

**MEMORIAL - AÇÕES DIRETAS DE  
INCONSTITUCIONALIDADE Nº  
5.624, 5.846 e 5.924**

**FEDERAÇÃO NACIONAL DAS ASSOCIAÇÕES DO PESSOAL DA CAIXA  
ECONÔMICA FEDERAL – FENAE**

**CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DO RAMO  
FINANCEIRO - CONTRAF/CUT**

**LUIZ ALBERTO DOS SANTOS  
OAB-RS 26.485 e OAB-DF 49.777**

**BRASÍLIA, 31 DE MAIO DE 2019**

## MEMORIAL

### AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 5.624, 5.846 e 5.924

Excelentíssimo Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal Ministro Dias Toffoli

Excelentíssimo Senhor Relator da ADI 5.624, 5.846 E 5.924, Ministro Ricardo Lewandowski,

Excelentíssimo Senhor Relator das Reclamações Constitucionais 33.292 e 34.549, Ministro Luiz Edson Fachin

Excelentíssimas Senhoras Ministras do Supremo Tribunal Federal

Excelentíssimos Senhores Ministros do Supremo Tribunal Federal

A FEDERAÇÃO NACIONAL DAS ASSOCIAÇÕES DO PESSOAL DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - FENAE e da CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DO RAMO FINANCEIRO - CONTRAF/CUT, autoras da ADI Nº 5.624, vem à presença de Vossas Excelências, por meio de seu patrono *in fine* assinado, oferecer

## MEMORIAL

Com vistas a subsidiar o exame do pedido de liminar, com julgamento previsto para o dia 5 de junho de 2019.

## **1. Preliminar – as empresas estatais no contexto brasileiro**

O tema objeto da **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.624** e das demais ações que tramitam conjuntamente é dos mais relevantes, não somente para a atuação do Estado brasileiro e das empresas estatais, como para o atendimento dos interesses dos cidadãos.

O cerne da discussão é, para além de questões internas de como atuam essas empresas e seus instrumentos de governança, **o seu papel como instrumentos de atuação do Estado e implementação de políticas voltadas** seja a prestação de serviços, seja à **promoção do desenvolvimento nacional** e os limites impostos pelo Ordenamento Constitucional tanto à sua constituição, quanto a sua extinção ou privatização.

Os princípios que norteiam, delimitam e limitam a Administração Pública são objetivos. Além dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, dando concretude ao conceito de **Res Publica**, o administrador público – seja ele agente público ou político – deve pautar-se em sua ação por outros princípios basilares, como a segurança jurídica, reserva legal e o direito adquirido.

No entanto, diversos desses princípios não foram respeitados ao longo da proposição, da tramitação legislativa e da sanção da Lei nº 13.303, de 2016, e até mesmo de sua regulamentação, introduzindo na ordem jurídica, inclusive, restrições ao exercício de direitos políticos e de atuação sindical que ferem garantias individuais, igualmente objeto de questionamento nos Autos das ADI 5.624, 5.846 e 5.924.

Trata-se de lei que, em lugar de cumprir o que estabelece o art. 173 da Carta Magna, no sentido de evitar que o Estado, quando explore atividades econômicas, concorra em condições privilegiadas com as empresas privadas, e de garantir que sua atuação empresarial se dê de forma competitiva, mas em conformidade com a sua função social, fixa, para

elas, restrições mais rígidas do que as vigentes para o setor privado, adotando visão preconceituosa e até mesmo contrária a sua existência enquanto instrumentos da atuação do Estado para a implementação de políticas públicas.

A sua regulamentação, notadamente por meio do Decreto nº 8.945, de 27 de dezembro de 2016, e do Decreto nº 9.188, de 1º de novembro de 2017, o Decreto nº 9.188, que, a pretexto de regulamentar dispositivos da Lei nº 13.303, de 2016, objeto da ADI 5.624, não apenas ampliam o seu escopo, como, no caso do Decreto 9.188, contrariam – sem sequer haver base legal para tanto – princípios basilares da Administração Pública, o que levou à concessão de medida cautelar pelo Exmo. Sr. Relator em 27 de junho de 2018, e cujo teor foi reiterado pelo Min. Luiz Edson Fachin em liminar deferida nas Reclamações Constitucionais nº 33.292 e 34.549, em 27 de maio de 2019.

As empresas estatais desempenham no Brasil, desde meados do século XX, um importante papel na economia, nos serviços públicos e na gestão pública brasileiros.

E esse não é um fenômeno isolado: muitos países mantêm grande número de empresas estatais relevantes, notadamente em setores estratégicos, mas também na área de infraestrutura e prestação de serviços.

Segundo estudo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento, mesmo após a onda liberalizante das décadas de 1970 e 1980, que levaram a movimentos de privatização e desestatização em muitos países, o número de empresas estatais é ainda expressivo: quase 2.500 empresas atuam em diversos países, com mais de 9,2 milhão de empregados, e com valor de mercado em mais de USD 2,4 trilhões. Um número expressivo dessas empresas, controladas pelo Estado, tem suas ações negociadas em Bolsas de Valores, como ocorre no Brasil com empresas como Petrobrás, Banco do Brasil e Eletrobras.

A Tabela a seguir ilustra o fato:

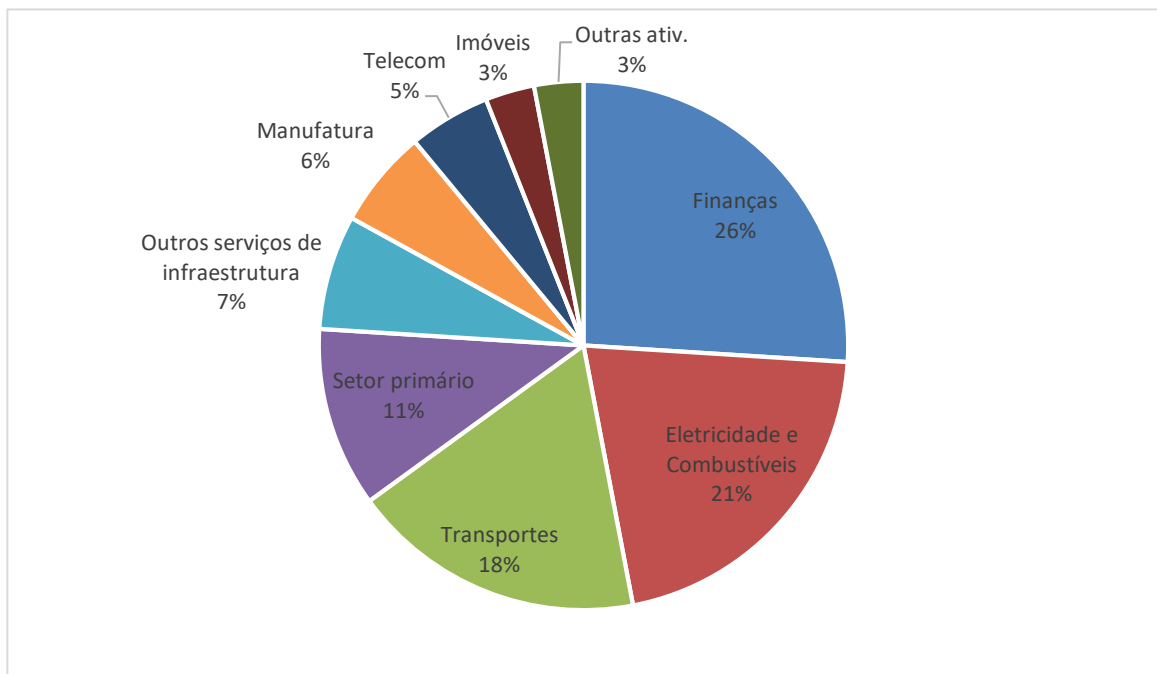
**Tabela 1 - Empresas Estatais por País (2015)**

País	Nº de Empresas	Número de Empregados	Valor das Empresas em USD Bi	Empresas listadas em bolsa	Número de Empregados	Valor das Empresas em USD Bi
Total.(excl. China)	2.467	9.238.528	2.407,8	154	2.277.746	1.080,3
Argentina	59	130.776	27,6	1	22.025	11,6
Austrália.	8	42.607	13,6	-	-	-
Áustria	10	72.491	4,9	2	26.574	4,8
Brasil	134	597.505	145,0	7	222.315	47,0
Canadá	44	83.462	30,3	-	-	-
Chile	25	50.361	20,8	1	301	0,,
China	51.341	20.248.999	29.201,1		..	..
Colômbia	39	33.033	23,0	3	13.781	23,0
Costa Rica	32	43.013	12,6		-	-
Rep Checa	133	133.826	28,8	1	25.826	9,7
Dinamarca	21	18.728	13,5	1	500	0,2
Estônia.	66	26.026	4,2	-	-	-
Finlândia	47	72.391	40,3	3	17.558	22,3
França	51	826.967	76,9	4.	209.809	52,5
Alemanha	71	370.440	72,0	-	-	-
Grécia.	42	42.927	83,4	5	22.467	2,4
Hungria	370	148.193	9,1	1	1.664	0,1
Islândia	35	3.636	3,6	-	-	-
Índia	270	3.284.845	338,5	68	642.512	269,4
Irlanda	25	39.079.	10,2	-	-	-
Israel	28	57.114	..	-	-	-
Itália	20	499.765	207,5	.11.	403.240	153,7
Japão	8	256.265	82,4	1	218.312	55,8
Coreia do Sul	56	147.833	217,8	.8.	50.158	41,9
Letônia	71	49.962	8,3	-	-	-
Lituânia	128	40.711	5,7	.1.	371	0,2
México	78	73.686	21,2	-	-	-
Holanda	29	110.400	82,9	.1.	22.048	21,5
Nova Zelândia	37	36.214	29,1	4	12.719	10,1
Noruega	55	230.601	107,9	.3.	64.269	78,7
Polônia	126	128.016	15,7	8	101.857	12,4
Rep. Eslovaca	113	60.471	....	-	-	-
Eslovênia	37	47.052	12,5	3	10.227	1,5
Espanha	51	94.635.	36,7	.2.	21.477	31,3
Suécia	49	124.133	37,1	-	-	-
Suíça	4	106.883	44,7	1	21.637	27,1
Turquia	39	438.990	62,5	5	45.584	12,4
Reino Unido	16	153.604	114,6	1	87.800	53,6
Estados Unidos	16	535.981	-21,6	1	129	0,0

Fonte: OECD (2017), The Size and Sectoral Distribution of State-Owned Enterprises, OECD Publishing, Paris. p. 14-16.

Ademais, as empresas estatais estão presentes nos mais diversos setores, com grande participação na prestação de serviços públicos nas áreas de energia e telecomunicações e, especialmente, no setor de petróleo combustíveis:

**Figura 1 – Empresas Estatais por Setores (exceto China) - 2015**



Fonte: OECD (2017), The Size and Sectoral Distribution of State-Owned Enterprises, OECD Publishing, Paris. p. 17.

A experiência internacional demonstra a sua relevância para assegurar o alcance de objetivos de interesse público, inclusive como instrumento para a superação de crises econômicas. Todavia, tais fatos não têm sido suficientes para amenizar o discurso contra o “Estado Leviatã”, ainda hoje muito presente.

Como apontam Daniel Chavez e Sebastián Torres em importante estudo sobre as empresas estatais e o desenvolvimento na América Latina

e no Mundo<sup>1</sup>, o debate sobre a intervenção do Estado na provisão de bens e serviços não é novo, e se caracterizou desde sempre pela polarização de posições retóricas e ideológicas muito diferentes. Como destacam os Autores,

*“En la década de 1990, durante el apogeo del Consenso de Washington en América Latina y la transición del llamado “socialismo real” al neoliberalismo en Europa del Este, la visión hegemónica establecía que las entidades de propiedad estatal eran intrínsecamente ineficientes y debían ser privatizadas. Hace apenas unos años, uno de los economistas más influyentes del mundo seguía insistiendo que “la evidencia creciente demuestra que la mayoría de las empresas estatales no contribuyen de forma significativa al desarrollo y que su desempeño en la provisión de servicios públicos es ineficaz o ineficiente” (Rondinelli, 2008: 21).” (2013:14)*

Contudo, destacam que, em tempos recentes, tem aumentado o número de autores que enfatizam os **aspectos positivos da propriedade e da gestão estatal**, e reconhecem a **importância das empresas estatais em processos de crescimento econômico e desenvolvimento social**, e, em especial, o fato de que as **empresas estatais podem ser eficientes e bem geridas** (Chang, 2007:8 apud CHAVEZ e TORRES, 2013: 14).

Esse fenômeno se tornou ainda mais importante a partir da crise global de 2008, quando até mesmo alguns tradicionais críticos do Estado reconheceram a sua importância.

A revista *The Economist*, em informe especial publicado em 2012 sobre o “Capitalismo de Estado”<sup>2</sup>, examinou a emergência desse novo modelo econômico, marcado pela combinação da propriedade estatal com uma ação mais orientada por práticas de mercado e a formação de parcerias com empresas privadas, no qual abundam exemplos de grandes empresas estatais atuando em setores estratégicos como petróleo e gás,

---

<sup>1</sup> CHAVES, D. & TORRES, S. Introducción: empresas públicas y desarrollo em Uruguay, América Latina y em Mundo. In CHAVES, D. & TORRES, S. (eds.) La Reinvenion del Estado - empresas públicas y desarrollo em Uruguay, América Latina y em Mundo. Amsterdam: Transnational Institute, 2013. P. 13-27

<sup>2</sup> The Visible Hand - Special Report State Capitalism, The Economist, 21 Jan 2012, 15 p.

telecomunicações, sistema financeiro, indústria, aviação, etc. Nos países emergentes, 28 das 100 maiores empresas com ações listadas em bolsas de valores são empresas estatais. É crescente a internacionalização de empresas estatais nos mercados, notadamente as de países como China e Índia, particularmente em setores como energia e petróleo.

Apontam esses autores que **tais exemplos contradizem a crença sobre a natureza intrinsecamente ineficiente das empresas estatais**, expressa no “mantra” repetido ao longo de décadas de que as empresas privadas são mais eficientes e mais rentáveis que empresas estatais. Tais concepções, calcadas, sobretudo, em uma abordagem de rentabilidade econômica, de maximização de lucros ou dados de natureza financeira, não levam em conta a orientação das empresas estatais para o bem-estar social, que, evidentemente, reduz a importância daqueles indicadores.

No entanto, como afirma Mühlenkamp (2013:3), a busca de melhor produtividade e eficiência de custos (eficiência interna) não apenas é consistente com a maximização do bem-estar, como é condição necessária para alcançar esse fim<sup>3</sup>. Considerando dados de diversos estudos, e comparando-se indicadores de eficiência interna, esse autor aponta que as **pesquisas não apoiam a conclusão de que empresas privadas são mais eficientes do que empresas estatais comparáveis**, o que indica a necessidade de uma abordagem mais cuidadosa do problema. A escolha entre empresas estatais ou privadas tem efeitos secundários em benefícios para os consumidores, distribuição de renda, qualidade dos serviços, segurança no abastecimento ou resultados não mercantis (2013:19).

E, com efeito, empresas estatais cumprem papéis que não devem nem podem ser exigidos das empresas privadas. Na perspectiva do interesse público, as empresas estatais cumprem funções sociais, econômicas e de internacionalização. A função social, em países como a China e o Brasil, é exercida por instituições tão diversas como as instituições financeiras quanto as de prestação de serviços em diferentes áreas. A função econômica cabe

---

<sup>3</sup> MÜHLENKAMP, Holger. From State to Market Revisited: More Empirical Evidence on the Efficiency of Public (and Privately-owned) Enterprises”. MPRA Paper No. 47570, Speyer: German University of Administrative Sciences - German Research Institute for Public Administration, jun. 2013, 25 p.



a empresas tanto em nível nacional quanto estadual e local, em áreas distintas como petróleo, energia, fomento ao desenvolvimento, infraestrutura e abastecimento.

A internacionalização é manifestada na presença cada vez maior de empresas estatais no âmbito internacional, seja promovendo investimentos, seja promovendo a cooperação, seja garantido o acesso ao mercado externo ou mesmo, mediante parcerias, buscando o acesso a novas tecnologias.

Em países como a China, a Coréia do Sul e o Brasil, as empresas estatais cumpriram importantes papéis de promover o desenvolvimento onde empresas privadas não tinham o capital ou o interesse em atuar, e ainda cumprem importantes funções sociais e econômicas, em especial no desenvolvimento de infraestrutura. Em países como a França, empresas estatais cumprem o papel de impulsionar estratégias de desenvolvimento de longo prazo, ou mesmo para promover políticas de igualdade de gênero (CHAVEZ e TORRES, 2013:17).

A onda de privatizações ocorrida nos anos 1970, 1980 e 1990, sob as premissas do Consenso de Washington e sob os auspícios de instituições como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial, que afetou, de forma intensa, a América Latina, voltou à agenda de muitos países, em grande parte por força da própria crise de 2008.

A nova onda privatizante segue a adoção de políticas de ajuste fiscal e austeridade, particularmente a partir da pressão de organismos como a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional. Em 18 países do sul da Europa, foram implementados programas de privatização semelhantes aos que foram aplicados na América Latina ao longo das décadas anteriores no marco de programas de ajuste estrutural (CHAVES e TORRES, 2013: 18-19).

Apesar dos impactos da onda neoliberal que se espalhou pela América Latina na década de 1990 e dessa nova rodada de privatizações, o papel das empresas estatais vem sendo reconhecido mundialmente, mesmo nas economias avançadas.

Recente Estudo da OCDE<sup>4</sup> aponta que o papel das empresas estatais nas estratégias de desenvolvimento em países como Brasil, Índia, China e África do Sul, membros dos BRICS, varia dramaticamente. O estudo demonstra que países em níveis mais baixos de desenvolvimento têm, nas estatais, um importante fator para o alcance de políticas de industrialização, enquanto economias mais maduras costumam equilibrar de forma mais cuidadosa o papel dos setores público e privado.

No caso brasileiro, as estatais tiveram importante papel no processo de industrialização do país e ainda têm um importante papel a cumprir, tanto como instrumentos para a concretização de políticas públicas em áreas como habitação, crédito e financiamento do desenvolvimento, como no desenvolvimento tecnológico, na provisão de serviços públicos e infraestrutura.

A ampliação do aparelho estatal, sob a forma de empresas públicas e sociedades de economia mista, remonta ao século XIX, mas foi a partir da década de 1940 que a presença do Estado na atividade econômica e em projetos de desenvolvimento sob a forma empresarial, se ampliou.

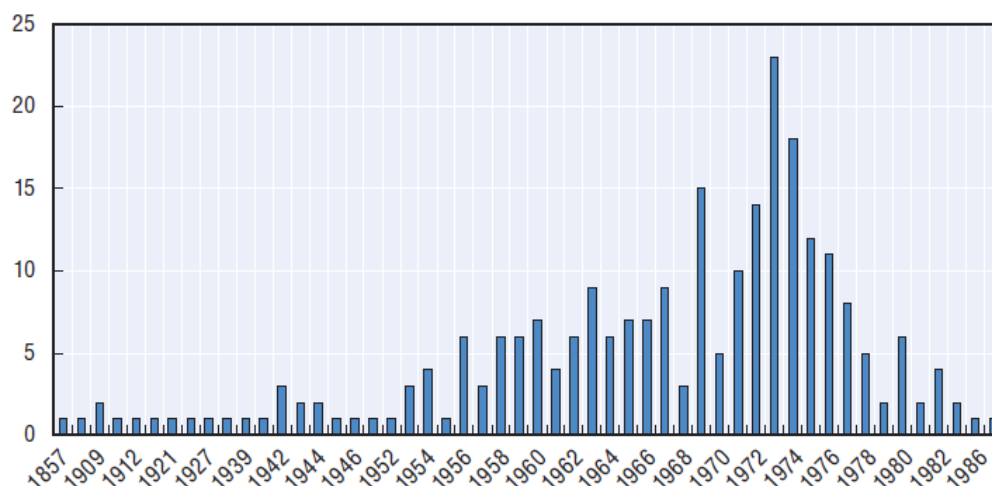
Como reconhece recente a OCDE no documento *State-Owned Enterprises in the Development Process*, publicado em 2015, em alguns setores, não fosse a atuação do Estado, ao criá-las e desenvolver seu campo de atuação, empresas poderosas que tiveram origem no Estado sequer existiriam na atualidade, como é o caso da EMBRAER e da VALE.

O gráfico a seguir demonstra o padrão de ampliação do número de empresas estatais do setor não-financeiro no Brasil, entre 1857 e 1986:

***Figura 2 – Empresas Estatais do Setor Não Financeiro criadas por ano no Brasil (1857-1986)***

---

<sup>4</sup> OECD, *State-Owned Enterprises in the Development Process*, OECD Publishing, Paris, 2015. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264229617-en>.



Fonte: Musacchio e Lazzarini (2015:110).

A criação de estatais, por setor de atuação, e a diversificação de setores de atividade, com ênfase em áreas como infraestrutura, mineração e manufatura, é evidenciada na Tabela a seguir:

**Tabela 2 - Empresas Estatais Federais por data de criação e setor econômico**

Setor	Antes de 1939	1940-1949	1950-1959	1960-1969	1970-1975	1976-1980	TOTAL
Mineração e manufatura	2	5	4	14	24	16	65
Transportes e comunicações	4	1	3	8	19	5	40
Eletricidade	11	1	5	3	6	0	26
Financeiro	3	2	3	5	11	7	31
Outros	46	1		9	28	5	89
<b>Total</b>	<b>66</b>	<b>10</b>	<b>15</b>	<b>39</b>	<b>88</b>	<b>33</b>	<b>251</b>

Fonte: TREBAT, Thomas J. Brazil's State Owned Enterprises - A case Study of the State as Entrepreneur. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1983, p.37

Os anos 1960 e 1970 experimentaram uma grande expansão no número e áreas de atuação de empresas estatais no Brasil.

Em 1979, o Presidente João Figueiredo adota medidas para reduzir a autonomia das empresas estatais e sua proliferação. O Decreto nº 84.128, de 29 de outubro, cria a Secretaria de Controle de Empresas Estatais (SEST), da Secretaria de Planejamento da Presidência da PR, e submete a parecer prévio do órgão as propostas de criação de empresas estatais, ou de assunção do controle por estas de empresa privada antes de serem submetidas à apreciação do Presidente da República.

Em 1981, o número de empresas estatais alcançou 339, e o descontrole sobre o processo de expansão do setor empresarial estatal levou à edição do Decreto nº 86.215, de 25 de Julho de 1981, que buscava promover a sua racionalização, por meio da “**contenção da criação indiscriminada de empresas estatais e, quando recomendável, a transferência do seu controle para o setor privado**”. Trata-se do primeiro ato normativo orientado a reduzir a presença do Estado na atividade econômica, inclusive determinando a desativação de empresas cuja manutenção sob o controle do Governo não mais se justificasse do ponto de vista legal, econômico e administrativo e em relação às quais não houvesse, por parte do setor privado, interesse na aquisição, e a vedação da expansão de atividades de empresas estatais que desempenhem funções concorrenciais com o setor privado e cuja privatização não se conseguisse realizar.

Não obstante essa política, que levou à redução do número total de entidades, registrava-se ainda em 1985 um total de 277 empresas estatais, incluindo-se as empresas subsidiárias:

***Tabela 3 - Empresas Estatais Federais por Tipo – 1981/1985***

<b>TIPOS DE EMPRESAS</b>	<b>1981</b>	<b>1985</b>
Empresas do setor produtivo estatal	297	236
Concessionárias	28	26
Bancos oficiais federais	14	15
<b>TOTAL</b>	<b>339</b>	<b>277</b>

Fonte: Brasil. Secretaria de Controle de Empresas Estatais (Sest). Cadastro das empresas estatais, 1985.

Também com vistas a limitar o processo de crescimento da administração indireta, o Presidente Jose Sarney editou, em 1985, o Decreto nº 91.757, de 7 de outubro, o qual proibia a criação de empresas sob o controle, direto ou indireto, da União, salvo casos de comprovada necessidade, a critério exclusivo do Presidente da República.

Segundo Marcelino<sup>5</sup>, havia em 1987 no Brasil 415 agências estatais, tendo chegado a um máximo de 530 em 1981, o que representava, então, 14% do PIB. Ainda que nem todas possam ser diretamente classificadas estritamente como "empresas"<sup>6</sup>, e dada a precariedade de dados oficiais sobre a sua composição, as entidades classificadas como "empresas" (277 em 1985) atuavam em setores tão diferenciados quanto a exploração mineral, a indústria mecânica e siderúrgica, a indústria química, a geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, o comércio, os transportes, as telecomunicações, o abastecimento, a pesquisa agropecuária, o setor financeiro e de seguros e de petróleo, o setor nuclear e outros, revelando uma faceta importante do processo de expansão da atuação econômica do Estado no País.

Esse crescimento levou à inclusão, na Carta de 1988, de regras limitadoras da criação de empresas estatais, adotando-se a noção de *Estado subsidiário*, mas sem abrir mão de sua capacidade de exploração direta de atividade econômica **quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo**.

A crise fiscal do Estado, no final dos anos 1980 e início dos anos 1990, abriu espaço à redução do aparato estatal, pela via das privatizações.

---

<sup>5</sup> MARCELINO, Gileno F. O Estado Brasileiro de Cabral a Sarney. Revista do Serviço Público, Brasília, vol. 116, núm. 1, p. 23-30, jan/feb. 1988.

<sup>6</sup> O Decreto nº 84.128, de 29 de outubro de 1979, ao instituir o controle sobre os recursos e dispêndios das empresas estatais, definiu como tal, além das empresas públicas e sociedades de economia mista, as autarquias e fundações públicas, e, ainda, poderiam ser equiparadas às empresas estatais, para efeito do controle governamental, as entidades e organizações de direito privado, que recebam contribuições parafiscais ou transferências do Orçamento da União e prestem serviços de interesse público ou social.

Com tal propósito, foi instituído, em 1990, pela Lei nº 8.031, de 12 de abril, o Programa Nacional de Desestatização.

Com fulcro nessa Lei e nas medidas que lhe sucederam, notadamente as emendas constitucionais nº 6, 7, 8 e 9, de 1995, e a Lei nº 9.491, de 1997, nada menos que 122<sup>7</sup> empresas estatais foram privatizadas desde 1990, entre elas gigantes como a Companhia Vale do Rio Doce, uma das maiores produtoras e exportadoras de minérios do mundo e maior empresa do setor mineral do país, que foi vendida por apenas USD \$ 5,4 bilhões.

No total, foram arrecadados cerca de USD \$ 105,8 bilhões<sup>8</sup> com as privatizações no Brasil até 2002 apesar de o processo ter sido amplamente questionado, dadas as condições privilegiadas e incentivos proporcionados pelo Governo para a sua aquisição por empresários nacionais e mesmo estrangeiros.

A tabela a seguir demonstra os resultados das privatizações ocorridas até 2009, segundo o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES):

***Tabela 4 Resultado Geral das Privatizações (1990-2009)***

---

<sup>7</sup> Há contradições sobre o número de empresas privatizadas. Segundo dados do IBGE, entre 1991 e 2002 teriam sido privatizadas 165 empresas estatais das 3 esferas de governo. Ver SOARES, Pedro. País privatizou 165 empresas entre 1991 e 2002. Folha de São Paulo, 21.12.2004. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi2112200423.htm>

<sup>8</sup> Cfe. BNDES, 2005, apud GOBETTI, Sergio W. 2010. Estatais e ajuste fiscal: uma análise da contribuição das empresas federais para o equilíbrio macroeconômico. Economia e Sociedade. Campinas, v. 19, nº1, abril, 29-58.

Programa	Receita de Venda	Dívidas Transferidas	Resultado Total
<b>Privatizações federais</b>	<b>59,8</b>	<b>11,3</b>	<b>71,1</b>
PND	30,8	9,2	40,0
Empresas de telecomunicações	29,0	2,1	31,1
<b>Privatizações estaduais</b>	<b>28,0</b>	<b>6,7</b>	<b>34,7</b>
<b>Total</b>	<b>87,8</b>	<b>18,0</b>	<b>105,8</b>

Durante o período 1990-2009, foram realizadas 71 desestatizações, referentes aos setores siderúrgico, químico e petroquímico, fertilizantes, elétrico, ferroviário, mineração, portuário, financeiro, de petróleo e outros, conforme o quadro a seguir:

Empresas controladas	31
Participações minoritárias	26
Concessões	7
Arrendamentos	7
<b>Total de desestatizações</b>	<b>71</b>

*O quadro acima não contempla o resultado referente à outorga de concessões de aproveitamentos hidrelétricos, linhas de transmissão e rodovias federais.*

FONTE: BNDES – Relatório do PND 2009

Ainda assim, em 2002, segundo o IBGE<sup>9</sup>, a atividade empresarial do governo era representada por 256 empresas não-financeiras das esferas federal, estadual e dos municípios das capitais, e 53 empresas financeiras, como os bancos federais os bancos estaduais comerciais e de desenvolvimento, as caixas econômicas estaduais e as companhias seguradoras dos governos estaduais.

Após um longo período em que a tônica foi a privatização ou extinção de empresas estatais, se retomou a sua criação a partir de 2003, abrindo-se novas possibilidades de atuação.

<sup>9</sup> IBGE. Finanças Públicas do Brasil 2001-2002, Rio de Janeiro: IBGE, 2004, 55 p.

Foram criadas, desde então, no âmbito Federal, a Hemobrás (Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia), a Empresa de Pesquisa Energética (EPE), o Centro Nacional de Tecnologia Eletrônica Avançada SA (CEITEC), a Empresa Brasil de Comunicação (EBC), a Empresa Brasileira Serviços Hospitalares (EBSERH), a Empresa de Planejamento e Logística (EPL), a Agência Brasileira de Gestão de Fundos Garantidores e Garantias S.A. (AGBF). Além disso, em 2013 foram criadas a Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural -Pre-Sal Petróleo S.A. – PPSA e a Amazônia Azul Tecnologias de Defesa S.A. (AMAZUL). A Telecomunicações Brasileiras S.A. (Telebras), que estava em processo de extinção, assumiu novas funções estratégicas de operação de infraestrutura para a universalização do acesso a Internet em banda larga. A empresa VALEC Construções e Ferrovias assumiu novas funções no plano de investimento em logística para o setor de transportes ferroviários.

Empresas estratégicas como o Banco do Brasil, Petrobras, Caixa Econômica Federal e Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social assumiram importância ainda maior como instrumentos de ação do Governo Federal na promoção e aplicação de políticas sociais, na liderança de processos de investimento em infraestrutura e na criação de parcerias com o setor privado.

No setor elétrico, a revogação de previsão expressa da Lei nº 9.648, de 1998, que previa a privatização da Eletrobrás e suas subsidiárias, e a exclusão dessas empresas do Programa Nacional de Desestatização pela Lei nº 10.848, de 2004, permitiram que voltassem tanto a disputar licitações de novos empreendimentos, quanto associar-se a empresas privadas em sociedades de propósito específico. A reformulação do Grupo Eletrobras, a melhora de sua governança com o lançamento de ações em bolsa de valores nos Estados Unidos, a fixação de contratos de desempenho, metas e indicadores de gestão, e sua sujeição a novas condições regulatórias e competitivas, por meio de reformas em 2004 e 2012, deu novo impulso ao setor estatal de eletricidade, ao mesmo tempo em que se ampliava o acesso à eletricidade no meio rural por meio do Programa Luz para Todos e se implementava a política da Tarifa Social de Energia Elétrica.

Não obstante essa política, continuaram a ocorrer privatizações, mas em situações pontuais.



No Governo Lula, em 2004, o Banco do Estado do Maranhão, federalizado no governo FHC, foi privatizado. Em 2007, o Decreto nº 6.026, de 22 de janeiro, incluiu no PND a Companhia Energética do Amazonas S.A. - CEAM. A concessão de rodovias e ferrovias permaneceu no âmbito das políticas governamentais no período.

No Governo Dilma Rousseff, em 2011, foi sancionada a Lei nº 12.380, que autorizou a União a, por meio de ato do Poder Executivo, se abster de adquirir ações em aumentos de capital de empresas em que possua participação acionária, minoritária ou majoritária, devendo preservar o controle do capital votante nos casos exigidos por lei.

Essa Lei facilitou a privatização sem alienação de ações do Instituto de Resseguros do Brasil - IRB. Com o fim do monopólio estatal em 1996, pela Emenda Constitucional nº 13, e a aprovação da Lei Complementar nº 126, em 2007, abriu-se caminho à privatização do IRB, que se concretizou em 2013, com a publicação do Decreto s/n de 21 de fevereiro, que, com base na Lei nº 12.380, e, ainda, na Lei nº 9.491, autorizou o aumento do capital social do IRB no valor de até R\$ 202,5 milhões, mediante subscrição particular de ações ordinárias, com a autorização para a renúncia total pela União do direito de preferência na subscrição de tais ações.

Também no Governo Rousseff, a privatização de aeroportos, ocorrida a partir de 2011, se deu mediante a inclusão, no Programa Nacional de Desestatização, de diversos aeroportos, mas não houve a alienação de ações ou perda de controle da Infraero. Contudo, a perda de importantes aeroportos antes por ela administrados sob concessão acabou por tornar a empresa uma operadora de ativos com capacidade reduzida, tanto física quanto financeiramente<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> O Decreto nº 7.531, de 21 de julho de 2011, incluiu no PND, para os fins da Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, o Aeroporto Internacional Governador André Franco Montoro, o Aeroporto Internacional de Viracopos, e o Aeroporto Internacional Presidente Juscelino Kubitschek. O Decreto nº 8.517, de 10 de setembro de 2015, incluiu no PND os Aeroportos Internacionais Salgado Filho, no Estado do Rio Grande do Sul, Deputado Luís Eduardo Magalhães, no Estado da Bahia, Hercílio Luz, no Estado de Santa Catarina, e Pinto Martins, no Estado do Ceará. Em 2017, um novo Decreto incluiu outros 13 aeroportos operados pela Infraero no PND.

Em 2015, a CELG Distribuição S.A, controlada pela Eletrobrás, foi objeto de privatização, com a sua inclusão no PND por meio do Decreto nº 8.449, de 13 de maio daquele ano. A privatização foi autorizada, ainda, pela Lei nº 18.956, de 18 de julho de 2018, do Estado de Goiás.

Desde 2016, a privatização voltou com ênfase à agenda do Governo, com a criação, pela Medida Provisória nº 727, de 12 de maio, convertida na Lei nº 13.334, de 2016, do Programa de Parcerias de Investimentos – PPI e da sua Secretaria Executiva, à qual foi, posteriormente, atribuído status ministerial.

Esse Programa foi 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”, e, para tanto, remeteu a decretos dispor sobre as políticas federais de longo prazo para o investimento por meio de parcerias em empreendimentos públicos federais de infraestrutura e para a desestatização, os empreendimentos públicos federais de infraestrutura qualificados para a implantação por parceria e as políticas federais de fomento às parcerias em empreendimentos públicos de infraestrutura dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios. Tais empreendimentos foram definidos com “prioridade nacional”. Foram transferidas ao Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República – CPPI as funções de órgão gestor de parcerias público-privadas federais pela Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, as do Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte pela Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001; e do Conselho Nacional de Desestatização.

Desde então, registra-se a privatização ou extinção de **vinte** empresas estatais, sendo **cinco** delas por incorporação a empresas controladoras, e **onze** alienadas ao setor privado.

No âmbito da Petrobrás, deu-se início a um amplo processo de alienação de ativos, prevendo o ingresso de USD \$ 57,8 bilhões<sup>11</sup>. Em 2017, foi privatizada a NTS Nova Transportadora do Sudeste, empresa controlada pela Petrobrás, pelo valor de US\$ 5,1 bilhões. Foram alienados nessa operação 12 gasodutos que, somados, têm 2.048 quilômetros de extensão, transportam 158,2 milhões de metros cúbicos de gás natural por dia. Em abril de 2018, foi concluída a privatização da Companhia Petroquímica de Pernambuco (Petroquímica Suape) e da Companhia Integrada Têxtil de Pernambuco (Citepe), localizadas no Complexo Industrial de Suape, pelo valor de R\$ 1,523 bilhão, muito abaixo dos R\$ 9 bilhões equivalentes ao custo da obra realizada.

Tramitam, atualmente, no Congresso Nacional, proposições tendentes a flexibilizar ou facilitar a privatização de estatais no setor elétrico, além de diversas medidas em âmbito infralegal orientadas a permitir ou promover a alienação de subsidiárias ou parcela de operações de empresas estatais. Apenas no âmbito da Petrobrás, há intenções de privatização de US\$ 21 bilhões em operações ou ativos que, todavia, tem esbarrado em ausência de permissivo legal suficiente, com a ocorrência de diversas decisões judiciais que sustaram processos de alienação de ativos.

Entre esses processos se acha a venda de 90% da participação na Transportadora Associada de Gás S.A. (TAG), objeto das Reclamações Constitucionais nº 33.292 e 34.549, para o grupo ENGIE e o fundo canadense *Caisse de Dépôt et Placement du Québec* (CDPQ), pelo valor estimado de USD 8,6 bilhões, considerando uma taxa de câmbio de 3,85 R\$/USD, e cuja conclusão foi suspensa em virtude da liminar deferida pelo Min. Luiz Edson Fachin na RCL 33.292.

A referida alienação, cujo processo iniciou-se em setembro de 2017, com a publicação de “Teaser” pela Petrobrás, envolve 4.422 mil km de gasodutos localizados nas regiões Norte e Nordeste no Brasil, totalmente contratadas pela PETROBRAS em contratos *ship-or-pay* de longo prazo, e

---

<sup>11</sup> VETTORAZZO, Lucas. Petrobras põe à venda US\$ 57,7 em ativos e reduz plano de investimento. Folha de São Paulo, 19.06.2015. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/06/1649139-plano-de-negocios-da-petrobras-tem-corte-de-37.shtml>. Acesso em 10.05.2016.

cuja receita líquida em 2016 foi de USD 1,3 bilhões, segundo a própria Petrobras.

Trata-se de privatização não autorizada por lei, e que se realiza mediante processo de “desinvestimento” disciplinado pelo Decreto nº 9.188, de 2017, ou seja, com dispensa de licitação, em direto confronto com a Liminar deferida na ADI 5.624, de cuja decisão se destaca:

*“(...) com base no art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999, e no art. 21, V, do RISTF, concedo parcialmente a medida cautelar pleiteada, ad referendum do Plenário deste Supremo Tribunal, para, liminarmente, 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.” (grifo nosso)*

Esse sistema de gasodutos é fundamental para o transporte do gás natural da região de Urucu para várias cidades da Região Norte, o transporte do gás natural das bacias de Campos e Santos para a Região Nordeste; e o transporte do gás natural entre os Estados da Região Nordeste, configurando-se monopólio natural. A empresa, além de ter papel estratégico, tem lucratividade garantida, e os USD 8,6 bilhões retornariam em curto prazo ao comprador. Estima-se que em 2016 e 2017, os lucros brutos da TAG foram de R\$ 5,08 bilhões e R\$ 3,66 bilhões, respectivamente.

Por ser dependente dessa rede, a Petrobrás continuará a desembolsar, anualmente, importâncias elevadas, e, a depender do volume e da cotação do *dólar*, o valor presente líquido das suas despesas da Petrobrás, considerados os contratos em vigor, poderá ser de USD 12,44 bilhões, em razão dos pagamentos relativos a contratos de transporte de gás natural. Assim, **a operação se revela até mesmo danosa ao próprio interesse econômico da Petrobrás.**

Inobstante a política em curso de redução da presença estatal, existem ainda hoje, no âmbito Federal, **134 empresas estatais**, atuando em setores como petróleo, energia, comunicações, gestão de portos e aeroportos, financeiro, saúde, tecnologia agrícola, abastecimento e armazenamento, transporte ferroviário, indústria, defesa, entre outros, com cerca de 490 mil empregados permanentes<sup>12</sup>. Segundo dados da Secretaria de Coordenação e Governança de Empresas Estatais do Ministério da Economia, desse total, 39 empresas atuam no setor de energia, 20 no setor de petróleo, gás e derivados, 18 no setor financeiro e 14 no setor de comércio e serviços. As demais distribuem-se pelos setores portuário (7), indústria de transformação (7), pesquisa, desenvolvimento e planejamento (6), seguros (5), transportes (4), abastecimento (4) e outros.

Há que se enumerar diversas outras empresas, atuando mediante associações com estatais sob a forma de sociedades de propósito específico ou outras formas de sociedade, em que as estatais detêm participações acionárias relevantes<sup>13</sup>, em situação limítrofe entre o público e o privado. Embora essa forma de atuação possa ser encarada como uma estratégia “modernizante”, ela também evidencia a tentativa de contornar os controles sobre a aplicação de recursos pelos órgãos de controle<sup>14</sup>.

Apenas uma empresa estatal – Furnas Centrais Elétricas – detinha, em setembro de 2015, participação em **81 Sociedades de Propósito Específico**, em fase de implantação ou de operação, com um total investido de cerca de R\$ 48 bilhões, dos quais Furnas respondia diretamente por R\$

---

<sup>12</sup> BRASIL. Ministério da Economia. Panorama das Empresas Estatais, maio de 2019.

<sup>13</sup> Importante exemplo é a Norte Energia S.A., sociedade de propósito específico, de capital fechado, constituída em 21 de julho de 2010 para conduzir todas as atividades necessárias à implantação, à operação, à manutenção e à exploração da usina hidrelétrica de Belo Monte, com financiamento de longo prazo do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) no valor de R\$22,5 bilhões. Do capital social integralizado em dezembro de 2014, de R\$ 6 bilhões, participavam como sócios as estatais Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A – Eletronorte com 19,98%; Centrais Elétricas Brasileiras S.A- Eletrobras, com 15%; Companhia Hidro Elétrica do São Francisco – CHESF, com 15%, totalizando 49,98%.

<sup>14</sup> Sociedades de propósito específico com recursos federais devem ser fiscalizadas pelo TCU. Disponível em <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/sociedades-de-proposito-especifico-com-recursos-federais-devem-ser-fiscalizadas-pelo-tcu.htm>. Acesso em 10.05.2016.

7,9 bilhões<sup>15</sup>. No Grupo Petrobrás, desde 2005 até 2015, cerca de US\$ 21,9 bilhões teriam sido por meio de rede de empresas paralelas criadas para executar obras de grande porte sem se submeter à fiscalização de órgãos de controle<sup>16</sup>.

Não obstante ocorrências deploráveis, envolvendo casos de corrupção em empresas estatais, decorrentes seja da promiscuidade com o ambiente político e das interferências partidárias em sua gestão, mesmo no caso de empresas historicamente caracterizadas pela sua profissionalização e excelência técnica, com ações comercializadas em Bolsas de Valores, e já sujeitas a regras mais rigorosas de governança, seja da atuação de empresas privadas corruptoras, as empresas estatais são essenciais para um projeto de desenvolvimento inclusivo no Brasil, e têm cumprido relevante papel ao longo de décadas como instrumentos da implementação de políticas públicas e planos de desenvolvimento.

Não é possível considerar a execução de políticas em diversas áreas sem a participação das estatais que, no contexto atual, competem com os atores privados em alguns casos, notadamente no setor financeiro e energético, mas suprem a sua ausência quando o mercado não pode ou não quer cumprir exigências de interesse nacional, e se associam ao capital privado quando assim reclama o interesse público.

Na atualidade, as estatais cumprem funções tanto na provisão de bens e serviços como de alavancadoras do desenvolvimento, além de apoiar

---

<sup>15</sup> Controle de Sociedades de Propósito Específico por Furnas é fiscalizado pelo TCU. Disponível em <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/controle-de-sociedades-de-proposito-especifico-por-furnas-e-fiscalizado-pelo-tcu.htm>. Acesso em 10.05.2016.

<sup>16</sup> Petrobras gasta R\$ 59 bilhões em obras com empresas paralelas, diz jornal. Disponível em <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/petrobras-gasta-r-59-bilhoes-em-obras-com-empresas-paralelas-diz-jornal/>. Acesso em 10.05.2016.

a melhoria da gestão pública e o alcance de objetivos estratégicos, de longo prazo, em setores específicos da economia<sup>17</sup>.

Com efeitos, a opção privatista não é resposta à chamada “crise do Estado”, embora o seu atrativo, no presente momento, esteja fortemente influenciado pela crise fiscal: estimativas apontam que o Governo poderia arrecadar cerca de R\$ 290 bilhões<sup>18</sup> com a venda de grandes empresas, tais como Caixa Econômica, Banco do Brasil e Eletrobrás<sup>19</sup>. A eventual privatização da Petrobrás Distribuidora, caso a Petrobras, que detém 71,25% do capital da empresa, maior distribuidora de combustíveis do país, poderia arrecadar cerca de R\$ 6 bilhões de reais com a alienação de 21,25% das ações da companhia, considerando com valor de mercado da empresa, de R\$ 27,3 bilhões<sup>20</sup>.

Essa opção, em passado recente, foi imposta mais pelos mercados do que pela realidade, ou pela incapacidade de empresas estatais serem geridas eficientemente. A contribuição das estatais tanto para a formação bruta de capital quanto para o equilíbrio macroeconômico, o alcance de metas fiscais e aumento da taxa de investimentos é inegável<sup>21</sup>. Programas de investimento desafiadores, com a participação ativa das estatais na sua formulação e execução, dependem, fundamentalmente, de sua eficiência e capacidade de gestão.

As empresas estatais federais respondem por parcela relevante dos investimentos públicos no Brasil. Embora tenha havido forte redução desde 2014 (de cerca de 3,95% do PIB em 2014 para 1,94% em 2017), as

---

<sup>17</sup> Ver SANTOS, Luiz Alberto dos. **Las empresas del Estado y el proceso de las políticas públicas en Brasil**. In GUAJARDO, Guillermo & LABRADOR, Alejandro (coord.). La empresa pública en México y en América Latina. Entre el mercado y el Estado. México: UNAM-CEIICH, Instituto Nacional de Administración Pública, 2015, 372 p.

<sup>18</sup> MAIA JR., Humberto. Privatização pode salvar as contas públicas, mostram estudos. Exame, 17.08.2015. Disponível em <http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/1095/noticias/privatizacao-pode-salvar-as-contas-publicas-mostram-estudos>. Acesso em 10.05.2016.

<sup>19</sup> O Decreto nº 9.351, de 19 de abril de 2018, voltou a incluir a ELETROBRAS no Programa Nacional de Desestatização.

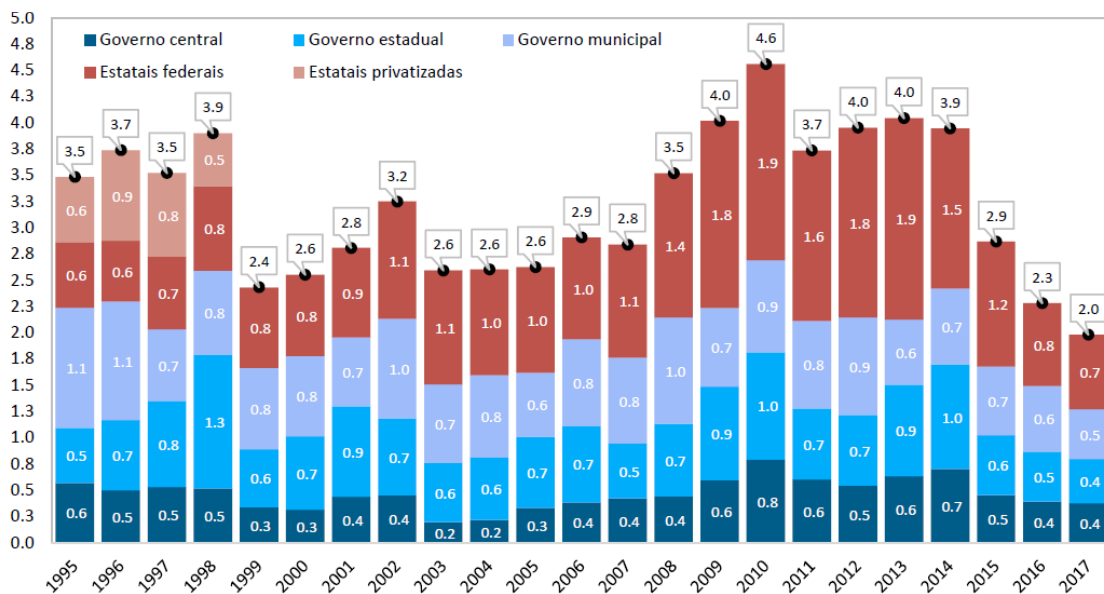
<sup>20</sup> Conselho da Petrobras aprova proposta de privatização da BR Distribuidora. Disponível em <https://exame.abril.com.br/brasil/conselho-da-petrobras-aprova-proposta-de-privatizacao-da-br-distribuidora/> Acesso em 30.05.2019.

<sup>21</sup> Ver GOBETTI, Sergio W. 2010. Estatais e ajuste fiscal: uma análise da contribuição das empresas federais para o equilíbrio macroeconômico. Economia e Sociedade. Campinas, v. 19, nº1, abril, 29-58.

estatais continuam responsáveis por 38%, em média, do investimento público total.

A distribuição desses investimentos revela que, em grande medida, são as empresas estatais federais as principais responsáveis pela sua aplicação, tendo alcançado, em 2010, 41% do total:

**Figura 3 – Investimento Público em % do PIB por Ente Responsável (1995-2017)**

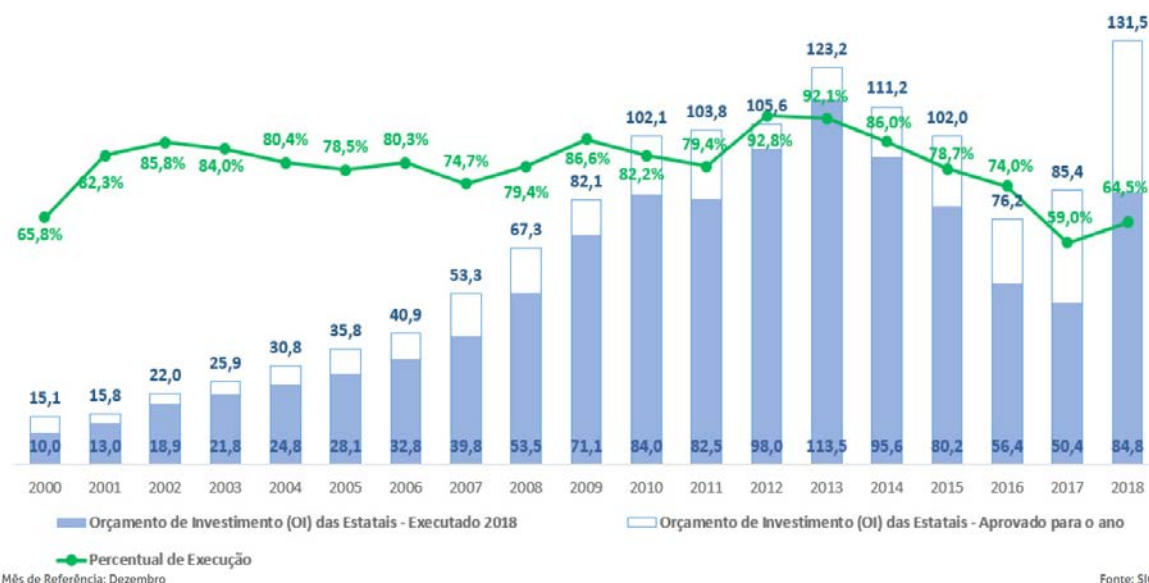


Fonte: BACEN. Elaboração: IFI/SF

Apenas as empresas federais, porém, são responsáveis por investimentos que ultrapassaram, em 2018, R\$ 84,8 bilhões. Embora esse valor tenha sido cerca de R\$ 30 bilhões inferior ao realizado em 2013, quando alcançou R\$ 113,5 bilhões, trata-se de valor expressivo, cuja correta aplicação é capaz de gerar externalidades positivas de grande impacto.



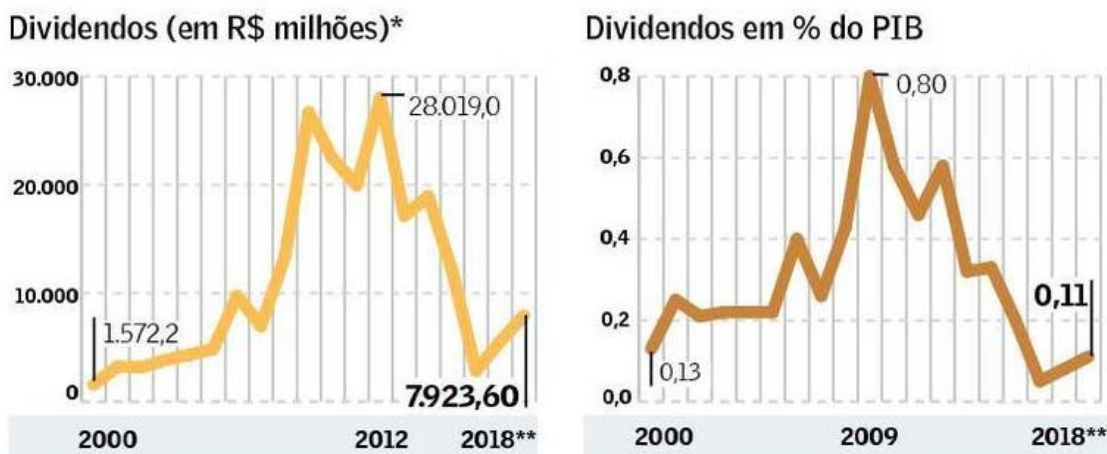
**Figura 4 – Orçamento de Investimento (OI) das Estatais - Comparativo Aprovado X Executado - 2000 a 2018**



Fonte: SEST/ME. Boletim das Estatais nº 9 – 4º Tri 2018

Ademais, as empresas estatais contribuem, em sua maioria, para a redução do déficit público, mediante o aporte de dividendos e participações devidos ao Tesouro Nacional, na condição de acionistas majoritário ou controlador. Em 2012, mais de R\$ 28 bilhões, ou cerca de 0,8% do PIB, foram pagos à União pelas estatais. Embora tenha havido forte decréscimo em face da crise econômica desde 2014, o valor estimado de participações e dividendos a ser pago à União em 2018 ultrapassa R\$ 7,9 bilhões, ou 0,11% do PIB.

**Figura 5 – Dividendos e Participações pagos à União em R\$ milhões e % do PIB (2012-2018)**



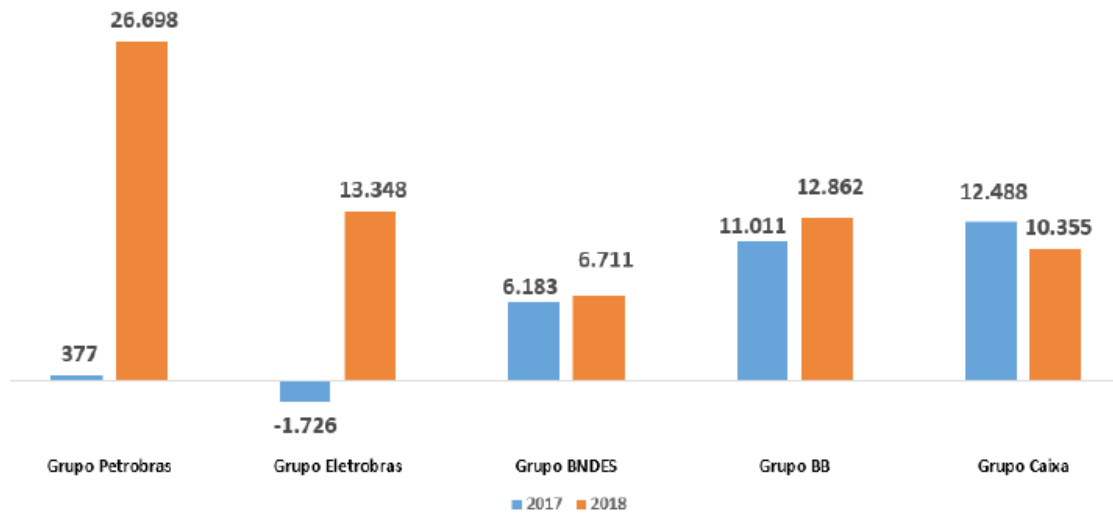
Fonte: PUPO, Fábio. Lucro de estatais cresce, e Tesouro recebe R\$ 5,7 bi. Valor Econômico, 06.08.2018. [https://www.valor.com.br/imprimir/noticia\\_impreso/5810069](https://www.valor.com.br/imprimir/noticia_impreso/5810069)

Em 2018, segundo o Ministério da Economia, as estatais federais não dependentes do Tesouro Nacional mais do que duplicaram os seus lucros, passando de R\$ 28,334 bilhões em 2017 para R\$ 69,974 bilhões em 2018, com alta de 147%. No mesmo ano, as 136 estatais federais pagaram dividendos totais de R\$ 7,7 bilhões, 37% mais que no ano anterior<sup>22</sup>.

Apenas os cinco maiores conglomerados – Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), Eletrobras e Petrobras – que concentram 96% dos ativos totais e 93% do patrimônio líquido das estatais federais, tiveram lucros totais de R\$ 69,9 bilhões, sendo que o maior crescimento foi verificado no Grupo Petrobras, que saiu de um lucro de R\$ 377 milhões em 2017 para lucro de R\$ 26,7 bilhões em 2018, com aumento de 6.981,7%.

**Figura 6 – Resultado Líquido das Empresas Estatais - Comparativo 2017-2018**

<sup>22</sup> PUPO, Fábio. Lucro das grandes estatais cresce 132%, para R\$ 74 bi. Valor Econômico, 29.04.2019.



Resultado Líquido (R\$ Milhões)	2017	2018	Varição
Grupo Petróbras	377	26.698	6.981,7%
BR Distribuidora	1.151	3.193	177,4%
Grupo Eletrobras	-1.726	13.348	R\$ 11.622 milhões
Grupo BNDES	6.183	6.711	8,5%
BNDESPAR	3.778	2.115	-44,0%
Grupo Banco do Brasil	11.011	12.862	16,8%
BB Seguridade	4.049	3.540	-12,6%
Grupo Caixa	12.488	10.355	-17,1%
Caixa Seguridade	1.478	1.299	13,8%
<b>TOTAL</b>	<b>28.334</b>	<b>69.974</b>	<b>147,0%</b>

Fonte: Demonstrações Financeiras

Fonte: Boletim das Estatais, Número 9, 4º Trimestre de 2018

## ***2. A inconstitucionalidade da Lei 13.303/2016 à luz do princípio da reserva de iniciativa do Chefe do Executivo para tratar de matérias relativas à organização da Administração Pública***

A Lei nº 13.303, de 2016, não obstante o indevido rótulo de “Lei de Responsabilidade das Estatais” que lhe foi atribuído, cumpre o desiderato da Carta Magna introduzido pela Emenda à Constituição nº 19, de 1998, no

sentido de que a lei estabelecesse 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”.

Contudo, além de inúmeras inconstitucionalidades materiais, objeto da ADI 5.624, ajuizada em dezembro de 2016 junto ao Supremo Tribunal Federal, assim como da ADI 5.846 e da ADI 5.924, a serem julgadas conjuntamente, trata-se de lei que não veio à luz com as cautelas e requisitos que o texto constitucional requer, e que são pressupostos essenciais para a sua validade jurídica.

Com efeito, a norma em questão foi fruto, como demonstrado nos Autos da ADI 5.624, de INICIATIVA PARLAMENTAR, sem que o Chefe do Poder Executivo tenha tomado, em qualquer momento de sua tramitação, qualquer medida para suprir o vício de iniciativa que fulmina a validade da norma, em sua totalidade.

E por que ela é **inconstitucional**?

Na redação primitiva da Carta de 1988, o dispositivo que hoje fundamenta a edição da Lei nº 13.303/2016 (§ 1º do art. 173) externava apenas o comando de que a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

Trata-se de comando dirigido ao legislador, em sentido negativo, visando, primeiramente, impedir que empresas estatais que atuam em regime de competição com o mercado – explorando atividade econômica – contassem com privilégios de qualquer natureza, notadamente quanto à legislação trabalhista e tributária.

No momento em que foi promulgada a Constituição de 1988, vinha o País de um processo de expansão do Estado que permitiu que o “universo” das empresas estatais se ampliasse expressivamente, e nem sempre com vistas a satisfação de necessidades estratégicas, ou para satisfazer demandas da sociedade que o mercado não se dispunha a atender.

Assim, o Constituinte definiu, no caput do art. 173, o comando de 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 a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

E, quando tal imperativo estivesse presente, e em se tratando de exploração de atividade econômica, a empresa estatal não poderia ser **privilegiada** pelo ente instituidor ou controlador, contando com benefícios não extensivos às empresas privadas.

Nem por isso a Lei nº 8.666, de 1993, deixou de tratar de forma diferenciada as estatais, em razão do seu objeto: o art. 24, inciso VIII, com a redação dada pela Lei nº 8.883, de 8 de junho de 1994, permitia o favorecimento na compra pelo ente estatal de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior a sua vigência, mas desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. Por sua vez, o inciso XXIII do art. 24, com a redação dada pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, passou a expressamente permitir a contratação, sem licitação, na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

Assim, a nova redação dada pela EC 19/98 ao art. 173 da Carta Magna tratou de dar maior concretude ao princípio, mas reconhecendo que a empresa estatal tem uma função social a cumprir, cabendo a sua fiscalização pelo Estado e pela sociedade (art. 173, §1º, inciso I). A extensão ao regime das empresas privadas é remetido à lei, mas desde logo estabelecendo, quanto a sua abrangência, a sujeição direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. O inciso III do § 1º do art. 173 determina – em atenção ao art. 22, XXVII – que essa lei deverá dispor sobre a, licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública. O inciso IV, requer o regimento da constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários. Por fim,

o inciso V remete a essa lei o regramento dos mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

Tal conteúdo material, como se percebe, diz respeito não somente à atuação de empresas estatais em regime de concorrência, no sentido de que não sejam privilegiadas, mas a regras de governança que permitam que essas empresas, atuando orientadas para resultados, cumpram também a sua função social e sejam objeto de controle social. Controle que, ainda, reflete o poder e a capacidade de supervisão ministerial.

São assim temas que envolvem a organização da empresa estatal, o seu *como fazer*, e *como atuar*, submetidas que são ao plano de governo, às prioridades governamentais, aos limites formais e materiais que se aplicam à gestão pública como um todo, mas a elas, nos casos especificamente abordados no art. 173, §1º, de forma mitigada ou diferenciada. Por extensão, são normas que dizem respeito ao *funcionamento da Administração Pública*.

O rol de matérias sujeitas a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo no § 1º do art. 61 da Constituição remete, precisamente, a situações que envolvem a governança pública. Ali temos as questões relativas a servidores públicos, que são objeto de reserva legal, mas não aquelas que não dependem de lei, como os empregos de empresas estatais. Contudo, isso não quer dizer que *empregos de empresas estatais* possam ser objeto da iniciativa parlamentar, precisamente porque não se cogita que tais temas estejam *fora* da esfera decisória das próprias empresas, sujeitando-se, no demais, à legislação trabalhista, que deve ser uniformemente observada.

As regras sobre organização administrativa do Estado, igualmente, por serem reservadas à Lei, somente podem ser objeto de iniciativa do Chefe do Executivo sob pena de ofensa à cláusula pétrea da separação de Poderes. Isso envolve aqueles casos, expressamente, que são reservados à lei, e, da mesma forma, não se pode admitir que iniciativa legislativa que não seja a do Chefe do Executivo possa abrir espaço a ingerências nessas matérias, condicionando a organização do Executivo. Assim, a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI, é de iniciativa privativa do Presidente da República,

assim como é de iniciativa privativa do Poder Judiciário a proposição de leis sobre organização judiciária, e das Mesas Diretoras da Câmara e do Senado normas sobre a organização interna das Casas Legislativas.

Já o referido inciso VI do art. 84, de forma complementar, estabelece que compete ao Presidente da República – e apenas a ele - dispor, mediante decreto, sobre “organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos”. Vale dizer, algumas das regras contidas na Lei nº 13.303, de 2016, poderiam, em tese, ser veiculadas por Decreto presidencial, por dizerem respeito à organização e funcionamento das empresas; contudo, tal Decreto, por definição, *privativo*, estaria submetido àquilo que, na Constituição, se estipula como o conteúdo material da lei referida no art. 173, § 1º. E, assim, não se poderia, por decorrência lógica, admitir que outros autores pudessem exercer a iniciativa legislativa em matéria que é expressamente associada a *organização e funcionamento da administração pública*.

Seria admissível que, por não estar expressamente mencionado no art. 61, § 1º, o Parlamento promovesse a criação de empresa estatal, “autorizando” a sua constituição, sem a observância da reserva de iniciativa? Seria lícito que o Parlamento definisse, por sua própria iniciativa, quantos membros deveria ter a diretoria de uma empresa estatal, e suas competências? Ou quantos membros deveria ter o seu conselho fiscal? Ou mesmo que somente indivíduos dotados dessas ou de outras qualificações poderiam ser nomeados para esses cargos?

Como bem lançado no julgamento da cautelar na ADI 2.372 pelo Relator, Min. Sydney Sanches, “não há dúvida que interessa sempre ao Poder Executivo a iniciativa de lei que diga respeito a sua própria organização, como ocorre, também, por exemplo, com o Poder Judiciário”.

A jurisprudência dessa Excelsa Corte é reiterada no sentido de considerar tais temas igualmente sujeitos a reserva de iniciativa, como no julgamento da ADI nº 1.846 - Medida Cautelar, em que se discutia limitações legais à gestão de empresas estatais por iniciativa parlamentar.

Trata-se da mesma situação ora examinada.

Em sua totalidade, a Lei em tela **invade a atividade administrativa do Chefe do Executivo, e estabelece restrições e limitações à atuação – quando não à própria constituição – de empresas estatais**, extrapolando os próprios limites materiais do Estatuto, mas, sobretudo, *em afronta à reserva de iniciativa ao Chefe do Poder Executivo para submeter ao Legislativo tal legislação*, tanto por se tratar de norma que dispõe sobre a organização estatal – reservada ao Chefe do Executivo pelo art. 61, II, “e”, combinado com o art. 84, VI da Constituição – quanto por estabelecer regramentos ao provimento de cargos de direção em empresas estatais, ou seja, dispondo sobre o seu regime jurídico, matéria que é reservada à iniciativa do Executivo nos termos do art. 61, II, “c” da Constituição.

Esses dispositivos, interpretados sistematicamente, com o art. 84, VI, “a”, conduzem à inevitável conclusão de que **somente podem ser tratados por meio de proposição de iniciativa do Chefe do Executivo**. E, à luz do citado art. 173, § 1º, tal regulamento requer lei em sentido formal e material, insuscetível de veiculação por meio de medida provisória, dizendo respeito direta e imediatamente à organização e funcionamento do Poder Executivo.

No mesmo sentido a ADI nº 4.284, em que se impugnava dispositivos da Constituição do Estado de Rondônia, resultantes de emenda constitucional de iniciativa parlamentar, estabelecendo como condição para a permanência em cargos de direção em algumas empresas estatais.

O art. 37, XIX da CF previa, expressamente, em sua redação original, que “somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública”.

A EC 19/98, oriunda da PEC 173/95, de forma a corrigir equívoco originário, deu a esse dispositivo nova redação que passou a prever que somente por lei específica poderá ser autorizada a instituição de empresa pública ou de sociedade de economia mista.

Da mesma forma, não se poderia admitir que, sem a iniciativa do Chefe do Executivo, uma lei tivesse admitida a sua tramitação, vindo a ser aprovada e publicada, invadindo a separação de Poderes.



O Supremo Tribunal Federal já fixou, em diversas oportunidades, o entendimento de que a sanção do projeto de lei não convalida o vício de inconstitucionalidade resultante da usurpação do poder de iniciativa. Conforme, entre outros julgados de relevo, a ADI 2.867, Relator o Min. Celso de Mello, “a ulterior aquiescência do chefe do Poder Executivo, mediante sanção do projeto de lei, ainda quando dele seja a prerrogativa usurpada, não tem o condão de sanar o vício radical da inconstitucionalidade”, tendo-se, em consequência, por superada a Súmula 5 do STF.

Não se trata de prerrogativa que pertença a quem, momentaneamente, ocupa a cadeira Presidencial. Trata-se de prerrogativa do cargo, irrenunciável, que é pressuposto à validade das Leis, como expressão do regime presidencialista adotado pela Carta Magna. Daí a conclusão lógica de que a sanção não pode suprir vício resultante da usurpação de iniciativa.

Tal entendimento é amplamente acolhido pela Doutrina, como, entre outros, por MARCELO CAETANO, citado por ALEXANDRE DE MORAES (in Direito Constitucional, 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 580), para o qual “um projeto resultante de iniciativa inconstitucional sofre de um pecado original, que a sanção não tem a virtude de apagar, até porque, a par das razões jurídicas, militam os fortes motivos políticos que determinassem a exclusividade da iniciativa presidencial, cujo afastamento poderia conduzir a situações de intolerável pressão sobre o Executivo”.

Daí, não ser aceitável que Lei oriunda do Parlamento, disponha, em detalhes, sobre a organização e funcionamento das empresas estatais, braço que são elas do Poder Executivo, e que estabeleçam regras, facilitadoras ou dificultadoras, da ocupação de cargos de direção em suas estruturas de comando, ou prerrogativas aos seus dirigentes, que possam limitar ou condicionar não somente os direitos políticos de cidadãos, mas a própria capacidade de comando do Presidente da República.

Ao apreciar, **em 1995**, a Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 234, contra dispositivo da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, o STF já adotou o entendimento de que nem mesmo o poder constituinte derivado pode afastar o Chefe do Poder Executivo do processo legislativo relativo a processo de autorização para alienar o capital de empresas estatais.

No caso da Lei nº 13.303, é preciso que se estabeleça, como forma de preservar o sistema constitucional, e a separação de poderes, que a iniciativa para dispor sobre a organização estatal, seja criando, seja organizado, seja reorganizando, seja dispondo sobre suas estruturas de cargos ou temas de natureza administrativa, que a sua validade também está sujeita à reserva de iniciativa, sob pena de fragilização desse arcabouço de competências que confere, ao Chefe do Executivo, eleito para tanto, legitimidade para submeter ao Legislativo a regulamentação definidora da atuação das empresas estatais.

Não se trata, porém, de adotar interpretação extensiva, aberta, da cláusula prevista no § 1º, o que, por certo, não encontraria abrigo no texto Constitucional, mas, pelo contrário, adotar-se uma interpretação lógica e sistemática do contido nos art. 61, §1º e 84, para preservar prerrogativa do Chefe do Poder Executivo de propor, ao Legislativo, **quando não puder tal competência ser exercida por meio de decreto autônomo, a aprovação de leis que afetem a organização e o funcionamento da Administração Pública**, aí entendida a sua *administração indireta*, da qual fazem parte as empresas estatais objeto da Lei nº 13.303, de 2016.

### ***3. Da inconstitucionalidade da Lei nº 13.303 em face do âmbito material ampliado***

Conforme reconhece o Parecer do *parquet* na ADI 5.624, a Lei 13.303 contraria o próprio art. 173, ao fixar em seu art. 1º âmbito material ampliado:

*“Estender o estatuto jurídico previsto no art. 173, § 1º, da Constituição a empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público e em regime de monopólio, implica submeter tais entidades a regime jurídico próprio de empresas privadas, quanto a direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias (cf. inciso II do § 1º do art. 173), o que contraria o entendimento firmado pela Corte nos precedentes acima transcritos [Segunda Turma. RE 354.897/RS. Rel. Min. Carlos Velloso. 17/8/2004, unânime. DJ 3/9/2004; Primeira*

Turma. RE 229.696/PE. Rel. Min. Ilmar Galvão. 16/11/2000. DJ 19/12/2002.]

(...)

*Assim, deve-se acolher os pedidos das ADIs 5.624/DF e 5.924/MG, na parte em que sustentam a inconstitucionalidade da excessiva abrangência da Lei 13.303/2016. Deve-se, portanto, declarar a inconstitucionalidade da expressão “ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos”, contida no art. 1º, caput e § 2º, e no título II, da Lei 13.303/2016, conferindo-se interpretação conforme a Constituição para restringir a incidência do diploma às empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica em sentido estrito, excluindo-se de seu âmbito as prestadoras de serviços públicos ou em regime de monopólio.”<sup>23</sup>*

Ela submete ao seu regime jurídico a totalidade das empresas públicas e sociedades de economia mista que 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”.

A razão do art. 173 prever tal estatuto é a de assegurar, tanto quanto possível, competitividade a essas empresas, inclusive por meio de regime diferenciado de licitações, a que se refere o art. 22, XVII da Carta Magna.

A Lei 13.303 alcança, assim, sem amparo constitucional, inclusive quanto ao regime diferenciado de licitações que estabelece, a totalidade das empresas públicas e sociedades de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, invadindo, até mesmo, a esfera de competência desses entes para dispor sobre a gestão de suas empresas estatais.

Não diferencia, efetivamente, as empresas sujeitas ao Estatuto das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista segundo o tipo de

---

<sup>23</sup> Procuradoria-Geral da República. Parecer N.º 623 /2018 – SFCNST/PGR, de 18.12.2018.

atividade exercida ou suas características, no que se refere ao regime de competição com empresas privadas.

Contudo, é claro o art. 173, § 1º da Carta Maior, quando requer que a lei estabeleça “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”.

Assim, a liminar deve ser deferida para, pelo menos, mediante interpretação conforme, limitar o escopo da norma aos casos expressamente previstos no art. 173, § 1º, restringindo-a às empresas estatais que explorem atividades econômicas em sentido estrito, visto serem apenas essas as empresas que devem assemelhar-se, tanto quanto possível, às empresas privadas, em benefício de sua competitividade e eficiência econômica, afastando-se, por outro lado, quaisquer mecanismos de proteção ou de privilégio.

#### ***4. A inconstitucionalidade da delegação outorgada ao Poder Executivo para promover a alienação de ativos de empresas estatais com dispensa de licitação***

Ademais de sua inconstitucionalidade formal e de sua excessiva abrangência, a Lei 13.303 fere diretamente a Constituição, por meio do seu art. 29, XVIII, o qual foi objeto da medida liminar deferida na **ADI 5.624**, pelo Exmo. Sr. Relator Ministro Lewandowski.

Tal deliberação restou **desobedecida pela Petrobrás**, ao dar continuidade ao processo de alienação de 90% da participação na Transportadora Associada de Gás S.A. (“TAG”) e de 100% da Araucária Nitrogenados S.A. (“ANSA”) e retomar a formação de Parcerias em Refino, sem a realização de licitação, mas de simples processo de seleção de parceiros com fundamento no Decreto 9.188, de 1º de novembro de 2017.

No que se refere à inconstitucionalidade decorrente de interpretação extensiva do disposto no art. 29, caput, inciso XVIII, da Lei nº 13.303, de 2016, e, por decorrência, do Decreto nº 9.188, de 1º de novembro de 2017, objeto imediato da liminar deferida pelo Ministro Relator na ADI 5.624, em 13.11.2017, os Autores da ADI 5.624 apontaram em petição dirigida ao Ministro Relator a inconstitucionalidade da interpretação dada pelo Executivo a tais dispositivos.

Dada a gravidade das inconstitucionalidades apontadas e reiteradas nas três Ações Diretas de Inconstitucionalidade, e não tendo havido a oportunidade de apreciação pelo Plenário da Corte, em 27 de junho de 2018, o Ministro Ricardo Lewandowski proferiu decisão na ADI 5.624, extensiva às demais ações diretas, concedendo parcialmente as liminares pleiteadas.

Em sua fundamentação o Ministro reconhece a existência de situação de urgência para a concessão da cautelar, em face de “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.” Ressalta que, “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” e afirma que

*“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 do Estado de 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 quais, ao menos numa primeira análise do tema, encontra-se a manifestação autorizativa do Parlamento.”*

Assim, destaca 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.”*

Em consequência, “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”.

Reitera que “a alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, é forma clássica de privatização”, e que “a temática da alienação do controle acionário das sociedades de economia mista e da indispensabilidade da autorização legislativa não é nova nesta Corte”, havendo “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”.

Reconhece, ainda, que

*“embora a redação dos artigos impugnados da Lei 13.303/2016 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.”*

Assim, defere a medida liminar para que

*“... se confira interpretação conforme à Constituição ao art. 29, 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.”*

Ademais, considera 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 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**” (grifo nosso).

A liminar está assim delimitada:

*“Diante do exposto, com base no art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999, e no art. 21, V, do RISTF, concedo parcialmente a medida cautelar pleiteada, ad referendum do Plenário deste Supremo Tribunal, para, liminarmente, 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.”*

Embora de caráter limitado, a decisão é relevante para impedir o prosseguimento de medidas em curso em empresas estatais para a alienação de controle acionário, com a conseqüente “desestatização”, sem aprovação legislativa prévia e específica. E, ainda, para impedir a alienação dessas ações, **nos casos autorizados em lei**, sem a realização de processo licitatório, sob o escasso fundamento contido no art. 29 da Lei nº 13.303, de 2016, e no Decreto nº 9.188/2017.

Impõe-se, dada a profundidade do problema, destacar a correção e perfeição jurídica da decisão adotada e a necessidade de sua confirmação pelo Plenário da Corte.

Com efeito a edição do Decreto nº 9.188/2017, a pretexto de regulamentar a Lei 13.303, quanto a aspectos de governança, trouxe a lume

normas para disciplinar a alienação de ativos das sociedades de economia mista com dispensa de licitação.

Em seu art. 1º, o Decreto estabelece, “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”.

O § 3º do art. 1º do referido Decreto prevê que esse regime poderá abranger a alienação parcial ou total de ativos, considerando-se, como tais, “as **unidades operacionais** e os **estabelecimentos integrantes do seu patrimônio**, os direitos e **as participações, diretas ou indiretas, em outras sociedades**”.

Assim, tal Decreto permitiria, até mesmo, a alienação, sem licitação, mas apenas com o atendimento de um “processo seletivo” disciplinado pelo próprio Decreto, de ações detidas em empresas subsidiárias, além da participações minoritárias em outras empresas e bens materiais e imóveis do patrimônio da empresa ou suas subsidiárias, sem limitação.

Essencialmente, o Decreto submete a alienação de ativos das sociedades de economia mista à dispensa de licitação, mas estabelece regras para um “procedimento competitivo” composto por fase tais como a preparação; a consulta de interesse; a apresentação de propostas preliminares; a apresentação de propostas firmes; a negociação; e resultado e assinatura dos instrumentos jurídicos negociais.

Segundo o preâmbulo do Decreto, a sua fundamentação legal, que é requisito essencial para a sua validade, estaria no art. 28, § 3º, inciso II, e § 4º, e no art. 29, caput, inciso XVIII, da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016.

Como apontado em Petição dirigida ao Relator da ADI 5.624 em 14.11.2017, o único dispositivo da Lei nº 13.303, de 2016, que teria o condão de facilitar a venda de ativos refere-se ao caso de participações acionárias,



quando, na forma do art. 29, inciso XVIII, faculta a dispensa de licitação para a **venda de ações**:

*“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.*

.....”

Contudo, o referido art. 29, inciso XVIII da Lei nº 13.303 nada diz a respeito de dispensa de licitação envolvendo ativos ou bens das empresas, ou alienação de ações de forma que haja perda de controle de subsidiárias ou controladas.

E, mesmo nos casos ali referidos, a dispensa de licitação ali permitida, com base no art. 37, XXI da CF, alcança tão somente a **“compra e venda de ações”**, **mas sem que ocorra com isso a perda da natureza da própria empresa ou de suas subsidiárias**, **“títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem”**, ou seja, **a mesma hipótese prevista no art. 28, § 3º, I da Lei nº 13.303/2016**:

*“ Art. 28 .....*

.....

*§ 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;*

.....”

Não se trata, portanto, de delegação capaz de servir ao amplo propósito de permitir a alienação de ações, até mesmo acarretando a perda

do controle estatal, ou de ativos que caracterizem a própria essência de sua atuação, vinculados a unidades operacionais, **sem licitação**.

Assim, uma empresa como o BNDES poderia, por certo, vender em bolsa ações de outras empresas que integrem o seu capital, desde que tais participações sejam minoritárias.

O mesmo se aplica a empresas como Banco do Brasil, Caixa e mesmo empresas do setor elétrico, que detém participações em inúmeras outras empresas que não são caracterizadas como estatais, embora, como prevê o art. 1º, § 7º da Lei nº 13.303, nas participações de empresas estatais e suas subsidiárias em que não detenham o controle acionário, essas deverão adotar, no dever de fiscalizar, práticas de governança e controle proporcionais à relevância, à materialidade e aos riscos do negócio do qual são partícipes.

Esse “desinvestimento”, no entanto, nada mais é do que uma modalidade de desestatização prevista no art. 4º da Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, que trata do Programa Nacional de Desestatização, que assim prevê:

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

.....

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

.....

*§ 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.*

.....”

Como fica evidente, **em nenhum momento** a Lei nº 9.491, de 1997 que rege o Programa Nacional de Desestatização, **autorizou, genericamente, a dispensa de licitação** para alienação de ativos das

empresas estatais, e menos ainda para ações de outras empresas que integrem o seu patrimônio. Mesmo na desestatização consistente na alienação de bens ou instalações, impôs a realização de licitação, ainda que autorizando a modalidade de *leilão*, modalidade igualmente prevista na Lei nº 8.666, de 1993, em seu art. 22, § 5º, para a alienação de bens móveis ou imóveis de entes administrativos, mas que o STF entendeu ser modalidade de licitação válida para a venda de ações de empresas estatais (ADI 1.582, Rel. Min. Carlos Velloso).

Ademais, tais alienações de controle acionário só podem ocorrer mediante **autorização legal expressa**. A autorização genérica contida na própria Lei 9.491, e menos ainda os art. 28 e 29 da Lei 13.303, não têm o condão de suprir a necessidade de aprovação prévia do Poder Legislativo, que ponderará a presença ou não do interesse público em tais alienações.

E a Lei nº 13.303, de 2016, ao tratar dessas alienações, **tampouco autorizou, genericamente**, a dispensa de licitação para alienação de ativos, embora tenha, como demonstrado, autorizado tal dispensa para a escolha de parceiro para o aproveitamento eficiente de uma “oportunidade de negócio”, seja, por exemplo, para a constituição de uma sociedade de propósito específico, seja para a realização de empreendimento vinculado aos seus objetivos sociais, e desde que justificada a inviabilidade de procedimento competitivo para a escolha desse parceiro.

Assim, ressalvadas as hipóteses legal e inequivocamente expressas na legislação que dispensem, motivadamente e razoavelmente, a dispensa de licitação, qualquer alienação de bens ou ativos, sejam eles operacionais ou não, ou mesmo ações integrantes do patrimônio da empresa estatal, ou parte de seu capital, estará sujeita ao princípio da licitação, ainda que esta se processe, como autoriza o art. 22, XXVII e o art. 173, § 1º, III da Constituição, mediante um regramento diferenciado, quando se tratar **apenas e exclusivamente de empresas estatais que explorem atividade econômica, em regime de competição com o mercado**.

**5. A inaplicabilidade da Lei nº 9.491/1997 em vista do disposto no art. 37, XIX da CF e a inviabilidade de privatizações sem autorização legislativa prévia e específica.**

A liminar deferida pelo Ministro Relator na ADI 5.624 reclama sua confirmação pelo Plenário da Corte, por sua absoluta conformidade com o teor da Carta Magna.

Deve ser de plano refutada, por se tratar de interpretação absurda, a tese de que, com fundamento no disposto no art. 29, XVIII da Lei nº 13.303, de 2016, e na Lei nº 9.491, de 1997, que disciplina o relativos ao Programa Nacional de Desestatização, se poderia promover a alienação de ações de empresas estatais, controladoras e subsidiárias, que levassem à perda do controle, sem autorização legislativa prévia e específica.

Com efeito, essa forma de alienação de ações de empresas estatais subverte a sua própria natureza, implicando na privatização da própria empresa estatal, já que, ao deixar de ser controlada pelo ente estatal ou por empresa por ele controlada, passaria a ser direcionada não mais pelo interesse público, mas pelo interesse do acionista privado.

Não se trata de meros atos de gestão, singelos e corriqueiros, mas de operações que podem envolver ativos estratégicos e bilhões de reais, e que uma vez praticados são de difícil reparação.

No caso de subsidiárias, uma vez autorizada por lei a empresa a constituí-las, devem elas, por definição, guardar pertinência com o seu próprio objeto social. Vale dizer, a subsidiária é um *desmembramento* da empresa originária, constituído em prol de sua eficiência.

Assim, **não fosse exigível a autorização legislativa**, bastaria a uma empresa estatal criar, sucessivamente, desmembrar-se em subsidiárias diversas, para cada uma das atividades que integram seu objeto, e, a seguir, alienar o controle de cada uma delas, restando, ao fim e ao cabo, **nada a ser por ela executado...**

A tese jurídica já foi objeto de exame pelo STF ao apreciar, em 1995, a ADI 234, que reconheceu a validade do princípio de que, nos termos do art. 37, XIX e XX, somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública ou de sociedade de economia mista, e que depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das empresas estatais.

Assim como a participação de qualquer delas em empresa privada, também dependeria de lei específica a extinção ou alienação de empresa estatal, e de autorização, no âmbito de cada empresa, da alienação de participações acionárias majoritárias por ela detida em empresas subsidiárias.

O precedente jurisprudencial invocado (ADI 234/RJ) é forte no sentido de que é necessária a autorização, por via de lei, quando a alienação de ações implique transferência pelo Estado de direitos que lhe assegurem preponderância nas deliberações sociais. Segundo esse julgado, **“a referida alienação de ações deve ser, no caso, compreendida na perspectiva do controle acionário da sociedade de economia mista, pois é tal posição que garante a pessoa administrativa a preponderância nas de liberações sociais e marca a natureza da entidade.”**

Vale destacar que os processos de desestatização não são novidade no País, e, até o presente, eles se desenrolaram sem a observância dos princípios ora explicitados, quanto à autorização legislativa prévia para a privatização de controle acionário.

Em 1990, a Lei nº 8.031, resultante da Medida Provisória (MP) nº 155/90, instituiu o Programa Nacional de Desestatização, e previu que poderiam ser desestatizadas, nos termos por ela fixados, todas as empresas estatais federais. Entre as formas operacionais para a execução de projetos de privatização, eram previstas a alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, preferencialmente mediante a pulverização de ações junto ao público, empregados, acionistas, fornecedores e consumidores; a abertura de capital; o aumento de capital com renúncia ou cessão, total ou parcial, de direitos de subscrição; a transformação, incorporação, fusão ou cisão; a alienação, arrendamento, locação, comodato ou cessão de bens e instalações; ou a dissolução de empresas ou

desativação parcial de seus empreendimentos, com a consequente alienação de seus ativos.

A única exceção prevista foi a Petrobrás, cuja transferência de ações de propriedade da União, representativas do seu capital social, continuariam a reger-se pelo disposto nos arts. 11 e 18 da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953. Todavia, vigorava, então, o monopólio estatal da exploração de petróleo, nos termos da Constituição Federal de 1988 em sua redação original.

Com base nessa Lei, foram privatizadas empresas como a Companhia Siderúrgica Nacional e a Embraer, bem assim diversas outras de grande relevo.

Em 1997, a Lei nº 9.491, de 9 de setembro, revogou a Lei nº 8.031, de 1990, dando novo regramento às privatizações.

Essa Lei, resultante da conversão da MP nº 1.481-52, de 1997, **manteve a possibilidade de privatização de todas as empresas estatais**, inclusive instituições financeiras, controladas direta ou indiretamente pela União, instituídas por lei ou ato do Poder Executivo, ou criadas pelo setor privado e que, por qualquer motivo, passaram ao controle direto ou indireto da União, e, ainda os serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização e as instituições financeiras públicas estaduais que tenham tido as ações de seu capital social desapropriadas, na forma do Decreto-lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987.

A desestatização poderia ser feita, ainda, sob a forma de 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; a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade; e a transferência ou outorga de direitos sobre bens móveis e imóveis da União.

Foram excepcionados, expressamente, da aplicação da Lei, o Banco do Brasil S.A., a Caixa Econômica Federal, e empresas públicas ou

sociedades de economia mista que exerçam atividades de competência exclusiva da União, de que tratam os incisos XI<sup>24</sup> e XXIII<sup>25</sup> do art. 21 e a alínea "c" do inciso I do art. 159<sup>26</sup> e o art. 177<sup>27</sup> da Constituição Federal, exceto quanto a participações acionárias detidas por essas entidades, desde que não incida restrição legal à alienação das referidas participações.

No entanto, poderiam ser objeto de alienação as participações minoritárias diretas e indiretas da União no capital social de quaisquer outras sociedades e as ações excedentes à participação acionária detida pela União representativa do mínimo necessário à manutenção do controle acionário da Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás.

Para tanto, o art. 4º da referida lei definia, entre outras, as modalidades operacionais para a desestatização, incluindo a alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, preferencialmente mediante a pulverização de ações; a abertura de capital; o aumento de capital, com renúncia ou cessão, total ou parcial, de direitos de subscrição; a alienação, arrendamento, locação, comodato ou cessão de bens e instalações; e a dissolução de sociedades ou desativação parcial de seus empreendimentos, com a consequente alienação de seus ativos.

No caso de desestatizações executadas mediante a alienação de ações, de bens, dissolução ou desativação parcial, concessão e aforamento, cessão ou concessão de direito real de uso de bens, a licitação poderia ser realizada na modalidade de leilão.

Com base nessa legislação, procedeu-se a ampla privatização de empresas estatais, como a Rede Ferroviária Federal<sup>28</sup>. No caso das

---

<sup>24</sup> Serviços de telecomunicações.

<sup>25</sup> Instalações nucleares.

<sup>26</sup> Bancos regionais de desenvolvimento.

<sup>27</sup> Petróleo e gás.

<sup>28</sup> Apenas até o final do período FHC, em 2002, foram privatizadas 133 empresas estatais. Ver <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/12875-asi-de-1997-a-2002-foram-privatizadas-133-empresas-estatais.html>

empresas do setor de telecomunicações, a privatização foi amparada pela Lei nº 9.472, de 1997.

A legislação que instituiu o PND e suas alterações partiam da premissa de que, **não havendo impedimento legal específico**, ou norma constitucional impeditiva em razão de monopólio estatal, as privatizações poderiam ser implementadas mediante a simples inclusão, por meio de decreto presidencial, da empresa no Programa.

Uma vez definida a opção pela privatização, a elaboração de editais e documentos passou a ser submetida ao Tribunal de Contas da União, para fins de fiscalização, nos termos do art. 18, IV da Lei nº 9.491. Com fundamento nessa norma legal, o TCU editou em 1998 a Instrução Normativa nº 27, de 2 de dezembro, que é, desde então, a norma de regência dos processos de desestatização, no que se refere ao seu controle prévio, e a atuação do TCU tem, com efeito, em vários momentos evitado maiores prejuízos ao erário com a privatização a preço vil de ativos e empresas.

Essa tem sido a prática recorrente.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.578-MC/DF, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, a sua decisão consigna o fato de que, até então (setembro de 2005), o Plenário da Corte não vinha acolhendo, contra a sua posição pessoal, o entendimento de que seria necessária **autorização legislativa específica** para a transferência do controle de empresas estatais, bastando, para tanto, a autorização genérica então vigente.

A clarividência da posição então vencida do Ministro Pertence permite-nos chegar, hoje, ao mesmo entendimento externado em 1995, no julgamento da ADI 234, de que a alienação de ações de empresas estatais que importem a perda do controle acionário *só pode ocorrer com a devida autorização legislativa*. E, se não se pode *criar empresa estatal sem autorização legislativa específica*, tampouco se pode *extinguir*, pela via da alienação de suas ações que assegurem o seu controle pelo Estado, *a mesma empresa estatal*.



Na ADI nº 1.131-DF, Relator o Min. limar Galvão, o Plenário da Suprema Corte exigiu lei específica para a criação de subsidiárias ou promover a cisão da Caixa Econômica Federal, entendendo não ser o seu Estatuto instrumento capaz de afastar a exigência constitucional de lei em sentido formal e material para autorizar essa criação, nos termos dos art. 37, XIX e XX da Carta Magna.

No julgamento da ADI 1.649, Relator o Min. Mauricio Corrêa, o STF adotou a tese de 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**”.

Em linha de entendimento similar a Suprema Corte se manifestou na ADI 1.491, Relator para o Acórdão o Min. Ricardo Lewandowski, quando entendeu que “é dispensável a autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na lei de instituição da empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação matriz, tendo em vista que a lei criadora é também a medida autorizadora.”

Firmou-se, assim, o entendimento de que a criação de subsidiárias de empresas estatais depende de lei, e essa autorização que, se não deve ser individualizada para cada subsidiária a ser constituída, deve ser específica **para a empresa matriz**, e cingida a um objetivo pré-determinado, que guarde afinidade com o objeto social desta.

Uma autorização genérica ao Poder Executivo, sejam para constituir, seja para *extinguir* ou *privatizar* **quaisquer** empresas estatais, por certo, configuraria *delegação legislativa*, que, nos termos do art. 68 da Carta Magna, deve ter conteúdo delimitado, e concedida por meio de Resolução do Congresso fixando especificando, ainda, os termos em que será exercida.

A Lei, assim, também sob pena de inconstitucionalidade *formal*, não seria instrumento hábil para que o Poder Legislativo concedesse, ao Executivo, ampla margem de liberdade para, de forma ilimitada, decidir sobre quais empresas alienar, sem o seu crivo prévio e específico.

É importante destacar que, ao propor ao Congresso Nacional a PEC nº173/95, que deu origem à EC 19/98, que alterou o art. 37 e o art. 173 da Constituição, o Presidente da República pretendia afastar, expressamente, a aplicação desse princípio, na forma da redação que pretendia dar aos dispositivos a seguir da Constituição:

*“Art. 248. As exigências previstas nos incisos XIX e XX do art. 37 não se aplicam à criação de empresa pública e sociedade de economia mista e suas subsidiárias, quando decorrentes de processo de cisão, fusão ou incorporação realizada no âmbito do Programa Nacional de Desestatização.*

*“Art. 249. O inciso XX do art. 37 não se aplica à criação de subsidiária de empresa pública e sociedade de economia mista- cuja finalidade seja o desempenho de atividades diretamente relacionadas com as atividades da empresa matriz.” (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, ANO LII, Nº 23, 07.02.1997 – p. 3.934)*

Com tal formulação, passaria ser dispensada a participação do Legislativo no processo de criação, fusão ou incorporação de empresas estatais, inclusive no caso de suas subsidiárias. A justificação então apresentada era a seguinte:

*“Com o objetivo de agilizar a reorganização das empresas públicas e sociedades de economia mista com vistas à implementação do Programa Nacional de Desestatização. foi removida a exigência de aprovação legislativa para a criação de empresas estatais. exclusivamente nas situações em que as circunstâncias da privatização recomendem o desmembramento daquelas já existentes. Considera-se que o controle previsto no texto constitucional é desnecessário e enrijecedor quando aplicado aos processos de privatização em curso.*

*Ainda em relação à gestão das empresas estatais. a supressão da exigência de autorização legislativa para a criação de subsidiárias de empresa pública e sociedade de economia mista vem conferir maior autonomia e agilidade para o bom desempenho nas condições de mercado.” Esta flexibilização. contudo. só se aplicara as situações em que a subsidiária tenha como finalidade o desenvolvimento de atividades econômicas similares as da empresa matriz.” (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, , ANO LII, Nº 23, 07.02.1997 – p. 3.938)*

Ao examinar o tema, o Relator da CCJC, Deputado Prisco Viana, assim se manifestou em seu Parecer:

*“Os dispositivos constitucionais excetuados (incisos XIX e XX do art. 37) fazem depender de lei específica a criação de entidades da administração indireta e fundações, e de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias daquelas, bem como a sua participação em empresa privada.*

*Deve ser lembrado que os dispositivos reportados configuram uma novação da Carta de 1988, que se traduz por haver entregue ao Poder Legislativo a capacidade objetiva do exercício do controle prévio sobre a matéria, assegurando, assim, que a questão deixasse de ser decidida apenas no nível administrativo.*

*Para não adentrar aspectos de mérito, é suficiente expressar que a exceção aventada significa, na essência, retirar a questão do controle prévio da alçada do Poder Legislativo, o que somente se poderia contornar se o próprio Programa Nacional de Desestatização fosse objeto de autorização legislativa, com previsão das hipóteses concretas de criação das entidades.*

*O princípio da separação dos Poderes restou arranhado pela exclusão da apreciação por parte do Poder Legislativo, sobreindo gravame ao sistema de freios e contrapesos adotado pela Constituição para restringir o exercício incontrolado do poder, por qualquer das três funções do Estado.” (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, , ANO LII, Nº 23, 07.02.1997 – p. 3.949)*

Assim, propôs a supressão desses dois dispositivos, por ver neles incompatibilidade com a cláusula pétrea da separação dos poderes inserto no art. 60, § 4º, III da Constituição, o que foi acatado pela Comissão.

Durante os trabalhos da Comissão Especial, o então Relator, Deputado Moreira Franco, Ministro de Minas e Energia do Governo Michel Temer, propôs retomar essa proposta, em termos distintos. Assim se manifestou o Relator em seu Parecer:

*“O art. 9º da PEC pretende introduzir na Carta os arts. 248 e 249, suprimindo a exigência de autorização legislativa para a “criação de empresa pública.., sociedade de economia mista e suas subsidiárias,*

*quando decorrentes de processo de cisão, fusão ou incorporação realizada no âmbito do Programa Nacional de Desestatização" e a exigência de lei específica para a criação de subsidiária de empresa pública e sociedade de economia mista "cuja finalidade seja o desempenho de atividades diretamente relacionadas com as atividades da empresa matriz". Com tais disposições, intenciona o Executivo, respectivamente, agilizar a implementação do programa de privatização promovido pela União e dar maior liberdade de ação às empresas estatais.*

*Tratando-se de situações sobre as quais a CCJR apresentou óbices de inconstitucionalidade, tornou-se um cuidado especial no sentido de buscar uma alternativa de redação que permitisse- de: um lado flexibilidade as empresas estatais e de outro atender à necessidade de controle prévio pelo Poder Legislativo.*

*Por isso, o Substitutivo estabelece que o Poder Legislativo deve ser notificação e, caso entenda por bem, aprove resolução suspensiva do procedimento de: criação de empresa estatal, em decorrência de criação, fusão ou incorporação indispensáveis a programa de desestatização promovido por qualquer ente federado, desde que não haja aumento de despesas de custeio.*

*Além disso, a redação do inciso XX configurou a. criação de subsidiárias e a participação das empresas estatais em empresas privadas como atos de gestão subordinados, no entanto, ao estatuto jurídico da empresa pública, a ser aprovado por lei, nos termos do art. 173, § 1º." (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, , ANO LII, Nº 23, 07.02.1997 – p. 4.170)*

E, em decorrência, propunha:

*"1. O Substitutivo enfrenta um problema que há muito tempo vem se arrastando, e o faz corajosamente, reconhecendo a posição das empresas estatais no conjunto da administração pública (art. 173, § 1º).*

*O Substitutivo subordina a estatuto jurídico próprio as empresas estatais que exploram atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços. A lei regulamentadora desse estatuto disporá sobre:*

- a função social e as formas de fiscalização dessas entidades;*

- a submissão ao regime de direito privado, inclusive quanto a OS direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias;
- normas gerais para a aquisição e alienação de bens e contratação de obras e serviços;
- a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de empregados e acionistas minoritários;
- os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

2. As empresas públicas e as sociedades de economia mista só poderão ser criadas mediante autorização legislativa, **mas a criação de subsidiárias e a participação de qualquer delas em empresas privadas serão tidos como atos de gestão, nos termos da lei que instituir o estatuto jurídico antes mencionado.**

Aplica-se o mesmo princípio à criação de empresa estatal em decorrência de cisão, fusão ou incorporação indispensáveis a programa de desestatização. Neste caso, é vedado o aumento de despesas de custeio, e o Poder Legislativo, devidamente notificado, pode impedir a operação, mediante resolução suspensiva no prazo de 30 (trinta) dias contado do recebimento da notificação, conforme a redação dada pelo substitutivo ao § 1º do art. 37.

3. O novo perfil dado à administração indireta tem por finalidade criar condições para que as empresas possam atuar em mercados livres e competitivos. A ênfase passa a ser o controle de resultados, permitindo uma maior eficiência na aplicação dos recursos públicos e no cumprimento da função social das entidades da administração indireta.” (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, , ANO LII, Nº 23, 07.02.1997 – p. 4.173)

Dessa forma, propunha seguinte redação aos incisos XIX e XX e § 10 do art. 37

“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, dispor sobre as áreas de sua atuação;

*XX - a criação de subsidiárias de empresa pública e de sociedade de economia mista e a participação de qualquer delas em empresa privada serão disciplinadas pela lei a que se refere a atl. 173, .§ 1º.*

.....

§ 10 O disposto no Inciso XIX deste artigo não se aplica à criação de empresa pública e de sociedade de economia mista, em decorrência de cisão fusão ou incorporação indispensáveis a programa de desestatização, vedado o aumento de despesa de custeio e desde que o Poder Legislativo, devidamente notificado, não aprove resolução suspensiva, no prazo de trinta dias contados do recebimento da notificação.” (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, , ANO LII, Nº 23, 07.02.1997 – p. 4.198)

O citado § 10, proposto pelo Relator, no entanto, **restou impugnado pela Comissão Especial**, em vista da inadmissibilidade objeto de prejulgamento pela CCJC. A referência ao art. 173, § 1º, prevista na redação proposta ao inciso XX, **foi suprimida pelo Relator em reformulação do seu parecer** e, ao cabo, a alteração inicialmente proposta **restou não aprovada** pela Comissão Especial<sup>29</sup>.

Assim, sequer sob o crivo de interpretação *teleológica* pode ser conferida validade a interpretação do que dispõem os incisos XIX e XX da Carta Magna no sentido de que seria *válida e constitucional* a possibilidade de que autorização, genérica, por meio de dispositivo legal de conteúdo aberto, pudesse tornar válidas alienações de ativos, ou de controle acionário, de empresas públicas ou sociedades de economia.

No caso específico da Petrobrás, a Lei 9.478, de 1997, prevê nos seus art. 64 e 65:

*“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, majoritariamente ou minoritariamente, a outras empresas.”*

---

<sup>29</sup> DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, ANO LII, Nº 23, 07.02.1997 – p. 4.215 a 4.219.

“Art. 65. A PETROBRÁS **deverá constituir** uma subsidiária com atribuições específicas de operar e construir seus dutos, terminais marítimos e embarcações para transporte de petróleo, seus derivados e gás natural, ficando facultado a essa subsidiária associar-se, majoritária ou minoritariamente, a outras empresas.”

O art. 65 é particularmente relevante para o caso da TAG: trata-se de empresa de capital fechado que, nos termos do seu estatuto, tem por objeto

*“as operações de transporte e armazenagem de gás em geral, por meio de gasodutos, terminais ou embarcações, próprios ou de terceiros” e “a promoção de projetos de engenharia, a construção, instalação, operação e manutenção de gasodutos, terminais ou embarcações, na forma da lei, destinados a transportar gás em geral produzido em território brasileiro ou em outros países, e desenvolver atividades correlatas e afins no Brasil ou no exterior”.*

Trata-se de atividades que são monopólio da União, que podem ser contratadas com empresas estatais ou privadas.

**Assim, se a Lei expressamente determinou a sua constituição como subsidiária, somente a Lei poderia determinar a sua alienação.**

Não se discute, no caso, se é ou não aplicável, ao caso, o regime de licitações editado pela Petrobrás com fundamento no art. 67 da Lei 9.478, visto que os processos de alienação da TAG e da ANSA estariam protegidos, quanto a aplicação desse regime, pelo art. 91, § 3º da Lei 13.303, vez que iniciados em 2017, ou seja, antes do decurso de 24 meses da sua vigência.

O que se discute é que, sendo inafastável o **paralelismo da forma** para que se privatize empresa estatal constituída com base em autorização legal, seja na forma do art. 37, XIX, seja na forma do art. 37, XX da Constituição, nem a TAG, nem a ANSA poderiam ser objeto de desestatização.

**Não pode**, para tal fim, ser acatado o argumento de que **não se trata** de “desestatização” nos termos da Lei 9.491, mas de simples ato de

gestão da empresa. No dizer de Heleno Taveira Torres e Élide Graziane Pinto,

*“Ora, é indubitável que o texto vago e lacônico do artigo 29, XVIII, da Lei 13.303/2016 não é suficiente para cumprir todas as exigências dessas disposições constitucionais. Logo, na ausência de lei especial que regule todos os contornos de qualquer privatização, deve prevalecer o artigo 17, I da Lei 8.666/93, que é a lei geral de contratos administrativos, a qual exigirá necessariamente o processo de licitação, a prova da necessidade pública e a apuração do valor.*

*Deveras, não se pode alienar controle societário de empresas estatais e suas subsidiárias como se fora venda residual de legumes e frutas em fim de feira. O dever de licitação, pois, encontra-se igualmente mantido.”<sup>30</sup>*

Como bem apontado pelo Vice-Procurador Geral da República, Dr. Luciano Mariz Maia, em sua manifestação em 30.05.2019,

*“desestatização ou desinvestimento? Shakespeare, aqui. ‘What is in the name?’ Por nenhum outro nome, a rosa cheira diferente”*

Com efeito, a alienação em tela tem como objeto imediato a geração de caixa para a empresa, ou seja, o “desinvestimento” tem o objetivo imediato de “contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida”, nesse conceito incluída a própria dívida da Petrobrás.

Mas a própria Lei 9.491 não serve para dar a autorização pretendida, que há de ser **específica**, tanto quanto deve ser específica a autorização para a **constituição de subsidiária**, que, no caso da TAG, reside no art. 65, supracitado, da Lei 9.478.

Se a autorização legal para constituir empresas estatais ou sua subsidiária, revelando o uso da excepcionalidade da excepcionalidade de

---

<sup>30</sup> TORRES, Heleno Taveira & PINTO, Élide Graziane. Privatização do controle das empresas estatais exige lei conforme a Constituição Revista Consultor Jurídico, 2 de julho de 2018. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-jul-02/opiniao-privatizacao-estatais-exige-lei-conforme-constituicao>



intervenção do Estado na economia, autorizada pelo artigo 173 da Constituição, acarretar à própria empresa o poder e a prerrogativa de decidir *quando, e em que condições*, alienar a empresa estatal ou subsidiária constituída, e **sem licitação, sequer, estaria tal empresa sendo colocada em plano superior ao próprio Chefe do Executivo**, caso considerado o regramento da Lei nº9.491, para as “privatizações”. Por meio de “desinvestimentos” sucessivos, se chegaria, por via de um “atalho”, **a resultado ainda mais danoso ao interesse público que a própria “privatização”**, conclusão que, à luz de interpretação lógica, sistemática ou hermenêutica do Direito, é inadmissível.

## 6. Conclusão

A privatização de empresas estatais, em países como o Brasil, onde elas desempenham, ainda, hoje, relevantíssimo papel como instrumentos de execução de políticas públicas e promoção de desenvolvimento, é um tema de difícil enfrentamento pelos governos.

Não obstante o discurso político e ideológico que vê, nas empresas estatais, a mera expressão do “Leviatã”, do superdimensionamento da máquina pública, do excesso de gastos, do intervencionismo estatal, ou mesmo da corrupção ou da ineficiência, o fato é que a estruturação do Estado hoje é o resultado de décadas de políticas públicas estruturadas para suprir demandas que o mercado e as empresas privadas não tinham meios ou interesse para suprir, ou para assegurar o atingimento de objetivos estabelecidos em planos de desenvolvimento, ou conferir, ao Estado, instrumentos para executar tarefas que lhe eram impostas pela conjuntura política, social e econômica.

Apesar disso, cresce no mundo a crítica aos processos de privatização, notadamente em setores como saneamento, transporte e energia.

Segundo estudo do *Transnational Institute*<sup>31</sup>, entre 2000 e 2017, 884 serviços foram reestatizados no mundo, sendo 83% deles de 2009 em diante, e mais de 1.600 cidades do mundo todo retomaram o controle de serviços essenciais que haviam sido privatizados. No Setor de Energia, na Alemanha, 284 cidades retomaram os serviços de geração e distribuição de energia. Na França, 106 municipalidades retomaram o fornecimento de água, e 61 nos EUA. Alemanha (347 casos), França (152 casos), Reino Unido (64 casos) e Espanha (56 casos) lideram o processo de reestatização de serviços essenciais, que teve maior ímpeto a partir de 2008. No total, foram identificadas pelo estudo 835 remunicipalizações e 49 renacionalizações de serviços públicos, e que apontam para uma tendência de afastamento das privatizações, principalmente em casos de falha de mercado, quando os operadores privados falham em atender as expectativas.

Dessa forma, o discurso “desestatizante” que é reverberado pelos meios de comunicação, por economistas respeitados e atores políticos relevantes, deve ser ponderado quanto aos seus efeitos no plano simbólico, mas relativizado em vista do fato de que, muitas vezes, ele ignora limitações econômicas, jurídicas e até mesmo políticas, que precisam ser levados em consideração.

Como assinalado, a opção privatista não é resposta à chamada “crise do Estado”, e a sua adoção dogmática, sob o argumento da crise fiscal e da necessidade de ingresso de recursos, ou a pretexto de “agradar o mercado”, até mesmo porque o seu potencial de, efetivamente, contribuir para isso, é, muito provavelmente, bastante inferior ao usualmente apregoado.

Ademais, vender empresas estatais para reduzir a dívida pública, alienar capital para cobrir gastos dessa ordem, é, com efeito, um gesto de desespero, comparável a quem vende a própria casa, para pagar dívidas de jogo... Ou, na expressão usada pelo ex-Ministro José Serra em audiência

---

<sup>31</sup> KISHIMOTO, Satoko e PETITJEAN, Olivier (org). Remunicipalización. Cómo ciudades y ciudadanía están escribiendo el futuro de los servicios públicos. Transnational Institute, Oct. 2017, 260 p.

pública na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal em 20.11.2018, “**tocar fogo na casa para assar o leitão**”.

Nos casos analisados neste Memorial, verificou-se que, com efeito, a negligência quanto à necessidade de uma correta abordagem jurídica do tema da estatização ou desestatização e do próprio estatuto jurídico das empresas estatais, tem produzido não apenas insegurança jurídica quanto aos resultados desses processos, como a própria ausência de sua legitimidade, sob o prisma constitucional.

Assim, o capitalismo de Estado, que é uma realidade ainda presente e relevante em nosso país, não deve ser visto não como um fim em si mesmo, mas, também, não deve ser visto como algo que deve, a qualquer custo, ser exterminado, ou afastado pela via da alienação, privatização ou mesmo liquidação, e menos ainda com afronta à participação do Legislativo e à observância do princípio da licitação.

Pelo contrário, há que se buscar, no redesenho das empresas estatais no Brasil, na busca de sua eficiência, aliada à sua função social, na profissionalização de sua gestão, na sua transparência, e, mesmo, na busca de parcerias com atores privados que aumentem a sua capacidade de atuação sem gerar oportunidades, apenas, de transferência de rendas ou acesso a benesses, os meios para que o patrimônio acumulado ao longo de décadas não seja dilapidado, e que os benefícios sejam, efetivamente, direcionados ao conjunto da sociedade brasileira.

Assim, senhores Ministros, manter em vigor a Lei 13.303, em sua inteireza, submete a grave dano à ordem pública e a institucionalidade.

Ela é ilegítima e tem origem ilícita, *in totum*. A sua regulamentação é ilegítima, e sua aplicação, nula, o que gera enorme insegurança jurídica e afeta a própria atuação das empresas em seus mercados.

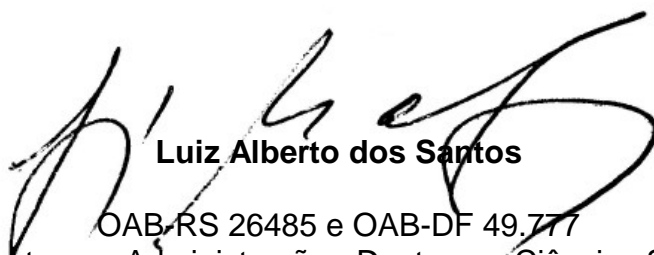
A sua suspensão se impõe, o que não impedirá que, julgado o mérito, e deferido o pedido, nova Lei, válida e escoimada de vícios, seja aprovada pelo Poder Legislativo, observada a reserva de iniciativa e os seus limites materiais, quanto à abrangência prevista no art. 173, § 1º.

Caso não seja suspensa *in totum*, pleiteia-se que sejam suspensos dos dispositivos limitadores de direitos para a investidura em cargos de direção e gestão – art. 16, 17, 22 e 25 –, assim como assegurada a interpretação conforme a Constituição de seu art. 1º, quanto ao seu objeto e abrangência, e do art. 29, XVIII, como requerido na ADI 5.846, que tramita em conjunto, para que não seja aplicável a dispensa de licitação a alienação de ativos que integram o seu capital, e que seja mantida a liminar deferida, com fundamento no precedente firmado na ADI 234, quando a Corte firmou entendimento de que é necessária a autorização, por via de lei, quando a alienação de ações implique transferência pelo Estado de direitos que lhe assegurem preponderância nas deliberações sociais.

Entender em sentido contrário seria permitir que, uma vez criada a empresa, seja ela controlada ou controladora, com autorização legal prévia, se subentenda presente a autorização tácita para sua privatização, a mero juízo da própria empresa ou do Executivo, vulnerando o interesse público.

Assim, mostra-se fundamental a manutenção do quanto decidido pelos Exmo. Srs. Relatores, nas liminares deferidas na ADI 5.624 e nas RCL 33.292 e 34.549, sem prejuízo do exame, por Vossas Excelências, da liminar originalmente pleiteada em toda a sua extensão.

Em 31 de maio de 2019.



**Luiz Alberto dos Santos**

OAB-RS 26485 e OAB-DF 49.777

Advogado - Mestre em Administração - Doutor em Ciências Sociais (Estudos Comparados)  
Consultor em Administração Pública

Professor Colaborador de Políticas Públicas da Escola Brasileira de  
Administração Pública e de Empresas - EBAPE/FGV  
Professor Colaborador da Escola Nacional de Administração Pública – ENAP  
Colaborador do Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar - DIAP

## 7. Referências bibliográficas

1. BRASIL. Constituição Federal de 5 de outubro de 1988.
2. BRASIL. Decreto nº 7.531, de 21 de julho de 2011,
3. BRASIL. Decreto nº 8.517, de 10 de setembro de 2015.
4. BRASIL. Decreto nº 84.178, de 29 de outubro de 1979.
5. BRASIL. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.
6. BRASIL. Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990.
7. BRASIL. Lei 9.491, de 9 de setembro de 1997.
8. BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016.
9. BRASIL. Decreto nº 8.945, de 27 de dezembro de 2016.
10. BRASIL. Decreto nº 9.188, de 1º de novembro de 2017.
11. BRASIL. Decreto nº 9.351, de 19 de abril de 2018.
12. BRASIL. Ministério da Economia. Boletim das Estatais nº 9, 4º Trimestre de 2018.
13. BNDES. Relatório de Atividades do PND – 2009. Rio de Janeiro: BNDES, 12/2009. Disponível em [https://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/pnd/PND\\_2009.pdf](https://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/pnd/PND_2009.pdf)
14. BRASIL. Ministério da Economia. Panorama das Empresas Estatais, maio de 2019.
15. CHAVES, D. & TORRES, S. Introducción: empresas públicas y desarrollo em Uruguay, América Latina y em Mundo. In CHAVES, D. & TORRES, S. (eds.) La Reinencion del Estado - empresas públicas y desarrollo em Uruguay, América Latina y em Mundo. Amsterdam: Transnational Institute, 2013. P. 13-27
16. CONGRESSO EM FOCO. Petrobras gasta R\$ 59 bilhões em obras com empresas paralelas, diz jornal. Disponível em <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/petrobras-gasta-r-59-bilhoes-em-obras-com-empresas-paralelas-diz-jornal/>
17. Conselho da Petrobras aprova proposta de privatização da BR Distribuidora. Disponível em <https://exame.abril.com.br/brasil/conselho-da-petrobras-aprova-proposta-de-privatizacao-da-br-distribuidora/> Acesso em 30.05.2019.
18. Controle de Sociedades de Propósito Específico por Furnas é fiscalizado pelo TCU. Disponível em

- <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/controle-de-sociedades-de-proposito-especifico-por-furnas-e-fiscalizado-pelo-tcu.htm>. Acesso em 10.05.2016.
19. GOBETTI, Sergio W. Estatais e ajuste fiscal: uma análise da contribuição das empresas federais para o equilíbrio macroeconômico. *Economia e Sociedade*. Campinas, v. 19, nº1, abril 2010, 29-58.
  20. IBGE. De 1997 a 2002 foram privatizadas 133 empresas estatais. Agência IBGE, 20.12.2004. Disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/12875-asi-de-1997-a-2002-foram-privatizadas-133-empresas-estatais.html>. Acesso em 30.05.2019
  21. IBGE. *Finanças Públicas do Brasil 2001-2002*, Rio de Janeiro: IBGE, 2004, 55 p.
  22. KISHIMOTO, Satoko e PETITJEAN, Olivier (org). *Remunicipalización. Cómo ciudades y ciudadanía están escribiendo el futuro de los servicios públicos*. Transnational Institute, Oct. 2017, 260 p.
  23. MAIA JR., Humberto. Privatização pode salvar as contas públicas, mostram estudos. *Exame*, 17.08.2015. Disponível em <http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/1095/noticias/privatizacao-pode-salvar-as-contas-publicas-mostram-estudos>. Acesso em 10.05.2016.
  24. MARCELINO, Gileno F. O Estado Brasileiro de Cabral a Sarney. *Revista do Serviço Público*, Brasília, vol. 116, núm. 1, p. 23-30, jan/feb. 1988.
  25. MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*, 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 580).
  26. MÜHLENKAMP, Holger. From State to Market Revisited: More Empirical Evidence on the Efficiency of Public (and Privately-owned) Enterprises". MPRA Paper No. 47570, Speyer: German University of Administrative Sciences - German Research Institute for Public Administration, jun. 2013, 25 p.
  27. OECD. *State-Owned Enterprises in the Development Process*, OECD Publishing, Paris, 2015. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264229617-en>.
  28. OECD. *The Size and Sectoral Distribution of State-Owned Enterprises*, OECD Publishing, Paris, 2017. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264280663-en>
  29. Petrobras gasta R\$ 59 bilhões em obras com empresas paralelas, diz jornal. Disponível em <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/petrobras-gasta-r-59-bilhoes-em-obras-com-empresas-paralelas-diz-jornal/> Acesso em 10.05.2016.

30. Procuradoria-Geral da República. Parecer N.º 623 /2018 – SFCONST/PGR, de 18.12.2018.
31. PUPO, Fábio. Lucro de estatais cresce, e Tesouro recebe R\$ 5,7 bi. Valor Econômico, 06.08.2018. Disponível em [https://www.valor.com.br/imprimir/noticia\\_impreso/5810069](https://www.valor.com.br/imprimir/noticia_impreso/5810069)
32. PUPO, Fábio. Lucro das grandes estatais cresce 132%, para R\$ 74 bi. Valor Econômico, 29.04.2019.
33. SANTOS, Luiz Alberto dos. Las empresas del Estado y el proceso de las **políticas públicas en Brasil**. In GUAJARDO, Guillermo & LABRADOR, Alejandro (coord.). La empresa pública en México y en América Latina. Entre el mercado y el Estado. México: UNAM-CEIICH, Instituto Nacional de Administración Pública, 2015, 372 p.
34. SOARES, Pedro. País privatizou 165 empresas entre 1991 e 2002. Folha de São Paulo, 21.12.2004. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi2112200423.htm>
35. The Visible Hand - Special Report State Capitalism, The Economist, 21 Jan 2012, 15 p.
36. TORRES, Heleno Taveira & PINTO, Élide Graziane. Privatização do controle das empresas estatais exige lei conforme a Constituição Revista Consultor Jurídico, 2 de julho de 2018. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-jul-02/opiniao-privatizacao-estatais-exige-lei-conforme-constituicao>
37. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Controle de Sociedades de Propósito Específico por Furnas é fiscalizado pelo TCU. Disponível em <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/controle-de-sociedades-de-proposito-especifico-por-furnas-e-fiscalizado-pelo-tcu.htm>.
38. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Sociedades de propósito específico com recursos federais devem ser fiscalizadas pelo TCU. Disponível em <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/sociedades-de-proposito-especifico-com-recursos-federais-devem-ser-fiscalizadas-pelo-tcu.htm>.
39. VETTORAZZO, Lucas. Petrobras põe à venda US\$ 57,7 em ativos e reduz plano de investimento. Folha de São Paulo, 19.06.2015. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/06/1649139-plano-de-negocios-da-petrobras-tem-corte-de-37.shtml>. Acesso em 10.05.2016.