BANCO ESTADUAL — ALIENAÇÃO DO CONTROLE ACIONÁRIO — AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA

— Relevância jurídica da impugnação de norma de constituição estadual, onde se contém proibição absoluta de alienação do controle acionário do Banco do Estado, em face de precedente do Supremo Tribunal (ADI 234, sessões de 22 de junho e de 4 de outubro de 1995), conferindo, a outro dispositivo da mesma Carta do Rio de Janeiro (aplicável às sociedades mistas em geral) interpretação conforme à Federal, no sentido de ser possível a alienação, desde quando precedida de autorização legislativa, que se há de fazer por meio de lei formal (Constituição Federal, artigos 2º, 84, VI, 37, IX, 173 e 174).

— Relevância, igualmente, da contestação de dispositivo anciliar, que concentra, no mesmo Banco, a arrecadação e o processamento dos pagamentos do estado a terceiros (Constituição Federal, artigos 84, VI e 170, IV).

— Medida cautelar deferida.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.348

Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro
Requerido: Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro
Relator: Sr. Ministro OCTÁVIO GALLOTTI

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da Ata do julgamento e das notas Taquigráficas, por maioria, deferir o pedido de medida liminar para suspender, até a decisão final da ação, a eficácia do art. 364, *caput*, e seu parágrafo único, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Brasília, 4 de outubro de 1995.

Sepúlveda Pertence — Presidente, Octávio Gallotti — Relator

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Octávio Gallotti: — Destina-se, a presente ação direta, à declaração de inconstitucionalidade do art. 364 (resultante da remuneração do art. 365, original, pela Emenda nº 4, de 1991), e seu parágrafo único, insertos no título das Disposições Gerais da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, e assim redigidos:

"Art. 364. O Banco do Estado do Rio de Janeiro S.A. é considerado patrimônio do povo do Estado do Rio de Janeiro, não podendo suas ações ordinárias nominativas, representativas do controle acionário, ser alienados, a qualquer título, a pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, nem negociadas, expropriadas ou penhoradas.

Parágrafo único. A arrecadação de impostos, taxas, contribuições e demais receitas do Estado e dos órgãos vinculados à administração direta e indireta, bem como os respectivos pagamentos a terceiros, serão processados, com exclusividade, pelo Banco do Estado do Rio de Janeiro S.A., salvo nas localidades onde este não possuir agência ou posto e nas quais poderão ser efetuados por outros estabelecimento." (fls. 2/3).

A impugnação do *caput* do dispositivo, perante o art. 2º da Constituição Federal, é assim motivada pelo Estado requerente:

"3. O Banco do Estado do Rio de Janeiro é uma sociedade de economia mista, integrando, conseqüentemente, a administração pública indireta do Estado. Ao Chefe do executivo, preceitua a Constituição Federal, no art. 84, VI, compete dispor sobre a organização e o funcionamento da administração, *na forma da lei*. Lei, aqui, como é intuitivo, entendida como ato formal emanado do Poder Legislativo, observado o procedimento legislativo próprio, que inclui a participação do Chefe do Executivo, quer pela iniciativa, quer pela sanção.

4. Ademais, dispõe o inciso XIX do art. 37 da Carta da República, *in verbis*:

"Art.

37.....

XIX. somente por lei específica poderão ser criadas empresas pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública."

"5. Também aqui não há dúvida de que o constituinte federal se refere à lei formal, com a indispensável participação do Chefe do Poder Executivo nas fases pertinentes do processo legislativo. Se assim é, se em mais de uma disposição constitucional se exige o tratamento da matéria por lei, não poderia o constituinte estadual cuidar do tema.

6. De fato, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, de longa data, já firmou o entendimento de que não é possível ao constituinte estadual burlar a participação do governador do Estado no processo legislativo, onde ela seja exigível por força de preceptivo da Constituição Federal, dispondo sobre tais temas através de espécie normativa em cuja elaboração o Chefe do "Executivo não participe, seja pela iniciativa, seja pelo poder de sanção ou veto.

7. O dispositivo impugnado, por via de conseqüência, contém afronta ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes." (fls. 3/4)

Mas, também em face do art. 173 da Carta Federal, é atacada a norma em questão, já agora com os seguintes fundamentos:

"8. No elenco dos princípios fundamentais que conformam o direito constitucional brasileiro figura o da livre iniciativa, que se consubstancia em um regime fundado na propriedade privada e na iniciativa econômica privada. Em desdobramento deste princípio, estabelece a Constituição que somente por exceção poderá o Estado explorar a atividade econômica. De fato, esta é a dicção do art. 173, *caput*, do texto constitucional, a seguir transcrito:

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

9. Fora destas tipificações, não é legítima a atuação do estado como agente econômico.

E, na eventualidade de estar ele explorando atividades que não se possam subsumir nas exceções constitucionais, a via correta e legítima a ser seguida é a transferência para a iniciativa privada das empresas estatais que indevidamente atuem em atividades empresariais. Daí por que, em todo o País, a começar pelo Governo Federal, se tem incrementado o processo de privatização.

10. Todavia, o dispositivo ora impugnado, de forma peremptória, impede a alienação do controle acionário do BANERJ, ainda quando, mediante a avaliação própria dos órgãos constitucionalmente competentes, se venha a considerar não atender ele a um relevante interesse coletivo. Aliás, sem descer a minúcias do caso concreto, é possíyel cogitar que a manutenção do banco sob controle estadual possa estar desservindo ao interesse coletivo. Neste caso, a substância da norma constitucional aqui impugnada, impedirá o cumprimento do texto constitucional federal, em franca violação à supremacia da Lei Maior.

11. No recente julgamento de caso praticamente idêntico, também do Rio de Janeiro, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, na ADIn 234-1/600, sendo Relator o eminente Ministro Néri da Silveira, pronunciou, por unanimidade, a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 69 do texto constitucional estadual, que dispunha:

"Art. 69. As ações de sociedades de economia mista pertencentes ao Estado não poderão ser alienadas a qualquer título, sem expressa autorização legislativa.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto neste artigo, as ações com direito a voto das sociedades de economia mista só poderão ser alienadas desde que mantido o controle acionário, representado por 51% das referidas ações."

"12. O acórdão ainda não foi publicado, mas o voto do relator, acompanhado por todos os demais Ministros, foi no sentido da inadmissibilidade da perenização, no texto constitucional estadual, de regra que impede o Estado de cumprir o mandamento constitucional federal, desfazendo-se de empresas sob seu controle que não se destinem a atender imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo. No referido processo, assim manifestou-se a Procuradoria-Geral da República, em parecer firmado pelo eminente Procurador Moacir Antonio Machado da Silva:

"Já o parágrafo único do art. 69 da Carta Estadual, que exige autorização legislativa para a alienação de ações de sociedades de economia mista, desde que mantido o controle acionário representado por cinqüenta e um por cento das ações, em realidade, perpetua as sociedades de economia mista existentes no Estado, impedindo sua transformação, extinção ou a transferência de controle acionário.

A regra é incompatível, a nosso ver, com os arts. 48, inciso V, combinado com o art. 25 da Constituição Federal, porque subtrai aos poderes políticos do Estado, isto é, ao Governador e à Assembléia Legislativa, a competência para dispor, mediante lei, sobre bens do domínio estadual.

Por outro lado, nos termos do art. 37, inciso XIX, da Constituição Federal, a sociedade de economia mista somente poderá ser criada por lei específica, o que significa que também sua extinção ou modificação estão submetidas ao processo legislativo de lei ordinária." (fls. 5/7)

Contra o estatuído no parágrafo único, do mesmo art. 364 da Constituição fluminense, é invocado o art. 170, IV da Constituição da República, sob os seguintes argumentos:

"Corolário do princípio fundamental da livre iniciativa é o princípio setorial da livre concorrência, inscrito no inciso IV do art. 170 da Constituição Federal. Dele resulta que todos os agentes econômicos devem atuar no mercado com livre acesso aos clientes potenciais, sem que se institua reserva de mercado em favor de quaisquer deles. Mais que isto, é igualmente da essência do sistema que o Estado, na exploração excepcional da atividade econômica através de suas empresas públicas e de economia mista, não desfrute de quaisquer privilégios sobre as empresas privadas.

14. Ora bem: quando o constituinte estadual estabelece que os pagamentos de qualquer natureza, a serem efetuados ao Estado ou pelo Estado, devem ser "processados, com exclusividade, pelo Banco do Estado do Rio de

Janeiro S.A.", induvidosamente estabelece uma discriminação em favor da entidade estatal. Tal discriminação é ilegítima por violar o princípio da livre concorrência e o da igualdade entre o Estado e o particular na exploração de atividade econômica.

15. Não fora o dispositivo aqui impugnado, autonomamente inconstitucional, não poderia ele, de todo modo, subsistir à pronúncia de invalidade do *caput* do art. 364, de vez que o privilégio conferido ao BANERJ, se fosse legítimo, somente poderia prevalecer enquanto a entidade fosse controlada pelo Poder Público. De modo que também por seu caráter ancilar do *caput* deve ser declarado inválido o dispositivo." (fls. 7/8).

Para justificar o requerimento de medida liminar, aduz, finalmente, o Governador do Rio de Janeiro:

"16. A presença do *fumus boni iuris* na hipótese aqui deduzida se constata singelamente pois só interpretação do texto constitucional, que, no particular, sequer apresenta sutilezas ou complexidades. Ademais, no que diz respeito ao *caput* do art. 368, tem a chancela de manifestação anterior do Ministério Público e, sobretudo, de decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal, em caso onde a tese jurídica discutida era rigorosamente a mesma.

17. É importante atentar, ademais, que os dispositivos ora impugnados entraram em vigor quando da promulgação da Constituição, não havendo sido argüida sua inconstitucionalidade até a presente data. Tal fato poderia fazer supor inexistir *periculum in mora* na sua subsistência até o julgamento final da presente ação. Na verdade, a hipótese é exatamente a oposta. As profundas modificações da conjuntura nacional afetaram a situação de fato que vigia anteriormente e as regras aqui discutidas, notadamente o *caput* do art. 364, tornaram-se entraves que dramaticamente impedem a adoção das políticas públicas exigidas pelo momento e ditadas pela Constituição.

18. Remarque-se que a permanência em vigor dos perceptivos aqui atacados impede que o Governo recém-instalado cumpre seus compromissos de privatização das empresas estatais deficitárias, ineficientes, insaneáveis e, sobretudo, desviadas dos padrões constitucionais. Esta imobilização do Governo Estadual é dramática quando se sabe que diversas destas empresas, transformadas em teratológicos *cabides de emprego*, provocam a sangria dos recursos públicos, malbaratando dinheiro arrecadado dos contribuintes para a prestação de serviços públicos *reais*.

19. A nova realidade brasileira torna imprescindível a imediata paralisação da eficácia das normas afrontosas à Constituição Federal, sob pena de suportar o Estado prejuízos de grande monta. É relevante assinalar, neste passo, que o Eg. Supremo Tribunal Federal, lidando com hipótese idêntica de pedido de liminar contra dispositivo que já vigora há alguns anos, estabeleceu, em mais de um precedente, critério próprio, fundado na relevância jurídica da questão e na conveniência da medida. Confira-se, a este propósito, o acórdão proferido na ADIn 1.087-5-RJ, de que foi Relator o eminente Ministro Moreira Alves:

"Dada a relevância jurídica dessas questões, que envolvem o alcance do poder constituinte decorrente que é atribuído aos Estados, é possível — como se entendeu no exame da medida liminar requerida na ação direta de inconstitucionalidade nº 568 — utilizar-se do critério da conveniência, um lugar do *periculum in mora*, para a concessão de medida cautelar, ainda quando o dispositivo impugnado já esteja em vigor há alguns anos." (fls. 8/10).

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Octávio Gallotti (Relator): — Em sessão de 22 de junho do corrente ano, sendo Relator da Ação Direta nº 234-RJ, o eminente Ministro NÉRI DA SILVEIRA, teve este Plenário ocasião de apreciar a argüição de inconstitucionalidade de três dispositivos da Constituição do Rio de Janeiro, entre os quais o art. 69 e seu parágrafo único, este último estabelecendo, em relação as sociedades mistas estaduais, em geral, norma de conteúdo análogo ao estipulado, especificamente para o Banco do Estado, pelo art. 364, ora

cogitado. Recorde-se a redação do artigo e do parágrafo, então considerados:

"Art. 69 — As ações de sociedades de economia mista pertencentes ao Estado não poderão ser alienadas a qualquer título, sem autorização legislativa.

Parágrafo único — Sem prejuízo do disposto neste artigo, as ações com direito a voto das sociedades de economia mista só poderão ser alienadas, desde que mantido o controle acionário representado por 51% das referidas ações."

No precedente a que me refiro, complementado pelo resultado de questão de ordem na mesma ADI 234, resolvida em sessão de hoje, foi declarado inconstitucional o parágrafo único e dada, ao *caput* do art. 69, interpretação conforme à Constituição Federal, no sentido de que a autorização legislativa, nela exigida , "há de fazer-se por lei formal, mas só será necessária quando se cuidar de alienar o controle acionário da sociedade de economia mista".

Ficaram vencidos, quanto ao *caput*, os eminentes Ministros MAURÍCIO CORREA e MARCO AURÉLIO, que julgavam *in totum* procedente a ação.

Eis as razões pelas quais o eminente Ministro NÉRI DA SILVEIRA censurou o disposto no *caput* do art. 69, (totalmente aplicáveis ao art. 364, ora atacado), sob o aspecto dos limites impostos, à intervenção do Estado, na atividade econômica:

"Não é possível deixar de interpretar o sistema da Constituição sobre a matéria em exame em conformidade com a natureza das atividades econômicas e, assim, com o dinamismo que lhes é inerente e a possibilidade de aconselhar periódicas mudanças nas formas de sua execução, notadamente quando revelam intervenção do Estado. O juízo de conveniência, quanto a permanecer o Estado na exploração de certa atividade econômica, com a utilização da forma da empresa pública ou da sociedade de economia mista, há de concretizar-se em cada tempo e à vista do relevante interesse coletivo ou de imperativos da segurança nacional. Não será, destarte, admissível no sistema da Constituição, máxime à vista de seus arts. 173 e 174, que norma de Constituição estadual proíba, no Estado-membro, possa este reordenar, no âmbito da própria competência, sua posição na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevida ou desnecessariamente exploradas pelo setor público." (ADIn nº 234-RJ — p. 40).

Já sob o ângulo da invasão da competência privativa do Chefe do Poder Executivo, propiciada pelo mesmo art. 69 (caput), ponderou S. Exa, com a precisão habitual:

"Quanto ao segundo aspecto de visualização do conteúdo do parágrafo único do art. 69 da Carta fluminense, entendo que, em constituindo regra permanente da Constituição, impede o exercício, pelo Governador a Assembléia Legislativa, de competências que lhes são privativas, no que concerne à gestão da coisa pública e à ordenação da vida econômica do Estado. Não pode o constituinte estadual, no desempenho de poder limitado e sujeito ao sistema da Constituição Federal, privar os Poderes Executivo e Legislativo do normal desempenho de suas atribuições institucionais, na linha de que estabelece a Constituição Federal. Assim, em conformidade com o art. 84, VI, ao Chefe do Poder Executivo compete privativamente, dispor sobre a organização e funcionamento da administração federal, na forma da lei, o que se aplica, no âmbito do Estado, a terror do art. 25 da Lei Maga da República. (ADIn 234 p. 41)

Esses fundamentos, então acolhidos pela unanimidade dos membros do Tribunal, conferem excepcional relevância ao presente pedido, que se dirige — não é demais frisar — a uma norma (art. 364), cujo significado simplesmente se reduz ao de particularizar, em determinada sociedade de economia mista (Banco do Estado), a limitação estatuída em relação a ela própria, a par de todas as demais, pelo comando fulminado na decisão anterior.

Assim, em coerência com o precedente, é lícito seguramente concluir, em juízo cautelar, que não se apresenta impedida a eventualidade da alienação das ações representativas do controle acionário do Banco do Estado do Rio de Janeiro, desde que precedida por autorização constante da lei formal.

A respeito do parágrafo único do art. 69, a

par de sua posição ancilar em relação ao *caput*, considero caracterizada a seriedade da argüição, tanto em face do princípio constitucional da livre iniciativa, como diante da reserva da competência do Governador, a respeito da organização e do funcionamento da administração.

A expressão do paradigma fornecido pelo julgamento da Ação Direta nº 234, acrescida às razões institucionais e conjunturais de conveniência pública, expostas pelo Requerente, conduzem-me portanto, a deferir o pedido cautelar, para suspender, até decisão da ação, os efeitos tanto do art. 364, como seu parágrafo único, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, resultantes de remuneração determinada pela Emenda Constitucional nº 4, de 1991.

VOTO

O Senhor Ministro Maurício Corrêa: Senhor Presidente, tendo em vista o que se discutiu no ADIn nº 234, julgada há pouco, da qual é Relator o Sr. Ministro Néri da Silveira, não tenho nenhuma reparação a fazer.

Acompanho integralmente o voto do Sr. Ministro-Relator, deferindo a liminar, para suspender esta decisão final o parágrafo único do art. 364 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

VOTO

(MEDIDA LIMINAR)

O Senhor Ministro Ilmar Galvão: Senhor presidente, em relação ao *caput* do art. 364 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, não há dúvida, porque é matéria já superada pela decisão anterior. Agora, em relação ao parágrafo único do referido artigo, acompanharei o eminente Relator, quanto ao fundamento da inconstitucionalidade formal, porque, na verdade, a matéria nele versada não é matéria para a Constituição, já que referida à organização do Estado.

Na verdade, cuida-se de prestação de serviço ao Estado: saber quem vai arrecadar os tributos, quem deve arrecadar tributos e qual o banco que pode arrecadar tributos, problema de prestação de serviço, e essa escolha deve ser feita por meio de licitação pública. Não se trata, aí, de concorrência livre, exercida por qualquer banco, entendimento que exporia o Estado aos riscos da insolvência de estabelecimentos de idoneidade duvidosa.

Acompanho o eminente Relator, deferindo a liminar.

VOTO

(MEDIDA LIMINAR)

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Peço vênia para divergir do eminente Relator, com respeito ao parágrafo único do art. 364 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Enquanto o Banco subsista como sociedade de economia mista, não vejo inconstitucionalidade em que o Estado outorgue à sua empresa bancária o monopólio da arrecadação dos seus tributos e, conseqüentemente, do jogo com seu próprio dinheiro.

Não consigo ver na Constituição brasileira o imperativo de que a arrecadação de tributos seja tratada em negócio privado sujeito ao princípio da livre concorrência entre os bancos.

A criação de uma sociedade de economia mista pressupõe interesse público na sua preservação e, conseqüentemente, legítima as formas de propiciar-lhe liquidez.

Assim, defiro apenas em parte o pedido para suspender o *caput* do art. 364 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, mas não o seu parágrafo.

EXTRATO DA ATA

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.348-3 — medida liminar
Origem: Rio de Janeiro
Relator: Min. Octávio Gallotti

Reqte.: Governador do Estado do Rio de Janeiro
Advs.: Raul Cid Loureiro e outro
Reqda.: Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro

Decisão: O Tribunal deferiu o pedido de medida liminar para suspender, até a decisão final da ação, a eficácia do art. 364, *caput*, e seu parágrafo único, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, vencido, em parte, o Ministro Presidente (Ministro Sepúlveda Pertence), que indeferia a medida liminar com relação ao parágrafo único do mesmo artigo. Plenário, 04.10.95.

Presidência do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octávio Gallotti, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Francisco Rezek e Maurício Corrêa.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Carlos Velloso.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Luiz Tomimatsu, Secretário.