

Jonatas Moreth: Privatização de Temer chama-se desinvestimento

Apesar de muito acalorado, a sociedade brasileira rejeita as privatizações de nossas principais empresas estatais. Assim, não foram poucas as eleições presidenciais em que este importante debate polarizou o confronto.

Justamente por isto, os governos que aderem a essa política sempre tentam escamotear as privatizações com outro nome ou conceito. No governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, a privatização virou desestatização com a criação do Programa Nacional de Desestatização.

No governo do presidente Temer, o presidente publicou um decreto que, na prática, pretende realizar a privatização de algumas de nossas sociedades de economia mista, como o Banco do Brasil, Eletrobras e a Petrobras.

Trata-se do Decreto 9.188, de 1º de novembro de 2017, que apesar da motivação formal de estabelecer “regras de governança, transparência, e boas práticas de mercado para a adoção de regime especial de desinvestimentos de ativos pelas sociedades de economia mista federais”, na realidade inaugura, em nítida inconstitucionalidade, um novo plano de privatizações ou desestatizações das sociedades de economia mista federais.

Para tanto, no seu artigo 1º, o Decreto 9.188/2017 determina que “fica estabelecido, com base na dispensa de licitação prevista no artigo 29, caput, inciso XVIII, da Lei 13.303/2016”, o “regime especial de desinvestimentos de ativos das sociedades de economia mista, com a finalidade de disciplinar a alienação de ativos pertencentes àquelas entidades”.

Ocorre que o citado dispositivo da Lei das Estatais (Lei 13.303/2016), que cria excepcionalidades para dispensa de licitações, autoriza a sociedade de economia mista a utilizar-se da dispensa de licitação para “compra e venda de ações, títulos de crédito e de dívidas e de bens que produzam ou comercializam”.

Desta feita, destrinchando o citado artigo 29, XVIII, da lei das estatais, observa-se que o legislador autorizou a dispensa de licitação nas taxativas hipóteses de compra ou venda de: a) ações; b) títulos de créditos e de dívidas e de; c) bens que produzam ou comercializem.

Portanto, conclui-se que o legislador não autorizou a dispensa de licitação para a venda de ativos das sociedades de economia mista. Outrossim, importante destacar que alienação de ações é diferente da alienação de ativos, uma vez que os novos adquirentes das ações também compartilham de eventuais dívidas ou prejuízos das estatais, o que não ocorre na venda de ativos.

Desta feita, quando o referido Decreto, que tem o caráter regulamentador, extrapola os limites de sua competência, criando novas excepcionalidades para a realização de dispensa de licitação pelas estatais, como é o caso do Decreto 9.188/2017, fere-se o princípio constitucional da reserva da lei formal, pelo qual se impõe a limitação ao exercício das atividades administrativas e jurisdicionais do Executivo.

Assim, não é admitido ao Poder Executivo atuar na irregular condição de legislador para, em assim agindo, criar excepcionalidades às quais o legislador não desejava.

Os decretos, editados pelo Poder Executivo, constituem espécies jurídicas de caráter secundário cuja validade e eficácia resultam, imediatamente, de sua estrita observância dos limites impostos pelas leis, de quem devem constituir normas complementares. Compartilhando destas premissas, a deputada federal Margarida Salomão (PT/MG) apresentou projeto de Decreto Legislativo 833/2017 visando sustar os efeitos do inconstitucional Decreto do Executivo 9.188/2017.

Ademais, as sociedades de economia mista são vinculadas aos fins definidores nas suas respectivas leis instituidoras, em face dos princípios da especialização e da legalidade, ou nos dizeres da professora Di Pietro, “se a lei as criou, fixou-lhes determinado objetivo, destinou-lhes um patrimônio afetado a esse objetivo, não pode a entidade, por sua própria vontade, usar esse patrimônio para atender finalidade diversa” [1].

Já para Paulo B. de Araújo Lima, a lei especial, “ao autorizar a criação de uma sociedade, dispondo certas regras, tais como a fixação da sede e do objetivo social”, não está evidentemente “autorizando o sócio fundador – A Administração Pública – a negociar com outros sócios a prevalência daquelas regras nos estatutos sociais [2]”. Arrematando este raciocínio, Di Pietro conclui que por essa mesma razão, “não pode o Executivo, por meio de ato próprio, baixar normas dirigidas a essas entidades, conflitando com os objetivos ou com outros elementos definidos na lei instituidora [3]”, ou como no caso em análise, permitir através de dispensa de licitação a venda de seus ativos com os fins de privatizar a sociedade de economia mista.

Este também é o entendimento do mestre Celso Antônio Bandeira de Melo [4]:

Cumprе relembrar que desde a Constituição de 1988, por força de seu art. 37, XIX e XX, é indispensável intervenção legislativa para a existência de sociedade de economia mista e empresa pública, advindo daí que a elisão delas, que é o mesmo que a elisão de suas atribuições, somente por igual processo pode ocorrer. Eis, pois, que a decisão administrativa de assegurar a continuidade dos encargos pertinentes a uma sociedade de economia mista, maiormente se prestadora de serviço público, não é apenas uma possibilidade jurídica, mas um dever do Estado, e ao qual só poderia se evadir se sobreviesse lei extinguindo a pessoa da administração indireta em questão

Por seu turno, o Decreto 9.188/2017, como ato regulamentador, excede a suas funções legais, fere o princípio constitucional da reserva da lei formal e o disposto no artigo 37, XIX e XX, da Constituição Federal, sendo portando, inconstitucional quanto a este aspecto.

Desestatização e Desinvestimento

Como acima explicitado, o Decreto 9.188/2017 inova no ordenamento jurídico ao criar o conceito do desinvestimento, mas que na sua essência consiste na alienação de ativos das sociedades de economia mista federais.

Por essa razão, o conceito de desinvestimento (alienação de ativos) confunde-se, ou de certa forma se

incorpora, ao conceito de desestatização criado pela Lei 9.491/1997, que altera os procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização.

Para a Lei 9.491/1997, a desestatização será executada, por exemplo, através de “alienação, arrendamento, locação, comodato ou cessão de bens e instalações”, ou mesmo “aforamento, remição de foro, permuta, cessão, concessão de direito real de uso resolúvel e alienação de seus ativos”.

Já o Decreto 9.188/2017, “cria o regime especial de desinvestimentos de ativos das sociedades de economia mista, com a finalidade de disciplinar a alienação de ativos pertencentes àquelas entidades, nos termos deste Decreto”.

Assim, através de um malabarismo jurídico e normativo, temos a seguinte situação: nos termos da Lei 9.491/1997, a alienação de ativos da União (não só das sociedades de economia mista, mas também delas) será precedida de licitação, entre outras exigências a serem coordenadas pelo Conselho Nacional de Desestatização (CND). Noutro giro, por força do Decreto 9.188/2017 e o seu recém-criado conceito de desinvestimento, a alienação de ativos das sociedades de economia mista poderá ser realizada através de dispensa de licitação, inclusive com a possibilidade de terem seus documentos protegidos por sigilo.

Assim sendo, também quanto a este aspecto, o Decreto 9.188/2017 é inconstitucional, pois avança os poderes regulamentadores inerentes aos Decretos, cria norma e procedimentos em conflito com legislação devidamente aprovada pelo Legislativo e com o Artigo 37, XIX e XX, da Constituição Federal.

[1](#) Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo. 29 Ed. – Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2016, p. 557

[2](#) LIMA, Paulo B. de Araújo. Sociedades de economia mista e a Lei das S.A. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Marcados de Capitais, p. 59

[3](#) Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo. 29 Ed. – Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2016, p. 558

[4](#) Mello, Celso Antônio Bandeira, Pareceres de Direito Administrativo, p. 444, 2011.

Date Created

20/11/2017