

Pareceres

ATUAÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO EM INCORPORAÇÃO OU EM ALIENAÇÃO DO CONTROLE DE UMA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA POR OUTRA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

GILBERTO BERCOVICI

CONSULTA. PARECER: 1.1 Natureza e regime jurídico do Banco do Brasil S/A e da Nossa Caixa S/A. 1.2 A atuação do Estado no domínio econômico. 1.3 As competências federativas e o papel do Estado na economia. 1.4 A sociedade de economia mista como instrumento de atuação estatal. 1.5 A incorporação de uma sociedade de economia mista por outra sociedade de economia mista e a inexigibilidade de licitação. RESPOSTA. CONSULTA COMPLEMENTAR. QUESITOS COMPLEMENTARES. PARECER COMPLEMENTAR: 2.1 A alienação do controle de uma sociedade de economia mista por outra sociedade de economia mista. 2.2 O art. 37, XX, da Constituição de 1988 e a necessidade de autorização legislativa. 2.3 A constitucionalidade e o alcance da Medida Provisória n. 443, de 21 de outubro de 2008. RESPOSTA AOS QUESITOS COMPLEMENTARES.

CONSULTA

O Banco do Brasil S/A, por intermédio de seu Diretor Jurídico, Dr. Joaquim Portes de Cerqueira César, honra-me com a formulação da seguinte Consulta, cujos termos transcrevo abaixo, para análise e produção de Parecer:

“Na data de 21.5.2008, o Banco do Brasil S/A e a Nossa Caixa S/A publicaram fato relevante ao mercado, em conformidade com o § 4º do art. 157 da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e a Instrução CVM n. 358, de 3 de janeiro de 2002, nos seguintes termos:

“1. O Banco do Brasil S/A propôs, e o Governo do Estado de São Paulo aceitou, iniciar tratativas sem nenhum efeito vinculante, visando à incorporação do Banco Nossa Caixa S/A pelo primeiro, observadas a regulamentação vigente e as condições inerentes às operações dessa natureza, notadamente a obtenção de prévia autorização legislativa no âmbito estadual.

“2. É consenso ainda que a operação deverá preservar adequadamente os interesses do público relacionado das companhias envolvidas, incluindo empregados, correntistas, acionistas e outros parceiros.

“3. Fatos adicionais, julgados relevantes, serão divulgados ao mercado de acordo com a evolução das tratativas”.

“A propósito do assunto, o Banco do Brasil S/A solicita manifestação prévia de Vossa Senhoria quanto ao interesse na elaboração de parecer jurídico com o objetivo de responder aos quesitos ao final enumerados, com relação à inaplicabilidade da Lei de Licitações à mencionada incorporação:

“1) Vez que na incorporação societária *não ocorre a alienação (ou seja, a venda de ações com recebimento em dinheiro)*, mas sim a substituição das ações dos acionistas da sociedade incorporada por ações da sociedade incorporadora, é correto afirmar que, nessa hipótese, não se aplica a Lei de Licitações, por não se enquadrar nas hipóteses do *caput* do art. 2º da predita lei?

“2) Ainda que negativa a hipótese do quesito anterior, é possível afirmar que o acionista controlador de instituição financeira de economia mista estadual, distrital ou federal possui liberdade de escolha acerca de eventual reorganização societária dessa instituição financeira? Ou seja, pode escolher, dentre outras, a incorporação societária, a incorporação de ações, a alienação de controle acionário, bastando apenas, neste caso, justificar o interesse público? Ou obrigatoriamente o acionista controlador teria de levar a venda das ações a leilão, para assegurar o recebimento do melhor preço/proposta?

“3) Considerando que o acionista controlador de uma sociedade de economia mista é livre para escolher a modalidade de reorganização societária, caso a escolha recaia na incorporação societária ou incorporação de ações, pode-se afirmar que nessas hipóteses restaria caracterizada a inexigibilidade de licitação pela inviabilidade de competição (art. 25, LLIC), uma vez que não há como estabelecer os termos e condições do certame licitatório para a escolha da empresa incorporadora?

“4) Quando se afirma que o Estado poderá intervir na atividade econômica, deve-se compreender que essa intervenção pode ser efetivada tanto pela União quanto pelos Estados-membros e Municípios? Essa intervenção na atividade econômica pode ocorrer por intermédio de sociedades de economia mista? É correto afirmar que as sociedades de economia mista (tanto da União, quanto dos demais Estados-membros) representam, dessa forma, verdadeiro instrumento da ação governamental dos respectivos entes federados?

Com base na resposta a essas questões, gentileza responder os seguintes sub-quesitos:

“a) É correto afirmar que entes de esfera diversa da Federação, por intermédio de suas sociedades de economia mista, podem conjugar esforços para melhor exercer suas respectivas ações governamentais?

“b) Essa ação governamental pode ser exercida pela incorporação de uma sociedade de economia mista estadual (Nossa Caixa) por uma outra sociedade de economia mista federal (Banco do Brasil), com vistas a manter o atendimento do interesse público?

“c) Considerando que essa ação governamental representa exercício da atividade econômica, é correto afirmar que tal ingerência do Estado na economia não está subordinada aos ditames da Lei n. 8.666/1993 ou, ao menos, na hipótese mencionada, seria inexigível eventual licitação por inviabilidade de competição?

“5) Ainda que não se admitisse a inexigibilidade ou a não aplicação da lei de Licitação, é possível afirmar que a incorporação da Nossa Caixa pelo Banco do Brasil estaria configurada na hipótese de dispensa de licitação pelo art. 17, inciso II, alínea b, da Lei de Licitações, por não haver pagamento em dinheiro, mas sim substituição/troca de ações dos acionistas da sociedade incorporada por ações da sociedade incorporadora, tratando-se, dessa

forma, de uma permuta e assim permitindo o estabelecimento de negócio direto entre as partes (Nossa Caixa e Banco do Brasil), sem a necessidade de procedimento licitatório?

“6) Tanto na hipótese de inaplicabilidade da Lei de Licitações, quanto nas de sua inexigibilidade ou dispensa, apresentadas nos quesitos anteriores, é possível afirmar que a incorporação da Nossa Caixa pelo Banco do Brasil atende ao interesse público? A afirmativa é reforçada pelo fato de as sociedades de economia mista, desde o seu nascedouro, já terem sua formação dirigida para o interesse público?”

PARECER

1.1 Natureza e regime jurídico do Banco do Brasil S/A e da Nossa Caixa S/A

A criação do Banco do Brasil se deu por meio do Alvará de 12 de outubro de 1808, do Príncipe Regente D. João, que instituiu um banco público, sob o formato de sociedade por ações. Suas funções eram amplas, mas exerceu essencialmente as funções de poder emissor e de caixa do Tesouro. O prazo de duração previsto do Banco do Brasil era de 20 anos, sendo sua extinção determinada, pela Lei de 23 de setembro de 1829, para o dia 11 de outubro de 1829 (embora tenha se concretizado apenas em 11 de abril de 1835). Houve uma segunda tentativa de criação de um banco público no Brasil, por meio da Lei n. 59, de 8 de outubro de 1833, que previa a instituição de um banco de circulação e depósito pelo prazo de 20 anos, mas este banco não chegou a ser fundado.

Em 1851, Mauá criou o segundo Banco do Brasil, autorizado pelo Decreto n. 801, de 2 de julho de 1851. Este banco foi incorporado, juntamente com outros, pelo governo, por meio da Lei n. 683, de 5 de julho de 1853, que autorizou a criação de um banco de depósitos, desconto e emissão, com duração de 30 anos, posterior-

mente estendida até o ano de 1910 (Lei n. 1.349, de 12 de setembro de 1866). Após a Proclamação da República, o Banco do Brasil fundiu-se com o Banco da República dos Estados Unidos do Brasil (cuja criação fora autorizada pelo Decreto n. 190, de 29 de janeiro de 1890), adotando o nome de Banco da República do Brasil (Decreto n. 1.167, de 17 de dezembro de 1892, que autorizou a fusão *ad referendum* do Congresso Nacional, que a aprovou por meio da Lei n. 183-C, de 23 de setembro de 1893), sendo reestruturado mais uma vez, e novamente sob a denominação de Banco do Brasil, por meio da Lei n. 1.455, de 30 de dezembro de 1905.¹

O Banco do Brasil é uma sociedade de economia mista, controlada pela União, vinculada ao Ministério da Fazenda e integrante do Sistema Financeiro Nacional (arts. 1º, III, 19 e 62, da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e art. 189 do Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967). A Nossa Caixa é, por sua vez, uma sociedade de economia mista estadual, que, embora vinculada à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo (art. 4º do Decreto-lei Complementar n. 7, de 6 de novembro de 1969), também integra o Sistema Financeiro Nacional (arts. 1º, V, 22 e 24, da Lei n. 4.595/1964). Sua criação, autorizada pela Lei Estadual n. 1.164, de 7 de agosto de 1951, deu-se com o nome de Caixa Econômica do Estado de São Paulo (CEESP) e sob a forma de autarquia, tendo sido transformada em empresa pública

1. Sobre a história do Banco do Brasil, v. José Xavier Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. VI, 5ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1956, pp. 116-138; João Pandiá Calógeras, *A Política Monetária do Brasil*, São Paulo, Cia. Editora Nacional, 1960, pp. 29-37, 45-48, 72-73, 96-102, 199-266, 340-350 e 384-408; Waldemar Martins Ferreira, *A Sociedade de Economia Mista em seu Aspecto Contemporâneo*, São Paulo, Max Limonad, 1956, pp. 89-93 e Afonso Arinos de Melo Franco, *História do Banco do Brasil (Primeira Fase - 1808-1835)*, Brasília, Banco do Brasil, 1979, pp. 11-28 e 167-235.

por intermédio da Lei Estadual n. 10.430, de 16 de dezembro de 1971, e, finalmente, em sociedade de economia mista por meio da Lei Estadual n. 10.853, de 16 de julho de 2001. A natureza jurídica de sociedade de economia mista de ambas instituições financeiras gera uma série de implicações jurídicas e parâmetros para sua atuação.

A sociedade de economia mista é, em sua estruturação atual, um fenômeno do final do século XIX e início do século XX, que se intensificou, especialmente na Alemanha, durante a Primeira Guerra Mundial (1914-1918).² A Constituição alemã de 1919, a Constituição de Weimar, por sua vez, previu expressamente, em seu art. 156, a possibilidade de socialização, nacionalização ou participação estatal no setor empresarial.³

A visão tradicional, inspirada nos escritos do industrial alemão Walter Rathenau, entendia a sociedade de economia mista (*gemischtwirtschaftliche Unternehmung*) como uma associação livre de

capitais privados e fundos públicos para a exploração de uma atividade econômica, um fenômeno “econômico”, que não pertenceria às instituições administrativas.⁴ Esta concepção equivocada levou a uma série de debates, como o protagonizado entre nós por Bilac Pinto, sobre a impossibilidade de conciliação dos interesses público (do Estado) e privados (dos demais acionistas privados, que almejam o lucro), que levaria à substituição do modelo de sociedade de economia mista pelo da empresa pública, cujo capital é exclusivamente estatal.⁵

Neste debate em torno das sociedades de economia mista, vários autores, como Hedemann, um dos fundadores do direito econômico, entenderam a sociedade de economia mista com uma perspectiva predominantemente privatista, denominando-a de “atividade comercial pública” (*öffentliche Hand*). Outros, como Forsthoff, embora ainda mantivessem ressalvas às sociedades de economia mista como entes administrativos, já as compreenderam a partir da influência que o Estado poderia exercer na condução da empresa em virtude de sua posição acionária, vendo nesta

2. Walter Jellinek, *Verwaltungsrecht*, 3ª ed., Berlin, Verlag von Julius Springer, 1931, pp. 526-528. Sobre as “sociedades de guerra” (*Kriegsgesellschaften*), criadas na Alemanha entre 1914 e 1918, v. Regina Roth, *Staat und Wirtschaft im Ersten Weltkrieg: Kriegsgesellschaften als kriegswirtschaftliche Steuerungsinstrumente*, Berlin, Duncker e Humblot, 1997, pp. 103-156.

3. V. René Brunet, *La Constitution Allemande du 11 Août 1919*, Paris, Payot, 1921, pp. 298-318; Gerhard Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, 14ª ed., reimpr., Aalen, Scientia Verlag, 1987, pp. 725-729; Heinrich Friedlaender, “Artikel 156. Sozialisierung”, in Hans Carl Nipperdey (org.), *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung: Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung*, vol. 3, reimpr., Frankfurt am Main, Verlag Ferdinand Keip, 1975, pp. 322-348; e Gerold Ambrosius, *Der Staat als Unternehmer: Öffentliche Wirtschaft und Kapitalismus seit dem 19. Jahrhundert*, Göttingen, Vandenhoeck e Ruprecht, 1984, pp. 64-102. Para o debate em torno da constituição econômica durante o período da República de Weimar (1918-1933), v. Gilberto Bercovici, *Constituição e Estado de Exceção Permanente: Atualidade de Weimar*, Rio de Janeiro, Azougue Editorial, 2004, pp. 39-50.

4. Fritz Fleiner, *Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand*, Paris, Librairie Delagrave, 1933, pp. 82-84; Ernst Rudolf Huber, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, vol. 1, 2ª ed., Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1953, pp. 529-530; Ernst Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, vol. 1, 9ª ed., München, Verlag C. H. Beck, 1966, p. 485; e Jean-Yves Chérot, *Droit Public Économique*, 2ª ed., Paris, Economica, 2007, pp. 471-472. Para as dificuldades encontradas pela doutrina publicista brasileira com o conceito de empresa estatal, v. Alberto Venâncio Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: o Direito Público Econômico no Brasil*, Rio de Janeiro, Ed. FGV, 1968, pp. 385-406.

5. V. o clássico artigo de Bilac Pinto, “O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas”, in Instituto de Direito Público e Ciência Política, *Estudos sobre a Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro, FGV, 1954, pp. 43-57. V., ainda, Waldemar Martins Ferreira, *A Sociedade de Economia Mista em seu Aspecto Contemporâneo*, cit., pp. 151-153.

participação societária um elemento constitutivo da sociedade de economia mista.⁶

A doutrina publicista brasileira contemporânea, com base no art. 5º, III, do Decreto-lei n. 200/1967 (com a redação alterada pelo Decreto-lei n. 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. 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 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 Estado, em qualquer de suas esferas governamentais, pois ela foi criada deliberadamente como um instrumento da ação estatal.⁷

6. Justus Wilhelm Hedemann, *Deutsches Wirtschaftsrecht: Ein Grundriss*, Berlin, Junker und Dünhaupt Verlag, 1939, pp. 146-157 e Ernst Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, vol. 1, cit., pp. 485-486. V., ainda, Ernst Rudolf Huber, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, vol. 1, cit., pp. 519-526.

7. V., por todos, Waldemar Martins Ferreira, *A Sociedade de Economia Mista em seu Aspecto Contemporâneo*, cit., pp. 131-151; Alberto Venâncio Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, cit., pp. 415-437; Manuel de Oliveira Franco Sobrinho, *Comentários à Reforma Administrativa Federal*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1983, pp. 68-74; Washington Peluso Albino de Souza, *Primeiras Linhas de Direito Econômico*, 3ª ed., São Paulo, LTr, 1994, pp. 273-276; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 20ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006, pp. 175-178; Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 12ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2007, pp. 111-119; e Maria

Toda sociedade de economia mista está submetida às regras gerais da Administração Pública (art. 37 da Constituição), ao controle do Congresso Nacional (art. 49, X, no caso das sociedades de economia mista pertencentes à União), do Tribunal de Contas da União (art. 71, II, III e IV, da Constituição, também no caso das sociedades de economia mista da esfera federal)⁸ e, no caso das sociedades de economia mista federais, da Controladoria-Geral da União (arts. 17 a 20 da Lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003). Além disto, o orçamento de investimentos das sociedades de economia mista federais deve estar previsto no orçamento-geral da União (art. 165, § 5º, da Constituição de 1988), assim como, no caso do Estado de São Paulo, o orçamento de investimentos das empresas estatais estaduais deve estar compreendido na lei orçamentária anual (art. 174, § 4º, 2, da Constituição Estadual).

Estes dispositivos constitucionais são formas distintas de vinculação e conformação jurídica, constitucionalmente definidas, que vão além do disposto no art. 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.⁹ A natureza jurídica de direito

Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 20ª ed., São Paulo, Atlas, 2007, pp. 420-421.

8. No caso do Estado de São Paulo, as sociedades de economia mista estadual, como a Nossa Caixa, estão submetidas ao controle da Assembléia Legislativa e do Tribunal de Contas do Estado (arts. 32 e 33 da Constituição do Estado de São Paulo, de 1989).

9. 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), v. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, cit., pp. 183-184; Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, cit., pp. 140-146; e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, cit., pp. 412-414. Na doutrina estrangeira, v., p. ex., Fritz Fleiner, *Les Principes Généraux du Droit Administratif Alle-*

privado é um expediente técnico que não derroga o direito administrativo, sob pena de inviabilizar a sociedade de economia mista como instrumento de atuação do Estado.¹⁰ Neste sentido, esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello:

“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 insculpido 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

mand, cit., pp. 198-209, e Jean-Philippe Colson, *Droit Public Économique*, 3ª ed., Paris, LGDJ, 2001, pp. 330-332.

10. Caio Tácito, “Direito Administrativo e Direito Privado nas empresas estatais”, in *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, vol. 1, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, pp. 691-698; Eros Roberto Grau, *Elementos de Direito Econômico*, São Paulo, Ed. RT, 1981, pp. 101-111; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, cit., pp. 178-183 e 185-188; Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, cit., pp. 111-123 e 278-281; e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, cit., pp. 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, v. Ernst Rudolf Huber, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, vol. 1, cit., pp. 530-532; Bernard Chenot, *Organisation Économique de l'État*, 2ª ed., Paris, Dalloz, 1965, pp. 312-313; Ernst Forstthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, vol. 1, cit., pp. 478-483; Günter Püttner, *Die öffentlichen Unternehmen: Verfassungsfragen zur wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand*, Bad Homburg/Berlin/Zürich, Verlag Gehlen, 1969, pp. 125-140 e 368-380; Gérard Farjat, *Droit Économique*, Paris, PUF, 1971, pp. 189-198, especialmente pp. 195-198; Massimo Severo Giannini, *Diritto Pubblico dell'Economia*, reimpr. da 3ª ed., Bologna, Il Mulino, 1999, pp. 163-166; Jean-Philippe Colson, *Droit Public Économique*, cit., pp. 297-301 e 328-330; Pierre Delvolvé, *Droit Public de l'Économie*, Paris, Dalloz, 1998, pp. 672-675 e 706-731; e Peter Badura, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung: Ein exemplarischer Leitfaden*, 2ª ed., Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 2005, pp. 145-164, especialmente pp. 146-147.

converter-se o *acidental* – suas personalidades de direito privado – em *essencial*, e o essencial – seu caráter de sujeitos auxiliares do Estado – em *acidental*.¹¹

A prevalência do direito público não significa, no entanto, que a sociedade de economia mista perca a natureza de sociedade anônima.¹² A Lei das S/A (Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976), se aplica às sociedades de economia mista, desde que seja preservado o interesse público que justifica sua criação e atuação (art. 235). Deste modo, sua liberdade de reestruturação organizacional é plena, dentro de todas as formas possíveis previstas pela legislação societária brasileira, como a incorporação, fusão ou cisão (art. 223).

1.2 A atuação do Estado no domínio econômico

A atuação do Estado no domínio econômico está prevista expressamente nos arts. 173, *caput*, e 175, *caput*, da Constituição de 1988:

Art. 173, *caput*: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

Art. 175, *caput*: “Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Em ambos os dispositivos, trata-se da prestação de atividade econômica em

11. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 179, grifos do autor.

12. Waldemar Martins Ferreira, *A Sociedade de Economia Mista em seu Aspecto Contemporâneo*, cit., pp. 131-133 e 138-145, e Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 4, t. I, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, pp. 351-353, 367-368, 374 e 376-378.

sentido amplo pelo Estado, subdividida em duas modalidades: a prestação de atividade econômica em sentido estrito (art. 173) e a prestação de serviço público (art. 175).¹³ É, portanto, essencial compreender os pressupostos teóricos que se encontram por trás das várias concepções de serviço público da doutrina brasileira, cuja grande influência, assim como nos debates italiano, espanhol ou português, é de matriz francesa.¹⁴

Nesta análise, pela sua importância teórica, destacam-se os franceses Léon Duguit e Maurice Hauriou, cujas teorias são, sem sombra de dúvida, as mais presentes na nossa doutrina. Estes autores, no entanto, não só necessitam ser entendidos no contexto histórico em que desenvolveram sua obra, mas também é necessário que se problematize, tendo em vista o atual debate sobre os serviços públicos, a adequação destas teorias à nossa realidade, levando em conta a especificidade da formação histórico-social do Estado

13. Sobre a clássica distinção da atividade econômica em sentido amplo e atividade econômica em sentido estrito e serviço público, v. Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, cit., pp. 101-111.

14. O debate alemão sobre serviço público gira em torno da concepção de *Daseinsvorsorge*, desenvolvida originariamente por Ernst Forsthoff durante o nazismo e, posteriormente, adaptada à democracia da Lei Fundamental. V. Ernst Forsthoff, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Stuttgart/Berlin, W. Kohlhammer Verlag, 1938, pp. 1-15 (capítulo 1, cujo título, emblemático, afirma ser a prestação de *Daseinsvorsorge* a tarefa da Administração Pública moderna – “Die Daseinsvorsorge als Aufgabe der modernen Verwaltung”); Ernst Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, vol. 1, cit., pp. 340-345; Bernardo Sordi, *Tra Weimar e Vienna: Amministrazione Pubblica e Teoria Giuridica nel Primo Dopoguerra*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 274-309. Para o debate atual na Alemanha, v. Reiner Schmidt, “Der Liberalisierung der Daseinsvorsorge”, *Der Staat*, vol. 42, Berlin, Duncker e Humblot, 2003, pp. 225-247; e Michael Ronellenfitsch, “Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff – Aktuelle Entwicklungen im nationalen und europäischen Recht”, in Willi Blümel (org.), *Ernst Forsthoff: Kolloquium aus Anlass des 100. Geburtstags von Prof. Dr. Dr. h. c. Ernst Forsthoff*, Berlin, Duncker e Humblot, 2003, pp. 67-114.

brasileiro. Duguit e Hauriou representam alternativas ao pensamento liberal dominante nos meios publicistas franceses e contrapõem-se à incorporação dos conceitos alemães (como o de Estado de Direito – *Rechtsstaat*, em choque com o *État Légal* francês) à Teoria do Estado francesa, tarefa então realizada especialmente por Carré de Malberg.¹⁵

Léon Duguit combate, em suas obras, a visão tradicional do Estado soberano, criticando a concepção do Poder Público como uma vontade subjetiva dos governantes sobre os governados. Para Duguit, o Estado não é um soberano que comanda, mas uma força capaz de criar e gerar serviços públicos, formando um sistema realista com base na solidariedade social, objetivamente imposto a todos os cidadãos. O ponto central é a sua defesa do fim da idéia de dominação (*Herrschaft, puissance publique*) na Teoria do Estado, substituindo a soberania pelo serviço público como noção fundamental do direito público. A doutrina de Duguit é teleológica, o Estado se legitima por seus fins. Para Duguit, os governantes monopolizam a força para organizar e controlar o funcionamento dos serviços públicos. Serviço público: “c’est tout activité dont l’accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants, parce que l’accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l’interdépendance sociale, et

15. Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie Générale de l’État*, vol. 1, reimpr., Paris, Centre National de la Recherche Scientifique, 1962, pp. 231-243, 255-256 e, especialmente, pp. 488-494. Sobre o debate publicista francês do final do século XIX e início do século XX, travado entre os adeptos das concepções de *État Légal* e de *État de Droit*, v. Marie-Joëlle Redor, *De l’État Légal à l’État de Droit: l’Évolution des Conceptions de la Doctrine Publiciste Française, 1879-1914*, Paris, Economica/Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1992, e Gilberto Bercovi, *Soberania e Constituição: para uma Crítica do Constitucionalismo*, São Paulo, Quartier Latin, 2008, pp. 259-272.

qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante".¹⁶

O Estado, para Duguit, não é o soberano, mas o garantidor da interdependência e solidariedade sociais. Os serviços públicos não podem ser interrompidos, sua continuidade é essencial e é uma obrigação imposta aos governantes pelo fato de serem governantes, constituindo o fundamento e o limite de seu poder. Segundo Duguit, o poder público é um dever, uma função, não um direito dos governantes. Duguit propõe, assim, um regime político fundado na solidariedade social, em que os governantes têm deveres e obrigações de agir, o que implica na intervenção estatal nos domínios econômico e social. A solidariedade social, concretizada por meio dos serviços públicos, é, na sua visão, a forma mais adequada de legitimidade do Estado.¹⁷

Embora também critique a visão subjetiva preponderante da dominação estatal, ao entender o Estado como uma instituição objetiva, Maurice Hauriou vai se diferenciar das concepções de Duguit tanto quanto da doutrina tradicional. Hauriou entende o Estado como uma instituição que repousa sobre equilíbrios móveis na sociedade, uma unidade na pluralidade, descrevendo o poder como o resultado da correlação de forças dentro do processo

16. Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, vol. 2, 3ª ed., Paris, E. de Boccard, 1928, p. 61.

17. De Léon Duguit: *Les Transformations du Droit Public*, Paris, Éditions La Mémoire du Droit, 1999, pp. 33-72; Léon Duguit, *Manuel de Droit Constitutionnel*, 3ª ed., Paris, Ancienne Librairie Fontemoing e Cie. Éditeurs, 1918, pp. 29-30, 67-68 e 71-84; Léon Duguit, *Leçons de Droit Public Général*, Paris, Éditions La Mémoire du Droit, 2000, pp. 124-152; Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, vol. 1, cit. (1927), pp. 541-551, 603-631, 649-654 e 670-680 e vol. 2 (1928), pp. 59-107 e 118-142. Para a importância da noção de serviço público na Teoria do Estado de Duguit, v. o indispensável estudo de Evelyne Pisier-Kouchner, *Le Service Public dans la Théorie de l'État de Léon Duguit*, Paris, LGDJ, 1972.

social.¹⁸ A articulação entre o poder público e o serviço público dá-se pelo fato de todo serviço público pressupor a utilização dos procedimentos do poder público. Utilização esta, no entanto, limitada pela referência ao próprio serviço público, ou seja, à sua missão social. Esta ligação que Hauriou desenvolve entre poder público e serviço público o distingue de Duguit: o poder do Estado detém sua legitimidade na medida em que está a serviço do interesse social, mas o Estado só pode estar a serviço do interesse social porque é dotado de poder.¹⁹

Para o estudo do debate clássico francês em torno da concepção de serviço público resta, ainda, mencionar o discípulo de Duguit, Gaston Jèze. Jèze entende o serviço público como elemento fundamental e definidor do direito administrativo, cujo objeto seria formular as regras para o bom funcionamento dos serviços públicos.²⁰ No entanto, Jèze diverge do sociologismo de Duguit, preferindo adotar a metodologia essencialmente jurídica. Para ele, serviço público está necessariamente ligado a um regime jurídico especial, cuja base é a supremacia do interesse geral (público) sobre o interesse particular (privado). Ao buscar a instrumentalização do exercício do serviço público pelo direito público administrativo, Jèze acaba abandonando o sentido material de serviço público de Duguit, limitando-se a uma concepção jurídico-formal. Nesta perspectiva, Gaston Jèze define serviço público como um

18. O estudo clássico do institucionalismo de Hauriou é Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", in *Aux Sources du Droit: le Pouvoir, l'Ordre et la Liberté*, edição fac-similar, Caen, Centre de Philosophie Politique et Juridique/Université de Caen, 1990, pp. 89-128.

19. Maurice Hauriou, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 10ª ed., Paris, Sirey, 1921, pp. 21-33.

20. Gaston Jèze, *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, vol. 1, 3ª ed., Paris, Marcel Giard Libraire-Éditeur, 1925, pp. 1-2.

procedimento técnico que se traduz em um regime jurídico peculiar.²¹

A concepção de serviço público dominante na maior parte da doutrina brasileira é a concepção formal, inspirada em Jèze. Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, entende a concepção material de serviço público como “extrajurídica”. Para ele, é impossível uma definição não formal de serviço público:

“Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, insituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.”²²

Há dois elementos essenciais em sua concepção de serviço público: o substrato material, a prestação de “utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados”, e o elemento formal, que, para Celso Antônio Bandeira de Mello, é o que caracteriza efetivamente o serviço público. Só é serviço público a prestação submetida ao regime de direito público, isto é, ao regime administrativo.²³

A concepção formal de serviço público também é a adotada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Na sua definição, serviço público é entendido “como toda atividade material que a lei atribui ao Es-

tado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”.²⁴ O elemento material (“satisfazer concretamente às necessidades coletivas”) é, novamente, colocado em segundo plano diante do elemento formal, o regime jurídico e a atribuição do serviço ao Estado por lei, que, para Di Pietro, caracteriza efetivamente o serviço público.²⁵

A concepção material de serviço público, na atualidade, é defendida, entre outros, por Eros Roberto Grau. Partindo da sua classificação do serviço público como espécie da atividade econômica em sentido amplo, que compete preferencialmente ao setor público, este autor defende a noção de serviço público como atividade indispensável à consecução da coesão e interdependência sociais. Ao prestar serviço público, o Estado, ou quem atue em seu nome, está acatando ao interesse social. A inspiração da concepção material de serviço público de Eros Grau é proveniente, além de Duguit, da conceituação do administrativista gaúcho Ruy Cirne Lima.²⁶ Também fundado em Duguit, Cirne Lima entende o serviço público como “todo o serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa”.²⁷

A concepção material de serviço público, assim, é construída sobre as idéias de coesão e interdependência sociais, justificando a necessidade da prestação estatal, direta ou indireta, do serviço público.

21. Gaston Jèze, *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, vol. 2, 3ª ed., cit., 1930, pp. 1-23.

22. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 634.

23. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, cit., pp. 633-639. V., também, de Celso Antônio Bandeira de Mello, *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, São Paulo, Ed. RT, 1968, pp. 167-171, e Celso Antônio Bandeira de Mello, *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1987, pp. 18-27.

24. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, cit., p. 90.

25. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, cit., pp. 86-92.

26. Ruy Cirne Lima, *Princípios de Direito Administrativo*, 5ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1982, pp. 81-85.

27. Ruy Cirne Lima, *Princípios de Direito Administrativo*, cit., p. 82.

Para os adeptos da concepção material, os serviços públicos podem estar previstos explicita ou implicitamente no texto constitucional, destacando como elemento fundamental para a caracterização de um serviço público a importância daquela atividade econômica, em dado momento histórico, para a coesão e interdependência sociais.²⁸

Já a atividade econômica em sentido estrito (art. 173, *caput*, da Constituição) só pode ser prestada diretamente pelo Estado em casos de imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo. A atividade econômica em sentido estrito é prestada, preferencialmente, pelos agentes econômicos privados, em regime de mercado. O Estado pode prestar atividade econômica em sentido estrito apenas nas hipóteses elencadas no *caput* do art. 173, concorrendo com os demais agentes econômicos privados ou monopolizando a atividade. Este artigo define as bases constitucionais para a atuação *stricto sensu* do Estado no domínio econômico, exigindo que esta se dê pela via da legalidade e quando necessária aos imperativos da segurança nacional e relevante interesse coletivo. O art. 173 da Constituição segue a tradição brasileira inaugurada em 1934, e mantida em 1946, possibilitando de forma expressa a atuação do Estado no domínio econômico, inclusive com a hipótese de instituição do monopólio estatal sobre determinados setores ou atividades:

Art. 116 da Constituição de 1934: “Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações devidas, conforme o art. 113, n. 17,

28. De Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, cit., pp. 123-140, e Eros Roberto Grau, “Constituição e serviço público”, in Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (orgs.), *Direito Constitucional - Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo, Malheiros Editores, 2001, pp. 249-267.

e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos poderes locais”.

Art. 146 da Constituição de 1946: “A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição”.

Eros Grau destaca que, nos casos de imperativos de segurança nacional, apenas a União poderá prestar a atividade econômica em sentido estrito e sob o regime de monopólio (conforme os arts. 21, III, 22, XXVIII, e 91, da Constituição, que definem a segurança nacional como competência exclusiva da União). Já nos casos de relevante interesse coletivo, como o direito econômico, é matéria de competência concorrente entre a União e os demais entes da Federação (art. 24, I, da Constituição), qualquer esfera de governo poderá atuar, desde que autorizada por lei, nos termos do art. 173 da Constituição,²⁹ como detalharei adiante.

As atividades prestadas pelo Banco do Brasil e pela Nossa Caixa são atividades econômicas em sentido estrito, não serviços públicos, justificadas com base no art. 173 da Constituição, em relevante interesse coletivo. Ao contrário da definição material de serviço público, as atividades bancárias, com a óbvia exceção da emissão de moeda,³⁰ não são propriamente

29. Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, cit., pp. 128-129, 277-278 e 281-285. V., ainda, Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 189.

30. V. os arts. 21, VII, 22, VI, e 164, *caput*, da Constituição de 1988. Sobre a emissão monetária como tarefa estatal, v. Arthur Nussbaum, *Teoría Jurídica del Dinero: el Dinero en la Teoría y en la Práctica del Derecho Alemán y Extranjero*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1929, pp. 48-50; José Tadeu de Chiara, *Moeda e Ordem Jurídica*, mimeo, São Paulo, Tese de Doutorado (Faculdade de Direito da USP), 1986, pp. 32-41; e Giampiero Di Plinio, *Diritto Pubblico dell'Economia*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 371-387. V., ainda, embora sob perspectivas distintas, Georg Friedrich Knapp,

te atividades indispensáveis à consecução da “coesão e interdependência sociais” (muito embora sejam essenciais para o desenvolvimento econômico), justificando a necessidade da prestação estatal direta ou indireta. As atividades bancárias não seriam também serviços públicos para os que adotam a concepção formal de serviço público, inspirada em Gaston Jèze (só é serviço público a prestação submetida ao regime de direito público, ao regime administrativo). A Constituição não define estas atividades como serviço público, embora sejam de fundamental importância para o processo econômico, isto é, trata-se de atividades econômicas de relevante interesse coletivo.

As atividades desenvolvidas pelos bancos públicos são atividades econômicas em sentido estrito, visando a consecução de objetivos de política econômica do Estado brasileiro, além da preservação do mercado e das relações econômicas no Brasil. O Estado brasileiro atua no setor bancário com base na preservação de relevante interesse coletivo (art. 173, *caput*, da Constituição),³¹ sendo tal caracterização repleta de efeitos para a questão analisada, pois o relevante interesse coletivo deve ser perseguido e protegido pelos dirigentes das sociedades de economia mista constituídas para tal fim.

Esta atuação estatal no setor bancário não fere, de maneira alguma, o princípio

Staatliche Theorie des Geldes, 4ª ed., München/Leipzig, Duncker e Humblot, 1923, pp. 20-36, e Eugênio Gudín, *Princípios de Economia Monetária*, vol. I, 9ª ed., Rio de Janeiro, Agir, 1976, pp. 25-26 e 215-221.

31. Sobre a importância fundamental dos bancos públicos no sistema financeiro brasileiro, com papel central no financiamento do investimento e do crescimento da economia, v. Barbara Stallings e Rogério Studart, *Finance for Development: Latin America in Comparative Perspective*, Washington/Santiago, Brookings Institution Press/United Nations – Economic Commission for Latin America and the Caribbean, 2006, pp. 230-234. Para o papel do Estado na política de crédito, v., ainda, Gérard Farjat, *Droit Économique*, cit., pp. 215-221.

constitucional da livre iniciativa (arts. 1º, IV, e 170, *caput*, da Constituição de 1988). A livre iniciativa, no texto constitucional de 1988, não representa o triunfo do individualismo econômico, mas é protegida em conjunto com a valorização do trabalho humano, em uma ordem econômica com o objetivo de garantir a todos uma vida digna,³² com base na justiça social. Isto significa que a livre iniciativa é fundamento da ordem econômica constitucional no que expressa de socialmente valioso.³³

A livre iniciativa não pode ser reduzida, sob pena de uma interpretação parcial e equivocada do texto constitucional, à liberdade econômica plena ou à liberdade de empresa, pois abrange todas as formas de produção, individuais ou coletivas,

32. Sobre as relações entre ordem econômica constitucional e dignidade da pessoa humana, v. Gilberto Bercovici, “Dignidade da pessoa humana e a Constituição Econômica de 1988”, in José Ribas Vieira (org.), *Vinte Anos da Constituição Cidadã de 1988: Efetivação ou Impasse Institucional?*, Rio de Janeiro, Forense, 2008, pp. 319-325.

33. Cf. Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, cit., pp. 200-208; Fábio Konder Comparato, “Regime constitucional do controle de preços no mercado”, *Revista de Direito Público* 97/18-23, São Paulo, Ed. RT, jan.-mar./1991, e Cláudio Pereira de Souza Neto e José Vicente Santos de Mendonça, “Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa”, in Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (coords.), *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, pp. 709-741. V., ainda, no direito europeu, Antonis Manitakis, *La Liberté du Commerce et de l'Industrie en Droit Belge et en Droit Français*, Bruxelles, Bruylant, 1979, pp. 31-37 e 265-277; Oscar de Juan Asenjo, *La Constitución Económica Española: Iniciativa Económica Pública “versus” Iniciativa Económica Privada en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 148-169; Luís S. Cabral de Moncada, *Direito Económico*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Ed., 1988, pp. 140-145; Natalino Irti, *L'Ordine Giuridico del Mercato*, 4ª ed., Roma/Bari, Laterza, 2001, pp. 18-20, 68-69, 85-88 e 93-96; e José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Ed., 2007, pp. 791-792.

como a iniciativa econômica individual, a iniciativa econômica cooperativa (arts. 5º, XVIII, e 174, § 3º e § 4º, da Constituição) e a própria iniciativa econômica pública (arts. 173 e 177 da Constituição, entre outros). A Constituição brasileira, assim como várias outras constituições contemporâneas, não exclui nenhuma forma de intervenção estatal, nem veda ao Estado atuar em nenhum domínio da atividade econômica. A amplitude maior ou menor desta atuação econômica do Estado é consequência das decisões políticas democraticamente legitimadas, não de alguma determinação constitucional expressa. Mas o Estado deve ter sua iniciativa econômica pública protegida de forma semelhante às das iniciativas privada e cooperativa. A iniciativa econômica pública, obviamente, tem suas especificidades, pois é determinada positivamente pela Constituição ou pela lei (assim como a liberdade de iniciativa privada também é limitada pela lei) e deve se dar de acordo com o interesse público, ou, mais especificamente, com os imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo (art. 173 da Constituição).³⁴

1.3 As competências federativas e o papel do Estado na economia

Em um Estado intervencionista e voltado para a implementação de políticas pú-

34. Sobre a iniciativa econômica pública, v., ainda, Oscar de Juan Asenjo, *La Constitución Económica Española*, cit., pp. 90-99; Luís S. Cabral de Moncada, *Direito Econômico*, cit., pp. 117-121; Natalino Irti, *L'Ordine Giuridico del Mercato*, cit., pp. 19-20; Paolo de Carli, *Lezioni ed Argomenti di Diritto Pubblico dell'Economia*, Padova, Cedam, 1995, pp. 36-38 e 40-41; e José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, cit., pp. 958-959 e 982-986. Para uma análise da compatibilidade e das mudanças na visão da iniciativa econômica pública a partir do processo de integração econômica européia, v. Giampiero Di Plinio, *Diritto Pubblico dell'Economia*, cit., pp. 173-178 e 531-538.

blicas, como o Estado brasileiro estruturado pela Constituição de 1988, as esferas subnacionais não têm mais como analisar e decidir, originariamente, sobre inúmeros setores da atuação estatal, que necessitam de um tratamento uniforme em escala nacional.

Isto ocorre principalmente com os setores econômico e social, que exigem uma unidade de planejamento e direção.³⁵ Antes, portanto, de o Estado social (aqui entendido como sinônimo de Estado intervencionista³⁶) estar em contradição com o Estado federal, o Estado social influi de maneira decisiva no desenvolvimento do federalismo atual, sendo o federalismo cooperativo considerado como o federalismo adequado ao Estado social.³⁷

As tensões do federalismo contemporâneo, situadas basicamente entre a exigência da atuação uniformizada e harmônica de todos os entes federados e o pluralismo federal, são resolvidas em boa parte por meio da colaboração e atuação conjunta das diversas instâncias federais. A cooperação se faz necessária para que as crescentes necessidades de homogeneização não desemoquem na centralização. A virtude da cooperação é a de buscar resultados unitários e uniformizadores sem esvaziar os poderes e competências dos

35. Konrad Hesse, *Der Unitarische Bundestaat*, Karlsruhe, Verlag C. F. Müller, 1962, pp. 13-14, e Enoch Alberti Rovira, *Federalismo y Cooperación en la República Federal Alemana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 356-357.

36. Sobre esta discussão, v. Gilberto Bercovici, *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*, São Paulo, Max Limonard, 2003, pp. 50-55.

37. Konrad Hesse, *Der Unitarische Bundestaat*, cit., pp. 32-34; Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed., Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 1999, pp. 119-120; Enoch Alberti Rovira, *Federalismo y Cooperación en la República Federal Alemana*, cit., pp. 25, 54-55 e 365-366; e Gilberto Bercovici, "O federalismo cooperativo nos Estados Unidos e no Brasil", *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre* 16/13-25, Porto Alegre, dez./2002.

entes federados em relação à União, mas ressaltando a sua complementaridade.³⁸ Podemos passar para a análise do federalismo brasileiro da Constituição de 1988, partindo da caracterização de federalismo cooperativo formulada por Enoch Rovira:

“En pocas palabras, y como punto de partida, podemos decir que la división federal del poder no se entiende ya como separación y mera yuxtaposición de esferas independientes y soberanas de gobierno, actuando cada una sobre un ámbito material propio y exclusivo, sino como colaboración entre los diversos centros de gobierno en la consecución de objetivos de común interés, como participación de todas las instancias en un esfuerzo conjunto para el cumplimiento de todas aquellas funciones y tareas que redundan en beneficio del todo, y con él, de las propias partes. La separación y la estanqueidad han sido sustituidas por lo que podemos designar como voluntad de colaboración, a impulso de las necesidades y exigencias de la realidad.”³⁹

Não é plausível, contudo, um Estado federal em que não haja um mínimo de colaboração entre os diversos níveis de governo. Faz parte da própria concepção de federalismo esta colaboração mútua. Portanto, no federalismo cooperativo, não se traz nenhuma inovação com a expressão “cooperação”. Na realidade, a diferença é o que se entende por cooperação, que, no federalismo cooperativo, é bem diferente do modelo clássico de colaboração mínima e indispensável.⁴⁰

38. Konrad Hesse, *Der Unitarische Bundestaat*, cit., pp. 19-21 e 31-32; Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, cit., pp. 103-104; e Enoch Alberti Rovira, *Federalismo y Cooperación en la República Federal Alemana*, cit., pp. 24-25 e 562-563.

39. Enoch Alberti Rovira, *Federalismo y Cooperación en la República Federal Alemana*, cit., pp. 358-359.

40. Enoch Alberti Rovira, *Federalismo y Cooperación en la República Federal Alemana*, cit., pp.

Dentre as complexas relações de interdependência entre a União e os entes federados, no federalismo cooperativo, devemos distinguir a coordenação da cooperação propriamente dita. A coordenação é, na realidade, um modo de atribuição e exercício conjunto de competências no qual os vários integrantes da Federação possuem certo grau de participação. A vontade das partes é livre e igual, com a manutenção integral de suas competências: os entes federados sempre podem atuar de maneira isolada ou autônoma. A coordenação é um procedimento que busca um resultado comum e do interesse de todos. A decisão comum, tomada em escala federal, é adaptada e executada autonomamente por cada ente federado, adaptando-a às suas peculiaridades e necessidades.⁴¹

A materialização da coordenação na repartição de poderes são as competências concorrentes.⁴² A União e os entes federados concorrem em uma mesma função, mas com âmbito e intensidade distintos. No caso brasileiro, há uma divergência doutrinária sobre a questão dos Municípios participarem, ou não, da repartição das competências concorrentes, por não estarem previstos expressamente no art. 24 da Constituição de 1988 como titulares dos poderes elencados, ao lado da União

345-346 e 365-366. V. tb. Jean Anastopoulos, *Les Aspects Financiers du Fédéralisme*, Paris, LGDJ, 1979, pp. 409-410, e Klaus Friedrich Arndt, Wolfgang Heyder e Gebhard Ziller, “Interdependência política no federalismo cooperativo”, in *O Federalismo na Alemanha*, Série Traduções 7, Rio de Janeiro, Konrad Adenauer Stiftung, 1995, p. 107.

41. Enoch Alberti Rovira, *Federalismo y Cooperación en la República Federal Alemana*, cit., pp. 361-365, 367-369 e 463-477.

42. V. Kenneth C. Wheare, *Federal Government*, London/New York, Oxford University Press/Royal Institute of International Affairs, 1947, pp. 79-84. De acordo com vários autores, a técnica das competências concorrentes seria típica do federalismo cooperativo. Cf. Fernanda Dias Menezes de Almeida, *Competências na Constituição de 1988*, São Paulo, Atlas, 1991, p. 53.

e Estados. Na opinião de Fernanda Menezes de Almeida, apesar de não constarem expressamente no art. 24, os Municípios não foram excluídos da repartição de competências concorrentes. Para ela, a titularidade dos Municípios está garantida pelo art. 30, II, da Constituição, que dá competência aos Municípios para legislar de maneira suplementar no que lhes couber.⁴³

Cada parte decide, dentro de sua esfera de poderes, de maneira separada e independente, com a ressalva da prevalência do direito federal, que estabelece as chamadas “normas gerais”. Em relação ao caso brasileiro, é necessário definirmos o que deve ser entendido por “normas gerais”, previstas nos §§ 1º, 2º, 3º e 4º, do art. 24 da Constituição de 1988. De acordo com Tércio Sampaio Ferraz Jr., a expressão “normas gerais” exige que seu conteúdo seja analisado de maneira teleológica. As “normas gerais” devem se reportar ao interesse fundamental da ordem federativa. Como a Federação brasileira tem por fundamento a solidariedade, que exige a colaboração de todos os seus integrantes, existe a necessidade de uniformização de certos interesses como base desta cooperação. Desta maneira, toda matéria que ultrapassar o interesse particular de um ente federado porque é comum, ou seja, interessa a todos, ou envolver conceituações que, se fossem particularizadas num âmbito subnacional, gerariam conflitos ou dificuldades nacionalmente, é matéria de “norma geral”.⁴⁴ Justamente dentre as

matérias elencadas no texto constitucional de 1988 como de competência concorrente da União e demais entes federados está o direito econômico (art. 24, I, da Constituição).⁴⁵

Já na cooperação, nem a União, nem qualquer ente federado pode atuar isoladamente, mas todos devem exercer sua competência conjuntamente com os demais.⁴⁶ Na repartição de competências, a cooperação se revela nas chamadas com-

uma análise clássica (e ainda pertinente) sobre o assunto no Brasil, v. os textos de Victor Nunes Leal, “Leis Federais e Estaduais” e “Leis Municipais”, in *Problemas de Direito Público*, Rio de Janeiro, Forense, 1960, pp. 109-178. V., ainda, Enoch Alberti Rovira, *Federalismo y Cooperación en la República Federal Alemana*, cit., pp. 84-85, 89-95, 366-367 e 462-463. De acordo com Enoch Rovira, a disposição que determina a prevalência do direito federal sobre o direito estadual (e, no nosso caso, também o direito municipal) é uma “norma de colisão” (*Kollisionsnorm*), não de competência. Esta determinação da prevalência do direito federal (na Constituição de 1988 está expressa no art. 24, § 4º) não diz respeito à repartição de competências entre a União e os demais entes federados, mas como devem ser resolvidos eventuais conflitos oriundos da repartição, determinando, nestes casos, qual é o direito válido. V. Enoch Alberti Rovira, idem, pp. 119-128. V. também Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 116. Para Raul Machado Horta, a Constituição de 1988 abandonou a tradição constitucional anterior, onde a competência concorrente dizia respeito apenas à suplementação, pelos Estados, da legislação de competência privativa da União. O art. 24 da Constituição, em sua opinião, deu autonomia material e formal à competência concorrente, ao definir matérias próprias que são objeto das normas gerais federais e das normas suplementares estaduais. Cf. Raul Machado Horta, “Repartição de competências na Constituição Federal de 1988”, in *Direito Constitucional*, 2ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1999, pp. 356-357 e 366-368.

45. De Washington Peluso Albino de Souza, *Primeiras Linhas de Direito Econômico*, cit., pp. 23-24 e 46-47, e Washington Peluso Albino de Souza, *Teoria da Constituição Econômica*, Belo Horizonte, Del Rey, 2002, pp. 205-263; e Giovanni Clark, *O Município em Face do Direito Econômico*, Belo Horizonte, Del Rey, 2001, pp. 94-102.

46. Enoch Alberti Rovira, *Federalismo y Cooperación en la República Federal Alemana*, cit., pp. 369-370 e 487. V. tb. Raul Machado Horta, “Repar-

43. V. Fernanda Dias Menezes de Almeida, *Competências na Constituição de 1988*, cit., pp. 80, 125, 139 e 167-171. Esta é a posição que considero mais adequada, dentro do sistema constitucional de 1988. Em sentido contrário, v. especialmente Tércio Sampaio Ferraz Jr., “Normas gerais e competência concorrente – Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal”, *Revista Trimestral de Direito Público* 7/19-20, São Paulo, Malheiros Editores, 1994.

44. Cf. Tércio Sampaio Ferraz Jr., “Normas gerais e competência concorrente – Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal”, cit., pp. 18-19. Para

petências comuns, consagradas no art. 23 da Constituição de 1988. Nas competências comuns, todos os entes da Federação devem colaborar para a execução das tarefas determinadas pela Constituição. E mais: não existindo supremacia de nenhuma das esferas na execução destas tarefas, as responsabilidades também são comuns, não podendo nenhum dos entes da Federação se eximir de implementá-las, pois o custo político recai sobre todas as esferas de governo.⁴⁷ A cooperação parte do pressuposto da estreita interdependência que existe em inúmeras matérias e programas de interesse comum, o que dificulta (quando não impede) a sua atribuição exclusiva ou preponderante a um determinado ente, diferenciando, em termos de repartição de competências, as competências comuns das competências concorrentes e exclusivas.⁴⁸

O interesse comum viabiliza a existência de um mecanismo unitário de decisão, no qual participam todos os integrantes da Federação. Na realidade, há dois momentos de decisão na cooperação. O primeiro se dá em nível federal, quando se determina, conjuntamente, as medidas a serem adotadas, uniformizando-se a atuação de todos os poderes estatais competentes em determinada matéria. O segundo momento ocorre em nível estadual ou regional, quando cada ente federado adapta a decisão tomada em conjunto às suas características e necessidades. Na cooperação, em geral, a decisão é conjunta, mas a execução se realiza de maneira separada, embora possa haver, também,

uma atuação conjunta, especialmente no tocante ao financiamento das políticas públicas.⁴⁹

Em termos federativos, o debate sobre políticas públicas e desenvolvimento está estreitamente vinculado à concepção do federalismo cooperativo e seus instrumentos de atuação conjunta. Para Joachim Hesse, o termo-chave da cooperação é a elaboração de política conjunta (*Politikverflechtung*).⁵⁰ E, no caso brasileiro, a política conjunta está vinculada diretamente à responsabilidade comum decorrente das políticas e tarefas estatais (*Staatsaufgaben*),⁵¹ cuja ênfase deve se dar no processo de cooperação intergovernamental e nas políticas dele derivadas.⁵²

49. Enoch Alberti Rovira, *Federalismo y Cooperación en la República Federal Alemana*, cit., pp. 374-376. V. tb. Jean Anastopoulos, *Les Aspects Financiers du Fédéralisme*, cit., pp. 114-115 e 224-227; Joachim Jens Hesse, “República Federal da Alemanha: do federalismo cooperativo à elaboração de política conjunta”, in *O Federalismo na Alemanha*, cit., pp. 128-129; e Eberhard Thiel, “O significado das disposições legais da estrutura do Estado Federativo para a política econômica prática”, in *O Federalismo na Alemanha*, cit., pp. 179-180.

50. Cf. Joachim Jens Hesse, “República Federal da Alemanha: do federalismo cooperativo à elaboração de política conjunta”, cit., pp. 117-118.

51. O debate sobre as “tarefas do Estado” (*Staatsaufgaben*) é o debate alemão que trata das políticas previstas constitucionalmente, sua estruturação administrativa, responsabilidade por sua execução, mecanismos de cooperação administrativa e financeira, etc. Por tratar diretamente de questões vinculadas ao desenho da cooperação federativa, entendemos que pode ser muito útil para uma comparação com os dilemas enfrentados pelo federalismo cooperativo no Brasil. Sobre este tema, v. Franz-Xaver Kaufmann, “Diskurse über Staatsaufgaben”, in Dieter Grimm (org.), *Staatsaufgaben*, Frankfurt-am-Main, Suhrkamp, 1996, pp. 15-38; Dieter Grimm, “Der Wandel der Staatsaufgaben und die Zukunft der Verfassung”, in Dieter Grimm (org.), *Staatsaufgaben*, cit., pp. 613-638; e Josef Isensee, “Staatsaufgaben”, in Josef Isensee e Paul Kirchhof (orgs.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 4, 3ª ed., Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2006, pp. 118-159.

52. Joachim Jens Hesse, “República Federal da Alemanha: do federalismo cooperativo à elaboração de política conjunta”, cit., pp. 121-124 e 132-137.

tição de competências na Constituição Federal de 1988”, cit., pp. 364-366.

47. V. especialmente Sueli Gandolfi Dallari, *Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde*, São Paulo, Hucitec, 1995, pp. 38-42 e 79-80. V. tb. Marta Arretche, *Estado Federativo e Políticas Sociais: Determinantes da Descentralização*, Rio de Janeiro, Revan, 2000, p. 56.

48. Enoch Alberti Rovira, *Federalismo y Cooperación en la República Federal Alemana*, cit., pp. 373-374.

O fato de o direito econômico encontrar-se entre as matérias elencadas como de competência concorrente (art. 24, I), é reforçado pela circunstância de que as finalidades e objetivos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios são os mesmos, determinados pela Constituição de 1988, devendo utilizar de forma coordenada os instrumentos de que dispõem, na sua esfera de competências, para atuarem na esfera econômica.⁵³ No caso da política financeira e creditícia, a atuação conjunta é, inclusive, determinada pela própria estruturação do Sistema Financeiro Nacional (Lei n. 4.595/1964), não obstante o fato de ser a política de crédito de competência exclusiva da União (arts. 21, VIII, e 22, VII, da Constituição).⁵⁴ No Brasil, historicamente o papel do setor bancário público na política creditícia e financeira é preponderante,⁵⁵ o que torna toda e qualquer atuação conjunta entre instituições financeiras públicas federais e estaduais absolutamente positiva para o desenvolvimento nacional. A incorporação de uma sociedade de economia mista estadual por uma sociedade de economia mista federal, com a unificação das políticas creditícias

das instituições financeiras públicas por meio da incorporação da Nossa Caixa ao Banco do Brasil, não afeta a realização das políticas governamentais de crédito e fomento. Pelo contrário, pode, inclusive, ser um fator de melhor coordenação e maior eficiência na obtenção do interesse público.

1.4 A sociedade de economia mista como instrumento de atuação estatal

É incorreto aceitar acriticamente conceitos e princípios pré-constitucionais só por estarem consolidados na doutrina administrativista. A Constituição obriga a reformulação, mesmo que parcial, de todas as categorias do direito administrativo. A realização dos programas constitucionais não depende dos operadores jurídicos, mas de inúmeros outros fatores, como a Administração Pública, para ser concretizada. Este “protagonismo político” da Administração, como ressalta Paulo Otero, está bem longe da tradição administrativista liberal. Fica patente, portanto, a necessidade de construção de um direito administrativo dinâmico, a serviço da concretização dos direitos fundamentais e da Constituição.⁵⁶

53. Para um exemplo de um Estado que não é propriamente federativo, mas que reparte competências de atuação na esfera econômica com entes subnacionais, v. Oscar de Juan Asenjo, *La Constitución Económica Española*, cit., pp. 249-311 e Juan José Solozábal Echavarría, “El Estado Social como Estado Autônomo”, in *Teoría y Realidad Constitucional* 3/61-78, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia/Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, jan.-jun./1999.

54. Geraldo de Camargo Vidigal, *Fundamentos do Direito Financeiro*, São Paulo, Ed. RT, 1973, pp. 276-277. Sobre a necessidade de atuação conjunta da União e dos entes federados na política financeira e creditícia, v. C. J. de Assis Ribeiro, *Análise Jurídica do Crédito Público*, Rio de Janeiro, Edições Financeiras, 1954, pp. 175-189.

55. Sobre o predomínio do setor bancário público (especialmente o BNDES, o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal) na oferta de crédito para o setor privado (especialmente pequenas e médias empresas) e no financiamento de longo prazo no Brasil, v. Barbara Stallings e Rogerio Studart, *Finance for Development*, cit., pp. 241-247 e 252-255.

56. Peter Badura, *Verwaltungsrecht im liberal und im sozialen Rechtsstaat*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1966, pp. 12-27; Antonio Troncoso Reigada, “Dogmática administrativa y Derecho Constitucional: el caso del servicio público”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 57/87-98, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, set.-dez./1999, e Paulo Otero, “Constituição e legalidade administrativa: a revolução dogmática do Direito Administrativo”, in André Ramos Tavares, Olavo A. V. Alves Ferreira e Pedro Lenza (coords.), *Constituição Federal, 15 Anos: Mutação e Evolução – Comentários e Perspectivas*, São Paulo, Método, 2003, pp. 147-151. V. tb. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed., Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 1999, pp. 93-94, e Dieter Grimm, “Die Zukunft der Verfassung”, in *Die Zukunft der Verfassung*, 2ª ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994, pp. 434-437.

Sob a Constituição de 1988, as empresas estatais estão subordinadas às finalidades do Estado, como o desenvolvimento (art. 3º, II, da Constituição). Neste sentido, é correta a afirmação de Paulo Otero, para quem o interesse público é o fundamento, o limite e o critério da iniciativa econômica pública.⁵⁷ A legitimação constitucional, no caso brasileiro, desta iniciativa econômica pública, da qual as sociedades de economia mista Banco do Brasil e Nossa Caixa constituem exemplos, se dá pelo cumprimento dos requisitos constitucionais e legais fixados para a sua atuação.

Como ressalta Washington Peluso Albino de Souza, a criação de uma empresa estatal, como uma sociedade de economia mista, já é um ato de política econômica.⁵⁸ Os objetivos do Banco do Brasil e da Nossa Caixa estão fixados por lei, não podendo furtar-se a estes objetivos. Devem cumpri-los, sob pena de desvio de finalidade. Para isto foram criados e são mantidos pelo Poder Público (federal ou estadual), integrando o Sistema Financeiro Nacional.

A sociedade de economia mista, como o Banco do Brasil ou a Nossa Caixa, é um instrumento de atuação do Estado, devendo estar acima, portanto, dos interesses privados. Embora se apliquem às sociedades de economia mista as disposições da Lei das S/A, esta também prescreve no seu art. 238 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 finalidade diversa da prevista em lei,⁵⁹ conforme expressa o art. 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) 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.⁶⁰ 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). Nas palavras de Eros Roberto Grau:

“O Estado moderno é o Estado das políticas públicas. Ao desenvolvê-las, por certo não há de visar, o Estado, a produção de lucro, mas a realização justamente daquela linha de maior vantagem de que fala Washington Peluso Albino de Sou-

59. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, cit., pp. 417-418.

60. Cf. Fábio Konder Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1977, pp. 289 e 390-391, e Eros Roberto Grau, “Sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações e autarquias prestadoras de serviço público: o tema do lucro”, *Revista Trimestral de Direito Público* 6/273-276, São Paulo, Malheiros Editores, 1994. V., ainda, Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 4, t. I, cit., pp. 376-378 e 412-418, e Günter Püttner, *Die öffentlichen Unternehmen*, cit., pp. 86-87.

57. Paulo Otero, *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra, Coimbra Ed., 1998, pp. 122-131 e 199-217. V. tb. Günter Püttner, *Die öffentlichen Unternehmen*, cit., pp. 87-98; Jean-Philippe Colson, *Droit Public Économique*, cit., pp. 99-111; e Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, cit., pp. 178-183.

58. Washington Peluso Albino de Souza, *Primeiras Linhas de Direito Econômico*, cit., p. 278.

za, o que supõe máxima eficácia social ponderada desde os valores ideológicos consagrados no plano constitucional. Daí porque sustento que o princípio da economicidade impõe à Administração a busca da máxima eficácia social na implementação das políticas públicas a seu cargo e não a geração de lucro.⁶¹

A finalidade de qualquer ente da Administração é obter um resultado de interesse público, decorrente explícita ou implicitamente da lei. Isto quer dizer que a finalidade é condição obrigatória de legalidade de qualquer atuação administrativa, marcada, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, pela idéia de função. Quem define a finalidade da atuação dos órgãos da Administração Pública é o legislador, não as autoridades administrativas. Na possibilidade de se ver infringida, direta ou indiretamente, a finalidade legal, como o atendimento de um fim particular em detrimento do interesse público, ou, na feliz expressão de Caio Tácito, “a aplicação da competência para fim estranho ao estabelecido em lei”, estará ocorrendo desvio de finalidade ou desvio de poder.⁶²

61. Eros Roberto Grau, “Sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações e autarquias prestadoras de serviço público: o tema do lucro”, cit., p. 276. V., ainda, Günter Püttner, *Die öffentlichen Unternehmen*, cit., pp. 106-110.

62. O excesso de poder (*détournement de pouvoir*) é uma criação jurisprudencial do Conselho de Estado francês no final do século XIX, sendo o desvio de poder (ou desvio de finalidade) uma de suas formas possíveis de manifestação. No direito público brasileiro, a doutrina do desvio de finalidade foi introduzida a partir das considerações de Miguel Seabra Fagundes, Victor Nunes Leal (que, embora favorável à tese, buscou, corretamente, restringir a possibilidade de análise judicial sobre o mérito e a discricionariedade dos atos administrativos, tentando evitar, assim, que o legislador fosse substituído pelo juiz) e Caio Tácito. V. Miguel Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, pp. 71-73; Victor Nunes Leal, “Poder discricionário e ação arbitrária da Administração”, in *Problemas de Direito Público*, Rio de Janeiro, Forense, 1960, pp. 278-294; de Caio Tácito, “O abuso do poder admi-

Há, no desvio de finalidade, uma incompatibilidade objetiva, ainda que possa ser disfarçada,⁶³ entre a finalidade legal que deveria ser atendida e a intenção particular de finalidade do ato praticado pela autoridade administrativa.

Aqui, portanto, trata-se, da clássica contraposição entre o interesse público e os interesses privados. Preservar e agir de acordo com o interesse público⁶⁴ é o dever fundamental da Administração Pública, da qual fazem parte a sociedade de economia mista Banco do Brasil (esfera federal) e a sociedade de economia mista Nossa Caixa (esfera estadual). O interesse público é indisponível por parte da Administração Pública, fundamentando o que Rogério Ehrhardt Soares denomina de “dever da boa administração”: o administrador público deve atuar e esta atuação deve ocorrer em uma determinada direção, expressa nas diretrizes e princípios constitucionais.⁶⁵ Ainda nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

nistrativo no Brasil”, in *Temas de Direito Público*, vol. 1, cit., pp. 39 e 52-53.; Caio Tácito, “O desvio de poder em matéria administrativa”, in *Temas de Direito Público*, vol. 1, cit., pp. 74-75, 89-92, 101-103 e 157-158, e Caio Tácito, “Teoria e prática do desvio de poder”, in *Temas de Direito Público*, cit., vol. 1, pp. 162-168 e 178-180. Para o debate na doutrina brasileira recente, v., de Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1996, pp. 53-83; Celso Antônio Bandeira de Mello, e *Curso de Direito Administrativo*, cit., pp. 377-380 e 923-926; e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, cit., pp. 194-195, 203, 222 e 225. Para o caso das sociedades de economia mista, v., ainda, Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, cit., vol. 4, t. I, p. 417.

63. Miguel Seabra Fagundes fala explicitamente em “burla da intenção legal”. Cf. Miguel Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, cit., p. 72.

64. Sobre a supremacia do interesse público, v. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, cit., pp. 58-75 e 85-88, e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, cit., pp. 59-62.

65. Rogério Guilherme Ehrhardt Soares, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra, Facul-

“Quem exerce ‘função administrativa’ está adscrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos: vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido.”⁶⁶

Mesmo os autores que recentemente vêm defendendo a “relativização”, ou mesmo o fim, da supremacia do interesse público sobre os interesses privados,⁶⁷ concordam que é dever do Estado e da Administração Pública a proteção aos direitos fundamentais e o respeito à Constituição.⁶⁸ No Estado Democrático de Direito, como o instituído pela Constituição de 1988, a base do direito administrativo só pode ser o direito constitucional, que estabelece os seus parâmetros: o direito administrativo é o “direito constitucional concretizado”.⁶⁹

dade de Direito da Universidade de Coimbra, 1955, pp. 179-205, e Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, cit., pp. 62-63.

66. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 60.

67. V., por todos, Peter Häberle, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem: Eine Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung*, 2ª ed., Berlin, Berliner Wissenschafts Verlag, 2006, especialmente pp. 52-53, 60-70 e 525-552. No Brasil, v. a obra coletiva *Interesses Públicos “versus” Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*, Daniel Sarmento (org.), Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

68. Peter Häberle, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, cit., pp. 351-359; Daniel Sarmento, “Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional”, pp. 79-109, e Paulo Ricardo Schier, “Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais”, pp. 217-242, ambos ensaios publicados na já referida obra coletiva *Interesses Públicos “versus” Interesses Privados*, Daniel Sarmento (org.), cit.

69. Para esta concepção, v. Fritz Werner, “Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht”, in *Recht und Gericht in unserer Zeit: Reden, Vorträge, Aufsätze 1948-1969*, Köln, Carl Heymans Verlag, 1971, pp. 212-226.

As finalidades do Banco do Brasil e da Nossa Caixa estão definidas na legislação. Ambos são instrumentos da política nacional de crédito, como determina o art. 22, *caput*, da Lei n. 4.595/1964: “As instituições financeiras públicas são órgãos auxiliares da execução da política de crédito do Governo Federal”.

O Banco do Brasil caracteriza-se por ser o principal instrumento das políticas de crédito nacionais,⁷⁰ com destaque ao crédito rural, ao financiamento do comércio exterior e à preocupação com as necessidades creditícias distintas das várias regiões do país, além de atuar de forma suplementar à rede bancária privada.⁷¹ Suas funções estão previstas expressamente no art. 19 da mesma Lei n. 4.595/1964:

Art. 19. Ao Banco do Brasil S/A competirá precipuamente, sob a supervisão do Conselho Monetário Nacional e como instrumento de execução da política creditícia e financeira do Governo Federal:

70. V. a menção expressa nos objetivos da Reforma Bancária de 1964, in Ministério do Planejamento e Coordenação Econômica, *Programa de Ação Econômica do Governo, 1964-1966 (Síntese)*, 2ª ed., Brasília, Escritório de Pesquisa Econômica Aplicada, 1965, p. 74.

71. Sobre as funções do Banco do Brasil, v. José Xavier Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. VI, 5ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1956, pp. 128-140; Waldemar Martins Ferreira, *A Sociedade de Economia Mista em seu Aspecto Contemporâneo*, cit., pp. 93-95; Alberto Venâncio Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, cit., pp. 256-257; Manuel de Oliveira Franco Sobrinho, *Comentários à Reforma Administrativa Federal*, cit., pp. 344-346; e Thomas J. Trebat, *Brazil's State-Owned Enterprises: a Case Study of the State as Entrepreneur*, reimpr., Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2006, pp. 23-24. Sobre o processo de centralização da autoridade monetária no Banco Central, em detrimento do Banco do Brasil, que só foi finalizado com a Constituição de 1988, v. Gilberto Bercovici e Luís Fernando Massonetto, “A Constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição financeira e a agonia da Constituição econômica”, *Boletim de Ciências Econômicas*, vol. XLIX, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2006, pp. 60-66.

I – na qualidade de Agente, Financeiro do Tesouro Nacional, sem prejuízo de outras funções que lhe venham a ser atribuídas e ressalvado o disposto no art. 8º, da Lei n. 1.628, de 20 de junho de 1952:

a) receber, a crédito do Tesouro Nacional, as importâncias provenientes da arrecadação de tributos ou rendas federais e ainda o produto das operações de que trata o art. 49, desta lei;

b) realizar os pagamentos e suprimentos necessários à execução do Orçamento Geral da União e leis complementares, de acordo com as autorizações que lhe forem transmitidas pelo Ministério da Fazenda, as quais não poderão exceder o montante global dos recursos a que se refere a letra anterior, vedada a concessão, pelo Banco, de créditos de qualquer natureza ao Tesouro Nacional;

c) conceder aval, fiança e outras garantias, consoante expressa autorização legal;

d) adquirir e financiar estoques de produção exportável;

e) executar a política de preços mínimos dos produtos agropastoris;

f) ser agente pagador e receptor fora do País; g) executar o serviço da dívida pública consolidada;

II – como principal executor dos serviços bancários de interesse do Governo Federal, inclusive suas autarquias, receber em depósito, com exclusividade, as disponibilidades de quaisquer entidades federais, compreendendo as repartições de todos os ministérios civis e militares, instituições de previdência e outras autarquias, comissões, departamentos, entidades em regime especial de administração e quaisquer pessoas físicas ou jurídicas responsáveis por adiantamentos, ressalvados o disposto no § 5º deste artigo, as exceções previstas em lei ou casos especiais, expressamente autorizados pelo Conselho Monetário Nacional, por proposta do Banco Central da República do Brasil.⁷²

72. Esta competência hoje, pelo art. 164, § 3º, da Constituição, é do Banco Central.

III – arrecadar os depósitos voluntários, à vista, das instituições de que trata o inciso III, do art. 10, desta lei, escriturando as respectivas contas;

IV – executar os serviços de compensação de cheques e outros papéis;

V – receber, com exclusividade, os depósitos de que tratam os arts. 38, item 3º, do Decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940, e 1º do Decreto-lei n. 5.956, de 1.11.1943, ressalvado o disposto no art. 27, desta lei;

VI – realizar, por conta própria, operações de compra e venda de moeda estrangeira e, por conta do Banco Central da República do Brasil, nas condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional;

VII – realizar recebimentos ou pagamentos e outros serviços de interesse do Banco Central da República do Brasil, mediante contratação na forma do art. 13, desta lei;

VIII – dar execução à política de comércio exterior;

IX – financiar a aquisição e instalação da pequena e média propriedade rural, nos termos da legislação que regular a matéria;

X – financiar as atividades industriais e rurais, estas com o favorecimento referido no art. 4º, inciso IX, e art. 53, desta lei;

XI – difundir e orientar o crédito, inclusive às atividades comerciais suplementando a ação da rede bancária;

a) no financiamento das atividades econômicas, atendendo às necessidades creditícias das diferentes regiões do País;

b) no financiamento das exportações e importações.⁷³

§ 1º. O Conselho Monetário Nacional assegurará recursos específicos que possibilitem ao Banco do Brasil S/A, sob

73. A Lei n. 8.490, de 19 de novembro de 1992, transferiu as atribuições de executar a política de comércio exterior do Ministério da Fazenda para o Ministério da Indústria e Comércio.

adequada remuneração, o atendimento dos encargos previstos nesta lei.

§ 2º. Do montante global dos depósitos arrecadados, na forma do inciso III deste artigo o Banco do Brasil S/A. Colocará à disposição do Banco Central da República do Brasil, observadas as normas que forem estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, a parcela que exceder as necessidades normais de movimentação das contas respectivas, em função dos serviços aludidos no inciso IV deste artigo.

§ 3º. Os encargos referidos no inciso I, deste artigo, serão objeto de contratação entre o Banco do Brasil S/A e a União Federal, esta representada pelo Ministro da Fazenda.

§ 4º. O Banco do Brasil S/A prestará ao Banco Central da República do Brasil todas as informações por este julgadas necessárias para a exata execução desta lei.

§ 5º. Os depósitos de que trata o inciso II deste artigo, também poderão ser feitos nas Caixas econômicas Federais, nos limites e condições fixadas pelo Conselho Monetário Nacional.

Em relação à Nossa Caixa, suas funções estavam previstas no art. 2º da Lei Estadual n. 10.430/1971, revogado expressamente pelo art. 12 da Lei Estadual n. 10.853/2001, que redefiniu o objeto social da Nossa Caixa em seu art. 1º:

Art. 2º da Lei Estadual n. 10.430/1971:

A CEESP terá por finalidade estimular a poupança popular, aplicando seus depósitos em operações de crédito relacionadas com a promoção social e o bem-estar da comunidade, cabendo-lhe especificamente:

I – captar poupanças populares;

II – conceder empréstimos destinados a atender a empreendimentos educacionais, habitacionais, de saúde e saneamento, bem assim a programas de promoção cultural;

III – conceder crédito pessoal;

IV – conceder a Municípios, empréstimos para execução de serviços e obras e para o financiamento de operações de crédito por antecipação de receita.

Parágrafo único. As operações que, pela sua natureza, se incluam entre as habitualmente exercidas por outras instituições privadas, serão realizadas mediante refinanciamento.

Art. 1º da Lei Estadual n. 10.853/2001:

O Banco Nossa Caixa S/A, criado sob a denominação de CEESP – Caixa Econômica do Estado de São Paulo S/A pela Lei Estadual n. 10.430, de 16 de dezembro de 1971, passa a constituir-se em sociedade de economia mista, sob a forma de sociedade por ações, com sede, foro e administração na cidade de São Paulo, tendo por objeto social a atividade bancária, realizada por meio de operações ativas, passivas e acessórias inerentes às respectivas carteiras autorizadas, como banco múltiplo com carteira comercial, de crédito imobiliário e de câmbio, bem como a emissão e administração de cartões de crédito, nos termos das normas regulamentares pertinentes, podendo participar ainda de outras sociedades, nos termos desta lei e das demais disposições legais aplicáveis.

A legislação pertinente demonstra a proximidade e a sinergia existente entre as funções das duas sociedades de economia mista. Mesmo sob uma definição mais restrita de suas funções, a Nossa Caixa atuava no âmbito estadual paralelamente à atuação do Banco do Brasil em todo o país. A ampliação de seu objeto social, em 2001, para as atividades bancárias de um banco múltiplo apenas reforçou esta similaridade e proximidade na atuação de ambos os bancos, instrumentos da política econômica de seus respectivos titulares, a União e o Estado de São Paulo.

Nunca é demais tornar a ressaltar como os bancos públicos são essenciais

para a política monetária, creditícia e fiscal do Estado brasileiro.⁷⁴ O Estado contemporâneo não pode se limitar à uma atuação mínima, mas deve dimensionar seus recursos de maneira a satisfazer o mais amplamente possível as necessidades sociais. Neste contexto, o funcionamento do crédito, que estende o campo das trocas do presente e dos bens disponíveis para o futuro e aos bens a produzir, é essencial como instrumento de direção da política econômica tendo em vista a manutenção da atividade econômica, o crescimento e a ampliação das oportunidades de emprego.⁷⁵ E, no Brasil, historicamente, o crédito é instrumentalizado, em sua maior parte, por intermédio dos bancos públicos, como o Banco do Brasil e a Nossa Caixa.

1.5 A incorporação de uma sociedade de economia mista por outra sociedade de economia mista e a inexigibilidade de licitação

A incorporação é a operação pela qual uma sociedade é absorvida por outra, que a sucede em direitos e obrigações (art. 227 da Lei n. 6.404/1976). A doutrina brasileira praticamente não diverge no que diz respeito à natureza da operação de incorporação. Não se trata de uma compra e venda de controle acionário, mas da absorção de uma companhia, que deixa de existir, por outra, que aumenta seu capital e assume todos os seus direitos e obrigações (sucessão universal),⁷⁶ recebendo os

acionistas que possuíam ações da companhia incorporada o valor correspondente em ações da companhia incorporadora. Trata-se, na expressão precisa de Modesto Carvalhosa, “de oferta e troca de posições acionárias”. Com a incorporação, a companhia incorporada se extingue,⁷⁷ sem passar pelo processo de dissolução ou liquidação, pois integra-se totalmente na companhia incorporadora.⁷⁸ Sobre a incorporação, afirmou José Xavier Carvalho de Mendonça: “Esta, porém, não deixa de ser o que realmente é: a transferência do patrimônio de uma para outra sociedade, mediante equivalente”.⁷⁹

Sendo o Banco do Brasil e a Nossa Caixa sociedades de economia mista, portanto, constituídas sob a forma de sociedade anônima, não haveria, em princípio, qualquer obstáculo à realização da operação de incorporação, pois a Lei n. 6.404/1976 também se aplica às socieda-

IV, cit., p. 199; Waldirio Bulgarelli, *Fusões, Incorporações e Cisões de Sociedades*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 1998, pp. 107-113; Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 4, t. I, cit., pp. 279 e 282; e José Edwaldo Tavares Borba, *Direito Societário*, 10ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 489.

77. A fusão cria uma nova sociedade, extinguindo as sociedades originárias, já a incorporação extingue a sociedade incorporada, mas mantém a sociedade incorporadora. Cf. José Xavier Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. IV, cit., pp. 196-198; Waldirio Bulgarelli, *Fusões, Incorporações e Cisões de Sociedades*, cit., pp. 48-78; Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 4, t. I, cit., pp. 296-297; e José Edwaldo Tavares Borba, *Direito Societário*, cit., p. 489.

78. José Xavier Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. IV, cit., pp. 196-201; Waldirio Bulgarelli, *Fusões, Incorporações e Cisões de Sociedades*, cit., pp. 79-113 e 216-225; Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 4, t. I, cit., pp. 273-291; Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik, *A Nova Lei das S/A*, São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 372-383; e José Edwaldo Tavares Borba, *Direito Societário*, cit., pp. 488-495 e 498-499.

79. José Xavier Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. IV, cit., p. 198.

74. Sobre o papel essencial que os bancos emissores possuem na política econômica, v. Otto Pfeleiderer, “Die Notenbank im System der wirtschaftspolitischen Steuerung”, in Joseph H. Kaiser (org.), *Planung III: Mittel und Methoden planender Verwaltung*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1968, pp. 409-427.

75. Geraldo de Camargo Vidigal, *Fundamentos do Direito Financeiro*, cit., pp. 38-39, 42-43, 51 e 199-203.

76. Sobre a sucessão universal no processo de incorporação, v. José Xavier Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol.

des de economia mista. No entanto, a sociedade de economia mista também está submetida ao regime de direito público e à legislação que autorizou a sua instituição.

O art. 37, XX, da Constituição de 1988 determina que a criação de subsidiárias das entidades administrativas mencionadas no inciso XIX do mesmo artigo (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações), bem como sua participação em empresa privada depende de autorização legislativa. No caso sob exame, o Banco do Brasil, sociedade de economia mista, não necessita desta autorização legislativa, pois não está criando nenhuma subsidiária ou participando de alguma empresa privada. O Banco do Brasil está propondo incorporar ao seu patrimônio uma outra sociedade de economia mista, a Nossa Caixa.

Da mesma forma que a sociedade de economia mista deve ter sua criação autorizada por lei (art. 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,⁸⁰ estando hoje consagrada no art. 61, § 1º, II, e, da Constituição de 1988, com a redação alterada pela Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001:

Art. 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).

Como a incorporação não acarreta a extinção da sociedade de economia mista Banco do Brasil e também não afeta os

seus objetivos legais, é desnecessária a autorização legislativa prevista nos arts. 37, XIX, e 61, § 1º, II, e, da Constituição. A operação de incorporação não implica em alienação de qualquer tipo de bem imóvel, não sendo exigível a autorização legislativa prevista na Lei de Licitações (art. 17, *caput*).

Já no caso da Nossa Caixa, como haverá, resultante do processo de incorporação, sua extinção, se faz necessária a autorização legislativa. A Constituição do Estado de São Paulo de 1989, em seu art. 115, XXI, exige prévia autorização legislativa para a criação, transformação, fusão, cisão, incorporação, privatização ou extinção das sociedades de economia mista, autarquias, fundações e empresas públicas.

Resta, ainda, uma última consideração a ser feita em relação a um dispositivo da Constituição do Estado de São Paulo, o art. 173, que declara serem agentes financeiros do Tesouro Estadual o Banco do Estado de São Paulo S/A e a Caixa Econômica do Estado de São Paulo S/A (atual Nossa Caixa S/A). Após uma leitura apressada do texto, este artigo poderia ser utilizado como óbice à incorporação da Nossa Caixa pelo Banco do Brasil. Mas, na realidade, não é o que se depreende em uma análise um pouco mais detida deste dispositivo constitucional estadual.

O fato de o art. 173 da Constituição Estadual declarar o Banespa e a Nossa Caixa como agentes financeiros do Estado de São Paulo significa que estas instituições financeiras detém esta função enquanto controladas pelo Poder Público estadual, seguindo o disposto no art. 164, § 3º, da Constituição de 1988:

Art. 164, § 3º: “As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no Banco Central; as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do poder público e das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei”.

80. Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 190, e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, cit., pp. 414-416.

A decretação do Regime de Administração Especial Temporária (RAET), em 30 de dezembro de 1994,⁸¹ a federalização, em 26 de dezembro de 1997,⁸² e posterior privatização do Banespa, ocorrida em 20 de novembro de 2000, retirou deste banco a função de agente financeiro do Tesouro Estadual, função esta que passou com exclusividade para a Nossa Caixa, como instituição financeira pública estadual remanescente. Caso ocorra a incorporação da Nossa Caixa ao Banco do Brasil, incorporação esta autorizada pelo art. 115, XXI, da Constituição do Estado de São Paulo, deixará de existir uma instituição financeira pública estadual e o art. 173 da Constituição Estadual terá que continuar a ser interpretado e aplicado em de acordo com o art. 164, § 3º, devendo as disponibilidades de caixa do Estado de São Paulo ser depositadas em instituição financeira oficial, como o Banco do Brasil, solução mais provável caso incorpore a Nossa Caixa, ou outro banco controlado pelo Poder Público.

Assim, a incorporação de uma sociedade de economia mista (Nossa Caixa) por outra sociedade de economia mista (Banco do Brasil) necessita de prévia autorização legislativa para a extinção da sociedade incorporada (Nossa Caixa), em virtude dos arts. 37, XIX, e 61, § 1º, II, e,

81. O Regime de Administração Especial Temporária do Banespa, com duração inicial prevista de 12 meses, foi decretado pelo Presidente do Banco Central, com base no Decreto-lei n. 2.321, de 25 de fevereiro de 1987, por meio do Ato Presidencial n. 165, de 30 de dezembro de 1994. Este regime foi prorrogado pelos Atos Presidenciais ns. 437, de 25 de dezembro de 1995, e 602, de 27 de dezembro de 1996.

82. Em 27 de novembro de 1996, foi firmado um protocolo entre a União e o Estado de São Paulo objetivando a reestruturação do sistema financeiro estadual, com a transferência de 51% das ações ordinárias do Banespa para a União. Esta transferência foi autorizada pelas Leis Estaduais ns. 9.343, de 22 de fevereiro de 1996, e 9.466, de 27 de dezembro de 1996, seguindo o disposto no art. 115, XXI, da Constituição do Estado de São Paulo.

da Constituição de 1988 e do art. 115, XXI, da Constituição do Estado de São Paulo de 1989. Esta prévia autorização legislativa, obviamente, é do órgão legislativo competente, no caso, a Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, por se tratar da incorporação de uma sociedade de economia mista estadual por uma sociedade de economia mista federal.

Na incorporação, não se deseja simplesmente vender ou unificar patrimônio, mas as partes envolvidas querem atuar conjuntamente na mesma sociedade, ou seja, a sociedade incorporada passa a fazer parte da sociedade incorporadora, inclusive com seus acionistas participando das decisões sociais da incorporadora. A vontade da sociedade a ser incorporada não é alienar ou vender seu patrimônio, mas integrar-se a outra sociedade, subscrevendo o capital daquela com o seu próprio patrimônio.⁸³ A incorporação não é, portanto, uma alienação de patrimônio, não se configurando como uma mera transferência de domínio de bens a terceiros (seguindo a definição do art. 6º, IV, da Lei de Licitações – Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993). Na incorporação, não há apenas a transferência de bens, mas a subscrição de ações com o patrimônio da sociedade incorporada. Seus acionistas tornam-se acionistas da sociedade incorporadora, não deixam de ser acionistas e de atuarem nas deliberações societárias na proporção da sua titularidade acionária, isto é, passam de acionistas da sociedade incorporada para acionistas da sociedade incorporadora. Deste modo, não está configurada dentre os contratos que exigem licitação por determinação do art. 37, XXI, da Constituição,⁸⁴ e do art. 2º, *caput*, da Lei n. 8.666/1993.⁸⁵

83. Waldirio Bulgarelli, *Fusões, Incorporações e Cisões de Sociedades*, 3ª ed., cit., p. 114, e Modesto Carvalho, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 4, t. I, cit., p. 283.

84. A Constituição exige licitação para contratos de obras, serviços, compras e alienações.

85. Art. 2º, *caput*: "As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões,

Caso se tratasse de uma privatização, ou seja, de uma alienação de patrimônio público para o setor privado, a realização de leilão de oferta pública de ações seria obrigatória (art. 37, XXI, da Constituição, e arts. 2º, § 4º, e 4º, § 3º, da Lei n. 9.491, de 9 de setembro de 1997). Mas trata-se da incorporação de uma sociedade de economia mista por outra sociedade de economia mista. O patrimônio da sociedade incorporada continuará a ser patrimônio público, mas de propriedade da sociedade de economia mista incorporadora. Neste caso, a incorporação também não tem como ser enquadrada no art. 17 da Lei n. 8.666/1993, pois não se trata de alienação de bens públicos, mas de permanência dos bens e do capital de uma sociedade de economia mista na esfera pública, apenas sob outra titularidade e, no caso, com a passagem destes bens e capital da titularidade formal estadual para a federal, com a contrapartida da participação equivalente dos acionistas (inclusive o Poder Público estadual, acionista controlador da Nossa Caixa) da sociedade incorporada no patrimônio da sociedade incorporadora.

A licitação é possível quando há possibilidade de competição, de pluralidade de concorrentes.⁸⁶ No caso da incorporação de uma sociedade de economia mista por outra sociedade de economia mista, esta possibilidade é inexistente, pois não há como escolher, por leilão público, o incorporador. A situação é determinada pela vontade e conveniência política dos acionistas controladores das sociedades de economia mista envolvidas, o Governo Federal (Banco do Brasil) e o Governo do Estado de São Paulo (Nossa Caixa). A

conveniência da incorporação deve ser justificada, com base no interesse público e nas finalidades para as quais foram criadas e são mantidas ambas as sociedades de economia mista. O caso da incorporação de uma sociedade de economia mista por outra sociedade de economia mista é um caso de inexigibilidade de licitação (art. 25 da Lei n. 8.666/1993). Não se trata de uma opção ou possibilidade de não licitar (caso da dispensa de licitação), mas de inviabilidade de competição, de impossibilidade de licitar, portanto, de não incidência do dever de licitar.⁸⁷

A título de especulação, caso a incorporação de sociedade de economia mista por outra sociedade de economia mista não fosse um caso de inexigibilidade de licitação, esta operação poderia ser enquadrada dentro das hipóteses previstas de dispensa de licitação (art. 17 da Lei n. 8.666/1993), como a doação, a permuta, a venda de ações e a venda de bens, desde que estas operações ocorram com outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo (art. 17, I, *b, c, e*, para bens imóveis, e art. 17, II, *a, b, c, e, f*, para bens móveis). Se no caso da alienação de bens públicos para outro órgão ou entidade da Administração Pública é possível a dispensa de licitação, com muito mais razão esta seria dispensável no caso da incorporação de uma sociedade de economia mista por outra sociedade de economia mista, pois não há alienação de bens públi-

permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei”.

86. V., por todos, Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, cit., pp. 505-506, e Maria Sylvania Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, cit., p. 340.

87. Sobre a inexigibilidade de licitação, v. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, cit., pp. 506-507 e 513-518; Maria Sylvania Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, cit., pp. 338-340 e 347-349; Lúcia Valle Figueiredo, *Direitos dos Licitantes*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1994, pp. 23-37; e, especialmente, Eros Roberto Grau, *Licitação e Contrato Administrativo (Estudos sobre a Interpretação da Lei)*, São Paulo, Malheiros Editores, 1995, pp. 64-88. O próprio STF consagrou esta conceituação de inexigibilidade de licitação, conforme pode-se depreender da AP 348-SC (Relator: Ministro Eros Grau), publicada no DJ 3.8.2007.

cos neste tipo de operação. É justamente por não haver alienação de bens públicos, que a incorporação de uma sociedade de economia mista por outra sociedade de economia mista é um caso de inexigibilidade, não de dispensa, de licitação.

Os motivos de interesse público na incorporação da Nossa Caixa pelo Banco do Brasil são facilmente demonstráveis por alguns dos aspectos envolvidos nesta operação. O primeiro e mais perceptível diz respeito à manutenção e ampliação das políticas financeira, creditícia e de fomento desenvolvidas por ambas instituições financeiras públicas, cuja compatibilização e coordenação são necessárias no modelo federativo cooperativo instaurado pela Constituição de 1988.

Outro motivo de interesse público é a possibilidade de manutenção dos empregados da Nossa Caixa como empregados de outro banco público, o Banco do Brasil, que não costuma promover a demissão imotivada de funcionários, ao contrário do que historicamente ocorreu no Brasil após a compra de bancos públicos pela iniciativa privada. O princípio da busca do pleno emprego (art. 170, VIII, da Constituição) seria melhor atendido deste modo, pois este princípio é também, indiretamente, uma garantia para o trabalhador, na medida em que está coligado ao princípio da valorização do trabalho humano (arts. 1º, IV, e 170, *caput*, da Constituição) e reflete efeitos em relação ao direito social ao trabalho (art. 6º da Constituição). O direito ao trabalho consiste em um marco na luta por direitos sociais desde os debates da Revolução de 1848, que terminaram por excluir a previsão do direito ao trabalho do texto constitucional francês,⁸⁸ mas não do centro da disputa política e jurídica que

irá servir de fundamento para o chamado “constitucionalismo social” do século XX. Em virtude da centralidade da questão do trabalho e do direito ao trabalho neste “constitucionalismo social”, Antonio Cantaro, inclusive, o denominará de “*costituzioni del lavoro*”, cujo ápice se dará com a Constituição da Itália de 1947 e sua proclamação de que “a Itália é uma República democrática fundada sobre o trabalho” (art. 1º da Constituição Italiana),⁸⁹ cujo texto correlato na Constituição de 1988 é a proclamação do valor social do trabalho como fundamento da República e da ordem econômica constitucional.

A preservação do patrimônio público também é um motivo que justifica o interesse público na incorporação da Nossa Caixa pelo Banco do Brasil, especialmente no que diz respeito aos depósitos judiciais e operações privativas de instituições financeiras oficiais, conforme determinam o art. 164, § 3º, da Constituição e o art. 666, I, do Código de Processo Civil (com a redação alterada pela Lei n. 11.382, de 6 de dezembro de 2006):

Art. 666, I, do Código de Processo Civil: “Os bens penhorados serão preferencialmente depositados: I – no Banco do Brasil, na Caixa Econômica Federal, ou em um banco, de que o Estado-Membro da União possua mais de metade do capital social integralizado; ou, em falta de tais estabelecimentos de crédito, ou agências suas no lugar, em qualquer estabelecimento de crédito, designado pelo juiz, as quantias em dinheiro, as pedras e os metais preciosos, bem como os papéis de crédito”.

A expressão “instituições financeiras oficiais” significa instituições financeiras pertencentes ao Estado. Em todo o texto constitucional de 1988, a expressão “oficial” tem este sentido de pertencente ou

88. Sobre o debate de 1848, v. Carlos Miguel Herrera, “Estado, Constitución y derechos sociales”, *Revista Derecho del Estado* 15/78-80, Bogotá, 2003, e Antonio Cantaro, *Il Secolo Lungo: Lavoro e Diritti Sociali nella Storia Europea*, Roma, Ediesse, 2006, pp. 52-54 e 151-152.

89. Antonio Cantaro, *Il Secolo Lungo: Lavoro e Diritti Sociali nella Storia Europea*, cit., pp. 54-75 e 161-172. V., por todos, o clássico texto de Constantino Mortati, “Il lavoro nella Costituzione”, in *Il Diritto del Lavoro*, I, 1954, pp. 149-212.

proveniente do Estado, em contraposição ao setor privado.⁹⁰ Neste sentido, inclusive, prescrevia o art. 192, I,⁹¹ da Constituição de 1988 (hoje revogado pela Emenda Constitucional n. 40, de 29 de maio de 2003) e a Lei n. 4.595/1964, que, após definir instituição financeira, em seu art. 17,⁹² institui, em seu art. 18, § 1º, a diferenciação entre estabelecimento bancário oficial e estabelecimento bancário privado, deixando claro a reiterada opção do legislador brasileiro (constituente e ordinário) de equiparar o estabelecimento bancário oficial ao estabelecimento bancário público:

Art. 18, § 1º, da Lei n. 4.595/1964: “Além dos *estabelecimentos bancários oficiais ou privados*, das sociedades de crédito, financiamento e investimentos, das caixas econômicas e das cooperativas de crédito ou a seção de crédito das cooperativas que a tenham, também se subordinam às disposições e disciplina desta lei no que for aplicável, as bolsas de valores, companhias de seguros e de capitalização, as sociedades que efetuam distribuição de prêmios em imóveis, mercadorias ou dinheiro, mediante sorteio de títulos de sua emissão ou por qualquer forma, e as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, por conta própria ou de terceiros, atividade relacionada com a compra e venda de ações

90. Cf. Fábio Konder Comparato, “Monopólio público das operações de resseguro”, in *Direito Público: Estudos e Pareceres*, São Paulo, Saraiva, 1996, pp. 157-160.

91. Art. 192, I, da Constituição de 1988: “I – a autorização para o funcionamento das instituições financeiras, assegurado às *instituições bancárias oficiais e privadas* acesso a todos os instrumentos do mercado financeiro bancário, sendo vedada a essas instituições a participação em atividades não previstas na autorização de que trata este inciso” (grifos meus).

92. Art. 17, *caput*, da Lei n. 4.595/1964: “Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros”.

e outros quaisquer títulos, realizando nos mercados financeiros e de capitais operações ou serviços de natureza dos executados pelas instituições financeiras” (grifos meus).

Caso o Governo do Estado de São Paulo optasse por privatizar a Nossa Caixa, efetuando, neste caso, alienação de patrimônio público para o setor privado, os eventuais compradores ficariam sem os depósitos judiciais e demais operações restritas às instituições financeiras oficiais, que passariam para outro banco oficial, ou seja, público, por imposição legal. Este dado demonstra que o valor dos ativos da Nossa Caixa para o setor financeiro privado é muito menor do que para o setor financeiro público, configurando uma maior vantagem financeira para o Estado de São Paulo a incorporação da Nossa Caixa pelo Banco do Brasil, que, inclusive, conforme disposto no art. 3º da Lei n. 9.491/1997, está excluído da possibilidade de privatização.⁹³

Finalmente, o interesse público está sendo atendido na incorporação da Nossa Caixa ao Banco do Brasil em virtude da necessidade estratégica de preservar o setor público no setor bancário nacional, segmento da economia que nos últimos anos se caracteriza pela desnacionalização e pela concentração econômica em mãos privadas. Ao contrário da concentração de poder econômico privado, cujo abuso deve ser reprimido (art. 173, § 4º, da Constituição), concentração pode ser benéfica quando se trata de constituir um setor estatal forte, capaz de atuar no sen-

93. Art. 3º da Lei n. 9.491/1997: “Não se aplicam os dispositivos desta Lei ao Banco do Brasil S/A, à Caixa Econômica Federal, e a empresas públicas ou sociedades de economia mista que exerçam atividades de competência exclusiva da União, de que tratam os incisos XI e XXIII do art. 21 e a alínea c do inciso I do art. 159 e o art. 177 da Constituição Federal, não se aplicando a vedação aqui prevista às participações acionárias detidas por essas entidades, desde que não incida restrição legal à alienação das referidas participações”.

tido dos dispositivos constitucionais. Para repensar as bases e estrutura do Estado brasileiro, não se pode deixar de levar em consideração a questão central da atualidade: a prevalência das instituições democráticas sobre o mercado e a independência política do Estado em relação ao poder econômico privado, ou seja, a necessidade de o Estado ser dotado de uma sólida base de poder econômico próprio.⁹⁴ O fundamento desta visão, consubstanciada no texto constitucional vigente, é o de que não pode existir um Estado democrático forte sem que sua força também seja ampliada do ponto de vista econômico, para que ele possa enfrentar os interesses dos detentores do poder econômico privado.

O desafio da reestruturação do Estado no Brasil envolve, assim, uma reflexão sobre os instrumentos jurídicos, fiscais, financeiros e administrativos necessários ou à disposição do Estado para a retomada do projeto nacional de superação do subdesenvolvimento. Ou seja, é uma tarefa preponderantemente do direito econômico, com sua característica, denominada por Norbert Reich, da “dupla instrumentalidade” (*doppelte Instrumentalität des Wirtschaftsrechts*):⁹⁵ ao mesmo tempo em que oferece instrumentos para a organização do processo econômico capitalista de mercado, o direito econômico pode ser utilizado pelo Estado como um instrumento de influência, manipulação e transforma-

ção da economia, vinculado a objetivos sociais ou coletivos.

RESPOSTA

Diante da argumentação exposta, concluo:

1) Na incorporação de uma sociedade de economia mista por outra sociedade de economia mista, não ocorre alienação, mas substituição das ações dos acionistas da sociedade incorporada por ações da sociedade incorporadora. Esta operação não está prevista nas hipóteses do art. 2º, *caput*, da Lei de Licitações (Lei n. 8.666/1993).

2) A sociedade de economia mista tem natureza jurídica de sociedade anônima. Desde que seja do interesse público do ente que a instituiu, ela pode promover qualquer tipo de reorganização societária prevista na Lei das S/A (Lei n. 6.404/1976), como a incorporação societária. A venda das ações em leilão é obrigatória nos casos de privatização (art. 2º, § 1º, *a*, e art. 4º, I, II e III, da Lei n. 9.491/1997), para assegurar o recebimento do melhor preço/proposta, não nos casos de incorporação de uma sociedade de economia mista por outra sociedade de economia mista.

3) No caso da incorporação de uma sociedade de economia mista por outra sociedade de economia mista está configurada a inexigibilidade de licitação pela inviabilidade de competição (art. 25 da Lei n. 8.666/1993).

4) A atuação do Estado na esfera econômica pode ser efetuada pela União ou qualquer dos entes da Federação, com base nos arts. 23, 24, 173 e 175, da Constituição de 1988. A atuação do Estado no domínio econômico pode ocorrer por intermédio de sociedades de economia mista, que efetivamente constituem instrumentos de política econômica e de ação governamental dos vários entes federados. De acordo com a estrutura federativa cooperativa prevista no texto constitucional de 1988,

94. A literatura nacional é omissa a este respeito. A exceção fica a cargo da Tese de Alberto Moniz da Rocha Barros, *O Poder Econômico do Estado Contemporâneo e seus Reflexos no Direito*, mimeo, São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 1953. Na literatura estrangeira, v., p. ex., Oscar de Juan Asenjo, *La Constitución Económica Española*, cit., pp. 318-323.

95. Norbert Reich, *Markt und Recht: Theorie und Praxis des Wirtschaftsrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, Neuwied/Darmstadt, Luchterhand, 1977, pp. 64-66. V. tb. Eros Roberto Grau, “O direito do modo de produção capitalista e a teoria da regulação”, in *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2003, pp. 126-127.

os vários entes da Federação não apenas podem, mas devem atuar em conjunto, por intermédio de todos os instrumentos de intervenção de que dispõem, como as sociedades de economia mista, para melhor exercer suas respectivas funções governamentais e atingir os objetivos constitucionais a que estão vinculados. A atuação no setor bancário configura exercício de atividade econômica em sentido estrito e esta atuação governamental conjunta pode ser exercida pela incorporação de uma sociedade de economia mista estadual (Nossa Caixa) por uma outra sociedade de economia mista federal (Banco do Brasil), com vistas a manter o atendimento do interesse público.

5) Ainda que não se admitisse a inexigibilidade de licitação, que não é o caso, poderia ser possível afirmar que a incorporação da Nossa Caixa pelo Banco do Brasil estaria configurada nas hipóteses de dispensa de licitação (art. 17 da Lei n. 8.666/1993), por se tratar de operação envolvendo entes da Administração Pública. Mas, como a incorporação de uma sociedade de economia mista por outra sociedade de economia mista não envolve alienação de bens públicos, trata-se de um caso de inexigibilidade, ou seja, de impossibilidade, de não incidência, de licitação.

6) Em qualquer das hipóteses, a incorporação da Nossa Caixa pelo Banco do Brasil atende ao interesse público, tendo em vista que são sociedades de economia mista criadas para a consecução do interesse público, além do fato desta incorporação reforçar o poder econômico público em um setor marcado pela desnacionalização e concentração de poder econômico em mãos privadas, como o setor bancário.

Este é o meu Parecer.

São Paulo, 21 de setembro de 2008.

CONSULTA COMPLEMENTAR

O Banco do Brasil S/A, por intermédio de seu Diretor Jurídico, Dr. Joaquim

Portes de Cerqueira César, honra-me com a formulação da seguinte Consulta, cujos termos transcrevo abaixo, para análise e produção de Parecer:

“O Parecer em epígrafe cuidou da análise do negócio jurídico visualizado pelas partes (incorporação societária do BNC pelo BB), que foi levado ao conhecimento do público e do mercado por intermédio da publicação de fato relevante de 21.5.2008.

“As partes envolvidas na operação decidiram ampliar a análise para abarcar outra hipótese de reorganização societária (alienação de controle acionário). No caso concreto, tal hipótese não exclui e seria precedente à incorporação societária a ser levada a efeito no momento mais oportuno do ponto de vista operacional.

“Sob esse novo enfoque, o Banco do Brasil S/A solicita prévia manifestação de Vossa Senhoria sobre seu interesse de elaborar Parecer jurídico complementar para responder os quesitos abaixo, analisando, dentre outros pontos, a inaplicabilidade da Lei de Licitações na hipótese de alienação do controle acionário da Nossa Caixa ao Banco do Brasil.

“De outro lado, o complementar pronunciamento requer também a análise quanto à necessidade (ou não) de autorização legislativa para que o Banco do Brasil S/A possa participar majoritária ou minoritariamente de outra instituição financeira, à luz da novel Medida Provisória n. 443, de 21 de outubro de 2008.

QUESITOS COMPLEMENTARES

“1. Na esteira das indagações formuladas na Consulta anterior, estaria configurada, também, a hipótese de contratação direta por inexigibilidade ou dispensa de licitação no caso de alienação do controle de uma sociedade de economia mista estadual (BNC) a uma sociedade de economia mista federal (BB)?

"2. Considerando-se a hipótese anterior, permaneceria presente o interesse público no BNC, notadamente porque este se tornaria, num primeiro momento, sociedade controlada do BB?

"3. Qual o alcance da expressão 'empresa privada' constante no inciso XX, do art. 37, da Constituição Federal, ou seja, a expressão representaria a empresa que detém capital privado, ainda que em parte, como ocorre nas sociedades de economia mista, ou seria a sociedade eminentemente privada, composta de capital integralmente privado e controlada exclusivamente por entes privados?

"4. Considerando que a alienação do controle do BNC ao BB representaria a vontade discricionária do administrador em não o privatizar e que o negócio constituiria fase preliminar de reorganização para a posterior incorporação societária do BNC pelo BB, poder-se-ia afirmar que nesse lapso temporal, ou seja, enquanto o BNC permanecer como controlada do BB, o BNC poderia desempenhar as funções públicas originalmente prestadas por ele, como por exemplo, abrigar a conta única do Tesouro do Estado de São Paulo e administrar os depósitos judiciais de que trata o art. 666, inciso I, do CPC, etc.?"

"5. A edição da Medida Provisória 443, de 21 de outubro de 2008, altera o contido no Parecer anteriormente emitido por Vossa Senhoria ou as conclusões decorrentes da análise dos itens precedentes, quanto à dispensa ou inexigibilidade de licitação?"

PARECER COMPLEMENTAR

2.1 A alienação do controle de uma sociedade de economia mista por outra sociedade de economia mista

Toda sociedade de economia mista está submetida às regras gerais da Administração Pública (art. 37 da Constituição

de 1988), possuindo uma forma distinta de vinculação e conformação jurídica, constitucionalmente definida, que vai além do disposto no art. 173, § 1º, II, da Constituição, 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 sociedade de economia mista como instrumento de atuação do Estado.⁹⁶

A prevalência do direito público não significa, no entanto, que a sociedade de economia mista perca a natureza de sociedade anônima.⁹⁷ A Lei das S/A (Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976) se aplica às sociedades de economia mista, desde que seja preservado o interesse público que justifica sua criação e atuação (art. 235). Deste modo, sua liberdade de reestruturação organizacional é plena, dentro de todas as formas possíveis previstas pela legislação societária brasileira.

A alienação do controle de uma sociedade de economia mista por outra sociedade de economia mista não envolve alienação de patrimônio público para o setor privado. Não se trata, portanto, de uma privatização, o que exigiria, por força do disposto no art. 37, XXI, da Constituição,⁹⁸ no art. 2º, *caput*, da Lei n. 8.666, de 21 de

96. Caio Tácito, "Direito Administrativo e Direito Privado nas empresas estatais", cit., pp. 691-698; Eros Roberto Grau, *Elementos de Direito Econômico*, cit., pp. 101-111; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, cit., pp. 178-183 e 185-188; Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, cit., pp. 111-123 e 278-281; e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, cit., pp. 416-418 e 421-428.

97. Waldemar Martins Ferreira, *A Sociedade de Economia Mista em seu Aspecto Contemporâneo*, cit., pp. 131-133 e 138-145 e Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 4, t. I, cit., pp. 351-353, 367-368, 374 e 376-378.

98. A Constituição exige licitação para contratos de obras, serviços, compras e alienações.

junho de 1993,⁹⁹ e nos arts. 2º, § 4º, e 4º, § 3º, da Lei n. 9.491, de 9 de setembro de 1997, a realização obrigatória de um leilão de oferta pública de ações.

A característica da alienação do controle acionário é a transferência do bloco de controle, isto é, a quantidade de ações, títulos e direitos que garante o exercício do poder de controle,¹⁰⁰ tornando o seu adquirente o novo acionista controlador. Na alienação do controle, há, assim, a transferência direta ou indireta do bloco de controle da companhia, sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o adquirente faça a oferta pública de aquisição de ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas, devendo partir do preço mínimo de oitenta por cento do que for adotado para as ações do bloco de controle (art. 254-A da Lei n. 6.404/1976, com as alterações introduzidas pela Lei n. 10.303, de 31 de outubro de 2001).¹⁰¹ Como se trata da alienação do controle de uma instituição financeira, há também a necessidade de autorização, além da Comissão de Valores Mobiliários (art. 254, § 2º, da Lei n.

6.404/1976), do órgão público competente (art. 255 da Lei n. 6.404/1976),¹⁰² ou seja, do Banco Central do Brasil.

A alienação do controle de sociedade de economia mista por outra sociedade de economia mista, como se configura na alienação de bens públicos para outro órgão ou entidade da Administração Pública, pode ser enquadrada dentro das hipóteses previstas de dispensa de licitação (art. 17 da Lei n. 8.666/1993), como a doação, a permuta, a venda de ações e a venda de bens, desde que estas operações ocorram com outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo (art. 17, I, *b, c, e*, para bens imóveis, e art. 17, II, *a, b, c, e, f*, para bens móveis). No caso da dispensa de licitação, há uma opção ou possibilidade de não licitar.¹⁰³ A situação é determinada pela vontade e conveniência política dos acionistas controladores das sociedades de economia mista envolvidas, o Governo Federal (Banco do Brasil) e o Governo do Estado de São Paulo (Nossa Caixa).

A inexigibilidade de licitação poderia ser justificada, no entanto, em virtude da impossibilidade de concorrência,¹⁰⁴ conforme estipula o art. 25 da Lei n. 8.666/1993. Neste caso da alienação do controle de sociedade de economia mista por outra sociedade de economia mista, esta possibilidade seria viável pela ine-

99. Art. 2º, *caput*: “As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei”.

100. V. a definição clássica de poder de controle em Fábio Konder Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., pp. 79-100.

101. Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik, *A Nova Lei das S/A*, cit., pp. 384-410, e José Edwaldo Tavares Borba, *Direito Societário*, cit., pp. 498-501. V., ainda, Fábio Konder Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., pp. 222-241; Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, *A Lei das S/A*, vol. II, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1996, pp. 611-631; e Calixto Salomão Filho, “Alienação de controle: o vaivém da disciplina e seus problemas”, in *O Novo Direito Societário*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006, pp. 128-152. Sobre a natureza da cessão de controle acionário, submetida às normas de direito civil, e não de direito comercial, v. Fábio Konder Comparato, “A cessão de controle acionário é negócio mercantil?”, in *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, Forense, 1981, pp. 245-260.

102. V. Fábio Konder Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., pp. 215-216; Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, *A Lei das S/A*, vol. II, cit., pp. 667-668, 677 e 681-683; e Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 4, t. II, cit., pp. 150-154.

103. Sobre a dispensa de licitação, v. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, cit., pp. 509-513 e 513-518, e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, cit., pp. 338-347.

104. Afinal, a licitação só é possível quando há possibilidade de competição, quando há pluralidade de concorrentes. V., por todos, Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, cit., pp. 505-506, e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, cit., p. 340.

xistência de outros concorrentes. Como a situação é determinada pela vontade e conveniência política dos acionistas controladores das sociedades de economia mista envolvidas, o Governo Federal (Banco do Brasil) e o Governo do Estado de São Paulo (Nossa Caixa), poderia se alegar que não se trata, neste caso, de uma opção ou possibilidade de não licitar (caso da dispensa de licitação), mas de inviabilidade de competição, de impossibilidade de licitar, portanto, de não incidência do dever de licitar.¹⁰⁵

Alienado o controle da sociedade de economia mista estadual Nossa Caixa para a sociedade de economia mista federal Banco do Brasil, a sociedade cujo controle foi alienado terá o seu capital fechado para cancelamento de registro ou será incorporada como subsidiária integral. Em qualquer das hipóteses, a Nossa Caixa se tornará uma sociedade controlada pelo Banco do Brasil, cuja definição legal é estipulada pela Lei das S/A, em seu art. 243, § 2º:

Art. 243, § 2º:

“Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores”.

A sociedade controlada deve se relacionar com a sua controladora sem favorecimentos recíprocos (art. 245 da Lei n. 6.404/1976), bem como deve a sociedade controladora ter as mesmas responsabilidades do acionista controlador (arts. 116

105. Sobre a inexigibilidade de licitação, v. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, cit., pp. 506-507 e 513-518; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, cit., pp. 338-340 e 347-349; Lúcia Valle Figueiredo, *Direitos dos Licitantes*, cit., pp. 23-37; e, especialmente, Eros Roberto Grau, *Licitação e Contrato Administrativo*, cit., pp. 64-88.

e 117 da Lei n. 6.404/1976).¹⁰⁶ Já no caso específico da subsidiária integral (art. 252 da Lei n. 6.404/1976), esta não incorpora seu patrimônio à incorporadora, nem se extingue. Embora suas ações sejam incorporadas, ela permanece existindo como pessoa jurídica, com patrimônio e capacidade administrativa. A sua incorporadora obterá um aumento de capital social, integralizado com as ações da subsidiária integral, mas o seu patrimônio não é incorporado ao da incorporadora.¹⁰⁷

Em relação à subsidiária integral das sociedades de economia mista, há um debate doutrinário entre os que a consideram dotada da mesma natureza jurídica mista e os que a entendem como uma sociedade privada comum, nos termos do art. 235, § 2º, da Lei das S/A:

Art. 235, § 2º:

“As companhias de que participarem, majoritariamente ou minoritariamente, as sociedades de economia mista, estão sujeitas ao disposto nesta Lei, sem as exceções previstas neste Capítulo”.

Para vários autores, não seria aplicável o regime de direito público às sociedades que, embora controladas por sociedades de economia mista, não foram criadas como sociedade de economia mista por lei, não podendo, assim, ser classificadas como “sociedades de economia mista de segundo grau”. Outro argumento favorável à natureza privada comum vincula-se à necessidade de existência de um conselho de administração nas sociedades de economia mista, o que seria impossível na subsidiária integral, por esta só ter um acionista. A outra objeção diz respeito ao mesmo problema: a característica de sociedade unipessoal da subsidiária integral. Como só há um acionista, não seria pos-

106. José Edwaldo Tavares Borba, *Direito Societário*, cit., pp. 493-496.

107. Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 4, t. II, cit., pp. 115-139; Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik, *A Nova Lei das S/A*, cit., pp. 380-383.

sível este acionista ser público e privado ao mesmo tempo, podendo ser totalmente público (seria, então, uma empresa pública) ou totalmente privado. Neste sentido, os doutrinadores favoráveis a esta interpretação consideram a subsidiária integral como exclusivamente privada por entenderem o patrimônio da sociedade de economia mista como privado.¹⁰⁸

Estas objeções, no presente caso, podem ser afastadas. Caso a sociedade de economia mista estadual Nossa Caixa se torne subsidiária integral ou controlada da sociedade de economia mista federal Banco do Brasil, sua natureza jurídica continuará a ser de sociedade de economia mista. Em primeiro lugar, a incorporação ou alienação do controle de uma sociedade de economia mista não a retira do setor público, pelo contrário, demonstra a clara e inequívoca vontade do administrador em não privatizar a sociedade de economia mista a ser alienada ou incorporada.

O fato de a subsidiária integral ser uma sociedade unipessoal não retira a sua natureza de sociedade de economia mista. Não há cabimento na afirmação de que este único acionista não poderia ser público e privado ao mesmo tempo. De início, não se pode deixar de lado que, embora integrante da Administração Indireta, a sociedade de economia mista prestadora de atividade econômica em sentido estrito é dotada de natureza jurídica de direito privado (art. 173, § 1º, II, da Constituição de 1988, e art. 5º, III, do Decreto-lei n. 200/1967). Uma sociedade de economia

mista não é, neste sentido, “pública e privada ao mesmo tempo”. Os acionistas da sociedade de economia mista incorporadora são também acionistas, por seu intermédio, da subsidiária integral, cujo único acionista seria a sociedade de economia mista incorporadora, todas, como prestadoras de atividade econômica em sentido estrito, detentoras de natureza jurídica de direito privado, embora com todas as limitações e especificidades determinadas constitucional e legalmente.

Além disto, caso houvesse a necessidade de que o acionista da subsidiária integral fosse “totalmente” público ou “totalmente” privado, não há nenhum dispositivo constitucional ou legal que fundamente a classificação de uma subsidiária integral de sociedade de economia mista como preferencialmente privada. Ela poderia ser, a juízo do seu único acionista estatal, exclusivamente pública. O que define uma sociedade de economia mista é o interesse público em sua instituição por lei como instrumento de atuação do Estado, não a interpretação sobre a natureza do seu patrimônio. Modesto Carvalhosa, por exemplo, critica esta concepção privatista, afirmando que se está confundindo o meio (patrimônio), com o fim (interesse público), defendendo o entendimento de que a subsidiária integral de uma sociedade de economia mista pode também possuir natureza jurídica de sociedade de economia mista.¹⁰⁹

Finalmente, no presente caso, sequer a ausência de autorização legal para a criação da controlada ou subsidiária integral poderia ser levantada. Afinal, a Nossa Caixa foi criada por lei como sociedade de economia mista (Lei Estadual n. 10.853, de 16 de julho de 2001), não consistindo em uma “sociedade de economia mista de segundo grau”. Não será a incorporação ou alienação do controle para o Banco do Brasil que “transformará” a Nossa Caixa

108. Caio Tácito, “Alienação do controle acionário da Light pela Eletrobrás. Desnecessidade de prévia autorização”, in *Temas de Direito Público*, vol. 2, cit., pp. 1.165-1.168, e Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 4, t. I, cit., pp. 364-365. V. tb. Mauro Rodrigues Penteadó, “As sociedades de economia mista e as empresas estatais perante a Constituição de 1988”, *Revista de Informação Legislativa* 102/55-68, Brasília, abr.-jun./1989, e José Edwaldo Tavares Borba, *Direito Societário*, cit., p. 477.

109. Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 4, t. II, cit., pp. 121-122.

em sociedade de economia mista. Ela já é uma sociedade de economia mista, legalmente constituída, que continuará a fazer parte do setor empresarial público, pois está sendo adquirida por outra sociedade de economia mista. O interesse público continua, assim, a prevalecer na organização e atuação da Nossa Caixa, mesmo como controlada ou subsidiária integral do Banco do Brasil, até sua plena incorporação. Neste espaço de tempo, enquanto a sociedade de economia mista estadual permanecer como controlada ou subsidiária integral da sociedade de economia mista federal, ela continua competente para desempenhar suas funções públicas, como abrigar a conta única do Tesouro do Estado de São Paulo (art. 164, § 3º, da Constituição de 1988, e art. 173 da Constituição do Estado de São Paulo) e administrar os depósitos judiciais (art. 666, I, do Código de Processo Civil).

2.2 O art. 37, XX, da Constituição de 1988 e a necessidade de autorização legislativa

O art. 37, XX, da Constituição de 1988 determina a necessidade de autorização legislativa para a criação de subsidiárias das entidades administrativas mencionadas no inciso XIX do mesmo artigo (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações), bem como sua participação em empresa privada:

Art. 37, XIX: "XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação".

Art. 37, XX: "XX – depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades men-

cionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada".

A dúvida que pode existir diz respeito à expressão "em cada caso" para a autorização legislativa para a criação de subsidiárias ou participação em empresa privada dos entes estatais mencionados no art. 37, XIX, da Constituição. Neste inciso XX do art. 37, ao contrário do inciso XIX, não há qualquer referência à "lei específica", como no caso da criação de empresas estatais, mas ao caso de cada empresa ou ente público. Não há a necessidade de indicação expressa de qual empresa específica receberá investimento público. A expressão "cada caso" indica a área ou a atividade a ser contemplada. Entendo, assim, que esta expressão "em cada caso" deve ser compreendida como "no caso de cada ente" que se proponha a criar subsidiárias ou a participar de outras sociedades. As empresas estatais que possuem autorização legislativa, seja pela sua lei de criação, ou seja, por alguma lei posterior, podem atuar neste sentido. Se este inciso fosse compreendido de outra maneira, a existência de inúmeras entidades estatais que atuam em operações de participação, como o próprio BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social) seria inviável.¹¹⁰

Este entendimento sobre o disposto no art. 37, XX, da Constituição também foi adotado pelo Congresso Nacional, que aprovou vários diplomas legais conceden-

110. Caio Tácito, "As empresas estatais no Direito brasileiro", in *Temas de Direito Público*, vol. 1, cit., pp. 683-686; Caio Tácito, "Sociedade de economia mista. Incorporação de outra empresa", in *Temas de Direito Público*, vol. 2, cit., pp. 1.154-1.155; Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 4, t. 1, cit., pp. 387-389; e José Edwaldo Tavares Borba, *Direito Societário*, cit., pp. 476-477. Em sentido contrário, defendendo a obrigatoriedade de autorização legislativa caso a caso, v. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, cit., pp. 189-190.

do autorizações amplas para a criação de subsidiárias por sociedades de economia mista. Apenas no caso da Petrobrás, por exemplo, foram aprovadas a Lei n. 8.395, de 2 de janeiro de 1992, que autoriza a Petrobrás Química S/A, Petroquisa, a participar minoritariamente de sociedades de capitais privados no Eixo Químico do Nordeste, formado pelos Estados da Bahia, Sergipe, Alagoas, Pernambuco e Rio Grande do Norte, a Lei n. 8.403, de 8 de janeiro de 1992, que autoriza a Petrobrás e a Petrobrás Distribuidora S/A (BR) a participarem do capital de outras sociedades, e o art. 65 da Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997, que autoriza a Petrobrás a constituir uma subsidiária com atribuições específicas de operar e construir seus dutos, terminais marítimos e embarcações para transporte de petróleo e derivados e gás natural, podendo, ainda, se associar a outras empresas. A nova lei do petróleo, ainda, concedeu uma autorização genérica para a constituição de subsidiárias pela Petrobrás, estipulando em seu art. 64:

Art. 64: “Para o estrito cumprimento de atividades de seu objeto social que integrem a indústria do petróleo, fica a Petrobrás autorizada a constituir subsidiárias, as quais poderão associar-se, majoritária ou minoritariamente, a outras empresas”.

O Supremo Tribunal Federal também adotou esta interpretação sobre o alcance da autorização legislativa prevista no art. 37, XX, da Constituição no julgamento da ADI n. 1.649-DF (Relator: Ministro Maurício Corrêa), julgada em 24 de março de 2004:

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 9.478/1997. Autorização à Petrobrás para constituir subsidiárias. Ofensa aos arts. 2º e 37, XIX e XX, da Constituição Federal. Inexistência. Alegação improcedente. 1. A Lei 9.478/1997 não autorizou a instituição de empresa de economia mista, mas sim a criação de subsidiárias distintas da sociedade-matriz, em consonância com o inci-

so XX, e não com o XIX do art. 37 da Constituição Federal. 2. É dispensável a autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz, tendo em vista que a lei criadora é a própria medida autorizadora. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

A expressão “empresa privada”, que se refere à participação dos entes estatais no art. 37, XX, também não pode ser interpretada de qualquer modo.

A Constituição sempre se refere de forma expressa às empresas estatais e suas espécies (empresa pública e sociedade de economia mista). Apesar da determinação constitucional de equivalência de regimes jurídicos entre as empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) que explorem atividade econômica e as empresas privadas (art. 173, § 1º, II), o texto constitucional sempre distingue as empresas estatais das empresas privadas propriamente ditas.

Todas as vezes em que há referência à “empresa privada” na Constituição, o texto diz respeito às sociedades privadas propriamente ditas, compostas por capital integralmente privado, nunca às sociedades de economia mista, compostas por capital parcialmente privado. O art. 37, XX, menciona a empresa privada neste mesmo sentido.¹¹¹

111. Neste mesmo sentido, o STF se manifestou no julgamento da referida ADI 1.649-DF (Relator: Ministro Maurício Corrêa), em março de 2004. Sobre a discussão teórica em torno da conceituação de empresa, v. Paula A. Forgioni, *O Direito Comercial Brasileiro: da Mercancia ao Mercado*, mimeo, São Paulo, Faculdade de Direito da USP (Tese de Titularidade), 2008, pp. 53-102. Para o debate português sobre o significado de empresa nos distintos dispositivos constitucionais e diplomas legais, v. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Da Empresariabilidade: as Empresas no Direito*, reimpr., Coimbra, Almedina, 1999, especialmente pp. 1-24 e 281-308.

2.3 A constitucionalidade e o alcance da Medida Provisória n. 443, de 21 de outubro de 2008

A Medida Provisória n. 443, de 21 de outubro de 2008, autoriza o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal a constituírem subsidiárias integrais ou controladas, bem como a adquirirem participação em instituições financeiras, públicas ou privadas, incluindo empresas de ramos complementares às do setor financeiro (arts. 1º e 2º da Medida Provisória n. 443/2008). A Medida Provisória n. 443/2008 concede, assim, uma autorização ampla para a criação de subsidiárias e participação em outras sociedades por estas duas instituições financeiras públicas federais.

Além desta autorização legal, a Medida Provisória n. 443/2008 expressamente determina a dispensa de licitação no caso de venda de participação acionária em instituições financeiras públicas para o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal (art. 5º da Medida Provisória n. 443/2008). O disposto no art. 17, II, c, da Lei n. 8.666/1993 é, assim, excepcionado para o caso destas instituições financeiras públicas federais. A dispensa de licitação deixa de ser mais uma opção do administrador a ser justificada como adequada à situação de venda de participação acionária em instituições financeiras públicas para o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal, para se tornar uma possibilidade determinada expressamente no texto legal para estes casos.

Os requisitos constitucionais da relevância e urgência (art. 62, *caput*, da Constituição) estão visivelmente atendidos com a edição desta Medida Provisória. A crise financeira internacional, iniciada em setembro de 2008, exige a necessidade de atuação diligente e eficaz do Poder Executivo, especialmente no que diz respeito às medidas de natureza econômica.¹¹² A

112. Sobre as situações de emergência econômica, v. de Gilberto Bercovici, "O Estado de exce-

preservação e reestruturação do sistema financeiro nacional, visando a ampliação da oferta de crédito e de liquidez, fundamentam a concessão de instrumentos que conferem maior agilidade e eficiência ao setor bancário público.

A Medida Provisória n. 443/2008 consagra instrumentos para que os bancos públicos federais possam atuar em igualdade de condições com os grandes bancos privados. Afinal, a Constituição de 1988 garante da mesma forma a iniciativa econômica individual, a iniciativa econômica cooperativa (arts. 5º, XVIII, e 174, §§ 3º e 4º, da Constituição) e a iniciativa econômica pública (arts. 173 e 177 da Constituição, entre outros). A iniciativa econômica pública tem suas especificidades, pois é determinada positivamente pela Constituição ou pela lei (assim como a liberdade de iniciativa privada também é limitada pela lei) e deve se dar de acordo com o interesse público, ou, mais especificamente, com os imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo (art. 173 da Constituição). Apesar destas especificidades, o Estado deve ter sua iniciativa econômica pública protegida de forma semelhante à proteção das iniciativas privada e cooperativa.¹¹³

ção econômico e a periferia do capitalismo", *Boletim de Ciências Econômicas*, vol. XLVIII, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2005, pp. 1-11, e Gilberto Bercovici, "Die Aktualität von Carl Schmitt an der Peripherie des Kapitalismus: Betrachtungen am Fall Brasilien", in Rüdiger Voigt (org.), *Der Staat des Dezisionismus: Carl Schmitt in der internationalen Debatte*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2007, pp. 188-198.

113. Sobre a iniciativa econômica pública, v., ainda, Francesco Galgano, "Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici", in Francesco Galgano (coord.), *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, vol. 1, Padova, Cedam, 1977, pp. 120-126; Oscar de Juan Asenjo, *La Constitución Económica Española*, cit., pp. 90-99; Natalino Irti, *L'Ordine Giuridico del Mercato*, cit., pp. 19-20; e José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, cit., pp. 958-959 e 982-986.

Não se trata aqui, portanto, de nenhuma violação ao princípio constitucional da livre iniciativa (arts. 1º, IV, e 170, *caput*), que também deve conformar a iniciativa econômica pública, não apenas a iniciativa econômica privada, como muitos autores, equivocadamente, defendem, sustentando uma posição ideológica que não encontra fundamento no texto constitucional.¹¹⁴ O Estado brasileiro é regido por uma constituição cujos preceitos reclamam, de uma forma ou de outra, a atuação estatal no domínio econômico. A Constituição de 1988, assim, não exclui nenhuma forma de intervenção estatal, nem veda ao Estado atuar em nenhum domínio da atividade econômica. A Medida Provisória n. 443, de 21 de outubro de 2008, neste sentido, apenas confere ao setor bancário público federal instrumentos mais adequados para sua atuação mais eficaz e para o cumprimento de seus objetivos fixados legal e constitucionalmente.

RESPOSTA AOS QUESITOS COMPLEMENTARES

Diante da argumentação exposta, concluo:

1) A alienação do controle de uma sociedade de economia mista estadual (Nossa Caixa) a uma sociedade de economia mista federal (Banco do Brasil) configura a hipótese de contratação direta por dispensa de licitação. A inexigibilidade de licitação poderia, no entanto, ser alegada em virtude da inexistência de competição possível neste caso (art. 25 da Lei n. 8.666/1993).

2) O interesse público permanece presente na Nossa Caixa, sociedade de economia mista estadual criada por lei específica, mesmo com a alienação do controle acionário. A Nossa Caixa torna-se sociedade controlada do Banco do Brasil, sociedade de economia mista federal, mas se mantém no setor empresarial público e com sua natureza jurídica de sociedade de economia mista.

3) A referência do art. 37, XX, da Constituição de 1988 à “empresa privada” diz respeito à empresa composta por capital totalmente privado e administrada por particulares.

4) A alienação do controle da Nossa Caixa ao Banco do Brasil demonstra inequivocamente a vontade discricionária do administrador em não privatizá-la. O negócio constitui fase preliminar de reorganização para a posterior incorporação societária da Nossa Caixa pelo Banco do Brasil. Neste interregno, a Nossa Caixa seria sociedade controlada do Banco do Brasil, mas manteria sua natureza de sociedade de economia mista, criada por lei, mas controlada por outra sociedade de economia mista, podendo desempenhar normalmente suas funções públicas, como por exemplo, abrigar a conta única do Tesouro do Estado de São Paulo e administrar os depósitos judiciais (art. 666, I, do Código de Processo Civil).

5) A edição da Medida Provisória n. 443, de 21 de outubro de 2008, determina a dispensa de licitação para a aquisição de instituição financeira pública por parte do Banco do Brasil. A dispensa de licitação deixa, assim, de ser mais uma opção do administrador a ser justificada como adequada à situação de venda de participação acionária em instituições financeiras públicas para o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal, para se tornar uma possibilidade determinada expressamente no texto legal para estes casos. A Medida Provisória n. 443/2008 autoriza o Banco do Brasil a constituir subsidiárias integrais

114. Como exemplo deste tipo de argumentação, v. Paulo Bonavides, “Serviço postal (art. 21, X)”, *Revista de Direito do Estado* 6/323-324, Rio de Janeiro, abr.-jun./2007. Para a crítica destas concepções que privilegiam a livre iniciativa privada, v. Cláudio Pereira de Souza Neto e José Vicente Santos de Mendonça, “Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa”, cit., pp. 709-741.

ou controladas, bem como a participar de outras empresas do sistema financeiro ou que exerçam atividades complementares por parte do Banco do Brasil. Esta Medida Provisória consagra, portanto, instrumentos para que os bancos públicos federais

possam atuar em igualdade de condições com os grandes bancos privados, preservando a iniciativa econômica pública, garantida pela Constituição de 1988.

Este é o meu Parecer.

São Paulo, 10 de novembro de 2008.

de economia mista, bem como a participar de outras empresas do sistema financeiro ou que exerçam atividades complementares por parte do Banco do Brasil. Esta Medida Provisória consagra, portanto, instrumentos para que os bancos públicos federais possam atuar em igualdade de condições com os grandes bancos privados, preservando a iniciativa econômica pública, garantida pela Constituição de 1988. Este é o meu Parecer. São Paulo, 10 de novembro de 2008.

de economia mista, bem como a participar de outras empresas do sistema financeiro ou que exerçam atividades complementares por parte do Banco do Brasil. Esta Medida Provisória consagra, portanto, instrumentos para que os bancos públicos federais possam atuar em igualdade de condições com os grandes bancos privados, preservando a iniciativa econômica pública, garantida pela Constituição de 1988. Este é o meu Parecer. São Paulo, 10 de novembro de 2008.