

**O Senhor Ministro Gilmar Mendes** : Trata-se de Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade na qual se impugna o texto integral do Decreto 9.188/2017, que “ *estabelece regras de governança, transparência e boas práticas de mercado para a adoção de regime especial de desinvestimento de ativos pelas sociedades de economia mista federais* ”.

O voto-relator defere parcialmente a medida cautelar pleiteada para **suspender** , até o exame do mérito desta ADI, **a incidência do art. 1º, §§ 1º, 3º e 4º, do Decreto 9.188/2017** sobre alienações que impliquem a perda de controle acionário, por parte do Estado, de empresas públicas e de sociedades de economia mista.

Peço vênua ao eminente relator para divergir do seu posicionamento.

Ao meu ver, a discussão travada nesta ADI revolve a compreensão do que foi decidido pelo Tribunal no julgamento da ADI 5.624/DF-MC.

O principal argumento utilizado pelo relator para o deferimento da cautelar é de que, no julgamento da ADI 5.624/DF-MC, o Plenário do STF teria explicitado que “ *a alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista exige autorização legislativa e licitação pública* ”.

Na referida ADI 5.624/DF-MC, impugnava-se o art. 29, inciso XVII, da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais), que considerava dispensável a realização de licitação por empresa pública e sociedade de economia mista “ *na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem* ”.

Em síntese, o Plenário do STF analisou a constitucionalidade desse dispositivo sob **2 (dois) ângulos distintos** : ( *i* ) a necessidade de autorização legislativa (genérica ou específica) para alienação das ações de empresas públicas e de sociedades de economia e ( *ii* ) a observância de licitação pública para essas alienações.

Em relação ao ponto (i), o Plenário de fato concluiu que a alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista exige autorização legislativa, mas que tal autorização legislativa seria dispensável nas hipóteses em que a própria lei criadora da empresa estatal já permitia a criação das suas subsidiárias.

Em relação ao ponto (ii) – e aqui reside o meu ponto de divergência – considero que **o Plenário do STF decidiu que seria dispensável a realização de processo de licitação pública para alienação de controle de empresas estatais**, bastando, para tanto, a adoção de procedimento público competitivo, tal qual o estabelecido no Decreto 9.188/2017, que é objeto da presente ADI.

Revisitando o julgamento da ADI 5.624/DF-MC, verifico que **houve pelo menos 6 (seis) votos no sentido da constitucionalidade da cláusula de dispensa de licitação pública prevista no art. 29, inciso XVIII, da Lei 13.303/2016**, com igual reconhecimento da **constitucionalidade do Decreto 9.188/2017**, que regulamenta aquele dispositivo legal.

Sobre esse ponto específico, o eminente **Min. Alexandre de Moraes** claramente divergiu do posicionamento do relator quanto à obrigatoriedade de licitação pública para alienação de controle acionário das empresas estatais, assentando no dispositivo do seu voto que: “ *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*”.

Colhe-se do voto de Sua Excelência, inclusive, o entendimento de que o procedimento previsto no Decreto 9.188/2017 teria conferido um caráter ainda mais protetivo à dispensa de licitação prevista a nível legal:

O Executivo foi mais protetivo ainda, porque, para essa alienação de que trata o inciso XVIII do artigo 29, o Decreto nº 9.188/17, que regulamentou a Lei 13.303/16 em relação às sociedades de economia mista, estabeleceu um criterioso modelo para essas operações previstas neste inciso XVIII do artigo 29, que vêm sendo chamadas de desinvestimento - compra e venda de títulos, aplicações. **Mesmo a lei estabelecendo - e a meu ver aqui não houve nenhum desvio de**

finalidade, porque já havia antes esta possibilidade - a dispensa licitatória, o decreto, ao regulamentar essas operações de desinvestimento, trouxe para dentro do próprio texto normativo as conclusões do Tribunal de Contas da União no Acórdão 442/17 . Ou seja, ainda que o inciso XVIII do artigo 29 da lei estabeleça uma hipótese excepcional de dispensa licitatória - e, a meu ver, com base correta nos arts. 173, § 1º, e 37, XXI -, o Decreto 9.188/17, ao regulamentar, exigiu a necessidade de um procedimento. Então, mesmo nessa hipótese de ser dispensada a licitação, para evitar favorecimentos, para evitar prejuízo ao Poder Público, para evitar pessoalidade, direcionamento, o Decreto exige o que o Tribunal de Contas entendeu necessário no acórdão citado, ou seja, exigiu o procedimento de várias fases.

(...) O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, da mesma maneira, eu afastei a Lei 8.666/1993, em virtude do que estabelece o art. 173, § 1º, III, da CF - e o Ministro Luiz Fux até fez um aparte naquele momento -, porque é a lei especial, mas ela preserva todos, em complementação ao Decreto, os princípios licitatórios, inclusive a competitividade .

No mesmo sentido, o eminente **Ministro Luís Roberto Barroso** , com absoluta clareza, afirmou que: “ ***o Decreto nº 9.188, de 1º de novembro de 2017, que regulamenta o processo competitivo de venda de ações, satisfaz o mandamento constitucional, porque preserva os dois grandes princípios da licitação: a escolha da melhor proposta e competitividade entre os interessados*** ”.

Também o ilustre **Ministro Luiz Fux** parece ter declarado a constitucionalidade do regulamento ao expressar em seu voto que:

Ao menos na análise perfunctória a que se limita o juízo de referendo cautelar, os critérios adotados pelo Decreto 9.188, de 1º de novembro de 2017, parecem atentar para os imperativos de eficiência, moralidade e impessoalidade administrativos, mercê de os seus objetivos , listados no seu artigo 2º, contemplarem as seguintes diretrizes: (i) incentivar a adoção de métodos de governança corporativa que assegurem a realização do objeto social pela sociedade de economia mista; (ii) conferir transparência e impessoalidade aos processos de alienação; (iii) garantir segurança jurídica aos processos de alienação por meio da observância da legislação e das demais normas aplicáveis; (iv) permitir a fiscalização, nos termos da legislação; (v) garantir a qualidade e a probidade do processo decisório que determina o desinvestimento; (vi) permitir a

obtenção do maior retorno econômico à sociedade de economia mista e a formação de parcerias estratégicas; (vii) estimular a eficiência, a produtividade e o planejamento de longo prazo das atividades e dos negócios afetos à sociedade de economia mista; (viii) aproximar as sociedades de economia mista das melhores práticas de governança e gestão reconhecidas pelo setor privado; (ix) proporcionar ambiente de previsibilidade e racionalidade para a tomada de decisão pelos agentes envolvidos no setor; e (x) garantir a sustentabilidade econômica e financeira da sociedade de economia mista.

Este mesmo entendimento foi acompanhado no **voto de minha lavra** . Ressaltei na oportunidade que a edição do Decreto 9.188/2017 foi inspirada em uma atuação histórica do Tribunal de Contas da União (TCU) no exercício de controle externo sobre a Sistemática para Desinvestimentos de Ativos e Empresas do Sistema Petrobras, originalmente baseada no Decreto 2.745/1998.

Considerarei que a regulamentação da Lei das Estatais, nesse ponto, estabeleceu procedimento específico para o caso de desinvestimento de ações de sociedades de economia mista, que tem por finalidade garantir competitividade e a obtenção de proposta mais favorável à administração, refletindo os princípios constitucionais da licitação. Nessa linha afirmo expressamente que: “ **o regime especial de desinvestimento previsto no Decreto 9.188/2017 é apto a concretizar tais princípios constitucionais** , motivo pelo qual não merece subsistir *in totum* a medida cautelar deferida pelo eminente relator nesse ponto ”.

Ainda nessa mesma linha, inclusive declarando expressamente a constitucionalidade do Decreto 9.188/2017, o **Presidente Dias Toffoli** , em seu voto afirmou que:

O Decreto nº 9.188/17 regulamenta o art. 29, XVIII, da Lei nº 13.303, que autoriza a dispensa de realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista na compra ou na venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem.

Segundo a Petrobras, a Lei nº 13.303/16 não autoriza de forma irrestrita a negociação direta com terceiros, porquanto o Decreto nº 9.188/17, que o regulamenta, estabelece procedimento competitivo

próprio, que assegura a competitividade necessária e garante o resultado mais vantajoso, sendo consentâneo, ainda, com o regime de mercado no qual a Petrobras está inserida.

Ressalte-se que tal flexibilidade é indispensável para assegurar uma posição de competitividade e minimizar os riscos inerentes a essas sofisticadas atividades, bem como para viabilizar eficiência nas tratativas por meio da redução dos entraves burocráticos para a obtenção do melhor retorno econômico para a sociedade de economia mista.

**O procedimento atende aos princípios constitucionais inerentes à administração pública, em especial a publicidade e a transparência** . A título de exemplo, cito o disposto no art. 7º do Decreto 9.188/17

(...) Assim, **é constitucional o procedimento competitivo próprio estabelecido na Lei nº 13.303/16 e regulamentado pelo Decreto 9.188/17** , desde que observados os princípios do art. 37 da Constituição da República e a competitividade necessária

Por fim, conforme consta da proclamação do resultado do julgamento, os posicionamentos dos Ministros Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso e Luiz Fux, no sentido do não referendo da cautelar, foram integralmente acompanhados pelo eminente decano, **Ministro Celso de Mello** , que não juntou voto escrito aos autos:

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE): Faço a seguinte proclamação: Temos três votos que referendam a cautelar: Ministro Ricardo Lewandowski, Ministro Luiz Edson Fachin e Ministro Marco Aurélio. Referendam em parte a cautelar: Ministra Cármen Lúcia, Ministra Rosa Weber, Ministro Gilmar Mendes e Ministro Dias Toffoli . **Não referendam a cautelar: Ministro Alexandre de Moraes, Ministro Luís Roberto Barroso, Ministro Luiz Fux e Ministro Celso de Mello**

Assim, pedindo todas as vênias ao eminente Min. Ricardo Lewandowski, divirjo do seu posicionamento por entender que, no julgamento da ADI 5624/DF-MC, o Plenário do STF, por maioria, reconheceu a constitucionalidade do art. 29, inciso XVIII, Lei 13.303/2016 no ponto em que permite a dispensa de licitação para alienação de controle acionário das empresas estatais, tendo sido ainda declarada a constitucionalidade do Decreto 9.188/17.

Por todo o exposto, **voto pelo indeferimento da medida cautelar** .

*Plenário Virtual - minuta de voto - 11/12/20 00:00*