INFORMATIVOS ESTRATÉGICOS STF N° 943 Prof. Jean Vilbert



DIREITO ADMINISTRATIVO

1. Venda de empresa estatal e autorização legislativa

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

A alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista exige autorização legislativa e licitação; e ii) a exigência de autorização legislativa, todavia, não se aplica à alienação do controle de suas subsidiárias e controladas.

ADI 5624 MC-Ref/DF, Plenário, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 5 e 6.6.2019

1.1.Situação FÁTICA.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra a Lei 13.303/2016, a qual 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.

Alega-se, entre outras violações, ofensa direta ao princípio da separação dos Poderes, materializando invasão ilegítima e inaceitável do Poder Legislativo sobre a prerrogativa do chefe do Poder Executivo de dar início ao

INFORMATIVOS ESTRATÉGICOS STF Nº 943 Prof. Jean Vilbert

processo legislativo em matérias que envolvam a organização e o funcionamento do Poder Executivo e ao regime jurídico de seus servidores.

O ministro Ricardo Lewandowski (relator) deferiu, em parte, liminar, para dar interpretação conforme à Constituição ao art. 29, caput, XVIII, da Lei 13.303/2016, no sentido de afirmar 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. De igual modo, a dispensa de licitação só pode ser aplicada à venda de ações que não importem a perda de controle de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas.

1.2. Análise ESTRATÉGICA.

1.2.1. Questão JURÍDICA.

Lei 13.303/2016: "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."

CF/1988: "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: (...)"

CF/1988: "Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...) III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;"

1.2.2. Quem vota com o relator?

Os ministros Ricardo Lewandowski (relator) e Edson Fachin referendaram integralmente a cautelar, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 29, caput, XVIII, da Lei 13.303/2016, de modo a afirmar que a venda de ações de empresas públicas, sociedade de economia mista, ou de suas subsidiárias ou controladas exige autorização legislativa, bem como prévia LICITAÇÃO PÚBLICA, dispensada esta quando a alienação não importar a perda de seu controle acionário.

INFORMATIVOS ESTRATÉGICOS STF N° 943 Prof. Jean Vilbert



Segundo a Constituição, há EXCEPCIONALIDADE do ingresso do Estado na <u>atividade econômica</u>, que deve atender aos <u>imperativos</u> da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (CF, art. 173).

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

Logo, a CF exige sempre a aquiescência do Poder Legislativo a esses processos de criação. No entanto, a <u>autorização concedida pelo Legislativo</u> NÃO vincula o Poder Executivo.

Por força do princípio do PARALELISMO DAS FORMAS, aplica-se a dicção também à alienação do controle acionário.

O Estado NÃO pode abrir mão da exploração de determinada atividade econômica, expressamente <u>autorizada por lei</u>, sem a necessária participação do Parlamento, porque a decisão não compete apenas ao chefe do Poder Executivo — a imprescindibilidade da autorização do Legislativo para a transferência de poder de controle de sociedades de economia mista tem arrimo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: ADI 1.703, ADI 1.348, ADI 234 QO.

Aliás, a <u>ausência</u> de menção, pela Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais), à *indispensabilidade da autorização legislativa* pode gerar expectativas ilegítimas e, consequentemente, insegurança jurídica, sobretudo no contexto da flexibilização da alienação de ações de que trata.

A alienação de controle acionário é forma clássica de PRIVATIZAÇÃO.

Em suma: embora seja possível a venda de parte das ações na Bolsa de Valores, a <u>alienação do controle acionário precisa de lei autorizativa</u> e de algum processo LICITATÓRIO.

A Constituição NÃO autoriza a alienação direta de controle acionário de empresas estatais. Concluiu que permitir a aludida venda direta, de maneira a impossibilitar a competição pública, atenta contra o texto constitucional.

INFORMATIVOS ESTRATÉGICOS STF Nº 943 Prof. Jean Vilbert

A CF demanda lei porque as empresas estatais são instrumentos de política pública do Estado. NÃO se trata de intervenção do Estado na economia, e sim intervenção do Estado para realizar determinados FINS, nomeadamente segurança nacional ou interesse coletivo.



A Lei 9.491/1997, disciplinadora do <u>programa de desestatização</u> dos ativos da União, incide na matéria. Essa legislação NÃO foi revogada pelo art. 29, XVIII, da Lei 13.303/2016, nem foi afastada pela Lei das Estatais.

Pois bem. A Lei 9.491/1997 indica faculdade atinente à licitação na modalidade LEILÃO. Logo, a faculdade prevista na norma diz respeito às modalidades licitatórias pelas quais o gestor poderá optar. Seja como for, à míngua de especificação legal, é dever da administração pública direta ou indireta licitar.

1.2.3. Quem MEIO que concorda?

Os ministros Cármen Lúcia, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Dias Toffoli referendaram a liminar para ratificar a necessidade de lei prévia a autorizar a criação e alienação de empresas públicas e sociedades de economia mista. Entretanto, dissentiram do relator quanto às subsidiárias, coligadas ou controladas.

Assim, é DESNECESSÁRIA a autorização legislativa expressa para a criação de subsidiárias quando houver autorização legislativa da criação de empresa pública ou sociedade de economia mista e nesta constar permissão genérica da possibilidade de criação de subsidiárias.



NÃO se exige lei específica a autorizar a criação de subsidiária e, pelo princípio do PARALELISMO das formas, tampouco para sua alienação.

INFORMATIVOS ESTRATÉGICOS STF Nº 943 Prof. Jean Vilbert

O Estado não está obrigado a valer-se da autorização para a criação de estatais, porque não está a ela vinculado. Por conseguinte, o Poder Público pode posteriormente deixar de dar efetividade à autorização concedida e, assim, afastar-se e desinvestir em certa área.

1.2.4. Quem discorda?

Os ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Celso de Mello <u>negaram</u> referendo à cautelar.

Para esses ministros, sem eu voto vencido, a Lei 13.303/2016 <u>não trata de privatização</u>, estabelece o estatuto jurídico das empresas públicas com base no art. 173, § 1°, da CF. Ademais, no art. 29, XVIII, o diploma legal traz hipótese de dispensa licitatória.

A CF não exige autorização legislativa para a venda de ações, mesmo que corresponda ao controle acionário. A submissão das estatais e de suas subsidiárias ao regime jurídico próprio das empresas privadas não admite a acepção de que é necessária a edição de lei para vender ações, uma vez que essa exigência não se aplica à iniciativa privada.

O argumento do **paralelismo** das formas <u>NÃO possui lastro jurídico</u>, até porque criar é diferente de vender ações. O texto constitucional determina que haja lei para a criação de empresa estatal e subsidiária, porque a intervenção do Estado no domínio econômico é exceção. Por ser EXCEÇÃO, é preciso ter a participação do Congresso Nacional. Entretanto, <u>o cumprimento da regra constitucional de não intervir na ordem econômica ou desinvestir, quando agir intervindo, PRESCINDE de lei. Na espécie, volta-se à regra constitucional.</u>

Deste modo, a alienação do controle acionário de empresas subsidiárias por empresas públicas e sociedades de economia mista não exige autorização legislativa, menos ainda lei específica.

1.2.5. Resultado final.

Em conclusão de julgamento, o Plenário, em VOTO MÉDIO, referendou parcialmente medida cautelar anteriormente concedida em ação direta de inconstitucionalidade, para conferir ao art. 29, caput, XVIII, da Lei 13.303/2016 (1) interpretação conforme à Constituição Federal, nos seguintes termos: i) a alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista exige autorização legislativa e licitação; e ii) a exigência de autorização legislativa, todavia, não se aplica à alienação do controle de suas subsidiárias e controladas.

INFORMATIVOS ESTRATÉGICOS STF N° 943 Prof. Jean Vilbert

Nesse caso último caso, a operação pode ser realizada sem a necessidade de licitação, desde que siga procedimentos que observem os princípios da administração pública inscritos no art. 37 da CF, respeitada, sempre, a exigência de necessária competitividade (Informativo 942). O voto médio reproduziu o entendimento majoritário extraído dos pronunciamentos dos ministros em juízo de delibação.

