

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

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

VOTO - VOGAL

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

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

Feita essa introdução passo ao voto.

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

ADI 5624 MC-REF / DF

Lewandowski.

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

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

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

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

Era, em síntese, o que tinha a rememorar.

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

ADI 5624 MC-REF / DF

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

Quando examinou a constitucionalidade de dispositivos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que exigiam autorização legislativa para a alienação de ações de sociedade de economia mista, o Tribunal afirmou que a lei formal específica somente é necessária se houver alienação do controle acionário da sociedade de economia mista (ADI 234, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 15.09.1995). Posteriormente, acolhendo embargos de declaração, o Tribunal suprimiu o vocábulo “específica”, para assentar que a autorização não exigiria lei específica, mas genérica (ADI 234-QO, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 09.05.1997).

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

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

ADI 5624 MC-REF / DF

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Assiste, pois, razão jurídica ao Relator quando assenta a necessidade de prévia autorização legislativa, que, nos termos dos precedentes citados

ADI 5624 MC-REF / DF

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

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

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

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

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

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

II - abertura de capital;

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

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

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

VI - concessão, permissão ou autorização de serviços públicos.

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

§ 1º A transformação, a incorporação, a fusão ou a cisão de sociedades e a criação de subsidiárias integrais poderão ser

ADI 5624 MC-REF / DF

utilizadas a fim de viabilizar a implementação da modalidade operacional escolhida.

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

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

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

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

Essas razões já indicam o acerto da decisão que ora é submetida à

ADI 5624 MC-REF / DF

referendo do Plenário. É preciso registrar, no entanto, que o pedido para declarar a inconstitucionalidade em razão de dispensa de licitação atinge o disposto no inciso I do § 4º do art. 1º do Decreto 9.188/2017. Com efeito, esse dispositivo prevê que:

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

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

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

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

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

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

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

Como bem fez observar a Procuradoria-Geral da República, o Decreto nitidamente excepciona a previsão constante do art. 4º da Lei 9.491/97, extrapolando, portanto, dos limites legais que o Decreto, como espécie de ato regulamentar, deve observar. O problema deste Decreto

ADI 5624 MC-REF / DF

não é propriamente o de legalidade – ainda que seja, de fato, ilegal – mas sim o de inconstitucionalidade formal, uma vez que dispensou sem lei específica a transferência de ativos para terceiros sem o necessário procedimento de licitação.

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

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

Com essas considerações, referendo a medida cautelar para conferir interpretação conforme à Constituição ao inciso XVIII do art.29 da Lei 13.303/2016, reconhecendo que a venda de ações de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas exige prévia autorização legislativa, sempre que se cuide de alienar o controle acionário, bem como que a dispensa de licitação só pode ser aplicada à venda de ações que não importem a perda de controle acionário de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas.

É como voto.