

III – Conclusão

Isto posto, opina-se por:

- 1) Sindicância, no âmbito da S.E. Polícia Civil
- 2) *Revogação* da licitação, que não demanda motivação, se ainda não foi firmado contrato;
- 3) Rescisão de contrato, se já firmado – DL 2300/86, arts 39 e 68, XIII, respectivamente – se os agentes políticos julgarem, no exercício de poder discricionário, que não cabe a este órgão de controle da legalidade, que os *indícios* apontados já são suficientes.

Deve ser dada ciência deste pronunciamento às Secretarias consulentes.

É o parecer, s.m.j,

VISTO

De acordo.

Ao gabinete.

Em 3/5/93.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO
Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa

VISTO

Aprovo o Parecer nº 14/93—MJVS, do ilustre Procurador MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO (fls. 23/29), referendado pela chefia da Procuradoria Administrativa (fls.30).

Ao Exmo Sr. Secretário de Estado de Polícia Civil.

Em 10 de maio de 1993.

RICARDO AZIZ CRETTON
Procurador Geral do Estado

Parecer nº 14/95 – MJVS - Marcos Juruena Vellela Souto

Em 05 de maio de 1995

Processo nº E-14/31.750/95.

BANERJ – SADIR – 709/95.

Assunto: Alienação de Ações de Subsidiária Integral de Sociedade de Economia Mista – Aplicação do Regime Jurídico de Direito Privado – Desnecessidade de Autorização Legislativa.

Senhor Procurador-Geral,

1. Consulta formulada em caráter urgente pela Presidência do Banco do Estado do Rio de Janeiro S.A. – BANERJ consiste em saber se a venda da Empresa Brasileira de Solda Elétrica – EBSE – subsidiária integral do Banco recebida em pagamento de dívida para com o BANERJ – Banco de Investimento S.A., incorporado pelo Banco Comercial, está ou não sujeita à autorização legislativa de que trata o art. 214 da Constituição Estadual de 1989.

2. O art. 214 da Constituição Estadual de 1989, renumerado pela Emenda Constitucional nº 4/91, tem a seguinte redação:

Art. 217 - As empresas em que o Estado detenha, ou venha a deter, direta ou indiretamente, a maioria do capital com direito a voto, são patrimônio do Estado e só poderão ser extintas, fundidas ou ter alienado o controle acionário, mediante lei.

3. Sendo as ações de tais empresas incluídas como bens públicos, seria razoável, numa primeira leitura, aceitar a necessidade de autorização legislativa para alienação desse patrimônio, já que, em princípio, os bens públicos são inalienáveis. Contudo, um rápido exame da classificação dos bens públicos (Código Civil de 1916, art. 65) já afasta a necessidade de tal autorização para toda e qualquer alienação, exigida, apenas, quando o bem é de *uso comum do povo* (ruas, praças, parques, etc.) ou de uso *especial* (prédios destinados à Administração Pública, bens empregados na prestação de serviços públicos, etc.); estes, afetados a um fim público, necessitam da autorização do legislador para retirar tal finalidade, que inexistente quanto aos chamados bens dominiais, assim definidos por HELY LOPES MEIRELLES, *verbis*:

“Bens dominiais, ou do patrimônio disponível, são aqueles que, embora integrando o domínio público como os demais, deles diferem pela possibilidade sempre presente de serem utilizados em qualquer fim, ou mesmo alienados pela Administração se

assim o desejar. Daí porque recebem também a denominação de *bens patrimoniais disponíveis*, ou de *bens do patrimônio fiscal*. Tais bens integram o patrimônio do Estado como objeto de direito pessoal ou real, isto é, sobre eles a Administração exerce *poderes de proprietário, segundo os preceitos de direito constitucional e administrativo*”, na autorizada expressão de Clóvis Beviláqua.¹

Ora, no caso da criação de empresas públicas e sociedades de economia mista e suas controladas, é a *lei* quem dá essa afetação pública por exigência da própria Constituição Federal, em seu artigo 37, XIX e XX. Logo, só a *lei*, que autorizou a criação ou a participação no capital da entidade, que poderia autorizar a extinção ou alienação da empresa – há, contudo, quem sustente, até mesmo, a desnecessidade de autorização para a extinção ou alienação, que decorreria da própria atividade da empresa, no exercício de seus atos sociais, regidos pelo Direito Privado.

Examinado por outra ótica, a lei a que se refere o art. 37, XIX e XX, da CF/88, é ato formalmente legislativo, mas materialmente administrativo através do qual o Chefe do Poder Executivo, no exercício da direção superior da Administração – CF, art. 84, II – descentraliza uma função *pública*, utilizando-se de uma das formas (entidades) ali previstas. É a chamada Administração Indireta.

Ocorre, no entanto, que por razões diversas, o Estado detém, direta ou indiretamente, ações de outras empresas sem que tais empresas executem atividades públicas ou integrem a Administração Pública; é a hipótese bastante comum em se tratando de instituições financeiras oficiais, que tem por objetivo fomentar o desenvolvimento econômico (descentralização da função administrativa de *fomento*). Essa participação ocorre através da própria subscrição do capital dessas empresas bem como através de empréstimos garantidos por ações, ou de assistência financeira emergencial (normalmente para preservar o abastecimento do mercado ou manter empregos); podem, ainda, acontecer situações acidentais como a doação, legado ou herança vacante de ações, dação em pagamento, adjudicação de ações em execução fiscal, por exemplo. Todas as situações em que, sem autorização legislativa, o Estado participa de empresas privadas – empresas estas que, não raro, não executam funções públicas, como é o caso da EBSE.

Destarte, vários são os enfoques para se interpretar pelo descabimento da autorização legislativa (estadual) exigida pela Constituição Estadual:

1º - Não exercendo função pública, trata-se de exploração de atividade econômica pelo Estado fora dos limites do art. 173, §1º, CF.

2º - Não vinculada a um fim *público* a empresa pode ser considerada bem dominical da Administração e, como tal, sem necessidade de desafetação via autorização legislativa.

1 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 424 e 425.

3º - Trata-se de sociedade de economia mista, sujeita ao regime de direito privado, não carecendo, pois, de autorização legislativa para alienação de seu patrimônio, conforme se depreende do art. 17, I, da Lei nº 8.666/93. A *autonomia* é da essência do regime de direito privado dessas entidades (CF, art. 173, §1º).

4º - Não sendo sociedade de economia mista nem empresa pública – de primeiro ou de segundo grau – submete-se tal entidade ao regime normal das demais sociedades anônimas, conforme disposto no art. 235, §2º da Lei nº 6.404/76 (que afasta as exceções que beneficiam as sociedades de economia mista).

5º - Em se tratando de alienação de bens em razão do exercício das finalidades da sociedade de economia mista (o BANERJ, na atividade de fomento, tem implícito o poder de comprar e vender ações), as ações da EBSE podem ser definidas como “bem comercializado em virtude de suas finalidades” (mercadoria), dispensando, até mesmo, a licitação (Lei nº 8.666/93, art. 17, II, “c”, “d” e “e”).

Não obstante todos os pontos supramencionados, há um aspecto a ser abordado *in casu*, que diz respeito ao peculiar regime jurídico das instituições financeiras, sujeitas a padrões de eficiência na administração como forma de proteção à economia popular.

Na hipótese em apreço, a alienação das ações da EBSE constitui medida de saneamento das contas do BANERJ, já que o Banco Central do Brasil, através do Ato nº 164 de 30.12.94, decretou a entidade sob o regime de Administração Especial Temporária, regulamentado pelo Decreto-lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987.

Portanto, as decisões administrativas do BANERJ ficam, temporariamente, menos submetidas à vontade de seus dirigentes, e mais a critério do Conselho Diretor da Administração Especial Temporária, que tem plenos poderes para isso, como lhes garante o Art. 3º do Decreto-lei nº 2.321/87.

O art. 11 do citado diploma legal permite ao Banco Central até “autorizar a transformação, a incorporação, a fusão, a cisão ou transferência do controle acionário da instituição, em face das condições de garantia apresentadas pelos interessados”, e ainda “b) propor a desapropriação, por necessidade ou utilização pública, ou por interesse social, das ações do capital social da instituição”.

Ora, se o Conselho Diretor, durante a sua gestão, tem poderes até mesmo para decidir sobre o destino do BANERJ, entende-se que também possui capacidade para decidir sobre a utilização e destino do patrimônio da instituição financeira, como, no caso, da alienação das ações da EBSE; em síntese, quem pode o mais, pode o menos.

Por todo o exposto, opina-se no sentido de que não tendo sido a entidade criada por lei estadual nem desempenhado função inerente à Administração Pública, não pode a sua vida ficar distanciada dos comandos estabelecidos em leis federais que regem as sociedades anônimas e, em especial, as instituições financeiras. Como o

Estado não está, por lei, autorizado a explorar tal atividade econômica (CF, art. 173, §1º) a alienação da empresa não pode ser obstada pela lei estadual; antes de mais anda, tal alienação é um imperativo constitucional. Não se aplica, pois, a ela o art. 217 (antigo 214) da Constituição Estadual.

VISTO

Aprovo o Parecer nº 14/95-MJVS, subscrito pelo ilustre Procurador **MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO** (fls 54/59), do qual se infere a desnecessidade de autorização legislativa para fins de alienação de ações da empresa **EBSE**, subsidiária integral do **BANERJ**.

Ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado Chefe do Gabinete Civil, para ciência, sugerindo a posterior remessa do processo ao **BANERJ S/A**.

Em 08 de maio de 1995

LUIZ CARLOS GUIMARÃES CASTRO
Subprocurador Geral Do Estado

Parecer nº 37/96 – MJVS – Marcos Juruena Villela Souto

Em 06 de agosto de 1996.

PGE - Grupo Especial de Apoio à Reforma do Estado.
CERJ - Concessão de Energia Elétrica - Exame da Minuta.

I - Relatório

1. Publicada a Lei Estadual nº 2.470, de 28.11.95, regulamentada pelo Decreto nº 21.916, de 21.12.95, teve início o Programa Estadual de Desestatização - PED - que tem nas privatizações de empresas sob controle acionário direto ou indireto do Estado um dos seus instrumentos de execução.

2. A CERJ - Companhia de Eletricidade do Estado do Rio de Janeiro foi incluída no Programa pelo Decreto nº 21.985, de 16.01.96, iniciando-se os atos preparatórios com a contratação de consultores para a modelagem de privatização, representados pelo Consórcio Garantia (conforme contrato celebrado em 22.05.96, publicado em contrato no 0.0.1 - RJ, de 29.05.96, pág. 24, decorrente do Edital de Licitação n.º 01/PED-ERJ/96).

Para a modelagem, optou-se por privatizar a empresa com a prorrogação da atual concessão, valendo-se da faculdade prevista no art. 27, § 3º da Lei nº 9.074, de 07.07.95, o que impõe a celebração de um novo contrato de concessão outorgado pela União Federal, através do DNAEE, em favor da CERJ.

A minuta em exame foi elaborada pelo corpo jurídico do consórcio, representado pelo Escritório **ULHOA CANTO, REZENDE E GUERRA - Advogados**, a partir do contrato firmado recentemente entre a União e a Light, com os mesmos objetivos (as alterações efetuadas no contrato da Light estão assinaladas no texto em exame).

Algumas poucas modificações são propostas para atender a expectativas do Estado em carrear para o processo o maior número de investidores possível. Os principais pontos são, basicamente:

- que as atividades de licitação, monitoramento e controle das concessionárias sejam feitas pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro - ASEP, mediante convênio com a União; a entidade será criada sob forma autárquica após aprovação de projeto de lei a ser submetido à Assembléia Legislativa;
- a primeira revisão de tarifas deve ocorrer após o oitavo ano do contrato;
- as indenizações por encampação devem abrigar o fluxo de caixa projetado e não apenas a parcela não amortizada dos bens vinculados ao serviço.