

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 -
FENAEF
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

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Bem examinados os autos, esclareço que me foram distribuídas, por dependência à ADI 5.624/DF, as ADIs 5.846/DF e 5.924/MG, todas acoimando de inconstitucionais dispositivos da Lei das Estatais.

No entanto, por entender que esta ADI encontrava-se em estágio mais avançado e possuía maior abrangência, diante da *causa petendi* aberta das ações de controle concentrado, determinei o julgamento conjunto de todas nestes autos, sem prejuízo de instrução em separado em cada uma delas.

Além do mais, observo que reconheci a legitimidade ativa da CONTRAF, cujas finalidades institucionais, em especial na defesa de interesses de seus associados, têm pertinência temática com o objeto da presente ação, que diz respeito à situação jurídica das instituições financeiras estatais, possuindo, conseqüentemente, impacto direto na vida dos associados da entidade em questão, na linha mais ampliada que vem sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal quanto a tal

ADI 5624 MC-REF / DF

requisito, a exemplo do que se decidiu na ADI 4.066 / DF.

Entretanto, acolhi a objeção da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República na linha de reconhecer a ilegitimidade ativa FENAE, que congrega os trabalhadores de uma única instituição financeira, a Caixa Econômica Federal, não ostentando, portanto, os requisitos necessários para figurar no polo ativo da presente ADI.

No que tange aos pedidos cautelares, noto, inicialmente, que as entidades requerentes apontam diversas inconstitucionalidades no texto da Lei 13.303/2016 e de seus instrumentos regulamentares.

Contudo, constato, em exame superficial, de mera delibação, único possível nesta fase embrionária das demandas, que somente estavam presentes os requisitos para o deferimento da medida cautelar no tocante a alguns dos pedidos.

Nesse sentido, entendo que a situação de urgência com relação a eles está configurada, ao menos em parte, haja vista que, diariamente, vêm sendo noticiadas iniciativas do Governo no sentido de acelerar as privatizações de estatais, como estratégia traçada no Programa de Parcerias de Investimentos (PPI - Lei 13.334/2016), com o intuito de ampliar as receitas governamentais. Segundo o art. 1º, § 1º, III, da Lei 13.334/2016, podem integrar o PPI as medidas do Programa Nacional de Desestatização a que se refere a Lei 9.491/ 1997.

Além disso, para dar vida a um amplo movimento nacional de desestatização, constato que, segundo o diploma legal em questão, “os empreendimentos do PPI serão tratados como prioridade nacional por todos os agentes públicos de execução ou de controle, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (art. 5º da Lei 13.334/2016).

Havia e há, com efeito, uma crescente vaga de desestatizações que

ADI 5624 MC-REF / DF

vem tomando corpo em todos os níveis da Federação, a qual, se levada a efeito sem a estrita observância do que dispõe a Constituição, poderá trazer prejuízos irreparáveis ao País.

Ainda que a eventual decisão do Estado de deixar de explorar diretamente determinada atividade econômica, constante do art. 173 da Constituição Federal, seja uma prerrogativa do governante do momento, não se pode deixar de levar em consideração que os processos de desestatização são conformados por procedimentos peculiares, dentre os quais, ao menos numa primeira análise do tema, encontra-se a manifestação autorizativa do Parlamento.

Com efeito, o art. 173 da CF prevê a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. Essa exploração poderá dar-se pela constituição de empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como de subsidiárias destas, as quais desenvolverão atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços.

Ocorre que, 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. Ademais, prevê o texto constitucional que depende de autorização legislativa a criação das respectivas subsidiárias, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada (art. 37, XX).

Como se vê, a Carta de 1988 exige sempre a aquiescência do Poder Legislativo aos processos de criação de entidade governamental dessa espécie, ainda que tenha sido criada para explorar atividade econômica em sentido estrito.

Assim, ao que parece, nesse exame preambular da matéria, não

ADI 5624 MC-REF / DF

poderia o Estado abrir mão da exploração de determinada atividade econômica, expressamente autorizada por lei, sem a necessária participação do seu órgão de representação popular, porque tal decisão não compete apenas ao Chefe do Poder Executivo.

Nessa esteira, leciona José dos Santos Carvalho Filho, com base na teoria da simetria, que “a extinção das empresas públicas e das sociedades de economia mista reclama lei autorizadora”, uma vez que “[...] o Poder Executivo, a que são normalmente vinculadas, não tem competência exclusiva para dar fim às entidades” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 527).

Na mesma direção é o escólio de Carlos Ari Sundfeld, para o qual

“[o] Direito Constitucional Brasileiro impõe a concordância prévia do Legislativo para todas as alterações na estrutura da Administração que envolvam aquisição ou perda da personalidade governamental. Deveras, é necessário autorização legal tanto para o surgimento de uma nova organização governamental como para seu desaparecimento.

[...]

Nenhum espanto deve causar a assertiva segundo a qual a alienação do controle público sobre a empresa estatal produz o seu imediato desaparecimento. A afirmação é juridicamente exata: é que a medida suprime a personalidade governamental do ente, o qual deixa de ser uma ‘empresa estatal’, transformando-se em ‘empresa ordinária’. Por isso, a empresa estatal efetivamente desaparece, remanescendo uma simples empresa, despida de *status* governamental” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Reforma do Estado e empresas estatais. A participação privada nas empresas estatais*. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 266).

ADI 5624 MC-REF / DF

A alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, é forma clássica de privatização. A temática da alienação do controle acionário das sociedades de economia mista e da indispensabilidade da autorização legislativa não é nova nesta Corte. Com efeito, há farta jurisprudência no sentido da imprescindibilidade da autorização legislativa para transferência de poder de controle de sociedades de economia mista, como a ADI 1.703/SC, julgada em novembro de 2017, em que, por unanimidade, este Tribunal confirmou sua jurisprudência anterior neste mesmo sentido. No que interessa ao presente feito, assim constou da referida ementa:

“No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 234/RJ, ao apreciar dispositivos da Constituição do Rio de Janeiro que vedavam a alienação de ações de sociedades de economia mista estaduais, o Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação conforme à Constituição da República, no sentido de serem admitidas essas alienações, condicionando-as à autorização legislativa, por lei em sentido formal, tão-somente quando importarem em perda do controle acionário por parte do Estado. Naquela assentada, se decidiu também que o Chefe do Poder Executivo estadual não poderia ser privado da competência para dispor sobre a organização e o funcionamento da administração estadual. (ADI 1348/RJ, DJe 7/3/2008)

A autorização legislativa exigida ‘há de fazer-se por lei formal, mas só será necessária, quando se cuide de alienar o controle acionário da sociedade de economia mista’ e demais estatais. (ADI 234 QO/RJ, DJe de 9/5/1997)”.

Não restam dúvidas de que, desde quando foi impugnado o Programa Nacional de Desestatização da década de 1990, na qual foi levado a cabo amplo programa de privatizações, *i.e.*, de alienação pelo Poder Público de direitos concernentes ao controle acionário das estatais, este Supremo Tribunal já afirmava a indispensabilidade da autorização legislativa para a venda do controle acionário de sociedade de economia

mista.

Assim constou do voto do Ministro Néri da Silveira, Relator da ADI 234/RJ:

“Em realidade, a *‘quaestio juris’* referente à alienação das ações das sociedades de economia mista, de que titular o Estado, deve ser compreendida na perspectiva do respectivo controle acionário, pois é tal posição o que confere a pessoa administrativa a preponderância nas deliberações sociais e marca a natureza da entidade.

Pois bem, essa matéria ganha espaço específico, em nosso sistema, na linha do que se tem, hoje, denominado de *‘processo de privatização de bens públicos’*, em conformidade com terminologia já estatuída em lei.

Refiro-me à Lei federal nº 8.031, de 12.4.1990, que criou o Programa Nacional de Desestatização. [...] Quando, portanto, se pretenda sujeitar à autorização legislativa a alienação de ações em sociedade de economia mista, importa ter presente que isso só se faz indispensável, se efetivamente, da operação, resultar para o Estado a perda do controle acionário da entidade e, assim, da preponderância nas deliberações sociais, pois, daí, decorreria a descaracterização da entidade de economia mista”.

O ilustre Ministro Sepúlveda Pertence, ainda que vencido naquele julgado, às fls. 133/134, anotou que:

“Na interpretação de qualquer texto normativo, mormente do texto constitucional, é impossível admitir a hermenêutica que, de um lado, afirma uma exigência e de outro permite que essa exigência seja fraudada: reservar à lei a criação da sociedade de economia mista ou da empresa pública e conseqüentemente exigir a participação do Legislativo no juízo da existência do interesse público, na intervenção ativa do Estado em determinado setor da economia e, não obstante, permitir que, no dia seguinte, o Governador - imagine-se a

hipótese do veto do governador à lei da criação de sociedade de economia mista, rejeitado pela Assembleia - possa o Governador, livremente, alienar o controle dessa sociedade de economia mista é absurdo que não ouse atribuir à Constituição.

Alienar controle de sociedade de economia mista - se, como entendo eu, esse controle é essencial ao próprio conceito constitucional de sociedade de economia mista -, é uma forma de extingui-la enquanto sociedade de economia mista. Enquanto sociedade anônima, pode ela sobreviver sob controle privado, mas já não será mais sociedade de economia mista que, repita-se, segundo a Constituição constitui instrumento da política econômica do Estado, e pressupõe por isso, controle estatal permanente”.

Destarte, a prerrogativa do controle legislativo decorre da relevância atribuída, pela Constituição, aos preceitos imperativos que regem a atuação do Poder Público, conforme art. 173 da Constituição (segurança nacional ou relevante interesse coletivo), bem como o art. 37, XIX, do mesmo diploma, o qual, ao dispor 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”, aplica-se também à alienação do controle acionário por força do princípio do paralelismo das formas.

Não se pode olvidar, ademais, a clara dicção do § 1º do mencionado art. 173 da Carta Magna o qual assenta, com meridiana clareza, o seguinte: “A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista, e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica ou de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços [...]”. Isso significa que nem mesmo as subsidiárias de empresas estatais, segundo o referido mandamento constitucional, estão imunes ao regramento legal.

Embora os artigos da Lei 13.303/2016 que foram impugnados não

ADI 5624 MC-REF / DF

tratem expressamente da dispensa da autorização legislativa, é justamente a ausência de menção a esta indispensável medida prévia que pode gerar expectativas ilegítimas e, conseqüentemente, insegurança jurídica, sobretudo no contexto da flexibilização da alienação de ações de que tratam os dispositivos atacados.

Por isso, deferi a concessão da cautelar requerida, *ad referendum* do Plenário, conferindo interpretação conforme a Constituição ao art. 29, *caput*, XVIII, da Lei 13.303/2016, para afirmar que a venda de ações das 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.

Entendi também necessária a concessão da medida cautelar, *ad referendum* do Plenário, para fixar a interpretação conforme a Constituição ao dispositivo acima mencionado, segundo a qual 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.

Isso porque convém emprestar relevo à linha argumentativa segundo a qual a Constituição não autorizaria a alienação direta de controle acionário de empresas estatais, uma vez que a Lei 9.491/1997 (art. 4º, I e § 3º), ainda vigente, exige, nos procedimentos de desestatizações, que a “alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, preferencialmente mediante a pulverização de ações” dar-se-á por meio de licitação, a qual “poderá ser realizada na modalidade de leilão”.

Ao que parece, as disposições supratranscritas estão em consonância com o *caput* do art. 37 da CF, o qual dispõe que toda a administração pública obedecerá aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Nesse sentido, permitir a venda direta de ações, em montante suficiente a perder o controle societário de empresa estatal, de maneira a impossibilitar a concorrência pública, poderia atentar contra o texto constitucional, o qual consigna que as alienações serão realizadas “mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes” (art. 37, XXI).

Observo, ademais, que esta Suprema Corte, ao julgar a ADI 3.578-MC/DF, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, a qual analisou a constitucionalidade de ato normativo que disciplinou a redução da presença do setor público estadual na atividade financeira bancária, deferiu a medida cautelar pleiteada, por entender “inequívoca a densa plausibilidade da arguição de afronta à regra constitucional da licitação pública” (trecho do voto do Ministro Relator), *in verbis*:

“I. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade: caso de excepcional urgência, que autoriza a decisão liminar sem audiência dos partícipes da edição das normas questionadas (LADIn, art. 10, § 3º), dada a iminência do leilão de privatização do controle de instituição financeira, cujo resultado poderia vir a ser comprometido com a concessão posterior da medida cautelar.

II. Desestatização de empresas públicas e sociedades de economia mista: alegação de exigência constitucional de autorização legislativa específica, que – contra o voto do relator – o Supremo Tribunal tem rejeitado; caso concreto, ademais, no qual a transferência do controle da instituição financeira, do Estado-membro para a União, foi autorizada por lei estadual (conforme exigência do art. 4º, I, a, da MPr 2.192-70/01 – PROES) e a subsequente privatização pela União constitui a finalidade legal específica de toda a operação; indeferimento da medida cautelar com relação ao art. 3º, I, da MPr 2.192-70/01, e ao art. 2º, I, II e IV, da L. 9.491/97.

III. Desestatização: **manutenção na instituição financeira**

privatizada das disponibilidades de caixa da administração pública do Estado que detinha o seu controle acionário (MPr 2.192-70/01, art. 4º, § 1º), assim como dos depósitos judiciais (MPr 2.192-70/01, art. 29): autorização genérica, cuja constitucionalidade – não obstante emanada de diploma legislativo federal – **é objeto de questionamento de densa plausibilidade, à vista do princípio da moralidade – como aventado em precedentes do Tribunal (ADIn 2.600-MC e ADIn 2.661-MC) – e do próprio art. 164, § 3º, da Constituição – que não permitiria à lei, ainda que federal, abrir exceção tão ampla à regra geral, que é a de depósitos da disponibilidade de caixa da Administração Pública em instituições financeiras oficiais; aparente violação, por fim, da exigência constitucional de licitação (CF, art. 37, XXI); ocorrência do *periculum in mora*: deferimento da medida cautelar para suspender *ex nunc* a eficácia dos arts. 4º, § 1º, e 29 e parágrafo único do ato normativo questionado (MPr 2.192/70/01)”** (grifei).

Por outro lado, entendi que os demais pedidos cautelares deveriam aguardar a instrução de todos os processos de controle abstrato antes nominados, para posterior análise pelo Plenário desta Corte. É que a Lei das Estatais incorporou ao nosso sistema jurídico inúmeras regras de governança corporativa que, pelo menos *a priori*, podem contribuir para maior transparência, controle, previsibilidade e imparcialidade ao regime jurídico das estatais. A lei concedeu, ainda, o razoável prazo de 24 meses para adaptação das empresas públicas e das sociedades de economia mista à nova sistemática.

Evidentemente, há questões relevantes que merecem ser aprofundadas por ocasião do julgamento do mérito, notadamente quanto à competência legislativa da União para tal regramento no que tange às estatais pertencentes aos demais entes federativos e relativamente à aplicação da referida lei também às empresas que prestam serviço público, para além daquelas que exercem atividade econômica em sentido estrito.

Nessa mesma perspectiva, penso que a análise de eventual vício de iniciativa na propositura da lei, bem como a questão relativa à conveniência política de sua edição não cabem neste momento processual. O mesmo diga-se quanto ao equilíbrio previsto pela lei entre simplificação dos procedimentos de contratação, inclusive quanto ao dever de licitar, e a instituição de maiores mecanismos de controle.

Diante do exposto, com base no art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999, e no art. 21, V, do RISTF, voto por referendar a concessão parcial da medida cautelar pleiteada 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, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias ou controladas exige autorização legislativa, bem como prévia licitação pública, dispensada esta quando a alienação não implique a perda de seu controle acionário.

É como voto.