*SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA — ALIENAÇÃO DE AÇÕES — AUTORIZAÇÃO**

— Legalidade da autorização de venda de ações da Companhia Vale do Rio Doce, por parte do Ministro da Fazenda.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

Parecer

Fato e ato jurídico; ato administrativo; os pressupostos do ato administrativo: mérito e legalidade.

O ato do Exmº Sr. Ministro da Fazenda, consubstanciado no Aviso nº 64, de 29 de fevereiro de 1980, em que foi autorizada a alienação de até 200 milhões de ações preferenciais da Cia. Vale do Rio Doce. Os motivos determinantes do ato. O mérito da decisão.

A competência legal do Ministro da Fazenda.

O permissivo legal para a venda de ações da CVRD. O princípio da inalienabilidade dos bens públicos. As exceções no direito público brasileiro. A exegese dos arts. 60 e 61 da Lei nº 4 728, de 1965, com a redação dada pela Lei nº 5 710 de 1971.

A inaplicabilidade à espécie de leis supervenientes de caráter geral.

Os bens públicos são inalienáveis, e, assim, as exceções a esse princípio devem estar previstas em lei especial, que, além de conterem a norma permissiva da alienação, nos casos que indicar, prescrevam forma especial.

Legalidade do ato ministerial.

I

Introdução

O Exmº Sr. Ministro da Fazenda solicita a manifestação desta Procuradoria-Geral sobre a *legalidade* de sua decisão, no sentido da venda de ações representativas do capital social da Companhia Vale do Rio Doce, de propriedade do Tesouro Nacional.

* Ver sobre a matéria o parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, neste volume, p. 177.

II

Os fatos e atos jurídicos e o ato administrativo

2. Na clássica lição de Savigny, os *fatos jurídicos* "são os acontecimentos, em virtude dos quais as relações de direito nascem e se extinguem" (In: *Droit romain,* § 104). Jurídicos ou *jurígenos,* como prefere Edmond Picard, para exprimir "a idéia de um fato atuando num direito, nos três pontos de vista da produção, transformação e destruição" (In: *Le Droit pur,* § 101).

3. Mas, o certo é que "o direito — é ainda Picard quem adverte — pende do ato que o produz, como o fruto do ramo" (op. cit., § 99).

4. Os fatos jurídicos abrangem, segundo Clóvis Beviláqua, "os acontecimentos naturais" e as "ações humanas" (In *Teoria geral do Direito Civil,* § 48), uns e outros influindo a criação, a modificação ou a extinção de direitos. Ou "fatos naturais" e "fatos humanos", como prefere o Professor Picard (op. cit. § 102).

5. "São as ações desta segunda categoria — ensina Clóvis — que constituem os atos jurídicos" (op. cit. § 48).

6. O *ato jurídico,* na letra de nossa Lei Civil, é todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transformar, modificar ou extinguir direitos (Código Civil, art. 81).

7. O ato administrativo é uma modalidade dos atos jurídicos.

8. Divergem os tratadistas — como assinala Themístocles (In: *Tratado de direito administrativo)* — na definição do ato administrativo, segundo a prevalência dada à *forma* ou à *substância.* Entre os primeiros, citam-se Meucci, Lous Rolland, D'Alessio, Borsi, Silvio Trentin, Raneletti, Sani Romano, Themístocles e Marcelo Caetano, e, entre os últimos, Laubadere, Jellinek, Laband, Otto Mayer, Kelsen, Duguit, Bielsa, o Visconde de Uruguai.

9. Dentre os primeiros, Marcelo Caetano sustenta que "ato administrativo é a conduta voluntária de um órgão da administração, no exercício de um poder público, de que resulta a aplicação de normas jurídicas a um caso concreto" (In: *Manual de direito administrativo*).

10. No segundo grupo, que sustenta posição doutrinária mais escorreita, Raneletti ensina que:

"Quando parliamo di atti amministrativi, intendiamo riferirci soltanto a quelli che l'autorità amministrativa compie nell' esplicamento dell' attività pubblica di amministrazione, sia in riguardo al proprio ordinamento (nomina ai pubblici uffici, promozone dei propi impiegati, licenziamento, punizioni disciplinari, ecc.) sia nella funzione *giuridica,* come autorità ordinatrice e moderatrice del consorcio sociale, quindi potere, pubblico, nell' esercizio della postetà d'impero (ordini, divieti), sia nella funzione sociale, com uso ou no della postetá d'impero (attività di cultura, di assistenza, prestazione di servizi pubblici, ecc.) avendo sempre como scopo *direto* la soddisfazione del pubblico interesse, il bene pubblico" (In: *Instituzione,* citado por Themístocles, op. cit.).

11. Na espécie, pouco importa a distinção, eis que a decisão ministerial em tela constitui *ato administrativo,* tanto em seu *aspecto formal,* quanto por seu *conteúdo,* como se demonstrará.

III

Os pressupostos do ato administrativo: mérito e legalidade

12. O ato administrativo envolve dois pressupostos básicos: o *mérito e a legalidade.*

13. O *mérito* — na lição lapidar de Caio Tácito — "é a indagação da oportunidade e conveniência do ato, a zona livre em que a vontade do administrador decide sobre as soluções mais adequadas ao interesse público. É a sede do poder discricionário do administrador, que se orienta por critérios de utilidade".

14. Ensina, ainda, o preclaro Mestre da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro que o poder discricionário é "a faculdade concedida à administração de escolher o *objeto e*

a forma do ato administrativo, salvo quando preestabelecidos na lei, utilizando, para isso, a apreciação do valor dos motivos existentes" (In: *O abuso de poder administrativo no Brasil*).

15. "O poder será discricionário — assinala Marcelo Caetano — quando seu exercício fique entregue ao critério do respectivo titular, deixando-lhe liberdade de escolha do procedimento a adotar em cada caso como mais ajustado à realização do interesse público protegido pela norma que o confere" (In: *Princípios fundamentais do direito administrativo*, p. 65).

16. Na definição de Laubadere:

"Il y a *pouvoir* (ou *compétence*) *discrétionnaire lorsque*, en présence de circonstances de fait données, l'autorité administrative est libre de prendre telle ou qelle décision, a le choix entre ces décisions, autrement dit lorsque sa conduite ne lui est pas dictée à l'avance par le droit. (In: *Traité elémentaire de droit administratij*).

17. Por outro lado, "a *legalidade* — a citação ainda é do memorável ensaio de Caio Tácito — é a observância da lei, que vincula a manifestação de vontade do administrador, estabelecendo um nexo de causalidade entre o resultado do ato e a norma de direito" (op. cit.).

18. Destarte, a validade do ato jurídico requer — na expressão do Código Civil Brasileiro (art. 82) — agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei.

19. Clóvis lembra que "os atos jurídicos estão submetidos aos princípios gerais do justo e do honesto e devem ser interpretados como atos praticados de boa fé" (op. cit. § 49).

20. Como já se acentuou, o ato administrativo é modalidade do ato jurídico. Logo, as condições de validade do gênero aplicam-se à sua espécie.

21. Todavia, além de agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei, o ato administrativo é, ainda, função de dois outros requisitos essenciais: *motivo determinante* e *finalidade*.

22. Na precisa e feliz classificação de Caio Tácito, os três primeiros requisitos dizem respeito à *legalidade externa* do ato administrativo, enquanto os dois últimos referem-se à *legalidade interna*.

23. Na formação do ato administrativo, o agente parte da verificação da ocorrência de motivos determinantes. "Segue-se imediatamente — é Caio Tácito quem observa — a apreciação do *valor desses motivos*, que permite ao administrador decidir-se sobre a decisão a adotar. E na sucessão desses dois tempos que se insere o poder discricionário" (op. cit.).

24. Constatada a existência de motivos determinantes para a prática de um ato administrativo, cumpre ao agente, no desempenho dinâmico de suas atribuições, aferir da respectiva intensidade e natureza, e, ato contínuo, à luz de critérios de conveniência e oportunidade, tomar, no exercício do poder discricionário, uma decisão — tal ou qual, comissiva ou omissiva — e fixar o momento mais adequado para a sua efetivação, sempre visando ao interesse da coletividade, vale dizer, ao bem-comum.

25. "A autoridade age — doutrina Caio Tácito — para alcançar o *objeto*, ou seja, o efeito do ato jurídico. Este é, por excelência, o terreno do poder discricionário. Não existindo na lei uma obrigação certa de fazer ou não fazer, o administrador pode escolher o objeto do ato administrativo, decidindo sobre a oportunidade e conveniência dele. A livre determinação do objeto, é, em suma, o núcleo do poder discricionário" (op. cit.).

26. Se assim não for, ter-se-á a administração estática: que não decide, que não age, que não atua. Em outras palavras, a ausência de autoridade, o vazio de poder.

27. Nesse sentido, Laubadere doutrina magistralmente:

"d'une *manière générale*, la limitation du pouvoir administratif ne doit pas être absolue parce que, aussi bien que *l'arbitraire administratif* doit être évité *l'automatisme administratij:* celui-ci se produirait si les agents administratifs n'avaient rigoureusement à appliquer que des règles préétablies; cet automatisme serait désastreux à la fois parce que l'opportunité de certaines décisions ne peut pas être appréciée à l'avance par voie générale mais seulement au contact du réel et aussi parce qu'un tel automatisme ferait dis-

paraitre tout esprit d'initiative au sein d'une administration de plus en plus sclérosée. A cette première préoccupation correspond un premier contrepoids: c'est le *pouvoir discrétionnaire* c'est-à-dire la marge de liberté que les sources de la légalité peuvent laisser à ladministrateur dans son activité." (op. cit.).

28. Mas, é mister que a autoridade, ao tomar e manifestar a decisão, ao praticar o ato administrativo, vincule o seu procedimento ao império da lei.

29. Assim, *é necessário:* 1º) que a autoridade seja competente para manifestar a decisão; 2º) que a forma escolhida seja a prevista ou não proibida em lei; e 3º) que o objeto seja lícito.

30. A *competência,* seja em razão do agente, da matéria, do lugar e do tempo, deve derivar da lei, *latu sensu.*

31. Como ensina Bielsa:

"El acto administrativo es, según lo hemos definido, decisión de autoridad administrativa; pero no basta que él emane de una autoridad administrativa, sino que es necesário, además, que ella tenga aptitud legal, o sea *competencia* para realizar el acto, o que lo ejecute en cumplimiento de sus propias funciones y atribuciones legales" (In: *Derecho administrativo,* nº 207).

32. Hoje, em nosso País, conforme o inovador preceito do art. 81, inciso V, da Constituição Federal, compete *privativamente* ao Presidente da República "dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal".

33. Dessa forma, a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, somente ato do Presidente da República pode, no âmbito do Executivo Federal, atribuir competência a determinada autoridade administrativa para a prática de atos que especificar. A matéria refoge, pois, à competência do Legislativo, sendo, em conseqüência, tão inconstitucional como o ato do Executivo que importe em invasão de competência do Poder Legislativo, a lei votada pelo Congresso que disponha sobre atribuições das autoridades administrativas, matéria da competência privativa do Presidente da República.

34. Admite-se, é claro, pelo princípio de persistência, a vigência de preceitos de lei editados anteriormente à vigência da Emenda nº 1, de conformidade com as normas constitucionais anteriores, até que sejam modificadas por ato do Executivo, baixado com fulcro no ordenamento constitucional superveniente.

35. De outro lado, a *forma,* como registrado, deve ser a prevista ou não proibida em lei. "É a exteriorização do Ato", no dizer de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (In: *Curso de direito administrativo*). "A forma no direito administrativo — acrescenta Benévolo de Andrade — exerce uma tríplice função: confere segurança à relação gerada pelo ato, serve de meio de prova e possibilita o controle" (In: *Curso moderno de direito administrativo*). "É o modo pelo qual — observa o ilustre Marcelo Caetano — a vontade do órgão administrativo se manifesta" (op. cit.).

36. Gabino Fraga, o famoso tratadista mexicano, destaca as conseqüências jurídicas da *forma* do ato administrativo, estabelecida em lei:

"El elemento formal en el acto administrativo viene a restringir la voluntad en la elección de sus medios de expressión; de tal modo que constituye una verdadera modalidad de la competencia; viene a ser el molde en que debe de vaciarse el ejercicio de la competencia de los funcionarios públicos, la condición de validez para el ejercicio de ella" (In: *Derecho Administrativo,* p. 91).

37. Via de regra, a forma é a escrita, podendo exemplificar-se com o decreto, a portaria, o regulamento, as instruções, as ordens de serviço, os despachos, os julgamentos, as resoluções, os avisos, os ofícios, os memorandos, os contratos, os convênios, os autos de infrações etc.

38. A seu turno, o *objeto* diz respeito ao próprio conteúdo do ato, ligando-se intimamente com a finalidade, o resultado desejado.

39. O objeto está vinculado ao princípio da reserva legal.

40. "O objeto — registra Themístocles — é a coisa, o fato, a prestação, é, como dissemos acima, o próprio conteúdo da obrigação, o direito criado pelo ato administrativo" (op. cit.).

41. E Marcelo Caetano completa: "o objeto do ato administrativo deve ser legal e não apenas lícito. A administração pública atua nos termos previstos ou permitidos pela lei: não lhe é possível tudo o que a lei não proíbe, como sucede com os particulares; a sua ação está positivamente regulada e por isso só pode querer o que a lei permitir que queira" (op. cit., 69).

42. Portanto, o conteúdo do ato deve versar objeto previsto ou permitido na lei.

43. Além de atender a esses requisitos, o agente administrativo deve ater-se à finalidade do ato, pois, como observa Caio Tácito, "a regra de competência não é um cheque em branco concedido ao administrador. A administração serve, necessariamente, a interesses públicos caracterizados. Não é lícito à autoridade servir-se de suas atribuições para satisfazer interesses pessoais, sectários ou político-partidários, ou mesmo a outro interesse público estranho à sua competência" (op. cit.).

44. O ato deve ter por finalidade o interesse público, o bem-comum. O resultado pretendido deve guardar relação com os motivos determinantes.

IV

Os casos de nulidade e anulabilidade do ato administrativo

45. O direito administrativo, entre nós, não é codificado. Assim, os casos de nulidade e anulabilidade do ato administrativo estão particularizados na Lei nº 4 717, de 29 de junho de 1965, que regula a ação popular. Esses casos correspondem às hipóteses de infringência à legalidade do ato, consoante a doutrina antes indicada, isto é, aos requisitos de agente capaz, objeto lícito, forma prevista ou não defesa em lei, motivos determinantes e finalidade.

46. A ação recebeu tratamento constitucional no direito pátrio por ocasião da Carta de 1934 (art. 113, § 39), erigindo-se, a exemplo do *habeas corpus* e do mandado de segurança, em remédio judicial constitucional, encartado no capítulo dos Direitos e Garantias Individuais.

47. Entre eles, a vigente Constituição, em seu art. 153, § 31, incluiu a legitimidade para a propositura de *ação popular* "que vise a anular atos lesivos ao patrimônio das entidades públicas". Esse preceito constitucional foi regulamentado pela referida Lei nº 4 717, de 29 de junho de 1965.

48. Consoante Pinto Ferreira, "o seu *nomem juris* deriva do direito romano, como a chamava Savigny. Os romanos conheciam diversas ações populares, ou *actiones populares,* com o fim precípuo de amparar o direito do povo. Veja-se a propósito o *Digesto* (L. 47, 23). Paulo assim a definiu: *popularem actionem dicimus, quae suum jus populi tuctur.* A *actio popularis* tem, assim, sua fundamentação histórica no próprio direito romano, cheio de fecundas e sugestivas inovações. Em diversos países do mundo ela é adotada: na Itália com o nome de *azione populare;* na Alemanha tem a designação de *popularklage;* na França o recurso por excesso de poder é aproximado da ação popular; na Inglaterra é de mencionar a *popular action,* como também existe na Bélgica, Argentina, Espanha, Portugal" (In: Da ação popular constitucional, *Rev. Direito Público,* nº 20).

49. A citada Lei nº 4 717, de 1965, prescreve a nulidade dos atos administrativos quando, além de lesivos ao patrimônio público, ocorrer: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade de objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidades.

50. Portanto, a lei prevê a nulidade ou anulabilidade do ato administrativo, precisamente nas hipóteses de omissão ou inobservância dos requisitos essenciais à legalidade externa ou interna, a que se refere Caio Tácito.

51. Segundo a Lei (art. 2º, parágrafo único), a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticar; o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato; a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo; a inexistência dos motivos se verifica quando a

matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido; e o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

52. Resumindo, o ato administrativo só será nulo ou anulável se lhe faltar, alternativa ou concomitantemente: motivo determinante, agente capaz, forma prevista ou não contrária à lei, objeto lícito e finalidade.

V

O ato do Exmo. Sr. Ministro da Fazenda — forma e conteúdo

53. O Ato em foco do Exmº Sr. Ministro da Fazenda está consubstanciado no Aviso nº 064 (Reservado), de 29 de fevereiro de 1980, dirigido ao Ilmº Sr. Presidente do Banco Central do Brasil, *verbis:*

"Aviso nº 064 reservado — Em 29 de fevereiro de 1980.

Senhor Presidente,

Ao submeter à apreciação do Conselho Monetário Nacional o voto com proposta de aprovação do Regulamento para as operações industriais do Proálcool, o Exmº Sr. Ministro da Indústria e do Comércio solicitou o destaque da importância de Cr$ 3 bilhões, a ser repassada ao BNDE, em janeiro de 1980, para aplicação em projetos integrados do Programa. O processo respectivo, nº 507/79, aprovado *ad referendum* em 12.12.79, pelo Exmº Sr. Ministro da Fazenda, foi homologado pelo Conselho em sessão de 16.1.80.

Conforme informações obtidas junto à Comissão de Programação Financeira e ao Banco Central, ainda não houve ingresso de recursos provenientes das alíneas *n*, referente ao Fundo de Mobilização Energética, nem a *l*, relativa à diferença de preço na comercialização do álcool, únicas fontes (orçamento da União) previstas para o Proálcool em 1980.

A fim de atender às constantes solicitações que nos tem feito o Presidente do BNDE, e até que ingressem os recursos orçamentários, caberá ao Banco Central promover o adiamento àquele Banco, até o montante de Cr$ 1 bilhão, a ser ressarcido posteriormente, como proposto no voto do MIC.

Confirmando nossos entendimentos verbais, parece-me favorável a atual conjuntura do mercado de capitais, para mobilizar esses recursos mediante venda de parte das ações de propriedade do Tesouro Nacional, nos termos da Lei nº 4 728/65, alterado pela Lei nº 5 710/71. Nesta oportunidade de *alta do mercado* e de forte pressão compradora das ações da Cia. Vale do Rio Doce, estas poderão ser as ações a ser negociadas, adotando-se como parâmetro a média das cotações deste mês, para estabelecer um preço mínimo que, como vimos, poderá fixar-se em Cr$ 4,50.

Nesse sentido, autorizo o Banco Central a alienar até 200 milhões de ações preferenciais da CVRD a preço de mercado, observado o preço mínimo acima. A operação deverá ser realizada pelo Bacen, como agente do Tesouro e na forma do art. 11 da Lei nº 4 595/64, através de corretora de grande porte, a quem deverão ser dadas as ordens de venda, parceladamente, sem revelar o montante total a ser alienado, a fim de evitar qualquer possibilidade de manipulação.

Pelos levantamentos feitos pela Inspetoria Geral de Finanças, o Tesouro Nacional detém 100% das ações nominativas da CVRD e 45% das preferenciais, perfazendo o total de 84,4%.

Na medida em que as vendas forem realizadas, serão expedidos avisos de transferência dos títulos, procedendo-se o crédito final ao BNDE.

Na oportunidade reitero a V. Sa. protestos de estima e consideração.

Ernane Galvêas — Ministro da Fazenda".

54. Trata-se, à evidência, de *ato administrativo,* tanto no que se refere à *forma* — Aviso — como no que se diz respeito ao *conteúdo:* venda de bens móveis do patrimônio do Tesouro Nacional.

VI

Os motivos determinantes do ato

55. Como se verifica do documento supratranscrito, o Exmº Sr. Ministro da Indústria

e do Comércio, ao submeter à apreciação do Conselho Monetário Nacional o voto com proposta de aprovação do Regulamento para as operações industriais do Proálcool, solicitou o destaque da importação de Cr$ ..... 3 000 000 000,00, a fim de ser repassada ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico — BNDE, em janeiro do corrente ano, para aplicação em projetos integrados daquele Programa.

56. Esse *voto,* ou seja, essa proposição, constituiu, no Conselho Monetário Nacional, o Processo nº CMN 507/79, sendo aprovada, *ad referendum* do Colendo Colegiado, por despacho exarado em 21.12.79, pelo então Ministro da Fazenda, o Ilustre Doutor Karlos Rischbieter, decisão essa posteriormente homologada pelo Conselho, à unanimidade dos votos dos representantes, tanto do setor público, como do setor privado, na sessão de 16.1.80.

57. A decisão do Conselho Monetário Nacional foi o ponto inicial de *formação* do ato administrativo em exame, o seu motivo determinante, que desencadeou a decisão ministerial.

VII

O mérito da decisão

58. Diante dela, competia ao Exmº Sr. Ministro da Fazenda, no exercício de seu poder discricionário, optar, à luz de critérios de conveniência e oportunidade, pela solução que reputasse mais adequada, para, no quadro da legalidade, atender o CMN, no sentido de prover recursos financeiros ao BNDE.

59. Cabia-lhe, pois, buscar a fonte de recursos para o repasse ao BNDE, decidido pelo CMN. Cumpria ao Ministro, em suma, agir.

60. Em excelente artigo publicado no *Jornal do Brasil,* de 2.4.80, sob o significativo título A Engenhosidade do Ministro Galvêas, o Prof. Octávio Gouveia de Bulhões, extitular da Pasta da Fazenda, com a sua autoridade, cultura e larga experiência, assim apreciou o mérito da decisão ministerial em foco:

"Se fosse possível rever-se a soma tributária, o Ministro da Fazenda apelaria para esse reforço. Mas em defesa do contribuinte, a lei impede o aumento da incidência dos impostos durante o exercício fiscal. Restaria ao Ministro apelar para o crédito público. Nem sempre, porém, acha-se livre o percurso desse caminho, notadamente quando prevalece uma limitação da taxa de juros. É bem verdade que as Obrigações do Tesouro Nacional estão sendo procuradas. Provavelmente, não desejando aumentar a dívida, o Governo lança as Obrigações para financiar determinadas exportações, correndo o serviço por conta dos exportadores. Nestas condições, *sem poder aumentar a receita tributária, nem ampliar o crédito público, o Ministro Galvêas revelou o engenho de sua capacidade financeira voltando-se para um campo ainda pouco explorado: o da venda de ações de propriedade do Tesouro.* A operação preserva o controle acionário do Estado e é preservada a característica de investimento na aplicação do resultado da venda. *A sabedoria do esquema reside no aumento de recursos orçamentários, sem a exigência de maior soma de impostos, sem agravar-se o endividamento público, sem cair em ciladas inflacionárias.* Obtém-se a poupança de particulares, mediante a oferta de um título atrativo, sendo a poupança aplicada em investimentos de notório interesse público, mas de duvidosa rentabilidade monetária" (os grifos não são do original).

61. A seu turno, Arnold Wald observa, em artigo publicado no *Jornal do Brasil,* de 17.4.80, sob o título O Estado, o mercado e a supremacia da lei:

"A extraordinária importância das sociedades de economia mista em nosso país as coloca entre as maiores companhias de capital aberto, fazendo com que a negociação de suas ações represente, em certos dias, cerca de 90% do movimento da Bolsa. Parte substancial desses títulos pertence ao Estado, que é atualmente proprietário de mais de 90 bilhões de ações, entre as quais avultam as da Petrobrás, do Banco do Brasil e da Vale do Rio Doce. *Num momento em que a inflação obriga o Governo a aplicar rigidamente o orçamento monetário, torna-se ne-*

cessário utilizar recursos não inflacionários para realizar certos investimentos, adotando-se pois uma política de venda de ações pertencentes às pessoas de direito público, que mereceu recentemente o elogio do Ministro Octávio Gouveia de Bulhões em artigo publicado no *Jornal do Brasil.*"

62. Com efeito, dentre outras opções, incumbia ao Ministro decidir por uma das clássicas fontes de recursos: aumentar impostos, tomar empréstimos, lançar títulos do Tesouro, vender bens móveis ou imóveis, reduzir as reservas de divisas cambiais, emitir etc. Cada uma delas, é claro, com reflexos econômicos próprios.

63. Atuando no próprio *núcleo do poder discricionário,* a luz de razões não só jurídicas, mas também econômicas e políticas, o Exmo. Sr. Ministro da Fazenda, como se verifica do citado Aviso nº 64/79, considerando não só a falta de ingressos, no Fundo de Modernização Energética, dos recursos orçamentários previstos para o Proálcool, em 1980, mas levando em conta a conjuntura do mercado de ações, favorável à venda desses títulos, *decidiu* optar por essa medida, como fonte de obtenção dos recursos necessários ao cumprimento da decisão do CMN (o motivo determinante do ato).

64. E fundamentado o seu ato em *pressupostos de conveniência e oportunidade,* rematou a sua decisão, quanto ao *mérito,* registrando que, "nesta oportunidade de alta do mercado e de forte pressão compradora das ações da Cia. Vale do Rio Doce, estas poderão ser as ações negociadas", e aduzindo, ainda, que, "pelos levantamentos da Inspetoria Geral de Finanças, o Tesouro Nacional detém 100% das ações nominativas da Cia. Vale do Rio Doce e 45% das preferenciais, perfazendo o total de 84,4%".

VIII

A competência legal do Ministro da Fazenda

65. A *administração patrimonial,* ou seja, do patrimônio mobiliário ou imobiliário da União, inclui-se na área de competência do Ministro da Fazenda, conforme dispõe o art. 1º, inciso VII, do Decreto nº 76 085, de 6 de agosto de 1975, que estabelece a Estrutura Básica do Ministério da Fazenda e que foi baixado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, no uso da já referida competência privativa que lhe atribui o art. 81, inciso V, da Constituição.

66. Relativamente à noção de patrimônio público, cumpre notar que *fisco, erário, fazenda pública, tesouro público* são vocábulos comumente utilizados como sinônimos, na linguagem coloquial, na imprensa, na literatura, nos textos administrativos, na jurisprudência e, mesmo na legislação.

67. *Fisco* provém do substantivo latino *fiscus, fisci,* que era um cesto utilizado pelos coletores romanos para guardar os tributos recolhidos. "Por metonímia — esclarece Aliomar Baleeiro — veio a significar o próprio conteúdo, os dinheiros públicos e passou a sinônimo de *erário.*" Para Francisco Fernandes, fisco é "a parte da administração pública encarregada da cobrança de impostos" e, consoante Caldas Aulete, que invoca Herculano e Aquino Ribeiro, é "a administração encarregada de cobrar os direitos ou contribuições da fazenda" ou "o Estado quando credor de impostos e outras contribuições".

68. A seu turno, *erário* origina-se do termo latino *aerarium,* o que é relativo a dinheiro, ao tesouro. Segundo Caldas Aulete, era o "edifício onde se guardavam os capitais ou dinheiros públicos" e, para Antônio de Moraes e Silva, o "tesouro público, a junta de arrecadação dos contos ou dinheiros reaes".

69. *Fazenda,* do latim *faciendus,* de *facere* (fazer), significa bens, haveres e Fazenda Real, os bens da Coroa. E *Tesouro,* do latim *thesaurus,* tem o significado de grande quantidade de dinheiro, jóias e objetos preciosos e era o antigo depósito de moedas e outros objetos de valor.

70. Igor Tenório e José Mota Maia, Antenor Nascentes e De Plácido e Silva, dentre outros, lembram que, antigamente, fisco era o tesouro privado do imperador, do príncipe, destinado à sua manutenção e da casa imperial, enquanto o erário significava o tesouro público, constituído das rendas destinadas à manutenção do Estado.

71. A esse propósito, esclarece Rafael Bielsa: "O erário é o tesouro público. Historicamente, o erário atual é o sucessor do *aerarium populi* de Roma. O fisco (*fiscus*) expressa uma idéia diferente. O fisco foi, no Império Augustus, a caixa particular do imperador. Essa caixa particular terminou por absorver o erário; daí a sinonímia (fisco e erário)." E prossegue o notável tratadista: "O *aerarium* era em Roma o tesouro do Estado, diferentemente do *fiscus*, que era o tesouro da coroa" (In: *Derecho administrativo*).

72. Nos dias correntes, pode admitir-se uma ligeira diferença entre *fisco* e *erário*, mas a este último vocábulo se equivalem *fazenda pública* e *tesouro público:* fisco é o conjunto de órgãos da administração pública, no ramo fazendário, que tem por finalidade arrecadar e fiscalizar os tributos e rendas do Estado. Já erário, e, mais usualmente, *fazenda pública* ou *tesouro público* (nacional, estadual, municipal), é o conjunto de bens, receitas (tributárias ou não-tributárias ou genericamente financeiras), direitos e interesses do Estado, ou melhor, da União, das unidades federativas, dos municípios. Abrange os bens que Alberto Deodato denomina de bens do "domínio privado ou fiscal".

73. Assinale-se que, também por metonímia, a expressão tesouro público passou a denominar em seu conteúdo o conjunto de valores pertencentes ao Estado.

74. De Plácido e Silva define erário como "o conjunto de bens ou valores pertencentes ao Estado". A seu turno, Castro Nunes assinala que as designações fazenda nacional ou federal melhor correspondem ao Estado federal na órbita econômica, patrimonial, financeira ou privada.

75. Em tal acepção, é comum falar-se em órgãos da Fazenda, para abranger não só os do fisco *stricto sensu*, mas os que têm por finalidade arrecadar, fiscalizar, manter, conservar, administrar e distribuir os bens da fazenda pública, como os relacionados com o patrimônio imobiliário (Serviço do Patrimônio da União e similares nos estados), com a contabilização dos bens e receitas públicas (Inspetoria-Geral de Finanças do Ministério da Fazenda, antiga Contadoria-Geral da República), com a guarda de valores: divisas cambiais, títulos mobiliários (Banco Central do Brasil), com a fabricação de moedas metálicas e papel-moeda (Casa da Moeda do Brasil), com a defesa e a representação desses bens, receitas, direitos e interesses (Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional).

76. Em suma, a *fazenda* é a expressão patrimonial do Estado.

77. A administração desse patrimônio inclui-se na área de competência do Ministério da Fazenda e o Ministro da Fazenda resolve, como gestor máximo, todas as questões pertinentes a esse patrimônio.

78. Dentro da área de competência do Ministério da Fazenda, no que tange à administração patrimonial, compete ao Banco Central do Brasil, nos precisos termos do art. 11, inciso IV, da Lei nº 4 595, de 31 de dezembro de 1964 (Sistema Financeiro Nacional):

"IV — efetuar a compra e venda de títulos de sociedades de economia mista e empresas do Estado."

79. E de acordo com o disposto no art. 1º do Decreto nº 68 574, de 30 de abril de 1971, compete, ainda, ao Banco Central:

"a atribuição de guardar os valores mobiliários representados por ações de sociedades anônimas de que a União é acionista."

80. Outrossim, cabe aos ministros de Estado, nos termos do art. 85 da Constituição, "exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência", princípio esse explicitado no Decreto-lei nº 200, de 1967, sendo certo que supervisionar é exercer a direção. E ao Ministro da Fazenda compete conhecer, mediata ou imediatamente, de todos os negócios a cargo do Ministério (Decreto nº 24 036, de 1974, art. 5º).

81. Além disso, a *competência expressa, precisa, clara, incontestável,* do Exmo. Sr. Ministro da Fazenda, *para determinar a venda de ações de propriedade do Tesouro Nacional,* está contida no art. 8º, alínea *e*, do citado Decreto nº 24 036, baixado, *com força de lei,* em 26 de março de 1934, pelo então Chefe do Governo Provisório, o Presidente Getúlio Vargas:

Art. 8º Ao Ministro da Fazenda compete:

.....

e) determinar a alienação dos bens do patrimônio nacional, quando autorizada em lei."

82. Conseqüentemente, é inquestionável que o Ministro da Fazenda dispõe de competência para determinar a venda de ações, de propriedade do Tesouro Nacional, representativas do capital de sociedades anônimas, desde que a alienação esteja, como de fato está, autorizada em lei.

IX

O permissivo legal para a venda das ações da CVRD (objeto do ato)

83. O ato administrativo do Exmo. Sr. Ministro da Fazenda (Aviso nº 64/79), ditado por motivos determinantes já indicados e praticados no uso de competência legal já apontada, teve por *objeto* autorizar "o Banco Central a alienar até 200 milhões de ações preferenciais da CVRD..."

84. Cumpre notar, neste passo, que *os bens públicos são inalienáveis* e, assim, as exceções a esse princípio devem estar previstas em *lei especial*, pois as normas de direito comum relativas à alienação de bens, por si só, não autorizam a alienação de bens do domínio público.

85. "É a inalienabilidade — assinala Cretela Júnior — traço típico dos bens públicos" (In: *Bens públicos*).

86. Berthélemy, discorrendo sobre a matéria, enfatiza:

"Un point, cependant, n'a jamais éte mis doute, cest l'indisponibilitè du domaine public" (In: *Traité elementaire de droit administratif*).

87. O notável Mestre da Faculdade da Universidade de Paris ainda lembra:

"L'expression *domaine*, en droit administratif, s'applique à l'ensemble des biens utilisés ou exploités par la collectivité ou pour la collectivité des citoyaens. Le domaine public est inaliénable et imprescriptible" (op. cit.).

88. Entre nós, os bens públicos, conforme a regra do art. 67 do Código Civil, "só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos *casos e forma* que a lei prescrever" (os grifos não são do texto legal).

89. Nessa conformidade, dispõe o Regulamento Geral de Contabilidade Pública, nos seus arts. 803, 804, 807, 809, 810 e 811:

"Art. 803. Pertencem à União os bens públicos:

a) de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças, situadas em território sujeito à jurisdição do Governo Federal;

b) de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal;

c) dominicais, isto é, os que constituem o patrimônio da União, como objeto de direito pessoal ou real."

"Art. 804. *Os bens do domínio público* capitulados na letra *a* do artigo precedente *são, por sua natureza, inalienáveis*; os do domínio patrimonial do Estado, compreendidos nas letras *b* e *c* do mesmo artigo, *só poderão ser alienados nos casos e pela forma que a lei prescrever.*"

"Art. 807. Os bens patrimoniais do Estado, compreendidos nas alíneas *b* e *c* do precedente art. 803, são imóveis ou móveis disponíveis ou não disponíveis."

"Art. 809. São bens móveis por sua natureza ou por determinação de lei os de que trata a secção II, do capítulo I, do título único, do livro II, do Código Civil. Compreendem-se, entre esses, os diversos materiais para os serviços públicos, o dinheiro, valores, *títulos* e os efeitos que existam na caixa ou nos cofres do Estado."

"Art. 810. Classificam-se como *disponíveis os bens do Estado*, qualquer que seja a sua proveniência, *dos quais se possa efetuar venda*, permuta ou cessão, ou com os quais se possam fazer operações financeiras *em virtude de disposição de leis especiais de autorização.*"

"Art. 811. Consideram-se não disponíveis os bens que são necessários e têm aplicação aos serviços públicos e em relação aos quais quer pelo destino dos mesmos, quer por disposição da lei, não pode o Estado praticar nenhum dos atos indicados no artigo anterior" (os grifos não são do texto legal).

90. Ainda segundo o RGCP, todas as alienações de bens públicos são providas mediante contrato (art. 764), os quais devem fazer menção expressa, em suas cláusulas, *à lei que os autoriza* (art. 767, alínea *c*, e art. 775, § 1º, alínea *c*).

91. O Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, veio admitir, como modalidades na alienação de bens, a licitação, mediante concorrência, tomada de preços ou convites, bem assim o leilão (art. 143).

92. Nos contratos de venda de títulos, quando autorizadas por lei as alienações, funcionava o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, nos termos da Lei Orgânica da PGFN.

93. A perda da inalienabilidade dos bens da União constituídos de ações representativas do capital social de sociedades anônimas dependia, pois, de *lei especial, de preceito legal expresso*, que — nos precisos termos do Código Civil e do Regulamento Geral de Contabilidade Pública — não só *autorizasse* a alienação em si, como também — e o grifo, aqui, é relevante — prescrevesse os *casos*, em que a alienação seria permitida, e, ainda, estabelecesse a *forma* da alienação.

94. Portanto, tanto a Lei Civil, como a Lei da Contabilidade Pública, ao permitirem fosse excepcionado o princípio doutrinário e legal da inalienabilidade dos bens públicos, *condicionaram a exceção*:

1º) a permissivo em lei especial;

2º) a casos delimitados; e

3º) a forma própria.

95. Dentro desse contexto doutrinário e legal, foram incluídos, na Lei nº 4 728, de 14 de julho de 1965, que disciplinou o Mercado de Capitais, as *normas especiais* — arts. 60 e 61 — que *autorizaram* "a alienação de ações de propriedade da União", nos *casos* indicados, isto é, quando tais ações fossem "representativas do capital de sociedades de economia mista e de suas subsidiárias", sob a condição de serem mantidas 51%, no mínimo, das ações das empresas nas quais devesse ser assegurado o controle estatal, e pela *forma especial* prescrita, qual seja, "através do sistema de distribuição instituído no art. 5º", daquela lei, "com a participação do Banco Central".

96. Cabe notar que ao Conselho Monetário Nacional: não compete autorizar, ou deixar de autorizar, ou, ainda, restringir por outra forma, as alienações. Cabe-lhe, na realidade, ouvido, em certos casos, o Conselho de Segurança Nacional, estabelecer a participação (com direito a voto) da União no *capital* das sociedades de economia mista em *percentual maior do que o mínimo* — 51% — fixado na lei.

Como oportunamente assinala, em excelente estudo, José Carlos P. Medeiros da Fonseca, "verifica-se, portanto, que a autorização contida no art. 60 supra transcrito está sujeita apenas ao requisito de que mantenha a União, no mínimo, 51% das ações com direito a voto das referidas sociedades anônimas de economia mista — ou *se for o caso — a percentagem de ações que assegure a participação que haja sido fixada pelo Conselho Monetário Nacional* no uso das atribuições que lhe confere o *caput* do seguinte art. 61".

97. Os dispositivos da Lei nº 4 728, de 14 de julho de 1965, estavam assim redigidos:

"Art. 60. O Poder Executivo poderá promover a alienação de ações de propriedade da União, representativas do capital de sociedades de economia mista e de suas subsidiárias, mantendo 51%, no mínimo, das ações das empresas nas quais ... *vetado* ... deva assegurar o controle estatal.

Parágrafo único. É excluída nas disposições deste artigo a Petróleo Brasileiro S.A. — Petrobrás.

Art. 61. O Conselho Monetário Nacional fixará a participação da União nas diferentes sociedades referidas no artigo anterior, ouvido o Conselho de Segurança Nacional nos casos de sua competência e no das empresas cujo controle estatal é determinado em lei especial, e estabelecerá as normas que serão observadas para a alienação, respeitada as seguintes condições:

I — a alienação será precedida da reavaliação do ativo das sociedades, feita com observância da legislação vigente, ficando as mesmas isentas do recolhimento do imposto de renda devido sobre a parcela da reava-

liação proporcional à participação da União em seu capital social;

II — as ações serão negociadas através do sistema de distribuição instituído no art. 5º desta lei, com a participação do Banco Central, na forma do inciso IV, do art. 11, da Lei nº 4 595, de 31 de dezembro de 1964;

III — poderão ser recebidos como pagamento de 60% do preço das ações os comprovantes de créditos dos contribuintes, relativos aos adicionais e empréstimos compulsórios vinculados ao imposto de renda, exceto aqueles que se destinem à subscrição compulsória de Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional."

98. Posteriormente, a Lei nº 5 710, de 7 de outubro de 1971, veio dar nova redação aos citados dispositivos, *verbis*:

"Art. 60. O Poder Executivo poderá promover a alienação de ações de propriedade da União, representativas do capital social de sociedades anônimas de economia mista, mantendo-se 51%, no mínimo, das ações com direito a voto, das empresas nas quais deva assegurar o controle estatal.

Parágrafo único. As transferências de ações de propriedade da União, representativas do capital social da Petróleo Brasileiro S.A. — Petrobrás — e de suas subsidiárias em território nacional, reger-se-ão pelo disposto no art. 11 da Lei nº 2 004, de 3 de outubro de 1953.

Art. 61. O Conselho Monetário Nacional fixará a participação da União nas diferentes sociedades referidas no artigo anterior, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, nos casos de sua competência e no das empresas cujo controle estatal é determinado em lei especial.

§ 1º As ações de que tratam este artigo e o anterior serão negociadas através do sistema de distribuição instituído no art. 5º desta lei, com a participação do Banco Central do Brasil, na forma do inciso IV, do art. 11 da Lei nº 4 595, de 31 de dezembro de 1964.

§ 2º O Poder Executivo, através do Ministério da Fazenda, poderá manter no Banco Central do Brasil, em conta especial de depósitos, os recursos originários da alienação de ações de propriedade da União, representativas do capital social de sociedades referidas no art. 60."

99. Jayme Alipio de Barros, que, com tanta proficiência, ocupou o cargo de Procurador-Geral da Fazenda Nacional, de 1967 a 1974, assim explica as razões dessa alteração legislativa:

"A Lei de Mercado de Capitais (nº 4 728, de 14 de junho de 1965) autorizou o Poder Executivo a promover a alienação de ações de propriedade da União, representativas do capital de sociedades de economia mista, mantendo-se sempre 51%, no mínimo, das ações com direito a voto das empresas nas quais deva assegurar o controle estatal. Apenas as transferências de ações da Petrobrás continuaram regidas pelo disposto no art. 11 da Lei nº 2 004, de 3 de outubro de 1953, que já consignava igual exigência quanto às ações com direito a voto e fixava a mesma percentagem de 51% para a participação mínima da União em todo o capital da empresa. A permissão legal para as vendas de ações não foi certamente utilizada até fins de 1971. Quando as autoridades federais decidiram transferir para a iniciativa privada a Fábrica Nacional de Motores, valeram-se de um decreto-lei especialmente baixado, já que a alienação do controle acionário dessa sociedade de economia mista, depois adquirido pela Alfa Romeu italiana e hoje pertencente à Fiat, não teria amparo na autorização, genérica quanto às empresas mas limitada relativamente à percentagem do capital social, feita pela Lei nº 4 728/65.

O desenvolvimento nacional havia reativado os negócios das bolsas de valores, levando até mesmo ao exagero das cotações. Os papéis de algumas sociedades de economia mista federais — Banco do Brasil, Vale do Rio Doce, Petrobrás — passaram a liderar as cotações. Justificava-se, portanto, a venda dessas ações pelo Tesouro Nacional, quer para aumentar a oferta de títulos e regular o mercado, quer para a obtenção de recursos destinados ao aumento de capital das próprias empresas.

Deve ser assinalado que as empresas rentáveis da administração federal se desenvolveram praticamente sem o fornecimento di-

reto de recursos do Tesouro Nacional: durante vários exercícios os orçamentos da União deixaram de consignar verbas para os necessários aumentos do capital das sociedades de economia mista. Estas cresceram, porém, graças à retenção de dividendos nas próprias empresas, aos favores fiscais de natureza excepcional e, no caso da Vale do Rio Doce, até mesmo por um sistema de baixa tributação do minério de ferro, montado pela União em prejuízo do estado de Minas Gerais. Boas administrações, apesar da descontinuidade administrativa decorrente das mudanças de governo, e a reinversão sistemática de lucros, completaram o quadro necessário ao desenvolvimento da empresa.

O crescimento do capital do Banco do Brasil, e da própria instituição, foi excepcional: em fevereiro de 1967, no fim do Governo Castelo Branco, o seu capital social era de apenas 2 milhões de cruzeiros, tendo sido dobrado no início da administração do Presidente Costa e Silva. Como a lei das sociedades por ações não dispusesse sobre o destino das ações não-subscritas pelos acionistas nos aumentos aprovados de capital, o Tesouro Nacional passou a subscrever as sobras não-utilizadas, assim aumentando em alguns pontos sua participação no capital do Banco; o mesmo sistema foi adotado quanto à Vale do Rio Doce."

"Os arts. 60 e 61 da Lei de Mercado de Capitais foram então alterados pela Lei nº 5 710, de 7 de outubro de 1971.

Os aumentos do capital de algumas empresas, tais como foram autorizados pouco mais tarde, permitem concluir que as vendas foram feitas em mais de uma oportunidade, sem conhecimento público e sem que até mesmo operadores de bolsa não-envolvidos nas negociações houvessem percebido que a União estava vendendo ações de sua propriedade. Os Decretos-leis nº 1 224, de 14 de junho de 1972, e nº 1 277, de 14 de junho de 1973, por exemplo, autorizaram o aumento do capital da Companhia Vale do Rio Doce com o aproveitamento dos recursos a que se refere o § 2º do art. 61 da Lei nº 4 728, de 14 de junho de 1965, confirmando assim a ocorrência de operações anteriores, certamente com papéis da própria empresa."

100. Por sua vez, Arnold Wald, no artigo antes citado, realçou o *caráter especial* das supra-transcritas normas, que estabeleceram um *regime legal peculiar*, autorizando a alienação de ações e fixando uma rotina — vale dizer, *forma-própria*:

"Assim sendo, surgiram *normas especiais* a fim de regular as vendas de ações pertencentes à União federal."

"A Lei nº 4 728 não se limitou a reconhecer a competência do Governo federal para decidir a respeito de alienação das ações pertencentes à União, como ainda *estabeleceu um regime legal próprio para essas vendas*, incumbindo expressamente o Banco Central do Brasil de realizá-las, cabendo-lhe utilizar o sistema de distribuição de títulos ou valores mobiliários. As referências do art. 61 da Lei nº 4 728 aos arts. 5 do mesmo diploma e 11, inciso IV, da Lei nº 4 595, significam que o *legislador pretendeu definir um regime específico para as vendas de ações pertencentes à União, não se limitando a atribuir ao Poder Executivo o poder decisório, mas estabelecendo, ainda, uma rotina própria para a execução da venda*, cuja negociação, em vez de ser realizada na forma prevista para as companhias privadas, passou a contar, necessariamente, com a participação do Banco Central.

101. Do exposto, conclui-se — e esta é a tese — que os citados *preceitos de caráter especial*, inteiramente consonantes com o Código Civil e o RGCP:

1º) *excepcionam* o princípio da inalienabilidade dos bens públicos, para *autorizar* a alienação de ações de propriedade da União;

2º) indicam os *casos* em que a alienação é permitida: ações representativas do capital social de sociedades anônimas de economia mista, não se estendendo, pois, a ações de outras sociedades, como, por exemplo, aquelas em que a União é acionista minoritária;

3º) fixam *condições* para a alienação: manutenção de 51%, no mínimo, das ações *com direito a voto*, das empresas nas quais a União deva assegurar o controle estatal, podendo esse percentual ser elevado, se as-

sim deliberar o Conselho Monetário Nacional;

4º) estabelecem a forma da alienação: através do sistema de distribuição instituído no art. 5º da Lei nº 4 728, de 14 de julho de 1965, com a obrigatória participação do Banco Central do Brasil.

102. No caso em tela, as condições legais foram satisfeitas, pois sequer foi alterado o percentual mínimo estabelecido pela lei, eis que a venda teve por objeto ações *preferenciais*, sem direito a voto. Destarte, não há, a tal respeito, decisão, fixando percentual diverso, por parte do Conselho Monetário Nacional.

103. Desse modo, a venda das ações da CVRD estava *expressamente autorizada em lei*, sendo, destarte, *observadas as condições* nela fixadas tanto mais que o Exmo. Sr. Ministro da Fazenda, na sua decisão (Aviso nº 64/79), reportou-se expressamente à venda "nos termos da Lei nº 4 728/65, alterada pela nº 5 710/71", determinando, noutro passo, que "a operação deverá ser realizada pelo Bacen, como agente do Tesouro, e na forma do art. 11 da Lei nº 4 595/64, através de corretora de grande porte".

104. Verifica-se, pois, que o ato ministerial reveste-se, quanto ao seu objeto, de incontestável legalidade.

X

A finalidade do ato

105. A finalidade do ato foi indicada no aviso ministerial: "na medida em que as vendas forem realizadas, serão expedidos os avisos de transferência dos títulos, procedendo-se o crédito final do BNDE".

106. Sem dúvida, a finalidade do ato guarda inteira relação com os motivos determinantes, qual seja cumprir a decisão do CMN, no sentido de que fossem providos recursos de até três bilhões de cruzeiros ao BNDE, para aplicações no Proálcool.

107. Demais disso, os recursos havidos com a venda das ações foram levados à conta especial de depósitos, no Banco Central, a que alude o § 2º do art. 61 da Lei nº 4 728, de 14 de julho de 1965, com a redação dada pela Lei nº 5 710, de 7 de outubro de 1971, conforme os termos claros do Aviso nº 17, de 11 de março de 1980, do Exmo. Sr. Ministro da Fazenda, dirigido ao Sr. Presidente daquele Banco:

"A propósito, comunico que o valor resultante da venda desses títulos deverá ser levado a crédito da conta especial de depósitos mantida pelo Ministério da Fazenda junto a esse Banco."

108. E diante do ingresso dos novos recursos financeiros na caixa do Banco Central, o Exmo. Sr. Ministro da Fazenda autorizou o repasse, ao BNDE, da importância de Cr$ 700.000.000,00, para os fins previstos na mencionada decisão do Conselho Monetário Nacional, e posterior ressarcimento com os recursos próprios do Próalcool, conforme o voto do Exmo. Sr. Ministro da Indústria e do Comércio.

109. Verifica-se, pois, que a finalidade do ato em foco foi, substancialmente, a de atender a interesses do Tesouro Nacional, ou seja, da coletividade. E tal finalidade, como comprovado, foi fielmente alcançada.

XI

A inaplicabilidade à espécie das leis supervenientes de caráter geral

110. Cumpre, antes de finalizar, sejam afastadas dúvidas que possam surgir sobre a *vigência das normas especiais* antes referidas, em face da *superveniência de leis de caráter geral*, ou, mais precisamente, a nova Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6 404, de 15 de dezembro de 1976) e a Lei do Mercado de Valores Mobiliários (Lei nº 6 385, de 7 de dezembro de 1976), tanto mais que, afora numerosas controvérsias suscitadas em torno de muitas disposições confusas dessas leis, faltam obras de comentários e jurisprudência a fixar, à luz da melhor doutrina, o verdadeiro espírito de suas normas.

111. Com efeito, no Congresso Nacional e na imprensa, sustentou-se que a venda de ações da CVRD, ora em exame, deveria submeter-se a normas da nova Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6 404, de 15 de dezembro de 1976) e da Lei do Mercado de

Valores Mobiliários (Lei nº 6 385, de 7 de dezembro de 1976).

112. Essas restrições foram posteriormente endossadas pelos eminentes juristas Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, em artigo publicado no *Jornal do Brasil*, de 30 de março de 1980, sob o título A venda de ações da Vale, o mercado de capitais e o império da lei, no qual sustentam que "a subordinação das sociedades de economia mista e das pessoas jurídicas de direito público, suas acionistas, à legislação do mercado é princípio constitucional e legal".

113. Segundo esses autores, o princípio constitucional estaria contido no § 2º do art. 167 da Constituição (na verdade, transcreveram o § 2º do art. 170).

114. Por sua vez, o princípio legal seria o do art. 235, § 1º, da Lei nº 6 404, de 1976.

115. Entendem os dois juristas que esse preceito "atinge as companhias não apenas no seu funcionamento, mas também, e *sobretudo, no comportamento dos acionistas, controladores* e minoritários...", sustentando, ainda, que "*as normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários obrigam a todos* — particulares, empresas mistas e *quaisquer autoridades públicas*. A diferença entre as normas do direito é apenas do grau de hierarquia, e não de coercibilidade".

116. Cabe seja destacado, neste ponto, como preliminar, que o Estado é um ente especial. É a coletividade social. Por isso mesmo, tudo que lhe diz respeito tem tratamento jurídico peculiar, diverso daquele dado pela ordem constitucional e jurídica às pessoas naturais e às pessoas jurídicas do direito privado.

117. Esse ordenamento traduz a prevalência do interesse público sobre o interesse individual.

118. Em conseqüência, a ação do Estado, eminentemente social, está, via de regra, sujeita a normas próprias, inaplicáveis aos particulares.

119. Acrescente-se que a ação do Estado visa ao bem-comum, enquanto a do particular objetiva satisfazer o interesse individual.

120. E, nas alienações em geral, o Estado visa o interesse público, enquanto o particular visa o lucro. Dessa forma, as alienações de bens do Estado, em razão do próprio princípio da inalienabilidade que lhes é peculiar, devem estar reguladas em *preceitos especiais*, a par daqueles de direito comum, que regem as alienações entre particulares.

121. Assim, há *normas especiais* para a alienação de bens imóveis, há normas especiais para a alienação do material inservível etc.

122. Ainda como preliminar, deve ser acentuado que, segundo o disposto no § 2º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil:

"§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais, a par das já existentes, não revoga, nem modifica a lei anterior."

123. A esse respeito, Clóvis Beviláqua ensina: "também se leis especiais regulam um instituto ou uma relação particular, é princípio de direito que a lei geral posterior lhe permite a continuação, quando não a revoga, explícita ou implicitamente, porque a regra divergente já existia e, se devesse desaparecer, di-lo-ia, claramente, a lei nova, ou disporia de modo a contrariá-la, regulando o mesmo assunto" (In: *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*).

124. Desse modo, no caso em tela, as normas especiais sobre alienação de ações de propriedade do Tesouro Nacional somente são revogáveis ou expressamente ou por outras normas especiais — mesmo incluídas na lei geral — que discipline explicitamente essa mesma matéria.

125. Nessas condições, tanto a nova Lei das Sociedades por Ações, como a Lei do Mercado de Valores Mobiliários, não interferem com o regime especial da alienação de bens do domínio da União, constituídas de títulos representativos do capital dessas sociedades.

126. Antes, porém, deve ficar claro — *data venia* das opiniões em contrário — que também não se aplica à espécie o § 2º do art. 170 da Constituição, *verbis*:

"Art. 170. Às empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas.

§ 1º Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica.

§ 2º *Na exploração*, pelo Estado, *da atividade econômica, as empresas públicas e sociedades de economia mista* reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações.

§ 3º A empresa pública que explorar atividade não-monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas."

127. Ressalta à evidência que a norma constitucional, na letra e no espírito, tem por objeto a empresa pública e a sociedade de economia mista, titulares de personalidade jurídica própria, diversa dos entes públicos detentores ou controladores de seu capital não se vislumbrando, por qualquer processo hermenêutico, como possa interferir com *normas especiais de direito público*, consonantes — como já assinalado — com o Código Civil e o Regulamento Geral de Contabilidade Pública, e relativas à alienação de bens do domínio público.

128. Sem dúvida, o fim colimado pelo preceito foi dar às empresas públicas e às sociedades de economia mista tratamento idêntico ao das empresas privadas, mas, tão-somente, no que diz respeito à *exploração, pelo Estado, da atividade econômica.*

129. Se assim não fosse, seria inconstitucional todo o Capítulo XIX da nova Lei de Sociedade por Ações, que traça, em relação àquelas empresas, normas diferentes das relativas às empresas privadas. Ao contrário, tais normas não são inconstitucionais, porque não excepcionam quanto a matéria que se possa classificar como *reguladora da exploração, pelo Estado, da atividade econômica.*

130. Além disso, a inconstitucionalidade da lei especial não pode ser presumida.

131. Carlos Maximiliano o Mestre da hermenêutica, adverte que "todas as presunções militam a favor da validade de um ato, legislativo ou executivo; portanto, se a incompetência, a falta de jurisdição ou a inconstitucionalidade em geral não estão *acima de toda a dúvida* razoável, interpreta-se e resolve-se pela manutenção do deliberado por qualquer dos três ramos em que se divide o poder público. Entre duas exegeses possíveis, prefere-se a que não infirma o ato de autoridade" (In: *Hermenêutica e aplicação do direito*).

132. Arnold Wald também não aceita, no citado preceito constitucional, a interpretação de Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, e refutando-os, enfaticamente, assevera:

"O que o legislador constituinte pretendeu, no mencionado texto, foi equiparar a sociedade de economia mista à empresa privada nas suas relações externas com terceiros, empregados, fornecedores, adquirentes de mercadorias e o próprio fisco, não lhes concedendo nessas matérias qualquer privilégio ou prerrogativa decorrente do *imperium*, ou seja, da sabedoria estatal. Mas a Constituição não determinou que as relações internas entre a empresa mista e o acionista majoritário (pessoa jurídica de direito público) fossem submetidas às mesmas leis que incidem sobre as demais companhias. A interpretação literal já nos leva a essa conclusão, pois a disposição constitucional menciona as sociedades de economia mista e não aos seus controladores, nenhuma referência fazendo à pessoa jurídica de direito público que é a controladora. Ora, ao mesmo resultado chegamos pela interpretação lógica, histórica e sistemática. É evidente que há, nas empresas mistas, certas peculiaridades que exigem que lhes seja dado um tratamento especial. De fato, sob a forma de pessoa jurídica de direito privado, encontramos sempre na sociedade de economia mista um interesse público do qual a coletividade não pode abrir mão. Trata-se de um caso de um conteúdo de direito público sob a forma de direito privado. Nas suas relações externas a empresa se rege pelo direito comercial, trabalhista e tributário, *mas no que se refere às suas relações internas — com o acionista controlador — prevalecem as normas de direito administrativo.* Neste sentido, o Decre-

to-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, estabeleceu o princípio da supervisão ministerial nas sociedades de economia mista e nas empresas públicas e um regime jurídico próprio foi criado para garantir o controle dessas sociedades pelo Tribunal de Contas. Das decisões das diretorias das sociedades de economia mista se admite, em virtude do parecer do Consultor-Geral da República, aprovado pelo Presidente da República, o recurso hierárquico apreciado e julgado pelo Governo federal, quando, evidentemente, não existe situação similar em relação ao acionista controlador da empresa privada.

133. Por outro lado, em algumas controvérsias, foi invocado o § 1º, do art. 235 da nova Lei das Sociedades por Ações, segundo o qual "as companhias abertas de economia mista estão também sujeitas às normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários".

134. Entretanto, esse dispositivo tem por objeto a sociedade de economia mista e não a União nas alienações de seus bens.

135. Interpretando-o, Arnold Wald salienta que "o legislador sujeita à Comissão de Valores Mobiliários as sociedades abertas de economia mista, mas não as vendas de ações realizadas pelos seus controladores. Os atos que podem ser fiscalizados pela Comissão de Valores Mobiliários, nos termos do art. 235, § 1º, são exclusivamente os da sociedade anônima — e não os de controlador praticados fora da empresa" (artigo citado).

136. Note-se que, em tais controvérsias, tem sido omtido o teor do *caput* desse mesmo art. 235, o qual, com meridiana clareza, dispõe:

"Art. 235 As sociedades anônimas de economia mista estão sujeitas a esta Lei, *sem prejuízo das disposições especiais da lei federal*" (o grifo não é do texto legal).

137. Portanto, o art. 235 (*caput* e §§), além de não ter a União por objeto, ressalva de forma clara e expressa a vigência e a prevalência das *disposições especiais* da lei federal, entre as quais se incluem, precisamente, as relativas à alienação de ações representativas do capital das sociedades por ações, de propriedade do Tesouro Nacional, e que são *especiais* não só por sua natureza e essência, mas, inclusive, por compatibilidade com o Código Civil, o Regulamento Geral da Contabilidade Pública e toda a doutrina do direito administrativo.

138. Tais leis, pois, não revogam, nem derrogam, as disposições especiais que regem as alienações de ações de propriedade do Tesouro Nacional, Arnold Wald, observa, com feliz precisão:

"É preciso salientar que esse regime especial, referente às vendas de ações pertencentes à União, não significa que as sociedades de economia mista não devessem obedecer às normas da lei sobre mercado de capitais, pois a exceção de ser interpretada em sentido estrito. O que o legislador pretendeu foi, tão-somente, estabelecer uma forma própria e um controle específico para a venda de ações pertencentes à União. Para esta situação deu uma solução expressa, exigindo a decisão do Poder Executivo, representado pelo ministro da Fazenda e a negociação pelo Banco Central, através do sistema de distribuição (art. 61, 1º). Ao estabelecer, na matéria, determinações explícitas, exclui o legislador a aplicação no caso de todas as demais normas que deixaram assim de incidir sobre a espécie, de acordo com o princípio inclusive *unius fit exclusivo alterius* (pela inclusão de uma norma, impõe-se a exclusão das outras).

.....

Concluímos, assim sendo, que na vigência dos arts. 60 e 61 da Lei nº 4 728 inexiste qualquer formalidade ou restrição para a venda das ações pertencentes à União Federal, a não ser as constantes dos mencionados artigos, que regulamentam a matéria de modo exaustivo. É, pois, legal a venda que tenha atendido ao disposto nos dois artigos referidos, sem que a União tenha que obedecer a qualquer outra norma. Este regime especial só poderia ser modificado por uma lei que explicitamente tratasse das ações de propriedade do poder público, lei essa que, até o presente momento, não foi elaborada e muito menos promulgada.

Essa situação criada pelas leis da reforma bancária e do mercado de capitais não foi

modificada até agora pela legislação superveniente que, em momento algum, retirou do Banco Central a função de agente do Governo nas negociações de ações de sociedade de sua propriedade, nem tampouco estabeleceu qualquer nova restrição ou condição para as vendas de ações pertencentes à União federal" (artigo citado).

O mesmo jurista refere-se também, ao art. 238 da Lei nº 6.404, de 1976, para assinalar que essa disposição "atribui à União, no caso das sociedades de economia mista federais, os deveres definidos nos arts. 116 e 117 da Lei das Sociedades Anônimas, que tratam dos atos praticados com abuso de poder pelo controlador em relação à sociedade por ela controlada. Os deveres referidos no art. 116 e as responsabilidades mencionadas no art. 117 da Lei das Sociedades Anônimas referem-se sempre ao uso do poder que o controlador exerce na companhia e não abrangem a sua faculdade de vender a terceiros ações que não transferem o controle" (artigo citado).

140. Com efeito, o escopo da norma não foi o de interferir com a alienação de ações de sociedade de economia mista, de propriedade de pessoa jurídica de direito público controladora, mas, tão-somente, o de regular os deveres e responsabilidades *taxativamente* enumerados nos arts. 116 e 117, ainda assim ressalvando que as atividades da sociedade poderão objetivar não o *lucro*, como é próprio das sociedades anônimas em geral, de acordo com o disposto no art. 2º — "pode ser objeto da companhia qualquer *empresa de fim lucrativo*" — mas — e aí o núcleo da exceção — *objetivar atender o interesse público.*

De outro lado, cumpre notar que a Lei do Mercado de Valores Mobiliários (Lei nº 6.385, de dezembro de 1976) criou a Comissão de Valores Mobiliários, autarquia federal, vinculada ao Ministério da Fazenda e subordinada ao titular dessa Pasta, atribuindo-lhe vasta competência, inclusive a de disciplinar e fiscalizar "a negociação e intermediação no mercado de valores mobiliários" (art. 1º, inciso II, c/c art. 8º, inciso III), bem assim regulamentar "as matérias *expressamente* previstas" nas Leis nºs 6.385 e 6.404, de 1976, observada "a política definida pelo Conselho Monetário Nacional" (arts. 3º, 4º e 8º, inciso I).

Ocorre que essa lei, de caráter geral, não disciplinou a venda de ações de propriedade do Estado — matéria, como já se viu, do âmbito do direito público, regida por preceitos legais especiais que não excepcionam o princípio doutrinário e legal da inalienabilidade dos bens públicos — nem, tampouco, revogam ou derrogam as já transcritas disposições especiais que disciplinam essa matéria.

141. No seu primoroso artigo, Arnold Wald fere a questão:

"Por sua vez, a Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que criou a Comissão de Valores Mobiliários, não revogou expressa ou implicitamente os arts. 60 e 61 da Lei nº 4.728, pois não se referiu, em nenhuma das suas disposições, às vendas de ações pertencentes à União federal. Não há dúvida que, em virtude da mencionada lei, a Comissão de Valores Mobiliários passou a ter os poderes necessários para disciplinar e fiscalizar a emissão de negociação de ações (art. 1º, incisos I e II) e apreciar os eventuais atos ilegais de acionistas controladores (art. 4, inciso II, letra *n*), assegurando a observância de práticas equitativas no mercado (art. 4º, inciso VII).

É preciso, todavia, ponderar que a jurisdição atribuída à Comissão de Valores Mobiliários e que consta no art. 5º da lei, evidentemente, não abrange os atos praticados pelo Banco Central, que não participa como já vimos no rol das instituições que integram o sistema de distribuição de valores mobiliários e que, do ponto de vista hierárquico, se coloca no mesmo nível que a CVM, estando ambos sujeitos, funcional e normativamente, ao Ministro da Fazenda e ao Conselho Monetário Nacional. É necessário salientar que a nova lei (nº 6 385) não tratou das vendas de ações pertencentes à União Federal, mantendo-se, pois, em vigor a legislação anterior (arts. 60 e 61 da Lei nº 4 728)."

142. Falta, pois, *competência* legal à CVM, para *disciplinar* e *fiscalizar* a alienação de ações de propriedade do Tesouro Na-

cional, como regulado, inclusive quanto à *forma*, por *normas especiais* vigentes.

143. Outrossim, no uso de sua competência legal, com a ressalva supra-indicada, pode a CVM regulamentar "as matérias expressamente previstas" nas Leis nºs 6.385 e 6.404, de 1976, desde que, é claro, não viole os preceitos desses diplomas legais.

144. Essa competência — de regulamentar tais matérias — deve ser consubstanciada em ato administrativo adequado, que são os *atos normativos* referidos expressamente nos arts. 16, inciso XI, e 17, inciso XIII, de seu Regimento Interno, *verbis:*

"Art. 16. Compete ao colegiado:

.....

XI — *expedir os atos normativos* de competência da CVM e os aprovados pelo Conselho Monetário Nacional."

"Art. 17. Compete ao Presidente do Colegiado:

.....

XIII — *tornar público os atos normativos* expedidos pela CVM e os aprovados pelo Conselho Monetário Nacional."

145. Em tais condições, a também invocada *carta-circular* (nº 303/78), dirigida pela CVM às bolsas de valores e às sociedades corretoras não terá — mesmo nas matérias de competência da CVM — *caráter normativo,* eis que não observa a forma ditada no próprio Regimento Interno dessa autarquia federal.

146. Além disso, são unânimes os tratadistas em limitar a força das circulares.

147. Laubadère, a propósito, registra:

Définition et portée juridique. — Les circulaires, ou instructions de service, sont des prescriptions que les chefs de service donnent aux fonctionnaires placés sous leur autorité em ce qui concerne *l'interprétation et l'application des lois* et règlements. La portée juridique de tels documents est essentiellement différente selon qu'on l'enviage à l'égard des fonctionnaires ou à l'égard des administrés auxquels il en est fait application: A l'égard des fonctionnaires la circulaire a um caractère obligatoire c'est-à-dire qu'ils doivent tenir, pour exacte l'interprétation de la loi qui y est donnée et qu'ils sont tenus de se conformer aux directives qui y sont contenues; ce caractère obligatoire résulte du devoir d'obéissance hiérarchique du fonctionnaire vis-à-vis de son supérieur.

Mais vis-à-vis des administrés la circulaire n'a aucune force obligatoiee; elle leur est inopposable; en particulier l'interprétation de la loi qu'elle fournit ne lie pas l'administré; seuls s'imposente à celui-ci la loi elle-memê et l'interprétation de la loi donnée par les tribunaux; il en résulte que l'interprétation administrative n'aura, vis-à-vis des particuliers aucune valeur si elle est contradite par une interprétation jurisdictionnelle contraire. En résumé la circulaire n'apporte aucún élement nouveau à la légalité; elle n'est pas une source de légalité mais seulement une source d'obligation hiérarchique à l'intérieur de l'administration. Elle constitue donc le type parfait de la mesure d'ordre intérieur; il est ainsi particuliérement intéressant d'observer son régime contentieux.

148. As circulares e as ordens administrativas em geral não são fundadas no poder de império, como assinala Ranelletti:

"La facoltá di emanare tali prescrizione ha la sua base non *nel potere d'impero* dello Stato, ma solo nel *potere* d'ufficio dell' autorità superiore cioè nel podere di supremaziá gerarchica o di controllo che il superiore ha sugli organi di dipendenti" (op. cit).

149. Note-se que a referida Carta-Circular:

1º) é, quanto à forma, realmente, uma simples carta, como se verifica do preâmbulo de um de seus exemplares, cuja cópia foi cedida a esta Procuradoria-Geral:

"Carta-Circular/CVM/PTE/ nº 303/78
Rio de Janeiro, 14 de dezembro de 1978.
Ilmº Sr.
Dr. Manoel Octávio Penna P. Lopes
MD. Presidente da
Bolsa de Valores de São Paulo
São Paulo — SP

Ref.: *Condições para realização em bolsa de operações financeiras.*

Senhor Presidente:
A presente visa consolidar...

2º) é dirigida não a órgãos da administração, mas às bolsas de valores, para divulgação *estrita*, junto às corretoras, como se vê de seu fecho:

Este documento deve ser divulgado pelas Bolsas de Valores *junto a seus membros*, os quais devem...

3º) não foi publicada no *Diário Oficial*, como prescreve, hoje, o Decreto nº 84 555, de 12 de março de 1980, e, anteriormente, o Decreto-lei nº 1 705, de 27 de outubro de 1939.

4º) não tem, nem poderia ter, força para revogar normas de lei;

5º) não poderia disciplinar matéria que escapa à competência da CVM, qual seja, a alienação de ações de sociedades de economia mista, de propriedade do Tesouro Nacional.

150. Arnold Wald também não vê, na mencionada circular, a força pretendida:

"Em conclusão, terminando a nossa análise da Carta-Circular nº 303 da CVM, podemos afirmar que ela é: a) juridicamente ineficaz por não ter sido publicada no *Diário Oficial*; b) ilegal pelo fato de restringir a liberdade de negociação assegurada ao Banco Central do Brasil pela Lei nº 4 728/65 e por avocar para a CVM competência que legalmente pertence ao referido Banco; c) ilegal, ainda, por estabelecer uma discriminação entre títulos pertencentes à União e os de propriedade de particulares, sem que haja lei justificando essa diferenciação, pois somente a lei em sentido formal é que pode estabelecer distinções no tratamento dos interesses das pessoas naturais ou jurídicas de direito público."

151. Por sua vez, Herculano Borges da Fonseca, Diretor-Geral do Instituto Brasileiro do Mercado de Capitais, em artigo publicado no *Jornal do Brasil*, de 17 de abril de 1980, sob o título O Caso da Vale e a otimização do mercado de capitais, depois de discorrer sobre as peculiaridades do mercado de valores mobiliários brasileiro e norte-americano e de propugnar pela sujeição às tradições do direito pátrio e sustentar que nossas realidades, nosso grau de desenvolvimento e nossos objetivos nacionais devem inspirar os legisladores e os exegetas, reporta-se à CVM, para situá-la na realidade brasileira, diversa da norte-americana:

"São necessárias e indispensáveis as funções da Comissão de Valores Mobiliários. Elas visam, entre outras coisas, à proteção dos investimentos contra as manipulações de preços das ações, a evitar emissões irregulares de valores mobiliários e quaisquer outras modalidades de fraudes ou manipulações destinadas a criar condições artificiais de demanda, oferta ou preço dos valores negociados no mercado.

Mas os poderes e atribuições da CVM jamais podem ser colidentes com os altos interesses nacionais, com a gestão dos negócios da fazenda pública e com a política econômica do Governo. Por isto, entre nós, a CVM foi criada como órgão subordinado ao Ministério da Fazenda, sendo seu presidente um dos 21 membros do Conselho Monetário Nacional, presidido pelo ministro da Fazenda.

A realidade brasileira, como vimos, é bem diferente da norte-americana. Lá, a *Securities and Exchange Comission* resultou da experiência e dos sofrimentos da maior crise atravessada pela economia mundial, iniciada com o craque da Bolsa de Nova Iorque, em 1929, seguida da catastrófica depressão dos anos 30. Lá, o legislador plasmou uma instituição independente, dirigida por cinco membros (três do partido que estiver no Governo e dois da oposição) nomeados pelo presidente da República mas sujeitos à aprovação dos nomes pelo Senado, e com mandato de prazo fixo.

Aqui as circunstâncias são bastantes diferentes e a economia é muito diversa: a CVM é uma entidade autárquica, vinculada ao Ministério da Fazenda, administrada por um presidente e quatro diretores, nomeados pelo presidente da República e demissíveis *ad nutum* (Arts. 5º e 6º da Lei nº 6 385, de 1976).

Portanto ao examinar-se o caso da Vale, todos esses aspectos deverão ser levados em conta, sob pena de pretender-se interpretar leis e regulamentos brasileiros sob a ótica, a mentalidade, a formação jurídica e as con-

dicionantes culturais próprias da nação que inspirou nossas Leis de mercado de capitais.

É preciso que no fim do século XX não insistamos no idealismo legislativo que inspirou os autores de nossa primeira Constituição republicana, em fins do século XIX. Pois que, se o fizermos, estaremos criando as mesmas crises e repetindo os mesmos erros daqueles que pensavam ser possível desenvolver uma grande civilização democrática e pluralista mediante a tradução, para o vernáculo, do texto das leis vigentes nos países mais avançados do Universo."

152. Em tais condições, a exegese do § 2º do art. 170 da Constituição e das invocadas normas das Leis nºs 6 385 e 6 404, de 1976, bem assim o exame da citada Carta-Circular nº 303/78, da CVM, demonstram que, de forma alguma, foram revogadas as *normas especiais* que disciplinam a alienação de ações representativas do capital social de sociedades de economia mista, de propriedade do Tesouro Nacional, matéria de direito público, que não pode ser regulada por normas do direito comercial, relativas à propriedade privada, pois, como adverte Laubadere, "en realité la proprieté du domaine public doit être considérée comme une proprieté différente de la propriété privée".

153. Tais normas lastrearam a decisão do Exmº Sr. Ministro da Fazenda, ditada por relevantes motivos e inspirada em altos propósitos de política econômica.

XII

As conclusões

154. Por todas essas razões, conclui-se que:

1º) o *ato administrativo*, modalidade do ato jurídico, envolve dois pressupostos básicos: o mérito e a legalidade;

2º) o *mérito* é o juízo de conveniência e oportunidade e a *legalidade* é função de agente capaz, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei, motivo determinante e finalidade;

3º) a decisão do Exmº Sr. Ministro da Fazenda, consubstanciada no Aviso nº 64/80, constitui ato administrativo, tanto pela forma, como pelo objeto;

4º) esse ato tem como *motivo determinante* decisão do Conselho Monetário Nacional, no sentido de que fossem providos, ao BNDE, recursos de três bilhões de cruzeiros, para aplicação no Proálcool;

5º) o Exmº Sr. Ministro da Fazenda, no uso de seu *poder discricionário*, optou pela venda de ações da Cia. Vale do Rio Doce, de propriedade do Tesouro Nacional, como fonte (não-inflacionária) de obtenção de recursos de caixa, necessários ao cumprimento da decisão do CMN, fundamentando o seu ato em expressos pressupostos de conveniência e oportunidade;

6º) a administração patrimonial da União incumbe ao Ministério da Fazenda a compra e venda de títulos de sociedades de economia mista, bem como a respectiva guarda, cabe ao Banco Central do Brasil;

7º) compete ao Ministro da Fazenda determinar a alienação de bens do patrimônio nacional, quando autorizada em lei;

8º) os bens públicos, conforme a doutrina, são inalienáveis, e, assim as exceções a esse princípio devem constar de *lei especial;*

9º) o Código Civil Brasilerio e o Regulamento Geral de Contabilidade Pública permitem seja excepcionado o princípio doutrinário e legal da inalienabilidade dos bens públicos, mas condicionaram a exceção: a) a permissivo em lei especial; b) a casos delimitados; e c) a forma própria.

10º) dentro desse contexto doutrinário e legal, os arts. 60 e 61 da Lei nº 4 728, de 14 de julho de 1965, com a redação dada pela Lei nº 5 710, de 7 de outubro de 1971: a) *autorizaram* a alienação de ações de propriedade da União; b) nos *casos indicados*, isto é, quando tais ações sejam representativas do capital das sociedades de economia mista, sob a condição de serem mantidas, no mínimo, 51% das ações com direito a voto; c) pela *forma especial* prevista, qual seja,

através do sistema de distribuição instituído pelo art. 5º daquela lei, com a participação do Banco Central;

11º) no caso em tela, a condição legal foi observada, pois sequer foi alterado o percentual mínimo estabelecido na lei, eis que a venda teve por objeto ações preferenciais:

12º) destarte, não há decisões do CMN, fixando percentual diverso;

13º) a venda das ações da CVRD estava expressamente autorizada em lei especial e a decisão ministerial lastreou-se, de forma também expressa, nos dispositivos legais pertinentes;

14º) a finalidade do ato do Sr. Ministro foi alcançada eis que, diante do ingresso dos novos recursos na caixa do Banco Central, foi efetivado o repasse, ao BNDE, de 700 milhões de cruzeiros, para aplicações no Proálcool, e posterior ressarcimento;

15º) o § 2º do art. 170 da Constituição teve por escopo dar às empresas públicas e às sociedades de economia mista tratamento idêntico, na *exploração,* pelo Estado, da atividade econômica, não interferindo, pois, com normas especiais de direito público, relativas à alienação de bens do patrimônio nacional;

16º) a nova Lei da Sociedade por Ações e a Lei do Mercado de Valores Mobiliários são leis gerais e não revogam as supracitadas *normas especiais* sobre alienação de títulos do Tesouro Nacional;

17º) o art. 235 da nova Lei das Sociedades por Ações, em consonância com o princípio contido no § 2º, do art. 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, ressalva expressamente a vigência das mencionadas *disposições especiais;*

18º) o § 2º do citado art. 235, que deve ser interpretado em consonância com o *caput,* tem por objeto a sociedade de economia mista e não a União nas alienações de seus bens;

19º) a própria Lei nº 6 404, de 1976, no seu Capítulo XIX, normas especiais para as sociedades de economia mista, admitindo, inclusive, que estas objetivem *atender o interesse público* (art. 238), enquanto as empresas privadas devem visar o lucro (art. 2º);

20º) consoante a Lei nº 6 385, de 1976, a CVM tem competência para disciplinar e fiscalizar a negociação e intermediação no mercado de valores mobiliários, mas nas matérias *expressamente* previstas naquela Lei e na Lei nº 6 404, de 1976;

21º) essas leis, de caráter geral, não trataram, porém, da alienação de ações de propriedade do Tesouro Nacional, matéria regulada em preceitos legais *especiais* que excepcionam o princípio legal e doutrinário da inalienabilidade dos bens públicos; tais leis, tampouco, revogaram ou derrogaram as citadas normas especiais;

22º) a competência regulamentar da CVM deve ser consubstanciada nos *atos normativos* expressamente previstas no seu Regimento Interno, os quais devem ser publicados no *Diário Oficial;*

23º) a invocada Carta-Circular nº 303/78, até por sua forma epistolar, não tem caráter de ato normativo, e só foi dirigida às bolsas de valores, para divulgação entre seus membros, e não foi publicada no *Diário Oficial;*

24º) além disso, essa carta-circular não tem força para revogar normas de lei e não poderia disciplinar matéria que escapa à competência da CVM, qual seja a alienação de bens do patrimônio público, objeto de legislação especial.

25º) finalmente, a decisão em foco, do Exmº Sr. Ministro da Fazenda, está inteiramente lastreada na legislação especial própria, não sendo passível de qualquer reparo.

É o Parecer, SMJ.

À superior apreciação do Exmº Sr. Ministro da Fazenda.

Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em 28 de abril de 1980.