

06/06/2019

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 5.624 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
REQTE.(S) : FEDERAÇÃO NACIONAL DAS ASSOCIAÇÕES DO
PESSOAL DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL -
FENAEF
REQTE.(S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS
TRABALHADORES DO RAMO FINANCEIRO -
CONTRAF/CUT
ADV.(A/S) : LUIZ ANTÔNIO VIUDES CALHÃO FILHO E
OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ementa: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONCESSÃO PARCIAL MONOCRÁTICA. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. ART. 29, *CAPUT*, DA LEI 13.303/2016. VENDA DE AÇÕES. ALIENAÇÃO DO CONTROLE ACIONÁRIO DE EMPRESAS PÚBLICAS, SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA OU DE SUAS SUBSIDIÁRIAS E CONTROLADAS. NECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA E DE LICITAÇÃO. VOTO MÉDIO. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE PELO PLENÁRIO.

I – A alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista exige autorização legislativa e licitação pública.

II – A transferência do controle de subsidiárias e controladas não exige a anuência do Poder Legislativo e poderá ser operacionalizada sem processo de licitação pública, desde que garantida a competitividade entre os potenciais interessados e observados os princípios da administração pública constantes do art. 37 da Constituição da República.

ADI 5624 MC-REF / DF

III – Medida cautelar parcialmente referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, preliminarmente, reconhecer a legitimidade ativa da Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro – CONTRAF/CUT e a ilegitimidade ativa da Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal – FENAEF. Votaram pelo referendo total da cautelar os Ministros Ricardo Lewandowski (Relator), Edson Fachin e Marco Aurélio, referendavam parcialmente a cautelar os Ministros Cármen Lúcia, Rosa Weber, Gilmar Mendes e Dias Toffoli (Presidente) e não referendavam a medida cautelar os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Celso de Mello, nos termos e limites dos respectivos votos proferidos. No mérito, em razão de voto médio, referendar, em parte, a medida cautelar anteriormente parcialmente concedida pelo Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), para conferir ao art. 29, *caput*, inc. XVIII, da Lei nº 13.303/2016 interpretação conforme à Constituição Federal, nos seguintes termos: i) a alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista exige autorização legislativa e licitação; e ii) a exigência de autorização legislativa, todavia, não se aplica à alienação do controle de suas subsidiárias e controladas. Nesse caso, a operação pode ser realizada sem a necessidade de licitação, desde que siga procedimentos que observem os princípios da administração pública inscritos no art. 37 da Constituição, respeitada, sempre, a exigência de necessária competitividade.

Brasília, 6 de junho de 2019.

RICARDO LEWANDOWSKI – RELATOR

30/05/2019

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 5.624 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
REQTE.(S) : FEDERAÇÃO NACIONAL DAS ASSOCIAÇÕES DO
PESSOAL DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL -
FENAEE
REQTE.(S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS
TRABALHADORES DO RAMO FINANCEIRO -
CONTRAF/CUT
ADV.(A/S) : LUIZ ANTÔNIO VIUDES CALHÃO FILHO E
OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

RELATÓRIO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade com pedido de cautelar ajuizada pela Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal - FENAEE e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro - CONTRAF/CUT, contra o texto integral da Lei 13.303/2016, que se propõe a regulamentar o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, cuja redação foi alterada pela Emenda Constitucional 19, de 4 de junho de 1998 (pág. 2 do documento eletrônico 1).

Os requerentes narram que

“[a] sanção da Lei, que contempla em sua totalidade 97 artigos, divididos em três Títulos, insere no ordenamento jurídico, com efeitos imediatos ou progressivos, normas jurídicas de grande impacto sobre o regime societário, a organização e atuação das empresas públicas e sociedades de

ADI 5624 MC-REF / DF

economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a composição de seus órgãos de administração, a sua função social, o seu regime de compras e contratações e as formas de prestação de contas ao Estado e à Sociedade, estabelecendo limitações e obrigações e restringindo a capacidade de gestão dos respectivos Poderes Executivos, em situação de clara ofensa à Constituição Federal” (pág. 4 do documento eletrônico 1).

Destacam, então, que “[...] atendem a todos os requisitos legais, e detém ampla representatividade dos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista do ramo financeiro, demonstrada está sua plena e irrestrita legitimidade para a presente Ação Direita de Inconstitucionalidade” (pág. 7 do documento eletrônico 1).

Indicam, também, que

“[...] a Lei nº 13.303, de 2016, impacta um grande número de empresas estatais em todo o País. Apenas na esfera da União, serão afetadas por ela cerca de cento e cinquenta empresas estatais, totalizando, segundo dados do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão relativos ao ano de 2014, mais de 550 mil empregados. Incluem-se nesse universo a totalidade dos bancos públicos federais e suas subsidiárias, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, a Caixa Econômica Federal e suas subsidiárias, a Financiadora de Estudos e Projetos FINEP, e empresas como Correios, CODEVASF, Casa da Moeda, Embrapa, Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares EBSEH, Empresa Brasil de Comunicações EBC, INFRAERO, além da totalidade das empresas do Grupo Petrobrás e do Grupo Eletrobrás, e várias outras” (pág. 9 do documento eletrônico 1).

Na sequência, apontam que o ato normativo questionado ofenderia diretamente o princípio constitucional da separação dos poderes, ao

ADI 5624 MC-REF / DF

consubstanciar invasão ilegítima do Poder Legislativo sobre outro Poder, especialmente por ferir a prerrogativa do Presidente da República de iniciar o processo legislativo de matérias que envolvam a organização e funcionamento do Poder Executivo e o regime jurídicos dos servidores, assim como por reduzi-la “[...] no que se refere à direção superior da Administração Pública Federal, contrariando, assim, o art. 61, II, c e e, c/c art. 84, VI, da Constituição” (pág. 17 do documento eletrônico 1).

Outrossim, entendem que a lei impugnada apresenta excesso de abrangência, razão pela qual “[...] somente poderia aplicar-se a empresas estatais que explorem atividade econômica em sentido estrito, vale dizer, em regime de competição com o mercado, não podendo tal estatuto ser aplicado às empresas prestadoras de serviços públicos ou que atuem em regime de monopólio ou de exclusividade pelo Estado” (pág. 29 do documento eletrônico 1).

Sustentam, além disso, que ela ofende a autonomia dos entes subnacionais, em afronta ao princípio federativo, uma vez que

“[o] excessivo detalhamento da norma, desconhecendo as peculiaridades dos diferentes tipos de empresas e atividades exercidas, demonstra que a sua amplitude revela-se incompatível com o disposto no arts. 25 e 30, I e II da Constituição, de modo a tornar inviável aos Entes subnacionais o exercício de suas capacidades de auto-organização” (pág. 31 do documento eletrônico 1).

Ressaltam, ademais, que o art. 17 da Lei 13.303/2016 estabelece

“[...] regras para a investidura de cidadãos em cargos de membros de Conselho de Administração ou em cargos de direção nas empresas públicas e sociedades de economia mista, do ponto de vista de suas qualificações profissionais e integridade, mas indo muito além disso, em ofensa ao princípio

ADI 5624 MC-REF / DF

da razoabilidade e, ainda, aos direitos fundamentais assegurados pelo art. 5º, XVII e art. 8º, III da Constituição” (pág. 32 do documento eletrônico 1).

Destacam, também, afronta ao art. 8º da CF, o qual assegura a livre associação profissional ou sindical, de que é corolário o direito de votar e ser eleito para cargos de direção sindical, além de restringir o exercício da representação sindical plena (pág. 35 do documento eletrônico 1).

Pontuam, ainda, que a lei estabelece regras mais restritivas às empresas estatais que as vigentes para empresas privadas (pág. 37 do documento eletrônico 1). Asseveram, nesse sentido, que,

“[t]ais exigências contrariam a disciplina igualitária do art. 173, § 1º, II da Constituição, segundo o qual a Lei em tela deveria dispor sobre a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

[...]

Ao dispor sobre tais diferenciações, submetem-se as empresas estatais a regramentos aos quais suas concorrentes não estão sujeitas, produzindo-se distinções anômalas e incompatíveis com a *mens legislatoris* e com a *mens legis*, que jamais imaginaram que o Estado pudesse legislar, para além do que determina a Carta Magna, contra seus próprios interesses” (pág. 39 do documento eletrônico 1).

Por essas razões, requerem seja concedida

“MEDIDA CAUTELAR, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999, a ser oportunamente submetida a referendo do Plenário, para suspensão da eficácia da Lei nº 13.303, de 2016, ou, pelo menos, dos seus artigos 1º, 7º, 16, 17, 22 e 25, aplicando-se interpretação conforme a Constituição para que as demais normas sejam direcionadas, exclusivamente, às

ADI 5624 MC-REF / DF

empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica em sentido estrito, em regime de competição com o mercado” (pág. 40 do documento eletrônico 1).

Com fundamento no art. 10 da Lei 9.868/1999, determinei a oitiva do Congresso Nacional, da Advocacia-Geral da União e do Procurador-Geral da República, no prazo de três dias.

A Câmara dos Deputados sustenta que a tramitação do projeto de lei atendeu às disposições constitucionais e regimentais cabíveis (documento eletrônico 16) e o Senado Federal afirma a constitucionalidade formal e material do ato normativo impugnado (documento eletrônico 18).

A Advocacia-Geral da União opina pela ilegitimidade ativa da Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal, uma vez que “seus representados não configuram uma classe específica, mas parcela de categoria profissional vinculada a determinada empresa” (pág. 8 do documento eletrônico 21). Além do mais, manifestou-se pelo indeferimento da cautelar em manifestação assim ementada:

“Estatuto jurídico das empresas estatais. Lei federal nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Preliminar. Ilegitimidade ativa de uma das requerentes. Pedido de medida cautelar. Ausência de *fumus boni iuris*. Competência da União para editar lei de caráter nacional sobre a matéria, a qual não se submete às regras de reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo. Inocorrência de afronta à autonomia das demais unidades da Federação. Fixação de diretrizes básicas a serem observadas na prática das atividades administrativas relativas a tais empresas. Inexistência de vedação constitucional ao estabelecimento de regras legais aplicáveis a todas essas pessoas jurídicas. As atividades desempenhadas pelas empresas estatais sob o regime de monopólio ou caracterizadas como serviços públicos também se revestem de conteúdo econômico. Validade das

ADI 5624 MC-REF / DF

restrições impostas à ocupação de cargos no Conselho de Administração e na direção das empresas. Compatibilidade com os objetivos de assegurar eficiência, probidade e transparência aos atos praticados em sua gestão. Ausência de *periculum in mora*. Manifestação pelo reconhecimento da ilegitimidade ativa da Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal e, quanto ao pedido de medida cautelar, pelo seu indeferimento” (pág. 1 do documento eletrônico 21).

A Procuradoria-Geral da República, por seu turno, manifestou-se pelo deferimento da medida, em parecer assim ementado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 13.303/2016. ESTATUTO JURÍDICO DAS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. ILEGITIMIDADE ATIVA DAS REQUERENTES. NÃO REPRESENTAÇÃO DE CLASSE. FALTA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA. MÉRITO. ALEGAÇÃO DE USURPAÇÃO DE INICIATIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO. NÃO VERIFICAÇÃO. ABRANGÊNCIA DA NORMA SOBRE EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS EM REGIME DE MONOPÓLIO. EXTRAPOLAÇÃO DO ALCANCE DO ESTATUTO PREVISTO NO ART. 173, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TRATAMENTO DIFERENCIADO EM FAVOR DE EMPRESAS DE MENOR PORTE. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. INCIDÊNCIA DA LEI SOBRE EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA DE ESTADOS-MEMBROS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS. INOCORRÊNCIA DE AFRONTA À AUTONOMIA E À CAPACIDADE DE ORGANIZAÇÃO DOS ENTES FEDERADOS. IMPOSIÇÃO DE RESTRIÇÕES À INVESTIDURA EM CARGOS DE DIREÇÃO E DE CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO (ART. 17, § 2º). NECESSIDADE DE COIBIR CONFLITOS DE INTERESSES E

ADI 5624 MC-REF / DF

ASSEGURAR AUTONOMIA DECISÓRIA E PROIBIDADE ADMINISTRATIVA.

1. Não possui legitimidade para propor ações de controle concentrado de constitucionalidade a Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal (FENAEE), na medida em que representa apenas associações de funcionários de empresa pública específica, não se caracterizando como entidade de classe.

2. Conhecimento de ação direta de inconstitucionalidade exige demonstração de existência de estrita adequação entre a finalidade estatutária das confederações sindicais e o conteúdo material da norma por elas impugnadas. A Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro (CONTRAF/CUT) congrega trabalhadores em bancos comerciais. Não possui legitimidade para impugnar diploma que regula a relação entre o Estado e empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica.

3. A elaboração de estatuto jurídico de empresas públicas e de sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, determinada pelo art. 173, § 1º, da Constituição da República, não se enquadra nas hipóteses de iniciativa legislativa reservada de que trata o art. 61, § 1º, II, *c* e *e*, da Lei Maior.

4. A competência do Presidente da República para dispor, mediante decreto, sobre organização da administração federal (CR, art. 84) não deve ser compreendida de modo a abranger a elaboração de estatuto jurídico de empresas públicas e sociedades de economia mista, tema para o qual a Constituição exige lei.

5. O estatuto jurídico previsto no art. 173, § 1º, da Constituição da República refere-se a empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica em sentido estrito. Entidades prestadoras de serviço público em regime de monopólio não se submetem a regime jurídico próprio de empresas privadas quanto a direitos e

ADI 5624 MC-REF / DF

obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias. Precedentes.

6. Concessão de tratamento diferenciado em favor de empresas de menor porte conforma-se com o princípio da proporcionalidade, uma vez que se funda em critério razoável e proporcional de desigualação.

7. Incidência da Lei 13.303/2016 sobre empresas públicas e sociedades de economia mista de Estados-membros, Distrito Federal e Municípios não afronta a autonomia e a capacidade de organização de tais entes, porquanto se trata de imposição que deriva do próprio art. 173, § 1º, da Carta Magna.

8. Não se afiguram desarrazoadas as restrições impostas pelo art. 17, § 2º, da Lei 13.303/2016 à investidura em cargos de direção e de conselho de administração de empresas públicas e sociedades de economia mista, porquanto voltadas a coibir possíveis conflitos de interesses, a assegurar a autonomia decisória e a probidade administrativa dos ocupantes dos cargos.

- Parecer pelo não conhecimento da ação. Sucessivamente, pelo deferimento parcial da medida cautelar” (págs. 1-2 do documento eletrônico 49).

Por dependência à presente ação, foram-me distribuídas as ADIs 5.846/DF e 5.924/DF, que igualmente impugnam dispositivos da Lei das Estatais.

A ADI 5.846/DF, com pedido de cautelar, foi ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B para conferir

“[...] interpretação conforme a Constituição ao art. 29, *caput*, XVIII, da Lei n. 13.303/2016, e, por arrastamento, ao art. 1º, *caput*, e §§ 1º, 3º e 4º, I; art. 3º, *caput*, do Decreto n. 9.188/2017, para afirmar que a venda de ações das sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas exige prévia autorização legislativa sempre que se cuide de alienar o controle acionário; em caráter cumulativo, confira interpretação

ADI 5624 MC-REF / DF

conforme a Constituição ao art. 29, *caput*, XVIII, da Lei n. 13.303/2016, e, por arrastamento, ao art. 1º, *caput*, e §§ 1º, 3º e 4º, I, art. 3º, *caput*, do Decreto n. 9.188/2017, para fixar a interpretação segundo a qual a dispensa de licitação aplica-se apenas à venda de ações que sejam comercializadas na bolsa de valores, no contexto de investimentos institucionais, excluindo-se de seu âmbito de incidência a alienação do poder de controle de sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas e a alienação da participação, ainda que minoritária, em sociedades de propósito específico constituídas para implementar e gerir concessões públicas; em caráter cumulativo, que declare a inconstitucionalidade das expressões ‘unidades operacionais’ e ‘estabelecimentos integrantes’, constantes do artigo 1º, § 4º, I, do Decreto n. 9.188/2017; (v) em caráter cumulativo, que declare a inconstitucionalidade do § 2º do art. 7º do Decreto n. 9.188/2017” (págs. 1-2 do documento eletrônico 1).

O partido requerente narra que há situação de dependência normativa, em que as regras impugnadas interagem umas com as outras, e que, por isso, se faz necessária a impugnação conjunta do art. 29, *caput*, XVIII, da Lei 13.303/2016, e do Decreto 9.188/2017.

Explica que, diante da propalada autonomia do decreto, pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade, como também poderia ser declarado inconstitucional por arrastamento.

Ademais, afirma que, da mesma forma como a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista deve dar-se por meio de lei, também a alienação da sociedade, que corresponde à retirada do Estado do domínio econômico, deve ocorrer da mesma forma. Nesse sentido, indica que,

“[...] no plano constitucional, a exigência de autorização legal para a criação de sociedade de economia mista e para sua

ADI 5624 MC-REF / DF

participação em outras sociedades decorre diretamente do art. 37, incisos XIX e XX, da Constituição Federal” (pág. 11 do documento eletrônico 1).

Apona, assim, que

“[...] a criação de subsidiária de economia mista (art. 37, inciso XIX, Constituição Federal), bem como a participação em empresa privada, dependem de autorização legislativa (art. 37, XX, Constituição Federal). Em decorrência do princípio do *paralelismo das formas*, não há dúvida de que a desconstituição de sociedades de economia mista – e também das suas subsidiárias e controladas – exige prévia autorização legal. A reserva de lei em sentido formal prevista na Constituição para autorizar a criação de sociedades de economia mista (art. 37, XIX) e também de suas subsidiárias e controladas (art. 37, XX) é justificada pela necessidade de que o Poder Legislativo delibere sobre o atendimento dos requisitos que autorizam a intervenção do Estado no domínio econômico (*imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo*), nos termos do art. 173, *caput*, da Constituição Federal. Se o Estado, por meio de lei formal, entendeu ser caso de intervenção para atender aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, nos termos do art. 173, *caput*, da Constituição Federal, não poderia o Poder Executivo, por decisão exclusiva, decidir que a intervenção não se justifica” (pág. 11 do documento eletrônico 1).

Destaca, nessa linha, que

“[...] não há dúvida de que a *autorização legislativa* é necessária para que ocorra a alienação do controle acionário tanto de sociedades de economia mista quanto de suas subsidiárias e controladas, ainda que não seja necessário que a lei designe cada uma destas últimas.

A autorização legislativa exigida pela Constituição, no que

ADI 5624 MC-REF / DF

toca à alienação de ativos das sociedades de economia mista e suas subsidiárias ou controladas, é necessária quando tal alienação implicar a *perda do controle* estatal da sociedade objeto da operação de venda. A Constituição exige autorização legislativa para que o Estado ingresse no terreno da atividade econômica – seja pela criação de sociedade de economia mista (inciso XIX do art. 37), seja pela criação de subsidiárias da sociedade de economia mista (inciso XX do art. 37). Por consequência, é exigível também autorização legislativa para que o Estado se retire da atividade econômica. Se há a alienação de ações de sociedade de economia mista, ou de suas subsidiárias ou controladas, sem que o estado perca o controle acionário, em empresa não se desnatura, mantendo sua condição de estatal. O Estado não se retrai, ao assim proceder, em sua intervenção em determinado setor da economia” (págs. 13-14 do documento eletrônico 1).

Cita precedentes desta Casa em que a tese da imprescindibilidade de autorização legislativa, por meio de lei em sentido formal, para a prática de atos que importem perda do controle acionário por parte do Estado, teria sido acolhida (ADI 234/RJ, ADI 1.703/SC, ADI 1.348/RJ), aduzindo a inconstitucionalidade material da dispensa de licitação para alienação de ativos de sociedade de economia mista e de suas subsidiárias e controladas, bem como de sociedades de propósito específico criadas para gerir concessões públicas, por violação dos arts. 37, XXI, e 173, § 1º, III, da Constituição.

Esclarece que

“[s]empre foi prevacente na doutrina o parâmetro segundo o qual as hipóteses de dispensa de licitação – ao contrário das de inexigibilidade – estão previstas na lei como *numerus clausus*. Porém, o grande grau de detalhamento provido pela Lei n. 13.303 no tratamento das situações que autorizam a dispensa da licitação afasta definitivamente a

ADI 5624 MC-REF / DF

possibilidade de construção interpretativa de novas hipóteses. No que diz respeito ao tema da presente ação direta de inconstitucionalidade, a Lei n. 13.303 estabeleceu o seguinte:

Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:

XVIII – na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem.

O Presidente da República editou o Decreto n. 9.188/2017 a pretexto de regulamentar o disposto no art. 29, XVIII, da Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. Ao fazê-lo, autorizou a dispensa de licitação para a venda de ‘ativos’ das sociedades de economia mista, de suas subsidiárias e controladas, nos seguintes termos:

[...]

Em parte, a Lei e o Decreto comportam interpretação conforme a Constituição. A opção legislativa consubstanciada em tornar dispensável a licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista ‘na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem’ (inciso XVIII do art. 29 da Lei n. 13.303) é constitucional quando corretamente interpretada. A lei procurou estabelecer um equilíbrio ótimo entre dois parâmetros constitucionais: de um lado, a sujeição das sociedades de economia mista aos princípios gerais incidentes sobre a Administração Pública (Constituição Federal, art. 37, *caput*, art. 22, XXVII, art. 37, XXI e art. 173, § 1º, III); de outro, a sujeição ao direito privado e ao regime concorrencial (Constituição Federal, art. 173)” (págs. 21-23 do documento eletrônico 1).

Sublinha, nesse sentido, que,

“[a]inda que fosse possível admitir, em situações excepcionais, a alienação direta (com dispensa de licitação) de ativos dessas empresas, tal decisão deveria contar, em cada caso concreto, com a necessária *motivação*, capaz de demonstrar a pertinência do afastamento da regra geral de submissão ao

ADI 5624 MC-REF / DF

regime licitatório. O Decreto n. 9.188/2017 afastou a necessidade de realização de licitação para a venda de quaisquer ativos de sociedades de economia mista federais, independente da demonstração, em cada caso, de que a alienação direta constitui exigência incontornável do êxito da empresa estatal” (pág. 26 do documento eletrônico 1).

Entende, assim, que o Decreto 9.188/2017 “[...] viola o conteúdo mínimo das normas constitucionais que submetem as sociedades de economia mista ao princípio licitatório (inciso XXI do art. 37, e § 1º do art. 173, ambos da Constituição Federal)” (pág. 28 do documento eletrônico 1).

Alega, ainda, que

“[...] a opção legiferante contida no inciso XVIII do art. 29 do Estatuto das Estatais utiliza técnica legislativa igualmente capaz de circunscrever a dispensa de licitação à alienação de ações em bolsa de valores, no âmbito de investimentos institucionais. O legislador enumera, no mesmo dispositivo, três categorias distintas de bens cuja compra e cuja venda dispensariam a realização de licitação: (a) ações, (b) títulos de crédito e de dívida e (c) bens que produzam ou comercializem. No que se refere aos bens que produzam ou comercializem, trata-se de dispensa que já se poderia inferir do disposto no art. 28, § 3º, I, do mesmo diploma legal, além de ser hipótese de dispensa de licitação amplamente aceita na doutrina e na jurisprudência.

Por sua vez, a *reunião* das hipóteses de compra e venda de ações e títulos de crédito e de dívida *não pode ser encarada como acidental*. As operações financeiras relacionadas a títulos de crédito são justamente hipóteses que, embora não se enquadrem nas chamadas atividades-fim da entidade empresarial estatal, tampouco se inserem no âmbito de atividade-meio, que exigem a realização de processo licitatório. Tais operações, de fato, em muito se aproximam dos chamados

ADI 5624 MC-REF / DF

investimentos institucionais, na medida em que a estatal atua diretamente na economia, mas o faz nas mesmas condições de um particular, prescindindo-se da aplicação do regime jurídico de direito público” (págs. 30-31 do documento eletrônico 1).

Ressalta, em relação à alienação da participação minoritária em sociedades de propósito específico – SPE, constituídas para gerir concessão pública, que

“[...] não é compatível com o *princípio da licitação* substituir, na SPE, a empresa pública especializada, que concorreu decisivamente para a vitória do consórcio com a sua capacitação técnica.

[...] A alteração do quadro societário da Sociedade de Propósito Específico, para além de reflexos econômicos, altera o equilíbrio técnico apresentado ao poder público quando da licitação, podendo afetar a qualidade e a própria continuidade do serviço prestado” (pág. 34 do documento eletrônico 1).

Destaca, então, a possibilidade de aplicação do princípio do paralelismo das formas, uma vez que “a alienação da participação pública nessas empresas não pode simplesmente ser feita nos termos de um *negócio privado*, como ocorreria se tivesse lugar a aplicação do Decreto n. 9188, em especial de seu artigo 4º, parágrafo único”. Para o partido requerente,

“[q]ualquer alienação nunca poderia desconsiderar a qualidade e a continuidade do serviço público prestado. Tampouco haveria sentido que a referida participação societária, resultante de um procedimento provido de máxima publicidade, fosse alienada por meio de procedimento privado e sigiloso, como previsto no artigo 7º, § 2º, do Decreto n. 9188/2017” (pág. 35 do documento eletrônico 1).

Pontua, ademais, que,

ADI 5624 MC-REF / DF

“[d]e acordo com o art. 4º da Lei no 9.491/1997, que regula o Programa Nacional de Desestatização, a ‘alienação de participação societária, inclusive de controle acionário’, é modalidade operacional de execução das desestatizações, que, segundo dispõe o § 3º do mesmo artigo, será realizada mediante licitação, podendo ser empregada a modalidade leilão:

[...]

Essa previsão demonstra a plena viabilidade do emprego da licitação para a alienação de ativos, no âmbito de programas de desestatização. A onda de privatizações de meados da década de 1990 ocorreu nos moldes dispostos na Lei nº 9.491/1997. A exigência da instauração de processo licitatório em nada se relaciona com os debates de teor ideológico subjacentes à definição das hipóteses de intervenção do estado no domínio econômico. Trata-se de exigência decorrente dos princípios constitucionais da moralidade, da impessoalidade e da publicidade, previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal” (págs. 36-37 do documento eletrônico 1).

Entende, por fim, ser inconstitucional a determinação “[d]o sigilo das avaliações econômico-financeiras dos ativos das sociedades de economia mista a serem alienados, previsto, no § 2º do art. 7º do Decreto n. 9.188/2017”, pois “[...] viola a diretriz constitucional da publicidade (Constituição Federal, art. 37), segundo a qual se deve prestigiar o acesso à informação, devendo ser motivado o ato administrativo que classifica dados como sigilosos” (págs. 37- 38 do documento eletrônico 1).

Afirma, nessa linha, que “[...] o fato de a sociedade de economia mista se submeter à fiscalização da CVM não afasta a incidência do princípio constitucional da publicidade e da Lei de Acesso à Informação” (pág. 38 do documento eletrônico 1). Assim, aponta que

“[o] Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 586.424-ED,

ADI 5624 MC-REF / DF

sob a relatoria do MINISTRO GILMAR MENDES, assentou que as informações de interesse coletivo devem ser submetidas à ampla e irrestrita divulgação, ressalvadas as informações protegidas por sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. A regra, portanto, deve ser a da ampla publicidade das informações de interesse coletivo, sendo excepcional a decretação de sigilo, que, por evidente, deve ser cuidadosamente motivada. A norma contida no § 2º do art. 7º do Decreto n. 9.188/17, ao fixar a regra de que as avaliações econômico-financeiras são sigilosas, se afasta da orientação jurisprudencial do STF e nega a prevalência do princípio constitucional da publicidade administrativa” (pág. 44 do documento eletrônico 1).

Requer, então, seja concedida a medida cautelar, por considerar

“[p]resente o *fumus boni iuris*. Em primeiro lugar, a necessidade de autorização legislativa para a alienação de ativos de sociedades de economia mista – ou de suas subsidiárias e controladas – que resulte na perda do controle acionário, direto ou indireto, pela União, já foi objeto de amplo reconhecimento pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Em segundo lugar, o Decreto n. 9.188/2017, ao autorizar indiscriminadamente a dispensa de licitação para a alienação dos ativos das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias ou controladas, é patentemente inconstitucional, violando o inciso XXI do art. 37, e § 1º do art. 173, ambos da Constituição Federal. Além disso, o referido Decreto afastou-se temerariamente de toda a tradição do direito público brasileiro, que prevê a necessidade de prévia instauração de procedimento licitatório para a venda de ativos e para a escolha de empresas para realizarem a prestação de serviços públicos. Em terceiro lugar, a plausibilidade jurídica da pretensão deduzida nesta ação direta de inconstitucionalidade reside no fato de que a norma contida no § 2º do art. 7º do Decreto n. 9.188/17, ao fixar a regra de que as avaliações

ADI 5624 MC-REF / DF

econômico-financeiras são sigilosas, viola o princípio da publicidade administrativa (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), em um contexto em que cada vez mais se requer que a administração atue a luz do dia!

Também presente o *periculum in mora*. O Decreto n. 9.188/17 entrou em vigor no último dia 1º de novembro de 2017, segundo dispôs o art. 41 do próprio diploma normativo. Os processos de alienação de ativos das sociedades de economia mista federais já iniciados na data da entrada em vigor do mencionado Decreto passaram a ser por ele regulados (§ 2º do art. 40 do Decreto n. 9.188/2017). Todos esses processos iniciados ou prestes a serem instaurados serão fatalmente atingidos pela decisão do STF nesta ação direta de inconstitucionalidade, notadamente porque a exigência de autorização legislativa e a necessidade de realização de licitação impactam drasticamente o modo pelo qual a alienação dos ativos será realizada.

Ressalte-se, em especial, que a anunciada alienação de ativos da Eletrobrás, de suas controladas e subsidiárias, a qual seria, se de fato viesse a ocorrer, diretamente impactada pela decisão que o Supremo Tribunal Federal proferir neste processo. Como a empresa é sociedade de economia mista, é concreto e imediato o risco de parte de seus ativos serem alienados por meio do procedimento previsto no Decreto n. 9.188/2017” (págs. 44-45 do documento eletrônico 1).

Por sua vez, a ADI 5.924/MG, ajuizada pelo Governador do Estado de Minas Gerais, ataca

“[...] os dispositivos do Capítulo II (Do regime societário da empresa pública e da sociedade de economia mista), artigos 5º a 26, uma vez que tal perspectiva esbarra na autonomia e autoadministração dos Estados-membros, e municípios, no sentido de montar a administração estadual com a autonomia delineada apenas pelas normas constitucionais e pelas normas gerais que a União edita no exercício de sua competência

ADI 5624 MC-REF / DF

legislativa privativa prevista no art. 22 da CR/88.

Nesse sentido, certo que os temas inseridos na segunda parte da Lei n° 13.303/2016, ao regular a perspectiva das licitações e contratos se insere, em princípio, no âmbito da competência privativa da União para editar normas gerais sobre licitação e contratação administrativa (art. 22, XXVII, da CR/88), razão pela qual esta ADI não aborda tais aspectos, se limitando ao ataque da primeira parte da Lei ° 13.303/2016 no que diz respeito ao modelo de organização societária previsto no Estatuto que não pode ser aplicado ao Estado fora do contexto das normas de direito privado de competência privativa da União (art. 22, I, da CR/88), de modo que tais dispositivos devem incidir apenas para a União.

[...]

Por fim, faz-se necessário, ainda, conferir interpretação conforme a Constituição para: (i) o art. 1º, § 7º, do capítulo I, Disposições Preliminares, do Título I; (ii) os art. 85 a 90, do capítulo III, Da fiscalização pelo Estado e pela Sociedade; (iii) o art. 91, *caput*, do Título III, Disposições Finais e Transitórias” (págs. 4-22 do documento eletrônico 1).

Sustenta, então, que a norma impugnada viola a autonomia dos entes federativos, uma vez que

“[j]ustamente por serem auxiliares da Administração Direta é competência do respectivo Ente Político, ao qual as empresas estatais estão vinculadas, especificar os objetivos que justificaram sua constituição, definir o porte de cada entidade, os critérios para alcance da eficiência necessária ao equacionamento dos custos operacionais, os sistemas internos de controle e monitoramento no contexto institucional da empresa e, por fim, a estrutura de governança.

Não há dúvida, portanto, que a constituição de uma empresa estatal reflete uma determinada escolha política sobre o aproveitamento dos recursos públicos e sobre o modo adequado de intervenção do Estado no domínio econômico.

ADI 5624 MC-REF / DF

Ocorre que a Lei nº 13.303/2016 violou todo esse racional, pois impôs uma estrutura padronizada de governança às empresas estatais e subsidiárias de todos os Entes Federativos, bem como definiu critérios e restrições para nomeação de administradores dessas empresas” (pág. 29 do documento eletrônico 1).

Entende que a União não possui competência para exigir a criação da auditoria interna e do comitê de auditoria estatutário, bem como para impor requisitos e restrições à indicação de administradores. Argumenta, ainda, que tais exigências importariam em violação da autonomia gerencial e financeira dos entes federativos, “na medida em que exigem um aumento das despesas com pessoal nas empresas estatais e subsidiárias” (pág. 36 do documento eletrônico 1).

Outrossim, assevera que a lei atacada deixou de distinguir “[...] as normas aplicáveis às empresas exploradoras de atividade econômica e das normas aplicáveis às empresas prestadoras de serviço público, tampouco respeitou a limitação temática disposta no art. 173 da CR/88 [...]”. Assim, a Lei das Estatais seria inconstitucional pois

“[o] art. 173 não confere à União competência para legislar sobre a governança corporativa das empresas estatais dos demais entes Federativos, Caso se entenda pela constitucionalidade da Lei, resta a interpretação conforme a Constituição, hipóteses em que o Estatuto estará restrito às empresas estatais e subsidiárias vinculadas à União;

Não há distinção do regime jurídico aplicável à estrutura societária das empresas estatais prestadoras de serviços públicos do regime aplicável às empresas estatais exploradoras de atividades econômicas. Caso se entenda que a ausência de distinção dos dispositivos aplicáveis às exploradoras de atividade econômica e às prestadoras de serviço público não torna a Lei inconstitucional, resta à interpretação conforme nos termos dispostos a seguir” (pág. 46 do documento eletrônico 1).

ADI 5624 MC-REF / DF

Nessa esteira, aduz que a Lei 13.303/2016 deve ser interpretada conforme à Constituição para que os seus arts. 9º, III e § 3º; 10; 13, V; 24 e 25 não sejam aplicados às empresas exploradoras de atividade econômica.

Indica, ainda, que os arts. 85 a 90 da Lei das Estatais deve ser objeto de interpretação conforme à Constituição, “sob pena de tornar a atuação das empresas estatais ineficientes, pondo-se em risco, inclusive, a atividade prestada” (pág. 51 do documento eletrônico 1).

Afirma, mais, ser necessário a interpretação conforme à Constituição ao art. 1º, § 7º, “de modo a não se aplicar as normas do Estatuto das estatais no âmbito das empresas privadas com participação minoritárias de empresas estatais” (pág. 55 do documento eletrônico 1), bem como ao art. 91,

“[...] de modo a se permitir que os Entes Federativos adequem a estruturação e as condutas das empresas estatais, sendo-lhes exigido cumprimento integral das normas a partir de julho de 2018, de modo a preservar, inclusive, os mandatos de conselheiros e administradores realizados no período entre 1º de julho de 2016 a 1º de julho de 2018, quando ainda não são aplicáveis as novas regras inseridas na Lei nº 13.303/2016, em razão do período de transição estabelecido pela própria Lei das Estatais, e de que podem se valer os Estados e Municípios para promover a adequação de suas empresas estatais” (pág. 60 do documento eletrônico 1).

Requer, ao final, a suspensão cautelar dos arts. 5º ao 26, bem como a interpretação conforme à Constituição de diversos dispositivos da Lei 13.303/2016.

Em 27/6/2018, concedi em parte a cautelar, *ad referendum* do Plenário

ADI 5624 MC-REF / DF

do Supremo Tribunal Federal, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 29, *caput*, XVIII, da Lei 13.303/2016, afirmando que a venda de ações de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas exige prévia autorização legislativa, sempre que se cuide de alienar o controle acionário, bem como que a dispensa de licitação só pode ser aplicada à venda de ações que não importem a perda de controle acionário de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas.

Ainda naquela decisão, reconheci a ilegitimidade ativa da Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal - FENAEE, que congrega os trabalhadores de uma única instituição financeira, e indeferi o pedido de ingresso como *amici curiae* do do Sindicato dos Trabalhadores em Água, Esgoto e Meio Ambiente no Estado do Espírito Santo.

Finalmente, registro que o ato normativo aqui atacado também foi impugnado por meio das ADIs 5.846/DF, 5.924/MG e 6.029/DF, que me foram distribuídas por dependência. Assim, considerando que esta ação encontra-se em estágio mais avançado, além de ter maior abrangência, determinei o julgamento conjunto de todas nestes autos, sem prejuízo de instrução em separado em cada uma delas.

É o relatório.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 5.624**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

REQTE.(S) : FEDERAÇÃO NACIONAL DAS ASSOCIAÇÕES DO PESSOAL DA CAIXA
ECONÔMICA FEDERAL - FENAEF

REQTE.(S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DO RAMO
FINANCEIRO - CONTRAF/CUT

ADV.(A/S) : LUIZ ANTÔNIO VIUDES CALHÃO FILHO (0041269/DF) E
OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após a leitura do relatório e a realização das sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pela requerente Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro - CONTRAF/CUT, o Dr. Luiz Alberto do Santos; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro André Luiz de Almeida Mendonça, Advogado-Geral da União; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Luciano Mariz Maia, Vice-Procurador-Geral da República. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 30.05.2019.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Luciano Mariz Maia.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

05/06/2019

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 5.624 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Bem examinados os autos, esclareço que me foram distribuídas, por dependência à ADI 5.624/DF, as ADIs 5.846/DF e 5.924/MG, todas acoimando de inconstitucionais dispositivos da Lei das Estatais.

No entanto, por entender que esta ADI encontrava-se em estágio mais avançado e possuía maior abrangência, diante da *causa petendi* aberta das ações de controle concentrado, determinei o julgamento conjunto de todas nestes autos, sem prejuízo de instrução em separado em cada uma delas.

Além do mais, observo que reconheci a legitimidade ativa da CONTRAF, cujas finalidades institucionais, em especial na defesa de interesses de seus associados, têm pertinência temática com o objeto da presente ação, que diz respeito à situação jurídica das instituições financeiras estatais, possuindo, conseqüentemente, impacto direto na vida dos associados da entidade em questão, na linha mais ampliada que vem sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal quanto a tal requisito, a exemplo do que se decidiu na ADI 4.066 / DF.

Entretanto, acolhi a objeção da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República na linha de reconhecer a ilegitimidade ativa da FENAEE, que congrega os trabalhadores de uma única instituição financeira, qual seja, a Caixa Econômica Federal, não ostentando, portanto, os requisitos necessários para figurar no polo ativo da presente ADI.

No que tange aos pedidos cautelares, noto, inicialmente, que as

ADI 5624 MC-REF / DF

entidades requerentes apontam diversas inconstitucionalidades no texto da Lei 13.303/2016 e de seus instrumentos regulamentares.

Contudo, constato, em exame superficial de mera delibação, único possível nesta fase embrionária das demandas, que somente estavam presentes os requisitos para o deferimento da medida cautelar no tocante a alguns dos pedidos.

Nesse sentido, entendo que a situação de urgência com relação a eles está configurada, ao menos em parte, haja vista que, diariamente, vêm sendo noticiadas iniciativas do Governo no sentido de acelerar as privatizações de estatais, como estratégia traçada no Programa de Parcerias de Investimentos (PPI - Lei 13.334/2016), com o intuito de ampliar as receitas governamentais. Segundo o art. 1º, § 1º, III, da Lei 13.334/2016, podem integrar o PPI as medidas do Programa Nacional de Desestatização a que se refere a Lei 9.491/ 1997.

Além disso, para dar vida a um amplo movimento nacional de desestatização, constato que, segundo o diploma legal em questão, “os empreendimentos do PPI serão tratados como prioridade nacional por todos os agentes públicos de execução ou de controle, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (art. 5º da Lei 13.334/2016).

Havia e há, com efeito, uma crescente vaga de desestatizações que vem tomando corpo em todos os níveis da Federação, a qual, se levada a efeito sem a estrita observância do que dispõe a Constituição, poderá trazer prejuízos irreparáveis ao País.

Ainda que a eventual decisão de o Estado deixar de explorar diretamente determinada atividade econômica, constante do art. 173 da Constituição Federal, seja uma prerrogativa do governante do momento, não se pode deixar de levar em consideração que os processos de desestatização são conformados por procedimentos peculiares, dentre os

ADI 5624 MC-REF / DF

quais, ao menos numa primeira análise do tema, encontra-se a manifestação autorizativa do Parlamento.

Com efeito, o art. 173 da CF prevê a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. Essa exploração poderá dar-se pela constituição de empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como de subsidiárias destas, as quais desenvolverão atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços.

Ocorre que, nos termos do art. 37, XIX, da CF, somente por lei específica poderá ser autorizada a instituição de empresa pública e de sociedade de economia mista. Ademais, prevê o texto constitucional que depende de autorização legislativa a criação das respectivas subsidiárias, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada (art. 37, XX).

Como se vê, a Carta de 1988 exige sempre a aquiescência do Poder Legislativo aos processos de criação de entidade governamental dessa espécie, ainda que tenha sido criada para explorar atividade econômica em sentido estrito.

Assim, ao que parece, nesse exame preambular da matéria, não poderia o Estado abrir mão da exploração de determinada atividade econômica, expressamente autorizada por lei, sem a necessária participação do seu órgão de representação popular, porque tal decisão não compete apenas ao Chefe do Poder Executivo.

Nessa esteira, leciona José dos Santos Carvalho Filho, com base na teoria da simetria, que “a extinção das empresas públicas e das sociedades de economia mista reclama lei autorizadora”, uma vez que “[...] o Poder Executivo, a que são normalmente vinculadas, não tem

ADI 5624 MC-REF / DF

competência exclusiva para dar fim às entidades” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 527).

Na mesma direção é o escólio de Carlos Ari Sundfeld, para o qual

“[o] Direito Constitucional Brasileiro impõe a concordância prévia do Legislativo para todas as alterações na estrutura da Administração que envolvam aquisição ou perda da personalidade governamental. Deveras, é necessário autorização legal tanto para o surgimento de uma nova organização governamental como para seu desaparecimento.

[...]

Nenhum espanto deve causar a assertiva segundo a qual a alienação do controle público sobre a empresa estatal produz o seu imediato desaparecimento. A afirmação é juridicamente exata: é que a medida suprime a personalidade governamental do ente, o qual deixa de ser uma ‘empresa estatal’, transformando-se em ‘empresa ordinária’. Por isso, a empresa estatal efetivamente desaparece, remanescendo uma simples empresa, despida de *status* governamental” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Reforma do Estado e empresas estatais. A participação privada nas empresas estatais*. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 266).

A alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, é forma clássica de privatização. A temática da alienação do controle acionário das sociedades de economia mista e da indispensabilidade da autorização legislativa não é nova nesta Corte. Com efeito, há farta jurisprudência no sentido da imprescindibilidade da autorização legislativa para transferência de poder de controle de sociedades de economia mista, como a ADI 1.703/SC, julgada em novembro de 2017, em que, por unanimidade, este Tribunal confirmou sua jurisprudência anterior neste mesmo sentido. No que interessa ao

ADI 5624 MC-REF / DF

presente feito, assim constou da referida ementa:

“No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 234/RJ, ao apreciar dispositivos da Constituição do Rio de Janeiro que vedavam a alienação de ações de sociedades de economia mista estaduais, o Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação conforme à Constituição da República, no sentido de serem admitidas essas alienações, condicionando-as à autorização legislativa, por lei em sentido formal, tão-somente quando importarem em perda do controle acionário por parte do Estado. Naquela assentada, se decidiu também que o Chefe do Poder Executivo estadual não poderia ser privado da competência para dispor sobre a organização e o funcionamento da administração estadual. (ADI 1348/RJ, DJe 7/3/2008)

A autorização legislativa exigida ‘há de fazer-se por lei formal, mas só será necessária, quando se cuide de alienar o controle acionário da sociedade de economia mista’ e demais estatais. (ADI 234 QO/RJ, DJe de 9/5/1997)”.

Não restam dúvidas de que, desde quando foi impugnado o Programa Nacional de Desestatização da década de 90, na qual foi levado a cabo amplo programa de privatizações, *i.e.*, de alienação pelo Poder Público de direitos concernentes ao controle acionário das estatais, este Supremo Tribunal já afirmava a indispensabilidade da autorização legislativa para a venda do controle acionário de sociedade de economia mista.

Assim constou do voto do Ministro Néri da Silveira, Relator da ADI 234/RJ:

“Em realidade, a ‘*quaestio juris*’ referente à alienação das ações das sociedades de economia mista, de que titular o Estado, deve ser compreendida na perspectiva do respectivo controle acionário, pois é tal posição o que confere a pessoa

ADI 5624 MC-REF / DF

administrativa a preponderância nas deliberações sociais e marca a natureza da entidade.

Pois bem, essa matéria ganha espaço específico, em nosso sistema, na linha do que se tem, hoje, denominado de ‘processo de privatização de bens públicos’, em conformidade com terminologia já estatuída em lei.

Refiro-me à Lei federal nº 8.031, de 12.4.1990, que criou o Programa Nacional de Desestatização. [...] Quando, portanto, se pretenda sujeitar à autorização legislativa a alienação de ações em sociedade de economia mista, importa ter presente que isso só se faz indispensável, se efetivamente, da operação, resultar para o Estado a perda do controle acionário da entidade e, assim, da preponderância nas deliberações sociais, pois, daí, decorreria a descaracterização da entidade de economia mista”.

O ilustre Ministro Sepúlveda Pertence, ainda que vencido naquele julgado, às fls. 133/134, anotou que:

“Na interpretação de qualquer texto normativo, mormente do texto constitucional, é impossível admitir a hermenêutica que, de um lado, afirma uma exigência e de outro permite que essa exigência seja fraudada: reservar à lei a criação da sociedade de economia mista ou da empresa pública e conseqüentemente exigir a participação do Legislativo no juízo da existência do interesse público, na intervenção ativa do Estado em determinado setor da economia e, não obstante, permitir que, no dia seguinte, o Governador - imagine-se a hipótese do veto do governador à lei da criação de sociedade de economia mista, rejeitado pela Assembleia - possa o Governador, livremente, alienar o controle dessa sociedade de economia mista é absurdo que não ousa atribuir à Constituição.

Alienar controle de sociedade de economia mista - se, como entendo eu, esse controle é essencial ao próprio conceito constitucional de sociedade de economia mista -, é uma forma de extingui-la enquanto sociedade de economia mista. Enquanto sociedade anônima, pode ela sobreviver sob controle

ADI 5624 MC-REF / DF

privado, mas já não será mais sociedade de economia mista que, repita-se, segundo a Constituição constitui instrumento da política econômica do Estado, e pressupõe por isso, controle estatal permanente”.

Destarte, a prerrogativa do controle legislativo decorre da relevância atribuída pela Constituição aos preceitos imperativos que regem a atuação do Poder Público, conforme art. 173 da Constituição (segurança nacional ou relevante interesse coletivo), bem como o art. 37, XIX, do mesmo diploma, o qual, ao dispor que “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”, aplica-se também à alienação do controle acionário por força do princípio do paralelismo das formas.

Não se pode olvidar, ademais, a clara dicção do § 1º do mencionado art. 173 da Carta Magna o qual assenta, com meridiana clareza, o seguinte: “A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista, e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica ou de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços [...]”. Isso significa que nem mesmo as subsidiárias de empresas estatais, segundo o referido mandamento constitucional, estão imunes ao regramento legal.

Embora os artigos da Lei 13.303/2016 que foram impugnados não tratem expressamente da dispensa da autorização legislativa, é justamente a ausência de menção a esta indispensável medida prévia que pode gerar expectativas ilegítimas e, conseqüentemente, insegurança jurídica, sobretudo no contexto da flexibilização da alienação de ações de que tratam os dispositivos atacados.

Por isso, deferi a concessão da cautelar requerida, *ad referendum* do Plenário, conferindo interpretação conforme a Constituição ao art. 29,

ADI 5624 MC-REF / DF

caput, XVIII, da Lei 13.303/2016, para afirmar que a venda de ações das empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas exige prévia autorização legislativa, sempre que se cuide de alienar o controle acionário.

Entendi também necessária a concessão da medida cautelar, *ad referendum* do Plenário, para fixar a interpretação conforme a Constituição ao dispositivo acima mencionado, segundo a qual a dispensa de licitação só pode ser aplicada à venda de ações que não importem a perda de controle acionário de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas.

Isso porque convém emprestar relevo à linha argumentativa segundo a qual a Constituição não autorizaria a alienação direta de controle acionário de empresas estatais, uma vez que a Lei 9.491/1997 (art. 4º, I e § 3º), ainda vigente, exige, nos procedimentos de desestatizações, que a “alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, preferencialmente mediante a pulverização de ações” dar-se-á por meio de licitação, a qual “poderá ser realizada na modalidade de leilão”.

Ao que parece, as disposições supratranscritas estão em consonância com o *caput* do art. 37 da CF, o qual dispõe que toda a administração pública obedecerá aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Nesse sentido, permitir a venda direta de ações, em montante suficiente a perder o controle societário de empresa estatal, de maneira a impossibilitar a concorrência pública, poderia atentar contra o texto constitucional, o qual consigna que as alienações serão realizadas “mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes” (art. 37, XXI).

ADI 5624 MC-REF / DF

Observo, ademais, que esta Suprema Corte, ao julgar a ADI 3.578-MC/DF, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, a qual analisou a constitucionalidade de ato normativo que disciplinou a redução da presença do setor público estadual na atividade financeira bancária, deferiu a medida cautelar pleiteada, por entender “inequívoca a densa plausibilidade da arguição de afronta à regra constitucional da licitação pública” (trecho do voto do Ministro Relator), *in verbis*:

“I. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade: caso de excepcional urgência, que autoriza a decisão liminar sem audiência dos partícipes da edição das normas questionadas (LADIn, art. 10, § 3º), dada a iminência do leilão de privatização do controle de instituição financeira, cujo resultado poderia vir a ser comprometido com a concessão posterior da medida cautelar.

II. Desestatização de empresas públicas e sociedades de economia mista: alegação de exigência constitucional de autorização legislativa específica, que – contra o voto do relator – o Supremo Tribunal tem rejeitado; caso concreto, ademais, no qual a transferência do controle da instituição financeira, do Estado-membro para a União, foi autorizada por lei estadual (conforme exigência do art. 4º, I, a, da MPr 2.192-70/01 – PROES) e a subsequente privatização pela União constitui a finalidade legal específica de toda a operação; indeferimento da medida cautelar com relação ao art. 3º, I, da MPr 2.192-70/01, e ao art. 2º, I, II e IV, da L. 9.491/97.

III. Desestatização: **manutenção na instituição financeira privatizada das disponibilidades de caixa da administração pública do Estado que detinha o seu controle acionário** (MPr 2.192-70/01, art. 4º, § 1º), assim como dos depósitos judiciais (MPr 2.192-70/01, art. 29): autorização genérica, cuja constitucionalidade – não obstante emanada de diploma legislativo federal – **é objeto de questionamento de densa plausibilidade, à vista do princípio da moralidade – como aventado em precedentes do Tribunal (ADIn 2.600-MC e ADIn 2.661-MC) – e do próprio art. 164, § 3º, da Constituição –**

ADI 5624 MC-REF / DF

que não permitiria à lei, ainda que federal, abrir exceção tão ampla à regra geral, que é a de depósitos da disponibilidade de caixa da Administração Pública em instituições financeiras oficiais; **aparente violação, por fim, da exigência constitucional de licitação (CF, art. 37, XXI)**; ocorrência do *periculum in mora*: deferimento da medida cautelar para suspender *ex nunc* a eficácia dos arts. 4º, § 1º, e 29 e parágrafo único do ato normativo questionado (MPr 2.192/70/01)” (grifei).

Por outro lado, entendi que os demais pedidos cautelares deveriam aguardar a instrução de todos os processos de controle abstrato antes nominados, para posterior análise pelo Plenário desta Corte. É que a Lei das Estatais incorporou ao nosso sistema jurídico inúmeras regras de governança corporativa que, pelo menos *a priori*, podem contribuir para maior transparência, controle, previsibilidade e imparcialidade ao regime jurídico das estatais. A lei concedeu, ainda, o razoável prazo de 24 meses para adaptação das empresas públicas e das sociedades de economia mista à nova sistemática.

Evidentemente, há questões relevantes que merecem ser aprofundadas por ocasião do julgamento do mérito, notadamente quanto à competência legislativa da União para tal regramento no que tange às estatais pertencentes aos demais entes federativos e relativamente à aplicação da referida lei também às empresas que prestam serviço público, para além daquelas que exercem atividade econômica em sentido estrito.

Nessa mesma perspectiva, penso que a análise de eventual vício de iniciativa na propositura da lei, bem como a questão relativa à conveniência política de sua edição não cabem neste momento processual. O mesmo diga-se quanto ao equilíbrio previsto pela lei entre simplificação dos procedimentos de contratação, inclusive quanto ao dever de licitar, e a instituição de maiores mecanismos de controle.

ADI 5624 MC-REF / DF

Diante do exposto, com base no art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999, e no art. 21, V, do RISTF, voto por referendar a concessão parcial da medida cautelar pleiteada para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 29, *caput*, XVIII, da Lei 13.303/2016, de modo a afirmar que a venda de ações de empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias ou controladas exige autorização legislativa, bem como prévia licitação pública, dispensada esta quando a alienação não implique a perda de seu controle acionário.

É como voto.

05/06/2019

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 5.624 DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Peço um esclarecimento. É base da liminar a flexibilização da licitação?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Não. Eu creio que isso poderá ser discutido, talvez, com mais detalhes na reclamação se o processo licitatório sugerido, apresentado pela Petrobras, está em conformidade com a legislação de regência e com os próprios dispositivos da Constituição.

Lerei o dispositivo, se Vossa Excelência me permite - estou aberto a debater com Vossa Excelência para aprender, como sempre:

Diante do exposto, como base no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.868 e no inciso XXI do art. 5º nosso Regimento, voto por referendar a concessão parcial da medida cautelar pleiteada para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 29, *caput*, inciso XVIII da Lei nº 13.303/2016, de modo afirmar que a venda de ações de empresas públicas, sociedade de economia mista, ou de suas subsidiárias ou controladas, exige autorização legislativa, bem como prévia licitação pública, dispensada esta quando a alienação não importar a perda de seu controle acionário.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – De qualquer forma, é base da liminar, deferida por Vossa Excelência, a inobservância da licitação?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Sem dúvida. E creio até que um de nós ou alguém que esteja nesse auditório nos assistindo possa, eventualmente, ter ações de empresas estatais negociados em bolsa. Petrobras, Banco do Brasil, Caixa Econômica, essas empresas têm ações na bolsa. Quer dizer, vender uma parte das ações em bolsa, um procedimento público transparente, desde que não implique a venda do controle acionário, a desestatização, creio que isso pode ser feito. Agora, quando se trata de vender o controle acionário, como dizem os administrativistas aos quais fiz referência,

ADI 5624 MC-REF / DF

quando o Estado se retira da atividade econômica a qual lhe foi deferida esse ingresso mediante lei, aí sim é preciso, de um lado, de uma lei autorizadora; mas, de outro, é inequivocamente um processo licitatório, seja ele com base na Lei 8.666, quiçá nessa lei das privatizações do ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A pergunta tem razão de ser. É que vou reiterar o voto proferido na ação direta de inconstitucionalidade nº 234, envolvendo o Estado do Rio de Janeiro.

Entendo ser dispensável a autorização normativa. Quanto à licitação, considerada a alienação do controle acionário, surge a questão...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Ministro, peço para fazer os embargos declaratórios, conforme Vossa Excelência fez quando do meu pronunciamento.

Eu até penso que, com relação às subsidiárias e controladas, possamos dar uma certa interpretação. Com relação - e essa é a minha convicção nesse aspecto - às empresas públicas de economia mista, uma vez autorizadas por lei a ingressarem no ambiente privado para explorar determinada atividade econômica, essa retirada exige uma lei.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Interpreto a Constituição como ela se contém. A exigência de lei diz respeito à criação apenas. A Constituição não versa, quanto à alienação, a extinção, a necessidade do crivo legislativo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Apenas argumentando e para que reflitam sobre essa questão. No voto que trago agora, eu incluí, para além daquele distribuído a Vossas Excelências há uma semana, a dicção do art. 173, § 3º, que dispõe exatamente sobre o regime jurídico não apenas das empresas públicas, mas também das empresas de economia mista e de suas subsidiárias, está adstrita ou controlada por lei. Portanto, se há um regime jurídico fixado por lei, eu não vejo como possa uma subsidiária, por um ato da diretoria da estatal que a controla, furtar-se àquilo que dispõe a lei que estabeleceu o regime jurídico desta subsidiária. Mas, enfim, são dúvidas que certamente serão espancadas agora, que serão

ADI 5624 MC-REF / DF

afastadas por Vossas Excelências.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Uma outra observação, considerado aspecto a que Vossa Excelência se referiu. É que o Tribunal decidiu no sentido da exigência de lei a uma só voz. Já que prezo a coerência, esclareço que, na assentada em que julgada a ação direta de inconstitucionalidade posterior, cuja decisão foi unânime, não estava presente. Senão, teria ficado vencido.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Então Vossa Excelência admite que a jurisprudência da Corte é no sentido de que se exija lei, ainda que com divergências.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sim, mas pode ser revista a qualquer momento pelo verdadeiro Supremo, segundo o Doutor Delfim Neto, em artigo publicado hoje na Folha, que é o Plenário.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - É surpreendente, Ministro, que as vozes do mercado fiquem todas preocupadas com um julgamento do Supremo Tribunal Federal e se manifestem com muita amplitude e desembaraço nos veículos de comunicação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – É preciso admitir a realidade. Dificilmente uma casa legislativa autorizará a alienação de estatal.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Não, mas pode estabelecer regras como a Lei 9.471, do Fernando Henrique Cardoso, em que se estabeleceram as empresas não podiam e as que podiam ser privatizadas. E, caso fossem privatizadas, quais as condicionantes que deveriam ser seguidas. Isso o Congresso pode fazer tranquilamente e já o fez muitas e muitas vezes.

Eu concordo que uma lei específica pode eventualmente trazer uma dificuldade para ser aprovada no Congresso Nacional, mas quem tem medo dos representantes do povo?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Somente reconheço realidade e parto de premissa maior: a Constituição Federal apenas exige lei para criação, não para extinção. Os fenômenos são distintos.

ADI 5624 MC-REF / DF

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI
(RELATOR) - Pois não.**

05/06/2019

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 5.624 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, boa-tarde. Boa-tarde Ministra Cármen, Ministra Rosa, Ministros, Doutora Raquel. Cumprimento todas as sustentações orais que foram realizadas na semana passada e, desde já, cumprimento o voto do eminente Ministro Ricardo Lewandowski, que traz questões realmente importantíssimas.

Presidente, vou pedir certa paciência ao Plenário, porque vou me estender um pouco.

Parto de premissas diversas daquelas que Sua Excelência coloca no voto e chego a conclusões também diferentes.

O eminente Ministro Ricardo Lewandowski, ao analisar o art. 29, *caput*, XVIII, da Lei 13.303/2016, concedeu uma interpretação conforme, como Sua Excelência acabou de se referir.

A Lei 13.303/2016 - esse é o primeiro ponto em que divirjo de Sua Excelência - não trata de privatização; ela não alterou a legislação da época do Governo Fernando Henrique sobre privatização. Com base no § 1º do artigo 173 da Constituição Federal, ela estabelece o estatuto jurídico da empresa pública, em outras palavras, o "regimento interno" das empresas públicas. A Constituição exigiu, em bom momento, e a Lei 13.303/2016 trouxe uma padronização de procedimento para as empresas públicas.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Ministro Alexandre Moraes, perdão. Apenas para dizer que estou absolutamente de acordo com Vossa Excelência, porque a lei do Presidente Fernando Henrique Cardoso continua em vigor. É uma lei formal que regula o procedimento de desestatização. Nesse ponto, estamos absolutamente de acordo. É por isso que eu disse - só para esclarecer - que se faz necessária uma lei para regulamentar o processo desestatização. Tanto Vossa Excelência assim como eu estamos entendendo que esta lei já existe, ou seja, a Lei 9.471.

ADI 5624 MC-REF / DF

Desculpe interrompê-lo.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Agradeço, Ministro Lewandowski.

Esse é o primeiro ponto que saliento. O segundo é que o art. 29, inciso XVIII, da Lei 13.303/2016 traz uma hipótese de dispensa licitatória. Inclusive, hipótese essa que já era prevista na Lei 8.666/1993. Então, a questão do art. 29, inciso XVIII, da Lei 13.303/2016 ganhou uma maior repercussão - por isso me sinto na obrigação de fazer uma análise mais detalhada -, porque, a partir da interpretação conforme bem detalhada e analisada pelo Ministro-Relator, o Ministro Ricardo Lewandowski, foram incluídos dois tópicos importantíssimos. A partir de uma hipótese de dispensa de licitação, leio o art. 29, inciso XVIII: "Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem."

A partir desse dispositivo, que encerra uma hipótese de licença licitatória, na conclusão e na concessão da liminar, Sua Excelência tratou de duas questões, como eu me referi anteriormente, importantíssimas: a exigência ou não de autorização legislativa; e a exigência ou não, nesta hipótese, de licitação.

Então, na verdade, o panorama me parece que ficou mais amplo, porque essas duas grandes hipóteses - e o próprio Ministro-Relator colocou que, na discussão, pode nelas ingressar -, autorização legislativa e sempre obrigatoriedade de licitação, tratam do modelo que a Constituição adotou para a intervenção econômica do Estado; do que é regra e o que é exceção; da disciplina legal da exceção; das próprias alterações da Emenda Constitucional nº 19/98; de lei específica para a criação do que vou chamar, desde o início, da "empresa-mãe"; da sociedade de economia mista criada, por exemplo, servindo para o caso seguinte, da Petrobras, que é uma "empresa-mãe", que foi criada a lei específica: se deve ser dado o mesmo tratamento às subsidiárias dessa "empresa-mãe", nenhuma delas constante em lei específica; se se deve ou não haver um tratamento legal idêntico. O Congresso jamais disse:

ADI 5624 MC-REF / DF

"autorizo a criação de empresa específica tal". Há uma autorização genérica para as subsidiárias. E há a questão da licitação: se é possível a Lei 13.303/2016 estabelecer, assim como fez a Lei 8.666/1993, com base no art. 37, inciso XXI, da Constituição, não só a regra licitatória, mas as exceções, dispensa e inexigibilidade. Essas questões parecem ser essenciais para que tenhamos uma reflexão maior e possamos chegar a uma decisão, até para que, caso a caso, não haja reclamações diversas de situações bem semelhantes. Início, realmente, por essa questão do modelo que a Constituição adotou, de forma rápida.

Mas nós sabemos que, a partir dos ideais liberais, a conduta dos países capitalistas foi, realmente, que o Estado se retirasse da intervenção econômica para cuidar do que deve, de fato, cuidar: aquilo pelo qual as pessoas se reúnem em torno de uma Constituição. A soberania popular delega - o Ministro Ricardo Lewandowski, várias vezes, assim colocou - aos governantes o cuidado daquilo que é essencial no Estado: saúde, habitação, segurança pública, mobilidade.

As ideias liberais, principalmente, a partir das ideias do século XVIII, com Adam Smith, trazem as ideias de que o Estado não deveria - dizendo aqui no popular - "se meter onde é do particular", ou seja, o Estado não deveria atuar, intervir, na economia.

A partir disso, a ideia do afastamento da intervenção do Estado na economia foi ganhando força. Uma força que, no final do século XIX e início do século XX, foi relativizada por uma série de manifestos, movimentações - Karl Marx, o kartismo, na Inglaterra, a comuna de 1871, na França. Todos eles passaram a relativizar e, eu diria, até minar essa ideia, essa base do Estado liberal, de que o Estado não deve realizar intervenção na área econômica.

A partir da segunda década do século XX, da Constituição de Weimar e de todas as demais constituições que seguiram o modelo socialdemocrata, as diversas assembleias nacionais constituintes, as diversas convenções constitucionais, passaram a equilibrar não só o capitalismo, a livre iniciativa, a livre concorrência, como regra, na Constituição, mas passaram a equilibrar de certa maneira uma extensa e

ADI 5624 MC-REF / DF

crescente previsão de direitos sociais e econômicos e da possibilidade, ainda que excepcional, da intervenção econômica do Estado, da intervenção do Estado na área econômica.

Esse modelo de regra e exceção foi o modelo adotado, a meu ver, pela Constituição de 1988. A Assembleia Nacional Constituinte trouxe para dentro da Constituição o que a doutrina denomina de Constituição Econômica - arts. 170 e seguintes. Trouxe como regra a adoção do modelo capitalista de produção, conhecido também como economia de mercado. E o coração da economia de mercado do modelo capitalista de produção é a livre iniciativa, a livre concorrência. Essa regra foi estabelecida, expressamente, na Constituição. Mas, da mesma forma, seguindo essa tendência de equilíbrio com os valores sociais e econômicos, o próprio art. 170 trouxe princípios da ordem econômica. Ao estabelecer como princípios da ordem econômica a valorização no trabalho humano, a existência digna, a conformidade com os ditames da justiça social, além da livre iniciativa, permitiu - e o art. 173 regulamentou -, mesmo que excepcionalmente, a intervenção do Estado na economia. Isso fez com que - cito aqui, mas passo rapidamente - vários doutrinadores - Celso Bastos, Raul Machado Horta, Prof. Tércio Sampaio, entre outros - colocassem que o nosso capitalismo, o capitalismo brasileiro, é temperado por diversos graus de intervenção estatal, desde a normatização, depois com as agências reguladoras, até uma efetiva participação estatal - inclusive com muitos monopólios que caíram a partir da revisão constitucional e muitos monopólios em diversas áreas estratégicas.

Essa opção constitucional de atuação excepcional e subsidiária do Estado na ordem econômica - repito, subsidiária, secundária e excepcional - foi prevista expressamente no art. 173. Se nós olharmos o art. 173, claramente a Constituição diz:

"Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição," - que já dá a excepcionalidade taxativa do texto constitucional - "a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei".

ADI 5624 MC-REF / DF

A ideia aqui, a meu ver, muito clara da Constituição é que o Estado, para poder explorar diretamente a atividade econômica, precisa de autorização legislativa. Mas não qualquer autorização legislativa, uma autorização legislativa que aponte imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo. É a excepcionalidade estrita, ou seja, o Estado deve ficar de fora, mas, muito excepcionalmente, o Congresso - e aqui, mais adiante, volto à ideia - junto com o Poder Executivo - há necessidade de ambos quererem, um não consegue sem o outro -, os dois Poderes podem entender que há necessidade dessa intervenção.

A regra, portanto, a meu ver, constitucional é a da não exploração direta da atividade econômica pelo Estado; e a exceção somente quando - repito - necessários imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, cuja análise dessa relevância, cuja análise da presença dos imperativos de segurança nacional, essa análise depende da vontade do Legislativo e do Executivo. Seja o Executivo, ao enviar a lei, o projeto de lei, porque a iniciativa é do Chefe do Executivo; seja o Executivo, após - e isso se deu principalmente após as alterações da Emenda nº 19 - o Congresso autorizar a criação de uma empresa pública, o Executivo não está vinculado a essa autorização. Um determinado, pode ser o mesmo Presidente, outro Presidente, a sucessão de presidentes, enviou o projeto de lei, achando relevante, o Congresso autorizou, aprovou a autorização, quando volta a autorização, o mercado mudou, a economia mudou, ou o mesmo Presidente ou outro, ideologicamente, de posição diversa entende que não é o caso de criar aquela empresa. Por isso que há necessidade da conjugação, para essa criação - de tão excepcional que é -, das duas vontades: vontade do Legislativo e do Executivo.

Agora, a criação, a meu ver - aí é um ponto que me parece extremamente relevante -, da empresa-mãe, ou seja, a criação de uma sociedade - a autarquia a lei já cria diretamente -, a autorização para criação de uma sociedade de economia mista para que atue em determinado segmento da economia, essa criação se baseia no art. 37, XIX. São dois incisos da Constituição que estabelecem premissas diversas e com alteração feita pela Emenda nº 19.

ADI 5624 MC-REF / DF

O XIX do art. 37 exige lei específica para autorização - e foi a mudança - de instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação. É a ideia de que uma lei complementar defina as áreas de atuação do Estado, do Poder Público, na intervenção econômica, do domínio econômico, e, a partir dessa definição, criar-se-ão a sociedade de economia mista, a fundação, a empresa pública, especificamente. Volto ao exemplo, fazendo o paralelo, à Petrobras. Apesar da Emenda nº 19 ter mantido a necessidade de prévia edição de lei, a meu ver, outra previsão estabelecida no inciso XX é a de autorização para criação de subsidiárias, subsidiárias ou controladas. São coisas diversas.

A lei complementar estabelece quais áreas do domínio econômico o Poder Público pode realizar sua intervenção: Petróleo. A lei específica cria uma sociedade de economia mista. Específica: Petrobras. Autoriza a criação, Petrobras, essas finalidades, e, de forma genérica, pode ou não - porque também não é obrigação do Congresso Nacional -, com base no inciso XX, autorizar essa empresa-mãe - como denomino - até, como instrumento de gestão, instrumento empresarial, a criar subsidiárias.

São hipóteses diversas, e a doutrina - e por todos aqui, só faço referência à Professora Maria Sylvia Zanella de Pietro - fez um elogio a essa alteração da Emenda nº 19 em relação aos incisos, porque a previsão anterior dizia que a lei criava tudo; só que a lei, na verdade, não criava uma empresa regida pelo direito privado, havia necessidade de os atos constitutivos serem registrados, como qualquer outra empresa privada.

Aqui, o legislador, com a Emenda nº 19 - a chamada Reforma Administrativa, em 98 -, o legislador constituinte derivado resolveu o problema: lei complementar fixa qual a área de atuação, lei específica autoriza a criação da empresa e, se quiser, o Congresso pode dar uma disponibilidade, que é um instrumento empresarial de gestão importante para criar subsidiárias; ou não criar subsidiárias, simplesmente...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência admite que o inciso XX do artigo 37 da Constituição Federal fica

ADI 5624 MC-REF / DF

respeitado desde que haja a delegação na lei primeira de criação?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Exatamente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Entendo que não. Entendo que há necessidade de lei específica para chegar-se à criação de subsidiária.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Aí é exatamente a diferença de posicionamento. Por que isso? Para ficar no exemplo - fazer o paralelismo com o que nós vamos julgar na sequência, a reclamação -, como que foi criada a TAG, a Transportadora Associada de Gás - Sociedade Anônima? O Congresso, alguma vez, editou uma lei dizendo: "Poder Executivo, autorizo que você adquira a maioria das ações da TAG"? De forma alguma. A partir da autorização genérica do artigo 64 da Lei nº 9.478:

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

O Congresso entendeu por bem - como disse, a meu ver, não é obrigado a dar essa autorização -, como instrumento empresarial, permitir que a Petrobras pudesse constituir subsidiárias com maioria de capital votante ou minoria, aí seria mais uma empresa controlada ou não, autorizou genericamente. A partir dessa autorização, a TAG, que remonta a 2002, era razão social Transportadora de Gás Campinas-Cubatão; em 2004, virou Transportadora Amazonense de Gás; em 2006, Transportadora Associada de Gás. Num determinado momento, essa empresa privada entendeu por bem, com essa autorização genérica, a Petrobras em adquirir a maioria das ações, chegando inclusive a 100% do capital social.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite, novamente, um aparte? Tem-se uma problemática maior, que é o monopólio da União – artigo 177 da Constituição Federal.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Mas não se trata aqui da TAG da questão de monopólio. O que se trata aqui é que,

ADI 5624 MC-REF / DF

em momento algum, nem o Presidente pediu, nem o Congresso deliberou, nem concedeu autorização expressa. "Petrobras, você pode comprar a TAG". E o Congresso - é importante que se diga - jamais, o Congresso Nacional, ele próprio jamais exigiu essa necessidade de autorização específica, tanto que ele mesmo, é padrão, pode ser que daqui para a frente se altere o padrão, mas ele mesmo, Congresso, no art. 64, em relação ao exemplo citado, Petrobras, delegou essa possibilidade. E por que o fez? Esta Corte já entendeu que a Petrobras, sociedades de economia mista que atuam na concorrência de mercado têm natureza de empresa privada, e o próprio art. 173 manda aplicar, inclusive na questão tributária, na questão trabalhista, todo o direito privado. Por que o fez? Porque, se não o fizesse nessas hipóteses, o Congresso sabe que a empresa pública não se torna competitiva. A empresa pública, uma vez criada, se ela não tiver instrumentos de gestão empresarial idênticos às demais que atuam no mercado, ela não é competitiva.

O Congresso - eu volto a insistir - não é forçado a isso; o Congresso, ao estabelecer no art. 64 essa possibilidade - e é uma autorização legislativa genérica - repito o texto do 64: "fica a Petrobras autorizada a constituir subsidiárias, as quais poderão" - e não é só subsidiária majoritária - "majoritariamente ou minoritariamente a outras empresas". Só fez um condicionante o Congresso Nacional, poderia ter feito outros, poderia ter dito pode uma subsidiária ou pode a TAG, mas não o fez. Só fez uma condicionante, a da finalidade: a constituição de subsidiárias deve ter uma finalidade, o estrito cumprimento de atividades e seu objeto social que integrem a indústria do petróleo. Se, eventualmente, investir e constituir uma subsidiária de turismo, por exemplo, sem nenhuma relação aqui, obviamente há o desvio de finalidade da autorização genérica legislativa concedida pelo Poder Legislativo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Ministro, este tema é um tema candente, importantíssimo para a sociedade brasileira; é um tema que envolveu, inclusive, muitas lutas sociais históricas em nosso País, e vale a pena discutirmos isso com muita profundidade.

ADI 5624 MC-REF / DF

O raciocínio de Vossa Excelência é muito sedutor. Eu, num determinado momento da elaboração do meu voto, até me vi tentado a entender que se poderia dar uma espécie de uma carta em branco para as empresas estatais criarem subsidiárias e também controladas, e, de certa maneira, uma vez dada essa autorização, elas fizessem o que quisessem com essas empresas de segundo grau, como dizem alguns administrativistas.

Mas, eminente Ministro Alexandre de Moraes, eu me deparei com uma dificuldade aparentemente intransponível, que é a seguinte, aquilo que consta do art. 37, XX:

“Depende de autorização legislativa, em cada caso,” - ou seja, caso por caso especificamente - “a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada”.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E Vossa Excelência me permite? Há mais. Com a Constituição de 1988, foram fulminadas as delegações em matéria normativa. Refiro-me ao artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - E, aí, mais uma pequeníssima observação, eu não quis entrar no caso específico da Petrobras, porque nós estamos aqui em sede de liminar em quatro ações diretas de inconstitucionalidade. Certamente, isso será aferido pelo Ministro Edson Fachin, ou, durante a discussão, alguém poderá fazer menção a isso.

O art. 3º da Lei 9.491/97, que foi editada durante o Governo Fernando Henrique Cardoso, e todos concordam que ela está em pleno vigor, tanto o digno Representante da AGU, que nos brindou com uma belíssima sustentação oral, Vossa Excelência, Ministro, eu também, creio que todos aqui entendem isso também, esta Lei está em vigor. E esta Lei, interessantemente - eu digo isso apenas para refletirmos depois, na esteira do que levantou o eminente Ministro Marco Aurélio Mello com relação ao monopólio da União, inclusive o que concede o transporte de gás e petróleo por meio de dutos -, essa Lei vigente, no art. 3º, diz:

“Art. 3º Não se aplicam os dispositivos desta Lei” - que é a

ADI 5624 MC-REF / DF

Lei das privatizações - “ao Banco do Brasil S.A., à Caixa Econômica Federal, e a empresas públicas ou sociedades de economia mista que exerçam atividades de competência exclusiva da União, de que tratam os incisos XI e XXIII do art. 21 e a alínea ‘c’ do inciso I do art. 159 e o art. 177 da Constituição Federal”, [...].

Este artigo 177 da Constituição Federal - nós vamos analisar depois - é justamente o artigo a que aludiu o Ministro Marco Aurélio, que trata do monopólio da Petrobras. Então, Fernando Henrique Cardoso, mediante essa lei que foi por ele promulgada, de certa maneira, excluiu essas atividades da privatização, mas esse é outro problema.

Só para Vossa Excelência ver como a questão é intrincada, a questão é complexa. Há uma dicção da Constituição num certo sentido, que exige inclusive para as subsidiárias, em vários pontos, autorização específica, ou caso a caso - para mim, é sinônimo de específica -, e aí vem a lei infraconstitucional e diz que não, basta uma lei genérica autorizativa. E lembrou bem o Ministro Marco Aurélio, *data venia*, que é preciso verificar se essas leis são anteriores ou posteriores à Constituição de 88.

Mas desculpe-me, Vossa Excelência está desenvolvendo com brilho, como sempre, a sua argumentação, inclusive mostrando a evolução constitucional, pelo menos no mundo ocidental, no que diz respeito ao papel do Estado na economia privada.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro Lewandowski, são ótimas essas observações de Vossa Excelência e também a questão trazida pelo eminente Ministro Marco Aurélio. Não se trata, aqui, a meu ver, de delegação. A competência constitucional do Congresso Nacional, a partir da Emenda 19, é muito clara: autoriza ou não. Não está delegando, ela só pode autorizar, ela não pode nem criar mais, ela autoriza ou não autoriza.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas, Ministro, o sistema não fecha.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Fecha.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Com esse jogo de palavras, não fecha, porque, de um lado, tem-se a necessidade de lei...

ADI 5624 MC-REF / DF

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Não fecha se Vossa Excelência entender que todas as subsidiárias, todas, porque o entendimento de Vossa Excelência leva a uma conclusão, porque aí não é que o sistema não fecha, quem vai fechar é o país.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, argumento extremado não vinga.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Se precisasse de lei específica para cada subsidiária, todas as subsidiárias existentes, hoje, no Brasil, nos municípios, nos Estados e na União, são ilegais então, todas.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Por não se observar a Constituição.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Porque nenhuma tem autorização específica, e temos que observar a Constituição Federal. Observar como? No que diz a Constituição Federal. E aqui entro nessa importante observação trazida pelo Ministro Ricardo Lewandowski. O que significa, no inciso XX, "caso a caso"? Nós não podemos, com a devida vênia às posições em contrário, interpretar "caso a caso" como sinônimo de lei específica.

Os incisos XIX e XX fecham o sistema de criação e de autorização, a lei complementar estabelece os casos em que é possível a intervenção econômica: petróleo, gás canalizado, telecomunicações - anteriormente. Ou seja, estabelece e exige lei específica para criação da empresa-mãe. Lá embaixo, no inciso XX, a autorização é genérica, mas para cada caso que a lei complementar autoriza.

Quais foram os debates para a Emenda Constitucional 19? Os debates foram a tentativa de evitar uma lei geral que, aí sim, delegasse livremente ao Presidente da República a criação de qualquer subsidiária. Não, então vem o artigo 64 e estabelece um caso do caso a caso previsto no inciso XX. Qual caso? Integrem a indústria do petróleo. É o caso específico, não pode ter outra subsidiária. Ou seja, fechou também a discricionariedade do próprio Presidente da República. E assim vem sendo feito.

ADI 5624 MC-REF / DF

Eu volto a insistir, todas as subsidiárias, não há subsidiária autorizada expressamente pelo Congresso Nacional. O Congresso poderia se quisesse, ou isso é um instrumento de gestão? O Congresso dá autorização genérica; e a finalidade é manter a empresa-mãe. Da mesma forma que - e volto ao exemplo da Petrobras porque é o paralelo - a Petrobras, num determinado momento, investe, portfólio de investimentos, aquisição de ações, em determinadas subsidiárias, em empresas privadas nas quais ela não mantém o controle acionário, se de repente isso está prejudicando a empresa-mãe, ela deve ter a possibilidade - e o art. 64 permite - de mudar o portfólio.

Nós todos aqui, qualquer pessoa que tenha uma aplicação, se aquela aplicação começa a ir por água abaixo, você muda a aplicação. Isso não significa privatização. A Petrobras continua, só que a Petrobras tem que continuar forte! Para continuar forte, ela deve ter a possibilidade de gestão.

No caso específico do petróleo, no art. 64, o Congresso autorizou não só genericamente a possibilidade de criação de subsidiárias como nem exigiu o controle - pode ser majoritário, pode não ser majoritário. E esta Corte já decidiu nesse sentido na ADI 1.840, quando tratou da necessidade ou não de lei específica não só para a criação da empresa-mãe, mas para das subsidiárias, na questão da Telebrás e subsidiárias, quando houve, por atos governamentais, a cisão, a fusão, e o próprio Supremo Tribunal Federal, na ADI 1.840, disse e afirmou: tendo em vista o caráter genérico da exigência. É o caráter genérico para essas subsidiárias, não há essa necessidade.

O Ministro Gilmar queria um aparte?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu só queria lembrar exatamente em relação ao art. 64, já referido por Vossa Excelência, da Lei nº 9.478, nós temos um precedente na ADI 1.649, em que claramente se diz:

"(...)

2. É dispensável a autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na

ADI 5624 MC-REF / DF

própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz, tendo em vista que a lei criadora é a própria medida autorizadora."

Portanto, aqui, não parece haver nenhuma dúvida e isso diz respeito ao art. 64 já referido.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Mas é uma autorização legislativa.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, sim.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Ainda que genérica.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim. Antecedente, de maneira genérica.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Antecedente. Perfeito.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - A isso se refere o Ministro Alexandre.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Perfeito. O que estou entendendo é que Sua Excelência está dizendo que, uma vez criada a empresa, a empresa-mãe ou de primeiro grau poderá decidir livremente sobre o destino dela.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Desde que haja autorização legislativa genérica.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Exatamente. Isso aí é algo que nós podemos discutir ao final do nosso debate.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É importante só ficar claro, portanto, que não se exige lei específica para cada subsidiária.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Eu quero pontuar também que, em nenhum momento, na minha liminar, eu disse isso. Agora, o que também é causa de preocupação, o que também já foi trazido a este Relator, é o perigo de se fatiar uma empresa de primeiro grau, uma estatal, uma empresa pública ou de economia mista, de tal maneira a ir criando subsidiárias até se

ADI 5624 MC-REF / DF

esvaziar completamente o patrimônio dessa empresa. É uma forma de desfazer-se dela contornando a exigência, uma, de autorização legal, outra, de eventualmente desencadeamento do processo licitatório, etc. Então, são questões interessantes.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro Lewandowski, permite-me um aparte do meu aparte mesmo? Concordo com Vossa Excelência. Neste caso, haveria um desvio de finalidade em relação à autorização genérica.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Exatamente isso.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Aí é patologia!

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Perfeito. Então, isso é preciso ficar bem claro depois. Em nenhum momento, se nós adotarmos essa tese de que pode haver uma autorização genérica que crie e também, em decorrência disso, viermos a admitir que a lei pode genericamente estabelecer determinadas condições, como fez a Lei 9.491, nós devemos deixar bem claro que, eventualmente, o fatiamento de uma empresa estatal mediante a criação de subsidiárias controladas ou a venda de participações nessas entidades de molde a esvaziar completamente o patrimônio da empresa-mãe, como chama Vossa Excelência, ou de primeiro grau, isto representará um desvio de finalidade.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Destruindo a empresa-mãe. Se destruir a empresa-mãe, seria, a meu ver, desvio de finalidade.

É por isso que eu insisto aqui, Presidente, Ministros, que a redação dada pela Emenda 19 aos incisos XIX e XX parece-me que acaba resolvendo a questão.

Não é mais, como anteriormente tinha essa confusão, a lei que criará diretamente as entidades, salvo autarquia, mas, sim, o que se exige é uma autorização congressional, por lei específica, para empresa-mãe. Mas pode ser qualquer empresa-mãe? Não, só aquelas que a lei complementar tiver

ADI 5624 MC-REF / DF

definido o interesse do Estado na intervenção econômica.

E uma autorização genérica - como há no exemplo do artigo 64 - é para as subsidiárias. E o caso a caso, como eu disse, se refere exatamente às áreas, aos casos, às hipóteses de intervenção econômica. O mais, a partir disso, parece-me que a concretização da criação da empresa desde que haja autorização específica ou genérica. Os atos constitutivos com a transcrição do registro público, a gerência da empresa, a atividade empresarial, isso não necessita mais, para cada passo da empresa, de autorização judicial.

Como eu disse, entendo inclusive que hiato, naquele hiato entre a iniciativa de lei do Chefe do Executivo e eventual criação efetiva, mesmo depois autorização, pode o Chefe do Executivo falar que "agora não é mais necessária essa criação". Em outras palavras, o Executivo, a meu ver, não pode criar empresa pública, sociedade de economia mista nem suas subsidiárias sem autorização específica para uma e autorização legislativa genérica do Congresso para outra. Mas é ele, Executivo, que, concedida a autorização, vai efetivar ou não a criação daquela específica e vai gerenciar das subsidiárias.

Esse entendimento já adiantado pelo eminente Ministro Gilmar Mendes foi também consagrado, no Supremo Tribunal Federal, na ADI 1.649, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa.

Essa generalidade da autorização legislativa exigida pelo inciso XX do artigo 37, autorizando criação de subsidiárias, que poderia ser uma lei específica ou a própria lei de criação da empresa-mãe, pode, a meu ver, estabelecer essa possibilidade, até porque o mesmo Congresso é que vai atuar - insisto porque entendo isso de vital importância. Não há nenhuma autorização legislativa específica para criar subsidiária A, B, C. Então, o entendimento contrário levaria a inconstitucionalidade imediata a todas subsidiárias.

Senhor Presidente, para ganharmos tempo e já adiantar que, da mesma forma, em relação às subsidiárias, que é uma autorização genérica, e o empresário, no caso, o Estado atuando como empresário, ele é que poderá ou não criar, fundir, investir, tirar daqui pra ali, entendo que

ADI 5624 MC-REF / DF

ele possa, o Estado, vender todas as suas ações de uma determinada subsidiária; possa investir em outra; numa que ele é majoritário, ele vira minoritário; na outra que ele é minoritário, agora é interessante virar majoritário; ele está nas regras aqui de mercado do Direito privado. O que ele não pode - e aí me parece ser a única limitação - é perder o controle acionário da empresa-mãe, aí nós estamos falando de privatização.

A privatização é regida por lei específica, ou seja, se houve uma lei específica que autorizou a criação, volta ao exemplo Petrobras: autorizou a criação da Petrobras e uma lei genérica para criar ou não subsidiárias. No tocante às subsidiárias, é para manter a saúde financeira empresarial da empresa-mãe, aí, é o administrador, é o Poder Executivo que tem o comando.

O que não pode é desconstituir um ato complexo, a lei complementar que falou qual área de atuação, a lei ordinária específica que criou a Petrobras é por vontade unilateral. Nesse caso, a meu ver, é a única limitação; a única limitação é a venda do controle acionário da empresa-mãe, não das subsidiárias.

Para encerrar, a questão da licitação, que é exatamente o art. 29, XVIII, que prevê uma dispensa de licitação. A ideia traçada - e por isso que avancei um pouco no histórico, na evolução do afastamento da intervenção do Estado no domínio econômico -, a ideia de ser secundário, subsidiário e de aproximar, nessa excepcionalidade, do regime de Direito privado das empresas é para possibilitar não só uma maior concorrência, para não prejudicar as empresas privadas, mas também para dar maior agilidade à empresa pública ou à sociedade de economia mista. Não se pode prejudicar, na concorrência - até porque a livre concorrência é pilar do capitalismo -, as empresas privadas, mas também, já que se criou, já que houve esse consenso entre Legislativo e Executivo para atuação do Estado numa determinada área, essa empresa, no mínimo, deve ser competitiva.

A partir disso - e aqui me parece o ponto essencial que culminou com a edição da Lei 13.303/2016 -, o § 1º do art. 173 da Constituição

ADI 5624 MC-REF / DF

também, diversamente da sua redação originária, a Emenda 19 - vejam que tal Emenda mudou os incisos XIX e XX do art. 37 e mudou o § 1º do art. 173 para adequar, para evoluir a excepcionalidade da intervenção do Estado na economia.

O § 1º do art. 173 estabeleceu todo um condicionamento, a possibilidade de um condicionamento da atuação das empresas públicas, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços. O que condicionou? A um estatuto jurídico por meio de lei ordinária.

O que a Lei 13.303 fez em 2016? O que o Congresso Nacional fez ao editar a Lei 13.303, em 2016, foi cumprir o mandamento constitucional do art. 173, § 1º, estabelecendo um estatuto jurídico. Só que a Constituição, no art. 173, § 1º, deu um cheque em branco para o Congresso Nacional para estabelecer o estatuto jurídico. Estabeleceu alguns preceitos, entre eles: a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, a questão da concorrência - e aqui me parece que o ponto essencial -, e, dentro desse estatuto jurídico, deveria constar a regulamentação da existência de licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, obviamente observados os princípios da administração pública. Ou seja, o art. 173, § 1º, III, ao estabelecer uma lei específica - princípio da especialidade aqui - para disciplinar a licitação e contratos de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; para sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômicas, o art. 173, § 1º, inciso III, excepcionou a aplicação da Lei 8.666. Enquanto não havia Emenda de 98 - a Lei é de 2016 -, aplicar-se-ia a norma geral, só que é uma norma específica, na qual se aplica o princípio da especialidade. No caso de sociedades de economia mista que explorem essa atividade econômica, tem que ter o estatuto jurídico. Entre outros assuntos, regulamentará as licitações. Obviamente que a regulamentação pela Lei 13.303 deve observância, assim como, no geral, a Lei 8.666 também, ao *caput* do art. 37, aos princípios da Administração Pública, e ao inciso XXI do artigo 37,

ADI 5624 MC-REF / DF

um dos preceitos mais importantes para Administração Pública, que traz como regra a licitação, ressalvados casos específicos.

Aqui, o conjunto do *caput* do art. 37 com o inciso XXI e da norma especial do § 1º, inciso III, do art. 173 está direcionando quem deve regulamentar licitação e contratos para sociedades de economia mista que explorem atividade econômica e suas subsidiárias, ou seja, quem deve fazê-lo é o estatuto jurídico previsto no art. 173. Como fez estatuto jurídico? Assim como a Lei 8.666, o Título 2, Capítulo 1, Seção 1, da Lei nº 13.306 previu como regra a licitação e, da mesma forma da Lei nº 8.666, estabeleceu hipóteses excepcionais e dispensa no art. 29 e inexigibilidade no artigo 30. Não inovou no mundo jurídico. A Lei 8.666 adotou o mesmo conteúdo, procedimento, regra: licitação; poucas exceções e dispensa ou inexigibilidade, desde que respeitados os princípios da Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Dessa forma, neste inciso específico, inciso XXVIII, o legislador - a meu ver - nada mais fez do que estabelecer o previsto no art. 17, inciso II, "c" e "d", da Lei 8.666/1993: A possibilidade de dispensa licitatória é para as hipóteses de compra e venda de ações, de títulos de crédito e dívida e de bens que produzam ou comercializem. Levou em conta não só a norma geral da Lei nº 8.666, mas a própria *ratio* do estatuto jurídico estabelecido pelo art. 173 da Constituição: Possibilitar agilidade empresarial. Não se trata aqui - volto a insistir - de privatização da empresa-mãe, mas, sim, de agilidade empresarial para os melhores negócios, inclusive nas subsidiárias, para a manutenção - diria manutenção com saúde empresarial - da própria empresa-mãe. A *ratio* do dispositivo do inciso XVIII do art. 29 decorre diretamente, a meu ver, das próprias alterações realizadas pela Emenda nº 19, realçando a isonomia no tratamento existente entre empresas privadas e públicas, sociedades de economia mista, principalmente quando explore atividade econômica; permitindo o regime jurídico próprio das empresas privadas.

O Supremo Tribunal Federal, na ADI 1.642, da relatoria do Ministro Eros Grau, reconheceu que a sociedade de economia mista, empresas públicas que exploram atividade econômica, em sentido estrito, estão

ADI 5624 MC-REF / DF

sujeitas ao regime das empresas privadas; manteve como regra a obrigatoriedade de licitação e, excepcionalmente, repetiu uma hipótese que já existia na Lei 8.666/1993, mas, no caso específico, o Executivo foi mais protetivo ainda, porque, para essa alienação de que trata o inciso XVIII do artigo 29, o Decreto nº 9.188/17, que regulamentou a Lei 13.303/16 em relação às sociedades de economia mista, estabeleceu um criterioso modelo para essas operações previstas neste inciso XVIII do artigo 29, que vêm sendo chamadas de desinvestimento - compra e venda de títulos, aplicações. Mesmo a lei estabelecendo - e a meu ver aqui não houve nenhum desvio de finalidade, porque já havia antes esta possibilidade - a dispensa licitatória, o decreto, ao regulamentar essas operações de desinvestimento, trouxe para dentro do próprio texto normativo as conclusões do Tribunal de Contas da União no Acórdão 442/17. Ou seja, ainda que o inciso XVIII do artigo 29 da lei estabeleça uma hipótese excepcional de dispensa licitatória - e, a meu ver, com base correta nos arts. 173, § 1º, e 37, XXI -, o Decreto 9.188/17, ao regulamentar, exigiu a necessidade de um procedimento. Então, mesmo nessa hipótese de ser dispensada a licitação, para evitar favorecimentos, para evitar prejuízo ao Poder Público, para evitar pessoalidade, direcionamento, o Decreto exige o que o Tribunal de Contas entendeu necessário no acórdão citado, ou seja, exigiu o procedimento de várias fases.

São várias fases nos artigos 17, 21, 24, 31, 35 e 36 do Decreto, que começa - e visa o procedimento dar efetividade aos princípios - com a preparação, consulta de interesses, apresentação de propostas preliminares, apresentação de propostas firmes, como chama o Decreto, negociação e resultado e assinatura do contrato. Por que isso? Porque o inciso III do § 1º do artigo 173, apesar de permitir que uma lei especial - específica no sentido aqui de tratar das empresas públicas - disciplina a licitação sempre como regra e, excepcionalmente, a dispensa. Mesmo no caso específico que nós estamos tratando, de dispensa, houve por bem o Executivo, ao regulamentar a lei, estabelecer algumas etapas para evitar qualquer violação aos princípios da administração.

ADI 5624 MC-REF / DF

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Ministro, mais uma pequena observação. Nós não entramos nos detalhes e não estamos discutindo na ação direta de inconstitucionalidade, que é uma ação objetiva, a legislação infraconstitucional, mas eu acho que Vossa Excelência está adiantando um debate muito importante. A única diferença que eu teria com Vossa Excelência no que diz respeito a isso é que me parece que, quando o Governo anterior, que acaba de sair, editou o Decreto 9.188/17, que faz a regulamentação dessa licitação, digamos assim, “especial”, ele faz menção aos arts. 28, § 3º, II, e 29, *caput*, XVIII, da Lei 13.303/16, que é justamente a lei das estatais que nós estamos discutindo. Eu não consigo ver, com todo respeito, a partir da leitura desses arts. 28, § 3º, e 29, onde é que estaria autorização, no caso da venda de subsidiárias e controladas, mediante um procedimento licitatório mais flexibilizado ou especial, se Vossa Excelência assim o quiser, porque ele diz o seguinte:

“Art. 28. [...]

[...]

§ 3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:

[...]

II - nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo”.

Quer dizer, há uma série de condicionantes aqui. Em primeiro lugar, eu tenho dificuldade em entender que “o parceiro” aqui seja uma subsidiária ou uma controlada. Parceiro é um terceiro que existe no mercado que, por conveniência e oportunidade, pode eventualmente se associar a uma estatal. Depois, aqui também diz o inciso II que tem sempre que estar “justificada a inviabilidade do procedimento competitivo”.

De maneira que, enfim, eu reconheço que o argumento de Vossa Excelência é muito consistente. Não é a oportunidade agora, penso eu;

ADI 5624 MC-REF / DF

mas, se nós depois mergulharmos, com maior verticalidade no Decreto 9.188 e no apoio que, pretensamente, a Lei das Estatais dá a esse decreto, veremos que as bases são um pouco, *data venia*, inconsistentes.

Desculpe, Ministro; é importante! Vossa Excelência é um acadêmico e está acostumado com essa problematização.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Alexandre de Moraes, só uma observação, também, de nível acadêmico para Vossa Excelência especular: há determinados institutos que são tratados por uma lei geral e por uma lei especial. A Lei das Estatais é posterior à Lei 8.666. Então, a regra é a licitação. Mas uma lei posterior especial convive com a lei geral. É o que estabelece a regra de supradireito, que hoje está prevista na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Então a Lei de Licitações estabelece ali aquelas obrigatoriedades e casos de dispensa e inexigibilidade. Já a Lei das Estatais veio, exatamente, para emprestar maior flexibilidade da atuação das estatais no mercado, em que ela também pode competir. A Petrobras é uma empresa competidora. É claro que ela está completamente sucateada por um projeto que, evidentemente, não poderia dar certo. Mas a lei especial é clara:

"Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:

(...)

XVIII - na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem."

Então, ela própria, como lei especial que convive com a lei geral, trouxe um tratamento específico para as empresas estatais, com esse novel estatuto.

Eu pergunto a Vossa Excelência: Vossa Excelência não acha que nós estamos diante daquela questão relativa ao concurso aparente de normas, que se resolve pela lei especial, convivendo com a lei geral, sem nenhuma antinomia?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Sim, exato, Ministro Luiz Fux. Foi a que eu me referi anteriormente. A meu ver, o § 1º

ADI 5624 MC-REF / DF

do art. 173, ao ser editada a Lei 13.303/2016, o Estatuto Jurídico das Empresas Públicas, retirou a disciplina "Licitação e Contratos", nos casos de empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações, da Lei 8.666/1993. Porque, expressamente, o inciso III do § 1º do art. 173 do Estatuto, agora como lei especial, como Vossa Excelência se referiu, manda legislar sobre isso.

O mais interessante é que, nesse aspecto do inciso XVIII, a lei especial repete o que a lei geral já permitia: a compra e venda de ações.

Em relação, Ministro Ricardo Lewandowski, à venda de subsidiárias, a que Vossa Excelência se referiu, na verdade, ao autorizar, com dispensa licitatória, compra e venda de ações, obviamente, pode se vender suas ações se não interessa mais essa subsidiária.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Perdão, Ministro. Eu me detive, com muita profundidade, nesse inciso XVIII, ao qual Vossa Excelência está se referindo, só que aqui é preciso complementar: "na compra e venda de ações de títulos de créditos da dívida e de bens que produzam ou comercializem". Em nenhum momento se fala de subsidiárias e controladas. Aqui há aquela venda daquela produção ou da participação que as empresas públicas, de economia mista têm em outras entidades privadas de caráter eventual.

Mas eu não consigo - talvez essa seja a principal -, mas isso será objeto de discussão depois. Eu não vejo onde, nesse estatuto das estatais - que eu reconheço que é um estatuto das estatais, que é uma lei benfazeja, como eu disse, que procurou regulamentar esse enorme oceano de normas que dizem respeito a esse tipo de empresas -, eu não consigo extrair, nem do art. 28, § 3º, II, nem do § 4º e, muito menos, do art. 29, XVIII, qualquer autorização para dispensa de licitação no caso de subsidiárias e controladas. Talvez seja uma leitura equivocada que eu esteja fazendo, mas eu estou entendendo, *data venia*, em uma primeira análise - mas vou ouvir os Colegas -, que esse Decreto 9.188 extrapolou a legislação pertinente, ou seja, o Estatuto das Estatais. Ele, digamos assim, alargou um pouquinho essa autorização que, aparentemente, consta desta Lei aqui, 13.303. Mas talvez seja uma primeira impressão, vou ouvir os

ADI 5624 MC-REF / DF

Colegas porque não entrei neste mérito ainda.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Eu entrei nessas questões, Ministro Ricardo, porque Vossa Excelência, ao analisar o art. 29, XVIII, ao conceder a liminar, colocou essas duas condicionantes: a venda de ações de empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias ou controladas exige autorização legislativa, bem como prévia licitação, dispensada esta quando a alienação não implica a perda do seu controle acionário. É exatamente por isso, partindo dessa premissa.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Perfeito, acho legítimo e válido, mas essa é uma discussão que nós vamos travar, talvez, na discussão ou no debate acerca da reclamação. Mas eu entendo que Vossa Excelência, em reforço à sua douta argumentação, está buscando amparo na legislação ordinária que trata da matéria. Eu apenas não sei se a autorização que consta da Lei 13.303 é tão dilargada assim. Eu suponho, ousou supor, imaginar, que o Decreto 9.188/2017 extravasou um pouco os lindes desta lei, mas isso veremos depois.

Obrigado, Ministro, desculpe a insistência nos apartes.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Eu que agradeço.

Presidente, concluindo, a Lei 13.303/2016, a meu ver, não trata, em momento algum, de privatização. Ela não está permitindo privatização. Há uma lei específica para isso. O Advogado-Geral da União, Dr. André, que fez sustentação oral e distribuiu Memoriais, bem fez essa diferenciação entre o desinvestimento e a questão da desestatização e da privatização. A Lei 13.303/2016 trata de atividade gerencial, de modo que não me parece que seja exigível autorização legislativa específica para que sejam vendidas ações das subsidiárias ou controladas. Suponhamos que amanhã seja preciso vender uma parte das ações para investir numa outra área do pré-sal e se exigirá autorização legislativa. Diante disso, o Congresso vai ponderar que sequer foi dada autorização legislativa para você comprar essas ações ou para ter essa subsidiária. Ou seja, não há

ADI 5624 MC-REF / DF

essa necessidade. Obviamente, se estivéssemos falando da perda do controle acionário da empresa-mãe, isso significaria privatização, o que não é regulamentado pela Lei 13.303/2016, muito menos pelo art. 29, XVIII.

Dessa maneira, pedindo todas as vênias ao eminente Ministro Ricardo Lewandowski, juntarei voto escrito voto no sentido de não referendar a concessão da medida cautelar, pois considero que a Lei 13.303/2016 não trata da eventual privatização, e uma sinalização do Supremo Tribunal Federal de que ela se aplica também à privatização poderia mais complicar do que auxiliar. Ressalvo, porém, que não me oponho, eventualmente, a dizer que o que exige prévia autorização legislativa é a perda do controle acionário da empresa-mãe. Mas disso a Lei 13.303/2016 não trata.

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 5.624 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
REQTE.(S) : **FEDERAÇÃO NACIONAL DAS ASSOCIAÇÕES DO
PESSOAL DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL -
FENAEE**
REQTE.(S) : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS
TRABALHADORES DO RAMO FINANCEIRO -
CONTRAF/CUT**
ADV.(A/S) : **LUIZ ANTÔNIO VIUDES CALHÃO FILHO E
OUTRO(A/S)**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
INTDO.(A/S) : **CONGRESSO NACIONAL**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Trata-se de Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas por entidades diversas em face de dispositivos da Lei Federal 13.303/2016, norma que “*dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*”.

A ADI 5.624, proposta pela Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal, FENAEE, e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro, CONTRAF/CUT, questiona integralmente a constitucionalidade da Lei 13.303/2016, mas de modo especial os artigos 7º, 16, 17, 22 e 25, por fundamentos que seriam essencialmente os seguintes: (a) a norma estabeleceria restrições e limitações ao exercício da prerrogativa do Chefe do Poder Executivo e dos Ministros de Estado para o exercício da direção superior da Administração Pública; (b) o estatuto editado ofenderia o art. 173, § 1º, da CF, ao pretender alcançar a totalidade das empresas estatais, mesmo aquelas que prestam serviços públicos ou estão sujeitas a regime de monopólio da União; (c) haveria desrespeito à autonomia dos entes

ADI 5624 MC-REF / DF

subnacionais (pacto federativo); (d) certas vedações à investidura em cargos do Conselho de Administração (art. 17, § 2º, I e III) seriam irrazoáveis e discriminatórias; (e) a Lei 13.303/2016 teria imposto regras mais restritivas às empresas estatais em comparação às normas vigentes para as empresas privadas.

A ADI 5.846, proposta pelo Partido Comunista do Brasil, impugna especificamente o art. 29, XVIII, da Lei 13.303/2016, e, por arrastamento, dispositivos do Decreto 9.188/2017, que o regulamenta. Argumenta que a alienação do controle acionário de empresas estatais, subsidiárias e controladas dependeria de prévia autorização legislativa, além de não prescindir de procedimento licitatório (art. 37, XIX, XX e XI, da CF).

A ADI 5.924 foi ajuizada pelo Governador do Estado de Minas Gerais para impugnar os arts. 5º ao 26 (disposições sobre governança corporativa) e os arts. 28 ao 84 (regras sobre licitações e contratos), todos da Lei 13.303/2016. Alega essencialmente que: (a) haveria violação à autonomia dos entes federativos; (b) ocorreria violação da reserva de iniciativa do chefe do Poder Executivo para propositura de leis sobre organização e funcionamento desse Poder; (c) as regras sobre investidura em cargos do Conselho de Administração e Diretorias (além da criação dos órgãos de auditoria interna) seriam irrazoáveis e estariam em conflito com o Código Civil e a Lei das Sociedades Anônimas; (d) o alcance da Lei 13.303/2016 às empresas prestadoras de serviços públicos violaria o art. 173, § 1º, da CF, pois a União não teria competência para legislar sobre o estatuto das empresas estatais pertencentes aos demais entes federativos; (e) não haveria isonomia com as normas vigentes para as empresas privadas, em ofensa ao art. 173, § 1º, II, da CF.

Por fim, a ADI 6.029, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro, veicula impugnação a dispositivos do Decreto 8.945/2016, que regulamenta certos aspectos da Lei 13.303/2016, entre os quais a possibilidade de alteração dos estatutos sociais das empresas estatais por ato da Assembleia-Geral. A entidade alega que o estatuto social da Caixa Econômica Federal somente poderia ser alterado por decreto do Presidente da República, conforme preconiza o Decreto-lei

ADI 5624 MC-REF / DF

759/1969, recepcionado pela CF/88 como lei complementar. Argumenta também que a Lei 13.303/2016 seria formalmente inconstitucional no que diz respeito à CEF, pois, sendo esta integrante do sistema financeiro nacional, sua regulamentação dependeria de lei complementar (art. 192 da CF).

Em todas essas ações diretas, há pedido de medida cautelar para determinar a suspensão dos mencionados dispositivos da Lei 13.303/2016 e atos regulamentares correlatos.

O eminente Relator, Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, determinou a tramitação conjunta dessas ações e proferiu decisão monocrática nos autos da ADI 5.624 para conceder medida cautelar para restringir a eficácia do art. 29, *caput* e inciso XVIII, da Lei 13.303/2016, delimitando: (a) que a venda de ações de empresas públicas, sociedades de economia mista (e empresas subsidiárias ou controladas) depende de prévia autorização legislativa, sempre que se cuide de alienar controle acionário; e (b) que a venda de ações em bolsa, com dispensa de licitação, não pode ocorrer quando implicar perda do controle acionário.

Essa é decisão ora submetida a referendo por este Plenário.

É o breve relato.

I) EXPLORAÇÃO DIRETA DA ATIVIDADE ECONÔMICA PELO ESTADO – EXCEPCIONALIDADE.

O prevalecimento das ideias liberais, a partir da Revolução Francesa, trouxe o afastamento da intervenção do Estado na economia, com a consagração das ideias de ADAM SMITH (1776), de atuação específica em atividades essenciais, tais como o dever de proteger a sociedade da violência e da invasão, o dever de proteger cada membro da sociedade da injustiça e da opressão de qualquer outro membro, e o dever de praticar e manter determinadas políticas públicas quando necessárias.

O Estado, entretanto, não deixou em nenhum momento de se abster por completo de intervir na ordem econômica, em maior ou menor grau.

ADI 5624 MC-REF / DF

No século XIX, o manifesto comunista de KARL MARX passou a embasar teoricamente o movimento dos trabalhadores e, juntamente com os reflexos do cartismo na Inglaterra e a Comuna de 1871, na França, passaram a minar as até então sólidas bases do Estado Liberal, exigindo-se maior intervenção estatal. A partir da Constituição de Weimar (1919), que serviu de modelo para inúmeras outras constituições do primeiro pós-guerra, e, apesar de ser tecnicamente uma constituição consagradora de uma democracia liberal, houve a crescente constitucionalização do Estado Social de Direito, com a consagração em seu texto dos direitos sociais e econômicos e a previsão de aplicação e realização por parte das instituições encarregadas dessa missão. A constitucionalização do Estado Social consubstanciou-se na importante intenção de converter em direito positivo várias aspirações sociais, elevadas à categoria de princípios constitucionais protegidos pelas garantias do Estado de Direito.

O aumento da intervenção estatal na economia e, conseqüentemente, a necessidade de sua maior regulamentação, por pressão da corrente política social-democrata nas diversas Assembleias Constituintes, gerou a existência de previsões expressas em várias constituições, gerando a denominada Constituição Econômica.

Tratou-se, portanto, em um primeiro momento, da inclusão de conteúdo predominantemente programático nos textos constitucionais, complementando o constitucionalismo nascido com o Estado Liberal de Direito com normas relativas aos direitos sociais e econômicos (EROS ROBERTO GRAU. O Direito: sua formação e os fatos econômicos. *Justitia – Órgão do Ministério Público de São Paulo*, n.86, p. 119 e ss.).

As constituições passaram a contar com normas programáticas político-sociais, além do tradicional estatuto político, contendo os princípios e normas sobre a ordenação social, os fundamentos das relações entre pessoas e grupos e as formas de participação da comunidade, inclusive no processo produtivo.

Essa tendência foi seguida pelo Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira – Capítulo I – Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica – a partir do art. 170 da Constituição Federal, que consagra a chamada

ADI 5624 MC-REF / DF

constituição econômica, que, sendo o “conjunto de preceitos e instituições jurídicas, garantidos os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica”, como nos ensina VITAL MOREIRA (*Economia e Constituição*. Coimbra, 1974).

A opção da Assembleia Nacional constituinte, no tocante à ordem econômica na Constituição de 1988, em seus artigos 170 e seguintes, foi pelo modelo capitalista de produção, também conhecido como economia de mercado (art. 219), cujo coração é a livre iniciativa (LUÍS AFONSO HECK. *Hermenêutica da constituição econômica*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 29, n.113, p. 415, jan./mar. 1992; RAUL MACHADO HORTA. *Constituição e ordem econômica e financeira*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 28, n. 111, p. 5, jul./set. 1991; VITAL MOREIRA. *Economia e constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974; DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO. *O Estado e a economia na Constituição de 1988*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 26, n.102, p. 5, abr./jun. 1989; WALTER RODRIGUES DA SILVA FILHO. *Constituição econômica*. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, n.11, p. 209, abr./jun. 1995; WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA. *A experiência brasileira de Constituição Econômica*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 26, n.102, p. 21, abr./jun. 1989).

Observe-se, porém, que a análise dos quatro princípios da ordem econômica previstos no *caput* do citado art. 170 – valorização do trabalho humano, livre iniciativa, existência digna, conformidade com os ditames da Justiça social – aponta no sentido da possibilidade do intervir na economia.

O sistema capitalista brasileiro encontra-se, no dizer de CELSO BASTOS (*Comentários à Constituição do Brasil*. v.7), “temperado por graus diversos de intervenção do Estado, o que tem levado alguns autores a falarem na existência de uma forma de economia mista”. Tal constatação levou RAUL

ADI 5624 MC-REF / DF

MACHADO HORTA a afirmar que, no texto constitucional, a ordem econômica está *“impregnada de princípios e soluções contraditórias. Ora reflete no rumo do capitalismo neoliberal, consagrando os valores fundamentais desse sistema, ora avança no sentido do intervencionismo sistemático e do dirigismo planificador, com elementos socializadores”* (A Constituição brasileira de 1988 – *Interpretações*).

Não há dúvidas, entretanto, de que o texto constitucional de 1988, reforçado pelas Emendas Constitucionais 6/1995 e 19/1998, portanto, privilegiou uma economia descentralizada, de mercado, sujeita à forte atuação do Estado, de caráter normativo e regulador, permitindo, excepcionalmente, que o Estado explore diretamente atividade econômica quando necessário aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR. Regulamentação da ordem econômica. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, n.18, p. 95, jan./mar. 1997; Dinorá Adelaide MUNETTI GROTTI. Intervenção do estado na economia. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, n. 15, p. 73, abr./jun. 1996; Roberto Moreira de ALMEIDA. A Constituição de 1988 e a intervenção estatal no domínio econômico. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 34, n.135, p. 77, jul./set. 1997; MIRCEA BUESCU. A ordem econômica nas Constituições da República. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 23, n.91, p. 153, jul./set. 1986; MILTON CARDOSO FERREIRA DE SOUZA. A ordem econômica na Constituição de 1988. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, n.6, p. 111, jan./mar. 1994).

Apesar da crescente intervenção do Estado na atividade econômica, que acarretou o desenvolvimento das *empresas públicas*, a opção de atuação excepcional e subsidiária do Estado na ordem econômica foi expressamente consagrada no artigo 173 do texto constitucional, ao prever que, *“ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou o relevante interesse coletivo, conforme*

ADI 5624 MC-REF / DF

definidos em lei” (TOSHIO MUKAI. Perfil constitucional das empresas estatais – Privatização – Terceirização. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, .3, p. 223, abr./jun. 1993; MAURO RODRIGUES PENTEADO. As sociedades de economia mista e as empresas estatais perante a Constituição de 1988. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, ano 26, n.102, p. 49, abr./jun. 1989; JOSÉ RAYMUNDO GOMES DA CRUZ. Sociedades de economia mista. Justitia – Órgão do Ministério Público de São Paulo, n. 82, p. 141; ALVACIR ALFREDO NICZ. A igualdade entre as empresas públicas e as empresas privadas na Constituição. 1989. Tese de Doutorado – Fadusp, São Paulo; HERALDO GARCIA VITTA. Empresas públicas e sociedades de economia mista em face do art. 173 da Constituição. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo: Malheiros, n.10, p. 203, 1995), permitindo, inclusive, a conclusão de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, de que “ao Estado cabe na ordem econômica posição secundária, conquanto importante, já que sua ação deve rege-se pelo princípio da subsidiariedade”.

II) ANÁLISE DA NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA.

A REGRA CONSTITUCIONAL, portanto, é a não exploração diretamente de atividade econômica pelo Estado. A EXCEÇÃO somente será possível quando necessário aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, cuja análise depende da somatória de vontades dos Poderes Executivo e Legislativo.

Explico.

A EC 19/1998, alterando a redação original do inciso XIX do art. 37, estabeleceu que somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação.

A EC 19/98, apesar de manter a necessidade de prévia edição de lei,

ADI 5624 MC-REF / DF

para constituição de empresas públicas, sociedades de economia mista, autarquias e fundações, inovou em sua regulamentação.

Dessa forma, em relação às autarquias, a Constituição Federal permanece exigindo a edição de lei ordinária específica para sua *criação*. No entanto, em relação às empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, a EC 19/98 não mais exige a edição de lei específica que as criasse. Essa exigência foi substituída por dois requisitos:

i) Edição de lei ordinária específica autorizando a *instituição* de empresa pública, sociedade de economia mista e fundação;

ii) Edição de lei complementar que defina a área de atuação da empresa pública, sociedade de economia mista e fundação. Esse requisito, porém, deve ser interpretado em consonância com o art. 173 da Constituição Federal, cuja previsão traz que, ressalvados os casos previstos na Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO aponta que

“a EC nº 19 corrigiu uma falha do artigo 37, XIX, da Constituição, que exigia lei específica para a criação de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia e fundação. O dispositivo era criticado porque, em se tratando de entidades de direito privado, como a sociedade de economia mista, a empresa pública e a fundação, a lei não cria a entidade, tal como o faz com a autarquia, mas apenas autoriza a criação, que se processa por atos constitutivos do Poder Executivo e transcrição no Registro Público. Com a nova redação, a distinção foi feita” (*Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 332).

A Constituição Federal, portanto, adotou o *princípio da especialidade*

ADI 5624 MC-REF / DF

no tocante às entidades integrantes da Administração Pública indireta e dotadas de personalidade jurídica de direito público ou privado, criadas com o objetivo de prestação de serviços públicos ou exploração de atividade econômica.

A Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XIX, determina que somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação.

Dessa forma, no caso das autarquias, a incidência do princípio da especialidade impedirá o afastamento, no exercício de suas atividades, das finalidades e dos objetivos determinados na lei de sua criação, enquanto na hipótese das empresas públicas, das sociedades de economia mista e das fundações, a especialidade refere-se à obrigatoriedade de obediência às áreas de atuação fixadas pela lei complementar a que se refere o inciso XIX do art. 37, e a suas finalidades previstas na lei que autorizará sua instituição (STF – Pleno – ADIN 1.840/DF – Medida cautelar – Rel. Min. CARLOS VELLOSO. Decisão: 25/6/1998. *Informativo STF* n.116).

Porém, enquanto compete ao Congresso Nacional autorizar ao Poder Executivo, por meio de lei específica, a criação de empresa pública e sociedade de economia mista, a Constituição prevê a possibilidade de autorização legislativa genérica para a criação de subsidiárias, nos exatos termos dos incisos XIX e XX do artigo 37 da Constituição Federal:

“XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada”.

ADI 5624 MC-REF / DF

A redação dada pela EC 19/98 é essencial para a análise da ADI, pois não é a lei que criará diretamente as entidades, mas há, sim, exigência constitucional expressa de lei autorizativa específica para a criação de sociedade de economia mista, e autorização legislativa genérica para a criação de suas subsidiárias.

Ao Executivo compete concretizar sua criação, por meio de atos constitutivos e transcrição no Registro Público, administrá-la e geri-la financeira e empresarialmente.

Ressalte-se, inclusive, que se, no hiato compreendido entre a iniciativa de lei do Chefe do Poder Executivo solicitando autorização congressional para criação de uma sociedade de economia mista e sua efetiva concretização, houver modificação de posicionamento do Presidente da República quanto à necessidade de intervenção estatal naquela área econômica, não estará obrigado a instituí-la, mesmo tendo o Congresso Nacional aprovado a lei autorizativa.

Em outras palavras, o Executivo não pode criar sociedade de economia mista, nem suas subsidiárias, sem lei autorizativa do Congresso Nacional; mas é ele quem, uma vez concedida a autorização congressional, decide se irá efetivar ou não a criação da sociedade de economia mista, bem como decide, durante a gestão da empresa criada, se haverá ou não necessidade de maior ou menor número de subsidiárias.

Esse entendimento foi consagrado pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, inclusive no tocante à Petrobras e suas subsidiárias, ao definir que:

“Lei nº 9.478/97. Artigos 64 e 65: Autorização à Petrobrás para constituir subsidiárias, que poderão associar-se. Majoritária ou minoritariamente, a outras empresas. Ofensa aos arts. 2º, 37, XIX e XX da Constituição Federal. Alegação improcedente. Cautelar indeferida. Dispensa-se de autorização legislativa a criação de empresas públicas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz. A lei criadora é a própria medida autorizadora. Os artigos 64 e 65 da Lei nº 9.478, de 6 de

ADI 5624 MC-REF / DF

agosto de 1977, não são inconstitucionais. Instituída a sociedade de economia mista (CF, art. 37, XIX) e delegada à lei que a criou permissão para a constituição de subsidiárias, as quais poderão majoritária ou minoritariamente associar-se a outras empresas, o requisito da autorização legislativa (CF, art. 37, XX) acha-se cumprido, não sendo necessária a edição de lei especial para cada caso. A Constituição Federal ao referir-se à expressão autorização legislativa, em cada caso, o faz relativamente a um conjunto de temas, dentro de um mesmo setor. A autorização legislativa, na espécie, abrange o setor energético resultante da política nacional do petróleo definida pela Lei 9.478/97. Inexistência de violação aos incisos XIX e XX do art. 37 e ao art. 2º da Carta Federal” (STF – Pleno – Adin 1.649-1/DF – Medida liminar – Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 set. 2000, p. 4).

A generalidade da autorização legislativa exigida pelo inciso XX do artigo 37 da CF para criação de subsidiárias, que, inclusive, pode ser concedida na própria lei específica que autorizou a criação da sociedade de economia mista, tem por finalidade garantir a discricionariedade dos atos de gestão empresarial para o melhor alcance das finalidades precípuas da “Empresa-mãe”.

O Poder Executivo sempre deverá observar eventuais limitações expressas constantes na autorização legislativa genérica concedida pelo Congresso Nacional, nos termos do inciso XX do artigo 37 da CF, para criação de subsidiárias, mas não pode ser privado da competência para dispor sobre a organização e o funcionamento da administração, como apontei no julgamento da ADI 1.703, de minha relatoria (Pleno, julgamento em 8/11/2017).

Na hipótese da Lei 9.478/1997, foi exatamente o que ocorreu, pois, nos termos do artigo 64, houve autorização legislativa genérica para constituição de subsidiárias e a previsão de uma única limitação condicionante:

“Art. 64. Para o estrito cumprimento de atividades de seu

ADI 5624 MC-REF / DF

objeto social que integrem a indústria do petróleo, fica a PETROBRAS autorizada a constituir subsidiárias, as quais poderão associar-se, majoritariamente ou minoritariamente a outras empresas”.

O Congresso Nacional, nos exatos termos do inciso XX do artigo 37 do texto constitucional, concedeu a necessária autorização legislativa para que o Poder Executivo organizasse empresarialmente a PETROBRAS, para que pudesse cumprir suas atividades estipuladas em seu objeto social.

A autorização legislativa não criou ou autorizou especificamente a criação da subsidiária “A” ou “B”; não obrigou qualquer criação; mas, sim, permitiu que o Executivo, em atos de gestão empresarial, analisasse essa possibilidade, que, se concretizada, deveria vincular-se a uma única exigência congressual: *respeitar a finalidade de cumprir as atividades de seu objeto social*.

Inexiste lei específica para a criação das subsidiárias X ou Y. Elas foram criadas pelo Poder Executivo com base na autorização legislativa, em regra, genérica do artigo 64, para garantir a melhor execução das atividades da PETROBRAS.

O Poder Executivo, mesmo com base na autorização legislativa prevista no artigo 64 da Lei 9.478/1997, poderia ter optado por não criar nenhuma outra empresa; ou criá-las todas com associação majoritária em relação a outras empresas (subsidiárias); ou, ainda, com associação minoritária (empresas privadas), pois o Congresso Nacional concedeu essa possibilidade, repita-se, desde que a efetiva criação estivesse direcionada ao “estrito cumprimento de atividades do objeto social da PETROBRAS”.

O Poder Executivo, com base nessa mesma autorização legislativa, pode entender que a dinâmica empresarial de mercado foi alterada e que novas subsidiárias precisam ser criadas, assim como pode entender que, em antigas subsidiárias, há a necessidade de alienações societárias, com ou sem perda de controle acionário, pois não estariam mais cumprindo sua finalidade legal, qual seja, auxiliar o efetivo cumprimento de

ADI 5624 MC-REF / DF

atividades do objeto social da PETROBRAS que integrem a indústria do Petróleo.

Ao autorizar legislativamente a criação da “Empresa-mãe” (Sociedade de economia mista), com base no inciso XIX do artigo 37 da CF, e, genericamente, criações de subsidiárias, com base no inciso XX do referido artigo, o Congresso Nacional pautou-se por conceder importantes instrumentos gerenciais para garantir o sucesso da principal empresa.

A inexistência de expressa proibição ou limitação de alienação societária em relação à autorização legislativa genérica para a criação de subsidiárias corresponde à concessão, pelo Congresso Nacional ao Poder Executivo, de um importante instrumento de gestão empresarial, para garantir a eficiência e eficácia da Sociedade de Economia Mista (“Empresa-mãe”) no cumprimento de suas finalidades societárias.

Há uma limitação que se refere tão somente à autorização legislativa específica prevista no inciso XIX do artigo 37 da Constituição Federal, para criação da Sociedade de Economia Mista (“Empresa-mãe”), a saber: a mesma previsão de “*lei formal específica*” para autorizar a criação é exigida para a alienação de seu controle acionário, conforme, inclusive, salientei no já citado julgamento da ADI 1703, de minha relatoria (Pleno, julgamento em 8/11/2017).

Dessa maneira, entendo que não há necessidade de prévia e específica autorização legislativa para a alienação do controle acionário das sociedades de economia mista e suas subsidiárias ou controladas, salvo na hipótese de alienação do controle acionário de Sociedade de Economia Mista (“Empresa-mãe”) criada por “*lei formal específica*”, nos termos do inciso XIX do artigo 37 da CF.

III) QUESTÃO DA OBRIGATORIEDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO:

A posição secundária e subsidiária do estado na ordem econômica reforçada pela EC 19/1998 estabeleceu, no § 1º do artigo 173,

ADI 5624 MC-REF / DF

diferentemente de sua redação original, o condicionamento da atuação das empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços a específico “*estatuto jurídico*” editado pelo Congresso Nacional, por meio de lei ordinária e com o imperativo constitucional de sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, estabelecendo, igualmente, como regra, nos termos da Constituição Federal, a exigência de licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da Administração Pública.

Observe-se, portanto, que, ao determinar a edição de “*Estatuto Jurídico*” próprio para o condicionamento das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, inclusive no tocante à licitação e contratação, a Constituição Federal, expressamente, estabeleceu a possibilidade de edição de norma especial em relação à Lei 8.666/1993, genérica.

Obviamente, o “*Estatuto Jurídico*” previsto pelo § 1º do artigo 173 da CF subordina-se a todos os princípios da Administração Pública consagrados no *caput* do artigo 37 e aos preceitos e normas de seus diversos incisos, entre os quais o estabelecido no inciso XXI:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Dessa maneira, a conjugação do §1º do artigo 173 com o inciso XXI, do artigo 37, ambos da Constituição Federal, estabelece que *a lei definidora do Estatuto Jurídico poderá estabelecer casos específicos de dispensa ou*

ADI 5624 MC-REF / DF

inexigibilidade licitatória.

O *Estatuto Jurídico* da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, foi consubstanciado pelo Congresso Nacional pela edição da Lei 13.306/2016, que, em seu Título II, Capítulo I, Seção I, regulamentou, como regra, a obrigatoriedade licitatória, bem como as hipóteses excepcionais de dispensa (artigo 29) e inexigibilidade (artigo 30) de licitação.

A Lei 13.303/2016 respeitou, integralmente, o comando constitucional do art. 37, XXI, no tocante à exigência de licitação.

O legislador constituinte, com a finalidade de preservação dos princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade, probidade e da própria iletividade do patrimônio público, determinou, na referida norma constitucional, a regra da obrigatoriedade da licitação.

Enquanto os particulares desfrutam de ampla liberdade na contratação de obras e serviços, a Administração Pública, em todos os seus níveis, para fazê-lo, precisa observar, como regra, um procedimento preliminar determinado e balizado na conformidade da legislação. Em decorrência dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e probidade administrativa, os contratos que envolvem responsabilidade do erário público necessitam adotar a licitação, sob pena de invalidade, ou seja, devem obedecê-la com rigorosa formalística como precedente necessário a todos os contratos da administração, visando a proporcionar-lhe a proposta mais vantajosa e a dar oportunidade a todos de oferecerem seus serviços ou mercadorias aos órgãos estatais, assegurando, assim, sua licitude. A participação da Administração Pública no pacto contratual compromete a *res pública*, devendo, portanto, sua conduta pautar-se pelos imperativos constitucionais e legais, bem como pela mais absoluta e cristalina transparência.

Ora, o administrador público deve pautar-se em suas condutas na Constituição e nas leis, para garantir o princípio da legalidade e o da igualdade de possibilidades de contratar com o Poder Público. Dessa

ADI 5624 MC-REF / DF

forma, exigível sempre é a realização do procedimento licitatório, com o fim de afastar o arbítrio e o favorecimento.

Consoante esta interpretação, em regra, qualquer contratação, sem prévia e necessária licitação, não só desrespeita o princípio da *legalidade*, como vai mais além, pois demonstra *favoritismo* do Poder Público em contratar com determinada empresa, em detrimento de todas as demais, que nem ao menos tiveram oportunidade de oferecimento de propostas e verificação de condições, em frontal desrespeito ao princípio constitucional da *igualdade* (art. 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal).

O próprio texto constitucional, entretanto, de maneira excepcional, autorizou que a legislação estabelecesse hipóteses de ausência de licitação.

Ora, se a Constituição exige como regra a licitação e, excepcionalmente, admite que a lei defina os casos em que esta poderá ser afastada, claro está que o legislador constituinte propugnou na norma constitucional uma interpretação absolutamente *restrita* e *taxativa* das hipóteses infraconstitucionais de dispensa e inexigibilidade do certame licitatório, em respeito ao caráter finalístico da norma constitucional.

Esse objetivo, em relação à norma existente no art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, é obrigar o Poder Público a licitar, sempre que houver possibilidade de concorrência e de escolha da melhor e mais vantajosa oferta ao Poder Público, sem prejuízo ao interesse público.

A exegese constitucional indica que, havendo possibilidade de concorrência, sem prejuízo ao interesse público, deverá haver licitação, e somente excepcionalmente a dispensa ou a inexigibilidade previstas na legislação ordinária deverão ser aplicadas.

O objetivo colimado pela Constituição Federal está na previsão de que a regra geral é a da obrigatoriedade de se realizar o procedimento licitatório.

No entanto, o próprio dispositivo constitucional que estatui essa obrigatoriedade (art. 37, inc. XXI, anteriormente citado) reconhece a existência de exceções à regra de licitar ao efetuar a ressalva dos casos

ADI 5624 MC-REF / DF

especificados na legislação. Dessa maneira, o legislador constituinte, ao fazer essa ressalva, admitiu a possibilidade de existirem casos em que a licitação poderá deixar de ser realizada, autorizando, assim, a Administração Pública a celebrar contratações diretas. Tais situações, contudo, configuram exceções à regra geral, sendo as hipóteses de dispensa e inexigibilidade.

Uma das hipóteses excepcionais previstas no *Estatuto Jurídico* da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, está prevista no inciso XVIII:

Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:

XVIII - na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem.

A *ratio* desse dispositivo decorre diretamente das alterações realizadas pela EC 19/98, que realçou a isonomia de tratamento existente entre empresas privadas e empresas públicas, sociedade de economia mista e suas subsidiárias, mesmo em relação a estas quando explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços, com a finalidade de evitar que a intervenção estatal na ordem econômica gerasse inadmissível concorrência desleal do Estado em relação ao particular, permitindo, ainda, que o regime jurídico próprio das empresas privadas possibilitasse maior eficiência gerencial às sociedades de economia mista e suas subsidiárias. Exatamente nesse sentido, conforme já decidido por esta CORTE, "*as sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no § 1º do art. 173 da Constituição do Brasil, ao regime jurídico próprio das empresas privadas*" (ADI 1.642, Rel. Min. EROS GRAU, j. em 3/ 4/2008, Plenário, DJe de 19/9/2008).

Manteve-se como regra a obrigatoriedade de licitação, mas, em casos específicos, em que se torna necessária a atuação semelhante àquelas empresas que possuem regime jurídico privado, excepcionalmente,

ADI 5624 MC-REF / DF

permitiu-se a dispensa licitatória, como é o caso existente na Lei 8666/1993, para alienação de ações ou bens comercializados pela própria Administração Pública e venda de ações (art. 17, II, “c” e “d”).

A hipótese prevista no inciso XVIII do artigo 29 da Lei 13.303/2016 constitui importante instrumento gerencial para atuação de empresas estatais em condições de igualdade no setor privado, como determina a própria Constituição Federal, e vem sendo utilizada para o denominado *desinvestimento*, que inclui medidas de alienação de ativos, tanto representativos de participações acionárias (com ou sem controle), como de demais bens e direitos de qualquer natureza no patrimônio da empresa.

Observe-se, ainda, que o Decreto 9.188/2017 regulamentou a Lei 13.303/2016, em relação às sociedades de economia mista, e estabeleceu criterioso modelo para as operações de *desinvestimento*, em consonância com o determinado pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 442/2017-TCU-Plenário), incorporando padrões de governança, transparência e boas práticas.

Assim, em que pese o inciso XVIII do artigo 29 da Lei 13.303/2016 estabelecer hipótese excepcional de dispensa licitatória, com base no §1º do artigo 173 e no inciso XXI do artigo 37, ambos da Constituição Federal, o Decreto 9188/2017, em seus artigos 17, 21, 24, 31, 35 e 36, estabeleceu a necessidade de realização de procedimento visando à efetividade dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, previstos no *caput* do citado artigo 37, com as seguintes etapas: preparação, consulta de interesses, apresentação de propostas preliminares, apresentação de propostas firmes, negociação e resultado e assinatura do contrato.

O *desinvestimento* não se confunde com *desestatização*, pois nessa última hipótese, regulamentada pelas Leis 8.031/1990 e 9.491/1997, o Poder Público pretende afastar-se da intervenção econômica estatal em determinada área setorial, enquanto na primeira não haverá nenhuma alteração em relação à intervenção econômica estatal, que permanecerá, porém, buscando uma readequação empresarial para melhor poder

ADI 5624 MC-REF / DF

cumprir suas finalidades, seja por meio de alteração de portfólios de investimentos da Empresa-mãe, seja por meio de liquidação total ou parcial de parcerias com subsidiárias ou empresas privadas.

Por exemplo, no caso da PETROBRAS, os procedimentos de *desinvestimento* em momento algum apontam para o encerramento de suas atividades ou para qualquer possibilidade de perda do controle acionário do Estado.

Em conclusão:

(a) O inciso XIX do artigo 37 da Constituição Federal exige autorização legislativa específica para criação de Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e Fundações (*Empresas-mães*), na forma de “*lei formal específica*”, bem como para permitir a cessão ou alienação de seu controle acionário.

(b) O inciso XX do artigo 37 da Constituição Federal exige autorização legislativa genérica, que, inclusive, pode ser concedida na própria lei específica que autorizou a criação da “*Empresa-mãe*”, para a criação de subsidiárias; porém não há necessidade de qualquer autorização legislativa para a cessão ou alienação de suas ações, inclusive no tocante ao controle acionário.

(c) A hipótese de dispensa licitatória prevista no inciso XVIII do artigo 29 da Lei 13.303/2016 é constitucional e compatível com os artigos 37, inciso XXI, e 173, §1º, inciso III, da Constituição Federal.

Diante de todo o exposto, DIVIRJO do eminente Ministro Relator e VOTO no sentido de NÃO REFERENDAR A CAUTELAR CONCEDIDA.

05/06/2019

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 5.624 DISTRITO FEDERAL****ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, eminentes Pares, Senhora Procuradora-Geral da República, Doutora Raquel Dodge, Advogadas e Advogados, Senhoras e Senhores que acompanham este julgamento, que diz respeito ao referendo de medida cautelar, nomeadamente na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.624 e nas demais que foram apregoadas.

Eu inicio, Senhor Presidente, saudando o eminente Ministro-Relator, o Ministro Ricardo Lewandowski, pelo voto que proferiu e pelas questões que, creio que nisso temos uma unanimidade, julgo inquestionavelmente relevantes para serem trazidas à apreciação de um Tribunal de feição constitucional, precisamente porque estamos aqui a examinar um conjunto de dispositivos e - pode-se até mesmo dizer - práticas normativas que são colocadas ou até mesmo contrastadas com o "desenho" que a Constituição brasileira, historicamente, moldou a partir de 1988.

Portanto, Sua Excelência fez esta contextualização que reputo extremamente importante e aplicou aqui, ainda de modo que me parece bastante exemplar e significativo, o que um *Justice* da Suprema Corte norte-americana denominava de "fé constitucional", ou seja, a manifestação da confiança na Constituição como o programa normativo a guiar todos os Poderes.

Permita-me, também, Senhor Presidente, cumprimentar o voto divergente que apresentou o Ministro Alexandre de Moraes e as premissas trazidas à colação por Sua Excelência. Creio que, nos votos já proferidos, temos quer na proposição de referendo que traz à colação o Ministro-Relator, quer na divergência inaugurada pelo Ministro Alexandre de Moraes, há posições em face das quais se pode haurir um determinado norte, para que, à luz dos limites e possibilidades do

ADI 5624 MC-REF / DF

referendo, se faça um determinado encaminhamento.

Evidentemente, há sempre soluções a serem pensadas. Às vezes, distantes das duas "margens do rio", há outros caminhos a serem pensados. Mas aqui estamos diante de um referendo de uma medida cautelar e, portanto, vou me ater, precisamente, nada obstante o conjunto de temas de relevo, ao debate que, cirurgicamente, se coloca em torno de dois pilares essenciais: a questão da autorização legislativa e a questão do procedimento licitatório, que é o que está no núcleo da liminar deferida em sede de medida cautelar.

Nada obstante, gostaria de fazer uma brevíssima introdução para estabelecer uma premissa - a partir da qual a declaração de voto que vou aqui sintetizar, cujo teor escrito alongado irá aos autos - que diz respeito a uma expressão que, cada vez mais, se coloca com todas as razões, em meu modo de ver, no terreno dos debates e que diz respeito ao significante da segurança jurídica.

Têm vindo à tona - e, em meu modo de ver, com toda a razão - os limites e as possibilidades de compreensão dessa expressão. Do meu ponto de vista, não é possível deixar de reconhecer que são essenciais e imprescindíveis, em todas as relações sociais e econômicas que demandam interpretação e aplicação da lei, estabilidade e previsibilidade.

Portanto, esse postulado demanda uma obediência, uma fé, nesse sentido não transcendental do vocábulo, mas uma confiança, nesse caso, de índole constitucional, não apenas às regras que alguém queira obedecer, mas às regras que devem ser obedecidas.

Dessa forma, entendo que a obediência à Constituição é a "regra nº 1": da segurança jurídica. Nesse sentido, quando se descumpra a Constituição, o que se oferece não é segurança jurídica, mas um convite a uma percepção em face da qual cada um fará a Constituição que desejará escrever.

Portanto, parto da premissa segundo a qual há três pilares que, de um modo geral, na doutrina constitucionalista contemporânea, sustentam essa expressão "segurança jurídica": coerência, consistência e equidade argumentativa, como escreve o Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz.

ADI 5624 MC-REF / DF

Em outras palavras, cabe perguntar, diante dos temas postos aqui em debate, qual é a resposta que a coerência, a consistência e a equidade argumentativas têm a oferecer?

Em meu modo de ver, ainda que haja uma gama extraordinária de questões e, como disse, de controversas possibilidades, as interrogações colocadas nesse referendo - posso, eventualmente, estar equivocado - resumem-se a duas.

A primeira: exige a matéria em debate autorização legislativa? A essa interrogação cumpre perquirir qual é a resposta que a coerência, a consistência e a equidade normativas oferecem. Em outras palavras, o que respondem os precedentes do Supremo Tribunal Federal e o que responde a Constituição a essa interrogação. A segunda pergunta: o procedimento licitatório, portanto a licitação pública, incide na hipótese? Em caso afirmativo, qual é a regra que norteia a respectiva incidência?

Essas duas questões que, desde logo, se colocam na linha de admitir a plena cognoscibilidade da pretensão veiculada em ação direta de inconstitucionalidade - e, ao apreciar o referendo da cautelar, ainda que implicitamente, estamos conhecendo da pretensão veiculada na ação direta de inconstitucionalidade - demandam, portanto, o enfrentamento desses dois caminhos.

Quanto à primeira interrogação, há, do ponto de vista da Constituição e do ponto de vista dos precedentes, a necessidade de autorização legislativa incidente na hipótese tal como entendeu o eminente Ministro-Relator? No meu modo de ver, em que pese o relevo das posições em sentido contrário, a compreensão que tenho vai precisamente na direção que assentou Sua Excelência.

Há um conjunto de precedentes do Supremo Tribunal Federal, em sua compreensão majoritária, que indicam a autorização legislativa. Há, evidentemente, controvérsias, há votos vencidos. Em minha declaração de voto, faço referência, inclusive, a um voto vencido do eminente Ministro Sepúlveda Pertence, que entendia da necessidade não apenas de autorização legislativa, mas de autorização legislativa própria, vale dizer, lei específica.

ADI 5624 MC-REF / DF

Mas o que se está a debater aqui é a exigência dessa autorização via Poder Legislativo, portanto via Parlamento. Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal, por sua maioria, na ADI 234 - aqui já mencionada -, de relatoria do eminente Ministro Néri da Silveira, julgamento publicado em 15 de setembro de 1995.

Há um longo debate, como se sabe, sobre esta matéria, na sede desta ADI. Inclusive este debate que pode, eventualmente, oportunamente, ser enfrentado quanto ao vocábulo específico ou genérico, mas dúvida não há de que o Tribunal assentou nesta ADI que lei formal específica é necessária se houver alienação do controle acionário de sociedade de economia mista.

Esse entendimento foi mais tarde confirmado no julgamento da ADI 1.703, aqui também já referida. Foi proposta em face de lei catarinense que exigia autorização legislativa específica para a venda de ações de empresas públicas. Assentou-se esta matéria, portanto, afastando-se a especificidade, mas demandando-se a presença de autorização legislativa. O Relator originário foi o eminente Ministro Ilmar Galvão, julgamento publicado em 3 de agosto de 1999, e o mérito - apreciado recentemente - publicado em 18 de dezembro de 2017.

No já também multicitado julgamento de uma outra ADI - eu estou citando, portanto, os precedentes apenas para elencá-los -, 1649, da relatoria do saudoso Ministro Maurício Corrêa, julgamento publicado em 28 de maio de 2004, também se apreciou esta matéria. E há diversos argumentos sobre a questão da autorização legislativa.

Há, também, em outro momento, mas nessa mesma direção, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 562, cujo julgamento foi publicado em 26 de março de 1993, em que foi ao debate a autorização legislativa. E foi nesse julgamento que o eminente Ministro Sepúlveda Pertence restou vencido. O voto vencedor foi do eminente Ministro Ilmar Galvão que, entre outras questões, ao apreciar - estava em discussão, então, a Lei 8.031/1990 - aquela pretensão deduzida pelo Partido Socialista Brasileiro, de que a autorização legislativa devia ser feita por meio de lei específica, o Relator, à luz do argumento majoritário, assentou o seguinte - permito-

ADI 5624 MC-REF / DF

me rememorar:

"Não pende de dúvida, em face do disposto no art. 37, incisos XIX e XX da Constituição Federal, que as empresas e entidades públicas, que explorem atividade econômica e subsidiárias, não de ser criadas por lei específica. Trata-se de exigência que corresponde simplesmente a imperativos de controle, pelo Poder Legislativo, da observância dos princípios que devem nortear a Administração Pública, art. 37, já que a criação de uma entidade da espécie resulta no comprometimento de vultosos recursos do erário e à necessidade de fixação dos objetivos da entidade, da forma de sua constituição, dos respectivos órgãos diretores etc.

A autorização legislativa específica" - acrescentava para minuciar o sentido dessa expressão -, "indispensável ao mero destaque de recursos orçamentários, por via específica, consignada na lei de meios, não poderia ser dispensada quando está em jogo o surgimento de mais um ente da Administração".

A partir, entretanto" - e aqui, a conclusão de Sua Excelência -, "do momento em que o referido ente cumpriu seus objetivos, torna-se inviável ou já não se justifica a sua manutenção. A privatização e a extinção afloram como alternativas inevitáveis, nada impedindo que uma ou outra possa ser posta em prática, segundo regras de caráter geral" - concluiu o Relator, Ministro Ilmar Galvão -, "já que inexistente razão de ordem constitucional, legal, ou mesmo de ordem prática, que determine tratamento diferenciado para esta ou aquela espécie de empresa."

Foi desse ponto de vista, calcado, aqui, ao final do que li, que assentou a sua posição o então vencido Ministro Pertence, aliás, num trecho que o eminente Ministro-Relator fez inclusive referência, à luz da percepção do art. 173 da Constituição Federal, colocando, no cenário desse exame, os chamados imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

Pois bem, esta questão, ou seja, o argumento em relação à exigência de lei específica, como disse, referia-se à previsão constante da Lei 8.031/90, que acabou sendo revogada, o que deu ensejo, naquela ocasião,

ADI 5624 MC-REF / DF

à perda do objeto da ação direta. A lei que a substituiu foi a Lei 9.491/1997, que é o atual e vigente marco do programa de desestatização. Essa Lei é atualmente objeto da ação direta autuada sob o número 3.578.

O Plenário deste Tribunal, ainda que não a tenha apreciado em caráter definitivo, já teve oportunidade de examinar a alegação de que a alienação de estatais está sujeita à autorização específica, quando do exame da medida cautelar nessa ação direta. Na oportunidade, o então Relator originário, Ministro Sepúlveda Pertence, registrou sua posição vencida e indeferiu a medida cautelar. Noutras palavras, o Tribunal entendeu que a exigência de autorização legislativa específica seria dispensável. E esse mesmo entendimento está na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.724, também da relatoria do eminente Ministro Nery da Silveira.

Pois bem, todos esses argumentos e os inúmeros precedentes que cito estão a indicar, de maneira inequívoca, que a alienação de ações de sociedade de economia mista e das empresas públicas que implique a transferência, pelo Estado, de direitos que lhe assegurem preponderância nas deliberações sociais está sujeita à autorização legislativa.

E aqui me permito dissentir, respeitosamente, do eminente Ministro Alexandre de Moraes na interpretação que faz do § 1º do art. 173 da Constituição. O que se passa aí, em meu modo de ver, à luz de um desenho de uma hermenêutica constitucional contida nos horizontes da própria Constituição, é que as empresas estatais são instrumentos de política pública do Estado, portanto estão na estrutura das políticas públicas, e não na conjuntura governamental que possa se apresentar. Por isso que a Constituição exige lei.

Portanto, não se trata de intervenção do Estado na economia, à luz dessa discussão, trata-se da intervenção do Estado para realizar determinados fins, nomeadamente segurança nacional ou interesse coletivo, como está na Constituição. Quer estejamos de acordo ou não, quer seja a cosmovisão que se tenha, esta é, em meu modo de ver, a escolha que fez o constituinte originário. E creio que essa escolha, independentemente do juízo de valor ou no plano das ideias que

ADI 5624 MC-REF / DF

tenhamos - e obviamente não estamos discutindo aqui juízo de valor -, ou de uma dimensão axiológica que se tenha da Constituição, o programa normativo indica inequivocamente nessa direção.

Portanto, quanto à primeira pergunta, Senhor Presidente, eminentes Pares, a autorização legislativa deflui dos precedentes tomados por deliberação majoritária deste Tribunal, e são inúmeros, e, em meu modo de ver, também decorre do texto constitucional, estejamos ou não fazendo juízo de valor que, segundo a nossa cosmovisão, pode ser numa ou noutra direção, mas a cosmovisão que nos vincula é aquela que historicamente foi assentada pela Constituição, e aqui temos um dever de lealdade constitucional.

Eis que aqui já se diz, com toda a razão, que a "Constituição não se interpreta em tiras". As tiras também não podem ser extraídas do tempo. A Constituição é um pacto estrutural e permanente, que se propõe a governar o Estado e a sociedade para nos dar, como disse, segurança jurídica, estabilidade e permanência.

Quanto ao segundo ponto, vale dizer, a questão específica da necessidade de licitação, que é o argumento mais detidamente trazido na segunda Ação direta de Inconstitucionalidade apregoada, a 5.846. E o problema está em verificar qual é a resposta, da mesma maneira, que precedente ou precedentes deste Tribunal, que a Constituição e que a própria legislação infraconstitucional - cuja constitucionalidade não restou afrontada, nem por assim dizer, assentada em sentido negativo - oferecem a esta matéria.

Em meu modo de ver, aqui também peço vênia à divergência para acompanhar o eminente Ministro-Relator, e entendo que o art. 29, XVIII, da Lei 13.303 não revogou as exigências constantes da Lei 9.491, que disciplina atualmente o programa de desestatização dos ativos da União. E, de acordo com esse diploma, a venda de ações, se a ela há atração da modalidade de leilão, diz o art. 4º desta Lei 9.491:

"As desestatizações serão executadas mediante as seguintes modalidades operacionais" - vem o conjunto das modalidades.

(...)

ADI 5624 MC-REF / DF

"§3º Nas desestatizações executadas mediante as modalidades operacionais previstas nos incisos. I, IV, V e VII deste artigo" - quais são essas modalidades?

"I - alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, preferencialmente mediante a pulverização de ações" - pulverização essa que já foi objeto de arguta observação de Sua Excelência, o eminente Ministro-Relator; portanto, o inc. I, alienação de controle acionário;

"IV, alienação, arrendamento ou locação" - e aqui se refere a bens e instalações.

E assim por diante, são os diversos incisos, inclusive, alienação de seus ativos, diz o inc. V, o VI e o VII, que também se referem a ativos imobilizados.

Portanto, nessas hipóteses, diz o § 3º do art. 4º desta Lei: "A licitação poderá ser realizada na modalidade de leilão". E aqui, evidentemente, temos uma certa latitude hermenêutica que precisa ser enfrentada. O tempo e o verbo utilizado poderão estar em qual direção? Entendo que esse vocábulo utilizado pela Lei não está a indicar a faculdade de o legislador em relação à licitação, mas sim à modalidade.

E assim se postou a ilustre Procuradora-Geral da República no parecer, que trago aqui à colação, ao sustentar que a autorização contida no § 3º do art. 4º é manifesta concretização do dever constitucional de licitar, materializado no art. 37, XXI, da Constituição, aqui já mencionado. Mas vou me permitir voltar a referir para também aqui pedir vênias a essa ordem de reflexão do eminente Ministro Alexandre de Moraes. Como se sabe, esse inc. XXI do art. 37 da Constituição da República diz:

"(...) ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."

ADI 5624 MC-REF / DF

Portanto, a faculdade prevista na Lei diz respeito às modalidades licitatórias que o gestor poderá optar. Se a empresa pública presta serviço público, por exemplo, a licitação pode também ser feita por concorrência nos termos da lei pertinente. E, seja como for, à míngua de especificação legal, não há, e não há *in casu*, é dever da Administração Direta e Indireta licitar.

E por que se aplica nessa matéria? Aqui também peço vênia para dissentir da sempre percuciente visão hermenêutica que traz o eminente Ministro Alexandre de Moraes sobre o que advém do § 1º do art. 173 e o inc. III. Como salientado por Sua Excelência, o art. 173 estabelece que:

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

Portanto, a intervenção que se faz aqui do Estado é para realizar um imperativo constitucionalmente previsto, por isso que é uma exceção, é uma política pública definida pelo Parlamento e pelo legislador constituinte. De modo que esse é o *caput* ao qual já me referi.

Mas o § 1º diz, e este parágrafo foi lido pelo eminente Ministro que divergiu:

"§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:"

E, aí, é preciso ler o inc. III integralmente, que diz:

"III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;"

E quais são os princípios da Administração Pública incidentes, neste caso, para as estatais que realizam políticas públicas? São os princípios que, como todos sabemos, estão no *caput* e nos diversos incisos do art. 37, em que está dito com todas as letras, ao qual se aplica por direta previsão expressa do artigo 171. Ou seja, nesta matéria, quando o Estado comparece para realizar esses fins, ele projeta sobre essas estatais e suas

ADI 5624 MC-REF / DF

controladas e subsidiárias esses princípios.

O que diz o artigo 37?

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:"

Nessas circunstâncias, vemos que o inciso XXI diz:

"XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública (...)"

A legislação, neste caso, ressalvou? Seria a única hipótese de concluir pela não incidência. Mas, ao contrário, a legislação incidente na matéria, que é a Legislação 9.491, que não foi afastada pela Lei 13.303, prevê a licitação. Portanto, em que pese a compreensão em sentido diverso da divergência, creio que esta é a compreensão que, em meu modo de ver, se sustenta, na linha da liminar deferida por Sua Excelência o eminente Ministro-Relator, trazendo à colação o inc. XXI do art. 37 conjugado com o inc. III do § 1º do art. 173 da Constituição.

E mais, há um precedente, nesta linha, do Supremo Tribunal Federal, da lavra do eminente Ministro Eros Grau, quando julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.863, publicado em 14 de fevereiro de 2008, que reconheceu como constitucional a utilização do procedimento de leilão para a implementação das privatizações. Portanto, tratou da modalidade e, ao assim fazê-lo, assentou a exigência da licitação.

Portanto, Senhor Presidente e eminentes Pares, essas são as razões que, em meu modo de ver, indicam o acerto da decisão que é agora, neste julgamento, submetida a referendo do Plenário. E me permito adiantar, ainda que numa referência *obiter dictum*, que o pedido para declarar a inconstitucionalidade em razão de dispensa de licitação apreciaremos, evidentemente, por ocasião do mérito, mas me permito adiantar, em meu modo de ver, atinge o disposto no inc. I do § 4º do art. 1º do Decreto 9.188/2017. Mas esse é um debate que a seu tempo se fará.

Entendo que esse decreto, pelo menos numa visão que por ora deixo

ADI 5624 MC-REF / DF

assentada, extrapolou os limites da Lei 9.491 e trata-se, portanto, de um decreto que, em meu modo de ver, não é apenas que afronta a lei, mas é também inconstitucional do ponto de vista até mesmo formal, uma vez que o decreto dispensou, sem lei específica, a transferência de ativos para terceiros sem o necessário procedimento de licitação. Mas isso é apenas uma referência *en passant* que faço a esta altura da apreciação contida na liminar.

Portanto, Senhor Presidente, eminentes Pares, com esses e outros fundamentos que estou a assentar na declaração de voto por escrito, acompanho o eminente Ministro-Relator para referendar a liminar.

É como voto.

05/06/2019

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 5.624 DISTRITO FEDERAL****VOTO - VOGAL**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Princípio esta manifestação reconhecendo que a segurança jurídica é essencial e imprescindível em todas as relações sociais e econômicas que demandam interpretação e aplicação da lei; estabilidade e previsibilidade fazem parte desse postulado cuja inteireza compreende não apenas a regra que se quer obedecer como também necessariamente as regras que devem ser obedecidas. A obediência à Constituição é a regra número um da segurança jurídica. Quando se descumpre a Constituição o que se oferece não é segurança jurídica e sim burla à regra primeira de todas as normas.

A pauta do desenvolvimento social e econômico é importante a todos os títulos, e o seu caminho jurídico não prescinde de obedecer o que o povo brasileiro em sua vontade constituinte espelhou de modo vinculante na Constituição. A lealdade Constitucional é, pois, o dever indeclinável da interpretação e aplicação das normas (regras e princípios) constitucionais.

Feita essa introdução passo ao voto.

Acolho o bem lançado relatório proferido pelo e. Min. Ricardo Lewandowski.

Apenas para rememorar o objeto da presente ação: trata-se de pedido para declarar a inconstitucionalidade da Lei 13.303, de 2016, que “dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Em conjunto com a presente ação direta, também tramitam as ações autuadas sob n. 5.846, 5.924 e 6.029, propostas, respectivamente, pelo Partido Comunista do Brasil, pelo Governador do Estado de Minas Gerais, e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo

ADI 5624 MC-REF / DF

Financeiro da CUT – CONTRAF.

Os argumentos trazidos pelo partido requerente suscitam a inconstitucionalidade do art. 29, XVIII, da Lei 13.303/2016 e do Decreto 9.188/2017, no que dispensam licitação para a alienação de ações de sociedades de economia mista, quando a operação implicar perda de controle acionário por parte do Estado.

A medida liminar, deferida *ad referendum*, conferiu interpretação conforme a Constituição ao art. 29, XVIII, da Lei 13.303/2016, para assentar que a venda de ações de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas, sempre que se cuide de alienar o controle acionário, exige autorização legislativa e realização de procedimento licitatório.

Era, em síntese, o que tinha a rememorar.

Assento a plena cognoscibilidade dos pedidos veiculados e passo ao exame do referendo, indicando, desde já, que estou a acompanhar o e. Min. Ricardo Lewandowski, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 29, *caput*, XVIII, da Lei 13.303/2016, no que exige a prévia autorização legislativa para a venda de ações de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas sempre que se cuida de alienar o controle acionário, bem como que a dispensa de licitação só pode ser aplicada à venda de ações que não importem a perda de controle acionário de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas.

No que tange à exigência de prévia autorização legal, é preciso rememorar os precedentes desta Corte sobre a matéria, que corroboram a solução defendida pelo e. Relator.

Quando examinou a constitucionalidade de dispositivos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que exigiam autorização legislativa para a alienação de ações de sociedade de economia mista, o Tribunal afirmou que a lei formal específica somente é necessária se houver alienação do controle acionário da sociedade de economia mista (ADI 234, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 15.09.1995). Posteriormente, acolhendo embargos de declaração, o Tribunal suprimiu o vocábulo

ADI 5624 MC-REF / DF

“específica”, para assentar que a autorização não exigiria lei específica, mas genérica (ADI 234-QO, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 09.05.1997).

Esse entendimento foi mais tarde confirmado no julgamento da ADI 1.703, proposta em face de Lei do Estado de Santa Catarina que exigia autorização legislativa específica para vendas de ações de empresas públicas, tanto na medida cautelar, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 13.08.1999, quanto no mérito, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 18.12.2017.

No julgamento da ADI 1.649, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 28.05.2004, o Tribunal julgou improcedente a ação que impugnava os artigos 64 e 65 da Lei 9.478/97, que autorizavam a PETROBRÁS a constituir subsidiárias, facultando a elas associar-se, majoritariamente ou minoritariamente, a outras empresas. O argumento suscitado pelo Partido do Trabalhadores, pelo Partido Comunista do Brasil e pelo Partido Socialista Brasileiro era o de violação do art. 37, XIX e XX, da CRFB. O Tribunal afastou a alegação, entendendo haver uma distinção entre os incisos invocados: enquanto o inciso XIX previa que “somente por lei específica poderá ser autorizada a instituição de empresa pública ou sociedade de economia mista”; o XX dispunha depender de autorização legislativa a criação de subsidiárias. Essa distinção implicaria, no entender da Corte, que “é dispensável a autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz, tendo em vista que a lei criadora é a própria medida autorizadora”.

No exame da ADI 562-MC, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 26.03.1993, o Tribunal analisou a autorização genérica para privatização de empresas estatais e de sociedades de economia mista prevista na Lei 8.031/90, que criara o Programa Nacional de Desestatização. Ao afastar o argumento trazido pelo Partido Socialista Brasileiro de que a autorização legislativa deveria ser feita por meio de lei específica, o então i. Relator aduziu:

“Não pende dúvida, em face do disposto no art. 37, incisos XIX e XX, da CF, que as empresas e entidades públicas que explorem atividade econômica, e subsidiárias, hão de ser criadas por lei específica.

ADI 5624 MC-REF / DF

Trata-se de exigência que corresponde, simplesmente, a imperativos de controle, pelo Poder Legislativo, da observância dos princípios que devem nortear a administração pública (art. 37) – já que a criação de uma entidade da espécie resulta no comprometimento de vultosos recursos do erário –, e à necessidade de fixação dos objetivos da entidade, da forma de sua constituição, dos respectivos órgãos diretores, etc.

A autorização legislativa específica, indispensável ao mero destaque de recursos orçamentários, por via de específica consignação na lei de meios, não poderia ser dispensada quando está em jogo o surgimento de mais um ente da administração.

A partir, entretanto, do momento em que o referido ente cumpriu os seus objetivos, tornou-se inviável, ou já não se justifica a sua manutenção, a privatização e a extinção afloram como alternativas inevitáveis, nada impedindo que, uma ou outra, possa ser posta em prática segundo regras de caráter geral, já que inexistente razão de ordem constitucional, legal ou, mesmo, de ordem prática, que determine tratamento diferenciado, para esta ou aquela espécie de empresa.”

Vale registrar que essa orientação não foi unânime. O e. Min. Sepúlveda Pertence, por exemplo, afirmou que:

“(…) o art. 173 deu à lei um juízo fundamental, o de verificar em que casos, nos termos da própria Constituição, concorrem os “imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo”, a impor o controle estatal de determinados setores da atividade econômica.

Ora, é evidente que a chamada “desestatização” ou “privatização” de empresas estatais envolve um juízo negativo da concorrência desses “imperativos”, que a Constituição considerou e determinou que, quando ocorressem a juízo do legislador, devessem levar à intervenção direta, na atividade econômica, e ao controle de determinados setores da economia pelo Estado. Portanto, não posso deixar de emprestar relevo a

ADI 5624 MC-REF / DF

esse argumento.”

Nada obstante, o argumento em relação a exigência de lei específica, referia-se à previsão constante da Lei 8.031/90, que acabou sendo revogada dando ensejo à perda de objeto da ação direta.

A lei que a substituiu foi a Lei 9.491/97, atual marco do Programa de Desestatização. Essa lei é atualmente objeto da ação direta autuada sob n. 3.578, da Relatoria do Min. Dias Toffoli. O Plenário deste Tribunal, todavia, já teve a oportunidade de examinar a alegação de que a alienação de estatais está sujeita à autorização específica, quando do exame da medida cautelar dessa ação direta. Na oportunidade, o então Relator Min. Sepúlveda Pertence registrou sua posição vencida, e indeferiu a medida cautelar. Noutras palavras, o Tribunal entendeu que a exigência de autorização legislativa específica seria dispensável. O mesmo entendimento consta, ainda, da ADI 1.724, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 22.10.1999.

Todos esses precedentes estão a indicar, de maneira inequívoca, que a alienação de ações de sociedades de economia mista e de empresas públicas que implique a transferência pelo Estado de direitos que lhe assegurem preponderância nas deliberações sociais está sujeita à autorização legislativa.

Assiste, pois, razão jurídica ao Relator quando assenta a necessidade de prévia autorização legislativa, que, nos termos dos precedentes citados desta Corte, não precisa ser específica, mas deve ser inequívoca. A norma objeto da ação direta limita-se a prever que “é dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista (...) na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem”. **À luz do que aqui consignado, resta evidente que o disposto na Lei 13.303, em seu art. 29, XVIII, só respeita a Constituição se houver autorização legislativa própria.**

No que tange à necessidade de licitação, argumento trazido pelo PCB na ADI 5.846, também lhe assiste razão jurídica.

Com efeito, o art. 29, XVIII, da Lei 13.303 não revogou as exigências constantes da Lei 9.491/97, que disciplina, atualmente, o programa de

ADI 5624 MC-REF / DF

desestatização dos ativos da União.

De acordo com esse diploma legal, a venda de ações deve ser feita na modalidade de leilão. Confira-se:

“Art. 4º As desestatizações serão executadas mediante as seguintes modalidades operacionais:

I - alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, preferencialmente mediante a pulverização de ações;

II - abertura de capital;

III - aumento de capital, com renúncia ou cessão, total ou parcial, de direitos de subscrição;

IV - alienação, arrendamento, locação, comodato ou cessão de bens e instalações;

V - dissolução de sociedades ou desativação parcial de seus empreendimentos, com a conseqüente alienação de seus ativos;

VI - concessão, permissão ou autorização de serviços públicos.

VII - aforamento, remição de foro, permuta, cessão, concessão de direito real de uso resolúvel e alienação mediante venda de bens imóveis de domínio da União.

§ 1º A transformação, a incorporação, a fusão ou a cisão de sociedades e a criação de subsidiárias integrais poderão ser utilizadas a fim de viabilizar a implementação da modalidade operacional escolhida.

§ 2º Na hipótese de dissolução, caberá ao Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão acompanhar e tomar as medidas cabíveis à efetivação da liquidação da empresa. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.161-35, de 2001)

§ 3º Nas desestatizações executadas mediante as modalidades operacionais previstas nos incisos I, IV, V, VI e VII deste artigo, a licitação poderá ser realizada na modalidade de leilão.”

ADI 5624 MC-REF / DF

Observe-se que o vocábulo “poderá”, utilizado pela Lei, não está a indicar faculdade do legislador em relação à licitação. Como bem observou a Procuradoria-Geral da República, a autorização contida no § 3º do art. 4º é manifesta concretização do dever constitucional de licitar, materializado no art. 37, XXI, da CRFB (“ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento de obrigações”). A faculdade, assim, diz respeito às modalidades licitatórias que o gestor poderá optar. Se a empresa pública presta serviço público, por exemplo, a licitação pode também ser feita por concorrência, nos termos da lei de concessões. Seja como for, à minguada de especificação legal – e não há *in casu* – é dever da administração, direta e indireta, licitar.

Cumpra registrar, no ponto, que este Tribunal, quando julgou a ADI 1.863, Rel. Min. Eros Grau, DJe 14.02.2008, reconheceu como constitucional a utilização do procedimento de leilão para a implementação das privatizações.

Essas razões já indicam o acerto da decisão que ora é submetida à referendo do Plenário. É preciso registrar, no entanto, que o pedido para declarar a inconstitucionalidade em razão de dispensa de licitação atinge o disposto no inciso I do § 4º do art. 1º do Decreto 9.188/2017. Com efeito, esse dispositivo prevê que:

“Art. 1º Fica estabelecido, com base na dispensa de licitação prevista no art. 29, caput, inciso XVIII, da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, e no âmbito da administração pública federal, o regime especial de desinvestimento de ativos das sociedades de economia mista, com a finalidade de disciplinar a alienação de ativos pertencentes àquelas entidades, nos termos deste Decreto.

ADI 5624 MC-REF / DF

§ 1º As disposições previstas neste Decreto aplicam-se às sociedades subsidiárias e controladas de sociedades de economia mista.

§ 2º As disposições previstas neste Decreto não se aplicam às hipóteses em que a alienação de ativos esteja relacionada aos objetos sociais das entidades previstas no caput e no § 1º, às empresas de participação controladas pelas instituições financeiras públicas e aos bancos de investimentos, que continuarão sendo regidos pelo disposto no art. 28, § 3º, inciso I, da Lei nº 13.303, de 2016 .

§ 3º O regime de que trata o caput poderá abranger a alienação parcial ou total de ativos.

§ 4º Para os fins do disposto neste Decreto, consideram-se:

I - ativos - as unidades operacionais e os estabelecimentos integrantes do seu patrimônio, os direitos e as participações, diretas ou indiretas, em outras sociedades; e

II - alienação - qualquer forma de transferência total ou parcial de ativos para terceiros.”

Como bem fez observar a Procuradoria-Geral da República, o Decreto nitidamente excepciona a previsão constante do art. 4º da Lei 9.491/97, extrapolando, portanto, dos limites legais que o Decreto, como espécie de ato regulamentar, deve observar. O problema deste Decreto não é propriamente o de legalidade – ainda que seja, de fato, ilegal – mas sim o de inconstitucionalidade formal, uma vez que dispensou sem lei específica a transferência de ativos para terceiros sem o necessário procedimento de licitação.

Por isso, acompanho o e. Relator, para referendar a medida liminar.

No que se refere às demais alegações apontadas acompanho o Relator para rejeitá-las.

Com essas considerações, referendo a medida cautelar para conferir interpretação conforme à Constituição ao inciso XVIII do art.29 da Lei 13.303/2016, reconhecendo que a venda de ações de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas exige prévia autorização legislativa, sempre que se cuide de alienar o

ADI 5624 MC-REF / DF

controle acionário, bem como que a dispensa de licitação só pode ser aplicada à venda de ações que não importem a perda de controle acionário de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas.

É como voto.

05/06/2019

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 5.624 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, cumprimento, em primeiro lugar, o eminente Ministro Ricardo Lewandowski, pelo esforço e competência com que manifestou a sua convicção neste caso. Cumprimento, igualmente, os demais votos, do Ministro Alexandre de Moraes e do Ministro Luiz Edson Fachin.

Eu rememoro brevemente, Presidente, qual é a questão em discussão. Trata-se do referendo de uma medida cautelar que foi concedida pelo Ministro Ricardo Lewandowski, na qual interpretou conforme à Constituição um específico dispositivo da lei das empresas estatais e, ao interpretar esse dispositivo, Sua Excelência assentou, em primeiro lugar, que a alienação de ações de empresa subsidiária de empresa estatal dependeria de autorização legislativa - que eu havia entendido como sendo uma autorização legislativa específica, mas Sua Excelência, no voto hoje, deixou essa questão em aberto - e, em segundo lugar, que não se poderia fazer essa alienação de ações sem a observância do procedimento de licitação especificamente disciplinado na Lei nº 8.666.

Como pano de fundo dessa discussão, embora seja um conjunto de ações diretas, nós todos bem sabemos que há uma questão específica em discussão, que é o processo competitivo de desinvestimento de 90% da participação acionária da empresa Transportadora Associada de Gás S.A., conhecida como TAG.

Presidente, dividi o meu voto em três capítulos e em três reflexões que considero importantes de serem feitas aqui. A primeira delas é uma reflexão que considero importante sobre o próprio papel que o Supremo Tribunal Federal deva exercer numa questão como esta aqui versada.

ADI 5624 MC-REF / DF

O arranjo institucional brasileiro, com essa constitucionalização abrangente que nós temos, permite, quando não incentiva, com grande frequência, a judicialização de questões políticas e de questões sociais. Portanto, é uma questão de arranjo institucional, de desenho institucional.

Quando se trazem matérias para a Constituição, de certa forma, se retira, parcialmente ao menos, da política e se traz para o Direito. E isso permite que se judicializem questões substancialmente políticas, como essa mesmo que nós estamos debatendo aqui. E o Supremo não pode negar jurisdição, conseqüentemente, nós temos que deliberar a respeito. Porém, e aqui faço essa ressalva que considero importante, o Supremo Tribunal Federal, embora a matéria seja judicializada, não precisa ser proativo em todas as questões. Penso que o Supremo pode decidir, por evidente, mas poder não é necessariamente querer ou poder não é necessariamente dever fazer alguma coisa.

O modo como eu, doutrinariamente, procuro dividir a extensão desse papel do Supremo é utilizando o seguinte critério: grandes papéis de uma Corte Constitucional são os de proteger os direitos fundamentais e resguardar as regras do jogo democrático. No desempenho desses dois papéis, acho que o Supremo pode e, muitas vezes, deve ser proativo e expansivo, como foi, por exemplo, para assegurar as uniões homoafetivas, a questão de direitos fundamentais, ou como foi ao declarar inconstitucional o modelo de financiamento eleitoral como uma decisão protetora da democracia. Porém, penso eu, fora dessas questões de proteção das regras da democracia e dos direitos fundamentais, a regra geral é que o Supremo Tribunal Federal seja autocontido, seja deferente para com as decisões políticas tomadas pelos outros Poderes.

E penso isso, especial e particularmente, no que diz respeito a questões econômicas, em que, muitas vezes, uma interferência pontual

ADI 5624 MC-REF / DF

produz efeitos sistêmicos não previstos e indesejados, quando não afeta mercados que, em linha de princípio, não deveriam ser drasticamente alcançados por decisões judiciais.

Portanto, a minha primeira premissa, encerrando o primeiro dos três capítulos da minha decisão, é que entendo que esta questão do papel e limite da atuação econômica do Estado e decisões econômicas tomadas pelos gestores públicos estão numa esfera em que, com muita parcimônia, raramente uma Corte Constitucional deve interferir.

O segundo capítulo da minha decisão é uma breve reflexão sobre o modelo de Estado constitucional econômico traçado em 1988. E, para isso, gostaria de fazer brevemente um retrospecto desse papel econômico do Estado e desse capitalismo de Estado que criamos no Brasil, do qual temos uma enorme dificuldade de nos desvencilhar.

Quando se inicia a industrialização tardia do Brasil, com a política de substituição de importações - estamos na década de 40 -, a presença do Estado econômico forte era a única alternativa a uma iniciativa privada que não tinha capitais suficientes e à não desnacionalização de áreas estratégicas. Assim, o Estado brasileiro se torna um Estado-empresário e surgem as primeiras empresas estatais, que estão na origem do debate que nós temos aqui. E aí surgem Companhia Siderúrgica, Fábrica Nacional de Motores, Companhia Hidrelétrica do São Francisco, Companhia Vale do Rio Doce - estamos ainda na década de 40.

Depois, vem a década de 50, com o BNDES - na época, ainda sem o S -, depois vem a Petrobras, depois vem interessantemente, na década de 60, o regime militar e se criam mais de 300 empresas estatais. Sobreveio a Constituição de 1988, que, interessantemente - em grande parte, foi uma reação ao regime militar -, nesta parte da Constituição econômica, ela manteve e aprofundou um modelo de presença forte do Estado na economia e de fechamento da economia nacional, com reserva de

ADI 5624 MC-REF / DF

mercado e interdição de participação de empresas estrangeiras em inúmeras áreas.

A Constituição brasileira originária de 1988, dessa forma, reservava um protagonismo relativamente importante para o Estado em matéria econômica e criava um modelo de ampla reserva de mercado, proibindo ingresso de capitais estrangeiros em muitas áreas.

A Constituição é promulgada em 5 de outubro de 88 - um ano depois da queda do muro de Berlim -, e esses pressupostos do Estado protagonista e do Estado economia fechada sofrem o impacto da queda do muro de Berlim e da percepção de que o Estado não era a melhor maneira de se conduzir projetos econômicos e de se gerar riquezas, e a globalização começa a substituir esses países de economia fechada.

E aí nós passamos a década de 90 desfazendo boa parte do Estado constitucional econômico que havia sido criado em 1988. E, como se sabe, essas emendas procuraram extinguir parte das restrições ao ingresso de capital estrangeiro em áreas como mineração, navegação de cabotagem, propriedade de empresas jornalísticas; suprimiu-se o conceito de empresa brasileira de capital nacional.

Além de se abrir, em alguma medida, a economia, que ainda é uma das mais fechadas do mundo, flexibiliza alguns monopólios - gás canalizado, petróleo, telecomunicações - e implanta-se a política de desestatização ou de privatização, criando-se o Programa Nacional de Privatização, que é levado a efeito pela alienação de empresas em bolsa de valores ou pela concessão de serviços públicos a empresas privadas.

Portanto, Presidente, fiz essa breve resenha histórica para procurar identificar qual é a tendência da Constituição brasileira relativamente a esta matéria. E, depois das reformas da década de 90, penso que legitimamente o Estado econômico desempenha três papéis.

ADI 5624 MC-REF / DF

O primeiro, disciplina da ordem econômica mediante legislação, regulação e agências reguladoras, onde se justifique. O segundo lugar e o segundo papel é o de fomento mediante instituições públicas, financiamento público e incentivos fiscais. E o terceiro é este papel que nos congrega aqui, de atuação direta do Estado explorando atividade econômica.

Essa última forma de intervenção, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, é, por disposição textual da Constituição, excepcional. Diz o art. 173, o seguinte:

"Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando" - Então, a regra é que não seja permitida - "necessária aos imperativos da segurança nacional" - acho que esse é o único lugar que ainda entra essa expressão "ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei".

Logo, creio que é fora de dúvida que o modelo constitucional de atuação do Estado na economia não defende, nem protege esse Estado agigantado que nós temos hoje. Acredito que há uma situação fática que destoa do regime jurídico constitucional que se pretendeu dar a esta matéria. E porque assim entendo, creio que a redução do Estado para ajustá-lo ao tamanho que a Constituição deseja não é violação à Constituição, mas cumprimento da Constituição.

A Constituição quis instituir um regime de livre iniciativa em que o Estado dita as regras do jogo, presta serviços públicos, se possível de qualidade, e constrói redes de proteção social para quem não é competitivo porque não pode ser. A Constituição não preconiza a continuidade desse modelo de capitalismo de Estado que começou lá em 1940.

ADI 5624 MC-REF / DF

E, por fim, Presidente, chegando então ao terceiro capítulo e último do meu voto, que se assenta sobre essas premissas de qual é o papel que eu considero ser próprio para o Supremo nessa matéria e qual é a dimensão constitucional do Estado econômico, enfrente as questões jurídicas que foram trazidas na decisão do Ministro Ricardo Lewandowski, da qual, como se pode intuir, vou divergir, sem, no entanto, manifestar profundo respeito pelas preocupações que Sua Excelência externou no seu voto e pela linha de raciocínio que conduziu a sua posição, que é respeitável como qualquer outra posição que aqui se venha a defender.

A decisão trazida a referendo pelo Ministro Lewandowski interpretou conforme a Constituição, ou seja, procurou dar um específico sentido e alcance a uma cláusula da Lei nº 13.303, Lei das Estatais, e entendeu Sua Excelência ser exigida a autorização legislativa para alienação de ações e ser exigível o procedimento licitatório analítico da Lei 8.666.

Presidente, se já não fosse tão adiantada a hora, eu contaria brevemente as minhas próprias experiências com a Lei 8.666 e como ela dificulta a vida do administrador probo e eficiente, sem infelizmente conseguir conter o administrador ímprobo, quando deseje utilizar-se dela. Mas essa é uma matéria que nós precisaremos revisitar.

Aqui, enfrente as duas questões. A primeira: a inexigibilidade de lei para alienação do controle acionário de subsidiárias de empresas estatais. E vou divergir do entendimento do Ministro Ricardo Lewandowski, por fazer uma leitura diversa dos incisos XIX e XX do art. 37 da Constituição, que cuidam da administração pública:

"XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação (..)".

ADI 5624 MC-REF / DF

Essa é a parte relevante do dispositivo. Portanto, a lei cria a autarquia, mas, no tocante às empresas públicas e sociedades de economia mista, autoriza a criação. Ou seja, é criada normalmente por um ato privado de convocação de uma assembleia e posterior registro público adequado, geralmente na Junta Comercial. Logo, a lei é exigível para autorizar a criação de uma empresa pública ou de uma sociedade de economia mista.

O art. 20, mais específico ainda sobre o nosso caso, diz:

"XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior (...)"

Sendo assim, a criação de subsidiárias depende de autorização legislativa. Novamente, aqui, mera autorização. E, para a criação, não há nenhuma palavra na Constituição a propósito, seja distinção, seja de alienação de controle. Assim, pela Constituição, não se exige - e essa é a minha leitura - autorização legislativa para venda de ações, mesmo que correspondam ao controle. A Constituição não tratou desse assunto.

Presidente, não entendo, com todas as vênias, que seja na Constituição o lugar onde se vai encontrar a resposta para essa questão, nem pela interpretação textual desses dispositivos que acabei de ler, porque não falam em extinção ou venda de ações, e nem, a meu ver, pela interpretação sistemática, porque, voltando ao art. 173, que cuida da ordem econômica e financeira, leio, no § 1º, inciso II:

"§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

ADI 5624 MC-REF / DF

(...)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;"

Ora, submeter ao regime das empresas privadas não pode - com respeito pelas compreensões diferentes - significar exigência de lei para vender ações, mesmo que signifique o controle, porque, pura e simplesmente, isso não se aplica na iniciativa privada. Imaginem - e aqui passando para o plano pragmático - o custo de transação que haveria se, a cada operação relevante de venda de ações de uma subsidiária de empresa estatal, precisasse ser obtida do Congresso Nacional uma autorização, sendo que o Congresso tem circunstâncias políticas que não correspondem às necessidades econômicas da empresa. Portanto, há uma total assimetria nessa relação e acho que uma não pode estar.

E, com todas as vênias - respeitando os entendimentos divergentes do eminente Ministro Ricardo Lewandowski e do eminente Ministro Edson Fachin -, penso que esta não é a melhor interpretação da Constituição. O Ministro Ricardo Lewandowski utilizou um argumento engenhoso, que foi o do paralelismo das formas, para concluir que se a criação é feita por lei, a alienação também deveria ser feita por lei.

Peço vênias para não encontrar lastro jurídico para esse argumento, até porque entendo que são coisas diferentes: criar é diferente de vender ações. Pois, como procurei destacar anteriormente, a Constituição exige lei para criação de uma empresa estatal e para uma subsidiária de uma empresa estatal, porque a intervenção do Estado no domínio econômico é a exceção. E porque é a exceção, é preciso ter a participação do Congresso. Mas para seguir a regra de cumprir a Constituição, que é o Estado não intervir na ordem econômica ou desinvestir quando haja intervindo, acho que não há necessidade de lei, porque aí se está voltando à regra constitucional e não se ingressando na esfera da exceção constitucional. Esta é a razão pela qual acredito que para desinvestir não vale a mesma

ADI 5624 MC-REF / DF

regra que vale para criar.

Agora, mesmo para quem ache que seja necessária a lei, penso que a lei, como foi lembrado, já existe, está lá no Programa Nacional de Desestatização, que permite que o próprio órgão insira uma empresa no programa, para fins de alienação, inclusive de ações, bastando para isso que o Presidente da República esteja ciente e de acordo. Evidentemente, estou certo de que a Petrobras não teria feito esse tipo de alienação de ativo ou de empresa sem que houvesse assentimento do Presidente da República.

Sendo assim, também aqui penso que, mesmo para quem entenda que se exija lei, já existe a lei geral do Programa Nacional de Desestatização. Dessa forma, aqui, só se colocaria a impossibilidade resultante da ausência de lei específica, mas, neste caso, com todas as vênias, como procurei demonstrar, não é preciso lei e menos ainda lei específica.

E por fim, Presidente, quanto ao segundo tópico, a questão da legitimidade da dispensa de licitação, acredito que existe um certo fetiche dessa malsinada Lei nº 8.666, para se supor que tudo, para ser legítimo, tenha que seguir os ritos dela. Vejam os eminentes Colegas o que diz o art. 29, inc. XVIII, da Lei das Estatais, que é, em última análise, o dispositivo em questão aqui. Diz ele textualmente:

"Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:
(...)
XVIII - na compra e venda de ações (...)"

Não há nenhuma dúvida de que a lei pode dispensar a realização de licitação. A própria Lei nº 8.666 tem um longo dispositivo que dispensa a licitação num conjunto grande de situações e a própria Constituição, no inc. XXI do art. 37, diz:

ADI 5624 MC-REF / DF

“Art. 37. (...)

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes (...).”

A Constituição diz: "ressalvados os casos especificados na legislação". Veio a legislação e especificou um caso para dizer que ali não era preciso. Portanto, a lei, claramente, poderia ter dispensado a licitação.

Porém, compreendo que, no fundo, no fundo, não se trata de dispensa de licitação aqui, e, sim, de dispensa do procedimento da Lei nº 8.666. Mas há um procedimento competitivo, sofisticado, com muitas etapas definidas em decreto, que foi seguido no processo de alienação da TAG. Então, o que a Constituição deseja é que se respeitem princípios como o da moralidade e da impessoalidade, que se faça um certame competitivo em que todos os que preencham os requisitos mínimos possam competir, e que a Administração seja capaz de fazer a melhor escolha de contrato para si. Penso que é um equívoco supor que há um modelo carimbado único de melhor forma de realização desse certame competitivo.

Observei, aqui, que as alienações - esta específica da TAG e as que estão previstas nessa lei - seguem um procedimento competitivo de alienação minudentemente regulado pelo Decreto nº 9.188/2017, com criteriosas etapas mais consentâneas com alienação de ações de uma empresa. Porque vender tais ações é diferente de contratar uma obra ou de vender um imóvel. A dinâmica da alienação de uma empresa é completamente distinta do processo de se contratar obras, fornecedores ou venda de um imóvel. Inclusive, para preservar segredos de mercado, para evitar a concorrência e a concentração de mercados, existem cogitações que não são apenas de ordem financeira em uma licitação dessa natureza.

ADI 5624 MC-REF / DF

E verifiquei, Presidente, do material apresentado pela Petrobras, de indagações que eu mesmo formulei, que, após o anúncio público da venda da TAG, apareceram 87 empresas interessadas na aquisição. Dessas empresas que obtiveram as informações, 28 apresentaram propostas preliminares. E, depois, 3 grandes consórcios fizeram propostas finais, tendo vencido a proposta de R\$ 8,6 bilhões, que era, embora não houvesse um preço mínimo especificado, superior à avaliação interna de R\$ 7,5 bilhões.

Portanto, considero que houve uma competição, que se realizou a melhor contratação que o mercado ofereceu no momento da venda. Logo, ainda que não se tenha seguido à risca a Lei nº 8.666, a minha posição é a de que houve um certame competitivo, baseado em uma exceção prevista em lei e regulamentado de maneira satisfatória por um decreto.

De modo, Presidente, que, pedindo vênia e reconhecendo que há diferentes pontos de observação de uma questão como esta, eu termino meu voto - não é uma proposta de tese, mas gosto sempre de concluir com proposições objetivas, são as duas seguintes:

1 - A alienação do controle acionário de empresas subsidiárias de empresas públicas e sociedades de economia mista não exige autorização legislativa.

2 - Essas operações podem ser realizadas com dispensa de licitação, desde que sigam procedimento que propicie a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração e assegure a competitividade entre potenciais interessados.

Na decisão, o Ministro Ricardo Lewandowski, ao interpretar o art. 29, XVIII - eu a respeito e até considero legítima, só divirjo da solução -, na verdade, não é propriamente uma interpretação conforme a Constituição, porque o dispositivo, como eu li, diz assim: "é dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia

ADI 5624 MC-REF / DF

mista na compra e venda de ações". Quando Sua Excelência exclui a incidência deste dispositivo na hipótese de alienação de controle, não é propriamente uma interpretação conforme a Constituição, é uma decisão manipulativa aditiva. É o acréscimo de algo que aqui não estava, não é a exclusão de algo que aqui já estava. É o acréscimo de algo que aqui não estava, o que eu acho que é legítimo, em certos casos, mas, neste, estou divergindo.

De modo, Presidente, que estou julgando improcedente o pedido, pedindo todas as vênias ao Ministro Lewandowski e ao Ministro Fachin, cujas argumentações ouvi com interesse e cujo mérito não desmereço, mas que não correspondem à minha convicção.

05/06/2019

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 5.624 DISTRITO FEDERAL**

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Presidente, pela ordem.

Louvo o Ministro Luís Roberto Barroso pelo excelente voto que traz ao Plenário para reflexão, mas apenas um esclarecimento. Em nenhum momento, em meu voto, eu disse que se deve aplicar a Lei 8.666, apenas um processo licitatório, seja aquele previsto na Lei 9.491/1997, seja o do Decreto 1.091/1994, e esta é uma questão que nós vamos ver depois, na reclamação.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

É importante o esclarecimento do Relator. O caso específico da TAG, objeto da reclamação em que foi concedida liminar pelo Ministro Luiz **Edson Fachin** com base na cautelar que estamos discutindo, não está em julgamento nessas ações diretas, porque elas são ações de controle normativo abstrato.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Isso, exatamente.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Portanto, não necessariamente o resultado desse julgamento vai implicar o resultado da reclamação. Por isso a reclamação sempre é pautada como consequência e na sequência desses julgamentos. Primeiro, vai-se analisar a questão genérica e abstrata, objeto das ações diretas de inconstitucionalidade, e, depois, serão analisadas, se não ficarem prejudicadas, as reclamações de relatoria do Ministro Luiz **Edson Fachin**. Por enquanto, nós estamos no campo da abstração.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Vossa Excelência tem toda a razão. É só que a decisão do Ministro Luiz Edson Fachin, ao conceder a cautelar na reclamação, superando a decisão que havia sido proferida pelo Ministro Noronha no STJ, baseou-se no fato de

ADI 5624 MC-REF / DF

considerar que a decisão do STJ violara a cautelar dada pelo Ministro Lewandowski, por isso que eu fiz a conexão. No fundo, é claro que nós estamos discutindo em tese, Presidente, mas há um fato concreto subjacente.

Eu acredito - se me permite só mais um brevíssimo comentário - que, no fundo, nós estamos travando um debate político disfarçado de discussão jurídica, que é a definição de qual deve ser o papel do Estado e quem deve deliberar sobre este papel no Brasil atual. Eu acho que é uma decisão do Executivo. Eu creio que há uma legislação que autoriza esse encaminhamento. E penso - esse já é um debate político - que nós vamos ter que superar esse fetiche do Estado protagonista de tudo e criar um ambiente com mais sociedade civil, mais livre iniciativa, mais movimentos sociais e menos Estado e governo, salvo para as redes de proteção social a quem precisa e a prestação de serviços públicos de qualidade. Mas esse é o debate ideológico subjacente.

Obrigado.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.624

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

REQTE.(S) : FEDERAÇÃO NACIONAL DAS ASSOCIAÇÕES DO PESSOAL DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - FENAE

REQTE.(S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DO RAMO FINANCEIRO - CONTRAF/CUT

ADV.(A/S) : LUIZ ANTÔNIO VIUDES CALHÃO FILHO (0041269/DF) E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após a leitura do relatório e a realização das sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pela requerente Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro - CONTRAF/CUT, o Dr. Luiz Alberto do Santos; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro André Luiz de Almeida Mendonça, Advogado-Geral da União; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Luciano Mariz Maia, Vice-Procurador-Geral da República. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 30.05.2019.

Decisão: Após os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski (Relator) e Edson Fachin no sentido de referendar a concessão parcial da medida cautelar pleiteada para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 29, *caput*, XVIII, da Lei nº 13.303/2016, de modo a afirmar que a venda de ações de empresas públicas, sociedades de economia mista, de suas subsidiárias ou controladas exige autorização legislativa, bem como prévia licitação pública, dispensada esta quando a alienação não implicar a perda de seu controle acionário; e dos votos dos Ministros Alexandre de Moraes e Roberto Barroso, que não referendavam a cautelar, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 05.06.2019.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

06/06/2019

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 5.624 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Obrigada, Presidente, Senhores Ministros, Senhor Relator, Senhores Advogados que assomaram a tribuna e todos os que aqui se apresentam.

Gostaria, inicialmente, de me congratular com o Ministro-Relator, por ter trazido, e a Vossa Excelência também, por ter pautado este que é um tema da maior importância para a configuração específica de um quadro de participação do Estado na atividade econômica.

Mas gostaria de inicialmente pontuar que atuo como juíza constitucional, adstringindo-me à questão jurídica e nada mais. Ou seja, não estamos nos manifestando - pelo menos eu não estou votando - sobre privatização, desestatização e desinvestimento. Não me manifesto quanto à escolha sobre modelos de Estado neste julgamento, sobre ser melhor ou pior, de se terem como de relevante interesse coletivo ou de segurança nacional esta ou aquela atividade.

O que me parece, como ponto de julgamento, é o controle de constitucionalidade de uma lei, ou seja, o cotejo entre as normas constitucionais paradigmas, nas quais se põe o papel do Estado na economia, e as medidas necessárias para se levar a efeito a criação e a extinção de empresas paraestatais, a saber, empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, algumas coligadas ou controladas por estas estatais. Isto é, singelamente, absolutamente, o controle de constitucionalidade.

Normas constitucionais existem que exigem autorização legislativa prévia, no caso de autarquias, para se criar e, no caso de empresas públicas e sociedades de economia mista, para se autorizar legislativamente e previamente a sua criação. E fica, portanto, a dúvida, se para a extinção também. Este é um dos pontos do questionamento. Também se tem norma constitucional a impor prévio processo licitatório

ADI 5624 MC-REF / DF

para alienações. E há de se saber se essa exigência prevalece também para as subsidiárias das estatais.

Não estamos fazendo escolhas políticas, portanto, estamos aqui dizendo se o processo constitucionalmente previsto é ou não é, impõe ou não impõe, o acolhimento da autorização legislativa prévia e da licitação quando se cuidar de fazer essa alienação.

Eu ouvi, nesses últimos dias - e nós que recebemos memoriais e, enfim, *amici curiae* e mesmo os Advogados que assomaram a tribuna -, uma série de manifestações sobre desinvestimento, desestatização e privatização. São conceitos distintos e não estamos cuidando se vai acontecer a desestatização pela via de um desinvestimento; se o desinvestimento impõe o investimento na mesma empresa; se já se parte para um processo de privatização pelo desinvestimento. Até porque esses termos foram usados de muitas maneiras, mas esses dados não interferem na minha compreensão para o deslinde da questão.

O que se tem, que já foi posto e enfatizado, é que, na Constituição Brasileira, o Estado intervém na atividade econômica fora do ordinário. Ordinariamente essa atividade é entregue à sociedade, basicamente, portanto, à iniciativa privada. E a Constituição estabelece, no art. 173, que foi várias vezes mencionado ontem:

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

Então, para mim, a primeira exigência que se tem é que é necessário que lei defina essa extraordinariedade da participação do Estado, uma vez que a atividade econômica é desempenhada por particulares.

A Constituição, no entanto, não deixou exclusivamente ao Poder Executivo a identificação dos casos de segurança nacional e de interesse relevante coletivo a tornar imperativa a presença do Estado como explorador da atividade econômica. Por isso é que se tem então a necessidade de definição em lei.

Essa autorização tem natureza de instrumento juridicamente,

ADI 5624 MC-REF / DF

constitucionalmente estabelecido, para afastar o impedimento genérico, previsto na Constituição, para o desempenho da atividade econômica pelo Estado e a identificação de que se trata de ato complexo: do Executivo e do Legislativo, para definição desses casos fora do ordinário.

Entretanto, e o Ministro Alexandre de Moraes fez anotação primeira e específica, a autorização que eventualmente venha a ser concedida pelo Legislativo não é vinculante, pode-se ter autorização e o Poder Executivo não dar efetividade. O que não pode é o Poder Executivo atuar na criação de empresas públicas e sociedades de economia mista, especificamente, sem que tenha havido essa autorização prévia e específica.

Concedida a autorização, o Executivo pode ou não providenciar ou adotar as providências. E é preciso que se diga que, no Brasil, lei não cria empresa pública nem sociedade de economia mista, mas autoriza, porque os atos constitutivos são aqueles, no caso da sociedade de economia mista, previstos pela Lei das S.A., e, no caso da empresa pública, com os seus estatutos devidamente formalizados na forma da legislação vigente.

A autorização, portanto, concedida ao Poder Executivo é o deflagrador, o ato pelo qual o Poder Executivo passa a poder atuar no sentido de tornar efetiva a criação ou não da empresa. É de se lembrar que, portanto, no Brasil, nós temos agora a necessidade, para a criação de empresa pública, sociedade de economia mista e fundação, de autorização legislativa prévia.

Quanto a isso, portanto, parece-me que todos até aqui, pelo menos o Ministro Alexandre, tal como o Ministro-Relator já tinham feito, acolheram como sendo esta a medida que está de acordo com a interpretação que vem sendo dada por este Supremo Tribunal Federal à matéria, e também pelo Tribunal de Contas da União e outros órgãos de controle.

A questão que se põe, portanto, é em face do ditado nos incisos XIX e XX do art. 37. O primeiro dizendo que "*somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação*". Não tenho dúvida, portanto, Presidente, na

ADI 5624 MC-REF / DF

minha compreensão e com respeito às posições contrárias, evidentemente, que haverá de existir lei específica a autorizar a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação.

E o inciso XX: "*depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada*". Neste caso, tenho, portanto, que, tendo havido a autorização legislativa autorizativa da criação de empresa pública ou sociedade de economia mista, e nela fazendo constar a definição das áreas de sua atuação e a possibilidade de autorização genérica, para garantir a eficiência daquela empresa, de possibilidade de criação de subsidiárias, não me parece que, para estas, pelo menos nesse juízo acautelatório e nesse momento, seja necessária a autorização legislativa expressa.

A interpretação e a aplicação dessas normas têm como núcleo, também na minha compreensão, a especificidade legislativa para criação da autarquia e para autorização da instituição de empresa pública e de sociedade de economia mista - também de fundação, o que não é o caso. Quanto a estas, interpreto no sentido do que já foi cuidado por este Plenário mais de uma vez, que vem sendo observado desde 2004, pelo menos, no sentido de não se poder prescindir de autorização para a instituição de empresa pública e sociedade de economia mista, mas que não se haverá de cogitar da necessidade expressa para a criação da subsidiária, como está na ADI 1.649.

Lembro ainda que a União teria, no denominado portfólio de suas empresas, mais de cem empresas estatais e subsidiárias, todas com o objeto especificado em leis que autorizavam apenas a criação do que a gente chama de empresa matriz, com a atuação definida, mas sem que tenha havido, em qualquer desses casos, lei específica autorizando essa criação. O que me leva a concluir que, quanto à subsidiária das empresas - a maioria que forma hoje o acervo empresarial estatal da União -, a dependência de autorização em cada caso teria o objetivo de resguardar a sua atuação para que a empresa matriz não tenha o desvirtuamento do

ADI 5624 MC-REF / DF

seu objeto. Neste caso, a autorização estaria na própria Lei, para que a criação de subsidiárias se mantenha exatamente nos termos do que foi inicialmente autorizado por lei específica.

E acho que, modificado o modo de prestação do serviço, que seja o desinvestimento feito em determinada empresa, a forma de prestação que pode ter sido superada num determinado momento histórico, a necessidade mesma de desinvestimento, de se considerar como de relevante interesse público determinada atividade, pode fazer com que se deixe de dar efetividade àquela autorização concedida. Neste caso, se o Poder Executivo não estava obrigado a valer-se da autorização, não vejo por que ele não possa atuar posteriormente em uma outra conjuntura, no sentido de ser possível se afastar e desinvestir nessa área.

Também me parece importante fazer a ressalva do que foi dito, e com o que eu concordo inteiramente, pelo Ministro Edson Fachin, na tarde de ontem, em seu brilhante voto. O Ministro começa o seu voto afirmando a necessidade de se considerar, o que me parece patente, que segurança jurídica é acatar a Constituição; não é afirmar-se que, em um determinado momento histórico, ao se deparar com uma necessidade de prestar jurisdição, porque cometeram umas tantas práticas, já se adotaram umas tantas medidas, que se possa dizer que o julgador que acolhe a Constituição naquilo que é interpretada crie insegurança jurídica.

Entretanto, Ministro Fachin, neste caso, especificamente quanto às subsidiárias, eu realço a circunstância de que este Supremo Tribunal Federal foi chamado mais de uma vez para se manifestar sobre este tema. E que o Tribunal de Contas levou em consideração, ao ser também chamado, exatamente os julgados deste Supremo Tribunal Federal. Tenho comigo, não apenas atos de controle, mas também atos de consulta para saber se haveria de se adotar essa providência de possibilidade de alienação de bens de empresas públicas. E o Tribunal de Contas encaminhou, por exemplo, no caso específico da Petrobras, em determinadas consultas, exatamente em acatamento ao que tinha decidido este Supremo Tribunal Federal, que se poderia adotar essa

ADI 5624 MC-REF / DF

providência.

Então, parece-me que é segurança jurídica também aqui. E o que vem sendo observado, com base em decisões interpretadas por este Supremo Tribunal Federal, é que se possa interpretar no sentido de que a subsidiária não necessitaria, para a sua criação, como não necessitou até aqui, de uma lei específica e que, portanto, as decisões que foram adotadas para a criação e que expõem a desnecessidade, até pelo princípio do paralelismo das formas - não se criou por lei, não se tem também que alienar por lei -, teriam que realmente considerar essa circunstância, que vêm de praticamente duas décadas e, até onde me foi possível verificar, nenhuma delas foi criada com autorização de lei específica. Então, agora, exigir a extinção da lei também com essa especificidade de autorização legislativa me parece que não atende sequer o princípio do paralelismo das formas, claro, com todas as vênias dos pensamentos contrários.

Também levo em consideração, quanto às subsidiárias das empresas e de qualquer outra, que a Constituição exige, em qualquer caso, licitação, exige-se o atendimento do processo licitatório. Isso não significa que haverá de ser o mesmo procedimento licitatório, porque temos vários modelos de procedimento no Brasil.

Apenas lembrando, e foi arguido da tribuna, que a Lei de Licitação, basicamente a Lei n. 8.666, cria uma série de entraves e dificulta a vida. Reconheço as enormes dificuldades que, hoje, tem a aplicação dessa lei; que ela foi feita na esteira de um *impeachment* de um ex-presidente por corrupção e em um momento subsequente a uma comissão que ficou apelidada de Comissão dos Anões do Orçamento, mas ela veio dar uma resposta a isso. Também faço questão de elevar a figura do então Senador Pedro Simon, que discutiu amplamente, em numerosíssimas audiências públicas no Senado, para se chegar a um texto que desse uma resposta naquele momento.

Leis se aperfeiçoam, pode-se dizer efetivamente que, a despeito da lei, nós continuamos vendo, em termos de corrupção no Brasil, até mesmo licitações formalmente feitas e, depois, verifica-se que há um

ADI 5624 MC-REF / DF

enorme descalabro de conluíus. A falta de lei não resolve isso. O fato de nós termos que exigir ética e moralidade do setor público e também da sociedade faz com que não consigamos, de jeito nenhum, fazer com que não se tenha mais corrupção, enquanto empresários conluíam em recônditos gabinetes e torpedeiam a licitação.

O problema não é da lei; se fosse, também não teria problema nenhum acabar com o Código Penal, porque a matança no Brasil leva à barbárie. O problema seria termos o art. 121 do Código Penal? Não, o problema é que há aqueles que não cumprem a lei. Portanto, se não é essa, tem que ser outra lei, mas os princípios constitucionais da Administração Pública são uma inovação importante no Brasil e a Lei de Licitação, qualquer que seja o processo ou procedimento - e a legislação aperfeiçoadora é preciso que venha mesmo -, não tenho dúvida que precisa de ser cumprida.

E isso tem sido feito nesses processos de alienação pelo Tribunal de Contas, pela Controladoria-Geral da União, por outros órgãos de controle, por uma enorme atuação do Ministério Público, que tem todo o cuidado de acompanhar todas as vezes que há qualquer possibilidade de eiva ou de vício em um determinado processo.

Eu acho que é preciso que o Estado se aperfeiçoe e tenha o tamanho que a sociedade precisa, e que normalmente não é um tamanho tão grande para todos, pelo menos na economia, embora eu também não seja partidária desses que acham que ainda prevalece a tônica do Estado máximo e Estado mínimo. O Estado brasileiro é mínimo para muita gente que precisa de saúde, de educação, de segurança, e é máximo para incentivos que são dados a três por quatro por quem não aplica nada aqui, não investe nada. E falo de cátedra, porque sou mineira, canso de ver em tudo quanto é lugar os minérios de Minas em todo lugar do mundo, e os mineiros passando por penúrias, principalmente os mais pobres.

Portanto, o problema não é a lei, o problema é não se aplicar leis no Brasil, e a licitação é exigida para cumprir os princípios da legalidade, da impessoalidade, da publicidade, da eficiência, da moralidade, sem isso

ADI 5624 MC-REF / DF

nós não vamos ter um Estado com ética.

Qual o procedimento? Nós temos vários previstos em lei, nem é só a Lei n. 8.666 que prevalece mais, pois a chamada Lei do Gás, a Lei n. 11.909, de 2009, do ex-presidente Lula, é uma lei que cuidou de um outro procedimento e que, eventualmente, será objeto de cuidados aqui depois, mas é uma lei que prevê alguns procedimentos e também casos de licitação, que, no caso da Lei n. 13.303, da chamada Lei das Estatais, nem é caso de dispensa, é de dispensabilidade. O art. 29 diz: é dispensável.

Pode ser que, em um determinado caso, como a venda vai ser de alienação - o Ministro Lewandowski chega a tangenciar isso no seu voto -, não se use daquela que é uma prerrogativa, porque, em alguns casos, a licitação é dispensada, em outras, é inexigível, em outras, é dispensável. No caso concreto, em cada caso, é que se vai verificar. Portanto, a lei dá espaço para se ver qual é o caso a ser aproveitado.

O certo é que licitação é exigida sempre. É ela que garante que nós não saíamos de uma situação de ineficiência do Estado para ficar nas mãos também de particular, que é escolhido com a quebra do princípio da impessoalidade; porque a busca do lucro, eventualmente, faz com que o cidadão seja destrutado, e não com o melhor cumprimento, o melhor atendimento.

Enfim, nenhuma lei é perfeita, acho que veio o momento necessário para responder a uma sociedade exaurida pela corrupção e, portanto, é preciso que se tenha mais eficiência mesmo no serviço público, e cada vez mais. Também não vejo, no cumprimento da Constituição, qualquer tipo de embaraço a que se faça a política pública que foi escolhida para fazer o Poder Executivo, com a atuação paralela, no sentido de também simultânea, do Poder Legislativo.

Isso tudo, portanto, para afirmar que, quanto à licitação, tenho-a como necessária e insuperável. Insisto: a ausência de lei não conduz a Estado nem a Estado de Direito; conduz o retorno a comportamentos de barbárie, ao Estado hobbesiano em todos os setores. Há quem se habilite a outros modelos, até sem Constituição. Eu ainda prefiro o Estado Democrático de Direito. E a licitação é um instrumento para se chegar,

ADI 5624 MC-REF / DF

inclusive, à desestatização ou ao desinvestimento.

Portanto, comprovado que se tem adotado o cumprimento da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, que tinha sido firmada até aqui na interpretação e aplicação de normas que cuidam da necessidade de autorização prévia específica para a criação de empresas estatais, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Considerando que o Supremo Tribunal foi instado a se manifestar há quase duas décadas e o fez quanto à interpretação e aplicação das normas do art. 37, inc. XIX e XX, e fez prevalecer o entendimento segundo o qual as empresas subsidiárias não dependem de autorização específica para serem criadas nem para serem alienadas, o que não vejo, no entanto, relativamente às empresas estatais, as empresas públicas e sociedades de economia mista.

Considerando que as empresas estatais têm acolhido essa jurisprudência, como fez o Tribunal de Contas da União, como eu citei, ao ser questionado especificamente, por exemplo, em casos como da Petrobras, e exigiu o resguardo dos princípios constitucionais da Administração Pública e de procedimentos seletivos que dessem por cumprida a feitura de um processo licitatório.

Considerando, ainda, que as quase cem subsidiárias de empresas estatais não foram autorizadas por lei para serem adquiridas, aplicando-se aquela jurisprudência do Supremo, com as devidas vênias do Ministro-Relator e do Ministro Fachin, estou votando no sentido de referendar apenas em parte a medida cautelar deferida pelo Ministro Lewandowski, para conferir, como Vossa Excelência conferiu, interpretação conforme à Constituição ao art. 29, inc. XVIII, da Lei n. 13.303, afirmando que, quanto às empresas públicas e às sociedades de economia mista, há exigência de autorização legislativa prévia para criar e, portanto, também, para alienar, porque ela deixa de ser estatal e muda a sua natureza, o que foi enfatizado também pelo Ministro Alexandre de Moraes.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Para criar e alienar?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Para alienar também,

ADI 5624 MC-REF / DF

porque ela deixa de ser estatal, muda-se o aparato, mas a empresa, apenas a estatal, não a subsidiária, porque eu não referendo a parte...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

A empresa-mãe, a “**holding**”?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não é *holding*, porque ela é a empresa-matriz, mas ela continua com o objeto específico. A *holding*, na empresa particular, não tem atividade. Então, por exemplo, a Petrobras - de novo, para ficar no exemplo da Petrobras - se mantém íntegra e desinveste, às vezes, e inclusive privatiza mesmo - embora a privatização seja imputada sempre à pessoa União -, para investir naquilo que é dela.

Porque, vou dar um exemplo que a própria diretoria me ofereceu -, ela investiu em fertilizantes, que não tem nada a ver com o petróleo; isto compõe o portfólio dela. Ela comprou sem autorização, e para alienar e até para investir no que é atividade dela - não está em jogo, porque não foi autorizado legislativamente -, essa aquisição feriu a lei também da Petrobras.

Não interessa. A essa altura, agora, o que ela quer é desinvestir para investir no que é atividade dela. Então não é *holding* no sentido tradicional, porque a *holding* pode ser apenas a que coordena todas as outras. No caso do Estado, nós não temos essa situação.

Então, eu não referendo a parte que se refere à necessidade de autorização para criar e para alienar o controle acionário das subsidiárias coligadas ou controladas, aplicando-se a estes o mesmo entendimento firmado no precedente do Supremo Tribunal Federal, basicamente na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.649. E, na esteira, enfatizando ainda uma vez, de cujo resultado se adotaram as práticas administrativas que têm prevalecido nessas duas últimas décadas.

Presidente, estou referendo, em parte, só naquilo que se refere à necessidade de criação, de autorização, por lei, para se criar empresas públicas e sociedades de economia mista. E não estou referendo na parte relativa às subsidiárias. Em qualquer caso, entretanto, estou considerando necessária a licitação - neste caso, eu considerarei necessário.

ADI 5624 MC-REF / DF

É como voto, Presidente.

06/06/2019

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 5.624 DISTRITO FEDERAL**

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Ministra **Cármem**, peço que deixe o dispositivo do voto aqui com a Secretária, porque Vossa Excelência abre uma terceira posição na medida em que...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - É porque eu sou mineira e acho que a terceira margem do rio é uma possibilidade.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Vossa Excelência, então, abre uma terceira posição, referendando em parte a concessão parcial de cautelar. Então, é a parte de uma parte.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sob o ângulo da legalidade, da necessidade de lei, a Colega exclui dessa necessidade as subsidiárias.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ministro Marco Aurélio me fez uma anotação importante que eu queria acrescentar - não seria necessário porque está no voto. Mas, de toda sorte, nós estamos em fase cautelar e considerarei muito isso para proferir o meu voto, porque havia duas décadas em que se estava aplicando na esteira de uma jurisprudência do Supremo, que levou o próprio Tribunal de Contas, quando consultado, embora seja um órgão administrativo de controle, a adotar essa linha.

Portanto, como bem afiançou o Ministro-Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, isso será objeto de instrução do processo e de averiguação em um julgamento muito mais fecundo, porque há outros casos, há outros pontos, que são abordados na ação, mas que não foram trazidos à cautelar. Como se trata apenas de referendo da cautelar, restringi-me, rigorosamente, ao ponto da constitucionalidade da cautelar, cuja suspensão pararia tudo aqui até o julgamento de mérito.

Então me ative a isso exatamente para que haja a possibilidade, até

ADI 5624 MC-REF / DF

porque posso me convencer de outros argumentos em qualquer orientação, mas considere que a segurança jurídica, como bem lembrado pelo Ministro Fachin, está em cumprir a Constituição. É que há interpretações constitucionais diferenciadas como próprio de um Colegiado.

E fiquei, na interpretação, a manter, tanto quanto possível, na parte que acompanhei, o que já tinha sido sacramentado por este Supremo, para efeito de cautelar.

É como voto.

06/06/2019

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 5.624 DISTRITO FEDERAL**

DEBATE

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, pediria a eminente Ministra Cármen Lúcia um pequeno esclarecimento para ver se eu compreendi bem e para que eu, quem sabe, venha propor uma quarta via.

Na verdade, são dois os pontos que traz a exame a liminar, agora submetida a referendo do Plenário.

O primeiro ponto diz com a prévia autorização legislativa. Eu compreendi que, neste ponto, a Ministra Cármen referenda, em parte; mas tem o segundo ponto que diz com a licitação. Com relação a esse ponto, a Ministra Cármen referenda a liminar, é isso?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Referendo a liminar.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Está certo. Obrigada.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Sem dizer qual é o tipo de processo.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Sim, é que a Ministra Cármen distingue processo licitatório de procedimento licitatório.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - É, porque há vários procedimentos no Brasil.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - E aí que eu iria depois questionar o Ministro Lewandowski.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Eu peço licença para fazer uma brevíssima intervenção. Eu fui absolutamente minimalista; eu não avancei para além do que consignei no meu voto, não entrei nas minudências para dizer qual é o tipo de procedimento; isso até penso que, caso a caso, nós poderemos resolver.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Por isso há acordo quanto à posição relativa ao certame.

ADI 5624 MC-REF / DF

O Ministro **Alexandre de Moraes** também gostaria de fazer uso da palavra?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, só uma observação. Em relação ao primeiro tópico - autorização legislativa -, na verdade, há duas posições e três dispositivos - vamos dizer assim -, porque a Ministra Cármen, ao que me parece, concluiu da mesma maneira minha e do Ministro Luís Roberto. Eu até consignei, no meu voto escrito, que o inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal exige autorização legislativa específica para criação de empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, empresas-mães, da maneira de lei formal específica, bem como para permitir a cessão ou alienação de seu controle acionário.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Por isso que eu disse que, quanto a isso, parecia que estavam todos de acordo.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Exato. Aí, podemos até fazer o ajuste no dispositivo. Eu entendi que a Lei 13.303/2016 não se refere a privatização; há lei específica, porque ela é o estatuto jurídico, então não se referiria a essa possibilidade. Mas acho importante consignar.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Eu só fiz porque o Ministro-Relator fez.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Exato. Inclusive eu salientei, no final do meu voto escrito, que essa parte, em relação ao Ministro Ricardo Lewandowski, nós podemos fazer o acerto.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, eu também gostaria de deixar claro que eu considero que o Decreto nº 9.188, de 1º de novembro de 2017, que regulamenta o processo competitivo de venda de ações, satisfaz o mandamento constitucional, porque preserva os dois grandes princípios da licitação: a escolha da melhor proposta e competitividade entre os interessados.

Portanto, para deixar claro, embora a lei fale em dispensa de licitação, acho que talvez haja um *overstatement*, quer dizer, tenha dito mais do que na verdade é; exige-se não o específico procedimento da Lei

ADI 5624 MC-REF / DF

nº 8.666, mas, sim, um procedimento competitivo; e eu considero que o Decreto satisfaz essa necessidade.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Presidente, há divergência nesse ponto.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, da mesma maneira, eu afastei a Lei 8.666/1993, em virtude do que estabelece o art. 173, § 1º, III, da CF – e o Ministro Luiz Fux até fez um aparte naquele momento –, porque é a lei especial, mas ela preserva todos, em complementação ao Decreto, os princípios licitatórios, inclusive a competitividade.

06/06/2019

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 5.624 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Preliminarmente, acompanho o relator quanto a legitimidade ativa da Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro (CONTRAF/CUT) e a ilegitimidade ativa da Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal (FENAEE).

No mais, e especificamente quanto ao referendo, peço vênia para divergir do eminente Ministro **Ricardo Lewandowski**.

Em 27/6/2018, o Ministro Relator concedeu parcialmente a medida cautelar, **ad referendum** do Plenário, para se

"conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 29, **caput**, XVIII, da Lei 13.303/2016, afirmando que a venda de ações de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas exige prévia autorização legislativa, sempre que se cuide de alienar o controle acionário, bem como que a dispensa de licitação só pode ser aplicada à venda de ações que não importem a perda de controle acionário de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas".

Para a concessão da medida cautelar, deve-se verificar a presença cumulativa dos requisitos da plausibilidade jurídica do pedido (**fumus boni iuris**) e do risco de perecimento do direito (**periculum in mora**).

No tocante ao primeiro requisito, faz-se necessário enfrentar os supostos vícios formais e materiais do ato impugnado levantados pelo autor, ainda que em um juízo de delibação mínimo, já que não está em debate, nesse momento, o mérito da ação.

Quanto ao vício formal, o autor aduz ser de competência privativa do Presidente da República a edição de lei cuja matéria envolva

ADI 5624 MC-REF / DF

organização e funcionamento do Poder Executivo, assim como servidores públicos e regime jurídico. Aponta ofensa ao art. 61, § 1º, alíneas c e e, da CF (“servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria” e “criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI”).

Em que pese seu argumento, não assiste razão ao requerente, porquanto a Lei nº 13.303/16 regulamenta o art. 173, § 1º, da Constituição Federal e estabelece o estatuto jurídico das empresas públicas, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Conforme pontuado pela AGU, trata-se de diploma normativo editado pela União, nos termos de sua competência privativa, prevista no art. 22, XXVII, da CF, **in verbis**:

“Art. 22: Compete privativamente à União legislar sobre:
XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.”

O art. 173, **caput** e § 1º, da CF determina ser possível a exploração direta de atividade econômica pelo Estado quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, cabendo a lei o estabelecimento do estatuto jurídico das empresas estatais. **Vide**:

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

ADI 5624 MC-REF / DF

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).”

Não há, portanto, violação da iniciativa privativa do Presidente da República, estabelecida em rol taxativo disposto no art. 61, § 1º, da CF, mormente por não se tratar de servidor público, de criação ou extinção de órgão da Administração, nem de ato com impacto direto na organização do Poder Executivo.

No tocante ao vício de ordem material, dentre outras alegações, o autor aduz ser necessária **autorização legislativa** e **licitação** para se alienar o controle acionário de empresas públicas, de sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas.

Em que pesem os autores impugnarem a totalidade da Lei nº 13.303/16, e não apenas o art. 29, **caput**, XVIII, do referido diploma,

ADI 5624 MC-REF / DF

tratando-se de referendo de medida cautelar, limito-me a analisar apenas os fundamentos exarados na decisão ora referendada.

Em exercício de juízo perfunctório, próprio deste momento, o Relator limitou-se, na medida cautelar, a conferir interpretação conforme apenas ao art. 29, **caput**, XVIII, da Lei nº 13.303/16, para afirmar que

“a) a venda de ações de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas exige prévia autorização legislativa, sempre que se cuide de alienar o controle acionário; e

b) a dispensa de licitação só pode ser aplicada à venda de ações que não importem a perda de controle acionário de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas”.

Eis a íntegra do dispositivo:

“Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:

XVIII - na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem.”

Com efeito, para a criação de empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, a Constituição Federal determinada o seguinte:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de

ADI 5624 MC-REF / DF

sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada.”

Depreende-se do texto constitucional haver exigência i) de **lei específica** para a criação de autarquia ou a autorização de instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista ou de fundação (inciso XIX) e ii) de **autorização legislativa** para a criação de suas subsidiárias (inciso XX).

Assim, nos termos do texto constitucional, em especial o inciso XIX do art. 37, a excepcional intervenção do Estado no domínio econômico por meio de criação de **empresa estatal matriz** exige **lei específica**, o que, segundo o eminente Ministro **Gilmar Mendes**, constitui “verdadeira cláusula de garantia do princípio da subsidiariedade”.

Embora seja silente a Constituição da República no tocante à extinção ou à privatização das sociedades matrizes, por paralelismo das formas, conclui-se que essas ações demandam a edição de lei específica, nos termos do art. 37, XIX, da CF.

Conforme pontuado no voto do eminente Ministro **Gilmar Mendes**,

“a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal parece ter se assentado na imprescindibilidade de autorização legislativa para os atos de alienação de ações de empresas estatais, quando esses atos implicarem a perda do controle acionário pelo Estado. Tal entendimento restou firmado a partir do julgamento da ADI 234/RJ e foi repisado, mais recentemente, na apreciação da ADI 1.348/RJ e ADI 1.703/SC.”

Nos termos do inciso XIX do art. 37, portanto, verifica-se a imprescindibilidade de autorização legislativa específica para a criação de

ADI 5624 MC-REF / DF

estatal matriz.

Por sua vez, na hipótese de criação de **subsidiárias** dessas entidades, há exigência de **autorização legislativa**, embora não específica, conforme dicção do inciso XX do art. 37 da CF.

Neste momento, cinge-se a controvérsia em saber se é suficiente a existência de autorização legal genérica de constituição de subsidiária na lei de criação da estatal matriz, tal como ocorre na Lei nº 9.478/97, que dispõe sobre a política energética nacional e as atividades relativas ao monopólio do petróleo, além de instituir o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo, dando outras providências.

Nesse sentido, a Petrobras afirma que, em atendimento ao inciso XX do art. 37 da CF, a estatal detém autorização legislativa para constituir subsidiárias, destacando-se o art. 64 da Lei nº 9.478/97, assim transcrito:

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

Com efeito, assiste razão à Petrobras, porquanto, na **ADI nº 1649**, de relatoria do Ministro **Maurício Corrêa**, o Supremo confirmou a validade do art. 64 e asseverou que é prerrogativa da estatal criar subsidiárias sem lei específica, desde que haja autorização legislativa na lei de criação da empresa matriz. Abaixo a ementa do julgado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9478/97. AUTORIZAÇÃO À PETROBRÁS PARA CONSTITUIR SUBSIDIÁRIAS. OFENSA AOS ARTIGOS 2º E 37, XIX E XX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA. ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE. 1. A Lei 9478/97 não autorizou a instituição de empresa de economia mista, mas sim a criação de subsidiárias distintas da sociedade-matriz, em consonância com o inciso XX, e não com o XIX do artigo 37 da Constituição Federal. 2. É dispensável a autorização legislativa para a criação

ADI 5624 MC-REF / DF

de empresas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz, tendo em vista que a lei criadora é a própria medida autorizadora. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente” (ADI 1649, Tribunal Pleno, DJ 28/5/04).

Segundo entendimento da Corte, portanto, a autorização legislativa prevista na Lei nº 9.749/97, ainda que genérica, é suficiente para a Petrobras criar subsidiárias. Além de constitucional, a permissão confere agilidade, eficiência e economicidade ao processo, atendendo à realidade de empresas estatais que atuam no mercado, mormente por se sujeitarem ao regime jurídico de direito privado.

Nesse sentido, se se aplicar o paralelismo das formas, conforme afirmado na decisão cautelar, a extinção da subsidiária também prescindirá de lei específica, sendo suficiente a autorização legislativa genérica prevista na Lei nº 9.749/97.

Ademais, a Petrobras ressaltou o seguinte:

“[A]s empresas subsidiárias da PETROBRAS cujo controle societário tem sido objeto das alienações no âmbito de seu programa de desinvestimentos, não contaram, quando de sua constituição, com autorizações legais específicas pelo Congresso Nacional’, o que corrobora a tese firmada pelo STF na ADI 1649, bem como autoriza a aplicação do princípio do ‘paralelismo das formas’.”

Dito isso, é dispensável a exigência de lei específica para a Petrobras criar, extinguir ou reorganizar suas subsidiárias, uma vez que a Lei nº 9.749 é a própria medida legislativa autorizadora, em atendimento à determinação contida no inciso XX do art. 37 da CF, nos termos do decidido na ADI nº 1.649. E, por outro lado, é necessária autorização legislativa específica para a alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista (estatais matrizes), conforme determinação do art. 37, XIX, da CF.

ADI 5624 MC-REF / DF

O segundo fundamento constante da decisão referendada constitui o “da dispensa de licitação quanto à venda de ações que não importem a perda de controle acionário de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas”.

O Ministro Relator considerou aplicável à espécie o regramento previsto no art. 4º, I, § 3º, da Lei 9.491/97, por o entender compatível com o art. 37, **caput** e XXI, da Constituição Federal. O dispositivo determina, nos procedimentos de desestatizações, a alienação do controle acionário mediante licitação. Eis o teor do dispositivo:

“Art. 4º As desestatizações serão executadas mediante as seguintes modalidades operacionais:

I - alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, preferencialmente mediante a pulverização de ações;

(...)

§ 3º Nas desestatizações executadas mediante as modalidades operacionais previstas nos incisos I, IV, V, VI e VII deste artigo, a licitação poderá ser realizada na modalidade de leilão. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.161-35, de 2001).”

A Petrobras aduz que suas operações de alienação de participações societárias não estão abrangidas pelo Plano Nacional de Desestatização (PNS), previsto na Lei nº 9.491/97, porque se sujeita a regramento específico, a Lei nº 9.478/97.

Os objetivos do PND, enumerados no art. 1º da Lei 9.491/97¹, são

1 Art. 1º O Programa Nacional de Desestatização – PND tem como objetivos fundamentais:

I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;

II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida;

III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;

ADI 5624 MC-REF / DF

voltados a políticas econômicas de Estado, abrangendo reestruturação do setor público e redução de dívida interna, por exemplo, denotando finalidade mais abrangente, diferentemente do objetivo do programa de desinvestimento da Petrobras, cujo foco é interno, “relativo às finanças da companhia, com a busca de aumento de liquidez, de curto prazo e a consequente redução de sua alavancagem” (TCU, acórdão 442/2017).

O Decreto nº 9.188/17 regulamenta o art. 29, XVIII, da Lei nº 13.303, que autoriza a dispensa de realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista na compra ou na venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem.

Segundo a Petrobras, a Lei nº 13.303/16 não autoriza de forma irrestrita a negociação direta com terceiros, porquanto o Decreto nº 9.188/17, que o regulamenta, estabelece **procedimento competitivo próprio**, que assegura a competitividade necessária e garante o resultado mais vantajoso, sendo consentâneo, ainda, com o regime de mercado no qual a Petrobras está inserida.

Ressalte-se que tal flexibilidade é indispensável para assegurar uma posição de competitividade e minimizar os riscos inerentes a essas sofisticadas atividades, bem como para viabilizar eficiência nas tratativas por meio da redução dos entraves burocráticos para a obtenção do melhor retorno econômico para a sociedade de economia mista.

O procedimento atende aos princípios constitucionais inerentes à administração pública, em especial a publicidade e a transparência. A título de exemplo, cito o disposto no art. 7º do Decreto 9.188/17, **in verbis**:

IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infraestrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito;

V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;

VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.

ADI 5624 MC-REF / DF

“o procedimento competitivo de alienação observará os princípios da publicidade e da transparência, que possibilitarão a fiscalização, a conformidade e o controle dos atos praticados pela sociedade de economia mista”.

No RE nº 441.280, ainda em julgamento, de minha relatoria, consignei que as empresas de economia mista que disputam livremente o mercado devem estar submetidas ao regime próprio diferenciado, que foi exatamente o que o constituinte derivado quis aperfeiçoar com a redação da Emenda Constitucional nº 9/95, não se aplicando, por consequência, o sistema de licitação previsto na Lei nº 8.666/93.

Nas razões, manifestei o seguinte:

“Pelo contrário, a compreensão dessa realidade, ou seja, de que tais empresas que assim atuam no mercado, sujeitam-se ao regime jurídico de direito privado, é inerente ao sistema criado pela Constituição Federal, atribuindo-se à sociedade de economia mista a exposição, a exploração de atividades econômicas (comercialização de bens ou de prestação de serviços) e o mesmo regime das empresas de direito privado.

Não faz nenhum sentido juntar-se esse regime com aquele outro de exigir-se que siga o padrão de contratação adequado para os serviços públicos que não se submetem ao regime da livre concorrência.

Tal interpretação, que afasta a aplicação do artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, é uma consequência direta da própria natureza constitucional dessa sociedade, tal como foi posto pelo constituinte originário e reiterado pelo constituinte derivado, já agora apenas com referência à Emenda Constitucional nº 19/98.

Saliente-se, ademais, que as exigências mercadológicas nesses contratos de afretamento são dotados de uma tal tipicidade que, se seguisse a recorrida o regime exigido pela Lei nº 8.666/93, ficaria até mesmo, de uma certa maneira, inviabilizada a contratação, na medida em que, em tais casos, a contratação obedece a padrões internacionais, com modelo

ADI 5624 MC-REF / DF

consagrado, espalhada a possibilidade de contratação por todos os países. Por conseguinte, torna-se impossível vinculá-los àquele regime de licitação previsto na lei própria para os contratos licitados no regime do serviço público **stricto sensu**.”

Contudo, a dispensa de licitação não permite a alienação a terceiros sem critérios, devendo-se observar os princípios da administração pública inscritos no art. 37 da Constituição, respeitando-se, sempre, a exigência de necessária competitividade.

Nesse sentido, adiro à tese levantada pelo Ministro **Gilmar Mendes**, no sentido de conferir interpretação conforme ao inciso XVIII do art. 29 da Lei nº 13.303/16, a fim de se exigir a observância dos princípios inerentes à administração pública, previstos no art. 37, **caput**, da CF, e dos princípios constitucionais da licitação, em especial o da competitividade. Destaco excerto da fundamentação do voto:

“A partir do parâmetro de controle constitucional, entendo que as operações de que trata o art. 29, inciso XVIII, da Lei 13.303/2016 devem ser realizadas com base em procedimento que espelhe os princípios da licitação (art. 37 da CF/88), tais como o princípio constitucional da isonomia, a seleção de proposta mais vantajosa, a garantia de impessoalidade, moralidade, igualdade e o julgamento objetivo das propostas. Isso não quer dizer, no entanto, que nessas operações as empresas estatais devam obedecer necessariamente os procedimentos previstos na própria Lei 13.303/2016 ou na Lei 9.491/1997.

(...)

Por outro lado, observa-se que o art. 29, inciso XVIII, da Lei 13.303/2016 de fato não contém menção expressa à necessidade de observância de procedimento competitivo a ser previsto em regulamento. **Assim, apenas para que se afaste qualquer insegurança jurídica sobre o tema, considero necessário conferir interpretação conforme à Constituição à norma impugnada, afirmando-se que as operações de compra**

ADI 5624 MC-REF / DF

e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que as empresas estatais produzam ou comercializem devem seguir os princípios constitucionais da licitação, não sendo admitida a contratação direta” (grifo nosso).

Assim, é constitucional o procedimento competitivo próprio estabelecido na Lei nº 13.303/16 e regulamentado pelo Decreto 9.188/17, desde que observados os princípios do art. 37 da Constituição da República e a competitividade necessária.

No caso, além da ausência de plausibilidade jurídica do direito posto em debate, há o **risco de dano inverso**, causado pelo deferimento da medida cautelar.

Isso porque a situação econômico-financeira da Petrobras é delicada, conforme destacado pela estatal, no sentido de que o desfazimento das operações de alienação pode causar prejuízos incalculáveis, conforme se destaca do seguinte excerto:

“A respeito do programa de desinvestimentos da PETROBRAS, vale mencionar ainda que a situação financeira da PETROBRAS era extremamente crítica no ano de 2015, quando a Companhia era a empresa de óleo e gás que detinha a maior dívida corporativa do mundo.

Nesta ocasião, intensificaram-se os esforços despendidos no Programa de Parcerias e Desinvestimentos da PETROBRAS, que se demonstrou crucial para catalisar o alcance da meta de redução de endividamento e recuperação financeira da companhia.

O Programa de Desinvestimentos da PETROBRAS tornou-se assim uma das alavancas do Plano Estratégico e de Negócios e Gestão da Companhia para o período de 2017 a 2021 e foi notoriamente determinante para a sua recuperação financeira e para a viabilização de investimentos futuros. Reduzir a dívida significa pagar menos juros e, por conseguinte, possibilitar o aumento da capacidade de investimento da empresa.

Destaque-se que a PETROBRAS atualmente tem como um

ADI 5624 MC-REF / DF

de seus principais objetivos a gestão ativa de seu portfólio de investimentos, o que significa manter os esforços para a continuidade de redução da dívida – ainda em patamares bastante elevados – bem como concentrar o foco de sua atuação naqueles ativos que representam sua vocação empresarial e que geram maior rentabilidade para a companhia, alienando, total ou parcialmente, aqueles que não se alinham a estas diretrizes. Para o quinquênio 2019-2023, a meta é alcançar o valor de US\$ 26 bilhões em operações de parcerias e desinvestimentos.

Entre 2015 e 2018, a PETROBRAS executou 19 operações de venda de participações ou de cessão de ativos, somando US\$ 20,6 bilhões, sendo que o desfazimento dessas operações pode fazer retornar a dívida aos patamares anteriores a 2015, quando os investimentos em novas fronteiras petrolíferas ficaram severamente comprometidos, comprometendo não só a recuperação da empresa, como a recuperação fiscal do Estado Brasileiro” (doc. 138 da ADI 5624).

Destaca-se, ainda, a informação contida no memorial acompanhado da consulta do Ministro **Eros Grau** e apresentado pela empresa Engie Brasil Energia, a qual se sagrou vencedora no certame impugnado na Rcl nº 33.292, de relatoria do Ministro **Edson Fachin**. **Vide:**

“Com efeito, a recente decisão liminar (peça nº 59) proferida pelo Exmo. Ministro Relator em 24/05/2019 [na Reclamação 33.292], suspendendo todas as tratativas, desde já afeta diretamente a esfera jurídica desta Peticionária, pois esta já incorreu em custos elevadíssimos e se vê impedida de levar adiante seus investimentos na aquisição das ações da TAG, o que cria uma situação de extrema insegurança jurídica, sobretudo considerando que até o presente momento a Peticionária Engie já realizou operações financeiras internacionais financeiras vultosas e significativamente custosas – da ordem de R\$ 3 bilhões – visando à realização do respectivo pagamento à Petrobras pela concretização da operação.”

ADI 5624 MC-REF / DF

Na STP 106, suspendi, no exercício da Presidência, os efeitos da tutela antecipada deferida nos autos da ADI nº 5.942, de relatoria do Ministro **Marco Aurélio**, “até que o colegiado maior aprecie a matéria, já pautada para o dia 27 de fevereiro deste ano, consoante calendário de julgamento publicado no DJe de 19/12/2018”.

Adotei como razão de decidir o seguinte fundamento:

“(…)

Infere-se das razões deduzidas pela requerente que a decisão liminar obstará a participação da empresa estatal na 6ª Rodada de Licitação para Partilha de Produção de Blocos Exploratórios do pré-sal, autorizada pelo Conselho Nacional de Política Energética. Isso porque o direito de preferência sobre a titularidade dos direitos de exploração das áreas a serem licitadas, que é assegurado a Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS, pela Lei 12.351/2010, deverá ser exercido até o dia 18/1/2019.

Entretanto, a complexidade e o vulto da operação financeira para manifestação dessa preferência demandam a formação de parcerias com outros agentes econômicos que atuam no setor, o que não será possível ante as exigências previstas na Lei nº 13.303/2016.

A decisão monocrática que suspendeu os efeitos do Decreto nº 9.355, de 25 de abril de 2018, inibe a formação de eventuais **Joint Ventures** (modelo estratégico de parceria comercial), uma vez que os agentes econômicos não se submeterão às externalidades negativas decorrentes das delongas próprias dos procedimentos mais rígidos e solenes de contratação, em marcante descompasso com a dinâmica e complexa realidade do mercado internacional do petróleo.

Ressalte-se que tais parcerias são indispensáveis para o compartilhamento dos riscos inerentes a essas sofisticadas atividades, bem como viabilizam aportes necessários à implementação da política de pagamento de bônus fixados e aos investimentos nas áreas a serem exploradas.

Ademais, a atuação em parcerias permite que a empresa estatal exerça o papel de Operadora de Consórcios de

ADI 5624 MC-REF / DF

Exploração e Produção nos contratos a serem celebrados, assim como nas avenças em vigência, podendo, nessa condição, entre outras vantagens competitivas, desenvolver **expertise** e assumir a condução de investimentos de elevada envergadura no setor petrolífero, exercendo a prerrogativa de ditar a forma e o momento de aplicação de recursos.

Por outro lado, ao perder a condição de Operadora de Consórcios de Exploração e Produção, a Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS deixará de perceber das empresas não-operadoras os expressivos valores de ressarcimento por gastos administrativos e custos adicionais, obrigando-se, em razão da inversão de posição, a repassar a sua cota-parte relativa aos custos administrativos e demais encargos.

Por fim, sobreleva mencionar que a Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS, principal afetada pelos efeitos da decisão concessiva da medida acautelatória, encontra-se em processo de recuperação financeira, com endividamento correspondente ao valor de R\$ 291,83 bilhões de reais, não sendo prudente, nesta fase do processo, manter a decisão cautelar cujos efeitos aprofundarão ainda mais o quadro econômico-financeiro da empresa estatal

(...).”

Ante o exposto, voto pelo deferimento, em parte, da medida cautelar anteriormente concedida pelo Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator), de modo a se conferir ao art. 29, **caput**, inciso XVIII, da Lei nº 13.303/2016 interpretação conforme à Constituição Federal, nos seguintes termos:

i) a alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista exige autorização legislativa e licitação; e
ii) a exigência de autorização legislativa, todavia, não se aplica à alienação do controle de suas subsidiárias e controladas. Nesse caso, a operação pode ser realizada sem a necessidade de licitação, desde que siga procedimentos que observem os princípios da administração pública inscritos no art. 37 da Constituição e que seja respeitada a exigência de competitividade.

É como voto.

06/06/2019

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 5.624 DISTRITO FEDERAL**

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Há divergências nesse aspecto, Senhor Presidente.

Eu já entendo, tal como Ministro Fachin, que o Decreto 9.188 desbordou amplamente da Lei 13.303, ao criar um procedimento de licitação não previsto na legislação, derrogando, ou pretendendo derrogar implicitamente, a Lei 9.491/97, que é a Lei de Privatização. Tem um consenso que ela está em vigor; todos que tomaram a palavra, até agora, entendem que essa lei, editada no Governo Fernando Henrique Cardoso, que é uma lei muito minudente, muito cuidadosa em vários aspectos, estaria em vigor.

Então, foi editado esse Decreto 9.188/2017, durante o Governo Temer, alegadamente fundado nessa Lei 13.303/2017, que é a Lei das Estatais. Ministro Fachin, adianto o meu posicionamento, mas estou sujeito a outras observações e outros argumentos, entendo que ela desbordou da lei que pretende regulamentar.

06/06/2019

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 5.624 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: Senhor Presidente, eminentes pares, Senhora Procuradora-Geral da República, dignos advogados e advogadas, senhoras e senhores, recebam todos os meus cumprimentos.

REMEMORO QUE, no âmbito do controle normativo concentrado de constitucionalidade, temos em mesa - e para efeito de referendo de medida cautelar, em continuidade de julgamento -, quatro ações diretas de inconstitucionalidade - ADIs 5624, 5846, 5924 e 6029 -, ajuizadas em face da Lei nº 13.303/2016, diploma legal que "*dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*".

Reconheço, tal como o eminente Relator, legitimidade *ad causam* ativa à Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro (CONTRAF/CUT), que figura como requerente nas ações diretas de inconstitucionalidade nºs 5624 e 6029. Trata-se de confederação sindical, dotada de representatividade adequada no tocante ao objeto das ações em exame, considerado o inegável impacto que a legislação questionada produz em instituições financeiras estatais. Acompanho, ainda o Relator, quando acolhe a objeção quanto à ausência de legitimidade para propor ações de controle concentrado de constitucionalidade da Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal (FENAEF).

O relator, Ministro Ricardo Lewandowski, ao deferir a medida cautelar trazida a referendo a este Plenário, conferiu, *verbis*, "*interpretação conforme à Constituição ao art. 29, caput, XVIII, da Lei 13.303/2016, afirmando que a venda de ações de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas exige prévia autorização legislativa, sempre que*

ADI 5624 MC-REF / DF

se cuide de alienar o controle acionário, bem como que a dispensa de licitação só pode ser aplicada à venda de ações que não importem a perda de controle acionário de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas".

Relembro que o art. 29, XVIII, da Lei nº 13.303/2016, objeto da medida cautelar trazida a referendo, tem a seguinte redação:

Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:

(...)

XVIII - na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem.

DOIS SÃO OS PONTOS basicamente a apreciar, a partir do conteúdo da medida cautelar deferida e ora submetida a referendo.

O primeiro diz com a NECESSIDADE, OU NÃO, DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PARA A VENDA DE AÇÕES DE EMPRESA PÚBLICA, SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA E SUAS SUBSIDIÁRIAS OU CONTROLADAS QUE IMPLIQUEM PERDA DO CONTROLE ACIONÁRIO.

O segundo diz com a necessidade ou não de licitação TAMBÉM NESSA HIPÓTESE DE IMPORTAR, A VENDA DE AÇÕES DESTAS EMPRESAS, na perda do controle acionário.

No tocante à primeira questão, isto é, a relativa à necessidade, ou não, à luz do texto constitucional, de autorização legislativa para a alienação do controle acionário de sociedade de economia mista, empresa pública ou de suas subsidiárias, ENTENDO QUE a medida cautelar, NOS MOLDES EM QUE DEFERIDA, encontra respaldo em precedentes desta Suprema Corte (ADI 234 QO, Rel. Min. Néri da Silveira; ADI 1348, Rel. Min. Cármen Lúcia; e ADI 1703, Rel. Min. Alexandre de Moraes), cujas ementas reproduzo, e aqui faço leitura na fração de interesse:

EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Questão de Ordem. 2. No julgamento da ADIN 234-1/600 - RJ, o STF, por

ADI 5624 MC-REF / DF

unanimidade, julgou procedente, em parte, a ação e declarou a inconstitucionalidade do inciso XXXIII do art. 99 e do parágrafo único do art. 69, ambos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, e, ainda, por maioria de votos, julgou procedente, em parte, a ação, relativamente ao caput do art. 69 aludido, para dar-lhe interpretação conforme a Constituição, segundo a qual a autorização legislativa nela exigida há de fazer-se por "lei formal específica", só sendo necessária, entretanto, quando se cuidar de alienar o controle acionário de sociedade de economia mista. 3. Publicada a decisão no Diário da Justiça da União, o Governador do Estado do Rio de Janeiro requereu a exclusão da ata de julgamento do termo específica, sustentando que não corresponde essa expressão ao que foi decidido pela Corte, a qual apenas exigiu, na hipótese do caput do art. 69 da Carta fluminense, a existência de "lei formal genérica". 4. Petição conhecida como embargos de declaração, após ter sido publicado o acórdão. 5. Reconheceu-se não existir inteira coincidência entre o que foi objeto da análise dos votos do Relator e do Presidente com os termos segundo os quais ficou proclamada a decisão e, assim, constante da ata de julgamentos da sessão plenária respectiva. 6. Verificou-se, entretanto, que não constituiu objeto de expressa discussão, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, o ponto referente a ser necessária autorização legislativa, por lei formal específica, quando se cuida de alienação de ações do Estado em sociedade de economia mista implicando a perda de seu controle acionário. 7. Em face disso, o Tribunal recebeu, em parte, os embargos de declaração para determinar seja retirada da ata de julgamento, na parte relativa ao feito, a expressão específica, passando a proclamação do resultado, neste ponto, a constar, nos seguintes termos: **"E, por maioria de votos, julgou procedente, em parte, a ação com relação ao caput do art. 69, para dar-lhe interpretação conforme a Constituição, segundo a qual a autorização legislativa nela exigida há de fazer-se por lei formal, mas só será necessária, quando se cuide de alienar o controle acionário da sociedade de economia mista"**. (ADI

ADI 5624 MC-REF / DF

234 QO, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/1995, DJ 09-05-1997 PP-18126 EMENT VOL-01868-01 PP-00001)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 364, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO DO RIO DE JANEIRO. NORMA QUE IMPEDE A ALIENAÇÃO DAS AÇÕES ORDINÁRIAS DO BANCO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - BANERJ - E DETERMINA A ARRECADAÇÃO DE RECEITAS E OS PAGAMENTOS DE DÉBITOS DO ESTADO, EXCLUSIVAMENTE, PELO BANCO ESTADUAL. 1. **No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 234/RJ, ao apreciar dispositivos da Constituição do Rio de Janeiro que vedavam a alienação de ações de sociedades de economia mista estaduais, o Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação conforme à Constituição da República, no sentido de serem admitidas essas alienações, condicionando-as à autorização legislativa, por lei em sentido formal, tão-somente quando importarem em perda do controle acionário por parte do Estado.** Naquela assentada, se decidiu também que o Chefe do Poder Executivo estadual não poderia ser privado da competência para dispor sobre a organização e o funcionamento da administração estadual. 2. Conteúdo análogo das normas impugnadas nesta Ação; distinção apenas na vedação dirigida a uma sociedade de economia mista estadual específica, o Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A - Banerj. 3. Aperfeiçoado o processo de privatização do Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A, na forma da Lei fluminense n. 2.470/1995 e dos Decretos ns. 21.993/1996, 22.731/1997 e 23.191/1997. Condução do processo segundo o que decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar mantida. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 1348, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2008, DJe-041 DIVULG 06-03-2008 PUBLIC 07-03-2008

ADI 5624 MC-REF / DF

EMENT VOL-02310-01 PP-00051 RTJ VOL-00204-01 PP-00088
LEXSTF v. 30, n. 354, 2008, p. 68-87)

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 10, II E IV, DA LEI 10.542/1997 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. NORMAS QUE EXIGEM PRÉVIA E ESPECÍFICA AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PARA OPERAÇÕES DE RECOLHIMENTO ANTECIPADO DO ICMS COM A CONCESSÃO DE DESCONTO E PARA A VENDA DE AÇÕES DE EMPRESAS PÚBLICAS, SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA E INSTITUIÇÕES PERTENCENTES AO SISTEMA FINANCEIRO PÚBLICO DO ESTADO. VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DE PODERES. INCONSTITUCIONALIDADE DO PRIMEIRO DISPOSITIVO RECONHECIDA. DADA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO AO SEGUNDO DISPOSITIVO. 1. Ao Legislativo cabe regrar genericamente a concessão de descontos (CTN, art. 160, parágrafo único), e o Executivo pode concedê-los caso a caso, obedecendo aos termos da legislação respectiva. 2. Exigir autorização prévia e específica em cada caso de operação de antecipação do pagamento é desbordar dos limites de atuação do Poder Legislativo, invadindo seara própria da Administração. 3. **“No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 234/RJ, ao apreciar dispositivos da Constituição do Rio de Janeiro que vedavam a alienação de ações de sociedades de economia mista estaduais, o Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação conforme à Constituição da República, no sentido de serem admitidas essas alienações, condicionando-as à autorização legislativa, por lei em sentido formal, tão-somente quando importarem em perda do controle acionário por parte do Estado.** Naquela assentada, se decidiu também que o Chefe do Poder Executivo estadual não poderia ser privado da competência para dispor sobre a organização e o funcionamento da administração estadual.” (ADI 1348/RJ, DJe 7/3/2008) 4. **A autorização legislativa exigida “há de fazer-se**

ADI 5624 MC-REF / DF

por lei formal, mas só será necessária, quando se cuide de alienar o controle acionário da sociedade de economia mista" e demais estatais. (ADI 234 QO/RJ, DJe de 9/5/1997). 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente. (ADI 1703, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-292 DIVULG 18-12-2017 PUBLIC 19-12-2017)

Destaco que a compreensão sufragada nos referidos precedentes decorre de interpretação do art. 37, XIX e XX, da Magna Carta, nos termos dos quais, o XIX, *“somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”* e, no XX, *“depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior [empresas públicas e sociedades de economia mista, inclusive], assim como a participação de qualquer delas em empresa privada”*.

Sublinho que, à luz dos referidos dispositivos constitucionais, a jurisprudência desta Suprema Corte consagra a exigência de autorização, ainda que genérica (ADI 1.649, Rel. Min. Maurício Corrêa), por meio de lei em sentido formal, para a criação de subsidiária de empresa pública ou de sociedade de economia mista.

Ora, estabelecida tal exigência, endosso a compreensão de que, DE MANEIRA CORRELATA, pelo necessário paralelismo ou pela simetria das formas, há também de ser exigida autorização - constante de lei em sentido formal - para a extinção de subsidiária. Dessa forma, a alienação do controle societário das subsidiárias ou controladas de empresas públicas ou sociedades de economia mista depende de prévia autorização veiculada em lei em sentido formal.

Exemplificativamente, no caso da Petrobras, a autorização legislativa ampla – quer para criação, quer, por consectário, para extinção - está na Lei nº 9.478/1997, art. 64 *“Para estrito cumprimento de atividades de seu objeto social que integrem a indústria do petróleo, fica a PETROBRAS*

ADI 5624 MC-REF / DF

autorizada a constituir subsidiárias, as quais poderão associar-se, majoritária ou minoritariamente, a outras empresas”. Vale dizer, não se exige, *data venia*, na minha compreensão, lei específica para cada caso de criação – ou extinção - de subsidiária, desde que haja autorização legislativa genérica, ainda que, por óbvio, necessária autorização específica se inexistente a genérica na lei autorizadora da criação da empresa estatal matriz e ressalvada sempre a hipótese de eventual patologia no fatiamento de estatais, a caracterizar intolerável desvio de finalidade.

E apenas para dialogar com o posicionamento externado pelo Ministro Alexandre de Moraes, que entende, se bem compreendi, que a reserva legal para a extinção somente se aplicaria às empresas estatais matrizes, isto é, às sociedades de economia mista e às empresas públicas, mas não a suas subsidiárias ou controladas, faço a seguinte reflexão: assim como ocorre com as sociedades de economia mista e as empresas públicas, a criação de subsidiárias importa, em última análise, em exploração direta de atividade econômica pelo Estado, ainda que em área vinculada ao objeto social da empresa estatal matriz, a configurar, portanto, situação excepcional, só justificada, na dicção constitucional, “quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei” (art. 173, *caput*, da Magna Carta). Vale dizer, na minha compreensão, que, se o legislador deve reconhecer a existência de imperativo de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, para autorizar a instituição de empresa estatal matriz ou a criação de subsidiária, deve ele também admitir, ainda que de modo genérico, no caso das subsidiárias ou controladas, a insubsistência das razões que levaram o Estado a promover a exploração direta da atividade econômica.

O segundo ponto diz com a necessidade ou não de licitação quando importa na perda do controle acionário.

No particular, permito-me, para maior clareza, fazer a leitura de parte dos fundamentos da liminar deferida:

“(…) Entendo também necessária a concessão da medida

ADI 5624 MC-REF / DF

cautelar, *ad referendum* do Plenário, para fixar a interpretação conforme à Constituição ao dispositivo acima mencionado, segundo a qual a dispensa de licitação só pode ser aplicada apenas à venda de ações que não importem a perda de controle acionário de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas.

Isso porque **convém emprestar relevo à linha argumentativa segundo a qual a Constituição não autorizaria a alienação direta de controle acionário de empresas estatais, uma vez que a Lei 9.491/1997 (art. 4º, I e § 3º), ainda vigente, exige, nos procedimentos de desestatizações, que a alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, preferencialmente mediante a pulverização de ações dar-se-á por meio de licitação, a qual poderá ser realizada na modalidade de leilão.**

Ao que parece, as disposições supratranscritas estão em consonância com o *caput* do art. 37 da CF, o qual dispõe que a toda a administração pública obedecerá aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Nesse sentido, permitir a venda direta de ações, em montante suficiente a perder o controle societário de empresa estatal, de maneira a impossibilitar a concorrência pública, poderia atentar contra o texto constitucional, o qual consigna que as alienações serão realizadas mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes (art. 37, XXI)."

Entendo que também está a merecer referendo a medida cautelar na parte em que condicionou a alienação do controle acionário de sociedades de economia mista e empresas públicas, no âmbito do Programa Nacional de Desestatização (PND), a prévio procedimento licitatório. Essa é a diretriz que se extrai não somente dos arts. 22, XXVII, 37, XXI, e 173, § 1º, III, da Constituição da República, como também dos arts. 2º, § 1º, "a", 4º, I e § 3º, da Lei nº 9.491/1997, dispositivos adiante transcritos, com acréscimo de destaques:

ADI 5624 MC-REF / DF

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
(...)

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e **para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;**

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e **alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

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

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo

ADI 5624 MC-REF / DF

sobre:

(...)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

Art. 2º Poderão ser objeto de desestatização, nos termos desta Lei:

(...)

§ 1º Considera-se desestatização:

a) a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade;

Art. 4º As desestatizações serão executadas mediante as seguintes modalidades operacionais:

I - alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, preferencialmente mediante a pulverização de ações;

(...)

§ 3º Nas desestatizações executadas mediante as modalidades operacionais previstas nos incisos I, IV, V, VI e VII deste artigo, **a licitação poderá ser realizada na modalidade de leilão.**

Em juízo de delibação, entendo que os preceitos da Lei nº 9.491/1997 (diploma legal que revogou a Lei nº 8.031/1990 e rege, na atualidade, o Programa Nacional de Desestatização), porque afinados com a diretriz estabelecida no art. 37, XXI, da Constituição da República e específicos no tocante a situações de desestatização, não de prevalecer sobre o previsto no art. 29, XVIII, da Lei nº 13.303/2016, circunscrita a aplicação deste dispositivo a situações de venda do controle societário fora do contexto do Programa Nacional de Desestatização.

Sem dúvida, à luz da Constituição da República, a licitação constitui

ADI 5624 MC-REF / DF

a regra para a alienação do patrimônio público. Exceções à regra da licitação são admitidas, mas apenas quando previstas em lei, como enuncia a parte inicial do art. 37, XXI, da Magna Carta (*“ressalvados os casos especificados na legislação”*) e sempre com observância dos princípios da administração pública e da razoabilidade.

No tocante a alienações de controle societário implementadas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização, cujos objetivos e procedimentos estão estabelecidos na Lei nº 9.491/1997 – diploma legal expressamente mencionado na medida cautelar trazida a referendo – não há ressalva, especificada na legislação, apta a dispensar o procedimento licitatório.

Pelo contrário. Como realçou o Ministro Edson Fachin, o art. 4º, § 3º, da Lei nº 9.491/1997, embora faculte o uso da modalidade leilão, é peremptório quanto à exigência de procedimento licitatório para que se faça a alienação do controle societário, no âmbito, repito, do Programa Nacional de Desestatização.

Há, portanto, a necessidade, sob a ótica do art. 37, XXI, da Magna Carta, aplicável a toda administração pública, direta e indireta, inclusive às empresas estatais, de resolver o conflito aparente de normas entre o art. 29, XVIII, da Lei nº 13.303/2016 e o art. 4º, § 3º, da Lei nº 9.491/1997, em favor deste último preceito legal, no caso de alienação de controle societário de empresa pública ou sociedade de economia mista inserida no contexto do Programa Nacional de Desestatização. A sinalização desta Suprema Corte na resolução do mencionado conflito aparente de normas, à luz de parâmetro diretamente extraído do texto constitucional (art. 37, XXI, da Magna Carta), está justificada pela própria necessidade de promover a imprescindível segurança jurídica, nas operações de alienação de controle societário de empresas estatais que venham a ser implementadas.

Ressalto, nada obstante, que, em meu entender, há diferença entre desestatização e desinvestimento. Como ressaltado, da tribuna, pelo Advogado-Geral da União, os objetivos da desestatização são outros, nela o Estado se retira da execução de determinada atividade e o produto da

ADI 5624 MC-REF / DF

venda de ativos se incorpora ao patrimônio do ente político instituidor da empresa desestatizada. No caso do desinvestimento, por outro lado, o produto da venda do ativo, inclusive do controle acionário de subsidiárias, vai para a empresa matriz, e não para o ente político que a controla. A empresa matriz, em gestão de seu portfólio, poderá, então, reinvestir o produto da venda de ativos em outros empreendimentos, constantes de seu objeto social, com a finalidade de atingir melhores resultados, em linha com o princípio da eficiência.

Fixada a diferença entre desinvestimento e desestatização, observo que o desinvestimento por meio da alienação do controle societário de subsidiária de empresa pública ou sociedade de economia mista encontra disciplina no art. 29, XVIII, da Lei nº 13.303/2016, dispositivo que, em exame perfunctório, próprio desta etapa processual, parece compatível com o texto constitucional, desde que, na sua aplicação, ainda quando considerada a hipótese de dispensa de licitação, haja a observância de procedimento competitivo e dos princípios da administração pública inscritos no art. 37 da Magna Carta.

Com amparo nessas considerações, peço vênias ao Ministro Ricardo Lewandowski para referendar, em parte, a medida cautelar deferida.

É o voto.

06/06/2019

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 5.624 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

**AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA
CAUTELAR: PRESSUPOSTOS E
REQUISITOS. ESTATUTO JURÍDICO DA
EMPRESA PÚBLICA, DA SOCIEDADE
DE ECONOMIA MISTA E DE SUAS
SUBSIDIÁRIAS, NO ÂMBITO DA
UNIÃO, DOS ESTADOS, DO DISTRITO
FEDERAL E DOS MUNICÍPIOS.
TRANSFERÊNCIA DO CONTROLE
ACIONÁRIO DAS SUBSIDIÁRIAS.
DESINVESTIMENTO. AUSÊNCIA DE
EXIGÊNCIA DE PRÉVIA
AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA.
APLICABILIDADE DA DISPENSA DE
LICITAÇÃO QUANDO HOVER A
PERDA DO CONTROLE ACIONÁRIO
DE SUBSIDIÁRIAS E CONTROLADAS.
LEI 13.303/2016, ARTIGO 29, *CAPUT*,
XVIII. CF/1988, ARTIGO 173, § 1º.
MEDIDA CAUTELAR A QUE SE NEGA
REFERENDO.**

1. O artigo 173, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), ao dispor que, “[r]essalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será

ADI 5624 MC-REF / DF

permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”, erigiu a existência de um *princípio constitucional da subsidiariedade*, segundo o qual as intervenções estatais diretas na seara econômica constituiriam *ultima ratio* no sistema jurídico-constitucional brasileiro, o que, todavia, é contrariado pela realidade empírica brasileira, mercê de o Brasil possuir número maior de empresas estatais, comparativamente às 36 nações integrantes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

2. O interesse público que inspira a atuação direta estatal no artigo 173 não desconhece os fundamentos da ordem econômica, que tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, mas se tempera por outros tantos valores prestigiados pelo constituinte, mormente o princípio da livre iniciativa, da livre concorrência e, para quem a identifica como princípio implícito, a subsidiariedade.

3. A intervenção direta do Estado na economia, além de contingencialmente atrelada aos pendores ideológicos hegemônicos em cada tempo, não prescinde de uma análise econômica e pragmática; é dizer, escolhas essenciais quanto à expansão ou retração do Estado empresário reverberam também o contexto específico do mercado em que ele atua.

ADI 5624 MC-REF / DF

4. *In casu*, se o próprio constituinte não realizou uma escolha categórica a respeito da intervenção do Estado na economia, mas apenas estabeleceu balizas norteadoras desse proceder, não cabe ao Poder Judiciário encampar visão juriscêntrica quanto ao tema, sobrepujando-se aos entendimentos exarados pelo Poder Legislativo (ao editar a lei cuja constitucionalidade se discute) e pelo Poder Executivo (que estabelece metas e prioridades na sua atuação empresária à luz de critérios políticos e econômicos cambiantes).

5. A Lei 13.303/2016 representa verdadeira *innovatio legis* no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que se propõe a regulamentar o artigo 173, § 1º, da CRFB, cujo teor jamais havia sido direta e especificamente densificado pela legislação infraconstitucional.

6. Os objetivos almejados pelo legislador, ao editar o diploma normativo em comento, foram (i) o incremento da segurança jurídica, no que tange ao regime aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista; (ii) a promoção de maior eficiência e economicidade no atuar dessas sociedades, na linha do *direito administrativo gerencial* preconizado pela Emenda Constitucional 19/1998; e (iii) o estímulo à probidade e à moralidade administrativa na gestão das estatais, notadamente por meio

ADI 5624 MC-REF / DF

da adoção de estruturas de governança corporativa e da vedação às ingerências indevidas de determinados agentes políticos ou mercadológicos na administração dessas entidades.

7. O atual contexto de crise econômica impõe que uma das escolhas com as quais depara uma sociedade empresarial seja justamente quanto à necessidade de retração de suas atividades, o que demanda, no planejamento societário, a criação dos chamados *planos de desinvestimento*.

8. Os *planos de desinvestimento*, mercê de constituírem estratégia de gestão empresarial, voltada ao manejo e otimização do portfólio da sociedade, por meio de alienações e retrações na presença de mercado, não se confundem nem implicam a *desestatização* propriamente dita, caracterizada pela retirada do desenvolvimento direto, pelo Estado, de uma atividade econômica *lato sensu*.

9. O desinvestimento não pressupõe nem autoriza a extinção da empresa estatal controladora, ainda que permita, excepcionalmente, a alienação do controle de subsidiárias, as quais representam *desagregação gerencial de tarefas* em que a empresa “mãe” cria outras pessoas jurídicas de direito privado, por ela controladas, como forma de melhorar o desempenho das suas atividades empresariais, mas nem por isso pode dispor das finalidades públicas

ADI 5624 MC-REF / DF

que nortearam a própria criação.

10. O artigo 29, XVIII, da Lei 13.303/2016, que dispensa a realização de procedimento licitatório nas hipóteses de compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que as estatais produzam ou comercializem (artigo 29, XVIII), não autoriza a alienação de controle de sociedades de economia mista e empresas públicas de “primeiro grau” (*i.e.* as controladoras), de modo que não há que se falar em sobreposição ou em contrariedade entre o que dispõe o artigo ora examinado e os ditos Programas de Desestatização (*e.g.* Lei 9.491/1997).

11. O artigo 29, XVIII, da Lei das Estatais, ademais, está inserido num arcabouço normativo que visa à moralização e otimização do Estado em sua vertente empresária, mediante a instituição de mecanismos de *accountability*, governança corporativa e eficiência do atuar das empresas estatais, em contraponto ao patrimonialismo e obscuridade que, por muito tempo, imperaram nas decisões comerciais dessas sociedades.

12. *In casu*, há apenas um aparente conflito entre os imperativos de moralidade, impessoalidade e transparência que devem nortear toda a Administração Pública – inclusive a indireta – e a imprescindibilidade de que as empresas estatais atuem de forma eficiente e

ADI 5624 MC-REF / DF

economicamente racional, submetendo-se, tanto quanto possível, aos ditames do regime jurídico de direito privado, máxime porque as decisões gerenciais de desinvestimento não ocorrem num vazio institucional, mas devem ser realizadas, nos termos da sistemática consagrada pela própria Lei 13.303/2016, com fundamento no plano de negócios e na estratégia de longo prazo apresentados pela empresa.

13. A licitação pública não representa um fim em si mesmo, mas um *meio* através do qual são tutelados os princípios essenciais à Administração Pública insculpidos no artigo 37, *caput*, da CRFB. Por isso mesmo, não se pode equalizar a inexistência de licitação com a inobservância dos princípios da Administração Pública, porquanto outras formas de seleção proba, objetiva, competitiva e eficiente de parceiros econômicos podem ser cogitadas.

14. *In casu*, ao menos na análise perfunctória a que se limita o juízo de referendo cautelar, os critérios adotados pelo Decreto 9.188, de 1º de novembro de 2017, parecem atentar para os imperativos de eficiência, moralidade e impessoalidade administrativos, mercê de os seus objetivos, listados no seu artigo 2º, contemplarem as seguintes diretrizes: (i) incentivar a adoção de métodos de governança corporativa que assegurem a realização do objeto social pela sociedade de economia mista; (ii) conferir

ADI 5624 MC-REF / DF

transparência e impessoalidade aos processos de alienação; (iii) garantir segurança jurídica aos processos de alienação por meio da observância da legislação e das demais normas aplicáveis; (iv) permitir a fiscalização, nos termos da legislação; (v) garantir a qualidade e a probidade do processo decisório que determina o desinvestimento; (vi) permitir a obtenção do maior retorno econômico à sociedade de economia mista e a formação de parcerias estratégicas; (vii) estimular a eficiência, a produtividade e o planejamento de longo prazo das atividades e dos negócios afetos à sociedade de economia mista; (viii) aproximar as sociedades de economia mista das melhores práticas de governança e gestão reconhecidas pelo setor privado; (ix) proporcionar ambiente de previsibilidade e racionalidade para a tomada de decisão pelos agentes envolvidos no setor; e (x) garantir a sustentabilidade econômica e financeira da sociedade de economia mista.

15. O artigo *sub examine* não visou à autorização abstrata e indiscriminada de alienação de participação majoritária do Estado em suas estatais – mas sim admitiu a redução do escopo de atuação destas, inclusive mediante alienação das suas *subsidiárias*. Consectariamente, em casos de mero desinvestimento – ainda que este seja realizado sob a roupagem de alienação do

ADI 5624 MC-REF / DF

controle de empresas subsidiárias –, não há que se demandar lei autorizativa ou processo licitatório prévio, porquanto (i) não houve abdicação, pelo Estado, da sua posição de intervenção direta, haja vista a subsistência da estatal controladora; (ii) a alienação de uma subsidiária não corresponde necessariamente a um juízo de ausência de interesse público na intervenção do Estado empresário; e (iii) a alienação de ativos pode servir para assegurar a estabilidade econômica da estatal controladora, mantendo hígidos os objetivos buscados pelo legislador quando da autorização para a sua criação.

16. Medida cautelar a que se nega referendo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Cuida-se de julgamento conjunto de quatro ações diretas de inconstitucionalidade – de n. 5.624/DF, 5.846/DF, 5.924/MG e 6.029/DF –, todas tendo por objeto a Lei 13.303/2016 (Estatuto das Estatais).

Nas ADIs em exame, impugna-se a integralidade da Lei 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Para os fins da análise quanto ao referendo, ou não, da medida cautelar concedida pelo ministro relator, são pertinentes os seguintes dispositivos legais:

“Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:

(...)

XVIII - na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de

ADI 5624 MC-REF / DF

dívida e de bens que produzam ou comercializem.

§ 1º Na hipótese de nenhum dos licitantes aceitar a contratação nos termos do inciso VI do caput, a empresa pública e a sociedade de economia mista poderão convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas por estes, desde que o respectivo valor seja igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação, inclusive quanto aos preços atualizados nos termos do instrumento convocatório.

§ 2º A contratação direta com base no inciso XV do caput não dispensará a responsabilização de quem, por ação ou omissão, tenha dado causa ao motivo ali descrito, inclusive no tocante ao disposto na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 .

§ 3º Os valores estabelecidos nos incisos I e II do caput podem ser alterados, para refletir a variação de custos, por deliberação do Conselho de Administração da empresa pública ou sociedade de economia mista, admitindo-se valores diferenciados para cada sociedade.”

As normas constitucionais alegadamente violadas são as que cito a seguir:

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

ADI 5624 MC-REF / DF

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada;

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

(...)

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

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

ADI 5624 MC-REF / DF

(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade."

O relator, ministro Ricardo Lewandowski, determinou o apensamento das ADIs 5.846, 5.924 e 6.029 à ADI 5.624/DF e, em decisão monocrática de 27/6/2018, deferiu medida cautelar quanto ao artigo 29, *caput*, XVIII, da Lei 13.303/2016, conferindo-lhe interpretação conforme a Constituição, segundo a qual "*a venda de ações de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas exige prévia autorização legislativa, sempre que se cuide de alienar o controle acionário, bem como que a dispensa de licitação só pode ser aplicada à venda de ações que não importem a perda de controle acionário de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias*" (DJe de 28/6/2018).

Deste modo, conquanto os debates referentes à constitucionalidade da Lei 13.303/2016 sejam sobretudo amplos e complexos – fato esse evidenciado pelas quatro ações diretas de inconstitucionalidade existentes sobre a matéria, reunidas sob a relatoria do ministro Ricardo Lewandowski –, cinge-se a presente controvérsia a apenas *um* dos pontos veiculados pelos requerentes.

Nomeadamente, o que se pretende analisar, neste momento, é se, para a alienação de ações por empresas públicas e sociedades de economia mista, nos casos em que implique perda do poder de controle de suas subsidiárias, deve-se exigir (i) autorização legislativa prévia e (ii) realização de procedimento de licitação.

Feita essa breve introdução, passo à análise do caso concreto.

(i) Colocação do tema:

ADI 5624 MC-REF / DF

O tema em análise traz consigo profundas repercussões político-econômicas. Não se pode perder de vista que a insegurança jurídica que hoje permeia a aplicação e higidez constitucional da Lei das Estatais pode obstaculizar o livre atuar dessas empresas no mercado, justamente num contexto de crise econômica que demanda maior confiabilidade e atratividade no proceder da Administração Pública.

Especificamente no que concerne ao objeto da liminar concedida nas ADIs em análise, vislumbram-se potenciais impactos nos planos de desinvestimento já em progresso, em detrimento do planejamento gerencial das estatais e das decisões institucionais aprovadas pelos respectivos conselho de administração e/ou assembleia-geral de acionistas.

Sob o prisma estritamente jurídico, colocam-se, de um lado, questões referentes aos imperativos de moralidade, impessoalidade e transparência, que devem nortear toda a Administração Pública (artigo 37, *caput*, da CRFB) – inclusive a indireta –, e, de outro, a imprescindibilidade de que as empresas estatais atuem de forma eficiente e economicamente racional, submetendo-se, tanto quanto possível, aos ditames do regime jurídico de direito privado (ainda que com as devidas mitigações).

Trata-se, ademais, de matéria altamente controvertida na literatura especializada brasileira.

Antes de mais nada, penso ser imperativo expor algumas premissas teóricas que sustentam as conclusões do presente voto. São elas, em síntese:

(i) A inexistência de uma definição constitucional apriorística quanto à intensidade e às formas de intervenção direta do Estado na economia e a necessária deferência do Poder Judiciário às escolhas legislativas razoáveis;

(ii) As diferenças entre o desinvestimento mediante alienação de ativos e ações de empresas subsidiárias e o fenômeno da desestatização propriamente dita, para fins de aplicação e interpretação da Lei

ADI 5624 MC-REF / DF

13.303/2016;

(iii) A inexigibilidade de licitação no caso dos planos de desinvestimento;

(iv) A existência de mecanismos de controle da moralidade, eficiência e isonomia no bojo da Lei 13.303/2016; e

(v) A desnecessidade de lei autorizativa para a alienação do controle das sociedades subsidiárias.

É o que passo a desenvolver.

1. A inexistência de uma definição constitucional apriorística quanto à intensidade e formas de intervenção direta do Estado na economia e a necessária deferência do Poder Judiciário às escolhas legislativas.

Nos termos do artigo 173, *caput*, da CRFB, “[r]essalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

A dicção da disposição constitucional levou parte da doutrina a defender a existência de um *princípio constitucional da subsidiariedade*, segundo o qual as intervenções estatais diretas na seara econômica constituiriam *ultima ratio* no sistema jurídico-constitucional brasileiro.

A essa doutrina contrapõem-se, contudo, duas possíveis objeções.

A primeira, de índole doutrinária, sustenta a impossibilidade de semelhante leitura, à luz de uma interpretação sistemática do próprio texto constitucional.¹

1 Veja-se, por exemplo, o que afirma José Vicente Mendonça: “*não seria honesto afirmar que a Constituição brasileira de 1988 afirmou a primazia de uma opção econômica em suas mínimas gradações. Nem o Estado mínimo nem o Estado máximo foram constitucionalizados. O que há é a constitucionalização de conteúdos essenciais; o restante, que é o coração e a alma da política ordinária, foi deixado ao espaço da deliberação cotidiana. A Constituição garante o direito de propriedade e a livre iniciativa, mas não se pode afirmar, por exemplo, que está terminantemente proibido o tabelamento de preços. Podem existir situações nas quais o tabelamento ou algum outro controle menos drástico seja*

ADI 5624 MC-REF / DF

A segunda é de natureza empírica: o Brasil é o país que tem o maior número de estatais, entre as 36 nações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).² Segundo dados apresentados pelo Tesouro Nacional, a União detinha, em 2017, participação em 148 estatais controladas direta e indiretamente e gastou, nesse ano, R\$ 9,3 bilhões a mais com empresas estatais do que arrecadou. Segundo o Boletim das Participações Societárias da União de 2017, o Tesouro recebeu R\$ 5,5 bilhões em dividendos e juros sobre capital próprio das estatais federais naquele ano, mas desembolsou R\$ 14,8 bilhões em gastos com pessoal, investimento ou custeio (manutenção) dessas empresas.³

Destarte, pode-se dizer que a criação e a extinção de empresas estatais refletem as visões ideológicas sobre qual o papel do Estado na ordem econômica; é legítimo que não haja consenso sobre os contornos normativos do artigo 173 da CRFB, não sendo casual que o constituinte tenha adotado conceitos jurídicos indeterminados nesse particular. É o aspecto democrático da abertura do texto constitucional.

possível. Desvendar, do alto da cátedra, um destino econômico manifesto para a Constituição não é agir de modo científico, mas aproveitar o espaço de expressão profissional para fazer política. Doutrinas abrangentes razoáveis existem muitas, mas o papel da doutrina do Direito, ao menos quando normativa, é o de destacar razões públicas possíveis de serem utilizadas no discurso jurídico prático. O texto da Constituição ainda é útil sob outra forma. A própria redação do art. 173 é exemplificativa da torção ideológica à qual muitas vezes as palavras são submetidas. Fora a incomum hipótese de imperativo de segurança nacional, afirmar que “relevante interesse coletivo” significa “em último caso” é colocar palavras na boca da Constituição. A interpretação constitucionalmente adequada do art. 173, aquela que não se mostra refém de nenhuma doutrina abrangente, mas lida apenas com razões públicas, é, por curioso que soe, a interpretação literal: relevante interesse coletivo significa hipótese muito importante, que não necessariamente virá em último caso ou como última alternativa à atuação privada.” (MENDONÇA, José Vicente Santos de. A interpretação do direito econômico e o ideal de razão pública: o caso da intervenção direta monopolística e concorrencial. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009).

2 Disponível em: <http://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2018/11/03/brasil-e-campeao-em-numero-de-estatais-entre-economias-mais-desenvolvidas>

3 Dados disponíveis em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-10/gastos-da-uniao-com-estatais-superam-receitas-em-r-93-bilhoes>

ADI 5624 MC-REF / DF

As doutrinas abrangentes, quando razoáveis, englobam diversos aspectos da existência humana, podendo ser objeto de um consenso sobreposto que ultrapassa questões meramente políticas, religiosas ou morais (RAWLS, John. *Liberalismo Político*. São Paulo: Ática, 2000).

Essa neutralidade política da constituição econômica não se confunde com a neutralidade econômica do Estado. Não propugna um Estado mínimo, mas, ao contrário, permite, a partir do texto constitucional, que a soberania popular delinieie os contornos da atuação do Estado, ora se aproximando do constitucionalismo dirigente ora do neoconstitucionalismo econômico.⁴

A despeito de visões partidárias, reprováveis à luz da razão pública, nossa Constituição admite muitos caminhos. O interesse público que inspira a atuação direta estatal no artigo 173 não desconhece os fundamentos da ordem econômica, que tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, mas se tempera por outros tantos valores prestigiados pelo constituinte, mormente o princípio da livre iniciativa, da livre concorrência e, para quem a

4 _____ “Para uma teoria constitucional politicamente imparcial não é legítimo conformar para as gerações futuras, pela via constituinte, um projeto econômico-social abrangente. Isso corresponderia a negar a possibilidade de as outras doutrinas abrangentes razoáveis serem realizados não só no presente, mas também no futuro, os seus projetos sociais. (...) Qualquer restrição às decisões majoritárias deve ser justificada a partir da própria democracia. **Opções como estatizar ou desestatizar determinada esfera da atividade econômica são novamente transferidas para a deliberação popular.** As maiorias, obviamente, devem poder optar pelo livre mercado, mas devem ter também a prerrogativa de não fazê-lo. A constitucionalização do estado mínimo viola gravemente o princípio democrático.

No âmbito dessa vertente, as posições podem variar desde um procedimentalismo radical, como o de Ely, até um modelo cooperativo, como o de Bohman, passando pelo procedimentalismo deliberativo de Habermas. **Há ainda quem formule a proposta de suprimir a prerrogativa de o Judiciário anular a atividade legislativa contrária à Constituição.** Esta última proposta leva, contudo, a uma ‘teoria constitucional sem constituição.’” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. O dilema constitucional contemporâneo entre o neoconstitucionalismo econômico e o constitucionalismo democrático. *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. COUTINHO; LIMA (Org.) Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 123-124)

ADI 5624 MC-REF / DF

identifica como princípio implícito, a subsidiariedade.

Há que se considerar, sempre, a existência daquilo que Robert Alexy denominou de *margem de ação epistêmica de natureza normativa*, presente quando “*não há certeza sobre qual é a maneira mais apropriada de ponderar os direitos fundamentais que estão em jogo, e reconhece-se que o legislador tem um determinado marco, dentro do qual ele pode tomar uma decisão de acordo com a sua própria valoração*” (ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Vol. 66, 2002, p. 50, tradução livre).

A respeito, são pertinentes as considerações tecidas por André Rodrigues Cyrino, no sentido de que “*a ductibilidade reforçada pelo caráter compromissório da Constituição como um todo gera uma ambivalência, isto é, a existência de princípios contrapostos (e.g., ao lado da propriedade há a necessidade de que se observe a sua função social), que, de certa forma, tendem a delegar para os agentes eleitos de cada momento a eleição dos variados modelos ou formas de ordenar a vida econômica, e o maior ou menor protagonismo do Estado*” (CYRINO, André Rodrigues. *Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 122).

Diante desse cenário, não se pode dizer que existe uma decisão constitucional apriorística a respeito da intensidade ou imprescindibilidade da intervenção direta do Estado na seara econômica. O fenômeno, além de contingencialmente atrelado aos pendores ideológicos hegemônicos em cada tempo, não prescinde de uma análise econômica e pragmática; é dizer, escolhas essenciais quanto à expansão ou retração do Estado empresário reverberam também o contexto específico do mercado em que ele atua.

Daí decorre uma importante constatação para a resolução da presente controvérsia: se o próprio constituinte não realizou uma escolha categórica a respeito da intervenção do Estado na economia, mas apenas estabeleceu balizas norteadoras desse proceder, não cabe ao Poder Judiciário encampar visão juriscêntrica quanto ao tema, sobrepujando-se aos entendimentos exarados pelo Poder Legislativo (ao editar a lei cuja

ADI 5624 MC-REF / DF

constitucionalidade se discute) e pelo Poder Executivo (que estabelece metas e prioridades na sua atuação empresária à luz de critérios políticos e econômicos cambiantes).

Assim, parece perfeita a síntese do ministro Eros Grau, que, em sede doutrinária, realçou a necessidade de a constitucionalidade da privatização ser considerada caso a caso. Qualquer generalização se encontra imbuída de forte cunho político-ideológico. Confira-se:

*“Ainda mais, é necessário compreendermos que **inexiste uma única formula acabada, genérica a pautar qualquer política de privatização de empresas estatais. Há, por certo, empresas estatais prestadoras de serviços públicos que podem e até devem ser privatizadas, passando a ocupar a situação de concessionárias de serviços públicos; de outra parte, há empresas estatais que empreendem atividade própria do setor privado que podem e empresas estatais que empreendem atividade própria do setor privado que não devem ser privatizadas.***

O que se pode dizer em relação a essa matéria é que cada caso é um caso, no quadro das circunstâncias de cada Estado; por isso, se pretendermos manifestar algum comentário a respeito da privatização de empresas estatais, nada deve ser dito genericamente; devemos analisar cada caso, um a um, conforme se apresente entre nós, no quadro da realidade nacional. O resto não passa de discurso vazio, sem sentido, ideológico – no sentido forte da expressão, isto é, discurso que oculta a realidade, voluntária ou involuntariamente.” (GRAU, Eros. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 286-287)

É esse, então, o norte hermenêutico que se propõe para a resolução do caso concreto.

2. A interpretação a ser conferida ao artigo 29, XVIII, da Lei 13.303/2016: diferenças entre o desinvestimento mediante alienação de ativos e ações de subsidiárias e o fenômeno da desestatização propriamente dita.

ADI 5624 MC-REF / DF

A Lei 13.303/2016 representa verdadeira novidade no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que se propõe a regulamentar o artigo 173, § 1º, da CRFB⁵, cujo teor jamais havia sido direta e especificamente densificado pela legislação infraconstitucional.

Pode-se dizer, em apertada síntese, que os objetivos almejados pelo legislador, ao editar o diploma normativo em comento, foram (i) o incremento da segurança jurídica, no que tange ao regime aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista; (ii) a promoção de maior eficiência e economicidade no atuar dessas sociedades, na linha do *direito administrativo gerencial* preconizado pela Emenda Constitucional 19/1998; e (iii) o estímulo à probidade e à moralidade administrativa na gestão das estatais, notadamente por meio da adoção de estruturas de governança corporativa e da vedação às ingerências indevidas de determinados agentes políticos ou mercadológicos na administração dessas entidades.

Ao que interessa à problemática *sub examine*, são especialmente

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

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

ADI 5624 MC-REF / DF

relevantes os dispositivos contidos nos artigos 28, § 3º, e 29, XVIII, os quais transcrevo a seguir:

“Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.

(...)

§ 3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:

I - comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no caput, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais;

II - nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.

§ 4º Consideram-se oportunidades de negócio a que se refere o inciso II do § 3º a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente.

Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:

(...)

XVIII - na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem.”

Duas perguntas se impõem, à luz dos dispositivos normativos em

ADI 5624 MC-REF / DF

tela e dos contornos da medida cautelar que ora se pretende ver referendada:

(i) A norma contida no artigo 29, XVIII, da Lei 13.303/2016 abarca as hipóteses em que a venda de ações e ativos da estatal implica a alienação do controle das subsidiárias das empresas estatais?

(ii) Em caso positivo, seria possível semelhante alienação sem a preexistência de autorização legislativa?

No entender do ministro relator, consoante se verifica na decisão monocrática exarada nestes autos, a resposta a semelhantes indagações é *negativa*. É dizer, apenas quando a venda de ações e ativos não configurar perda da condição de controlador é que haveria a inexigibilidade de licitação contida na lei de regência.

Essa leitura, contudo, no meu entendimento, vai de encontro à *ratio* dos dispositivos legais supratranscritos, pelos motivos que passo a desenhar abaixo.

a) A alienação de ativos das empresas estatais e a inexigibilidade de licitação no caso dos planos de desinvestimento

Não é novo o entendimento segundo o qual os entraves típicos da Administração Pública devem ser temperados, no caso das empresas estatais.

Tal entendimento se coaduna com o que a doutrina administrativista desde há muito apontava, no sentido de que a submissão das empresas estatais aos entraves aplicáveis às demais entidades da Administração Pública indireta poderia ter efeitos adversos incompatíveis com o próprio objetivo institucional dessas sociedades, nulificando a opção constitucional que autorizara a atuação empresarial do Estado.⁶

6 _____ Nessa toada, a doutrina clássica de Celso Antônio Bandeira de Mello indicava que a transposição, *tout court*, do procedimento licitatório tradicional às estatais “*não seria exequível em relação aos seus rotineiros procedimentos para operar o cumprimento das atividades negociais em vista das quais foram criadas. As delongas, que lhe são próprias, inibiriam seu desempenho expedito e, muitas vezes, obstariam à obtenção do negócio vantajoso*”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 186.). No mesmo sentido,

ADI 5624 MC-REF / DF

Para Carlos Ari Sunfeld e Rodrigo Pagani, “[é] evidente que a opção legislativa pela criação de entidades da Administração indireta sob a forma empresarial, desde o início, traduzia e traduz aspirações importantes. É opção, certamente, por uma criatura que observará um regime de contratação de bens, obras e serviços diferenciado daquele que observarão as demais entidades da Administração indireta (o próprio Texto Constitucional em vigor, como visto, diz sobre esta diferenciação). É evidente, inclusive, que tal opção legislativa tinha e tem o propósito legítimo de liberar as criaturas, ao menos em parte, das constrações impostas pelo regime de direito público. (...) A opção é legítima na medida em que não traz em si qualquer imoralidade ou ilegalidade (lembre-se de que as estatais não são um “pecado tolerado”, mas um modelo de organização da Administração Pública constitucionalmente previsto)”⁷

Nessa linha, Marçal Justen Filho afirma que, “[q]uando o Estado exercita atividade econômica, subordina-se ao regime jurídico e aos mecanismos próprios da empresa privada. A adoção de regime de direito público para disciplinar licitações e contratos acarreta impedimentos, obstáculos e preferências que são incompatíveis com a livre competição. Por um lado, o regime de direito público acarreta dificuldades que oneram de modo insuportável as empresas estatais. A observância das regras minuciosas, detalhistas e formalistas torna inviável uma atuação empresarial eficiente. Por outro lado, o regime típico de direito público contempla certos privilégios e benefícios que não são extensíveis às empresas privadas. Isso também compromete a eficiência e propicia o comprometimento da livre concorrência.”⁸

Deveras, mesmo antes da edição da Lei 13.303/2016, formara-se um relativo consenso quanto à inexigibilidade de licitação pública na hipótese de contratações, pelas empresas estatais, diretamente

BARROSO, Luís Roberto. Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. Inocorrência de abuso do poder econômico. *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, v. 18, p. 100, 1998.

7 _____SUNDFELD, Carlos Ari; DE SOUZA, Rodrigo Pagani. Licitação nas estatais: levando a natureza empresarial a sério. *Revista de Direito Administrativo*, v. 245, p. 13-30, 2007.

8 JUSTEN FILHO, Marçal. *Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/16 “Lei das Estatais”*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ADI 5624 MC-REF / DF

relacionadas à consecução da sua atividade-fim.⁹

A escolha de parceiros negociais para a conjugação de esforços depende, frequentemente, *“da escolha de parceiro adequado. Isso envolve não apenas a titularidade de recursos econômicos, mas também a presença de outros requisitos, inclusive a expertise e o domínio das técnicas pertinentes ao objeto a ser executado em conjunto. Em muitos casos, o sucesso da associação pressupõe níveis comuns de experiência, práticas empresariais similares, situações de mercado específicas.”*¹⁰

Agrega-se a esse cenário a potencial existência de limitações e/ou condicionamentos de ordem societária à realização de determinadas transações econômicas. A respeito, Marcos Juruena Villela Souto, comentando o disposto na Lei 8.666/1993, artigo 17, II, c, mesmo anteriormente à edição do Estatuto das Estatais, já afirmava que *“nada obsta que se entenda que a venda das ações, em qualquer hipótese, prescinde de licitação e que a sua negociação em bolsa é apenas uma faculdade prevista na*

9 _____ Cite-se, exemplificativamente, o voto proferido pelo ministro Guilherme Palmeira no bojo do Acórdão TCU 624/2003-Plenário: *“Nesse contexto, não há dúvida de que o financiamento rural disponibilizado pelo Banco do Brasil representa uma operação bancária típica e que a contratação do seguro que lhe é afeta caracteriza-se como uma operação bancária acessória, operações estas diretamente vinculadas à atividade-fim. Além disso, não seria demais ressaltar que a responsabilidade pelo pagamento do prêmio do seguro é exclusiva do mutuário, não se constituindo assim uma despesa a cargo da instituição bancária. (...) Note-se que o controle, seja interno, seja externo, a ser exercido sobre as atividades desenvolvidas pelo Banco do Brasil se dará sob o enfoque dos resultados por ele obtidos, e, nesse particular, sob o prisma da eficiência, haja vista o modelo gerencial introduzido na administração pública pela reforma administrativa (EC nº 19/1998). Assim, entendo que exigir do Banco do Brasil - nas condições postas de estar atuando em um mercado concorrencial, sob o jugo do princípio da eficiência - a realização de licitação para contratar seguro de penhor rural nas operações de financiamento rural iria de encontro às próprias deliberações desta Corte em que foram excepcionadas da incidência da Lei nº 8.666/1993 aquelas operações incluídas nas atividades finalísticas das empresas. Nos termos já decididos, até que seja editada a norma legal de que trata o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, as estatais deverão observar os ditames da Lei nº 8.666/1993 e de seu próprio regulamento, podendo utilizar-se da situação de inexigibilidade quando da contratação de serviços que constituam sua atividade-fim.”*

10 _____ JUSTEN FILHO, Marçal. *Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/16 “Lei das Estatais”*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ADI 5624 MC-REF / DF

norma. Assim, sob esta ótica, a negociação em bolsa não teria sido a única e obrigatória via eleita pelo legislador ordinário para proceder à alienação das ações. Ao revés, a regra seria a alienação direta das ações, cabendo ao administrador, no exercício de integração da norma, optar pelo leilão em bolsa. Lembre-se que as ações vinculadas a acordos de acionistas, uma vez averbadas nos termos da lei, não poderão ser negociadas em bolsa ou no mercado de balcão (art. 118, §4º, da Lei nº 6.404/1976).”¹¹

Assim sendo, ao excepcionar a regra constitucional da licitação, para **a compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem**, a Lei 13.303/2016 abre espaço para que decisões empresariais estratégicas sejam realizadas nos termos do que acordado pela estrutura societária de controle.

Essas escolhas, a seu turno, não ocorrem num vazio institucional, mas devem ser realizadas, nos termos da sistemática consagrada pela própria Lei 13.303/2016, com fundamento no plano de negócios e na estratégia de longo prazo apresentados pela empresa.¹²

11 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 158.

12 _____ Art. 23. É condição para investidura em cargo de diretoria da empresa pública e da sociedade de economia mista a assunção de compromisso com metas e resultados específicos a serem alcançados, que deverá ser aprovado pelo Conselho de Administração, a quem incumbe fiscalizar seu cumprimento.

§ 1º Sem prejuízo do disposto no *caput*, a diretoria deverá apresentar, até a última reunião ordinária do Conselho de Administração do ano anterior, a quem compete sua aprovação:

I - plano de negócios para o exercício anual seguinte;

II - estratégia de longo prazo atualizada com análise de riscos e oportunidades para, no mínimo, os próximos 5 (cinco) anos.

§ 2º Compete ao Conselho de Administração, sob pena de seus integrantes responderem por omissão, promover anualmente análise de atendimento das metas e resultados na execução do plano de negócios e da estratégia de longo prazo, devendo publicar suas conclusões e informá-las ao Congresso Nacional, às Assembleias Legislativas, à Câmara Legislativa do Distrito Federal ou às Câmaras Municipais e aos respectivos tribunais de contas, quando houver.

§ 3º Excluem-se da obrigação de publicação a que se refere o § 2º as informações de natureza estratégica cuja divulgação possa ser comprovadamente prejudicial ao interesse da empresa

ADI 5624 MC-REF / DF

Ora, se a escolha no sentido de firmar parcerias negociais deverá ser tomada nos termos do que estabeleceram os mecanismos de controle interno da sociedade, faz sentido que as decisões quanto à alienação dessas participações seja realizada nas mesmas condições, sob pena de serem criados, por vias transversas, incentivos para que as estatais *jamaiz* adquiram novas participações (justamente em razão da dificuldade de se desvencilhar, posteriormente, de ativos que não mais se coadunam com seu planejamento institucional).

Converge com essa perspectiva a visão de Alexandre Santos de Aragão, para quem *“[a] alienação dos bens que constituam ativos estratégicos da empresa não pode ter preocupações meramente financeiras, já que, dependendo do adquirente, pode gerar efeitos deletérios para a posição da estatal no mercado em que atua. São situações que sempre dependerão de cada caso concreto, mas poderíamos dar alguns exemplos hipotéticos: a alienação de participação societária em empresas que atuem no mesmo mercado ou em mercados relacionados; quando houver acordos de acionistas limitando a alienação de tais participações (ex.: dando direito de preferência aos atuais sócios); a venda de patentes essenciais para a atuação no mercado; a alienação de bens imóveis de grande importância comercial para o exercício da atividade-fim, etc. Em todas essas hipóteses, sobretudo na alienação de participações societárias, é cogitável a ausência de licitação, já que as alienações estão longe de possuir aspectos meramente financeiros e os aspectos estratégicos a elas associados possuem contornos bastante fluidos para serem objetivamente licitados.”*¹³

Prossegue afirmando: *“[c]om efeito, se a formação de parcerias de qualquer espécie já possuía um respaldo mais consolidado na doutrina e na jurisprudência, assim como a ausência de necessidade de licitação para os contratos necessários ao exercício de sua atividade-fim, o tema da alienação de ativos estratégicos era ainda pouco versado, e em boa hora o Estatuto veio encampar a lógica doutrinária defendida. E o faz em razão da presença na mesma axiologia jurídica: não prejudicar a atuação da estatal na atividade econômica que*

pública ou da sociedade de economia mista”.

13 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. São Paulo: Forense, 2017, ebook, posições 5689 e 5717).

ADI 5624 MC-REF / DF

lhe foi incumbida por lei”.

Por isso, ainda para o professor titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, “[n]enhuma grande empresa privada – e esse deve ser o parâmetro para uma estatal atuando em um mercado competitivo –, vendendo seus ativos estratégicos ou participações em empresas que continuarão atuando no seu mercado, estará preocupada apenas em arrecadar o maior montante possível de dinheiro. Há questões estratégicas e de longo prazo, muito mais relevantes envolvidas nessas operações, e de difícil aferição objetiva.”¹⁴

b) O alcance da norma contida no artigo 29, XVIII: distinção entre desinvestimentos e desestatização

Sobretudo num contexto de crise econômica, é cediço que uma das escolhas perante as quais se depara uma sociedade de cunho empresarial será justamente quanto à necessidade ou não de retração de suas atividades – seja em sua abrangência, seja em sua intensidade.¹⁵

Não é necessário nenhum esforço hermenêutico para chegar à conclusão de que a retração de negócios – ou, alternativamente, a alienação de ativos para fins de obtenção de recursos para direcionamento de investimentos noutras áreas econômicas – não é fenômeno apartado da realidade das empresas estatais brasileiras.

É aí que assumem relevância os chamados *planos de desinvestimento*, os quais não se confundem com o conceito jurídico de *desestatização*.

Enquanto os primeiros são estratégia de gestão empresarial, voltada ao manejo e otimização do portfólio da sociedade, por meio de alienações e retrações na presença de mercado, a segunda significa a retirada completa do Estado do desempenho direto de uma atividade econômica

14 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. São Paulo: Forense, 2017, ebook, posições 5689 e 5717).

15 Nos próximos dois anos, 99% das empresas brasileiras têm planos para fazer algum tipo de desinvestimento, segundo o Global Corporate Divestment Study 2019” (Disponível em: <https://www.valor.com.br/patrocinado/ey/negocios-em-transformacao/desinvestir-para-crescer>

ADI 5624 MC-REF / DF

lato sensu.

Assim, como bem colocado pela Advocacia-Geral da União em sua manifestação nos autos da ADI 5.846, “[o] *desinvestimento (...) é um plano de reposicionamento empresarial em que opções de investimento de uma empresa em determinado mercado são sopesadas à luz de interesses próprios, como os de reestruturar seu perfil de endividamento, influir estrategicamente no comportamento de concorrentes e providenciar a adaptação a determinadas conjunturas de mercado (desfavoráveis ou não)*”.

Também para Carolina Fidalgo e Patrícia Sampaio, “*a criação de subsidiárias ou a participação em sociedades privadas por empresas estatais, desde que para a exploração da atividade definida na lei de autorização, constitui uma decorrência da lógica empresarial, sendo operações inerentes à adoção do formato societário de direito privado. Esses instrumentos societários deverão apresentar alguma relação com a atividade realizada pela sua matriz e com o interesse público que fundamenta a atuação direta do Estado em um setor submetido à livre iniciativa.*”¹⁶

Noutros termos, a hipótese consubstanciada pela Lei 13.303/2016 não abarca, em seu âmbito de aplicação, a possibilidade de extinção pura e simples da empresa estatal de primeiro grau.

O Decreto 9.188, de 1º de novembro de 2017, que “*estabelece regras de governança, transparência e boas práticas de mercado para a adoção de regime especial de desinvestimento de ativos pelas sociedades de economia mista federais*”, faz essa distinção, ao indicar que “[a]s disposições previstas neste Decreto não se aplicam às hipóteses em que a alienação de ativos esteja relacionada aos objetos sociais das entidades previstas no caput e no § 1º, às empresas de participação controladas pelas instituições financeiras públicas e aos bancos de investimentos, que continuarão sendo regidos pelo disposto no art. 28, § 3º, inciso 1, da Lei nº 13.303, de 2016”.

Referida norma, vale mencionar, foi fruto de recomendação oriunda do Tribunal de Contas da União, expedida por meio do Acórdão 442/2017, do Plenário daquela Corte, cuja conclusão foi versada da seguinte maneira: “*9.5 recomendar à Casa Civil da Presidência da República*

16 FIDALGO, Carolina; SAMPAIO, Patrícia. *Privatizações de empresas estatais do setor elétrico e a polêmica acerca da necessidade (ou não) de prévia lei autorizativa*. No prelo, 2019.

ADI 5624 MC-REF / DF

que avalie a conveniência e oportunidade de propor, com a urgência que considerar adequada, norma específica que disponha sobre alienações e desinvestimentos de sociedades de economia mista”.

A tais considerações deve-se agregar, ainda, o fato de que a literalidade do artigo 29, XVIII, da Lei 13.303/2016 não permite chegar à conclusão de que seu conteúdo admitiria a alienação do controle das sociedades de economia mista e empresas públicas de primeiro grau. Explico.

Nesses casos, não há que se falar em mera desagregação gerencial de tarefas (nas quais a empresa “mãe” cria outras pessoas jurídicas de direito privado, por ela controladas, como forma de melhorar o desempenho das suas atividades empresariais, mas nem por isso pode dispor das finalidades públicas que nortearam a própria criação). Trata-se mesmo de *retração* do Estado da esfera daquela atividade, por considerar a insubsistência completa das razões que o levaram a intervir diretamente na economia.

Por esses motivos, considero que não há que se falar em sobreposição ou em contrariedade entre o que dispõem o artigo ora examinado e os ditos Programas de Desestatização (Lei 9.491/1997), aí sim passíveis de concretização mediante leilão.

Destarte, conquanto uma leitura isolada do artigo 29, XVIII, da Lei 13.303/2016 poderia levar ao entendimento de que existiria ali, implicitamente, uma autorização genérica para a retirada abrupta do Estado da sua atividade econômica *lato sensu*, o que se percebe da interpretação sistemática do diploma é justamente o contrário.

c) A existência de mecanismos de controle da moralidade, eficiência e isonomia no bojo da Lei 13.303/2016

Para além de tudo quanto foi mencionado, relembro que a disposição contida no artigo 29, XVIII, da Lei das Estatais não veio sozinha. Insere-se, em verdade, num arcabouço normativo que visa à moralização e otimização do Estado em sua vertente empresária.

ADI 5624 MC-REF / DF

Não por outro motivo, percebem-se as inúmeras inclinações do diploma em prol da transparência, controle e eficiência do atuar das empresas estatais, em contraponto ao patrimonialismo e obscuridade que, por muito tempo, imperaram nas decisões comerciais dessas sociedades.

Apenas exemplificativamente, cite-se a criação dos seguintes mecanismos: (i) requisitos de transparência, tais como a elaboração de carta anual, subscrita pelos membros do conselho de administração, com a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela empresa pública, pela sociedade de economia mista e por suas subsidiárias, em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para suas respectivas criações, com definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim, bem como dos impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos, mensuráveis por meio de indicadores objetivos; (ii) a divulgação tempestiva e atualizada de informações relevantes, em especial as relativas a atividades desenvolvidas, estrutura de controle, fatores de risco, dados econômico-financeiros, comentários dos administradores sobre o desempenho, políticas e práticas de governança corporativa e descrição da composição e da remuneração da administração; (iii) a elaboração e divulgação da política de transações com partes relacionadas, de acordo com os requisitos de competitividade, conformidade, transparência, equidade e comutatividade, que deverá ser revista, no mínimo, anualmente e aprovada pelo conselho de administração; (iv) a elaboração e divulgação de Código de Conduta e Integridade; (v) a criação de comitê de auditoria estatutário como órgão auxiliar do conselho de administração; e (vi) a avaliação de desempenho, individual e coletiva, de periodicidade anual, dos administradores e dos membros de comitês, observados os seguintes quesitos mínimos: a) exposição dos atos de gestão praticados, quanto à licitude e à eficácia da ação administrativa; b) contribuição para o resultado do exercício; c) consecução dos objetivos estabelecidos no plano de negócios e atendimento à estratégia de longo prazo.

A licitação pública, lembre-se, não representa um fim em si mesmo,

ADI 5624 MC-REF / DF

mas um *meio* através do qual são tutelados os princípios essenciais à Administração Pública insculpidos no artigo 37, *caput*, da CRFB. Por isso mesmo, não se pode equalizar a inexistência de licitação com a inobservância dos princípios da Administração Pública, máxime porque outras formas de seleção proba, objetiva, competitiva e eficiente de parceiros econômicos podem ser cogitadas.¹⁷

In casu, ao menos na análise perfunctória a que se limita o juízo de referendo cautelar, os critérios adotados pelo Decreto 9.188, de 1º de

17 *“Uma adequada exegese do nosso texto constitucional necessita, por isso, harmonizar as situações. É necessário que o dever de licitar imposto pelo art. 37, XXI, da CF conviva satisfatoriamente, e sem conflitos, com a liberdade de atuação negocial que devem ter as empresas estatais exploradoras de atividade econômica, para que não sejam desequiparadas das empresas privadas comuns, nos termos do art. 173, § 1º, da CF. Se entendermos que o dever de licitar não deve sofrer qualquer tipo de atenuação, estaremos desatendendo a ratio da norma constitucional que determina a igualdade de tratamento, sob regime privado, entre as duas diferentes espécies de empresas. (...) Logo, o caminho hermenêutico proposto é o de garantir a aplicação do princípio da licitação em todos os contratos em que isso seja plenamente possível e razoável, sem que sejam tiradas as condições de competitividade de mercado e de igualdade que a empresa estatal exploradora de atividade econômica deve ter com as empresas privadas comuns que atuam no seu ramo de atividades. Nos casos em que isso não for comprovadamente possível, e a licitação vier a afetar indubitavelmente a equiparação garantida constitucionalmente, ela deverá ceder espaço à liberdade de contratação. (...) Por isso, melhor será não utilizarmos a distinção conceitual simplificadora de contratos relacionados à atividade-fim ou à atividade meio das empresas estatais, ou mesmo de contratos cujo objeto se relacione a operações de rotina das atividades negociais destas pessoas jurídicas, para fins da definição da exata exegese que estamos propondo in casu. Melhor será analisarmos dentro de cada situação empresarial concreta que contratações seriam indubitavelmente indispensáveis para o exercício da atividade econômica para a qual a empresa foi criada e que trariam um intransponível óbice à sua atuação de mercado, dentro das condições normais de competitividade, se fossem obrigatoriamente licitadas. Pouco importará, assim, se o objeto contratual se encarta, ou não, a priori, em uma atividade-fim ou de rotina negocial da empresa. Se o contrato for daqueles em que a licitação não retirará — dentro de padrões normais de planejamento, atuação e boa gestão — sua competitividade de mercado, o dever de licitar será exigido. Caso contrário, se for um ajuste negocial relacionado com a razão que ensejou sua criação para atuar na vida econômica, e a realização vier, comprovadamente — respeitados os padrões normais de planejamento e diligência gerencial —, a prejudicar sua competitividade de mercado em relação ao que podem fazer outras empresas privadas comuns, a contratação direta deverá ser liberada.”* (CARDOZO. José Eduardo Martins. O dever de licitar e

ADI 5624 MC-REF / DF

novembro de 2017, parecem atentar para os imperativos de eficiência, moralidade e impessoalidade administrativos, mercê de os seus objetivos, listados no seu artigo 2º, contemplarem as seguintes diretrizes: (i) incentivar a adoção de métodos de governança corporativa que assegurem a realização do objeto social pela sociedade de economia mista; (ii) conferir transparência e impessoalidade aos processos de alienação; (iii) garantir segurança jurídica aos processos de alienação por meio da observância da legislação e das demais normas aplicáveis; (iv) permitir a fiscalização, nos termos da legislação; (v) garantir a qualidade e a probidade do processo decisório que determina o desinvestimento; (vi) permitir a obtenção do maior retorno econômico à sociedade de economia mista e a formação de parcerias estratégicas; (vii) estimular a eficiência, a produtividade e o planejamento de longo prazo das atividades e dos negócios afetos à sociedade de economia mista; (viii) aproximar as sociedades de economia mista das melhores práticas de governança e gestão reconhecidas pelo setor privado; (ix) proporcionar ambiente de previsibilidade e racionalidade para a tomada de decisão pelos agentes envolvidos no setor; e (x) garantir a sustentabilidade econômica e financeira da sociedade de economia mista.

d) A desnecessidade de lei autorizativa para a alienação do controle das sociedades subsidiárias (estatais ditas de *segundo grau*)

Por fim, à luz de tudo que foi mencionado, ousou divergir do entendimento do ministro relator, embora considere que este foi premido de profunda e louvável preocupação pela tutela do patrimônio e erário públicos.

A constatação de que o artigo *sub examine* não visou à autorização abstrata e completamente à alienação de participação majoritária do Estado em suas estatais – mas sim admitir a redução do escopo destas, inclusive mediante alienação do controle das suas subsidiárias – permite

os contratos das empresas estatais que exercem atividade econômica. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; e SANTOS, Márcia Valquiria Batista dos (Orgs.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1284 a 1288)

ADI 5624 MC-REF / DF

tecer um *distinguishing* entre o caso em tela e o tradicional entendimento desta Corte, relativo à necessidade de lei (ainda que genérica) autorizativa de alienação do controle das estatais.

Com efeito, não se trata, aqui, de desconsiderar as decisões pretéritas desta Corte, nas quais se assentou a necessidade de lei autorizativa para a desestatização, à luz do *paralelismo*.¹⁸ Trata-se, apenas, de dizer que, em casos de mero desinvestimento – ainda que este seja realizado pela via da alienação do controle de subsidiárias –, tal paralelismo seria despiciendo,

18 É bem verdade que a autorização para a *criação* de empresas estatais deve ser dada por lei específica, consoante estabelecem o artigo 37, XIX, e o artigo 173, *caput*, ambos da CRFB. Além de impedir que a autorização para criação da estatal seja contrabandeada em lei genérica ou multidisciplinar, o princípio da legalidade também impõe que o interesse público específico que motivou a atuação direta do Estado no setor econômico seja explicitado e tornado público. No entanto, a literalidade do artigo 37, XIX, da CRFB exige lei específica tão-somente para que seja “autorizada a instituição” da empresa estatal. Nada trata da extinção ou qualquer forma de desestatização. **O princípio da autorização legislativa constitui uma limitação à atuação organizacional do Estado**, sem contrapartida de direitos fundamentais de terceiros, o que enseja uma interpretação restritiva. Pode-se aduzir, ainda, que o princípio da reserva de lei autorizativa homenageia a separação de poderes. Embora a empresa estatal a ser criada passe a integrar a Administração Pública, cuja gestão e desenho institucional incumbem ao Poder Executivo, pretendeu o constituinte prestigiar a participação do Poder Legislativo no nascimento dessas empresas. Por tal razão, *a lei de que trata o artigo 37, XIX, CRFB autoriza o Poder Executivo a instituir, nos moldes do direito privado, a empresa estatal.*

No entanto, esses critérios de conveniência e oportunidade, que abrangem a identificação do interesse público específico que legitima a criação da empresa, continuam sendo compartilhados entre Poder Legislativo e Executivo na edição da lei genérica, assim como ocorre com o respectivo custo político dessa decisão. Isso porque não se exime o legislador de qualquer participação no processo de privatização. Por meio da lei genérica, ele arca com esse custo político, sem se capitalizar com barganhas a cada privatização.

Nesse sentido, o Plenário, ainda que em decisões liminares, entendeu prescindível a existência de prévia lei específica autorizativa da desestatização. A autorização legal genérica seria individualizada em cada caso por ato da Administração (ADI 562-MC; ADI 1.549-MC; ADI 3.578-MC). Confira-se: “I. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade: caso de excepcional urgência, que autoriza a decisão liminar sem audiência dos partícipes da edição das normas questionadas (LADIn, art. 10, § 3º), dada a iminência do leilão de

ADI 5624 MC-REF / DF

porquanto (i) não houve abdicação, pelo Estado, da sua posição de intervenção direta, haja vista a subsistência da estatal controladora; (ii) a alienação de uma subsidiária não corresponde necessariamente a um juízo de ausência de interesse público na intervenção do Estado empresário; e (iii) a alienação de ativos pode servir para assegurar a estabilidade econômica da estatal controladora, mantendo hígidos os objetivos buscados pelo legislador quando da autorização para a sua criação.

Destarte, como indicam Carolina Fidalgo e Patrícia Sampaio, “o Estado Administração permanece tendo plenos poderes para voltar a intervir diretamente nos segmentos das empresas desestatizadas se assim o demandar, no futuro, o interesse público”.¹⁹

Ex positis, voto no sentido de negar referendo à cautelar *sub examine*.

privatização do controle de instituição financeira, cujo resultado poderia vir a ser comprometido com a concessão posterior da medida cautelar. II. **Desestatização de empresas públicas e sociedades de economia mista: alegação de exigência constitucional de autorização legislativa específica, que - contra o voto do relator - o Supremo Tribunal tem rejeitado**; caso concreto, ademais, no qual a transferência do controle da instituição financeira, do Estado-membro para a União, foi autorizada por lei estadual (conforme exigência do art. 4º, I, a, da MPr 2.192-70/01 - PROES) e a subsequente privatização pela União constitui a finalidade legal específica de toda a operação; indeferimento da medida cautelar com relação ao art. 3º, I, da MPr 2.192-70/01, e ao art. 2º, I, II e IV, da L. 9.491/97. (...)” (ADI 3.578-MC, rel. min. Sepúlveda Pertence, Plenário, julgada em 14/9/2005, DJ de 24/2/2006)

19 _____ FIDALGO, Carolina; SAMPAIO, Patrícia. *Privatizações de empresas estatais do setor elétrico e a polêmica acerca da necessidade (ou não) de prévia lei autorizativa*. No prelo, 2019.

06/06/2019

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 5.624 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal (FENAEF) e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro (CONTRAF/CUT), em face da Lei 13.303, de 30 de junho de 2016, que *“dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”*.

As requerentes alegam inconstitucionalidade formal em razão de suposta usurpação da iniciativa privativa do Presidente da República, por envolver *“organização e funcionamento do Poder Executivo e o regime jurídico de seus servidores, inclusive, reduzindo as suas prerrogativas no que se refere à direção superior da Administração Pública Federal, contrariando, assim, o art. 61, II, ‘c’ e ‘e’, c/c art. 84, VI, da Constituição”*. E mais:

“Esses conteúdos estão diretamente relacionados à organização e funcionamento do Poder Executivo, uma vez que as empresas estatais o integram, e a ele se vinculam, sujeitando-se à supervisão ministerial, assim como às orientações políticas e administrativas, sendo, efetivamente, instrumentos da concretização das políticas públicas, além da promoção do desenvolvimento, prestação de serviços e atendimento das necessidades da sociedade e mesmo dos mercados em que atuam”.

No plano da inconstitucionalidade material, as promoventes asseveram que a lei impugnada seria excessivamente abrangente, pois inclui *“a totalidade das empresas públicas e sociedades de economia mista que*

ADI 5624 MC-REF / DF

explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços 'ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos'". Afirmam que as estatais que não explorem atividades econômicas não deveriam estar sujeitas à lei, mas às regras gerais previstas, por exemplo, na Lei de Licitações. Sobre o ponto, mencionam o precedente da Corte na ADI 1.642, rel. Min. Eros Grau, em que se consignou que

“(...) 2. As sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no § 1º do artigo 173 da Constituição do Brasil, ao regime jurídico próprio das empresas privadas. 3. O § 1º do artigo 173 da Constituição do Brasil não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público”.

Ademais, apontam suposta ofensa à autonomia dos entes subnacionais, na medida em que o seu grau de detalhamento contrariaria os artigos 25 e 30, I e II, da Constituição, inviabilizando o exercício de suas capacidades de auto-organização.

Ainda sob o prisma da inconstitucionalidade material, sustentam que o artigo 17 da lei impugnada representaria “*ofensa ao princípio da razoabilidade e, ainda, aos direitos fundamentais assegurados pelo art. 5º, XVII e art. 8º, III da Constituição*”, ao impor restrições à investidura em cargos de gestão nas empresas estatais. No mesmo caminho, aludindo ao art. 24 da lei impugnada, destacam que o regime instaurado estabelece regras mais restritivas às empresas estatais do que às empresas privadas.

Requerem a concessão de medida cautelar com vistas à suspensão dos efeitos da Lei 13.303/2016 em sua totalidade, ou, pelo menos dos seus artigos 1º, 7º, 16, 17, 22 e 25. No mérito, buscam a declaração de inconstitucionalidade da integralidade da lei ou, subsidiariamente, dos referidos dispositivos, aplicando-se, nesse caso, interpretação conforme à Constituição para que as demais normas sejam direcionadas, exclusivamente, às empresas públicas e sociedades de economia mista

ADI 5624 MC-REF / DF

que explorem atividade econômica em sentido estrito, em regime de competição com o mercado.

Instado a prestar informações, o Presidente da Câmara dos Deputados afirma *“que o Projeto de Lei n. 4.918/2016, que deu origem à Lei n. 13.303/2016, foi processado nesta Casa dentro dos estritos trâmites constitucionais e regimentais inerentes à espécie, conforme se pode aferir da ficha de tramitação, cuja consulta pode ser realizada no Portal da Câmara dos Deputados na web”*.

Por sua vez, o Presidente do Congresso Nacional informa que a Constituição estabelece um rol taxativo das hipóteses de iniciativa reservada, não cabendo ao intérprete aumentar essa lista, concluindo pela inexistência de vício de iniciativa: *“ao contrário do que quer fazer crer a petição inicial, a lei não é sobre servidores públicos, mas sobre o estatuto jurídico de certas espécies de sociedade de economia mista e empresas públicas”*.

O Relator, Min. Ricardo Lewandowski, concedeu parcialmente a medida cautelar pleiteada, *ad referendum* do Plenário, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 29, *caput*, XVIII, da Lei 13.303/2016, afirmando que a venda de ações de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas exige prévia autorização legislativa, sempre que se cuide de alienar o controle acionário, bem como que a dispensa de licitação só pode ser aplicada à venda de ações que não importem a perda de controle acionário de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas. O descumprimento da medida cautelar pela Petrobras está sendo discutido nos autos da Rcl. 33.292/SE, de relatoria do Min. Edson Fachin.

Tratando-se de referendo de medida cautelar, atendo-me tão somente ao seu objeto.

O dispositivo cuja eficácia restou suspensa pela concessão da cautelar pelo Relator tem o seguinte teor:

“Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:

(...)

XVIII - na compra e venda de ações, de títulos de crédito e

ADI 5624 MC-REF / DF

de dívida e de bens que produzam ou comercializem”.

Em síntese, há dois argumentos de inconstitucionalidade das normas impugnadas. Sua incompatibilidade com a Constituição seria patente (i) porque o texto constitucional exigiria autorização legislativa para a alienação de ações das sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas, quando se tratar de alienação de controle acionário e (ii) porque a dispensa de licitação prevista no artigo 29, *caput*, inciso XVIII, da Lei 13.303/2016, posteriormente regulamentada pelo Decreto 9.188/2018, violaria o conteúdo mínimo das normas constitucionais que submetem as sociedades de economia mista ao princípio licitatório.

Passo a analisar cada um desses fundamentos individualmente.

1. Da necessidade de autorização legislativa para alienação do controle de empresas estatais e de suas subsidiárias

A questão analisada no presente caso versa acerca da extensão do controle do Poder Legislativo sobre políticas econômicas de desestatização ou privatização. A imprescindibilidade de autorização legislativa para a criação ou extinção de empresas do Estado é tema que suscita controvérsias no Direito Comparado, sobretudo nos países de tradição romano-germânica que, a partir das últimas duas décadas do Século XX, passaram a assistir a um movimento de liberalização de importantes setores econômicos.

Na perspectiva comparada, identificam-se ordenamentos jurídicos em que a criação e extinção dessas empresas pode ser realizada (i) por leis em sentido estrito (modelo predominante no Reino Unido e na Itália); (ii) por decisões exclusivas do Poder Executivo (geralmente na forma de decretos, tal como ocorre na Alemanha e em Portugal) ou ainda (iii) por uma combinação dessas duas medidas (qual ocorre em países como México e Espanha). É comum observar também nos países da Europa continental a adoção de leis específicas de desestatização.

Estudo recente realizado pela Organização para Cooperação e

ADI 5624 MC-REF / DF

Desenvolvimento Econômico (OCDE) em relação a 27 países integrantes da Organização apontou que, em geral, há prevalência da regra de simetria nos procedimentos de criação de empresas estatais e de sua privatização. Nesse sentido, o estudo aponta que:

“Procedures for terminating the state’s ownership stake in an enterprise or for privatising an SOE generally reflect the inverse of the procedure for SOE creation in countries where SOEs are established by law or resolution” (OCDE. **Ownership and Governance of State-Owned Enterprises: A Compendium of National Practices**. OECD Publishing: Paris, 2018, p. 21).

Qualquer que seja a tipologia normativa utilizada (lei ou ato infralegal), o estudo conduzido pela OCDE destaca a importância de os processos de privatização contemplarem mecanismos jurídicos que garantam transparência à decisão racional do Estado de alienar suas participações em empresas. Nesse sentido, a OCDE ressalta que, mesmo em países em que o Poder Executivo detém a competência para realizar a desestatização por meio de decreto, é comum que sejam aprovadas leis ou regulamentos específicos que determinam a alienação das empresas, justamente para dar maior transparência e abertura a esse processo:

“In privatising an SOE, many jurisdictions prefer to pass a privatisation bill, even if the government has the authority to dispose of state-owned corporate assets without parliamentary approval, to enhance transparency and structure the privatisation process”. (OCDE. **Ownership and Governance of State-Owned Enterprises: A Compendium of National Practices**. OECD Publishing: Paris, 2018, p. 22).

O caso em tela trata da necessidade de autorização legislativa para a alienação de ações de empresas estatais no nosso ordenamento constitucional.

A tese de inconstitucionalidade da norma impugnada se fundamenta em uma interpretação das regras constitucionais de organização do

ADI 5624 MC-REF / DF

Estado previstas no art. 37, incisos XIX e XX, da CF/88, bem como das regras de intervenção direta no domínio econômico contempladas no art. 173, *caput*, da CF/88. Argumenta-se que, dado que a CF/88 exige autorização legislativa para a criação de empresas estatais e para a definição das situações de intervenção direta no domínio econômico, por paralelismo de formas, também seria necessária tal formalidade para a venda do controle acionário detido pelo Estado nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista.

Preliminarmente, entendo que a controvérsia em exame merece ser apreciada a partir dos princípios da ordem econômica na Constituição Federal de 1988. Isso porque, no campo das chamadas Constituições Econômicas, como adverte Vital Moreira, a densificação dos princípios que orientam a atuação do Estado perpassa invariavelmente “*a investigação da força mediadora dos sentidos estatutário e diretivo da norma constitucional na sua atuação concreta*”. (MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição**: para o conceito de Constituição Económica. 2a Ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1979).

Na ordem econômica na CF/88, a força normativa do princípio da livre iniciativa, alçado pelo texto constitucional ao patamar de um dos fundamentos da nossa República Federativa (art. 1º, IV), impõe que as hipóteses de intervenção do estado no domínio econômico sejam racionalizadas a partir do chamado *princípio da subsidiariedade*.

De acordo com referido princípio, a intervenção no domínio econômico só é admitida de forma supletiva e complementar em relação à atuação dos particulares, naquilo que a própria iniciativa privada não puder prover satisfatoriamente. A esse respeito, convém ressaltar os ensinamentos do saudoso professor Hely Lopes Meirelles, que, ao se referir ao princípio da subsidiariedade, consagra que:

“A essa atuação estatal incentivadora e complementar da iniciativa privada a doutrina constitucional moderna dá-lhe a denominação de ‘princípio da subsidiariedade’ pela sua função supletiva da empresa particular naquilo que não está ao seu alcance prover satisfatoriamente. Por esse princípio, o Estado

ADI 5624 MC-REF / DF

não pode invadir o campo econômico das empresas privadas, salvo para suprir-lhes deficiências”. (MEIRELLES, Hely Lopes, O Estado e suas empresas. **Revista de Informação Legislativa**. v. 19, n. 76, 1982, p. 168).

Diante do valor atribuído a esse princípio, entendo que a necessidade de lei autorizativa para a criação de empresas estatais ou para a definição das hipóteses de relevante interesse coletivo e segurança nacional deve ser entendida como uma verdadeira **cláusula de garantia do princípio da subsidiariedade**. Ou seja, é justamente por ser excepcional ao Estado a intervenção no domínio econômico que essa excepcionalidade deve ser autorizada em lei.

De outro lado, não é expressa no regramento constitucional a imprescindibilidade de autorização legislativa para os processos de desestatização. Diante dessa lacuna, há uma corrente que sustenta a desnecessidade de autorização legislativa, já que a desestatização nada mais significaria do que o próprio retorno do Estado à sua atuação complementar e subsidiária na ordem econômica, naturalmente reservada à iniciativa privada.

Essa posição, a propósito, já orientou entendimento do Min. Marco Aurélio no julgamento da ADI 234/RJ, em que Sua Excelência ressaltou que: *“onde leio que compete à lei criar a sociedade de economia mista, não posso acrescentar que também o afastamento do cenário jurídico da sociedade de economia mista dependa de lei. Por quê? Porque tenho o inciso XIX do artigo 37 como a consubstanciar uma exceção”*.

No mesmo sentido, ressalta-se o teor do voto proferido pelo eminente Ministro Nelson Jobim no julgamento da ADI 1.649/DF, conferindo uma interpretação restritiva ao art. 37, inciso IX, e ao art. 173 da CF/88:

“O disposto no art. 37, inciso IX da Constituição, foi exatamente a forma pela qual criou-se restrições para que o Estado pudesse intervir na atividade econômica. Se a atividade econômica, estabelecida no art. 173 da Constituição, era restrita a determinados casos, ou seja, “aos imperativos da segurança

ADI 5624 MC-REF / DF

nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”, é que se exigiu lei específica na criação de empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação, principalmente empresa pública de economia mista, que é a forma pela qual o Estado intervinha na atividade econômica.

Essa é a razão do dispositivo. É por isso que não se exige lei para excluir ou extinguir uma empresa. Só se exigiu lei para criar, porque na criação da entidade pública é que se interviria na atividade econômica; para sair da atividade econômica, não haveria a necessidade.”

A despeito desses posicionamentos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal parece ter se assentado na imprescindibilidade de autorização legislativa para os atos de alienação de ações de empresas estatais, quando esses atos implicarem a perda do controle acionário pelo Estado. Tal entendimento restou firmado a partir do julgamento da ADI 234/RJ e foi repisado, mais recentemente, na apreciação da ADI 1.348/RJ e ADI 1.703/SC. Desta última transcrevo o acórdão abaixo:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 364, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO DO RIO DE JANEIRO. NORMA QUE IMPEDE A ALIENAÇÃO DAS AÇÕES ORDINÁRIAS DO BANCO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - BANERJ - E DETERMINA A ARRECADAÇÃO DE RECEITAS E OS PAGAMENTOS DE DÉBITOS DO ESTADO, EXCLUSIVAMENTE, PELO BANCO ESTADUAL. 1. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 234/RJ, ao apreciar dispositivos da Constituição do Rio de Janeiro que vedavam a alienação de ações de sociedades de economia mista estaduais, o Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação conforme à Constituição da República, no sentido de serem admitidas essas alienações, condicionando-as à autorização legislativa, por lei em sentido formal, tão-somente quando importarem em perda do controle acionário por parte do Estado. Naquela assentada, se decidiu também que o Chefe do Poder Executivo estadual não

ADI 5624 MC-REF / DF

poderia ser privado da competência para dispor sobre a organização e o funcionamento da administração estadual. 2. Conteúdo análogo das normas impugnadas nesta Ação; distinção apenas na vedação dirigida a uma sociedade de economia mista estadual específica, o Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A - Banerj. 3. Aperfeiçoado o processo de privatização do Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A, na forma da Lei fluminense n. 2.470/1995 e dos Decretos ns. 21.993/1996, 22.731/1997 e 23.191/1997. Condução do processo segundo o que decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar mantida. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente". (ADI 1.348, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 21.2.2008, DJe-041.)

Apenas de *obiter dictum*, ressalto que, no caso paradigma (ADI 234/RJ), o STF apreciou a constitucionalidade de dispositivos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que instituíam expressamente a necessidade de autorização legislativa para a alienação de ações de sociedades de economia mista. No precedente, o Tribunal conferiu interpretação conforme à Constituição ao dispositivo da constituição fluminense para estabelecer que tal vedação só seria aplicável quando da operação resultasse a perda de controle por parte do Estado. Em outras palavras, o controle de constitucionalidade exercido pelo STF nesse caso específico acabou por reduzir a extensão de uma reserva legal que era estabelecida de forma expressa na norma impugnada.

No presente caso, a controvérsia é mais ampla e consiste em saber se o texto constitucional, ao prever a necessidade de autorização legislativa para criação das empresas também, por paralelismo, demandaria essa autorização para sua extinção.

Tal discussão certamente merecerá aprofundado debate na fase de julgamento de mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade em tela. Contudo, para os fins da apreciação do presente referendo, entendo que o alcance da medida cautelar deve ser restringido para se fazer uma distinção entre a necessidade de autorização legislativa específica (i) para

ADI 5624 MC-REF / DF

a criação e extinção de empresas estatais matrizes e (ii) para a criação e extinção das subsidiárias daquelas entidades.

Considerando que o fundamento da alegada inconstitucionalidade reside na tese do paralelismo de formas, faz-se necessário compreender que os incisos XIX e XX do art. 37 da CF/88 diferenciam o alcance da supervisão legislativa para cada uma dessas hipóteses, *in verbis*:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

XIX - somente por **lei específica** poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

XX - depende de **autorização legislativa**, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada”.

Conforme se depreende do texto constitucional, na hipótese de criação de empresas estatais, é inegável a necessidade de autorização legislativa específica, nos termos do inciso XIX do art. 37 do texto constitucional. Já, na hipótese de criação de subsidiárias dessas entidades, por outro lado, há exigência de autorização legal, mas não específica, conforme se depreende do inciso XX do art. 37 da CF/88.

Essa distinção se faz relevante porque há situações no nosso ordenamento jurídico em que a própria lei que cria a empresa estatal expressamente autoriza a criação de suas subsidiárias. Esse é o caso, por exemplo, da Lei 9.478/1997, que dispõe sobre as atividades relativas ao

ADI 5624 MC-REF / DF

monopólio do petróleo. O art. 64 do referido diploma firma a possibilidade de a Petrobras constituir empresas subsidiárias que poderão se associar majoritária ou minoritariamente a outras empresas, *in verbis*:

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

Esse dispositivo teve a sua constitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1.649, Rel. Min. Maurício Corrêa, Dje 28.5.2004. Nesse caso, o Tribunal expressamente confirmou que *“é dispensável a autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz, tendo em vista que a lei criadora é a própria medida autorizadora”*. Transcrevo a ementa abaixo:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9478/97. AUTORIZAÇÃO À PETROBRAS PARA CONSTITUIR SUBSIDIÁRIAS. OFENSA AOS ARTIGOS 2º E 37, XIX E XX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA. ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE. 1. A Lei 9478/97 não autorizou a instituição de empresa de economia mista, mas sim a criação de subsidiárias distintas da sociedade-matriz, em consonância com o inciso XX, e não com o XIX do artigo 37 da Constituição Federal. 2. **É dispensável a autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz, tendo em vista que a lei criadora é a própria medida autorizadora.** Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente”. (ADI 1.649, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 24.3.2004, DJ 28.5.2004)

ADI 5624 MC-REF / DF

Tal entendimento, ao meu ver, mostra-se plenamente compatível com as regras constitucionais de organização do Estado. A posição é defendida com esmero pela doutrina, mais uma vez, do professor Hely Lopes Meirelles, que, ao tratar da autorização legislativa para constituição de empresas subsidiárias, expressamente, afirma que *“tal autorização está implícita na lei que autorizou a criação da entidade e outorgou-lhe os poderes necessários para realizar as atividades, obras ou serviços que constituem os objetivos da organização”*. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 18ª Edição. São Paulo: Malheiros, p. 319)

Diante dessa ressalva, entendo que se é compatível com a Constituição a possibilidade de criação de subsidiárias quando houver previsão na lei que cria a respectiva empresa estatal – também por paralelismo –, nessas hipóteses, não há como obstar a alienação de ações da empresa subsidiária, ainda que tal medida envolva a perda do controle acionário do Estado. No limite, contrariar tal entendimento implicaria a declaração de inconstitucionalidade das criações de subsidiárias de empresas estatais feitas com autorização legislativa não específica.

Assim, afastando-se a insegurança jurídica que permeia o tema, considero necessário declarar que é dispensável a autorização legislativa específica para a alienação de controle acionário de empresas subsidiárias quando houver previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa estatal matriz. Isso porque, nessas hipóteses, a própria lei criadora supre a necessidade de autorização legislativa.

Por esse motivo, entendo que a medida cautelar proferida na ADI 5.624/DF deve ser apenas parcialmente referendada, para que se afirme que a venda de ações de empresas públicas e sociedades de economia mista exige prévia autorização legislativa, sempre que se cuidar de alienação de controle acionário. Por outro lado, a necessidade de autorização legislativa específica é desnecessária para a alienação de ações de entidades subsidiárias, mesmo havendo perda de controle acionário, quando a própria lei criadora da empresa estatal já previr autorização para criação de subsidiárias.

ADI 5624 MC-REF / DF

2. Da dispensa de licitação das empresas estatais para a venda de ações que importem a perda de controle acionário

A medida cautelar deferida pelo eminente relator também acolheu o pleito autoral para conferir interpretação conforme ao art. 29, *caput*, inciso XX, da Lei 13.303/2016, afirmando-se que “a dispensa de licitação só pode ser aplicada à venda de ações que não importem a perda de controle acionário das empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas”.

A decisão fundamentou-se na tese de que a Constituição não autorizaria a alienação direta de controle acionário de empresas estatais diante da previsão contida no art. 4º, inciso I, § 3º, da Lei 9.491/1997, o qual firma a necessidade de licitação para os procedimentos de desestatização. Destaco, a esse respeito, trecho da decisão concessiva de medida cautelar pelo relator:

“Convém emprestar relevo à linha argumentativa segundo a qual a Constituição não autorizaria alienação direta de controle acionário de empresas estatais, uma vez que a Lei 9.491/1997 (art. 4º, I, § 3º), ainda vigente, exige, nos procedimentos de desestatizações, que ‘a alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, preferencialmente mediante a pulverização de ações’, dar-se-ia por meio de licitação, a qual ‘poderá ser realizada na modalidade de leilão”.

Peço vênia para divergir do relator nesse ponto. A alegação de inconstitucionalidade do art. 29, *caput*, inciso XX, da Lei 13.303/2016, relativa à necessidade de licitação para os desinvestimentos de empresas estatais, deve ser aferida tendo como parâmetro de controle o próprio texto constitucional e não norma de estatura equivalente a do próprio ato normativo impugnado.

No caso concreto, é necessário ainda que a eventual violação ao princípio constitucional da licitação seja analisada levando-se em conta as

ADI 5624 MC-REF / DF

mudanças recentes na política econômica de desestatização.

A Lei 9.491/1997, que estabeleceu o Programa Nacional de Desestatização (PND), de fato constituiu marco normativo apto a conferir segurança jurídica aos procedimentos de privatização e desestatização realizados na década de 1990. Não há como se entender, porém, que as disposições desta lei devam ser necessariamente aplicadas a todo e qualquer processo de desestatização estatal, até mesmo porque, a aplicação deste regime jurídico é condicionada à qualificação dos projetos de desestatização pelo Conselho Nacional de Desestatização (CND), de acordo com o procedimento descrito na norma.

Ademais, é importante ter em mente que, nos últimos anos, novos diplomas normativos sobre a temática foram formulados.

Nesse sentido, a Lei 13.334/2016 criou o chamado Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), destinado à ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização. Por previsão legal expressa, as medidas de desestatização previstas no PND passaram a integrar o PPI (art. 1º, § 1º, inciso III da Lei 13.334/2016). Além disso, a nível infralegal, o art. 3º do Decreto 8.791/2016 passou ao Conselho do PPI as funções outrora atribuídas ao Conselho Nacional de Desestatização (CND).

Também nesse contexto de transformações na política de desestatização, a Lei 13.303/2016 objetivou conferir tratamento diferenciado aos processos de desinvestimento de empresas estatais. A promulgação da norma teve como pano de fundo o diagnóstico de que a atuação dessas entidades deveria ser revista no cenário nacional, considerando o alto grau de endividamento dessas empresas e, em muitos casos, o seu baixo nível de eficiência e competitividade. A norma impugnada na presente ADI deve ser interpretada considerando tal contexto.

Para dar maior celeridade e flexibilidade aos processos de desinvestimentos de empresas do estado foi prevista a fórmula de

ADI 5624 MC-REF / DF

licitação dispensável contida no art. 29, inciso XVIII, da Lei 13.303/2016.

Conforme reporta a abalizada doutrina de Alexandre Santos de Aragão, o processo de desinvestimento de empresas estatais perpassa escolhas estratégicas que muitas vezes vão além do mero aspecto financeiro. Daí porque faria sentido admitir-se uma flexibilização do princípio da licitação nessas situações. Transcrevo a posição doutrinária nesse sentido:

“Questão mais delicada, objeto deste subtópico, é a alienação de ativos estratégicos das estatais, muitas vezes inserida em torno de um ‘programa de desinvestimento’.

A alienação de bens que constituam ativos estratégicos da empresa não pode ter preocupações meramente financeiras, já que, dependendo do adquirente, pode gerar efeitos deletérios para a posição estatal no mercado concorrencial em que atua.

São situações que sempre dependerão de cada caso concreto, mas poderíamos dar alguns exemplos hipotéticos: a alienação de participação societária em empresas que atuem no mesmo mercado ou em mercados relacionados; quando houver acordo de acionistas limitando a alienação de tais participações (ex.: dando direito de preferência aos atuais sócios); a venda de patentes essenciais para atuação no mercado; a alienação de bens imóveis de grande importância comercial para o exercício da atividade-fim, etc.

Em todas essas hipóteses, sobretudo na alienação de participações societárias, é cogitável a ausência de licitação, já que as alienações estão longe de possuir aspectos meramente financeiros e os aspectos estratégicos a elas associados possuem contornos bastante fluidos para serem objetivamente licitados. Na hipótese de alienação de ações tanto a Lei 8.666/1993, em seu art. 17, II, ‘c’, quanto o Decreto 2.745/1998, em seu item 8.1.d, preveem expressamente a possibilidade de dispensa de licitação: (...). (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista**. 1ª ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 175).

ADI 5624 MC-REF / DF

Não há como entender que a previsão contida na Lei 9.491/1997 teria força normativa superior às demais hipóteses legais que versam sobre o tema, no particular a Lei 13.303/2016. O que convém examinar é se a própria norma impugnada na presente ADI, em si, representa uma eventual afronta direta à Constituição.

A partir do parâmetro de controle constitucional, entendo que as operações de que trata o art. 29, inciso XVIII, da Lei 13.303/2016 devem ser realizadas com base em procedimento que espelhe os princípios da licitação (art. 37 da CF/88), tais como o princípio constitucional da isonomia, a seleção de proposta mais vantajosa, a garantia de impessoalidade, moralidade, igualdade e o julgamento objetivo das propostas. Isso não quer dizer, no entanto, que nessas operações as empresas estatais devam obedecer necessariamente os procedimentos previstos na própria Lei 13.303/2016 ou na Lei 9.491/1997.

No contexto normativo da Lei das Estatais, o afastamento da necessidade de licitação prevista no art. 29, inciso XVIII, foi regulamentado pelo Decreto 9.188/2017, o qual estabeleceu o chamado *“regime especial de desinvestimento de ativos pelas sociedades de economia mista federais”*. Os arts. 5º a 38 do referido decreto buscaram prever procedimento competitivo específico para obtenção do melhor retorno econômico na alienação de ações e bens daquelas empresas.

Convém ressaltar que a Advocacia-Geral da União (AGU) apreciou a legalidade do Decreto 9.188/2017, entendendo que este atenderia aos princípios da licitação consagrados no art. 37 da Constituição Federal de 1988. Transcrevo o seguinte trecho do Parecer 01514/2018/LB/CGJAN/CONJURMP/CGU/AGU:

“O procedimento estabelecido no Decreto nº 9.188, de 2017, atende tanto os princípios estatuídos no art. 37 da Constituição como as exigências estabelecidas na Lei nº 13.303, de 2016, quanto à necessária competitividade que garanta o alcance do resultado mais vantajoso”.

ADI 5624 MC-REF / DF

Assim, por conta da regulamentação, na prática, os processos de desinvestimento não têm sido realizados de forma direta ou sem a observância de preceitos que garantam a competitividade. Na realidade, o Decreto 9.188/2017 estabelece que o procedimento de alienação deve observar seis fases: (i) preparação; (ii) consulta de interesse; (iii) apresentação de propostas preliminares; (iv) apresentação de propostas firmes; (v) negociação; e (vi) resultado e assinatura dos instrumentos jurídicos negociais (art. 15). O julgamento das propostas segue o critério de obtenção do melhor retorno econômico, o qual é analisado com base no valor da proposta e em outros fatores, tais como responsabilidades e condições comerciais, contratuais, fiscais, trabalhistas, ambientais, entre outros (art. 16).

Também considero oportuno ressaltar que as balizas previstas no Decreto 9.188/2017 foram inspiradas em uma atuação histórica do Tribunal de Contas da União (TCU) no exercício de controle externo sobre a Sistemática para Desinvestimentos de Ativos e Empresas do Sistema Petrobras, originalmente baseada no Decreto 2.745/1998.

Por meio do Acórdão 3.166/2016, o Plenário do TCU determinou cautelarmente que a Petrobras se abstinhasse de assinar contratos de venda de ativos e empresas, bem como de iniciar novos processos de alienação, até que houvesse deliberação de mérito, tendo como base a Sistemática para Desinvestimentos de Ativos e Empresas do Sistema Petrobras. Contudo, após a adoção dessa medida cautelar, a empresa internalizou as recomendações da área técnica do TCU e realizou uma revisão da Sistemática para Desinvestimentos de Ativos e Empresas do Sistema Petrobras.

No Acórdão 442/2017, o TCU avalizou a nova versão da Sistemática para Desinvestimentos e deixou claro que a Petrobras não se submeteria ao rito licitatório estabelecido na Lei 9.491/1997. A decisão baseou-se no argumento de que:

“Não há identidade entre os objetivos do programa de desinvestimento da PETROBRAS – que têm caráter interno, relativo às finanças da companhia, com a busca de aumento da liquidez de curto prazo e a consequente redução de sua

ADI 5624 MC-REF / DF

alavancagem – e os objetivos fundamentais do PND, enumerados nos incisos do art. 1º da Lei 9.491/1997, que denotam finalidades mais abrangentes, atinentes à economia brasileira como um todo”.

Mais do que isso, ao reconhecer que a Sistemática para Desinvestimentos de Ativos e Empresas do Sistema Petrobras atendia aos princípios constitucionais da licitação, o TCU recomendou à Casa Civil da Presidência da República que avaliasse a conveniência e a oportunidade de propor norma específica que dispusesse sobre alienações e desinvestimentos de sociedades de economia mista em geral. Foi a partir dessa recomendação que a Presidência da República editou o mencionado Decreto 9.188/2017.

Observa-se, portanto, que a regulamentação da Lei das Estatais estabeleceu procedimento específico para o caso de desinvestimento de ações de sociedades de economia mista. Referido procedimento tem por finalidade garantir competitividade e a obtenção de proposta mais favorável à administração, refletindo os princípios constitucionais da licitação.

Por outro lado, observa-se que o art. 29, inciso XVIII, da Lei 13.303/2016 de fato não contém menção expressa à necessidade de observância de procedimento competitivo a ser previsto em regulamento. Assim, apenas para que se afaste qualquer insegurança jurídica sobre o tema, considero necessário conferir interpretação conforme à Constituição à norma impugnada, afirmando-se que as operações de compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que as empresas estatais produzam ou comercializem devem seguir os princípios constitucionais da licitação, não sendo admitida a contratação direta.

Insta salientar que o afastamento do processo licitatório previsto na Lei 13.303/2016 exige motivação administrativa, ainda que em face da dispensa prevista no art. 29, inciso XVIII, do diploma.

No caso específico das alienações de ativos das sociedades de economia mista, entendo, ao menos em um juízo de cognição sumária, que o regime especial de desinvestimento previsto no Decreto 9.188/2017

ADI 5624 MC-REF / DF

é apto a concretizar tais princípios constitucionais, motivo pelo qual não merece subsistir *in totum* a medida cautelar deferida pelo eminente relator nesse ponto.

3. Dispositivo

Por todo o exposto, voto no sentido de referendar apenas parcialmente a medida cautelar deferida na ADI 5.624/DF, afirmando-se que:

(i) A venda de ações de empresas públicas e de sociedades de economia matrizes exige prévia autorização legislativa sempre que se cuidar de alienação de controle acionário;

(ii) É dispensada a autorização legislativa para a alienação de ações de subsidiárias de empresas estatais quando a respectiva lei criadora da empresa estatal já permitir a criação das suas subsidiárias.

(iii) O art. 29, inciso XVIII, da Lei 13.303/2016 deve ser interpretado conforme à Constituição, afirmando-se que a dispensa de licitação para a alienação de ações de empresas públicas e sociedades de economia mista, quando envolver a perda do controle acionário do Estado, deve observar procedimento que espelhe os princípios constitucionais e legais licitatórios, não sendo admitida contratação direta.

É como voto.

06/06/2019

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 5.624 DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, praticamente se está há três sessões apreciando, para referendar, ou não, medida acauteladora deferida pelo ministro Ricardo Lewandowski.

Limito-me ao tema, ou seja, ao alcance da liminar tal como formalizada.

Sua Excelência deu interpretação conforme ao inciso XVIII do artigo 29 da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. O que prevê esse dispositivo?

Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:

[...]

XVIII – na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem.

O preceito, considerada a cabeça do artigo, apenas versa alienação de ações de subsidiárias. Não versa alienação de ações de sociedade de economia mista. E Sua Excelência implementou interpretação conforme para assentar que, toda vez que essa alienação alcançar o próprio controle acionário da subsidiária, há de ter-se, em primeiro lugar, a autorização normativa e, em segundo lugar, a licitação.

Interpreto os incisos XIX e XX do artigo 37 da Constituição Federal à luz do disposto no artigo 173 desse mesmo documento. A atividade econômica pelo Estado estampa sempre, como está nesse artigo, exceção. O que prevê o artigo?

"Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado" – ele não cuida sequer, a contento, pelo menos, dos serviços essenciais – "só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei."

ADI 5624 MC-REF / DF

Os incisos a que me referi do artigo 37 versam requisitos para ter-se atividade pelo Estado. O inciso XIX dispõe:

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

"XX – depende de autorização legislativa, em cada caso," – e não se pode cogitar de delegação à própria pessoa jurídica de direito privado, que é a empresa de economia mista, para fazê-lo – "a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada;"

Objetivo do constituinte: ter ato complexo quanto à criação das entidades mencionadas nos dois incisos. Iniciativa do Executivo e crivo do legislador. Para criação, para o Estado atuar em atividade econômica – exceção.

Quanto à exigibilidade de lei, Presidente, reporto-me ao voto que proferi em 1995 – passou-se bastante tempo, mas, pelo menos, sou coerente –, em que, creio, de forma isolada, não me lembro se tive o endosso de algum colega, sustentei a desnecessidade, para o desfazimento, de lei, já que os dois incisos do artigo 37 da Constituição Federal referem-se apenas à criação. E cogitei, nesse voto – farei a juntada, para não tomar o tempo do Colegiado –, de colocar-se o Chefe do Poder Executivo como um tutelado da assembleia. Disse, com desassombro, que parlamento algum tem interesse, pelo menos no Brasil, na extinção de sociedades de economia mista e subsidiárias. Ao contrário, se possível, razoável, criaria mais subsidiárias. E a razão é clara, todos percebem.

Agora surge problemática mais séria, que diz respeito ao instituto da licitação. O que se tem, no preceito que mereceu interpretação conforme do Relator, quanto a esse instituto? Tem-se a dispensa categórica da

ADI 5624 MC-REF / DF

licitação. A liminar de Sua Excelência – vamos fazer justiça a Sua Excelência – não implicou a retirada, na Bolsa de Valores, das ações das subsidiárias. Sua Excelência implementou a medida acauteladora apenas para condicionar a alienação, a resultar na transferência do controle acionário, à feitura da licitação.

Mantenho, Presidente, considerado esse fundamento, a liminar tal como formalizada. É como voto.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

No dispositivo, Vossa Excelência acompanha o Relator, referendando em parte o pedido?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Acompanho o Relator, e o fundamento do voto para fazê-lo é este: a alienação referida depende da licitação.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Mas Vossa Excelência fez um **obiter dictum** quanto à subsidiária. Entende que não está em jogo, aqui, a questão?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A empresa matriz não está em jogo. Está em jogo a questão da subsidiária.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Quanto à subsidiária, Vossa Excelência entende que é possível a venda sem lei?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Sim, sem lei.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Sem lei. Só para ficar claro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E não emito entendimento quanto à transferência do controle acionário da sociedade de economia mista, porque o tema não está em jogo. Ou seja, parto da premissa de que se deve ter o máximo de eficácia normativa com um mínimo de atuação judicante. Se já é difícil decidir apenas o conflito, e se está há três dias nesse processo, o que se dirá se aventar-se a elucidação de possíveis controvérsias que possam surgir?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Eu só queria um esclarecimento: Vossa Excelência, com a experiência

ADI 5624 MC-REF / DF

que tem, me auxilie, porque, até o voto de Vossa Excelência, tínhamos o seguinte: referenda totalmente a cautelar do Ministro Relator.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Referendo a cautelar.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Totalmente?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Referendo, para dar interpretação conforme ao inciso XVIII do artigo 29 da Lei nº 13.303/2016, jungindo a alienação que implique a transferência do controle acionário de subsidiária à feitura de licitação. Só.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Só, mas não em relação à lei específica?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Creio que o fundamento não é submetido a referendo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

É porque surgiram três linhas: referendo total, referendo parcial e não referendo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – É que, como se se tratasse do julgamento de fundo das ações diretas de inconstitucionalidade, já se está adentrando outra área. Claro que Sua Excelência se valeu desse fundamento para implementar a medida cautelar, do duplo fundamento, o calcado na necessidade de lei, de ato normativo, e de licitação. Subscrevo apenas essa segunda premissa. Referendo a medida acauteladora.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Está bem esclarecido.

06/06/2019

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 5.624 DISTRITO FEDERAL**

DEBATE

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Aqui, tenho a seguinte posição quanto à necessidade de lei específica, lei genérica e não necessidade de lei: declaram a necessidade de lei específica o Ministro **Ricardo Lewandowski** e o Ministro **Fachin**, pelo que entendi dos votos proferidos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Senhor Presidente, eu simplesmente falei lei, não falei lei específica nem genérica, até porque a jurisprudência do Supremo admite a lei genérica.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Exatamente.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Então, nessa linha, já votaram o Ministro **Ricardo Lewandowski**, o Ministro **Luiz Edson Fachin**, a Ministra **Rosa Weber** e o Ministro **Gilmar Mendes**. Tenho aqui, por escrito, o voto do Ministro **Gilmar Mendes**. E, na linha de não necessidade de lei, votaram o Ministro **Alexandre de Moraes**, o Ministro **Luís Roberto Barroso**, o Ministro **Luiz Fux**, a Ministra **Cármem Lúcia** - o voto da Ministra **Cármem** foi colhido da transcrição do áudio. E o Ministro **Marco Aurélio** não coloca como dispositivo do voto, mas como fundamento.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Senhor Presidente, pelo que entendi do voto da Ministra **Cármem** e de outros, eles se cingiram à desnecessidade de lei, seja ela genérica ou específica, no caso das subsidiárias e controladas, mas tenho impressão de que temos uma maioria, aqui, no sentido - pelo menos até

ADI 5624 MC-REF / DF

agora, não ouvi ainda inteiramente o voto do eminente Decano Celso de Mello - de exigir-se uma lei, seja ela genérica ou específica, para a alienação do controle acionário das empresas estatais.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Que é a primeira parte de seu voto.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - E nessa linha, se Vossa Excelência me permite, foram os votos, salvo melhor juízo, do Ministro Fachin, da Ministra Rosa, da Ministra Cármen e do Ministro Gilmar Mendes.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Tenho a transcrição.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Acho que todos. Quer dizer, a extinção exige lei.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ninguém discordou disso.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Ninguém discordou disso, ninguém discordou em relação à empresa-mãe.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Empresa-mãe não.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Senhor Presidente, Vossa Excelência me permite? Parece-me muito importante assentarmos esse ponto com muita clareza, porque, não obstante o Ministro Marco Aurélio ter dito que o art. 29, de fato, cinge-se apenas às subsidiárias e controladas, a ementa da Lei 13.303 diz o seguinte: Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Portanto, quando se dá uma interpretação conforme, todos sabem, é

ADI 5624 MC-REF / DF

para se afastar qualquer dúvida no que diz respeito à interpretação de um determinado dispositivo legal. Por isso creio que é da maior importância que nós nos pronunciemos sobre as empresas estatais, sejam as empresas públicas ou de economia mista, também, para que não haja confusão no âmbito federativo.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Ou seja, quando permite a criação da subsidiária.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Não é necessário haver lei que autorize a venda.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Porque, quando se autoriza a criação da subsidiária e controlada, já estaria implícita a autorização para a venda. Isso que se entendeu.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Ministro Celso de Mello, Vossa Excelência me permite? Eu peço um esclarecimento a Vossa Excelência. Estou entendendo, pelo voto de Vossa Excelência, e também interpretando o que os outros disseram, nessa mesma linha, que, aqui, estamos tratando que é dispensável a licitação, se atentarmos para o art. 29, XVIII, quando as empresas públicas e sociedades de economia mista vendam ações de que são detentoras, mas não estamos falando aqui do processo de privatização ou de

ADI 5624 MC-REF / DF

desestatização, que é regulado por essa Lei 9.491.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Não estamos dispensando a licitação no caso da privatização ou desestatização das empresas estatais, sejam elas empresas públicas ou empresas de economia mista; isso é muito importante assentarmos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Uma coisa é a empresa vender ações que fazem parte do seu ativo, ela é investidora; outra coisa é ela vender ações que importem na alienação de controle acionário de controladas, é disso que se está se tratando.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Esse procedimento é muito interessante, porque houve a lei, houve todo esse debate, no Tribunal de Contas da União, que tomou medidas cautelares, suspendeu o processo deliberativo. E, depois, o acórdão - eu não quis trazer o tema a debate, só fiz uma menção -, mas aquilo que o Ministro Marco Aurélio tinha desenvolvido, lá na ADI 234, salvo engano, isto é retomado aqui com a perspectiva de que a atuação, de fato, a intervenção econômica, é singular e excepcional. Isso está muito claro no voto...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É o Acórdão 442/2017 do Tribunal de Contas da União.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Isso, no voto do Ministro José Mucio; ele deixa isso muito claro. E inclusive recomenda e, daí, então, o decreto que, de fato, hoje, tem que ser lido de uma forma acoplada à lei e esse decreto. O TCU faz essa recomendação de que: "poder-se-ia fazer esse processo de desinvestimento desde que se seguisse um procedimento de caráter competitivo".

ADI 5624 MC-REF / DF

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Estou de acordo, Senhor Presidente.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

ADVOGADO - Excelência, um esclarecimento de fato.

O art. 7º, § 2º, do Decreto 9.188, tem a seguinte redação:

"As avaliações econômico-financeiras serão sigilosas, exceto quando exigida a sua publicidade pela legislação societária em vigor."

Não sendo observado, portanto, o princípio da publicidade, também previsto no *caput* do art. 37.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - O artigo 7º, § 3º, diz que o sigilo não se aplica ao Tribunal de Contas da União.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas, lá no artigo 7º, há uma regra expressa de que o sigilo não se aplica ao Tribunal de Contas da União.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É, é.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

06/06/2019

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 5.624 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Com as premissas expostas pelo Ministro **Alexandre de Moraes**, pedindo vênia ao Ministro Relator, **Ricardo Lewandowski**, e ao Ministro **Edson Fachin**, vou votar pela referenda em parte, porque entendo que, em relação à empresa matriz, o que foi colocado em **obiter dictum** nos votos daqueles que negaram referendo à cautelar – aos quais agora acaba de aderir o Ministro **Celso de Mello** - foi a necessidade de lei para sua alienação. Foi isso que ficou estabelecido, e o Ministro **Celso** destacou isso do voto do Ministro **Alexandre de Moraes**, que acompanho.

Isso está de acordo exatamente com um precedente que foi relatado pelo Ministro **Maurício Corrêa**. Trata-se da ADI nº 1.649, mencionada pela Ministra **Cármem Lúcia**. Diz a ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI nº 9.478/97. AUTORIZAÇÃO À PETROBRAS PARA CONSTITUIR SUBSIDIÁRIAS. OFENSA AOS ARTIGOS 2º E 37, XIX E XX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA. ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE. 1. A Lei nº 9.478/97 não autorizou a instituição de empresa de economia mista, mas sim a criação de subsidiárias distintas da sociedade-matriz, em consonância com o inciso XX, e não com o XIX do artigo 37 da Constituição Federal. 2. É dispensável a autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz, tendo em vista que a lei criadora é a própria medida autorizadora. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

Esse foi o entendimento da Corte nesse precedente.

Então, voto no sentido de que - com as premissas do Ministro

ADI 5624 MC-REF / DF

Alexandre de Moraes -, em relação à "empresa matriz", termo usado nesse precedente do Ministro **Maurício Corrêa**, há necessidade de lei para sua criação e para a alienação de seu controle acionário. Mas, para a subsidiária, entendo que a lei não é necessária, desde que haja a autorização para criá-la. Essa é a leitura que faço.

Em relação à questão do aspecto licitatório, para sintetizar meu voto, sigo exatamente o que acabou de enunciar o Ministro **Celso de Mello** ao acompanhar o Ministro **Alexandre de Moraes**.

06/06/2019

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 5.624 DISTRITO FEDERAL**

ESCLARECIMENTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Presidente, é que eu aplico e entendo pela necessidade da autorização legislativa genérica, em se tratando de controladas ou subsidiárias.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Eu não disse que Vossa Excelência não aplica.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Não, é porque eu entendi que levaria à conclusão contrária. Perdão, deve ser o cansaço! Eu entendi que a aplicação desse precedente levaria à desnecessidade de autorização legislativa em se tratando de subsidiárias ou controladas.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

É que, se a lei autorizou a criação de subsidiária, isso já está implícito.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - É a genérica, é a posição que eu defendi, e penso que é a mesma do Ministro Gilmar.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Já está incluída na lei a possibilidade de alienação das ações da controlada.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Exatamente.

06/06/2019

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 5.624 DISTRITO FEDERAL**

DEBATE

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Faço a seguinte proclamação:

Temos três votos que referendam a cautelar: Ministro **Ricardo Lewandowski**, Ministro Luiz **Edson Fachin** e Ministro **Marco Aurélio**.

Referendam em parte a cautelar: Ministra **Cármem Lúcia**, Ministra **Rosa Weber**, Ministro **Gilmar Mendes** e Ministro **Dias Toffoli**.

Não referendam a cautelar: Ministro **Alexandre de Moraes**, Ministro **Luís Roberto Barroso**, Ministro **Luiz Fux** e Ministro **Celso de Mello**.

Portanto, os votos "não referendam a cautelar" somados aos votos "referendam em parte" totalizam oito votos. Então, a posição do voto médio é a do "referendo em parte". Pelos debates realizados e pelo que tenho aqui do áudio do voto da Ministra **Cármem Lúcia**, pelas premissas dos votos proferidos pelo Ministro **Alexandre de Moraes** e pelo Ministro **Luís Roberto Barroso** e da fundamentação do voto do Ministro **Marco Aurélio**, o qual, embora acompanhe no dispositivo o Relator no referendo da cautelar, repetiu o voto anterior em relação à possibilidade de a subsidiária ser alienada sem autorização legislativa, a síntese é que esse "referendo em parte" chega à seguinte conclusão, semelhante à que está no dispositivo do voto escrito do Ministro **Gilmar Mendes**:

“1º - A alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista matrizes exige autorização legislativa, portanto, e também licitação (certame público).

2º - A exigência de autorização legislativa não se aplica à alienação do controle de suas subsidiárias e controladas. Nesse caso, a operação pode ser realizada sem a necessidade de licitação, desde que seja procedimento que observe os princípios da Administração Pública inscritos no art. 37 da

ADI 5624 MC-REF / DF

Constituição Federal.”

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Presidente, apenas uma pequena observação: Eu estou de acordo com o que Vossa Excelência está assentando, que isso representa o voto médio, a partir das discussões. Mas há uma questão que agora foi levantada pelo Ministro Gilmar, que foi ferida por todos aqueles que se pronunciaram. No item dois, penso - salvo melhor juízo - que seria necessária uma pequena complementação: A exigência de autorização legislativa, todavia, não se aplica à alienação do controle de suas subsidiárias e controladas, desde que essa autorização já exista na lei de criação ou na lei de autorização primeira.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Desde que a criação de subsidiária tenha sido autorizada.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Desde que a criação de subsidiária tenha sido feita por lei.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Isso, por lei.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Deveria ser "autorizada", mas não tem problema porque o art. 64...

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Foi o que eu defendi, que basta a autorização genérica contida na lei que autorizou a criação da estatal.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É o que consta do acórdão do Ministro Maurício Corrêa.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Presidente, Vossa Excelência me permite? Apenas para assentar, eu não só ouvi a proclamação de Vossa Excelência, como estou a ler essa formulação que compreende...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Não estou fazendo a proclamação ainda. Estou exatamente debatendo com o colegiado.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Vossa Excelência enunciou o voto médio?

ADI 5624 MC-REF / DF

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Enunciei o voto médio para verificar se corresponde ou não ao sentimento de todos.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - A compreensão que tenho do paradigma, com toda vênia, não é essa, embora entendo que Vossa Excelência está, de fato, acolhendo o voto médio majoritário que se formou aqui no Plenário. Essa compreensão pode-se projetar sobre as reclamações que, eventualmente, temos em pauta, mas, de qualquer sorte, ainda que essa seja a compreensão média e majoritária, não é a compreensão que deduzi quando referendi a liminar que foi deferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Apenas para deixar isso assentado.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É, por isso é voto médio, Presidente.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

É voto médio, exatamente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Por isso é voto médio, porque Vossa Excelência estabelece que, em relação à alienação do controle das subsidiárias e controladas, não há necessidade de lei. Mas tenho a impressão que todos nós concordamos que há necessidade de lei para a alienação das ações da empresa mãe. Acho que ninguém cogitou...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Embora essa questão não estivesse posta de maneira muito clara, mas, da decisão monocrática de Vossa Excelência, extraía-se a possibilidade de que Vossa Excelência também estivesse dizendo que a norma não se aplicaria em relação ao tema da venda da empresa matriz.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Isso está expresso na liminar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Nesse ponto, por isso que eu disse - e concordava até com as premissas do Ministro Alexandre - que seguiria Vossa Excelência em parte. Por quê? Porque, nesse ponto, eu acompanhava, e acho que não há divergência. Eu acho que aqui é um problema mesmo de proclamação e de formulação, porque não era o debate que se estava encetando. Nesse ponto - tanto é que eu deixei expresso no voto - é necessária, sim, autorização legislativa para venda da

ADI 5624 MC-REF / DF

empresa estatal.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Está bem, eu estou de acordo com isso.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Todos estão de acordo?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Novamente, Presidente, estou de acordo que esse é o voto médio, mas não estou de acordo que essa seja a compreensão do paradigma em face do qual eu apreciei as reclamações, porque lá se falava em licitação pública. Competitividade tem um significado diferente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Não, eu também, vencido, Senhor Presidente, eu estou aqui colaborando para que nós encontramos um denominador comum. Claro que essa não é a minha tese, mas eu estou fazendo um esforço para colaborar no sentido de que votemos um caminho que atenda a todos. Agora, eu insisto que nós devemos - e isso foi expresso nos distintos votos - que se dispense a autorização legislativa no caso das subsidiárias e controladas, desde que a primeira autorização tenha, implicitamente, contemplado essa hipótese. A primeira autorização por lei formal.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Eu concordo. Defendi a tese de que basta a autorização legislativa genérica, que é dada na lei de criação da própria sociedade de economia mista. Agora, o meu único ponto de divergência com o eminente Relator, no que tange às subsidiárias ou controladas, é que eu entendo que a dispensabilidade da licitação não prescinde, no mínimo, da observância de um procedimento em que se atente para os princípios da administração pública do art. 37. Mas, se a alienação do controle acionário das controladas ou subsidiárias se insere num plano de desestatização, eu entendo necessária sim a licitação pública. Por isso que, na verdade, eu fico vencida numa fração um pouco menor do que o Relator, por fazer essa distinção.

ADI 5624 MC-REF / DF

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Não vou detalhar, na proclamação, os votos específicos de cada qual. Vou dizer quem votou pela referenda, quem votou pela referenda em parte e quem votou pelo não referendo.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Nos termos dos votos específicos.

O que quero aqui definir, para fins de proclamação - desculpe-me, Ministro Decano -, é o voto médio.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

E eu também. O Ministro **Gilmar** também. Então são seis votos. Eu, Ministro **Gilmar**, Vossa Excelência, Ministro **Alexandre**, Ministro **Barroso** e Ministro **Luiz Fux**.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Presidente, a questão da competitividade está implícita no meu voto. Quem exige licitação pública evidentemente está exigindo a competitividade. Portanto, é perfeitamente lícita essa inclusão proposta pelo eminente Decano, que se explicita a questão da competitividade.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Manteria o anterior.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Essa expressão utilizada por Vossa Excelência está naquele decreto. Então, a minha sugestão, se Vossa

ADI 5624 MC-REF / DF

Excelência me permite, seria o seguinte: a exigência de autorização legislativa, todavia, não se aplica à alienação de controle de suas subsidiárias e controladas. Nesse caso, a operação pode ser realizada sem necessidade de licitação, desde que siga o procedimento competitivo do Decreto 9.188/2017 e observe os princípios.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Eu não concordo com isso. Nós estamos em sede constitucional, *data venia*, e acho que não convém que desçamos a essa minudência.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Então, desde que siga o procedimento competitivo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Esse é o voto médio. Sei que cada um tem a ressalva quanto aos votos já proferidos - no caso, o Ministro Relator, o Ministro **Fachin**, a Ministra **Rosa Weber**. Está clara minha posição quanto à questão das subsidiárias e da competitividade. Só gostaria de esclarecer com o Ministro **Gilmar Mendes**: em relação às subsidiárias, da forma como se encontra, o item dois contempla seu voto?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Com isso formamos seis votos também quanto a subsidiariedade. Quais são? Os quatro votos que não referendam a cautelar, o voto do Ministro **Gilmar** e o meu. Então, só para demonstrar claramente aquilo que está sendo reproduzido pelo voto médio. Há seis votos que abordam a questão da licitação/competitividade. Quais são? Os votos dos Ministros **Alexandre de Moraes**, **Roberto Barroso**, **Luiz Fux**, **Gilmar Mendes**, **Celso de Mello** e o do Presidente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Não, a competitividade, inclusive nós três aqui, porque nós exigimos mais condicionantes.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Mas em relação a esse acréscimo.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Eu também me incluo

ADI 5624 MC-REF / DF

no acréscimo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Não vou proclamar o acréscimo. É o voto médio. O voto médio contempla todos. Então, esses dois pontos estão claramente colocados com seis votos. Estou dizendo isso, porque agora vou fazer a proclamação do voto médio. Vou fazer a proclamação final do julgamento.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Presidente, eu não quero ser insistente, mas a questão, que parece que há uma concordância, do sentido de que, na primeira frase do item dois, é preciso acrescentar, com o devido respeito, que a dispensa da autorização legislativa, no caso da alienação do controle acionário das subsidiárias e controladas, na verdade, só é possível se a primeira lei que autorizou essa...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Essa é a posição da Ministra **Rosa Weber**.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Eu acho que foi enunciada também pelo Ministro **Gilmar**.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Acabei de perguntar ao Ministro **Gilmar** se ele concorda com essa redação.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Concordo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Se o Ministro **Gilmar** está concordando, temos seis votos para essa posição.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Essa é a jurisprudência da Casa.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Eu, antes, já tinha passado para o Ministro **Alexandre de Moraes** e para o Ministro Luís **Roberto Barroso**, e eu tenho o acordo deles em relação...

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

ADI 5624 MC-REF / DF

Porque o voto do Ministro Gilmar fala da legislação...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O problema aqui, Presidente, acho que é o seguinte: foi até a pergunta que fiz antes ao Ministro Alexandre. É que, a rigor, nós estamos - eu tinha falado isso com o Ministro Ricardo Lewandowski - dizendo que estamos ratificando parcialmente, mas cada qual agregando um tipo de fundamento.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Por isso o voto é médio.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Para mim, por exemplo, eu considerava que o Ministro Ricardo Lewandowski estava fazendo uma exigência geral e, portanto, eu estava concordando com ele em relação às empresas matrizes. Portanto, nessa parte, eu ratificava, mas, no mais, eu não ratificava. A Ministra Cármen, por sua vez, disse que, para ela, era imprescindível a licitação, o modelo de licitação pública.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Ela disse que, quanto às subsidiárias, ela não referendava a medida cautelar. Ou seja, para a Ministra Cármen Lúcia, também não seria necessária a lei. Mas ela disse explicitamente que não referendava quanto à subsidiária, ela referendava quanto à licitação.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O que é importante é que temos seis votos no sentido de...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

O que vou proclamar agora.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Presidente, eu acho prudente, essa tese que Vossa Excelência está enunciando, eu acho absolutamente fundamental porque nós temos que espancar quaisquer dúvidas que possam existir daqui para a frente. E essa proposta de Vossa Excelência, a meu rever, realmente, cumpre esse desiderato.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

E tivemos dois dias de debates aprofundados. Vou proclamar o julgamento final:

Preliminarmente, o Tribunal reconheceu a legitimidade ativa da

ADI 5624 MC-REF / DF

Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro (CONTRAF/CUT). Também, preliminarmente, o Tribunal reconheceu a ilegitimidade ativa da Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal (FENAEE). E, em razão de voto médio, referendou em parte a medida cautelar anteriormente concedida em parte pelo Relator para conferir ao dispositivo interpretação conforme nos seguintes termos: i) a alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista exige autorização legislativa e licitação; ii) a exigência de autorização legislativa, todavia, não se aplica à alienação do controle de suas subsidiárias e controladas. Nesse caso, a operação pode ser realizada sem a necessidade de licitação, desde que siga procedimentos que observem os princípios da administração pública inscritos no art. 37 da Constituição, respeitada, sempre, a necessária competitividade.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Presidente, o acórdão continua comigo?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

O acórdão continua com o Ministro **Ricardo Lewandowski**, Relator, porque se trata de voto médio.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E a ADI está em tramitação, tem outros dispositivos.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.624

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

REQTE.(S) : FEDERAÇÃO NACIONAL DAS ASSOCIAÇÕES DO PESSOAL DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - FENAEE

REQTE.(S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DO RAMO FINANCEIRO - CONTRAF/CUT

ADV.(A/S) : LUIZ ANTÔNIO VIUDES CALHÃO FILHO (0041269/DF) E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após a leitura do relatório e a realização das sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pela requerente Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro - CONTRAF/CUT, o Dr. Luiz Alberto do Santos; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro André Luiz de Almeida Mendonça, Advogado-Geral da União; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Luciano Mariz Maia, Vice-Procurador-Geral da República. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 30.05.2019.

Decisão: Após os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski (Relator) e Edson Fachin no sentido de referendar a concessão parcial da medida cautelar pleiteada para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 29, *caput*, XVIII, da Lei nº 13.303/2016, de modo a afirmar que a venda de ações de empresas públicas, sociedades de economia mista, de suas subsidiárias ou controladas exige autorização legislativa, bem como prévia licitação pública, dispensada esta quando a alienação não implicar a perda de seu controle acionário; e dos votos dos Ministros Alexandre de Moraes e Roberto Barroso, que não referendavam a cautelar, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 05.06.2019.

Decisão: Apregoada em conjunto as ADI 5.624 (MC-Ref), MC-ADI 5.846, MC-ADI 5.924 e MC-ADI 6.029. Preliminarmente, o Tribunal reconheceu a legitimidade ativa da Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro - CONTRAF/CUT e a ilegitimidade ativa da Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal - FENAEE. Votaram pelo referendo total da cautelar os Ministros Ricardo Lewandowski (Relator), Edson Fachin e Marco Aurélio, referendavam parcialmente a cautelar os Ministros

Cármem Lúcia, Rosa Weber, Gilmar Mendes e Dias Toffoli (Presidente) e não referendavam a medida cautelar os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Celso de Mello, nos termos e limites dos respectivos votos proferidos. No mérito, em razão de voto médio, o Tribunal referendou, em parte, a medida cautelar anteriormente parcialmente concedida pelo Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), para conferir ao art. 29, *caput*, inc. XVIII, da Lei nº 13.303/2016 interpretação conforme à Constituição Federal, nos seguintes termos: i) a alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista exige autorização legislativa e licitação; e ii) a exigência de autorização legislativa, todavia, não se aplica à alienação do controle de suas subsidiárias e controladas. Nesse caso, a operação pode ser realizada sem a necessidade de licitação, desde que siga procedimentos que observem os princípios da administração pública inscritos no art. 37 da Constituição, respeitada, sempre, a exigência de necessária competitividade. Redigirá o acórdão o Ministro-Relator. Plenário, 06.06.2019.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármem Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário