

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL – PC DO B, partido político com representação no Congresso Nacional, devidamente registrado no Tribunal Superior Eleitoral, inscrito no CNPJ sob o nº 22.441.349/0001-00, com sede na Rua Rêgo Freitas nº. 92, República, São Paulo, CEP 01220-010, vem, por meio de seus advogados devidamente constituídos, com endereço profissional a SHIS, QL 4, conj. 1, casa 11, Lago Sul, Brasília/DF, CEP 71.610-215, onde deverão receber qualquer comunicação do feito, e e-mail beatrizsena@souzanetosena.adv.br, propor a seguinte

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR**

objetivando pleitear ao Supremo Tribunal Federal que confira *interpretação conforme* a Constituição ao art. 29, *caput*, XVIII, da Lei n. 13.303/2016, e, por *arrastamento*, ao art. 1º, *caput*, e §§ 1º, 3º e 4º, I; art. 3º, *caput*, do Decreto n. 9.188/2017, para afirmar que a venda de ações das sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas exige prévia autorização legislativa sempre que se cuide *de alienar o controle acionário*; em caráter *cumulativo*, confira *interpretação conforme a Constituição* ao art. 29, *caput*, XVIII, da Lei n. 13.303/2016, e, por *arrastamento*, ao art. 1º, *caput*, e §§ 1º, 3º e 4º, I, art. 3º, *caput*, do Decreto n. 9.188/2017, para fixar a interpretação segundo a qual a dispensa de licitação aplica-se apenas à venda de ações que sejam comercializadas na bolsa de valores, no contexto de investimentos institucionais, excluindo-se de seu âmbito

de incidência a alienação do poder de controle de sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas e a alienação da participação, ainda que minoritária, em sociedades de propósito específico constituídas para implementar e gerir concessões públicas; em caráter *cumulativo*, que declare a inconstitucionalidade das expressões “unidades operacionais” e “estabelecimentos integrantes”, constantes do artigo 1º, § 4º, I, do Decreto n. 9.188/2017; (v) *em caráter cumulativo*, que declare a inconstitucionalidade do § 2º do art. 7º do Decreto n. 9.188/2017.

I. ASPECTOS PROCESSUAIS, OBJETO E POSSIBILIDADE JURÍDICA DOS PEDIDOS

I. 1. LEGITIMIDADE ATIVA DO AUTOR

1. De acordo com o art. 103, VIII, da Constituição Federal, reproduzido pelo art. 2º, VIII, da Lei nº 9.868, de 1999, os partidos políticos são legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade, desde que tenham representação no Congresso Nacional. O Partido Comunista do Brasil – PC do C atende a tal exigência, conforme se demonstra pelos documentos em anexo. Como se trata de legitimado universal, não há a necessidade de comprovação de liame de pertinência temática com o objeto da ação.

I.2. CABIMENTO E OBJETO DA ADI: IMPUGNAÇÃO DE TODO O COMPLEXO NORMATIVO.

2. O e. STF não admite a impugnação parcial de determinado complexo

normativo¹. Verificada situação de dependência normativa, em que as regras estatais interagem umas com as outras, condicionando-se, reciprocamente, em sua aplicabilidade e eficácia, revela-se incabível a impugnação fragmentária de apenas algumas dessas normas². No presente caso, tal complexo normativo é formado pelo art. 29, *caput*, inciso XVIII, da Lei n. 13.303/2016 – “*Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista: (...) na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens (...)*” – e pelos dispositivos do Decreto n. 9.188/2017, que autorizam a alienação, sem licitação, em procedimento sigiloso, regido pelas regras do direito privado, de “*unidades operacionais*”, dos “*estabelecimentos integrantes do seu patrimônio*”, dos “*direitos*” e das “*participações, diretas ou indiretas, em outras sociedades*”.

3. O Decreto n. 9.188/2017 regulamenta o art. 29, *caput*, inciso XVIII, da Lei n. 13.303/2016. Ao realizar interpretação conforme a Constituição do art. 29, XVIII, da Lei n. 13.303/2016, como ora se requer, o STF estabelecerá interpretação conforme também do próprio Decreto n. 9.188/2017. Como o preceito legal e o dispositivos do decreto conformam complexo normativo que trata do mesmo tema, é necessário se proceder a sua impugnação conjunta, como ocorre na presente ADI. Confira-se o teor dos preceitos que são ora impugnados:

Lei n. 13.303/2016, art. 29, *caput*, inciso XVIII:

“Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista: (...) na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens (...)”

Decreto n. 9.188/2017:

*“O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, *caput*, incisos IV e VI, alínea “a”, da Constituição,*

¹ STF, ADI 2550, Relator Min. Eros Grau, j. em 24/10/2005.

² STF, ADI 2422 AgR, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 10/05/2012.

e tendo em vista o disposto 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,

DECRETA:

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

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

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

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

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

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

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

Art. 3º A Diretoria-Executiva das sociedades de economia mista poderá elaborar e propor programa de desinvestimento de ativos, o qual indicará, no mínimo: (...)

Art. 4º A sociedade de economia mista, no prazo de trinta dias, contado da data de assinatura dos instrumentos jurídicos negociais de cada alienação, encaminhará cópias desses documentos para ciência do Tribunal de Contas da União.

Parágrafo único. Os instrumentos jurídicos negociais firmados no processo de alienação serão regidos pelos preceitos de direito privado.

Art. 5º As alienações serão realizadas por meio de procedimento competitivo para obtenção do melhor retorno econômico para a sociedade de economia mista. (...)

Art. 7º, § 2º: As avaliações econômico-financeiras serão sigilosas, exceto quando exigida a sua publicidade pela legislação societária em vigor. ”

4. O Supremo Tribunal Federal aplica a técnica da declaração de inconstitucionalidade por arrastamento para expurgar da ordem jurídica atos normativos de natureza regulamentar que estejam amparados em normas primárias (dispositivos legais ou as interpretações deles) tidas por inconstitucionais³. Na hipótese de determinada norma constituir fundamento de validade para outro preceito normativo, a inconstitucionalidade daquela implica a invalidade, por arrastamento, desse. É o que se observa nos precedentes que se seguem:

(...) INVALIDADE, POR ARRASTAMENTO, DE PORTARIA DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. AGRAVO IMPROVIDO. (...) II - Segundo a jurisprudência dessa Corte, na hipótese de determinada norma constituir fundamento de validade para outro preceito normativo, a inconstitucionalidade daquela implica a invalidade, por arrastamento, desse. Precedentes. III – Agravo regimental improvido.⁴

(...) Declaração de inconstitucionalidade por arrastamento das normas impugnadas do decreto regulamentar, em virtude da relação

³ Constituição Federal. ADI 2.158/PR, Rel. Min. Dias Toffoli; ADI 3.645/PR, Rel. Min. Ellen Gracie e ADI 4707, Rel. Min. Cármen Lúcia.

⁴ STF, RE 631698 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. em 22/05/2012.

*de dependência com a lei impugnada. Precedentes. 7. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente.*⁵

5. No entanto, o Decreto n. 9188/2017 é, em parte, também *autônomo*, criando normatividade para além do que se poderia extrair interpretativamente do art. 29, XVIII, da Lei n. 13.303/2016. O artigo 1º, § 4º, I, do Decreto n. 9.188/2017 inclui quatro elementos no conceito de “ativos”: (a) “*unidades operacionais*”, (b) “*estabelecimentos integrantes do seu patrimônio*”, (c) “*direitos e participações, diretas ou indiretas, em outras sociedades*”. No tocante aos “*direitos*” e às “*participações*” em outras sociedades, não há dúvida de que o preceito se insere no âmbito normativo do art. 29, XVIII, da Lei n. 13.303/2016: trata-se, portanto, de preceito efetivamente regulamentar. Porém, no que se refere às “*unidades operacionais*” e aos “*estabelecimentos integrantes*”, também constantes do artigo 1º, § 4º, I, do Decreto n. 9.188/2017, há evidente criação de normatividade, inovação no ordenamento jurídico. Especificamente no que toca a essas duas expressões, que consubstanciam *novas hipóteses de dispensa de licitação*, criadas pela autoridade administrativa, o decreto é provido de autonomia. Cuida-se, quanto a essas hipóteses, de “*decreto autônomo*”.

6. Essa diferença na caracterização dos elementos normativos que integram o artigo 1º, § 4º, I, do Decreto n. 9.188/2017 não gera, porém, qualquer consequência no tocante ao veículo processual eleito para se promoverem as presentes impugnações. Normas regulamentares podem ser declaradas inconstitucionais em ADI, por arrastamento. Decretos autônomos podem igualmente ser impugnados por meio de ação direta de inconstitucionalidade, como reconhece, pacificamente, a jurisprudência do STF:

EMENTAS: 1. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Objeto. Admissibilidade. Impugnação de decreto autônomo, que institui benefícios fiscais. Caráter não meramente regulamentar. Introdução

⁵ STF, ADI 2158, Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 15/09/2010.

de novidade normativa. Preliminar repelida. Precedentes. Decreto que, não se limitando a regulamentar lei, institua benefício fiscal ou introduza outra novidade normativa, reputa-se autônomo e, como tal, é suscetível de controle concentrado de constitucionalidade. 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Decreto nº 27.427/00, do Estado do Rio de Janeiro. Tributo. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS. Benefícios fiscais. Redução de alíquota e concessão de crédito presumido, por Estado-membro, mediante decreto. Inexistência de suporte em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, nos termos da LC 24/75. Expressão da chamada “guerra fiscal”. Inadmissibilidade. Ofensa aos arts. 150, § 6º, 152 e 155, § 2º, inc. XII, letra “g”, da Constituição Federal. Ação julgada procedente. Precedentes. Não pode o Estado-membro conceder isenção, incentivo ou benefício fiscal, relativos ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, de modo unilateral, mediante decreto ou outro ato normativo, sem prévia celebração de convênio intergovernamental no âmbito do CONFAZ.”⁶.

II. MÉRITO

II.1. A VENDA DE ATIVOS DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA OU DE SUAS SUBSIDIÁRIAS OU CONTROLADAS EXIGE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA SEMPRE QUE SE CUIDE DE ALIENAR O CONTROLE ACIONÁRIO

7. A Constituição Federal de 1988 não adere a nenhum tipo ideal de organização da atividade econômica. É o que deflui da análise do artigo 170 da Constituição Federal. A Constituição protege o livre mercado, mas também abarca institutos relacionados à possibilidade de o Estado planejar a economia e intervir no domínio econômico. A livre iniciativa está garantida, mas deve se harmonizar com a defesa da soberania nacional, dos consumidores e do meio ambiente, e se

⁶ STF, ADI 3664, Relator Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. em 01/06/2011.

inserir em um modelo produtivo tendente à realização do pleno emprego e à redução das desigualdades regionais e sociais. A propriedade está garantida, mas é concebida de modo indissociável de sua função social. Tal sistema pode ser caracterizado como “compromissório”⁷, já que funcionaliza a livre iniciativa e a propriedade, institutos fundamentais da economia liberal, ao objetivo de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Como esclarece Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“O princípio da liberdade de iniciativa tempera-se pelo da iniciativa suplementar do Estado; o princípio da liberdade de empresa corrige-se com o da definição da função social da empresa; o princípio da liberdade de lucro, bem como o da liberdade de competição, moderam-se com o da repressão do abuso de poder econômico; o princípio da liberdade de contratação limita-se pela aplicação dos princípios de valorização do trabalho e da harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção; e, finalmente, o princípio da propriedade privada restringe-se com o princípio da função social da propriedade.”⁸

8. Não há, porém, definição exaustiva dos termos do compromisso. Isso seria antidemocrático, pois furtaria às gerações futuras a possibilidade de definir de que maneira desejam organizar sua vida econômica. Na verdade, a Constituição atual se compatibiliza com variados graus de intervenção estatal na economia. Embora não se possa afirmar que seja economicamente neutra – como fez o Tribunal Constitucional Federal em pronunciamento sobre Lei Fundamental alemã⁹ –, a Constituição Federal de 1988, por ser compromissória, apontando para

⁷ Sobre o conceito de constituição compromissória, Constituição Federal. SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1996. p. 52 ss.

⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Ordem econômica e desenvolvimento na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Apec, 1989. p. 28.

⁹ A Lei Fundamental Alemã não possui, como a Constituição Federal brasileira, um capítulo sobre a ordem econômica, com vários preceitos. Ela se limita a caracterizar Estado Alemão como “social” e a instituir, em preceitos diversos, normas que exercem importante papel na definição do modelo econômico, como é o caso do direito de propriedade e de sua função social. Por conta disso, o Tribunal Constitucional entendeu que a Constituição era *neutra* sob o prisma econômico, sendo compatível com os mais variados modelos, desde um que preveja ampla intervenção, em termos quase socialistas, até outros que impliquem quase total abstenção do Estado. Para aquela Corte, “*embora a presente ordem econômica e social seja compatível (...) com a Lei Fundamental, ela não é, de forma alguma, a única possível. Baseia-se numa decisão política defendida pela*

diferentes direções, e por serem genéricos e abstratos os seus preceitos econômicos, abre-se à liberdade de conformação do legislador democrático, atribuindo-lhe amplas possibilidades de definir, a cada momento da história, o grau de intervenção econômica que convém às condições do momento.¹⁰ A esse propósito, é esclarecedora a advertência de Vital Moreira:

*“Uma coisa são as tendências dominantes na esfera política e outra coisa é a análise da constituição econômica. A questão é que a constituição econômica hoje permite sem dúvida a desintervenção econômica do Estado e a sua tendencial redução a um papel essencialmente regulador, no contexto de uma ‘economia de mercado regulada’. O que não pode, porém, concluir-se é que tal modelo é o modelo constitucional, como se fosse constitucionalmente imperativo”.*¹¹

9. O *caput* do art. 173 da Constituição permite a exploração direta da atividade econômica pelo Estado “quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”, “conforme definidos em lei”. Ao atribuir ao legislador a tarefa de definir esses conceitos, a Constituição está lhe atribuindo ampla margem de conformação do modelo de intervenção estatal na esfera econômica. O STF já assentou a ampla liberdade de conformação legislativa nessa matéria:

“Não é possível deixar de interpretar o sistema da Constituição Federal sobre a matéria em exame em conformidade com a natureza das atividades econômicas e, assim, com o dinamismo que lhes e

vontade do legislador, e pode ser substituída ou ultrapassada por uma decisão diferente.” (KOMMERS, Donald. P. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2. ed. Durham e Londres: Duke University Press, 1997, p. 241-265).

¹⁰ Como ressalta Calixto Salomão Filho, “a competência normativa e reguladora atribuída pelo Constituinte ao Estado é ampla o suficiente para incluir intervenções bastante brandas ou bem extremadas na ordem econômica. Essa incerteza não desaparece uma vez analisados os princípios gerais estabelecidos no art. 170. De sua dicção não é possível definir com exatidão a extensão nem os limites do intervencionismo. A exata medida em que princípios como ‘livre iniciativa’ e ‘justiça social’ bem como ‘propriedade privada’ e ‘função social da propriedade’ devem conviver é deixada ao trabalho interpretativo do aplicador do Direito. (...)” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 106).

¹¹ MOREIRA, Vital. A metamorfose da “Constituição Econômica”. *Revista de Direito do Estado*, nº. 2, 2006.

*inerente e a possibilidade de aconselhar periódicas mudanças nas formas de sua execução, notadamente quando revelam intervenção do Estado. O juízo de conveniência, quanto a permanecer o Estado na exploração de certa atividade econômica, com a utilização da forma da empresa pública ou da sociedade de economia mista, há de concretizar-se em cada tempo e a vista do relevante interesse coletivo ou de imperativos da segurança nacional”.*¹²

10. Tendo em vista a natureza específica da intervenção fundada no *caput* do artigo 173 da Constituição Federal, impõe-se que sua autorização seja adequadamente avaliada e discutida pelo legislador, com base nos parâmetros normativos previstos na Constituição Federal. Para proceder à intervenção direta do Estado no domínio econômico, a Constituição Federal prevê a possibilidade de criação de empresas públicas e sociedades de economia mista. Exige, porém, que a criação se dê por meio de Lei. Se a edição de lei é exigida para que o estado intervenha diretamente na economia, por meio da criação de sociedade de economia mista, subsidiária ou controlada, deve ser igualmente exigida para se promover, por meio da alienação da sociedade, a retirada do estado do domínio econômico.

11. Tanto o Decreto-Lei 200/1967 (art. 5º) quanto a Lei 13.303/2016 (art. 4º) definem *sociedade de economia mista* como a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, ao Estado. Desse modo, os três elementos caracterizadores de uma sociedade de economia mista são: (a) a adoção da personalidade jurídica de direito privado, sob a forma de sociedade anônima; (b) a constituição autorizada por lei específica; e (c) a titularidade da maioria do capital votante por parte do Estado. Exatamente por estar revestida da forma de sociedade anônima, a sociedade de economia mista está sujeita à Lei 6.404/1976 (Lei das Sociedades por Ações – S/A). Este diploma legal também estabelece que a constituição de sociedade de economia mista depende de prévia autorização legislativa (art. 236, *caput*), assim

¹² ADI 234, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 15.09.95.

como a sua participação em outras sociedades (art. 237, § 1º) – incluídas, por consequência lógica, as participações em subsidiárias (controladas) e em empresas privadas (não controladas).

12. Como consignado, no plano constitucional, a exigência de autorização legal para a criação de sociedade de economia mista e para sua participação em outras sociedades decorre diretamente do art. 37, incisos XIX e XX, da Constituição Federal:

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

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

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

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

lei formal, entendeu ser caso de intervenção para atender aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, nos termos do art. 173, *caput*, da Constituição Federal, não poderia o Poder Executivo, por decisão exclusiva, decidir que a intervenção não se justifica.

14. A reserva de lei a que se refere a Constituição, nos incisos XIX e XX do art. 37, qualifica-se como *absoluta* (ou reserva de lei em *sentido estrito*), não sendo possível, no que concerne a essas matérias, que a decisão parlamentar seja substituída por atos do Poder Executivo¹³. A necessidade de autorização legislativa para a desconstituição de sociedade de economia mista consubstancia *reserva legal qualificada*: se a Constituição Federal reservou à lei específica a criação da sociedade de economia mista, somente lei específica poderia desconstituí-la. Do mesmo modo, se a Constituição Federal reservou à lei, “*em cada caso*”, a criação de subsidiárias das sociedades de economia mista, assim como a sua participação de qualquer delas em empresa privada, somente lei poderia autorizar a sua alienação. O MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE, no voto proferido no julgamento da ADI 234/RJ, esclarece o ponto:

Exatamente porque, concebido como instrumentos da política econômica do Estado agente econômico, devessem surgir do juízo político sobre a concorrência dos pressupostos do art. 173, o art. 37, XIX, reclamou lei específica para a criação de empresa pública e da sociedade de economia mista.

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

¹³ STF, HC 85060, Relator Min. Eros Grau, Primeira Turma, julgado em 23/09/2008, DJe 12-02-2009.

*livremente, alienar o controle dessa sociedade de economia mista é absurdo que não ouse atribuir à Constituição.*¹⁴

15. Essa compreensão se baseia no consolidado *princípio do paralelismo das formas*. Na dicção de PAULO BONAVIDES, o princípio do paralelismo das formas sugere que “*um ato jurídico só se modificar mediante o emprego de formas idênticas àquelas adotadas para elaborá-lo*”¹⁵. A instituição de sociedade de economia mista, de empresa pública e de suas subsidiárias e controladas, na forma expressamente preconizada pelos incisos XIX e XX do art. 37 da Constituição Federal, só pode ser autorizada mediante a edição de lei. Da mesma forma, a desconstituição ou extinção das sociedades de economia mista, de suas subsidiárias e controladas, deverá ser expressamente veiculada em lei, ficando defeso às normas infralegais disporem sobre matéria de estrita competência da legislação ordinária. O ato administrativo está situado em patamar hierárquico inferior à lei. Permitir que um ato administrativo desconstitua um ente criado por lei é subverter perigosamente a hierarquia que organiza as normas jurídicas em um Estado Democrático de Direito.

16. Não se desconhece que a Constituição, no que concerne à criação de subsidiária e à participação em empresa privada, não previu reserva de lei *específica*, consoante disposto no art. 37, inciso XX, da Constituição Federal. Para a criação de subsidiárias e para a participação em empresa privada, o texto constitucional exigiu autorização legislativa “*em cada caso*”, não autorização por meio de lei “*específica*”. A jurisprudência do STF contém precedente no sentido de que a expressão “em cada caso” se refere a cada sociedade de economia mista, não a cada subsidiária. Esse entendimento foi estabelecido pela Suprema Corte no julgamento da ADI 1.649/DF, ocasião que se julgou constitucional a autorização conferida pela Lei 9.478/1997 (Lei do Petróleo), arts. 64 e 65, à Petrobras para a

¹⁴ STF, ADI 234, Relator Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, j. em 22/06/1995.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 18ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2006, p. 206.

criação de subsidiárias e para participação em empresa privada, sem especificá-las¹⁶. De qualquer modo, não há dúvida de que a *autorização legislativa* é necessária para que ocorra a alienação do controle acionário tanto de sociedades de economia mista quanto de suas subsidiárias e controladas, ainda que não seja necessário que a lei designe cada uma destas últimas.

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

18. Somente o Poder Legislativo, na dicção da Constituição, está autorizado a deliberar sobre se estão presentes os requisitos que autorizam a entrada do Estado no campo das atividades econômicas. E quem é competente para deliberar se os requisitos estão presentes no momento da criação da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias é também competente para decidir sobre se tais requisitos permanecem ou não presentes, determinando a permanência ou a retirada do Estado do setor da economia em que atua. A decisão sobre a desestatização da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias e controladas compreende deliberação que incide sobre o mesmo objeto da decisão que autorizou a criação dessas empresas. O respeito ao *princípio do paralelismo das formas* não

¹⁶ STF, ADI 1649, Relator Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. em 24/03/2004.

se revela mera exigência formalista, mas constitui o meio necessário à preservação de competência privativamente reservada ao legislador pela Constituição Federal.

19. Essa compreensão foi acolhida pela jurisprudência do STF. No julgamento da ADI 234/RJ, ao apreciar dispositivos da Constituição do Rio de Janeiro que vedavam a alienação de ações de sociedades de economia mista estaduais, o STF conferiu interpretação conforme à Constituição, para afirmar a possibilidade dessas alienações, condicionando-as à autorização legislativa, por lei em sentido formal, quando importarem em *perda do controle acionário* por parte do Estado. O precedente recebeu a seguinte ementa:

Ação direta de inconstitucionalidade. Constituição do Estado do Rio de Janeiro, art. 69 e parágrafo único, e art. 99, inciso XXXIII. Alienação, pelo Estado, de ações de sociedade de economia mista. 2. Segundo os dispositivos impugnados, as ações de sociedades de economia mista do Estado do Rio de Janeiro não poderão ser alienadas a qualquer título, sem autorização legislativa. Mesmo com autorização legislativa, as ações com direito a voto das sociedades aludidas só poderão ser alienadas, sem prejuízo de manter o Estado, o controle acionário de 51% (cinquenta e um por cento), competindo, em qualquer hipótese, privativamente, a Assembleia Legislativa, sem participação, portanto, do Governador, autorizar a criação, fusão ou extinção de empresas públicas ou de economia mista bem como o controle acionário de empresas particulares pelo Estado. 3. O art. 69, "caput", da Constituição fluminense, ao exigir autorização legislativa para a alienação de ações das sociedades de economia mista, e constitucional, desde que se lhe confira interpretação conforme a qual não poderão ser alienadas, sem autorização legislativa, as ações de sociedades de economia mista que importem, para o Estado, a perda do controle do poder acionário. Isso significa que a autorização, por via de lei, há de ocorrer quando a alienação das ações implique transferência pelo Estado de direitos que lhe assegurem preponderância nas deliberações sociais. 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. 4. Alienação de ações em sociedade

de economia mista e o "processo de privatização de bens públicos". Lei federal n. 8031, de 12.4.1990, que criou o Programa Nacional de Desestatização. Observa-se, pela norma do art. 2., parágrafo 1., da lei n. 8031/1990, a correlação entre as noções de "privatização" e de "alienação pelo Poder Público de direitos concernentes ao controle acionário das sociedades de economia mista", que lhe assegurem preponderância nas deliberações sociais. 5. Quando se pretende sujeitar a autorização legislativa a alienação de ações em sociedade de economia mista. Importa ter presente que isto só se faz indispensável, se efetivamente, da operação, resultar para o Estado a perda do controle acionário da entidade. Nesses limites, de tal modo, é que cumpre ter a validade da exigência de autorização legislativa prevista no art. 69 "caput", da Constituição fluminense. 6. Julga-se, destarte, em parte, procedente, no ponto, a ação, para que se tenha como constitucional, apenas, essa interpretação do art. 69, "caput", não sendo de exigir-se autorização legislativa se a alienação de ações não importar perda do controle acionário da sociedade de economia mista, pelo Estado. 7. É inconstitucional o parágrafo único do art. 69 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro ao estipular que "as ações com direito a voto das sociedades de economia mista só poderão ser alienadas, desde que mantido o controle acionário, representado por 51% (cinquenta e um por cento) das ações". Constituição Federal, arts. 170, 173 e parágrafos, e 174. Não é possível deixar de interpretar o sistema da Constituição Federal sobre a matéria em exame em conformidade com a natureza das atividades econômicas e, assim, com o dinamismo que lhes é inerente e a possibilidade de aconselhar periódicas mudanças nas formas de sua execução, notadamente quando revelam intervenção do Estado. O juízo de conveniência, quanto a permanecer o Estado na exploração de certa atividade econômica, com a utilização da forma da empresa pública ou da sociedade de economia mista, há de concretizar-se em cada tempo e avista do relevante interesse coletivo ou de imperativos da segurança nacional. Não será. Destarte, admissível, no sistema da Constituição Federal que norma de Constituição estadual proíba, no Estado-membro, possa este reordenar, no âmbito da própria competência, sua posição na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidas ou, desnecessariamente exploradas pelo setor público. 8. Não pode o constituinte estadual privar os Poderes Executivo e Legislativo do normal desempenho de suas atribuições institucionais, na linha do

que estabelece a Constituição Federal, aplicável ao Estados-membros. 9. É também, inconstitucional o inciso XXXIII do art. 99 da Constituição fluminense, ao atribuir competência privativa a Assembleia Legislativa "para autorizar a criação, fusão ou extinção de empresas públicas ou de economia mista bem como o controle acionário de empresas particulares pelo Estado". Não cabe excluir o Governador do Estado do processo para a autorização legislativa destinada a alienar ações do Estado em sociedade de economia mista. Constituição Federal, arts. 37, XIX, 48, V, e 84, VI, combinados com os arts. 25 e 66. 10. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, declarando-se a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 69 do inciso XXXIII do art. 99, ambos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, bem assim para declarar parcialmente inconstitucional o art. 69, "caput", da mesma Constituição, quanto a todas as interpretações que não sejam a de considerar exigível a autorização legislativa somente quando a alienação de ações do Estado em sociedade de economia mista implique a perda de seu controle acionário.¹⁷

20. Ao julgar os embargos de declaração opostos contra o acórdão acima citado, o STF reafirmou a necessidade de edição de *lei formal* para a venda de ativos da sociedade que importe a perda do controle acionário pelo Estado. A ementa ficou assim redigida:

Ação direta de inconstitucionalidade. Questão de Ordem. 2. No julgamento da ADIN 234-1/600 - RJ, o STF, por unanimidade, julgou procedente, em parte, a ação e declarou a inconstitucionalidade do inciso XXXIII do art. 99 e do parágrafo único do art. 69, ambos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, e, ainda, por maioria de votos, julgou procedente, em parte, a ação, relativamente ao caput do art. 69 aludido, para dar-lhe interpretação conforme a Constituição, segundo a qual a autorização legislativa nela exigida há de fazer-se por "lei formal específica", só sendo necessária, entretanto, quando se cuidar de alienar o controle acionário de sociedade de economia mista. 3. Publicada a decisão no Diário da Justiça da União, o Governador do Estado do Rio de Janeiro requereu a exclusão da ata de

¹⁷ STF, ADI 234, Relator Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, j. em 22/06/1995.

juízo do termo específica, sustentando que não corresponde essa expressão ao que foi decidido pela Corte, a qual apenas exigiu, na hipótese do caput do art. 69 da Carta fluminense, a existência de "lei formal genérica". 4. Petição conhecida como embargos de declaração, após ter sido publicado o acórdão. 5. Reconheceu-se não existir inteira coincidência entre o que foi objeto da análise dos votos do Relator e do Presidente com os termos segundo os quais ficou proclamada a decisão e, assim, constante da ata de julgamentos da sessão plenária respectiva. 6. Verificou-se, entretanto, que não constituiu objeto de expressa discussão, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, o ponto referente a ser necessária autorização legislativa, por lei formal específica, quando se cuida de alienação de ações do Estado em sociedade de economia mista implicando a perda de seu controle acionário. 7. Em face disso, o Tribunal recebeu, em parte, os embargos de declaração para determinar seja retirada da ata de julgamento, na parte relativa ao feito, a expressão específica, passando a proclamação do resultado, neste ponto, a constar, nos seguintes termos: "E, por maioria de votos, julgou procedente, em parte, a ação com relação ao caput do art. 69, para dar-lhe interpretação conforme a Constituição, segundo a qual a autorização legislativa nela exigida há de fazer-se por lei formal, mas só será necessária, quando se cuide de alienar o controle acionário da sociedade de economia mista".¹⁸

21. No julgamento da ADI 1.703, o STF confirmou, mais uma vez, esse entendimento. O Ministro Ilmar Galvão, a propósito, consignou:

"A exigência de autorização, prévia e específica, do Poder Legislativo, para a alienação dos referidos bens, em princípio, não pode ser vista senão como uma interferência do Poder Legislativo na esfera de atribuições do Chefe do Poder Executivo (...). O mesmo não ocorre, entretanto, quando se trata de ações que asseguram o controle do Estado sobre as ditas entidades. Cuida-se de entes cuja criação a própria Constituição submeteu ao juízo de conveniência política do Poder Legislativo, ao condicioná-la à autorização

¹⁸ STF, ADI 234 QO, Relator Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, j. em 04/10/1995.

contida em lei específica”¹⁹.

22. No mesmo sentido, o voto do MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE:

O pressuposto da criação da empresa estatal é a sua necessidade, para os imperativos da segurança nacional ou para relevante interesse coletivo. Vale dizer na lei específica que autoriza a criação de uma empresa pública, há um juízo positivo da necessidade de intervenção estatal naquele setor da economia. E, se há exigência constitucional da lei afirmativa dessa necessidade pública, com todas as vênias, não consigo entender que, votada essa lei que pressupõe a necessidade de manter-se empresa pública nesse setor, possa o Executivo, no dia seguinte, valendo-se de uma norma geral reguladora de leilões de empresas estatais, simplesmente transformar em letra morta aquilo que ontem foi afirmado pelo órgão da representação popular, que, detém, conforme a Constituição, a competência para esse juízo positivo da necessidade de intervenção em cada caso.²⁰

23. Mais recentemente, no ano de 2008, o Plenário do STF reafirmou esse entendimento ao julgar a ADI 1.348, de relatoria da MINISTRA CÁRMEN LÚCIA:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 364, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO DO RIO DE JANEIRO. NORMA QUE IMPEDE A ALIENAÇÃO DAS AÇÕES ORDINÁRIAS DO BANCO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - BANERJ - E DETERMINA A ARRECAÇÃO DE RECEITAS E OS PAGAMENTOS DE DÉBITOS DO ESTADO, EXCLUSIVAMENTE, PELO BANCO ESTADUAL. 1. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 234/RJ, ao apreciar dispositivos da Constituição do Rio de Janeiro que vedavam a alienação de ações de sociedades de economia mista estaduais, o Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação conforme à Constituição da República, no sentido de serem admitidas essas

¹⁹ STF, ADI 1584 MC, Relator Min. Ilmar Galvão, Relator p/ Acórdão: Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, j. em 23/04/1997.

²⁰ STF, ADI 1703 MC, Relator Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, j. em 27/11/1997.

alienações, condicionando-as à autorização legislativa, por lei em sentido formal, tão-somente quando importarem em perda do controle acionário por parte do Estado. Naquela assentada, se decidiu também que o Chefe do Poder Executivo estadual não poderia ser privado da competência para dispor sobre a organização e o funcionamento da administração estadual. 2. Conteúdo análogo das normas impugnadas nesta Ação; distinção apenas na vedação dirigida a uma sociedade de economia mista estadual específica, o Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A - Banerj. 3. Aperfeiçoado o processo de privatização do Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A, na forma da Lei fluminense n. 2.470/1995 e dos Decretos ns. 21.993/1996, 22.731/1997 e 23.191/1997. Condução do processo segundo o que decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar mantida. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.²¹

24. Essa orientação jurisprudencial se aplica às hipóteses de alienação do controle, quer se trate de sociedade de economia mista, quer se cuide de subsidiária ou controlada (incisos XIX e XX do art. 37 da Constituição Federal).

II.2. A INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA A ALIENAÇÃO DE ATIVOS DE SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E DE SUAS SUBSIDIÁRIAS E CONTROLADAS, E DE SOCIEDADES DE PROPÓSITO ESPECÍFICO CRIADAS PARA GERIR CONCESSÕES PÚBLICAS

II.2.1. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 37, XXI, E 173, § 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

25. Em 1º de julho de 2016, entrou em vigor a Lei n. 13.303, mais conhecida como Lei das Estatais, por estabelecer o estatuto jurídico das empresas

²¹ STF, ADI 1348, Relator Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. em 21/02/2008.

públicas, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias. Além de estabelecer normas de governança corporativa, a lei define regras e diretrizes para licitações e contratos no âmbito de todas as empresas estatais, podendo ser reconhecida como regulamentação do art. 173, § 1º, da Constituição Federal de 1988. A Lei n. 13.303 estabeleceu que as empresas públicas e sociedades de economia mista estão, em regra, submetidas à exigência de instauração de processo licitatório, com as exceções também expressamente previstas de dispensa (art. 29) e inexigibilidade (art. 30).

26. Sempre foi prevacente na doutrina o parâmetro segundo o qual as hipóteses de dispensa de licitação – ao contrário das de inexigibilidade – estão previstas na lei como *numerus clausus*²². Porém, o grande grau de detalhamento provido pela Lei n. 13.303 no tratamento das situações que autorizam a dispensa da licitação afasta *definitivamente* a possibilidade de construção interpretativa de novas hipóteses. No que diz respeito ao tema da presente ação direta de inconstitucionalidade, a Lei n. 13.303 estabeleceu o seguinte:

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

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

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

“O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, caput, incisos IV e VI, alínea “a”, da Constituição,

²² CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira. Contratação Direta de Advogado Particular pelo Poder Público por meio de inexigibilidade de licitação. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 18 n. 115, p. 249-276, Jun./Set. 2016.

e tendo em vista o disposto 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,

DECRETA:

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

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

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

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

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

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

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

Art. 3º A Diretoria-Executiva das sociedades de economia mista poderá elaborar e propor programa de desinvestimento de ativos, o qual indicará, no mínimo: (...)

Art. 4º A sociedade de economia mista, no prazo de trinta dias, contado da data de assinatura dos instrumentos jurídicos negociais de cada alienação, encaminhará cópias desses documentos para ciência do Tribunal de Contas da União.

Parágrafo único. Os instrumentos jurídicos negociais firmados no processo de alienação serão regidos pelos preceitos de direito privado.

Art. 5º As alienações serão realizadas por meio de procedimento competitivo para obtenção do melhor retorno econômico para a sociedade de economia mista. (...)”

28. A Constituição Federal, por seu turno, prevê que “*a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá a **normas gerais de licitação e contratação**, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, (...), e para as empresas públicas e **sociedades de economia mista**, nos termos do art. 173, § 1º, III*” (inciso XXI do art. 37). Em seguida, a Constituição estabelece que “*a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da **sociedade de economia mista** e de suas **subsidiárias** que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...) III - **licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações**, observados os **princípios da administração pública**”.*

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

30. A primeira parte do dispositivo reproduz a tradicional opção legislativa de dispensar a licitação para *venda de ações*, já prevista tanto na Lei n. 8.666/93, em seu art. 17, II, “c”, quanto no Decreto n. 2.745/98, em seu item 8.1.d²³
24. A segunda parte do dispositivo legal, ao dispensar a licitação para a compra e venda de bens que produzam ou comercializem (inciso XVIII do art. 29 da Lei n. 13.303), também opera claramente dentro das possibilidades de concretização das normas constitucionais pertinentes (inciso XXI do art. 37 e do inciso III do § 1º do art. 173, ambos da Constituição Federal). Tal opção legislativa corresponde ao reconhecimento de que as estatais que atuam no mercado não precisam licitar quando no exercício de suas atividades-fim. Como afirmou ALEXANDRE ARAGÃO, o principal motivo constitucional dessa opção está fundado em uma necessidade de ordem prática:

*“Para que possa competir em igualdade de condições, deve-se garantir – institucionalmente – a isonomia entre todas as possíveis concorrentes, públicas ou privadas. Em se tratando de exploração de atividades-fim das empresas estatais que atuam em regime de concorrência, a licitação, para essa posição dominante, é inexigível, em decorrência da aplicação a essas empresas do regime jurídico próprio das sociedades privadas, inclusive no que diz respeito às suas contratações, conforme preveem os incisos II e III, § 1º do art. 173 da Constituição Federal”*²⁵.

31. No caso da venda de ações em bolsa de valores, quando não haja a perda do controle acionário, *“a ratio da dispensa teria sido o reconhecimento pelo legislador do fato de que a negociação em bolsa é o meio seletivo mais apropriado*

²³ Lei n. 8.666/1993: “Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: (...) II - quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos: (...) c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;” Decreto n. 2.745/1998: “8.1. Observado o disposto no Estatuto Social, a alienação de bens do ativo permanente, devidamente justificada, será sempre precedida de avaliação e licitação, dispensada esta nos seguintes casos: (...) d) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;”

²⁴ Sobre o tema, ver item II.3, infra.

²⁵ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Novas estratégias de atuação direta do estado na economia através das empresas estatais. Tese de titularidade apresentada à UERJ, 2015, p. 223.

à alienação de ações pelo Estado, atendendo aos princípios da isonomia e da eficiência. Dito de outra forma, a dispensa teria sido fundada no reconhecimento de um outro processo seletivo específico, praticado pelo mercado, que é mais adequado a esse tipo de alienação, além de atender às finalidades últimas da Administração Pública”²⁶. No caso da alienação de ações, excedentes ao mínimo necessário para a preservação do controle acionário, a negociação em bolsa já é um meio apropriado para se garantir a isonomia e a eficiência. Não é necessária, nesses casos, a instauração prévia de processo licitatório.

32. O mesmo não acontece com a venda de “*unidades operacionais*” e “*estabelecimentos integrantes do seu patrimônio*” –, que se desenvolveria, nos termos do Decreto n. 9.188/2017, sem garantias institucionais suficientes para preservar a higidez dos princípios constitucionais da isonomia, da transparência, da eficiência e da economicidade. O fato de a sociedade de economia mista estar sujeita ao regime jurídico das empresas privadas (Constituição Federal, art. 173, § 1º, II), atuando em regime de competição com as demais empresas que empreendem em seu setor, não produz o efeito de afastar o disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, que condiciona a contratação de obras, serviços, compras e **alienações**, pela administração pública direta e indireta, ao emprego prévio da licitação. É nesse sentido a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

“De outra parte, o texto constitucional do País, em seu art. 37, XXI, impõe tanto à Administração direta quanto à indireta (isto é, empresas públicas e sociedades de economia mista e autarquias), de um lado, que as obras, serviços, compras e alienações sejam precedidas de licitação pública e, de outro lado, que sejam incluídas cláusulas asseguradoras da manutenção das condições efetivas da proposta.

Este comando sujeita a generalidade das empresas públicas e sociedades de economia mista, quer sejam elas prestadoras de

²⁶ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Novas estratégias de atuação direta do estado na economia através das empresas estatais. Tese de titularidade apresentada à UERJ, 2015, p. 213.

serviço público, quer sejam exploradoras de atividade econômica. Ressalve-se, como já disse, que, em se tratando destas últimas, dever-se-á considerá-lo absorvível nas hipóteses em que a adoção do sobredito procedimento (com todos os rigores que lhe são inerentes) seja inconvincente com o regular desempenho da atividade econômica a que pessoa esteja preposta. Inversamente, é óbvio que o recurso ao regime da licitação persiste indeclinável em quaisquer outros casos em que sua adoção não comprometa o desempenho das atividades da pessoa. Assim, evidentemente, inexistiriam razões prestantes para deixar de adotá-lo, e.g., na construção do edifício-sede da empresa, na aquisição de seus móveis e utensílios, na implantação de fábricas e compra de maquinaria, de fora parte as múltiplas outras situações em que, mesmo no desempenho de suas atividades-fins, a realização de certame licitatório formalizadamente obsequioso ao regime corrente na esfera pública não se mostre gravosa ao cumprimento do objetivo social da entidade.²⁷

II.2.3. VIOLAÇÃO DE DEVER DE MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. ART. 37, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPESSOALIDADE E PUBLICIDADE.

33. Ainda que fosse possível admitir, em situações excepcionais, a alienação direta (com dispensa de licitação) de ativos dessas empresas, tal decisão deveria contar, em cada caso concreto, com a necessária **motivação**, capaz de demonstrar a pertinência do afastamento da regra geral de submissão ao regime licitatório. O Decreto n. 9.188/2017 afastou a necessidade de realização de licitação para a venda de quaisquer ativos de sociedades de economia mista federais, independente da demonstração, em cada caso, de que a alienação direta constitui exigência incontornável do êxito da empresa estatal.

34. O pré-estabelecimento de uma opção geral de dispensa de licitação

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Pareceres de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 389-390.

para a venda de quaisquer ativos viola o próprio *dever de motivação*. É dever da Administração Pública motivar os atos administrativos, como decorrência dos princípios da *legalidade administrativa* e da *publicidade*, previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal. Eximir o Poder Executivo da necessidade de fundamentar a sua escolha equivale a permitir que o Estado disponha de maneira arbitrária e irresponsável do patrimônio público. O dever de justificação é um importante instrumento para permitir que o público, as instituições de controle e o Judiciário examinem as razões que levaram o Executivo a afastar a exigência constitucional da licitação:

No caput do art. 26, combinado com o respectivo parágrafo único, vislumbra-se que a instrução do procedimento de dispensa e inexigibilidade de licitação devem ser elaboradas com a justificativa da situação que a ensejou, da escolha do fornecedor e do preço contratado. (...)

A Comissão de Licitação poderá ou não ter condições de emitir o laudo técnico ou parecer jurídico sobre a dispensa ou inexigibilidade de licitação, dependendo da capacitação de seus membros e dos cargos que ocupam dentro da organização. É recomendável, porém, que esse documento pela extrema importância de que se reveste conte com a participação do corpo técnico, que pretende induzir a contratação direta, além de merecer a oitiva da unidade jurídica respectiva.

Nos estritos termos legais, a interpretação mais rigorosa demonstra ser necessário apenas um ou outro para subsidiar a deliberação pela contratação direta. Obter os dois, ou fazer registro da manifestação do corpo técnico ratificando ou embasando a decisão pela contratação direta, constituem cautelas que o dirigente do órgão pode adotar, aliás em seu próprio benefício. (...)

No caput do art. 26 estabelece a Lei n. 8.666/93 que “as dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e nos incisos III a XX do art. 24, as situações de inexigibilidades referidas no art. 25, necessariamente justificadas...”

É a efetivação normativa do princípio da motivação dos atos administrativos que dia-a-dia se firma no Direito Administrativo, como norma que há muito era reclamada pela doutrina.

Hely Lopes Meirelles, amparado em Bielsa, esclarece que “por princípio, as decisões administrativas devem ser motivadas formalmente, vale dizer que a parte dispositiva deve vir precedida de uma explicação ou exposição dos fundamentos de fato (motivos-pressupostos) e de direito (motivos-determinantes da lei)”

A “transparência” que a sociedade reclama do processo decisório administrativo é traduzida juridicamente como o dever de fundamentar as decisões, demonstrando o elo que une a prática do ato ao interesse público mediato ou imediato. Quando a finalidade do ato não se encontra nos parâmetros precitados, impõe-se a sua anulação por desvio de finalidade, que é a outra face da motivação.

A justificativa é elemento essencial à prática dos atos, não se restringindo aos casos citados expressamente no caput do art. 26.

Quando a descrição do objeto for relevante para definir a contratação direta, deverão ainda ser registradas que as características restritivas da licitação são necessárias e indispensáveis ao atendimento do interesse público.

Além das razões devem integrar a justificativa os documentos em que o administrador se baseou para firmar sua convicção e, se já integrantes dos autos, fazer referência às páginas onde se encontram.

É, pois, imperioso que a justificativa evidencie todos os requisitos necessários à caracterização da situação que o legislador erigiu como condição sine qua nom à contratação direta.²⁸

35. O Decreto n. 9.188/2017, nesses termos, viola o conteúdo mínimo das normas constitucionais que submetem as sociedades de economia mista ao princípio licitatório (inciso XXI do art. 37, e § 1º do art. 173, ambos da Constituição Federal).

²⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Revista de informação legislativa*, v. 33, n. 129, p. 213-222, jan./mar. 1996.

II.2.4. A CONSTITUCIONALIDADE DA ALIENAÇÃO DE AÇÕES EM BOLSA DE VALORES, NO ÂMBITO DE INVESTIMENTOS INSTITUCIONAIS, DESDE QUE NÃO IMPLIQUE A PERDA DE CONTROLE ACIONÁRIO OU A ALIENAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO EM SPE INSTITUÍDA PARA GERIR CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

36. No âmbito de sua atuação empresarial, o Estado fomenta e regula atividades econômicas, adquire e aliena bens e serviços, e eventualmente realiza investimentos em bolsa de valores²⁹. É lícito às sociedades de economia mista atuar como investidores privados. Para tanto, procedem à aplicação de recursos que estão à disposição em sua tesouraria no mercado financeiro. Mesmo entidades estatais sem fins primordialmente lucrativos, possuem investimentos de renda fixa, títulos públicos e privados e imóveis. Com mais razão, as empresas estatais, cujo objetivo é também a obtenção de lucro, realizam licitamente tais investimentos.

37. ALEXANDRE ARAGÃO esclarece que seria verdadeira violação aos princípios constitucionais da eficiência, economicidade e moralidade se a empresa estatal deixasse de se valer dessa oportunidade de lucrar: *“a atuação do Estado na economia como investidor institucional no mercado financeiro, apesar de ser uma ação direta – como agente econômico – não se reveste de forma empresarial, e não constitui uma atividade econômica em si, não lhe sendo aplicáveis, portanto, os limites e exigências do art. 173 da Constituição Federal”*³⁰.

38. A comercialização de ações na bolsa de valores pela sociedade de

²⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. 1 ed. São Paulo: Forense, 2017, pp. 61-70. Constituição Federal., ainda, BARROSO, Luís Roberto. Intervenção no domínio econômico – sociedade de economia mista – abuso do poder econômico. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, v. 212, 1998, p. 310.

³⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. 1 ed. São Paulo: Forense, 2017, pp. 71.

economia mista é atividade que justifica a dispensa de licitação prevista no art. 29, XVIII, da Lei n. 13.303/2016, seja porque não representa real exercício de atividade econômica pelo ente estatal, seja porque a negociação de ações na bolsa de valores já garante a competitividade e a economicidade. Não por outra razão a Lei n. 8.666/1993 restringe a dispensa de licitação, no âmbito da venda de ações, justamente à sua negociação em bolsa de valores, *verbis*:

Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

(...)

II - quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos:

(...)

c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;

39. A propósito, MARÇAL JUSTEN FILHO já afirmava, sobre o dispositivo contido na Lei 8.666/93, que “o item ‘c’ do inc. II trata da venda de ações através de bolsa de valores, o que não significa, em última análise, dispensar a licitação, mas sujeitar a alienação a um procedimento distinto, que também possui natureza licitatória. As bolsas de valores são instituições privadas, que têm por objetivo específico as negociações de valores mobiliários. As negociações ali realizadas são presididas pela lei da oferta e da procura”³¹.

40. Por outro lado, a opção legiferante contida no inciso XVIII do art. 29 do Estatuto das Estatais utiliza técnica legislativa igualmente capaz de circunscrever a dispensa de licitação à alienação de ações em bolsa de valores, no

³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2012. p. 273.

âmbito de investimentos institucionais. O legislador enumera, no mesmo dispositivo, três categorias distintas de bens cuja compra e cuja venda dispensariam a realização de licitação: (a) ações, (b) títulos de crédito e de dívida e (c) bens que produzam ou comercializem. No que se refere aos bens que produzam ou comercializem, trata-se de dispensa que já se poderia inferir do disposto no art. 28, § 3º, I, do mesmo diploma legal, além de ser hipótese de dispensa de licitação amplamente aceita na doutrina e na jurisprudência.

41. Por sua vez, a *reunião* das hipóteses de compra e venda de ações e títulos de crédito e de dívida *não pode ser encarada como acidental*. As operações financeiras relacionadas a títulos de crédito são justamente hipóteses que, embora não se enquadrem nas chamadas atividades-fim da entidade empresarial estatal, tampouco se inserem no âmbito de atividade-meio, que exigem a realização de processo licitatório. Tais operações, de fato, em muito se aproximam dos chamados *investimentos institucionais*, na medida em que a estatal atua diretamente na economia, mas o faz nas mesmas condições de um particular, prescindindo-se da aplicação do regime jurídico de direito público³².

II.2.5. A ALIENAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO MINORITÁRIA EM SOCIEDADES DE PROPÓSITO ESPECÍFICO CONSTITUÍDAS PARA GERIR CONCESSÃO PÚBLICA

42. A Constituição Federal prevê, em diversos preceitos, a possibilidade de o Estado prestar serviços públicos. Na verdade, não se trata de possibilidade,

³² A propósito das subsidiárias das empresas estatais, o Luís Roberto Barroso, em estudo doutrinário, afirma: “*As subsidiárias, autorizadas por via legislativa, são entes satélites da empresa pública ou sociedade de economia, a que se vinculam. Em sua atividade, exercem função empresarial, regida pelo direito privado, embora visando, na gestão de seus negócios, à perseguição dos objetivos sociais que, por derivação, lhe são atribuídos. Nessa qualidade, manterá relações com terceiros, sob regime de direito privado, as quais podem se manifestar de variada forma. Ora como imitação de serviços, ora em associações ou empreendimentos comuns (joint ventures), ou, ainda, sob a forma de participação em outras empresas*” (BARROSO, Luís Roberto. Regime jurídico das empresas estatais. Revisa de direito administrativo. Rio de Janeiro, v. 242, 2005, p. 90-91).

mas de incumbência do poder público, nos termos do artigo art. 175: “*incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos*”. Observe-se que o texto constitucional permite que o Estado preste o serviço público diretamente, ou que o delegue, sempre mediante licitação. Como determina o parágrafo único do art. 175, tal delegação se dará nos termos de Lei, que deve dispor sobre “*o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão*”; “*os direitos dos usuários*”; a “*política tarifária*”; a “*obrigação de manter serviço adequado*”.³³

43. Em decorrência da exigência de licitação, o STF vem considerando inconstitucionais as normas, geralmente estaduais, que prorrogam concessões ou permissões. Para o Tribunal, as concessões e permissões antigas só poderiam ser prorrogadas até o tempo necessário para que as novas licitações fossem preparadas:

"(...) O artigo 43, acrescentado à LC 94 pela LC 95, autoriza a manutenção, até 2008, de 'outorgas vencidas, com caráter precário' ou que estiverem em vigor com prazo indeterminado. Permite, ainda que essa prestação se dê em condições irregulares, a manutenção do vínculo estabelecido entre as empresas que atualmente a ela prestam serviços públicos e à Administração estadual. Aponta como fundamento das prorrogações o § 2º do artigo 42 da Lei federal n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Sucede que a reprodução do texto da Lei federal, mesmo que fiel, não afasta a afronta à Constituição do Brasil. O texto do artigo 43 da LC 94 colide com o preceito veiculado pelo artigo 175, caput, da CB/88 (...). Não há respaldo

³³ A Lei prevista pelo parágrafo único do art. 175 foi editada em 1995, sob o número 8987. O diploma legal estabelece parâmetros adequados para a prestação do serviço, definindo-o como aquele que se caracteriza pelas condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (Lei 8987/95, art. 6º, §1º). Além disso, dispõe sobre os direitos e as obrigações dos usuários, sobre a política tarifária, sobre as respectivas licitações e contratos de concessão e permissão, sobre os encargos da concessionária e do poder concedente, sobre a possibilidade de intervenção na concessão pelo poder concedente, sobre a extinção da concessão.

constitucional que justifique a prorrogação desses atos administrativos além do prazo razoável para a realização dos devidos procedimentos licitatórios. Segurança jurídica não pode ser confundida com conservação do ilícito." (ADI 3.521, Rel. Min. Eros Grau, DJ 16.03.07).

44. *Sociedades de propósito específico (SPEs)* são muitas vezes criadas para implementar e gerir concessões públicas. É comum que as licitações sejam vencidas por consórcios de empresas, integradas também por empresas públicas e por sociedades de economia mista. Nos acordos que formalizam esses consórcios, a função de cada participante está bem delimitada. No processo licitatório, considera-se não apenas a melhor proposta, mas também a melhor técnica, bem como a habilitação técnica e financeira dos consórcios concorrentes. Concluída a licitação, é exigida a constituição de sociedade de propósito específico, que passa a ter como acionistas os participantes do consórcio. É o que dispõe o art. 9º da Lei nº 11.079/2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública: “*Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria*”. É o que dispõe também o artigo 20 da Lei 8987/1995: “*é facultado ao poder concedente, desde que previsto no edital, no interesse do serviço a ser concedido, determinar que o licitante vencedor, no caso de consórcio, se constitua em empresa antes da celebração do contrato*”.

45. Considere-se o exemplo dos consórcios que se formam para a construção e a operação de uma *hidrelétrica*. Tais consórcios são formados por empreiteiras, investidores e por empresas atuantes no setor elétrico. A participação da Eletrobrás, ou de suas subsidiárias, é absolutamente decisiva em muitos desses processos licitatórios. As empreiteiras e investidores integram o capital social da SPE. Mas a operação é incumbida a gestores vinculados à companhia que atua no setor elétrico. A usina de Belo Monte, por exemplo, foi construída e é operada por uma SPE, formada por 18 empresas. Dentre elas, estão a Eletronorte, a Eletrobrás e a Chesf, que, em conjunto, possuem 49,98% do capital social. Não faz nenhum

sentido simplesmente substituir essas empresas estatais, atuantes no setor elétrico, por investidores, que tenham apenas a capacidade econômica para realizar a aquisição de sua participação acionária. Não é compatível com o *princípio da licitação* substituir, na SPE, a empresa pública especializada, que concorreu decisivamente para a vitória do consórcio com a sua capacitação técnica.

46. Ressalte-se: as Sociedades de Propósito Específico criadas para gerir a concessão de serviços públicos representam a união das empresas vencedoras do certame público, as quais lograram êxito por conta da apresentação de qualificações técnicas e econômicas, combinadas com a melhor proposta. A alteração do quadro societário da Sociedade de Propósito Específico, para além de reflexos econômicos, altera o equilíbrio técnico apresentado ao poder público quando da licitação, podendo afetar a qualidade e a própria continuidade do serviço prestado. A propósito, a doutrina especializada tem sublinhado a circunstância de que o resultado final do processo licitatório, nesses casos, depende não apenas do preço, mas também da capacidade técnico-profissional e técnico-operacional das empresas licitantes:

Conforme acima consignado, as concessões de obras e/ou serviços públicos, assim como as parcerias público-privadas, normalmente implicam a criação de uma companhia com a natureza de SPE: esta assumirá a condição de concessionária do serviço. O seu destino exclusivo, a sua única serventia, é a gestão do projeto concessionário. É uma empresa de mãos atadas quanto ao objeto social: a nada mais pode se dedicar que não à administração do serviço público concedido, nos termos do contrato (e das leis, regulamentos, edital e proposta). O seu estatuto não poderá ser alterado no curso da concessão, pena de desnaturar esse contrato administrativo.

A composição societária da SPE deverá refletir a do consórcio que participou da licitação. Ainda que essa organização subjetiva eventualmente possa ser submetida a algumas poucas flutuações entre as fases de proposta, adjudicação do resultado, constituição da sociedade- concessionária e assinatura do contrato de concessão, exige-se que a SPE ostente todos e cada um dos atributos dos

consoziados (inclusive no que diz respeito à participação societária e ao exercício do poder de controle). Afinal, a vitória no certame licitatório é uma combinação de vários fatores, dentre os quais assume especial relevância tanto a capacidade técnico-profissional como a técnico-operacional, passando pela econômico-financeira do interessado e respectiva proposta de preço. É essa combinação objetiva que deverá persistir.³⁴

47. Aqui também tem sentido a aplicação do *princípio do paralelismo das formas*. A SPE foi constituída para atender ao interesse público, no âmbito de processo licitatório, conduzido com vistas à prestação de um serviço público³⁵. A alienação da participação pública nessas empresas não pode simplesmente ser feita nos termos de um *negócio privado*, como ocorreria se tivesse lugar a aplicação do Decreto n. 9188, em especial de seu artigo 4º, parágrafo único: “*Os instrumentos jurídicos negociais firmados no processo de alienação serão regidos pelos preceitos de direito privado*”. Absolutamente indevida também seria a aplicação de seu artigo 5º, segundo o qual “*As alienações serão realizadas por meio de procedimento competitivo para obtenção do melhor retorno econômico para a sociedade de economia mista.*” Qualquer alienação nunca poderia desconsiderar a qualidade e a continuidade do serviço público prestado. Tampouco haveria sentido que a referida participação societária, resultante de um procedimento provido de máxima publicidade, fosse alienada por meio de procedimento privado e sigiloso, como previsto no artigo 7º, § 2º, do Decreto n. 9188/2017.

³⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. *Concessão de Serviços Públicos: Breves Notas sobre a Atividade Empresarial Concessionária*. Revista de direito – (edição especial). In: Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, (Edição Especial), 2012, p. 100-112.

³⁵ Cabe ao licitante demonstrar capacidade para a realização do objeto da concessão, por sua conta e risco (art. 2º, III, Lei 8.987, de 1995), de modo a executar o serviço público de forma adequada.

II.2.6. PREVISÃO DE LICITAÇÃO PARA A ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA NO PROGRAMA NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO.

48. O procedimento estabelecido por meio do Decreto n. 9188 é totalmente desprovido de coerência com a Constituição Federal de 1988. O Decreto foi produzido em meio a gravíssima crise política e ética. Trata de assunto de máxima sensibilidade: a venda de ativos de sociedades de economia mista. Mas, ao invés de aprimorar os instrumentos de publicidade, controle e garantia da moralidade, prescreve procedimento integrado por etapas sigilosas e por regras de direito privado, apropriadas para a negociação de interesses particulares, não para a gestão dos negócios públicos. Além de ser gravemente inconstitucional, o Decreto se afasta, até não mais poder, da expectativa popular de que a administração pública brasileira se torne mais ética e transparente.

49. No momento anterior em que se adotou um programa de desestatizações, sob a vigência da Lei n. 9491/97, a obrigatoriedade constitucional de instauração de procedimento licitatório não foi desconsiderada. De acordo com o art. 4º da Lei nº 9.491/1997, que regula o Programa Nacional de Desestatização, a “*alienação de participação societária, inclusive de controle acionário*”, é modalidade operacional de execução das desestatizações, que, segundo dispõe o § 3º do mesmo artigo, será realizada mediante licitação, podendo ser empregada a modalidade leilão:

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

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

II - abertura de capital;

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

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

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

VI - concessão, permissão ou autorização de serviços públicos.

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

(...)

§ 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.

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

II.3. A INCONSTITUCIONALIDADE DO SIGILOSO ESTABELECIDO PELO DECRETO N. 9.188/2017 PARA AS AVALIAÇÕES ECONÔMICO-FINANCEIRAS DOS ATIVOS DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA A SEREM ALIENADOS

51. Por fim, a presente ação impugna o sigilo das avaliações econômico-

financeiras dos ativos das sociedades de economia mista a serem alienados, previsto, no § 2º do art. 7º do Decreto n. 9.188/2017, nos termos seguintes: “*As avaliações econômico-financeiras serão sigilosas, exceto quando exigida a sua publicidade pela legislação societária em vigor*”. A regra do sigilo das avaliações econômico-financeiras dos ativos a serem alienados viola a diretriz constitucional da publicidade (Constituição Federal, art. 37), segundo a qual se deve prestigiar o acesso à informação, devendo ser motivado o ato administrativo que classifica dados como sigilosos.

52. A norma contida no § 2º do art. 7º do Decreto n. 9.188/17, ao fixar a regra de que as avaliações econômico-financeiras sejam sigilosas, parte da equivocada premissa de que as informações relativas às sociedades de economia mista só devem ser tornadas públicas na medida em que a Lei das Sociedades Anônimas e a CVM impuserem tal obrigação. Ocorre que, como esclarece ALEXANDRE ARAGÃO, o fato de a sociedade de economia mista se submeter à fiscalização da CVM não afasta a incidência do princípio constitucional da publicidade e da Lei de Acesso à Informação, *in verbis*:

O art. 116 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei no 6.404/76) contém previsão genérica referente à governança corporativa, estabelecendo que “o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”. (...)

Tais critérios de boa governança corporativa, que, para as empresas privadas, decorrem, além dessas determinações da Lei das S.A., também de estratégias internas de compliance, seja para atrair investidores ou poder participar de certos mercados, nas empresas estatais, além de também oriundas de tais preocupações, surgem diretamente também da aplicação dos princípios constitucionais da impessoalidade, transparência, moralidade e eficiência. Há em relação às estatais a soma de dois vetores paralelos no mesmo

sentido – normas da governança corporativa e princípios do art. 37, caput, Constituição Federal –, não uma contradição ou um alheamento entre eles.

É sob essa perspectiva que tais princípios devem ser aplicados às empresas estatais, como um aperfeiçoamento e fortalecimento da sua governança corporativa, com efeitos externos, já que, ao contrário da governança corporativa exclusivamente privada, podem ser controlados em tese por qualquer cidadão (ação popular, denúncias aos tribunais de contas etc.), não apenas por seus sócios, considerando também que os interesses das estatais são mais amplos e menos meramente lucrativos que os das organizações empresariais privadas.

Os princípios em questão devem ser aplicados às estatais como critérios de governança corporativa, inclusive fortalecendo a sua imagem e as garantias que eventuais sócios privados possam ter de uma boa gestão, não como amarras burocráticas e engessadoras de sua atuação como infelizmente ainda se dá na Administração Pública como um todo. Se, em toda a Administração Pública, há a emergência da modernização da forma com que os princípios do art. 37 devem ser aplicados, nas empresas estatais ela decorre da sua própria natureza e da interpretação deles combinados com o art. 173, § 1o, II, Constituição Federal.

Vê-se que esses princípios não apenas não têm conflito com os critérios de governança corporativa usuais nas grandes organizações empresariais privadas, como com eles se fortalecem reciprocamente. Podemos dizer que tais critérios são, ao mesmo tempo, uma decorrência da acepção empresarial privada posta pelo art. 173, § 1o, II, Constituição Federal, como também decorrência dos princípios da impessoalidade, da moralidade e da eficiência do caput do art. 37 da Constituição Federal. Se nas organizações privadas a adoção de critérios de governança corporativa já é uma tendência extremamente forte, porém em parte voluntária, nas empresas estatais ela deve ser ainda mais intensa e juridicamente necessária, pois há uma dupla incidência principiológica demandando-a.

Por derradeiro, completando o rol do caput do art. 37 da Constituição Federal, tratemos de como o princípio da publicidade deve ser aplicado às estatais. Parece aqui aplicável a mesma lógica

em relação à obrigatoriedade de licitar pelas estatais, conforme veremos mais adiante neste capítulo: é aplicável, salvo quando prejudicar a sua atuação concorrencial no mercado.

A Lei de Acesso à Informação – LAI (Lei no 12.527/11) deixa claro, em seu art. 1o, II, incidir sobre as empresas públicas e sociedades de economia mista, mas o dispositivo que mais relevância tem para eventuais atenuações da incidência do princípio da publicidade nas empresas estatais é o seu art. 22, que dispõe:

Art. 22. O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público.

Por sua vez, o seu regulamento (Decreto no 7.724/12) dispõe que as estatais e suas subsidiárias não se sujeitam à LAI quanto às informações cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos, bem como aquelas protegidas por sigilo, como fiscal, bancário, de operações e serviços no mercado de capitais, comercial, profissional, industrial e de segredo de justiça:

Art. 5o Sujeitam-se ao disposto neste Decreto os órgãos da administração direta, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União.

§ 1o A divulgação de informações de empresas públicas, sociedade de economia mista e demais entidades controladas pela União que atuem em regime de concorrência, sujeitas ao disposto no art. 173 da Constituição, estará submetida às normas pertinentes da Comissão de Valores Mobiliários, a fim de assegurar sua competitividade, governança corporativa e, quando houver, os interesses de acionistas minoritários.

§ 2o Não se sujeitam ao disposto neste Decreto as informações relativas à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado obtidas pelo Banco Central do Brasil, pelas agências reguladoras ou por outros órgãos ou entidades no exercício de atividade de controle, regulação e supervisão da atividade

econômica cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos.

Art. 6º O acesso à informação disciplinado neste Decreto não se aplica: I – às hipóteses de sigilo previstas na legislação, como fiscal, bancário, de operações e serviços no mercado de capitais, comercial, profissional, industrial e segredo de justiça;

Muito se tem criticado a pretensão das empresas estatais em, valendo-se da proteção do sigilo comercial (e nos casos dos bancos públicos também do sigilo bancário), se verem excluídas da aplicação da Lei de Acesso à Informação.

Em primeiro lugar, mister se faz uma primeira distinção: ao nos referir a esses argumentos de sigilo comercial para o afastamento da LAI, devemos ter em mente serem eles cogitáveis apenas às estatais que atuam em concorrência com agentes privados, sejam prestadoras de serviços públicos, monopólios públicos ou exploradoras de atividades econômicas na forma do art. 173, caput, Constituição Federal.

As estatais que atuam em regime de exclusividade não estão sujeitas às normas da CVM citadas pelo Decreto ou à proteção de sigilo comercial, já que a regra se refere claramente apenas às que atuam em concorrência. Já as demais hipóteses de sigilo referidas no inciso I do art. 6º do Decreto, fora o sigilo comercial, se aplicam não apenas às estatais que atuam sem concorrência, mas mesmo a toda a Administração Pública.

O grande desafio em relação às estatais concorrenciais é o de se evitar uma interpretação que sempre tenda a ver em qualquer divulgação de informações uma ameaça às suas estratégias de atuação no mercado. A diretriz hermenêutica deve ser sempre in dubio pro direito fundamental à informação.

(...)

Em acórdão proferido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF em sede de mandado de segurança impetrado pelo BNDES contra acórdão do Tribunal de Contas da União (TCU) que determinou o envio, pela instituição financeira, de informações sobre operações de crédito realizadas com o grupo JBS/Friboi (MS

no 33.340), decidiu-se, por maioria, pela denegação da segurança, com fundamento no voto do Ministro Luiz Fux de que a realização de operações de crédito com recursos públicos não é coberta pelo sigilo bancário, sendo o encaminhamento de tais informações imprescindível para o exercício da competência fiscalizatória pelo TCU.

De acordo com o Ministro Luiz Fux, “embora o sigilo bancário e empresarial sejam fundamentais para o livre exercício da atividade econômica e que a divulgação irresponsável de dados sigilosos pode expor um grupo econômico e até inviabilizar sua atuação, a preservação dos dados não pode ser vista como uma garantia absoluta”, tampouco é afetada pelo repasse de informações ao TCU, e negar ao TCU o acesso a tais documentos simplesmente inviabilizaria o exercício de suas competências.

Ainda de acordo com o relator, “aquele que contrata com o BNDES deve aceitar que a exigência de transparência tão estimada em nossa República contemporânea para o controle da legitimidade dos que exercem o poder justifica o conhecimento por toda a sociedade de informações que possam influenciar seu desempenho empresarial”.

Vê-se, assim, uma clara tendência jurisprudencial, inclusive do STF, a, ao analisar sigilos nas empresas estatais, os relativizar bastante em ponderação com o princípio da publicidade, ao qual tem sido atribuído maior peso.

(...)

Já quanto à referência feita pelo § 1º do art. 5º do Decreto, acima transcrito, além dos vários sigilos, à submissão das estatais competitivas às normas da CVM de divulgação de informações, uma observação deve ser feita.

Tais normas, já seriam, por expressa determinação (art. 1º Lei nº 6.385/76), aplicáveis a todas as empresas – estatais ou não, competitivas ou não – que emitam valores mobiliários, nos termos das competências da CVM. O citado dispositivo do Decreto só tem serventia em relação às estatais competitivas que não emitam valores mobiliários. Aí, sim, por força do Decreto – e não da Lei da CVM –, passaram a se submeter às normas da CVM.

Mas o fato de as estatais competitivas (e também as que emitem valores mobiliários, ainda que não competitivas) se submeterem à regulamentação da CVM não pode ser interpretado como se elas estivessem sujeitas apenas às normas de divulgação de informações da CVM, e não às da LAI.

A remissão feita pelo Decreto às normas da CVM gera uma obrigação de divulgação a mais, deixando claro que passarem a se submeter à LAI não queria dizer que passariam a ser liberadas das exigências de divulgação da CVM, até porque a natureza da divulgação de informações é muito distinta: na LAI a divulgação é eminentemente passiva, atendendo a requerimentos, e as impostas pela CVM são ativas, no sentido de as companhias deverem de ofício publicar as informações que possam afetar o mercado mobiliário ou os acionistas minoritários, como a obrigação de divulgação de fatos relevantes pela imprensa.

Em resumo, refutamos a interpretação de que as estatais competitivas estariam sujeitas apenas às normas de divulgação de informações da CVM, e não às da LAI. A remissão pelo Decreto às normas da CVM gera uma obrigação de divulgação a mais, evitando de antemão o argumento de que a LAI, por sua amplitude, teria derogado a aplicação das competências da CVM às estatais.³⁶

53. A competência conferida ao administrador para impor, em caráter excepcional, o sigilo de determinadas informações não pode se afastar dos princípios da publicidade e da impessoalidade, que orientam toda a atividade administrativa do Estado. Nas palavras do MINISTRO AYRES BRITTO,

“A prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado brasileiro, de

³⁶ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Novas estratégias de atuação direta do estado na economia através das empresas estatais. Tese de titularidade apresentada à UERJ, 2015, pp. 177-193.

outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicanamente administrado. O “como” se administra a coisa pública a preponderar sobre o “quem” administra – falaria Norberto Bobbio –, e o fato é que esse modo público de gerir a máquina estatal é elemento conceitual da nossa República. O olho e a pálpebra da nossa sionomia constitucional republicana”³⁷.

54. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 586.424-ED, sob a relatoria do MINISTRO GILMAR MENDES, assentou que as informações de interesse coletivo devem ser submetidas à ampla e irrestrita divulgação, ressalvadas as informações protegidas por sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. A regra, portanto, deve ser a da ampla publicidade das informações de interesse coletivo, sendo excepcional a decretação de sigilo, que, por evidente, deve ser cuidadosamente motivada. A norma contida no § 2º do art. 7º do Decreto n. 9.188/17, ao fixar a regra de que as avaliações econômico-financeiras são sigilosas, se afasta da orientação jurisprudencial do STF e nega a prevalência do princípio constitucional da publicidade administrativa.

III. MEDIDA CAUTELAR: FUNDAMENTOS E PEDIDOS

55. Requer-se a concessão de medida cautelar (arts. 10 a 12 da Lei nº 9.868, de 1999), já que presentes seus requisitos autorizadores, conforme se demonstrará.

56. Presente o *fumus boni iuris*. Em primeiro lugar, a necessidade de autorização legislativa para a alienação de ativos de sociedades de economia mista – ou de suas subsidiárias e controladas – que resulte na perda do controle acionário, direto ou indireto, pela União, já foi objeto de amplo reconhecimento pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Em segundo lugar, o Decreto n.

³⁷ STF, SS 3.902 AgR-segundo, rel. Min. Ayres Brito, j. 09.06.2011.

9.188/2017, ao autorizar indiscriminadamente a dispensa de licitação para a alienação dos ativos das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias ou controladas, é patentemente inconstitucional, violando o inciso XXI do art. 37, e § 1º do art. 173, ambos da Constituição Federal. Além disso, o referido Decreto afastou-se temerariamente de toda a tradição do direito público brasileiro, que prevê a necessidade de previa instauração de procedimento licitatório para a venda de ativos e para a escolha de empresas para realizarem a prestação de serviços públicos. Em terceiro lugar, a plausibilidade jurídica da pretensão deduzida nesta ação direta de inconstitucionalidade reside no fato de que a norma contida no § 2º do art. 7º do Decreto n. 9.188/17, ao fixar a regra de que as avaliações econômico-financeiras são sigilosas, viola o princípio da publicidade administrativa (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), em um contexto em que cada vez mais se requer que a administração atue a luz do dia!

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

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

59. A manutenção da eficácia das normas atacadas tornará nulos todos os processos de alienação de ativos das sociedades de economia mista federais baseados em interpretação inconstitucional do art. 29, caput, inciso XVIII, da Lei n. 13.303/2016 e também dos dispositivos do Decreto n. 9.188/2017 ora impugnados. Ademais, a manutenção da eficácia das normas atacadas implica incrementar ilegítima expectativa no mercado de que as alienações de ativos das sociedades de economia mista federais serão realizadas sem autorização legislativa e com dispensa de licitação. A decisão do STF que restaure a eficácia normativa dos incisos XIX, XX, e XXI do art. 37, bem assim do § 1º do art. 173, da Constituição Federal, criará um ambiente de maior segurança jurídica em torno das atividades econômicas e serviços públicos prestados pelas sociedades de economia mista.

60. Considerando a relevância dos fundamentos deduzidos nesta inicial e a baixa possibilidade de que o julgamento de mérito desta ação direta de inconstitucionalidade venha a se realizar ainda neste ano judiciário, o recomendável, neste momento, é a *suspensão liminar dos dispositivos impugnados*, bem como dos processos de alienação de ativos já instaurados.

61. Por todo o exposto, requer a concessão da medida cautelar ora pleiteada para:

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

(2) em caráter *cumulativo*, que se confira *interpretação conforme* a Constituição ao art. 29, caput, XVIII, da Lei n. 13.303/2016, e, por

arrastamento, ao art. 1º, *caput*, e §§ 1º, 3º e 4º, I, do Decreto n. 9.188/2017, para fixar a interpretação segundo a qual (2.1) a dispensa de licitação aplica-se apenas à venda de ações que sejam comercializadas na bolsa de valores, no contexto de investimentos institucionais, excluindo-se do âmbito de incidência do art. 29, *caput*, XVIII, da Lei n. 13.303/2016, e do Decreto n. 9.188/2017 (2.2) a alienação do controle de sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas (2.3) e a alienação da participação, ainda que minoritária, em sociedades de propósito específico constituídas para implementar e gerir concessões públicas;

(3) em caráter *cumulativo*, que se declare a inconstitucionalidade das expressões “unidades operacionais” e “estabelecimentos integrantes” constantes do artigo 1º, § 4º, I, do Decreto n. 9.188/2017.

(4) *em caráter cumulativo*, que se declare a inconstitucionalidade do § 2º do art. 7º do Decreto n. 9.188/2017.

(5) que se **suspendam os procedimentos** iniciados com base nos dispositivos normativos ora impugnados, bem como a instauração de novos procedimentos, até que se julgue o mérito desta ação direta de inconstitucionalidade;

IV. PEDIDOS PRINCIPAIS

62. Diante do exposto, requer-se a confirmação do deferimento do pedido cautelar e, quanto ao mérito, que:

(a) seja recebida e julgada procedente a presente ADI;

(b) seja notificado o Congresso Nacional, por intermédio de seu Presidente, para que, como responsável pela elaboração da norma impugnada, manifeste-se;

(c) seja notificado o Exmo. Sr. Advogado-Geral da União, para se manifestar sobre o mérito da presente ação;

(d) seja notificado o Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, para que emita o seu parecer;

(e) seja julgada procedente a presente ADI, para que:

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

(e.2) em caráter *cumulativo*, que se confira *interpretação conforme* a Constituição ao art. 29, *caput*, XVIII, da Lei n. 13.303/2016, e, por *arrastamento*, ao art. 1º, *caput*, e §§ 1º, 3º e 4º, I, do Decreto n. 9.188/2017, para fixar a interpretação segundo a qual (e.2.1) a dispensa de licitação aplica-se apenas à venda de ações que sejam comercializadas na bolsa de valores, no contexto de investimentos institucionais, excluindo-se do âmbito de incidência do art. 29, *caput*, XVIII, da Lei n. 13.303/2016, e do Decreto n. 9.188/2017 (e.2.2) a alienação do controle de sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas (e.2.3) e a alienação da participação, ainda que minoritária, em sociedades de propósito específico constituídas para implementar e gerir concessões públicas;

(e.3) em caráter *cumulativo*, a declaração de inconstitucionalidade das expressões “unidades operacionais” e “estabelecimentos

integrantes” constantes do artigo 1º, § 4º, I, do Decreto n. 9.188/2017.

(e.4) *em caráter cumulativo*, seja declarada a inconstitucionalidade do § 2º do art. 7º do Decreto n. 9.188/2017.

Termos em que pede deferimento.

Brasília, 3 de dezembro de 2017.



Cláudio Pereira de Souza Neto

OAB/RJ nº 96.073



Beatriz Veríssimo de Sena

OAB/DF n.º 15.777



Ademar Borges

OAB-DF 29.178

Ana Beatriz V. Robalinho Cavalcanti

OAB/DF nº 41.987