

Lyvan Bispo: O desinvestimento e as sociedades de economia mista

O Decreto 9.188, de 1º de novembro de 2017, que estabelece “regras de transparência, governança e boas práticas de mercado para a adoção de regime especial de desinvestimentos de ativos pelas sociedades de economia mista federais e suas subsidiárias”, causou bastante repercussão nos meios jurídico, econômico e político.

Com efeito, o debate sobre empresas estatais acaba influenciado por visões das mais diversas, cuja simplificação de raciocínio ajuda a fomentar dissensos. No caso em comento, a maior parte das discussões teve como pano de fundo o programa de desinvestimento da Petrobras, que teve início antes mesmo do Decreto 9.188, de 2017, e convive com questionamentos sobre a existência de uma “privatização” da companhia à revelia das disposições da Constituição de 1988.

A alegação reside no fato de que o processo de desinvestimento, a pretexto de reestruturar a companhia, poderia ser manejado como sucedâneo privatizante. Os principais ativos de determinada estatal seriam alienados, deixando-se apenas uma estrutura deficiente que comprometeria a realização do mister público conferido à entidade.

No rigor técnico, entretanto, o desinvestimento constitui uma operação jurídico-econômica, que envolve um conjunto de atos negociais voltados à alienação ou transferência onerosa, parcial ou total, de bens ou qualquer outra espécie de ativos, economicamente aferíveis, visando a reordenação, modernização, reequilíbrio ou reestruturação das atividades desenvolvidas pela respectiva entidade.

O processo de desinvestimento é ínsito ao âmbito empresarial, não está diretamente conectada com o regime de Estado e tem sido aplicado em companhias, com considerável gama de ativos^[1], que convivem com processos de reestruturação mais profundos.

Essa “ação de mercado” pode ser orientada por alguns vetores relevantes para a compreensão do escopo e amplitude do seu modelo: i) o princípio da reordenação da atividade econômica, onde se busca dar nova direção ao percurso empresarial, mediante a alienação do ativo agrupado ou individualizado, seja pela diminuição da área de atuação ou pela retirada da entidade de determinada linha de exploração; ii) princípio da reestruturação econômica, que almeja a captação de recursos no mercado, através da venda de patrimônio, em sentido estrito, para a reestruturação da entidade, estando ela em dificuldades financeiras ou em grau alto de alavancagem, o que geralmente ocorre nesse tipo de caso, ou não, quando se pretende apenas cobrir eventual despesa inesperada etc. Em síntese, pretende-se garantir a sustentabilidade econômica e financeira da atividade empresarial); iii) princípio da modernização, que visa aproximar a entidade das melhores práticas de governança e gestão reconhecidas pelo setor privado; e o iv) princípio da economicidade, como um paralelo da eficiência no âmbito privado, cuja relação de custo-benefício norteia a atuação empresarial. Tem por fim a obtenção do maior retorno econômico à sociedade de economia mista^[2].

Por ser pouco abordado, não raro o termo desinvestimento se confunde com “privatização” ou “desestatização”, fato este que acaba por nivelar situações jurígenas diversas. Com efeito, a imprecisão terminológica, neste caso, implica em ruído na interpretação do instituto em si.

Tem-se por mais adequado afirmar que a “privatização” se dá apenas na hipótese da alienação de uma entidade empresarial para um agente ou companhia não estatal em troca de uma prestação econômica, como usualmente ocorre, e não com o manejo isolado de qualquer dos meios de desestatização.

Nas palavras do ministro Carlos Ayres Britto, a privatização consistiria:

"(...) numa troca de bastões entre proprietários-controladores de unidades empresariais, tendo por objeto uma atividade que já era econômica desde o início. O Estado deixa de ser proprietário-controlador da unidade econômica, substituído que fica por empresa (s) ou empresário (s) do setor privado, no mesmo ramo de negócio. Logo, a privatização pode ser conceituada como transferência do domínio público de uma empresa para o domínio privado dessa mesma empresa, em caráter naturalmente oneroso ou negocial" (AYRES BRITTO, Carlos. *Privatização das empresas estatais à luz da Constituição*, RDA 12/129).

Assim, somente se falaria em “privatização” quando realizada a transferência de controle da empresa pública ou sociedade de economia mista, passando-se do Estado-proprietário para um terceiro, oriundo do setor privado, em decorrência de operação negocial ou, como legalmente citado, na existência de alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade.

A conceituação não é singela, uma vez que a efetiva ação privatizante atrairia o regime jurídico que regula a matéria, mais especificamente a famosa Lei 9.491, de 1997, que não apenas cuida da privatização em sentido estrito, mas de outras formas de “transferência à iniciativa privada de atividades indevidamente exploradas pelo setor público” (artigo 1º, I). Nesses casos, caberia, ainda, ao Congresso Nacional a prerrogativa de deliberação acerca da alienação a ser feita, o que, no estreito âmbito do desinvestimento, não se mostraria necessário.

O entendimento aqui exposto encontra amparo no Tribunal de Contas da União, que no âmbito do Acórdão 442/2017 – TCU – Plenário analisou diversos pontos acerca da "Sistemática para Desinvestimentos de Ativos e Empresas do Sistema Petrobras S.A". O destaque para o caso recai, a meu ver, sobre dois eixos: (i) a eventual necessidade de autorização legislativa para a realização dos desinvestimentos da Petrobras; e (ii) a eventual obrigatoriedade de utilização da Lei 9.491, de 1997, para esses desinvestimentos.

Em relação à autorização legislativa para as alienações inseridas no programa de desinvestimento da Petrobras, o TCU entendeu não ser necessária. O fundamento é que a utilização das regras da Lei 9.491, de 1997, tornar-se-ia obrigatória somente quando o presidente da República fizer uso de prerrogativa que lhe foi conferida pelo legislador e decidir, dentro de uma estratégia mais ampla de governo, alienar determinada empresa da União, conforme excerto abaixo:

“11. Segundo a Constituição Federal, a ordem econômica do País é fundada no princípio da livre iniciativa (art. 170). Nesse sentido, o caput do art. 173 da Carta Política permite a exploração direta da atividade econômica pelo Estado somente 'quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo' (com exceção aos casos previstos no próprio texto constitucional).

12. Seguindo essa premissa e tendo em vista que a natureza excepcional dessa intervenção impõe que sua autorização seja adequadamente avaliada e discutida, o art. 37, inciso XX, da Constituição Federal estabelece que, para as sociedades de economia mista, depende de autorização legislativa a criação de subsidiárias e a participação em empresas privadas (o que, para a Petrobras, ocorreu por meio do art. 64 da Lei 9.478/1997, Lei do Petróleo).

(...)

14. Também entendo não ser aplicável, para os negócios em apreço, o rito estabelecido na Lei 9.491/1997 (Programa Nacional de Desestatização, PND).

(...)

16. Nesse sentido, não vejo identidade entre os objetivos do programa de desinvestimento da Petrobras — que têm caráter interno, relativo às finanças da companhia, com a busca de aumento da liquidez de curto prazo e a consequente redução de sua alavancagem — e os objetivos fundamentais do PND, enumerados nos incisos do art. 1º da Lei 9.491/1997, que denotam finalidades mais abrangentes, atinentes à economia brasileira como um todo. Entre eles, cito, a título de exemplo, 'reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público', 'contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida' e 'contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infraestrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito'.

17. No que interessa ao presente processo, a aludida lei (no art. 2º, § 1º, alínea 'a') define, como uma das hipóteses de desestatização, 'a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade' (grifos acrescidos). Nas alienações inseridas no contexto de desestatização, a vontade da União de fazê-lo é expressa por meio de Decreto do Presidente da República, que decide sobre o objeto a ser privatizado após a recomendação pelo Conselho Nacional de Desestatização (art. 6º, inciso I)”.

No mesmo acórdão, a corte de contas entendeu, ainda, que a sistemática do desinvestimento não possui identidade com a Lei do PND e poderia ter norma específica que dispusesse sobre alienações e desinvestimentos de sociedades de economia mista.

A lógica do aresto parece acertada: a uma, porque as ações de desinvestimento feitas por empresa estatal

constituíam apenas o desfazimento da condição de excepcionalidade de intervenção do Estado na economia, forte no artigo 173 da Constituição, e o retorno à sua não interferência, o que não demandaria autorização legislativa para a venda de empresas-filhas, por exemplo. A duas, porque o PND deve ser reservado, de fato, para as situações em que há privatização. A três, malgrado seja dispensada a licitação para tais espécies de alienação, a normatização do procedimento seria o melhor *iter* para o *disclosure* do processo.

Após a publicação do Acórdão 442/2017 – Plenário, o Poder Executivo adotou medidas de regulamentação da operação de desinvestimento, editando o Decreto 9.188, de 2017, a fim de trazer regras de transparência e critérios para a alienação dos ativos pertinentes. Essa disciplina, porém, não se confunde com o procedimento licitatório em si[3], mormente porque o desinvestimento “possui aspectos meramente financeiros e os aspectos estratégicos a elas associados possuem contornos bastante fluídos para serem objetivamente licitados”[4].

Sem embargo das discussões políticas e econômicas que também circundam o tema, a regulamentação das operações de desinvestimento por parte de estatais trouxe mais segurança jurídica. Até então, essa situação gozava de pouco tratamento no âmbito normativo, a despeito da redação do artigo 28, parágrafo 3º, inciso II, e parágrafo 4º, e do artigo 29, *caput*, inciso XVIII, da Lei 13.303, de 30 de junho de 2016.

Isso porque a formação de parcerias pelas estatais já possuía uma abordagem mais aprofundada da doutrina, assim como a ausência de necessidade de licitação para os contratos necessários ao exercício de sua atividade-fim. Contudo, o tema da alienação de ativos estratégicos inspirava pouco tratamento, o que, aparentemente, tende a mudar nos próximos anos.

O ideal, assim, passa por conferir contornos claros ao instituto do desinvestimento. Não se trata de privatização ou venda direta de empresa estatal, independe de licitação ou inclusão no procedimento do PND. Por fim, se presta a adequar a atuação das empresas estatais ao complexo cenário econômico que o país atravessou nos últimos anos, tal como outras inúmeras entidades estritamente privadas.

[1] <http://economia.estadao.com.br/discute/por-que-o-desinvestimento-se-tornou-uma-estrategia-importante-para-as-empresas,283>. Vide, ainda, que o Programa de Desinvestimentos da Petrobras, por exemplo, tem sido apontado como um dos vetores para a recente apuração de lucro trimestral da companhia <https://oglobo.globo.com/economia/lucro-da-petrobras-avanca-para-6961-bilhoes-no-primeiro-trimestre-22662663>.

[2] LOPES QUEIROZ, João Lopes. *Principais aspectos jurídicos da Privatização. Direito Administrativo Econômico*. Ed. Impetus. Rio de Janeiro. pgs. 984-988.

[3] Seria um contrassenso considerar que a aquisição de participação societária por parte de uma estatal fosse um ato privado, de gestão estratégica, e, por isso, subordinado às regras de mercado, e no caso oposto, de alienação, fosse exigida da companhia uma atuação de acordo com as normas de Direito Público, se enveredando na burocracia de um procedimento licitatório (ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Empresas Estatais: o regime jurídico das empresas públicas e das sociedades de economia mista*. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2017. p. 248).

[4]

ARAGÃO, Op. Cit. p. 250.

Date Created
18/05/2018