

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ALEXANDRO GUILHERME JORGE

PROCESSO DE PRIVATIZAÇÃO DE ESTATAIS BRASILEIRAS:
REFLEXÕES CRÍTICAS DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO A PARTIR DO
JULGAMENTO DA ADI 5624

CURITIBA
2021

ALEXANDRO GUILHERME JORGE

PROCESSO DE PRIVATIZAÇÃO DE ESTATAIS BRASILEIRAS: REFLEXÕES
CRÍTICAS DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO A PARTIR DO JULGAMENTO DA
ADI 5624

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na
modalidade de artigo científico à Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Paraná, como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Eneida Desirre Salgado

CURITIBA
2021

TERMO DE APROVAÇÃO

PROCESSO DE PRIVATIZAÇÃO DE ESTATAIS BRASILEIRAS: REFLEXÕES CRÍTICAS DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO A PARTIR DO JULGAMENTO DA ADI 5624

ALEXANDRO GUILHERME JORGE

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Profá.-Dra. Eneida Desiree Salgado
Orientador

Coorientador

EDUARDO BORGES
ESPINOLA ARAUJO

Assinado de forma digital por
EDUARDO BORGES ESPINOLA ARAUJO
Dados: 2021.08.19 15:50:04 -03'00'

Me. Eduardo Espinola Borges Araújo
1º Membro

Me. Angelo Remedio Neto
2º Membro

“Contra a Justiça da revisão do salário-mínimo se desencadearam os ódios. Quis criar liberdade nacional na potencialização das nossas riquezas através da Petrobrás; mal começa esta a funcionar, a onda de agitação se avoluma. A Eletrobrás foi obstaculada até o desespero. Não querem que o trabalhador seja livre. Não querem que o povo seja independente.”

A Carta-Testamento
Getúlio Vargas
(24/08/1954)

RESUMO

O processo de privatização de estatais brasileiras teve seu auge na década de 90 retomado com mais força após a queda da presidenta Dilma Rousseff em 2016. Decorre da orientação política neoliberal do Consenso de Washington, que defende a liberalização da economia. No entanto, críticas recaem sobre esse processo no Brasil, como a ausência de um debate em escala nacional a respeito, a falta de uma política de planejamento e na ausência de legislação o poder judiciário contribuir para normalizar tal situação. Esse artigo visa demonstrar tal atuação, além de confrontar alguns argumentos presentes nas decisões dos magistrados. Para tal, fez-se análise crítica do julgamento cautelar da ADI 5624, e pesquisa sobre a interferência estatal na economia em outras nações. De modo a confrontar a base argumentativa de alguns votos dos ministros do STF. Como resultado a pesquisa conclui que diferentemente do que o senso comum faz crer a ferramenta de criação e gestão de estatais nos mais diferentes ramos da economia é prática comum entre boa parte das nações. Além disso, que as decisões de alguns ministros do STF do caso em discussão vão de encontro não ao que a prevê a Constituição, mas aos interesses daqueles que tem uma visão de mundo específica. Por fim, levantar tal discussão na sociedade envolvendo a academia, sociedade civil organizada e poder judiciário se mostram mais que necessários.

Palavras-chave: Privatização; Estatais; Lei das Estatais; Decisões jurídicas; Economia política

ABSTRACT

The process of privatization of Brazilian state-owned companies had its peak in the 1990s, which resumed with more force after the fall of President Dilma Rousseff in 2016. It stems from the neoliberal political orientation of the Washington Consensus, which defends the liberalization of the economy. However, criticisms fall on this process in Brazil, such as the absence of a debate on a national scale about it, the lack of a planning policy and the absence of legislation, the judiciary helps to normalize this situation. This article aims to demonstrate such performance, in addition to confronting some arguments present in the judges' decisions. To this end, a critical analysis of the injunction of ADI 5624 was carried out, as well as research on state interference in the economy in other nations. In order to confront the argumentative basis of some STF ministers' votes. As a result, the research concludes that, unlike common sense, the tool for creating and managing state-owned companies in the most different branches of the economy is a common practice among most nations. Furthermore, the decisions of some STF ministers in the case under discussion go against not what the Constitution provides, but the interests of those who have a specific worldview. Finally, raising such a discussion in society involving academia, organized civil society and the judiciary are more than necessary.

Keywords: Privatization; State-owned companies; State-owned Law; Legal decisions; Political economy

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. ESTATAIS COMO ESTRATÉGIA DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	8
3. LEI DAS ESTATAIS, ADI 5.624 E O DESVIRTUAMENTO DO CURSO DO JULGAMENTO DE SUA CAUTELAR.....	18
4. REFERENDAMENTO DO STF AO PROCESSO DE ALIENAÇÃO DE ATIVOS ESTATAIS SEM O CRIVO DO CONGRESSO	27
5. CONCLUSÕES.....	33

1. INTRODUÇÃO

O processo de privatização de estatais brasileiras tem ocorrido desde a década de 1970 no Brasil, principalmente, ao longo da década de 90, fruto da orientação política neoliberal do Consenso de Washington, que defende a liberalização da economia e a expansão do livre-mercado em face da economia estatal e que permeou os 3 primeiros mandatos presidenciais pós redemocratização. Sendo retomado com mais força após a queda da presidenta Dilma Rousseff em 2016 e desde então ganhando novo impulsionamento.

Sendo que as principais críticas que recaem sobre esse processo de privatização no Brasil são a ausência de um debate em escala nacional a respeito, bem como a falta de uma política de planejamento pois seus impactos são muito grandes e podem perdurar por um longo tempo. Além disso, na ausência de força para a mudança da legislação para dar o respaldo legal de tais processos o poder executivo tem buscado e encontrado apoio do judiciário para normalizar tal situação.

O presente artigo visa demonstrar tal atuação, além de confrontar alguns argumentos presentes nas decisões dos magistrados. No caso específico, a partir da análise crítica do julgamento cautelar da ADI 5624, e da pesquisa sobre a interferência estatal na economia em outras nações. De modo a confrontar a base argumentativa de alguns votos dos ministros do STF que buscaram a discussão de modelo econômico e não constitucional em suas decisões.

Assim, o presente artigo vai discorrer sobre como se encontram o processo de controle estatal da economia em alguma das principais potências do mundo além de alguns exemplos mais específicos da América do Sul. Na sequência lembrar o processo histórico de criação das principais estatais brasileiras de modo a ser mais compreensível o quadro atual apresentado sobre o tema.

Na sequência abordagem sobre a Lei das Estatais, legislação mais recente sobre o tema, e os processos de ação direta de inconstitucionalidade que desencadeou e os julgamentos cautelares que ocasionaram no Supremo Tribunal Federal. Concluindo com a discussão a respeito do resultado desses julgamentos e suas argumentações. Corroborando-as ou confrontando-as conforme o texto

constitucional e/ou a discussão de modelo econômico levantada por boa parte dos ministros.

2. ESTATAIS COMO ESTRATÉGIA DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A criação de empresas estatais como instrumentos do Estado capitalista vai encontrar lastro em mudanças significativas da estrutura econômica das nações, atendendo suas diversas manifestações nacionais e utilizando-se de formas jurídicas das mais diversas, de modo que esse processo vai de encontro a mudanças importantes na organização das atividades produtivas. Quer seja para responder a crises econômicas ou a etapas de transição no modo de produção as empresas estatais surgem como elementos estrutural e politicamente determinados para garantir a continuidade e ampliação do processo de acumulação de capital.¹

Nesse sentido, o Estado tem centralidade nas estratégia de acumulação de recursos econômicos além de cumprir funções como gerar estabilidade do ambiente macroeconômico e de criação de novos ciclos de acumulação e que incentivem a inovação tecnológica com esse fim. Tais funções servem a tornar o sistema econômico mais dinâmico e em condições de operabilidade além de impeli-lo rumo a novas fases de desenvolvimento. Assim, a busca do cumprimento de tais funções econômicas pelos Estados aproximam formas de governo aparentemente opostas como as chinesas e estadunidenses.²

Ao contrário do que se possa supor, uma característica da economia mundial é a contemporânea presença de um forte e proativo setor de empresas estatais, com diversas formas e enfoques. Apresentando-se com presença massiva e em inúmeros setores de modo a cumprir algum tipo de papel estratégico para seus respectivos Estados Nacionais. Como exemplo, das dez maiores empresas do mundo, 7 são estatais da China, Estados Unidos e Arabia Saudita.³

¹ ABRANCHES, Sérgio Henrique. A Empresa Pública no Brasil: Uma abordagem multidisciplinar. Brasília: IPEA, 1980, p. 8.

² OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene P. Estatais: estatais no mundo; histórico no Brasil; regime jurídico; licitações; governança; espécies; setores estratégicos; funções do Estado. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.p.16

³ FORBES. The World's Biggest Public Companies 2020. Disponível em: [https://www.forbes.com/global2000/#5b3a01f1335d]. Acesso em: 15/02/2021

São aproximadamente 1.500 “Estatais Multinacionais”, com mais de 86.000 filiais espalhadas por todo o mundo. Criadas por seus Estados soberanos e com objetivos que vão desde implementar escolhas estratégicas de desenvolvimento, lidar com políticas públicas econômicas até controlar recursos estratégicos ou que impactem segurança nacional.⁴

São exemplos empresas de infraestrutura estratégica para o desenvolvimento nacional e segurança nacional, como as EDF, StatOil, CNOOCC, confecção de alta tecnologia, a exemplo das Airbus, Embraer, exploração de rendas mono-oligopolistas, citando-se a Japan Tobacco ou a manutenção de rotas tecnológicas geradoras de emprego, renda e forte participação sindical (Volkswagen, Renault, Peugeot, Citroën), de papel político e ideológicas (British Broadcasting Corporation– BBC).⁵

Além disso, potências como Estados Unidos e Rússia, têm regras restritivas com relação a estatais estrangeiras em seus territórios. Não restritos a esses, pois Inglaterra quando se trata de interesse público, China no caso de segurança da economia nacional, Austrália no interesse nacional ou Finlândia no interesse social fundamental são outros exemplos. Ainda países que restringem o investimento estrangeiro de maneira mais específica sobre setores como: energia elétrica, combustível, água, telecomunicações, transportes e mídias e comunicação ou que possam gerar impactos em setores tecnológicos essenciais, considerados de alto valor econômico ou estratégico. Sendo alguns desses Índia, Japão, Lituânia, Rússia Inglaterra, China e Coreia do Sul.

Ou seja, os Estados capitalistas contemporâneos enquanto criam empresas estatais multinacionais, para atuar internamente e em outros países criam, também, defesas jurídicas contra a atuação de estatais estrangeiras em seu próprio tecido econômico.

Todavia, essa aparente contradição vai de encontro à defesa de seus próprios interesses, assim como do jogo político cada vez mais prioritário para as grandes e poderosas nações que pretendem se estabelecer num mundo cada vez mais

⁴ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2017: Investment and the digital economy*. Geneva: United Nations Publication, 2017, p. xi. O critério da UNCTAD para considerar a empresa uma estatal é a participação do Estado em pelo menos 10% do seu capital social.

⁵ BBC. *Annual Report and Accounts 2017/18*. London: BBC, 2018, p. 56-57.

globalizado, sendo parte da estratégica desse jogo convencer as elites jurídicas e econômicas de outras nações que o que serve para si não serviria as demais, quando se trata de tamanho ou alcance do estado.⁶

Ainda, de forma a aprofundar essa visão mais geral sobre esse modelo de organização estatal cabe adentrar a algumas especificidades que cumprirão papel de contraponto na sequência da discussão desse artigo.

Por exemplo, a China operacionaliza a gestão de suas estatais, fazendo-se valer de Planos Quinquenais e da subordinação de tais empresas e grupos econômicos ao órgão vinculado diretamente ao Conselho de Estado. Suas empresas estatais dividem-se em empresas de serviços públicos e empresas comerciais, sendo estas estratégicas ou criticamente importantes relativamente à segurança nacional ou à segurança da economia nacional.⁷

Já as estatais sul-coreanas atuam em setores como energia, imobiliário e infraestrutura englobando cerca de 300 estatais que em 2014 detinham 620 bilhões de dólares em ativos. Essas empresas ficam subordinadas ao Ministério de Estratégia e Finanças que exerce direitos de propriedade e coordena suas políticas além de acompanhar performance e execução do plano de administração.⁸

Ainda, o Estado japonês intervém por meio de participação acionária em empresas detidas pelo *Government Pension Investment Fund* (um dos maiores fundos do mundo) e o Banco Central japonês. Respondendo por um quarto de todas as transações de valores mobiliários negociados na Bolsa de Valores de Tóquio relativas a ações de mais de 400 companhias. Essas estatais são de propriedade de ministérios específicos com base no interesse público e, também, compromisso com a sustentabilidade econômica e comercial. Podendo ser submetidas à lei das sociedades anônimas ou instituídas por lei especial.

As estatais estadunidenses atuam no setor de crédito, hipotecas, prisional, seguro, habitação, infraestrutura, energia, entre outros. Somam cerca de sete mil empresas, algumas das quais entre as maiores forças econômicas do mundo como a

⁶ OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene P. Estatais... op. cit., p.24

⁷ Ibidem. p.25

⁸ Ibidem. p.26

Fannie Mae com ativos de 3,3 trilhões de dólares e Freddie Mac com cerca de 2 trilhões de dólares.

Com longo histórico nesse sentido, remete-se ao estabelecimento do Bank of América em 1781, uma sociedade de economia mista e o primeiro banco do país, um dos alicerces para a consolidação da independência daquela nação.

Adentrando rapidamente nas suas estruturas, as *government-sponsored enterprises* são constituídas pelo Estado, que lhes configura a missão e escopo jurídico e apresentam como núcleo de sua atuação o interesse nacional na prestação de serviços financeiros angariando recursos direta ou indiretamente do Tesouro Nacional e sua criação, extinção ou alteração depende de autorização do Congresso.

Já no nível estadual dividem-se em *special districts* que vão atuar em serviços públicos dos setores de educação, saúde e energia elétrica, como entidades independentes financeiramente, geralmente dirigidas por diretores que passam pelo crivo dos eleitores dos distritos eleitorais onde se localizam. E as *public authorities* que atuam nos setores de transportes, imobiliário e portuário caracterizando-se como unidades governamentais criadas por um ou mais Estados da federação, com regime jurídico separado de outros órgãos, com competências, funcionários e orçamento próprios.⁹

, As estatais canadenses, por suas vezes, atuam em setores como defesa, finanças, portos, mídia, transportes, mineração, energia nuclear, pesquisa e desenvolvimento tecnológicos e outros. São aproximadamente 100 estatais na esfera provincial como a Société des loteries du Québec no setor de lotéricas, British Columbia Railway Company no transporte ferroviário, Charlottetown Area Development Corporation no setor imobiliário ou Manitoba Hydro- Electric Board no setor de energia.¹⁰

Na Europa, pode-se citar a na  o mais proeminente nesse aspecto, que é a Alemanha. Com estatais que atuam em setores como saneamento, saúde, transportes, energia e outros são mais de quinze mil e setecentas empresas, nos diversos níveis da federa  o. Respondendo por uma receita de 534 bilhões de euros

⁹ Ibidem. p.30-32

¹⁰ Ibidem. p.32

em 2014. De modo que correspondem a 0,4% do total de empresas do país, mas que respondem por 10% do PIB nacional.

Situação essa creditada à elevada confiança depositada pelos consumidores e empresas parceiras, dado que são consideradas melhores do que eventuais concorrentes privados em termos de qualidade, controle democrático e segurança na prestação de serviços. Não obstante, exemplo de equilíbrio entre os fins sociais e econômico que justificam o recente processo de reestatização após a onda privatista da década de 1990.

Sendo que se dividem em empresas de direito público, empresas públicas organizadas segundo o direito privado ou empresas de economia mista que dão origem à expressão “Alemanha S.A.”, uma vez que consórcios estaduais e municipais e de sociedades holding dirigem e coordenam as diversas atividades empresariais cuja estrutura do gerenciamento global segue determinação do Ministério das Finanças.¹¹

Outra nação que se destaca na aplicação desse modelo é a França, suas estatais atuam em inúmeros setores, como agricultura, fabricação de equipamentos elétricos e de material de transportes, energia, automobilístico, aeroportuário, comunicação e informação, financeiro entre outros. Dentre as quais gigantes atores econômicos, como o *Banque de France*, a *France Television* ou a *Electricité de France* líder mundial do setor com 340 bilhões de dólares em ativos.

O Estado francês, para além de sua atuação diretamente como proprietário e administrador de empresas, tem também uma marcante atuação como acionista, e em alguns casos como controlador e administrador, política pública econômica que executa por meio da *Agence des Participations de L'État*– APE. Sendo que o Estado francês detinha em 2018 participação em 81 sociedades ou grupos econômicos, destacando-se setores como biotecnologia (*Laboratoire Français du Fractionnement et des Biotechnologies*), satélites (Thales), telecomunicações (Orange), loteria (FDJ), energia (Engie), energia nuclear (Areva), financiamento (*Banque publique d'investissement*– *Bpifrance*), transporte aéreo (Airfrance- KLM), ferroviário (SNCF), aeroespacial (Airbus Group) e automobilístico (Renault).

¹¹ Ibidem. p.35-37

A forma jurídica pela qual organiza-se esse controle estatal divide-se em empresa pública de caráter industrial e comercial, sociedade nacional e sociedade de economia mista.¹²

Já na América do Sul destacam-se estatais como as chilenas que atuam em diversos setores, como portos, mídia, defesa, abastecimento de água, P&D e transportes através de 34 empresas.

Outro exemplo relevante e, que irá remeter a mais recente discussão em âmbito constitucional são as estatais bolivianas atuam nos setores de hidrocarbonetos, minérios, energia, telecomunicações, transportes, abastecimento e produção do setor primário como açúcar, castanha-do-pará, laticínio, apicultura, etc..

Dessas, trinta estatais apresentam centralidade, contribuindo com cerca de 40% do PIB nacional. sendo exemplos de tais empresas a *Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos – YPFB* (hidrocarbonetos), a *Corporación Minera de Bolívia– COMIBOL* (mineração), a *Empresa Estratégica de Producción de Semillas* (sementes), a *Empresa Estratégica de Producción de Abonos y Fertilizantes– EEPAF* (fertilizantes), a *Empresa Boliviana de Almendra y Derivados* (setor castanheiro) e a *Empresa Pública Productiva Apícola– Promiel* (apicultura).

Seu mais recente movimento político culminou na Constituição de 2009, em diplomas normativos e na reorganização administrativa, nos quais as estatais foram tratadas como instrumentos centrais.¹³

Para exemplificar, o art. 158 daquela Constituição dispõe serem atribuições da *Asamblea Legislativa Plurinacional*, “20. *Controlar y fiscalizar las empresas públicas, las de capital mixto y toda entidad en la que tenga participación económica el Estado*”, determinando como competência privativa do poder central (art. 298) a “*reación, control y administración de las empresas públicas estratégicas del nivel central del Estado*”.

Ainda, dada a centralidade do gás e dos hidrocarbonetos para a economia da Bolívia, o art. 378 de sua Constituição determina:

II. Es facultad privativa del Estado el desarrollo de la cadena productiva energética en las etapas de generación, transporte y distribución, a través de

¹² Ibidem. p.37-38

¹³ Ibidem. p.41

empresas públicas, mixtas, instituciones sin fines de lucro, cooperativas, empresas privadas, y empresas comunitarias y sociales, con participación y control social. La cadena productiva energética no podrá estar sujeta exclusivamente a intereses privados ni podrá concesionarse. La participación privada será regulada por la ley.

Complementariamente, a edição do Decreto Supremo 590, de 2010, e da Lei 466 de 2013, vão estabelecer as regras que organizam, a gestão integrada de estatais por órgão do *Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural*, o *Servicio de Desarrollo de las Empresas Públicas Productivas* e os tipos societários utilizados, definindo-se o chamado “caráter estratégico e social da empresa pública”.¹⁴

Depois dessa breve e necessária análise de alguns aspectos relativos ao tema em outras nações, cabe aprofundar a discussão sobre o estado brasileiro e sua construção relativamente ao tema.

Para isso é necessário remontar ao Estado moderno português que se caracterizou por ser uma forma de unidade política e econômica dotada de enorme precocidade, competência e impacto duradouro na conformação do que veio a ser a economia do mundo contemporânea. Conformou-se no primeiro Estado nacional europeu e, conseqüentemente, do sistema mundial moderno.¹⁵

Mas, sem entrar em outras discussões que fujam ao tema específico resta citar a criação, em 1808, do Banco do Brasil pelo Príncipe Regente D. João VI. Um Banco Público na forma dos seus Estatutos, assinados por D. Fernando José de Portugal, que respondia pelo Conselho de Estado sob a função de Ministro Assistente ao Despacho do Gabinete, Presidente do Real Erário e Secretário de Estado dos Negócios do Brasil respondendo nesse momento ao projeto de formação do Brasil como Nação. Não por outro motivo e necessidade na sequência seria criada a Caixa Econômica Federal, fundada com o nome de Caixa Econômica da Corte em 1861.

¹⁴ Lei 466/2013, art. 5: “(Carácter estratégico y social de la empresa pública). I. La empresa pública tendrá carácter estratégico cuando desarrolle su actividad económica en los sectores de hidrocarburos, minería, energía, telecomunicaciones, transporte y otros de interés estratégico para el país, que sean identificados por el Consejo Superior Estratégico de las Empresas Públicas – COSEEP en el marco de la Constitución Política del Estado, tiene por finalidad producir excedentes económicos para potenciar el desarrollo económico productivo y financiar la atención de políticas sociales del país. II. La empresa pública tendrá carácter social cuando contribuya al crecimiento económico y social del país creando empleos, prestando servicios, cubriendo demandas insatisfechas e interviniendo en el mercado para evitar distorsiones del mismo”.

¹⁵ OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene P. Estatais... op. cit., p.44

Assim, Império e Primeira República caracterizaram-se pela construção de estruturas normativas que apontavam para o processo de afirmação das classes dirigentes. Mas, foi a partir da Revolução de 1930 que a atuação do Estado rumou mais consistentemente para a construção da soberania econômica. Nesse aspecto, encontrando nas empresas estatais uma de suas expressões mais significativas, aproximando o Brasil dos Estados capitalistas contemporâneos, conforme exemplos já mencionados.¹⁶

Com isso, aprofundou-se uma parametrização do Brasil a alguns dos mais relevantes países da economia mundial. Em que a soberania econômica, a internalização de centros decisórios econômicos demonstraria dimensões cruciais da democracia e da igualdade entre os povos no mundo. Sendo as empresas estatais um dos instrumentos para tal e que vão ganhando nas décadas seguinte mais representatividade e influência no Estado nacional.

Esse processo teve seu período mais expoente nas passagens de Getúlio Vargas e Juscelino Kubitschek como os estadistas e líderes do desenvolvimento nacional brasileiro. Nesse período algumas empresas estatais nasceram para criar um ecossistema cuja missão era viabilizar o processo de produção econômica e superar bloqueios advindos da baixa capacidade econômica ou técnica do empresariado nacional e da assimetria funcional do Brasil em relação a outros países.

Sendo algumas dessas estatais, criadas entre 1930 e 1964 no Brasil, referencias em suas áreas até os dias atuais, tal como Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) em 1941, Companhia Vale do Rio Doce (CVRD) em 1942, Companhia Nacional de Álcalis (CNA) e Fábrica Nacional de Motores (FNM) em 1943, Companhia Hidroelétrica do São Francisco (CHESF) em 1952 Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE) em 1952, Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) 1953, FURNAS Centrais Elétricas S.A. em 1957, Centrais Elétricas Brasileiras (Eletrobras) em 1961 e Companhia Brasileira de Alimentos(Cobal) em 1963.¹⁷

No período seguinte, apesar da regressão social do período ditatorial as estatais continuaram a ser utilizadas no processo de modernização conservadora da economia. Tendo papel de construir a infraestrutura basilar para a industrialização e

¹⁶ Ibidem. p.44-45

¹⁷ Ibidem. p.46-48

urbanização levada a cabo no período. No mesmo bojo veio a expansão das estatais estaduais e municipais, vinculadas à habitação, alimentação e pesquisa agrícola e com ênfase na busca de uma economia com forte expansão demográfica e protetora da grande propriedade rural. Tendo como base normativa a edição do Decreto-lei 200/1967, vigente até hoje.

No que tange ao controle societário nas empresas públicas e sociedades de economia mista, o DL 200 descreveu o controle a ser detido pelo Estado como sendo, respectivamente, do capital exclusivo da União (inc. II, art. 5º) e da maioria das ações com direito a voto (inc. III, art. 5º), conceitos que viriam então a ser consolidados na Constituição de 1988.

Mas a crise econômica dos anos 1970 e suas consequências para a economia brasileira levariam o governo federal a mudar alguns aspectos da administração pública por meio do Decreto 84.128/1979 que criaria a Secretaria de Controle das Empresas Estatais (SEST), vinculada à Secretaria de Planejamento da Presidência da República e que cumpre tal papel até os dias atuais. Ainda, o Decreto 86.215/1981 que estabelecia normas para a privatização de estatais, mediante transferência do capital social ou transformação societária, bem como critérios para a “desativação” de empresas situação nova e que desembocaria em grandes discussões e na mudança de paradigma dos anos 1990.

Mesmo assim, tal período ainda prevaleceu a constituição e desenvolvimento de novas empresas estatais como Serviço de Processamento de Dados (SERPRO) e Banco Nacional de Habitação (BNH) em 1964, a Empresa Brasileira de Telecomunicações (Embratel) em 1965, Agência Especial de Financiamento Industrial (Finame) em 1965, Companhia de Entrepostos e Armazéns Gerais de São Paulo (CEAGESP), Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos– ECT e Empresa Brasileira de Aeronáutica– Embraer em 1969, Empresa de Infraestrutura Aeroportuária– Infraero, Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa) Telecomunicações Brasileira S.A. (Telebrás) em 1972, Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP) e Casa da Moeda do Brasil em 1973 e Itaipu Binacional em 1974.

Avançando no período histórico chegamos à promulgação da Constituição de 1988 que trouxe uma Ordem Econômica que determinaria a superação do

subdesenvolvimento, com a estruturação das dimensões popular e econômica da soberania nacional. Tal Ordem Econômica Constitucional subordinaria e instrumentalizaria as estatais brasileiras a seus comandos.

Tendo papel de destaque no debate político e econômico brasileiro as estatais vem sendo lembradas por más razões como alguns escândalos de corrupção e boas razões como o salto tecnológico do agronegócio, derivado diretamente da pesquisa da Embrapa, que permitiu a expansão para o centro-oeste brasileiro, as políticas de defesa contra a crise financeira mundial de 2008, instrumentalizadas pelo sistema bancário público, prioritariamente o BNDES, a Caixa Econômica e o Banco do Brasil, ou a maior descoberta de petróleo em águas profundas da história, com tecnologia desenvolvida pela Petrobras.

De modo que antes de adentrar ao debate político-jurídico que se avizinha cabe determinar ao que se refere quando se fala das estatais federais brasileiras. Conjunto que se apresenta, de acordo com os últimos dados disponibilizados pelo Boletim das Estatais do Ministério do Planejamento, com um total de cerca de R\$ 600 bilhões de patrimônio líquido. Em dezembro de 2017, os cinco principais conglomerados estatais (Petrobras, Banco do Brasil, BNDES, Caixa Econômica e Eletrobras) representavam mais de 93% dos ativos totais e do patrimônio líquido de todas as empresas estatais federais. O setor financeiro, representado pelos conglomerados Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal e BNDES, detinham 74,7% dos ativos, ao passo que a Petrobras possui o maior patrimônio líquido, cerca de R\$ 270 bilhões, equivalente a 47% do patrimônio total.

Nos mais recentes dados divulgados contabilizam-se na esfera federal 138 sociedades empresárias estatais, a ampla maioria integrante daqueles cinco conglomerados sendo Petrobras e suas 36 subsidiárias, Eletrobras e suas 33 subsidiárias, Banco do Brasil e suas 16 subsidiárias, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e 3 subsidiárias além de Caixa Econômica Federal e 2 subsidiárias. Do total das 138 sociedades empresárias, 47 estão sob o controle direto da União e 91 estatais sob seu controle indireto.

Além dessas, cabe salientar que as estatais estaduais atuam, entre outros, no setor financeiro, saneamento básico, transportes, infraestrutura, habitação, assistência técnica e extensão agropecuária, tecnologia da informação,

abastecimento e desenvolvimento estadual. Os conglomerados estatais estaduais estão concentrados nos setores de energia elétrica e financeiro.

A atuação das estatais estaduais está vinculada, em grande parte, a dispositivos constitucionais, como no caso da competência para a atuação no serviço de distribuição de gás ou a políticas públicas que envolvem ou envolveram a articulação das unidades federativas, como no caso das Centrais de Abastecimentos (CEASA) e das Empresas de Assistência Técnica e Extensão Rural (EMATER) que cumprem papéis de relevância nessas áreas¹⁸.

3. LEI DAS ESTATAIS, ADI 5.624 E O DESVIRTUAMENTO DO CURSO DO JULGAMENTO DE SUA CAUTELAR

A norma objeto de discussão é a Lei nº 13.303/16, denominada de Lei de Responsabilidade das Estatais (LRE) ou Lei das Estatais. Tendo por objetivo regulamentar o artigo 173, §1º da Constituição Federal:

§ 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:

- I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;
- II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;
- III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;
- IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;
- V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores

A referida norma vai dispor sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo essas entidades no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Empresas essa

¹⁸ OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene P. Estatais... op. cit., p. 46-56

que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União¹⁹.

Tão logo a Lei de Responsabilidade das Estatais (LRE) foi promulgada, algumas Ações Diretas de Inconstitucionalidade começaram a ser propostas em face da discordância sobre a constitucionalidade da norma como um todo, mas também de dispositivos específicos além de trazer à baila por arrastamento o Decreto 9.188/2017, que o regulamenta alguns dispositivos da referida lei.

A primeira delas foi a ADI 5.624, de propositura da Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal (FENAEF) e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro (CONTRAF/CUT) e que questiona a constitucionalidade da Lei 13.303/2016, de forma genérica. Mas, de modo especial os artigos 7º, 16, 17, 22 e 25, com fundamentos que apontam para restrições e limitações ao exercício da prerrogativa do Chefe do Poder Executivo e dos Ministros de Estado para o exercício da direção superior da Administração Pública impostas por tal norma, ainda que o estatuto editado ofenderia o art. 173, § 1º, da CF, ao pretender alcançar a totalidade das empresas estatais, mesmo aquelas que prestam serviços públicos ou estão sujeitas a regime de monopólio da União, desrespeito à autonomia dos entes subnacionais, vedações à investidura em cargos do Conselho de Administração irrazoáveis e discriminatórias e por fim a Lei 13.303/2016 teria imposto regras mais restritivas às empresas estatais em comparação às normas vigentes para as empresas privadas²⁰.

Já a ADI 5.846 de propositura do Partido Comunista do Brasil (PCdoB), pretende impugnar especificamente o art. 29, XVIII, da Lei 13.303/2016 e por arrastamento, dispositivos do Decreto 9.188/2017, que o regulamenta. Argumentando que a alienação do controle acionário de empresas estatais, subsidiárias e controladas dependeria de prévia autorização legislativa, além de não prescindir de procedimento

¹⁹ GUIMARAES, Edgar; SANTOS, Jose Anacleto A. Lei das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual Lei nº13,303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

²⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Petição inicial da ADI 5.624/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski.

licitatório (art. 37, XIX, XX e XI, da CF). Ação que acabaria se destacando nas discussões da cautelar²¹.

Ainda, ajuizada pelo Governador do Estado de Minas Gerais, a ADI 5.924 impugnou os arts. 5º ao 26 (disposições sobre governança corporativa) e os arts. 28 ao 84 (regras sobre licitações e contratos) da referida Lei 13.303/2016. Alegando violação à autonomia dos entes federativos, violação da reserva de iniciativa do chefe do Poder Executivo para propositura de leis sobre organização e funcionamento desse Poder, irrazoabilidade e conflito com o Código Civil e a Lei das Sociedades Anônimas na investidura em cargos do Conselho de Administração, violação do art. 173, § 1º, da CF pois a União não teria competência para legislar sobre o estatuto das empresas estatais pertencentes aos demais entes federativos e, por fim, não haveria isonomia com as normas vigentes para as empresas privadas, em ofensa ao art. 173, § 1º, II, da CF²².

Por fim, a ADI 6.029, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro pretende impugnar dispositivos do Decreto 8.945/2016, que regulamenta determinados aspectos da Lei 13.303/2016. Em específico, que o estatuto social da Caixa Econômica Federal somente poderia ser alterado por decreto do Presidente da República, conforme preconiza o Decreto-lei 759/1969, recepcionado pela CF/88 como lei complementar. Argumenta também que a Lei 13.303/2016 seria formalmente inconstitucional no que diz respeito à CEF pois, por ser integrante do sistema financeiro nacional, sua regulamentação dependeria de lei complementar conforme art. 192 da CF.²³

Em todas essas ações diretas de inconstitucionalidade apresentou-se pedido de medida cautelar para determinar a suspensão dos mencionados dispositivos da Lei 13.303/2016 e atos regulamentares correlatos.

Assim, o Relator, Ministro Ricardo Lewandowski determinou a tramitação conjunta dessas ações e proferiu decisão monocrática nos autos da ADI 5.624 para conceder medida cautelar para restringir a eficácia do art. 29, caput e inciso XVIII, da

²¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Petição inicial da ADI 5.846/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski.

²² BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Petição inicial da ADI 5.924/MG. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski.

²³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Petição inicial da ADI 6.029/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski.

Lei 13.303/2016. No qual, delimitou assim seu alcance: (i) que a venda de ações de empresas públicas, sociedades de economia mista (e empresas subsidiárias ou controladas) depende de prévia autorização legislativa, sempre que se cuide de alienar controle acionário; e (ii) que a venda de ações em bolsa, com dispensa de licitação, não pode ocorrer quando implicar perda do controle acionário.

Para chegar nessa decisão considerou que a medida cautelar só encontraria os requisitos para seu deferimento na análise de apenas alguns quesitos. Nesse sentido, observou que as desestatizações estariam tomando corpo em todos os níveis da Federação e que se levadas a efeito sem a estrita observância do que dispõe a Constituição, poderiam trazer prejuízos irreparáveis a determinada unidade da federação ou ainda a todo país.²⁴

Com julgamento iniciado no dia 05/06/2019, concluído no dia seguinte, acordaram os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro Dias Toffoli, preliminarmente, em um voto médio consistindo do entendimento que nem o referendo total (3 votos) e nem tão pouco o não referendo (4 votos) da cautelar alcançaram maioria pois desses dissidiram ainda em favor de referendar parcialmente o objeto de julgamento (4 votos) os demais Ministros. Sendo que do acórdão²⁵ pode-se tirar que:

Votaram pelo referendo total da cautelar os Ministros Ricardo Lewandowski (Relator), Edson Fachin e Marco Aurélio, referendavam parcialmente a cautelar os Ministros Cármen Lúcia, Rosa Weber, Gilmar Mendes e Dias Toffoli (Presidente) e não referendavam a medida cautelar os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Celso de Mello, nos termos e limites dos respectivos votos proferidos. No mérito, em razão de voto médio, referendar, em parte, a medida cautelar anteriormente parcialmente concedida pelo Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), para conferir ao art. 29, caput, inc. XVIII, da Lei nº 13.303/2016 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. Nesse 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 Constituição, respeitada, sempre, a exigência de necessária competitividade.

²⁴ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. MC da ADI 5.624/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 27/06/2018, Data de Publicação: DJe-129 29/06/2018

²⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. MC da ADI 5.624/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 06/06/2019, Data de Publicação: DJe-261 29/11/2019

Decisão essa que teve como contexto uma base argumentativa amplificada, de se pressupor pela distribuição dos referidos votos. Cabe ressaltar que como objeto de discussão era a medida cautelar anteriormente fixada pelo eminente relator, a discussão ateve-se não ao inteiro teor das referidas ADIs, mas àquela decisão. Assim far-se-á uma breve exposição desses argumentos para posterior análise crítica deles. Nesse sentido divide-se o Plenário nos 3 grupos que se formaram para fazer essa avaliação.

No primeiro, estão os que referendaram a cautelar, quais sejam: Ministros Ricardo Lewandowski (Relator), Edson Fachin e Marco Aurélio. Para esses tanto a venda de ações de empresas públicas e sociedades de economia mista depende de prévia autorização legislativa, sempre que se cuide de alienar controle acionário e que a sua venda de ações em bolsa, com dispensa de licitação, não pode ocorrer quando implicar perda do controle acionário.

Para embasar esse entendimento, o Relator aduziu que da leitura do Art. 37, XIX, da CF entende-se que se exige **sempre** a aquiescência do Poder Legislativo aos processos de criação de entidade governamental, empresa pública e de sociedade de economia mista, ainda que tenha sido criada para explorar atividade econômica em sentido estrito.²⁶

Por isso, mesmo que os artigos da Lei 13.303/2016 que foram impugnados não tratem expressamente da dispensa da autorização legislativa entende ele que a ausência de menção a esta medida prévia pode gerar expectativas ilegítimas e assim, insegurança jurídica, sobretudo no que tange a flexibilização da alienação de ações tratadas pelos referido dispositivos.²⁷ Baseando-se para tal na jurisprudência da ADI 234/RJ e em especial no voto do então Ministro Sepúlveda Pertence²⁸. Ainda na doutrina foi buscar amparo obra de José dos Santos Carvalho Filho da qual cita

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto conjunto ADIs 5.624DF, 5.846/DF, 5.924/MG e ADI 6.029/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski.

²⁷ Ibidem.

²⁸ ADI 234 QO/RJ, DJe de 9/5/1997, fls 133/134. "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".

excerto que vai fazer referência na Teoria da Simetria para sustentar tal entendimento.²⁹

Por fim, defende Lewandowski 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, de suas subsidiárias ou controladas. Baseando-se para tal na Lei 9.491/1997 (art. 4º, I e § 3º), que 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”. Texto 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 publicidade³¹.

Acompanhando o relator seguiu o Ministro Edson Fachin para o qual as empresas estatais são instrumentos de política pública do Estado o que as coloca na estrutura das políticas públicas, e não na conjuntura governamental de momento. Por isso a Constituição exigiria lei no caso de reavaliação da intervenção do Estado para realizar determinados fins que impactem em segurança nacional ou interesse coletivo como prevê Constituição.

Nesse sentido acrescenta precedente na ADI 1.863, Rel. Min. Eros Grau, DJe 14.02.2008, como também ADI 1.724, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 22.10.1999 que reconheceram como constitucional a utilização do procedimento de leilão para a implementação das privatizações. E, se concorrem os imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo a impor o controle estatal de determinados setores da atividade econômica as privatizações de empresas estatais devem envolver um juízo negativo da concorrência desses de tais condições.

Traz à baila também, o eminente Ministro que a dispensa de licitação atinge o disposto no inciso I do § 4º do art. 1º do Decreto 9.188/2017 que excepcionaria a

²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 30 ed. rev., atual. e ampl. (São Paulo: Atlas, 2016, p. 527 apud BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. MC da ADI 5.624/DF, op. cit.) “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”

³¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. MC da ADI 5.624/DF, op. cit. p.32

previsão constante do art. 4º da Lei 9.491/97, extrapolando, portanto, dos limites legais que o Decreto deve observar³².

No segundo grupo estão os que não referendaram a cautelar, quais sejam: Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Celso de Mello. O Ministro Alexandre de Moraes foi quem abriu a divergência e acabou por fomentar acalorado debate no julgamento. Fazendo uso de controversa análise histórica e recorrendo a alguns autores concluiu que:³³

(a) O inciso XIX do artigo 37 da Constituição Federal exige autorização legislativa específica para criação de Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e Fundações (Empresas-mães), na forma de “lei formal específica”, bem como para permitir a cessão ou alienação de seu controle acionário.

(b) O inciso XX do artigo 37 da Constituição Federal exige autorização legislativa genérica, que, inclusive, pode ser concedida na própria lei específica que autorizou a criação da “Empresa-mãe”, para a criação de subsidiárias; porém não há necessidade de qualquer autorização legislativa para a cessão ou alienação de suas ações, inclusive no tocante ao controle acionário.

(c) 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.

Com isso não referendou a cautelar e trouxe elementos que viriam a compor o voto médio. Como argumentação priorizou uma visão de Estado particular que será melhor discutida no capítulo seguinte desse artigo.

Acompanhando a divergência, integralmente, ambos os ministros Roberto Barroso e Luiz Fux apresentaram em seus respectivos votos, também, sua visão particular de qual deveria ser o modelo de intervenção econômica praticada pelo Estado Nacional e cujos argumentos apresentados serão alvo de análise no capítulo seguinte.

Por fim o terceiro grupo que acabou por referendar parcialmente e apontou o resultado para o voto médio, quais sejam: Ministros Cármen Lúcia, Rosa Weber, Gilmar Mendes e Dias Toffoli (Presidente). Desses, a primeira a estabelecer concordância apenas parte do voto do relator a Ministra Carmem Lucia apontou que:³⁴

³² Ibidem. p. 83-93

³³ Ibidem p. 128

³⁴ Ibidem p. 131

[...]estou votando no sentido de referendar apenas em parte a medida cautelar deferida pelo Ministro Lewandowski, para conferir, como Vossa Excelência conferiu, interpretação conforme à Constituição ao art. 29, inc. XVIII, da Lei n. 13.303, afirmando que, quanto às empresas públicas e às sociedades de economia mista, há exigência de autorização legislativa prévia para criar e, portanto, também, para alienar, porque ela deixa de ser estatal e muda a sua natureza, o que foi enfatizado também pelo Ministro Alexandre de Moraes.

Presidente, estou referendando, em parte, só naquilo que se refere à necessidade de criação, de autorização, por lei, para se criar empresas públicas e sociedades de economia mista. E não estou referendando na parte relativa às subsidiárias. Em qualquer caso, entretanto, estou considerando necessária a licitação - neste caso, eu considere necessário.

Para embasar seu voto a ministra apontou que a Constituição não delegou exclusivamente ao Poder Executivo a identificação dos casos de segurança nacional e de interesse relevante coletivo apontar o Estado como explorador de determinada atividade econômica. por isso a necessidade de definição em lei. Inclusive no caso de subsidiárias quando a autorização estaria na própria Lei, para que a criação de subsidiárias se mantenha exatamente nos termos do que foi inicialmente autorizado por lei específica.

Ainda lhe coube críticas aos argumentos econômicos trazidos por alguns seus colegas “eu acho que é preciso que o Estado se aperfeiçoe e tenha o tamanho que a sociedade precisa, e que normalmente não é um tamanho tão grande para todos, pelo menos na economia, embora eu também não seja partidária desses que acham que ainda prevalece a tônica do Estado máximo e Estado mínimo.”

Na mesma linha votou o então presidente da corte Ministro Dias Toffoli que após sua argumentação apontou para o deferimento parcial da medida cautelar em discussão. No seu entendimento, de modo a se conferir ao art. 29, caput, inciso XVIII, da Lei nº 13.303/2016 interpretação conforme à Constituição Federal, com a seguinte distinção:³⁵

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. Nesse 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 Constituição e que seja respeitada a exigência de competitividade.

³⁵ Ibidem. p. 149

Chamou a atenção que o Ministro se ateve na argumentação da Petrobras, quando na verdade as proposições foram levantadas por diversas entidades e os pedidos não se limitavam a discussão dessa ou daquela empresa estatal:

Dito isso, **é dispensável a exigência de lei específica para a Petrobras criar, extinguir ou reorganizar suas subsidiárias, uma vez que a Lei nº 9.749 é a própria medida legislativa autorizadora, em atendimento à determinação contida no inciso XX do art. 37 da CF, nos termos do decidido na ADI nº 1.649. E, por outro lado, é necessária autorização legislativa específica para a alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista (estatais matrizes), conforme determinação do art. 37, XIX, da CF. (grifo nosso)**

Insistindo inclusive que operações de alienação de empresas do Grupo ou participações societárias não estariam abrangidas pelo Plano Nacional de Desestatização (PNS), previsto na Lei nº 9.491/97, porque se sujeitaria a Lei nº 9.478/97. Levando isso em consideração quando apontou risco de dano inverso, causado pelo deferimento integral da medida cautelar. Definindo-se então pelo deferimento somente em parte da referida medida, nesses 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. Nesse 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 Constituição e que seja respeitada a exigência de competitividade.

Já a Ministra Rosa Weber decidiu que com relação à necessidade de autorização legislativa para a alienação do controle acionário de sociedade de economia mista, empresa pública ou de suas subsidiárias a medida cautelar, encontra respaldo em precedentes da Suprema Corte como a ADI 234 QO, Rel. Min. Néri da Silveira, a ADI 1.348, Rel. Min. Cármen Lúcia e a ADI 1.703, Rel. Min. Alexandre de Moraes.³⁶

³⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. MC da ADI 5.624/DF, op. cit. p.152

Julgados esses que consagram a exigência de autorização, ainda que genérica por meio de lei em sentido formal, para a criação de subsidiária de empresa pública ou de sociedade de economia mista. De modo que de maneira correlata há também de ser exigida autorização para a extinção de subsidiária. Com isso a alienação do controle societário das subsidiárias ou controladas de empresas públicas ou sociedades de economia mista depende de prévia autorização na forma de lei. Ainda, reafirma que se o legislador deve reconhecer a existência de imperativo de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, para autorizar a instituição de empresa estatal matriz ou a criação de subsidiária, deve ele também admitir a insubsistência das razões que levaram o Estado a promover a exploração direta da atividade econômica.³⁷

Na segunda parte do seu voto a Ministra Weber afirma entendimento tal qual apresentado pelo Advogado-Geral da União no sentido de que há diferença entre desestatização e desinvestimento. Uma vez que o objetivo da desestatização seria o Estado se retirar da execução de determinada atividade enquanto o desinvestimento manteria a condição anterior e o produto da venda do ativo vai para a empresa matriz e não para o ente político que a controla.

De forma que é onde diverge do voto do relator ao se posicionar de forma a que o desinvestimento por meio da **alienação do controle societário de subsidiária de empresa pública ou sociedade de economia mista** encontra disciplina no art. 29, XVIII, da Lei nº 13.303/2016, pois teria compatibilidade com o texto constitucional. Ainda, que na hipótese de dispensa de licitação seja observado procedimento competitivo e dos princípios da administração pública inscritos no art. 37 da CF.³⁸

4. REFERENDAMENTO DO STF AO PROCESSO DE ALIENAÇÃO DE ATIVOS ESTATAIS SEM O CRIVO DO CONGRESSO

Partindo-se, então, para a análise da necessidade de autorização legislativa específica, ficou demonstrado que houve consenso do colegiado do STF quanto a necessidade de lei específica para que haja a alienação de empresa estatal. Todavia,

³⁷ Ibidem. p.157

³⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. MC da ADI 5.624/DF, op. cit. p.162

sem que isso houvesse sido suscitado em nenhuma das iniciais das referidas ADI em discussão, houve a propositura de uma interpretação que fizesse distinção entre empresas “mãe” e suas subsidiárias levando para aquele que seria o voto médio.

Sendo parte do debate, inclusive a discussão sobre se o fatiamento da empresa mãe para sua privatização em etapas apontado dessa forma pelo Ministro relator.³⁹

[...] o perigo de se fatiar uma empresa de primeiro grau, uma estatal, uma empresa pública ou de economia mista, de tal maneira a ir criando subsidiárias até se esvaziar completamente o patrimônio dessa empresa. É uma forma de desfazer-se dela contornando a exigência, uma, de autorização legal, outra, de eventualmente desencadeamento do processo licitatório.

No qual assentiu o Ministro que houvera aberto rejeição da cautelar Alexandre de Moraes, que de forma muito direta assim se posicionou: “Ministro Lewandowski, permite-me um aparte do meu aparte mesmo? Concordo com Vossa Excelência. Neste caso, haveria um desvio de finalidade em relação à autorização genérica. Aí é patologia!”⁴⁰

Se nesse caso específico não há o que se possa discutir pois o consenso encontra também respaldo na legislação, doutrina e jurisprudência apontadas por todos os Ministros que enfrentaram tal discussão a venda de subsidiárias é muito mais polemica cabendo uma análise mais detida.

Primeiro no que tange a discussão sobre “imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo” como pressupostos constitucionais para a criação de empresas estatais e suas subsidiárias poucos foram os ministros que tocaram no tema de forma mais detida. Mesmo parecendo ser a principal discussão relativa à constitucionalidade da Lei 13.303 quando esta presta-se em certa forma para respaldar ações da Administração Pública no sentido de se desfazer de suas empresas e que por essa decisão ainda em caráter liminar da Suprema Corte abre a possibilidade que se faça ao menos das suas subsidiárias. Assim, no presente artigo não aprofundar-se-á em tal discussão por dois motivos a saber: não foi objeto de

³⁹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. MC da ADI 5.624/DF, op. cit. p.

⁴⁰ Ibidem. p.

ampla discussão, como se esperaria, por parte do colegiado do STF e por, para esse autor, merecer um texto exclusivo para tal discussão.

O segundo enfoque e que poderá ser mais explorado, diz respeito a tese vencida nesse julgado sobre a exigência de prévia autorização legislativa sempre que se cuide de alienar o controle acionário. Essa discussão foi ampliada e pairou basicamente, por algumas jurisprudências e doutrinas citadas mais de uma vez pelos ministros. Das quais destacou-se a ADI 234/RJ e a já abordada posição do ministro Sepúlveda Pertence que serviu de paradigma em alguns votos cujo argumento principal é:

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 de 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.⁴¹

Talvez o mais controverso dessa discussão, mas que ficou então conformada de forma liminar que para a maioria da casa a lei que abre a possibilidade para uma estatal criar subsidiárias estaria, na visão desses, já pré concedendo a autorização para uma possível futura venda desse controle. Os votos vencidos porém, apresentam uma argumentação mais fundamentada como já discutido em seus respectivos votos.

Ainda, aquele que não deveria ser tema de maior discussão, mas que foi trazido à baila por alguns ministros se tornou de certa forma principal. Que é a discussão política acerca da intervenção do Estado na economia. Isso pois, nos votos e debates

⁴¹ STF, ADI 234, Relator Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado. em 22/06/1995.

a temática não só foi trazida como defendida, ao ponto do Ministro Roberto Barroso se posicionar assim:

[...] **nós estamos travando um debate político disfarçado de discussão jurídica**, que é a definição de qual deve ser o papel do Estado e quem deve deliberar sobre este papel no Brasil atual. (grifo nosso)

Porém, após essa observação, acabou por se posicionar politicamente e vai dar a entender ao longo do seu voto que para além da discussão da constitucionalidade, que deveria ser a essência do Supremo Tribunal Federal, sua projeção pessoal do papel do estado e sua organização:

Eu acho que é uma decisão do Executivo. Eu creio que há uma legislação que autoriza esse encaminhamento. E penso - esse já é um debate político - que **nós vamos ter que superar esse fetiche do Estado protagonista de tudo e criar um ambiente com mais sociedade civil, mais livre iniciativa, mais movimentos sociais e menos Estado e governo**, salvo para as redes de proteção social a quem precisa e a prestação de serviços públicos de qualidade. Mas esse é o debate ideológico subjacente. (grifo nosso)

Seguiram na mesma toada com uma posição sob o ponto de vista gerencial, para o qual faz sentido a prescindibilidade da autorização legislativa específica outros Ministros como já abordado. O que chama a atenção são ainda, mais alguns argumentos, inclusive sem base fática, conferidos por esses, por exemplo Luiz Fux:

A Petrobras é uma empresa competidora. **É claro que ela está completamente sucateada** por um projeto que, evidentemente, não poderia dar certo. (grifo nosso)

Outro da Ministra Cármen Lucia:

Porque, vou dar um exemplo que a própria diretoria me ofereceu -, ela investiu em fertilizantes, que não tem nada a ver com o petróleo; isto compõe o portfólio dela. Ela comprou sem autorização, e para alienar e até para investir no que é atividade dela - não está em jogo, porque não foi autorizado legislativamente -, essa aquisição feriu a lei também da Petrobras.

Argumentos que chamam a atenção primeiro pelo motivo já especulado e transparecido em debate de que os ministros estariam travando não só um debate jurídico, mas também político. Para além disso, se valendo de argumento que não encontram respaldo e demandariam uma simples pesquisa para serem verificados. Como é o caso da afirmação da ministra Lúcia que desenvolve um raciocínio e inclusive faz afirmações graves por simples desconhecimento de que alguns fertilizantes são, sim, derivados do petróleo, conforme a própria empresa explica em seu sítio:⁴²

A planta entrou em operação em 1982 e passou a integrar o nosso portfólio de produção de fertilizantes em junho de 2013. Tem capacidade de produção anual de 700 mil toneladas de ureia e 475 mil toneladas de amônia, além de produzir o Agente Redutor Líquido Automotivo (Arla 32). **A fábrica é vizinha da Refinaria Presidente Getúlio Vargas – Repar, que lhe fornece matéria-prima.** (Grifo nosso)

E que vai estar em conformidade com o que traz a Lei 9.478:

Art. 61. A Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS é uma sociedade de economia mista vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que **tem como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados**, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins, conforme definidas em lei. (grifo nosso)

⁴² Fábrica de Fertilizantes Nitrogenados (Fafen-PR) - Resumo histórico disponível em: <https://petrobras.com.br/pt/nossas-atividades/principais-operacoes/fabricas-de-fertilizantes/fabrica-de-fertilizantes-nitrogenados-fafen-pr.htm> Acesso em 15/02/2021.

Outras tantas afirmações nesse sentido, referentes a petrolífera e principalmente ao dito tamanho do Estado e a sua intervenção na economia acabaram por permear muitos dos votos e intervenções. Por isso, se justifica o início desse artigo em que se faz uma abordagem extensa sobre vários outros exemplos do tamanho do estado dentro da economia dessas nações, quais suas principais motivações que versam por temas desde segurança nacional e interesse coletivo como defende a nossa Constituição Federal, mas que acabam por ir além quando trata-se de tecnologias e quando a soberania e saúde econômica também ganham destaque.

Isso posto, se volta, novamente a discussão constitucional em tela para afirmar que a Lei 13.303 embora tenha vindo para suprir uma lacuna do ordenamento jurídico brasileiro vai ter sua interpretação e aplicação desvirtuados primeiro quanto ao que diz a doutrina:

“...não seria honesto afirmar que a Constituição brasileira de 1988 afirmou a primazia de uma opção econômica em suas mínimas gradações. Nem o Estado mínimo nem o Estado máximo foram constitucionalizados. O que há é a constitucionalização de conteúdos essenciais; o restante, que é o coração e a alma da política ordinária, foi deixado ao espaço da deliberação cotidiana. A Constituição garante o direito de propriedade e a livre iniciativa, mas não se pode afirmar, por exemplo, que está terminantemente proibido o tabelamento de preços. Podem existir situações nas quais o tabelamento ou algum outro controle menos drástico seja possível. Desvendar, do alto da cátedra, um destino econômico manifesto para a Constituição não é agir de modo científico, mas aproveitar o espaço de expressão profissional para fazer política. Doutrinas abrangentes razoáveis existem muitas, mas o papel da doutrina do Direito, ao menos quando normativa, é o de destacar razões públicas possíveis de serem utilizadas no discurso jurídico prático.”⁴³

Mas também ao que vai dizer os próprios legisladores quando percebem o desvirtuamento do uso da legislação por eles aprovada, trata-se da Reclamação, com pedido liminar, apresentada pelas Mesas do Congresso Nacional, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, no qual é apontado o descumprimento do que fora julgado na ADI 5.624, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.⁴⁴

⁴³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista / Alexandre Santos de Aragão. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 61.948/2020. Relator: Ministro Edson Fachin

5. CONCLUSÕES

O deferimento parcial da cautelar da ADI 5624 somado as decisões que levaram ao indeferimento da Reclamação 61.948/2020 segue dando condições para que as subsidiárias das estatais nacionais sigam sendo privatizada. Não obstante, além dessa condição abriu-se possibilidade para que unidades dessas empresas sigam sendo transformadas em subsidiárias para posterior alienação de seus ativos.

Situações essas que não encontram respaldo no texto da nossa Carta Magna mas que foram sendo construídas ao longo dos últimos anos com decisões políticas que envolveram o Executivo, o Parlamento, e o Supremo Tribunal Federal, de sorte que se o primeiro não tem essa liberdade de fazer algo ao largo das normas o último que deveria cumprir o papel de guardião da Constituição segue com uma prática de ativismo judiciário extrapolando suas atribuições para sedimentar dispositivos legais que não encontram lastro no texto constituinte.

De forma que para além da discussão do que se tem hoje consolidado no texto constitucional desde o processo constituinte até a últimas Emendas aprovadas que vieram a incorporá-lo ainda cabe uma discussão sobre de que formas os freios e contrapesos que o Estado brasileiro e sua organização em 3 poderes pressupõe devem se ajustar.

Pois se na discussão das Ações Diretas de Inconstitucionalidade aqui abordadas tanto se ativeram alguns Ministros na vontade popular expressa pelo Congresso Nacional na discussão e aprovação de leis relativas as estatais logo em seguida, no julgamento da Reclamação 61.948/2020, menospreza a posição de ambas as casas legislativas para manter situação não respaldada pela própria decisão anterior daquele colegiado.

Isso posto fica a indicação para que essas discussões sejam ainda mais aprofundas no âmbito acadêmico, mas também dentro do judiciário, que o julgamento do mérito dessas ações coloque luz sobre esses temas e que não só prevaleça o desejo conformado no texto constituinte, mas também que seja dado outro nível de relevância para temáticas tão importantes como a soberania nacional e o interesse coletivo. Ainda, aumentar a participação da sociedade civil organizada nessas discussões e quando possível fomenta-las.

Restou demonstrado que esses são temas que estão na ordem do dia das principais democracias e economias do mundo e não seria razoável que o Brasil se distanciasse dessa lógica. E, pior, que ainda se encaminhasse para o oposto do que essa visão globalizada nos permite entender como melhor direção.

Ainda, em período como o atual é sempre muito complicado colocar-se enquanto crítico das decisões e formas adotadas pela mais alta corte do país sob risco de se parecer com alas antidemocráticas que se insurgem cada vez com mais frequência na política nacional. Mas não apontar que as fundamentações que têm levado a certas decisões distanciam a defesa do Estado Democrático de Direito da defesa de algumas das decisões de seus Poderes seria se abster do necessário e benéfico processo de fiscalização e crítica construtivas que a sociedade deve praticar para a defesa de nossa democracia.

6. REFERENCIAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique. **A Empresa Pública no Brasil**: Uma abordagem multidisciplinar. Brasília: IPEA, 1980, p. 8.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas estatais**: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista / Alexandre Santos de Aragão. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BBC. Annual Report and Accounts 2017/18. London: **BBC**, 2018, p. 56-57.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. MC da ADI 5.624/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 27/06/2018, Data de Publicação: DJe-129 29/06/2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. MC da ADI 5.624/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 06/06/2019, Data de Publicação: DJe-261 29/11/2019

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Rcl 61.948/2020. Relator: Ministro Edson Fachin

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Petição inicial da ADI 5.624/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Petição inicial da ADI 5.846/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Petição inicial da ADI 5.924/MG. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Petição inicial da ADI 6.029/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Voto conjunto ADIs 5.624DF, 5.846/DF, 5.924/MG e ADI 6.029/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**, ADI 234, Relator Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado. em 22/06/1995.

Fábrica de Fertilizantes Nitrogenados (Fafen-PR) - Resumo histórico disponível em: <https://petrobras.com.br/pt/nossas-atividades/principais-operacoes/fabricas-de-fertilizantes/fabrica-de-fertilizantes-nitrogenados-fafen-pr.htm>. Acesso em 15/02/2021

FORBES. The World's Biggest Public Companies 2020. Disponível em: <https://www.forbes.com/global2000/#5b3a01f1335d>. Acesso em: 15/02/2021

GUIMARAES, Edgar; SANTOS, Jose Anacleto **A. Lei das estatais**: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual Lei nº13,303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene P. **Estatais**: estatais no mundo; histórico no Brasil; regime jurídico; licitações; governança; espécies; setores estratégicos; funções do Estado. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. World Investment Report 2017: **Investment and the digital economy**. Genebra: United Nations Publication, 2017