

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

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

V O T O

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

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

ADI 5624 MC-REF / DF

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

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

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

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

ADI 5624 MC-REF / DF

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

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

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

Essa é decisão ora submetida a referendo por este Plenário.

É o breve relato.

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

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

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

ADI 5624 MC-REF / DF

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

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

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

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

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

ADI 5624 MC-REF / DF

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

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

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

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

ADI 5624 MC-REF / DF

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

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

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

ADI 5624 MC-REF / DF

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

II) ANÁLISE DA NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA.

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

Explico.

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

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

ADI 5624 MC-REF / DF

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

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

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

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

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO aponta que

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

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

ADI 5624 MC-REF / DF

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

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

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

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

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

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

ADI 5624 MC-REF / DF

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

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

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

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

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

“Lei n^o 9.478/97. Artigos 64 e 65: Autorização à Petrobrás para constituir subsidiárias, que poderão associar-se. Majoritária ou minoritariamente, a outras empresas. Ofensa aos arts. 2^o, 37, XIX e XX da Constituição Federal. Alegação improcedente. Cautelar indeferida. Dispensa-se de autorização legislativa a criação de empresas públicas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz. A lei criadora é a própria medida autorizadora. Os artigos 64 e 65 da Lei n^o 9.478, de 6 de

ADI 5624 MC-REF / DF

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

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

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

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

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

ADI 5624 MC-REF / DF

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

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

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

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

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

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

ADI 5624 MC-REF / DF

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

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

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

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

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

III) QUESTÃO DA OBRIGATORIEDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO:

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

ADI 5624 MC-REF / DF

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

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

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

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

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

ADI 5624 MC-REF / DF

inexigibilidade licitatória.

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

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

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

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

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

ADI 5624 MC-REF / DF

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

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

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

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

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

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

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

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

ADI 5624 MC-REF / DF

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

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

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

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

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

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

ADI 5624 MC-REF / DF

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

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

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

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

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

ADI 5624 MC-REF / DF

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

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

Em conclusão:

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

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

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

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