

VOTO-VISTA

O Senhor Ministro Dias Toffoli:

Cuida-se da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo **Partido dos Trabalhadores - PT**, em face do Decreto nº 9.188, de 1º de novembro de 2017, o qual 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.

Em síntese, o requerente sustenta a contrariedade aos arts. 2º, 5º, inc. II, 37, *caput* e incs. XIX e XXI, 48, inc. V, 59, 61, § 1º, inc. II, al. *e*, 84, incs. IV e VI, 173, § 1º, inc. III, e 175 da Constituição Federal, afirmando que o decreto

- a) Afasta o princípio licitatório quando a Constituição Federal afirma sua necessidade;
- b) Afasta do Congresso Nacional a prerrogativa de deliberação acerca de venda do patrimônio (bens) da União, quando a Constituição exige a participação do Poder Legislativo;
- c) Permite a extinção das sociedades de economia mista sem maiores formalidades, através de venda direta (sem autorização do Congresso Nacional), quando a Constituição Federal prescreve a necessidade de lei específica;
- d) Invade a esfera de competência reservada à Lei, de modo que se volta contra a Constituição Federal que não admite a existência de Decreto autônomo em substituição ao regular processo legislativo formal;
- e) Afasta a incidência, nos processos de desestatização das empresas estatais, dos princípios da administração pública (normas de direito público), asseverando a prevalência exclusiva, do direito privado;
- f) Viola a independência do Poder Legislativo Federal;
- g) Convalida, via Decreto Autônomo, atos administrativos inconstitucionais já praticados pela União, em ofensa aos princípios da legalidade e moralidade.

Para fins de concessão da medida cautelar, o requerente considera configurado o requisito do perigo da demora, vez que *diversas estatais (sociedades de economia mista) poderão ter seu patrimônio alienado, inclusive com a própria extinção material da Companhia, tornando*

praticamente irreversível essas decisões, com a concessão da medida judicial apenas ao final.

Na sessão virtual iniciada em 3/4/2020, o Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator) submeteu a referendo do Plenário decisão em que deferiu **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.

O Ministro Relator sustentou, inicialmente, o cabimento da ação direta em face do Decreto nº 9.188/2017, considerando tratar-se de norma que teria extrapolado a mera regulamentação, importando em inovação no ordenamento jurídico.

Quanto ao pedido cautelar, o Relator suscitou o julgamento do referendo na medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.624/DF, para fundamentar o entendimento de que *a alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista exige autorização legislativa e licitação pública*.

Acompanhou o Relator o Ministro **Edson Fachin**.

O Ministro **Gilmar Mendes** apresentou voto divergente, manifestando-se pelo **indeferimento da medida cautelar**. A divergência consistiu no entendimento acerca do julgamento da ADI nº 5.624/DF-MC, tendo o Ministro destacado que o Plenário do STF teria decidido pela constitucionalidade do procedimento estabelecido no Decreto 9.188/2017.

Acompanhou o voto divergente o Ministro **Alexandre de Moraes**.

Pedi vista dos autos para melhor apreciar a questão.

Vejamos o teor dos dispositivos controversos:

Art. 1º Fica estabelecido, com base na dispensa de licitação prevista no art. 29, *caput*, inciso XVIII, da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, e no âmbito da administração pública federal, o regime especial de desinvestimento de ativos das sociedades de economia mista, com a finalidade de **disciplinar a alienação de ativos pertencentes àquelas entidades**, nos termos deste Decreto.

§ 1º As disposições previstas neste Decreto aplicam-se às sociedades subsidiárias e controladas de sociedades de economia mista.

§ 2º As disposições previstas neste Decreto não se aplicam às hipóteses em que a alienação de ativos esteja relacionada aos objetos sociais das entidades previstas no caput e no § 1º, às empresas de participação controladas pelas instituições financeiras públicas e aos bancos de investimentos, que continuarão sendo regidos pelo disposto no art. 28, § 3º, inciso I, da Lei nº 13.303, de 2016.

§ 3º O regime de que trata o *caput* poderá abranger a alienação parcial ou total de ativos.

§ 4º Para os fins do disposto neste Decreto, consideram-se:

I - ativos - as unidades operacionais e os estabelecimentos integrantes do seu patrimônio, os direitos e as participações, diretas ou indiretas, em outras sociedades; e

II - alienação - qualquer forma de transferência total ou parcial de ativos para terceiros.

O Decreto nº 9.188/2017 estabelece regime especial de desinvestimento de ativos das sociedades de economia mista, com base na hipótese de dispensa de licitação prevista no art. 29, inc. XVIII, da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, ou seja, no caso de *compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem*.

Dos dispositivos transcritos acima, depreende-se a aplicabilidade do decreto às sociedades subsidiárias e controladas de sociedades de economia mista, destacando-se, ainda, que os ativos a serem submetidos ao regime de desinvestimento podem ser *as unidades operacionais e os estabelecimentos integrantes do seu patrimônio, os direitos e as participações, diretas ou indiretas, em outras sociedades*.

A controvérsia a ser dirimida consiste na aferição, para fins de concessão de medida cautelar, da validade constitucional da adoção de regime especial de desinvestimento de ativos prevista no Decreto nº 9.188/2017.

Com a vênia do eminente Relator, **acompanho a divergência iniciada pelo Ministro Gilmar Mendes.**

De fato, conforme mencionado pelos que me antecederam, a compreensão dos pormenores da decisão proferida por este colegiado no referendo da medida cautelar na ADI nº 5.624/DF tem relevância para a resolução da presente controvérsia.

O Relator daquela ação, Ministro **Ricardo Lewandowski**, conferiu, cautelarmente, interpretação conforme ao art. 29, *caput*, inc. XVIII, da Lei nº 13.303/2016, para afirmar (i) a obrigatoriedade de autorização legislativa prévia para a venda de ações de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas, quando importar em alienação do controle acionário; e (ii) a dispensa de licitação apenas para a hipótese de venda de ações que não importe a perda de controle acionário de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas.

Não obstante o entendimento do Relator, prevaleceu, naqueles autos, a compreensão de que, por força do art. 37, inc. XIX, da Constituição Federal, seria imprescindível autorização legislativa para alienações que importem em transferência do controle acionário das matrizes das sociedades de economia mista e empresas públicas, porém, no caso da alienação das sociedades subsidiárias ou controladas, bastaria a autorização genérica para a sua criação na lei de instituição da estatal-matriz.

A maioria dos Ministros concluiu, ainda, que **o procedimento licitatório, embora exigível para a alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista, seria dispensável para a transferência do controle de sociedades subsidiárias e controladas**, afirmando a constitucionalidade do procedimento estabelecido na Lei nº 13.303/2016 e regulamentado pelo Decreto nº 9.188/2017, desde que garantida a competitividade e observados os princípios da legalidade, imparcialidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, da CF /88).

Naquele julgamento, pontuei:

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, in verbis : “o procedimento competitivo de alienação observará os princípios da publicidade e da transparência, que possibilitarão a fiscalização, a conformidade e o controle dos atos praticados pela sociedade de economia mista”.

(...)

Contudo, a dispensa de licitação não permite a alienação a terceiros sem critérios, devendo-se observar os princípios da administração pública inscritos no art. 37 da Constituição, respeitando-se, sempre, a **exigência de necessária competitividade** .

Nesse sentido, adiro à tese levantada pelo Ministro Gilmar Mendes, no sentido de conferir interpretação conforme ao inciso XVIII do art. 29 da Lei nº 13.303/16, a fim de se exigir a observância dos princípios inerentes à administração pública, previstos no art. 37, caput, da CF, e dos princípios constitucionais da licitação, em especial o da competitividade.

(...)

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 .

(...)

Ante o exposto, voto pelo deferimento, em parte, da medida cautelar anteriormente concedida pelo Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), de modo a se conferir ao art. 29, caput, inciso 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 e que seja respeitada a exigência de competitividade .

Nesses termos, o julgado recebeu a seguinte ementa:

Ementa: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONCESSÃO PARCIAL MONOCRÁTICA. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. ART. 29, CAPUT, DA LEI 13.303/2016. VENDA DE AÇÕES. ALIENAÇÃO DO CONTROLE ACIONÁRIO DE EMPRESAS PÚBLICAS, SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA OU DE SUAS SUBSIDIÁRIAS E CONTROLADAS. NECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA E DE LICITAÇÃO. VOTO MÉDIO. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE PELO PLENÁRIO. I – A alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista exige autorização legislativa e licitação pública. II – A **transferência do controle de subsidiárias e controladas não exige a anuência do Poder Legislativo e poderá ser operacionalizada sem processo de licitação pública, desde que garantida a competitividade entre os potenciais interessados e observados os princípios da administração pública constantes do art. 37 da Constituição da República**. III – Medida cautelar parcialmente referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. (ADI nº 5624 MC-Ref/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 29/11/2019)

Conforme afirmado pelo Ministro **Alexandre de Moraes** ao acompanhar a divergência, o decreto impugnado neste feito fora objeto de análise na ADI nº 5.624/DF-MC, tendo o Plenário reconhecido a sua constitucionalidade, considerando que, **do teor da norma, não se extrai a autorização de dispensa de licitação para alteração do controle acionário das empresas estatais, mas apenas de suas subsidiárias ou controladas e desde que observado procedimento que garanta a competitividade, em consonância com o que decidido naquele referendo.**

O voto apresentado pelo Ministro **Alexandre de Moraes** neste julgamento é esclarecedor quanto ao ponto:

De acordo com o precedente, a alienação de ativos das subsidiárias e controladas sem processo licitatório permitida pelo Decreto 9.188/2017 é constitucional, ainda que ocorra a transferência do controle dessas empresas.

Conforme consignei no aludido julgamento, entendo que **só haveria inconstitucionalidade no Decreto ora impugnado quanto à permissão de alienação de ativos, com dispensa de licitação, das sociedades de economia mista, mas não das subsidiárias e controladas. No caso, a norma em questão está direcionada apenas a**

estas últimas , não permitindo a interpretação de que poderia servir de fundamento para alienação das Empresas-mãe .

Assim, em que pese a jurisprudência deste Supremo Tribunal estar firmada no sentido da exigência de licitação para alienação da matriz de sociedades de economia mista, subjaz do regime concorrencial a que essas estatais estão submetidas a possibilidade de dispensa de certame licitatório para alienação do controle acionário de subsidiárias e controladas , através de procedimento competitivo e ágil, porém transparente e previamente regulamentado, com observância aos princípios insculpidos no art. 37, *caput* , da Constituição Federal.

Nessa toada, é de se destacar que o Decreto nº 9.188/2017 decorreu de uma recomendação do Tribunal de Contas da União à Casa Civil da Presidência da República, para que fosse avaliada a *conveniência e oportunidade de propor, com a urgência que considerar adequada, norma específica que disponha sobre alienações e desinvestimentos de sociedades de economia mista.*

Não por acaso, o decreto, ao longo de seus 41 artigos, estabelece um detalhado procedimento, com múltiplas fases (preparação, consulta de interesse, apresentação de propostas preliminares, apresentação de propostas firmes, negociação e resultado e assinatura dos instrumentos jurídicos negociais), às quais é concedida a necessária publicidade, no intuito de atingir os objetivos previstos no art. 2º, quais sejam:

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 imensoalidade 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.

Registre-se, ainda, que o procedimento do regime especial de desinvestimento de ativos de sociedades de economia mista ocorre sob o escrutínio de órgãos de fiscalização, conforme estabelece o art. 39 do decreto, no qual se lê:

Art. 39. Os órgãos de controle externo e interno das três esferas de governo fiscalizarão as alienações promovidas pelas sociedades de economia mista, suas subsidiárias e suas controladas, incluídas aquelas domiciliadas no exterior, quanto à economicidade e à eficácia da aplicação do disposto neste Decreto, sob o ponto de vista contábil, financeiro, operacional e patrimonial.

Diante do exposto, mantenho o entendimento no sentido da constitucionalidade do Decreto nº 9.188/2017, por considerar que a norma não contraria o que fora decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 5.624/DF-MC, mas rationaliza o procedimento para alienação de ativos das sociedades de economia mista, sem, todavia, importar em autorização para alienação da própria estatal-matriz.

Assim sendo, acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Gilmar Mendes e voto pelo indeferimento da medida cautelar .