidental** - suas personalidades de direito privado - em **essencial**, e o essencial - seu caráter de sujeitos auxiliares do Estado - em acidental (grifos do autor).

Fica evidente, assim, que o texto previsto no artigo 4º, parágrafo único do Decreto n.º 9.188/2017²⁰, que determina que o regime jurídico do processo de alienação dos ativos das sociedades de economia mista é de direito privado, não tem qualquer fundamento constitucional. Trata-se de tentativa de fuga do regime de direito público aplicável por determinação constitucional a toda e qualquer sociedade de economia mista enquanto ente integrante da Administração Pública Indireta.

A tentativa de utilização do Decreto n.º 9.188/2017 como forma de legitimar ações contrárias à ordem constitucional brasileira torna-se patente com o disposto no seu artigo 40, §1º²¹,

¹⁹ TÁCITO, 1997, vol. 1, p. 691-698; GRAU, 1981, p. 101-111; BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 178-183 e 185-188; GRAU, 2007, p. 111-123 e 278-281 e DI PIETRO, 2007, p. 416-418 e 421-428. Na doutrina estrangeira, sobre os regimes jurídicos das empresas estatais, em geral, e das sociedades de economia mista, em particular, vide HUBER, 1953, vol. 1, p. 530-532; CHENOT, 1965, p. 312-313; FORSTHOFF, 1966, vol. 1, p. 478-483; PÜTTNER, 1969, p. 125-140 e 368-380; EMMERICH, 1969, p. 58-62; FARJAT, 1971, p. 189-198; GIANNINI, 1999, p. 163-166; COLSON, 2001, p. 297-301 e 328-330; DELVOLVÉ, 1998, p. 672-675 e 706-731 e BADURA, 2005, p. 145-164, especialmente p. 146-147.

²⁰ Artigo 4º do Decreto n.º 9.188/2017: “A sociedade de economia mista, no prazo de trinta dias, contado da data de assinatura dos instrumentos jurídicos negociais de cada alienação, encaminhará cópias desses documentos para ciência do Tribunal de Contas da União.

Parágrafo único. Os instrumentos jurídicos negociais firmados no processo de alienação serão regidos pelos preceitos de direito privado”.

²¹ Artigo 40, §1º do Decreto n.º 9.188/2017: “§1º - Em relação aos procedimentos competitivos de alienação já iniciados na data de publicação deste Decreto, caso exercida a faculdade de adesão prevista no art. 3º, §1º, ficam preservados os atos anteriormente praticados”.

que busca "regularizar" todos os atos praticados na venda de ativos das sociedades de economia mista que não obedeceram ao disposto na Constituição e na legislação em vigor. Os atos praticados nessas alienações sem licitação, dirigidas a um determinado beneficiário privado, não podem ser convalidados pelo Poder Executivo, como pretende o artigo 40, §1º do Decreto n.º 9.188/2017. Um ato nulo não é passível de convalidação²².

Portanto, fica evidente que as sociedades de economia mista 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 Indireta do Estado.

Diante de toda a argumentação desenvolvida anteriormente, torna-se clara a inconstitucionalidade do Decreto n.º 9.188/2017, cujo texto é absolutamente incompatível com os preceitos constitucionais estabelecidos no texto de 1988. Nesse sentido, a decisão liminar do Ministro Ricardo Lewandowski tomada em 27 de junho de 2018, em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5624, 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 sem qualquer fundamento constitucional.

Referências

- ALESSI, Renato. **Principi di Diritto Amministrativo**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1978, vol. 1.
- ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **O Princípio da Impessoalidade da Administração Pública**: Para uma Administração Imparcial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BADURA, Peter. **Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung**: Ein exemplarischer Leitfadens. 2. ed. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 2005.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed, São Paulo: Malheiros, 2006.

²² BANDEIRA DE MELLO, 1969, vol. 1, p. 576-586; BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 446; DI PIETRO, 2007, p. 226-227 e 230 e ZANCANER, 1993, p. 76.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969, vol. 1.

BERCOVICI, Gilberto. "Os Princípios Estruturantes e o Papel do Estado" in CARDOSO JR, José Celso (org.). **A Constituição Brasileira de 1988 Revisitada: Recuperação Histórica e Desafios Atuais das Políticas Públicas nas Áreas Econômica e Social**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2009, vol. 1., p. 255-291.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Gesetz und gesetzgebende Gewalt: Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus**. 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1981.

CAFFERATA, Roberto. **La Società per Azioni Publica: Equilibrio Economico e Strategie di Transizione**. Milano: FrancoAngeli, 1993.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. 2. ed São Paulo: Saraiva, 1999, vol. 4, tomo I.

CHENOT, Bernard. **Organisation Économique de l'État**, 2. ed. Paris: Dalloz, 1965.

CIRENEI, Maria Teresa. **Le Imprese Pubbliche**. Milano: Giuffrè, 1983.

COLSON, Jean-Philippe. **Droit Public Économique**. 3. ed. Paris: L.G.D.J., 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 2. ed. São Paulo: RT, 1977.

COMPARATO, Fábio Konder. "Sociedade de Economia Mista Transformada em Sociedade Anônima Ordinária - Inconstitucionalidade", **Revista Trimestral de Direito Público** n.º 25, 1999, p. 61-68.

DELVOLVÉ, Pierre. **Droit Public de l'Économie**. Paris: Dalloz, 1998.

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

EMMERICH, Volker. **Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen**. Bad Homburg/Berlin/Zürich: Verlag Gehler, 1969.

FARJAT, Gérard. **Droit Économique**. Paris: PUF, 1971.

FERREIRA, Waldemar Martins. **A Sociedade de Economia Mista em seu Aspecto Contemporâneo**. São Paulo: Max Limonad, 1956.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle, "Privatização Parcial da CEMIG - Acordo de Acionistas - Impossibilidade de o Controle Societário ser Compartilhado entre o Estado de Minas Gerais e o Acionista Estrangeiro Minoritário", **Revista de Direito Mercantil** n.º 118, abril/junho de 2000, p. 219-235.

FLEINER, Fritz. **Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand**. Paris: Librairie Delagrave, 1933.

- FORSTHOFF, Ernst. **Lehrbuch des Verwaltungsrechts**. 9. ed. München: Verlag C. H. Beck, 1966, vol. 1.
- GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto Pubblico dell'Economia**. reimpr. da 3. ed. Bologna: Il Mulino, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo: RT, 1981.
- GRAU, Eros Roberto. "Sociedades de Economia Mista, Empresas Públicas, Fundações e Autarquias Prestadoras de Serviço Público: O Tema do Lucro", **Revista Trimestral de Direito Público**, n.º 6, 1994, p. 269-276.
- GRAU, Eros Roberto. **Licitação e Contrato Administrativo (Estudos sobre a Interpretação da Lei)**. São Paulo: Malheiros, 1995.
- GRAU, Eros Roberto. "Sociedade de Economia Mista - Nulidade de Acordo de Acionistas que Importa em Mudança de seu Acionista Controlador", **Revista de Direito Administrativo** n.º 222, outubro/dezembro de 2000, p. 348-357.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. "Crítica da 'Separação dos Poderes': As Funções Estatais, os Regulamentos e a Legalidade no Direito Brasileiro. As 'Leis-Medida'" **in O Direito Posto e o Direito Pressuposto**, 7. ed, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 225-255.
- HUBER, Ernst Rudolf. **Wirtschaftsverwaltungsrecht**. 2. ed. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1953, vol. 1.
- JELLINEK, Georg. **Gesetz und Verordnung: Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage**, reimpr. da ed. de 1887, Aalen: Scientia Verlag, 1964.
- LABAND, Paul. **Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preussischen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes**. Berlin: Verlag von J. Guttentag, 1871.
- LABAND, Paul. **Das Staatsrecht des Deutschen Reiches**. reimpr. da 5. ed., Goldbach: Keip Verlag, 1997, vol. 2.
- LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (coords.). **Direito das Companhias**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, vol. II.
- LEAL, Victor Nunes. "Lei e Regulamento" **in Problemas de Direito Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 57-91.
- LEAL, Victor Nunes. "Delegações Legislativas" **in Problemas de Direito Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 92-108.
- MAURER, Hartmut. **Allgemeines Verwaltungsrecht**. 16. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2006.
- MAYER, Otto. **Deutsches Verwaltungsrecht**, reimpr. da 3. ed, Berlin: Duncker & Humblot, 2004.

MERKL, Adolf. **Teoría General del Derecho Administrativo**, Granada: Editorial Comares, 2004.

MEYER, Holger Martin. **Vorrang der privaten Wirtschafts - und Sozialgestaltung Rechtsprinzip: Eine Systematisch-axiologische Analyse der Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes**. Berlin: Duncker & Humblot, 2006.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Lei e Regulamento**, Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

MOREIRA, Egon Bockmann & GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. São Paulo: Malheiros, 2012.

OSSENBÜHL, Fritz. "Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes" in ISENSEE, Josef & KIRCHHOF, Paul (orgs.), **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 3. ed. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2007, vol. 5, p. 183-221.

OTERO, Paulo. **Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado**. Coimbra: Coimbra Ed., 1998.

PAIVA, Alfredo de Almeida. As Sociedades de Economia Mista e as Empresas Públicas como Instrumentos Jurídicos a Serviço do Estado, **Revista de Direito Administrativo: Seleção Histórica**, 1995, p. 307-320.

PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Finanças e Demonstrações Financeiras da Companhia (Conceitos Fundamentais)**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PÜTTNER, Günter. **Die öffentlichen Unternehmen: Verfassungsfragen zur wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand**. Bad Homburg/Berlin/Zürich: Verlag Gahlen, 1969.

SILVA, José Afonso da. **Processo Constitucional de Formação das Leis**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1994.

TÁCITO, Caio. Direito Administrativo e Direito Privado nas Empresas Estatais in **Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, vol. 1, p. 691-698.

VAZ, Manuel Afonso. **Lei e Reserva da Lei: A Causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976**. Reimp. Porto: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 1996.

ZANCANER, Weida. **Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos**, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.