



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Seção: Artigos Científicos

A necessidade (ou não) de prévia autorização legislativa para a venda de subsidiárias de empresas estatais

The need (or not) of prior legislative authorization for the sale of subsidiaries of state-owned companies

Guilherme Stumpf

Resumo: O presente trabalho pretende analisar, com base na Constituição Federal, nas leis e nas decisões do Supremo Tribunal Federal, a obrigatoriedade ou não de prévia autorização legislativa para a venda de subsidiárias de empresas estatais. Com o intuito de melhor compreender a natureza da discussão, num primeiro momento, será realizado um apanhado teórico sobre a ordem econômica na Constituição e as empresas públicas. Após, analisar-se-á de forma breve a Lei das Estatais (Lei 13.303/2016), pormenorizando os conceitos de empresa-matriz e empresa subsidiária. Por fim, serão analisados dois julgamentos mais recentes do Supremo Tribunal Federal envolvendo a matéria, além de apresentados comentários acerca de Proposta de Emenda Constitucional protocolada na Câmara dos Deputados sobre o tema.

Palavras-chave: Autorização legislativa; Direito Administrativo; Empresa Pública; Subsidiária; Venda e Alienação.

Abstract: The present work intends to analyze, based on the Federal Constitution, the laws and the decisions of the Supreme Federal Court, the mandatory or not of prior legislative authorization for the sale of state-owned companies. In order to better understand the nature of the discussion, at first, the work will demonstrate a theoretical overview of the economic order in the Constitution and its relation to public companies. Afterwards, the State-Owned Companies Law (Law 13,303 / 2016) will be briefly analyzed, detailing the concepts of parent company and subsidiary company. Finally, an analysis will be made of the two most recent judgments of the Federal Supreme Court involving the matter, in addition to comments on the Constitutional Amendment Proposition filed with the Congress on the subject.

Keywords: Legislative authorization; Administrative Law; Public Company; Subsidiary; Sale and Alienation.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v9n1p157-181>

A NECESSIDADE (OU NÃO) DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PARA A VENDA DE SUBSIDIÁRIAS DE EMPRESAS ESTATAIS

*Guilherme STUMPF**

Sumário: 1 Introdução; 2 Natureza constitucional; 2.1 Breves considerações sobre a ordem econômica na CF/88; 2.2 Serviço público; 2.3 Atividade economia e empresas públicas; 3 A Lei das Estatais; 3.1 Empresa matriz; 3.2 Empresa subsidiária; 4 O entendimento do Supremo Tribunal Federal; 4.1 As ADI's 5.624, 5.846 e 5.924; 4.2 A reclamação 42.576; 5 A PEC 150/2019; 6 Referências bibliográficas; 7 Referências legislativas e jurisprudenciais.

1. Introdução

A discussão sobre a necessidade de prévia autorização legislativa para a venda de empresas estatais e suas subsidiárias não é tão recente, apesar de ter voltado à cena nos últimos anos devido a inovações legislativas. Antes da chamada “Lei das Estatais”, o Supremo Tribunal Federal havia enfrentado algumas vezes a questão, ainda que de forma precária, declarando a inconstitucionalidade de alguns dispositivos de constituições estaduais que possibilitavam a venda de empresas públicas sem a prévia autorização do Poder Legislativo.

Todavia, com a edição da Lei das Estatais, o assunto voltou à tona. A nova legislação, estatuto jurídico das empresas públicas, se propôs a atualizar e modernizar a gestão das empresas públicas, conferindo-lhes uma maior competitividade de mercado. Tão logo publicada a lei, esta foi objeto de questionamento em diversas ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas no Supremo Tribunal Federal.

A questão, então, se colocou no seguinte sentido: a interpretação da Lei das Estatais – Lei 13.303/2016 – em face da Constituição Federal, sobretudo dos incisos XIX e XX do art. 37 da Carta da República. Neste sentido, o STF, tendo sido instado a se manifestar, proferiu decisão sobre o tema.

No presente artigo, busca-se situar a problemática e explicitar o posicionamento adotado pelo STF. A matéria é polêmica e pode envolver paixões exacerbadas. Os defensores do “estado mínimo” e das privatizações defenderão que, com o intuito de dar maior celeridade ao processo de desestatização, as empresas públicas e suas subsidiárias devem ser vendidas sem qualquer consulta ao Poder Legislativo. Já os que defendem o chamado “estado máximo” argumentarão que as empresas públicas

**Advogado. Pós-graduando em Direito Administrativo pela FMP/RS. Graduado em Direito pela UFRGS. Assessor Parlamentar na Câmara Municipal de Porto Alegre. Foi assessor da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre na gestão 2017-2020.*

devem continuar sob a tutela do estado e que autorização legislativa serve para barrar o processo privatizante de eventuais detentores do poder. Ser favorável ou contrário à autorização legislativa para venda de empresas estatais passa, nesses casos, por uma compreensão de mundo individual e de uma visão sobre os papéis do estado.

Não se pretende entrar em tais discussões. Buscou-se um distanciamento das questões políticas, visando sempre o exercício da imparcialidade, à procura de uma perspectiva objetiva e técnica a respeito de tais institutos.

Para fins de delimitação não somente conceitual, mas também quanto ao objeto do presente artigo, optou-se por focar a discussão no âmbito federal, considerando que a União é o ente federado que detém o maior número de empresas públicas. Com isso, adota-se, para fins de conceito de empresa pública o previsto no Decreto-Lei 200/67, que não difere, grosso modo, do conceito previsto na Lei 13.303/2016.

Na parte inicial do presente estudo, busca-se apresentar um aparato teórico sobre o tema, tratando sobre a ordem econômica na Constituição de 1988, o *status* constitucional que as empresas públicas possuem, além de comentários à Lei das Estatais e aos conceitos de empresa matriz e empresa subsidiária.

Na parte final, procura-se explanar os argumentos das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, bem como analisar uma Proposta de Emenda à Constituição protocolada na Câmara dos Deputados que vai de encontro ao entendimento do STF.

2. Natureza constitucional

2.1 Breves considerações sobre a ordem econômica na CF/88

A Constituição Federal estabelece em seu Título VII as normas, princípios e regras que regerão a ordem econômica e financeira. De acordo com Eros Grau, a ordem econômica, ainda que se oponha a ordem judicial¹, é usada para referir-se a uma parcela da ordem jurídica, que compõe um sistema de princípio e regras, compreendendo uma ordem pública, uma ordem privada e uma ordem social. (GRAU, 2004, p. 51).

No mesmo sentido, André Ramos Tavares concebe a ordem econômica com uma ordem jurídica da economia, definindo como “a expressão de um certo arranjo econômico, dentro de um específico sistema econômico, pré-ordenado juridicamente. É a sua estrutura ordenadora, composta por um conjunto de elementos que confronta um sistema econômico”. (TAVARES, 2006, p. 83).

¹ Eros Grau segue aqui o posicionamento do sociólogo Max Weber, que refere a ordem jurídica como a esfera do mundo ideal (ou o mundo do dever ser) e a ordem econômica como a esfera dos acontecimentos reais (o mundo do ser).

Os princípios que regem a ordem econômica passaram a ser constitucionalizados a partir da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar, de 1919. A constitucionalização, no Brasil, passou a ser adotada a partir da Constituição de 1934. Para Eros Grau, tal fenômeno ocorre como produto da substituição de uma ordem jurídica liberal para uma ordem jurídica intervencionista.

É justamente na Era Vargas, durante as décadas de 40 e 50 do século passado, que diversas empresas públicas foram criadas, como resultado de uma política nacional desenvolvimentista, não apenas com um caráter intervencionista na economia, mas também como possibilidade de garantir uma industrialização tardia do país, considerando a frágil iniciativa privada existente na época. Datam desse período a criação das empresas Companhia Siderúrgica Nacional, Companhia Vale do Rio Doce, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico, a Petróleo Brasileiro S.A e outras.

A atuação do estado na economia se intensificou fortemente durante o regime militar, mantendo um modelo econômico protecionista em face das empresas estrangeiras. Desse período, especialmente da década de 70, datam as criações das estatais como Eletrobrás, Nucleobrás, Siderbrás, entre outras.

As bases constitucionais do atual sistema econômico brasileiro encontram-se esculpidos nos artigos 170 e seguintes da Constituição Federal, não havendo consenso entre os doutrinadores sobre a forma econômica adotada.

Cita-se a posição de dois grandes teóricos do direito constitucional brasileiro que, na espécie, divergem entre si. De acordo com José Afonso da Silva, a ordem econômica adotada pelo constituinte é de matriz capitalista, uma vez que se encontra apoiada na apropriação privada dos meios de produção e na livre iniciativa (SILVA, 2020, 764). Já Raul Machado Horta é categórico ao afirmar que a Constituição Federal está impregnada de princípios e soluções contraditórias: ora reflete um rumo do capitalismo liberal, consagrando os valores fundamentais desse sistema, ora avança no sentido do intervencionismo sistemático e do dirigismo planejados, com elementos socializadores. (HORTA *apud* MORAES, 2008, 796).

Fato é que a análise sistemática e abrangente da Constituição Federal não nos permite dizer que a Carta Política tem uma matriz mais liberal ou mais intervencionista. Veja-se, por exemplo, o que afirma José Vicente Mendonça:

não seria honesto afirmar que a Constituição brasileira de 1988 afirmou a primazia de uma opção econômica em suas mínimas graduações. 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 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. O texto da Constituição ainda é útil sob outra forma. A própria redação do art. 173 é exemplificativa da torção ideológica à qual muitas vezes as palavras são submetidas. Fora a incommum hipótese de imperativo de segurança nacional, afirmar que relevante interesse coletivo significa “em último caso” é colocar palavras na boca da Constituição. A interpretação constitucionalmente adequada do art. 173, aquela que não se mostra refém de nenhuma doutrina abrangente, mas lida apenas com razões públicas, é, por curioso que soe, a interpretação literal: relevante interesse coletivo significa hipótese muito importante, que não necessariamente virá em último caso ou como última alternativa à atuação privada.

Os dois sustentáculos da ordem econômica na Constituição Federal são os institutos de serviço público e atividade econômica. As consequências ao enquadrar determinada atividade como uma atividade econômica ou como um serviço público são bastante diversas, razão pela qual se faz necessário diferenciar esses dois conceitos.

2.2 Serviço Público

O art. 173 da Constituição Federal trata da atividade econômica, já o art. 175, por sua vez, da prestação de serviços públicos. A precisão de enquadramento de determinada atividade em tais artigos é fundamental, sobretudo pelas consequências que daí são extraídas, conforme já exposto. Caso determinada atividade seja enquadrada como serviço público, ela deverá ser prestada diretamente pelo Estado, ou, pelo privado, mediante regime de concessão.

Tal entendimento é pacífico no âmbito do Supremo Tribunal Federal, uma vez que se trata de leitura cristalina do que dispõe o art. 175 e seu parágrafo único. Apenas como exemplificação, cita-se trecho do voto do Ministro Eros Grau, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 845:

O princípio da livre iniciativa não se expressa como faculdade de criar e explorar atividade econômica a título privado. A prestação desses serviços pelo setor privado dá-se em regime de concessão ou permissão, observado o disposto no artigo 175 e seu parágrafo único da Constituição do Brasil.

A diferenciação entre atividade econômica e serviço público deve partir de uma conceituação de tais termos. Ocorre que a definição de serviço público não é pacífica dentro da doutrina. O art. 175 da Constituição assim dispõe:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado

De acordo com Di Pietro, a conceituação de serviço público é uma das tarefas mais difíceis do direito administrativo, havendo a noção sofrido profundas modificações desde a sua origem no tocante à sua abrangência e aos seus elementos constitutivos.

Assim sendo, colaciona-se alguns trechos de doutrina que procuram conceituar serviço público, de autoria de diferentes autores. Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 665), serviço público seria:

toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativa

De outro lado, Maria Sylvia Di Pietro (2018, p. 418) define serviço público como:

toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.

O mestre Hely Lopes Meirelles (2020, p. 418) dá ênfase a uma concepção de serviço público que satisfaça as necessidades da população, assim definindo:

Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado.

Eis o conceito de Marçal Justen Filho (2018, p. 727):

serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais e transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificadas legislativamente e executada sob regime de direito público.

De acordo com Rafael Maffini (2016), as divergências existentes na doutrina no que tange à conceituação de serviço público não são, na verdade, divergências, mas apenas definições diferentes das dimensões do instituto, classificadas pelo autor como “amplíssima”, “ampla” e “estrita”.

Dada a divergência conceitual, poder-se-ia pensar que qualquer atividade poderia vir a ser enquadrada como serviço público, caso a lei assim estabelecesse. No entanto, há decisão paradigmática do STF afirmando existirem limites à atuação legislativa no ato de definição de atividades como serviço público. No julgamento do RE 220.999, o Plenário do STF decidiu que o transporte fluvial de cargas não se configura como serviço público, uma vez que não se constitui de uma atividade fim do Estado, ou seja, não é um serviço essencial à sociedade ou indispensável ao desenvolvimento social.

Já a atividade econômica, com previsão no art. 173 da Constituição Federal, estabelece, como regra, a exploração da atividade econômica – aquela que visa fundamentalmente o lucro – pelo privado, sendo permitida a exploração pelo Poder Público apenas em alguns casos específicos.

No próximo subcapítulo será feita uma análise mais detalhada sobre o art. 173 da Constituição, bem como o enquadramento das empresas públicas dentro da atividade econômica. É importante destacar, ainda, no entanto, aquilo que Marçal Justen Filho (2018, p. 727) chama de “concessão-descentralização” de serviço público.

Tal concessão se verifica nos casos em que o ente federado, titular de determinado serviço público, institui uma entidade com personalidade jurídica de direito privado para assumir o desempenho de determinado serviço. Nestes casos, os entes estariam criando empresas públicas que não estariam competindo no mercado com a iniciativa privada, mas que estariam adstritas à prestação de determinado serviço público.

Mencionando a possibilidade da ocorrência desta descentralização administrativa, pode-se entrar na questão que envolve o art. 173 da Constituição Federal.

2.3 Atividade Econômica e Empresas Públicas

Pois bem. O caput do art. 173 assim dispõe:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida

quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Percebe-se que tal artigo prestigia a livre iniciativa, uma vez que permite a exploração da atividade econômica diretamente pelo Estado apenas nos casos em que estiver envolvida a segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Ou seja, a atuação do Estado na atividade econômica se dará de forma supletiva, apenas em duas hipóteses. Tais hipóteses são conceitos jurídicos indeterminados, estando condicionados à prévia definição legal.

A instituição de empresa fica condicionada à prévia autorização legislativa. É o que se apreende da leitura direta do texto constitucional. O inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal, originariamente, tinha a seguinte redação:

Art. 37 (...)

XIX – somente por lei específica poderão ser criadas empresas públicas, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública.

Com o advento da Emenda Constitucional 19/98, responsável pela reforma administrativa do governo Fernando Henrique Cardoso, a redação do inciso XIX passou a vigor assim:

Art. 37 (...)

XIX – 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.

A alteração realizada neste inciso foi importante, uma vez que a lei não tem o condão de criar a empresa pública, conforme estabelecido na redação original, mas sim de autorizar o Poder Executivo a criá-la, considerando a necessidade de atos constitutivos a serem registrados, como em qualquer empresa regida pelo direito privado. Neste sentido, ensinamento de Maria Sylvia Zanella di Pietro (2018, p. 332):

a EC nº 19 corrigiu uma falha do art. 37, XIX, da Constituição, que exigia lei específica para a criação de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia e fundação. O dispositivo era criticado porque, em se tratando de entidades de direito privado, como a sociedade de economia mista, a empresa pública e a fundação, a lei não cria a entidade, tal como o faz com a autarquia, mas apenas autoriza a criação, que se processa por atos constitutivos do Poder Executivo e transcrição no Registro Público. Com a nova redação, a distinção foi feita.

Indo ao encontro de tal doutrina, cita-se também as observações complementares de Rafael Maffini (2016, p. 283):

Para que passem a existir, todas as pessoas jurídicas da Administração Pública Indireta carecem de lei específica. Até a promulgação da EC 19/1998, tais pessoas jurídicas eram efetivamente criadas por lei específica. Tal realidade normativa, contudo, trazia consigo algumas perplexidades, notadamente em relação às entidades empresariais (sociedades de economia mista e empresas públicas), em relação às quais se discutia se a sua existência se dava com a lei ou com o arquivamento (ou registro) dos atos constitutivos na Junta Comercial. Tais perplexidades foram suprimidas quando a EC 19/1998 deu nova redação ao disposto no art. 37, XIX da CF, explicitando com mais precisão técnica o real papel da lei específica na criação de cada uma das entidades da Administração Pública Indireta.

Já o inciso XX do art. 37 da CF assim estabelece:

XX – depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada.

O grande mestre Hely Lopes Meirelles (2020, p. 319), ao tratar do inciso acima transcrito afirmava que:

tal autorização está implícita na lei que autorizou a criação da entidade e outorgou-lhe os poderes necessários para realizar as atividades, obras ou serviços que constituem os objetivos da organização.

Importante mencionar, ainda que longa citação, no que tange à inteligência e interpretação de tais artigos constitucionais, os ensinamentos de Marçal Justen Filho (2018, p. 170 e s.):

A redação original do inc. XIX do art. 37 da Constituição previa que cabia à lei criar a sociedade de economia mista e a empresa pública. Em face dessa redação, era inquestionável que a extinção da entidade (ou a alienação de seu controle) dependeria igualmente de lei. Mas a EC 19/1998 alterou essa redação e estabeleceu que cabe à lei “autorizar” a criação da sociedade de economia mista e da empresa pública. Logo, é indispensável analisar, caso a caso, o conteúdo da autorização concedida pela lei. Se tiver sido instituída competência discricionária para a criação, então existirá autonomia de escolha para o ente federativo. Deve-se reputar que essa autonomia compreenderá inclusive o poder para, depois de ter sido criada a entidade, haver a sua extinção ou a alienação das ações representativas do controle. Diversamente se passará se a lei tiver instituído competência vinculada: se a lei determinar como obrigatória a criação da entidade, então ela somente poderá ser extinta – essa regra valerá para a alienação do controle societário – mediante lei.

Já o inciso XX do art. 37 da Constituição comporta interpretação diversa. A criação de subsidiárias e a participação em sociedades privadas envolve sempre uma avaliação discricionária, a ser realizada no âmbito da gestão empresarial da sociedade de economia mista e da empresa pública. Não cabe à lei impor, de modo compulsório, a criação de subsidiária e a participação em outras sociedades. O que a Constituição prevê é a autorização legislativa como requisito de legitimidade dessa decisão. Por isso, não é necessária autorização legislativa para a extinção das subsidiárias (inclusive a mediante alienação do seu controle societário) ou para a eliminação da participação em sociedade privada.

Juliano Heinen (2020, p. 341), a seu turno, faz uma diferenciação entre as expressões “autorização legislativa”, contida no inciso XX do art. 37, e a expressão “lei específica”, contida no inciso XIX do mesmo artigo. O doutrinador assim explica:

para a criação de subsidiárias, o conceito de “autorização legislativa” ali previsto não se confunde com o de “lei específica”, expressão esta mencionada no art. 37, inciso XIX, também da Constituição Federal. Logo, a autorização legislativa pode ser um dispositivo legal que autorize genericamente a possibilidade de criação de subsidiárias, não sendo, pois, necessária a edição de uma lei com o conteúdo específico de autorização para a criação de subsidiárias. Via de regra, essa autorização legislativa aparece na própria lei que autoriza a criação da entidade controladora.

Em apertada síntese, o art. 173 da Constituição Federal prevê a exploração direta da atividade economia pelo Estado, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. Já os incisos XIX e XX do art. 37 da Constituição Federal, estabelecem que lei autorizará a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista e, em cada caso, das subsidiárias. A discussão, portanto, se dará na forma interpretativa desses dispositivos constitucionais, tanto isoladamente quanto em conjunto.

3. A Lei das Estatais

A Lei 13.303/2016, composta por 96 artigos, dividida em três títulos, propõe-se a regulamentar o art. 173, §1º da Constituição Federal. A referida lei insere no ordenamento jurídico, com efeitos imediatos ou progressivos, normas jurídicas que impactam no regime societário, na organização e atuação das empresas públicas e sociedades de economia mista de todas as esferas da federação (União, Estados e Municípios), no regime de compras e contratações, bem como na forma de prestação de contas ao Estado.

Devido ao tamanho da Lei 13.303, uma análise pormenorizada de todos os dispositivos extrapolaria, em muito, os limites estabelecidos no presente artigo. Um dos aspectos a se destacar deste estatuto jurídico das empresas estatais é a adesão aos

conceitos de governança corporativa, estabelecendo *compliance* e efetivando o controle social por meio da transparência, possibilitando uma perspectiva maior de resultados práticos. Octaviani e Nohara (2019) destacam que já na década de 1990, houve, no Brasil, a intensificação do debate sobre a necessidade de delimitação de parâmetros mais rigorosos de governança corporativa para as empresas estatais.

Outra inovação da lei foi tratar, em seu art. 27, da função social da empresa, que assim dispõe:

Art. 27. A empresa pública e a sociedade de economia mista terão a função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo de segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação.

§ 1º A realização do interesse coletivo de que trata este artigo deverá ser orientada para o alcance do bem-estar econômico e para a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos pela empresa pública e pela sociedade de economia mista, bem como para o seguinte:

I - ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

II - desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista, sempre de maneira economicamente justificada.

§ 2º A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão, nos termos da lei, adotar práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa compatíveis com o mercado em que atuam.

§ 3º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão celebrar convênio ou contrato de patrocínio com pessoa física ou com pessoa jurídica para promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica, desde que comprovadamente vinculadas ao fortalecimento de sua marca, observando-se, no que couber, as normas de licitação e contratos desta Lei.

Ou seja, o espírito da lei procura deixar claro que a empresa pública existe para garantir que suas atividades sirvam a um bem maior, a saber, o bem comum e os interesses da coletividade. Aliás, não podia ser de outra forma, uma vez que, de acordo com Gustavo Amorim Antunes (2017, p. 313):

A atuação do Estado como mero investidor é vedada pelo art. 173 da Constituição Federal, que, inclusive, exige que toda empresa estatal tenha função social claramente definida. (...) O interesse público deve

necessariamente estar presente e direcionado a atuação e a existência de qualquer empresa estatal.

Contudo, é no artigo que trata do procedimento licitatório que se localiza a expressão cujo conteúdo suscitou a discussão enfrentada no presente texto. O inciso XVIII do art. 29 da Lei 13.303, assim dispõe:

Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista (...)

XVIII - na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem.

Este foi um dos principais artigos impugnados nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 5.846, 5.924 e 6.029, cujo objeto será analisado adiante. Isto porque o dispositivo foi silente à necessidade de aval legislativo para realizar tal venda de ações. Assim, os proponentes da ADI postulavam uma interpretação conforme à Constituição, para esclarecer que tal venda dependia de autorização legislativa prévia.

3.1 Empresa matriz

Antes de adentrarmos especificamente no tema da venda de empresas estatais e suas subsidiárias e a necessidade de autorização legislativa para esse fim, cumpre, ainda, fazermos uma diferenciação conceitual entre a empresa matriz, também chamada de “empresa-mãe” e a as suas subsidiárias. Tal questão é relevante não apenas para compreensão do texto constitucional, como também para melhor entendimento do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

Na doutrina, encontramos várias definições próprias de empresa pública. De acordo com inciso II do art. 5º do Decreto-Lei 200/1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. De acordo com Márcio Ióro Aranha (2017, 48), o DL 200/67 teria aplicação restrita à Administração Pública Federal, defendendo que o posicionamento das empresas estatais no esquema geral da Administração Pública continua regido, na esfera federal, pelo Decreto-Lei 200/1967, incluindo-as na Administração indireta. Tal conceito, no entanto, parece adequado não apenas em nível federal, mas também nacional, uma vez que seria impensável que cada um dos municípios brasileiros adotasse definição própria para o conceito empresa pública.

A própria lei 13.303/2016, já anteriormente referida, estabeleceu que “empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação

autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios”, de acordo com seu art. 3º. Aqui, percebe-se, portanto, uma conceituação mais abrangente, que pretende abarcar todos os entes da federação. Ocorre, no entanto, que o DL 200 permanece em vigor, estando seus dispositivos ainda dotados de eficácia plena.

No que tange à regulamentação da Lei 13.303/2016, importante mencionar o Decreto Federal 8.945/2016, que prevê em seu art. 11 que a empresa pública será constituída, preferencialmente, na forma de sociedade anônima e que tal forma é obrigatória para suas subsidiárias.

3.2 Empresa subsidiária

Ainda que conste no art. 37, inciso XX a expressão “subsidiárias”, não havia uma regulamentação de tal instituto até a edição da lei 13.303/2016. A jurisprudência e a doutrina sempre trataram do tema, sendo a legislação, no entanto, silente. No âmbito do direito privado, existia apenas uma referência ao conceito de “subsidiária integral”, disciplinado pelo art. 251 da Lei das Sociedades Anônimas.

A Lei 13.303/2016 adotou a expressão “sociedades subsidiárias”. De acordo com Marçal Justen Filho (2018, p. 176):

A sociedade estatal subsidiária é uma pessoa jurídica de direito privado, constituída como regra sob forma de companhia e que se encontra sob controle direto ou indireto de empresa pública ou sociedade de economia mista.

José dos Santos Carvalho Filho (2016, p. 492), em obra publicada antes da Lei das Estatais, assim delineava o conceito de subsidiária:

Empresas subsidiárias são aquelas cujo controle e gestão das atividades são atribuídos à empresa pública ou à sociedade de economia mista diretamente criadas pelo Estado. Em outras palavras, o Estado cria e controla diretamente determinada sociedade de economia mista (que podemos chamar de primária) e esta, por sua vez, passa a gerir uma nova sociedade mista, tendo também o domínio do capital votante. É esta segunda empresa que constitui a sociedade subsidiária. Alguns preferem denominar a empresa primária de sociedade ou empresa de primeiro grau, e, a subsidiária, de sociedade ou empresa de segundo grau. Se houver nova cadeia de criação, poderia até mesmo surgir uma empresa de terceiro grau e assim sucessivamente.

A empresa subsidiária, tendo em vista os conceitos acima explanados, é encarregada de prestar um apoio, de forma subsidiária – como o próprio nome sugere – à atividade principal da empresa matriz ou empresa-mãe, sendo por esta controlada.

No que tange à criação das empresas subsidiárias, a Lei 13.303/2016 assim dispõe:

Art. 2º A exploração de atividade econômica pelo Estado será exercida por meio de empresa pública, de sociedade de economia mista e de suas subsidiárias.

§ 1º A constituição de empresa pública ou de sociedade de economia mista dependerá de prévia autorização legal que indique, de forma clara, relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, nos termos do caput do art. 173 da Constituição Federal.

§ 2º Depende de autorização legislativa a criação de subsidiárias de empresa pública e de sociedade de economia mista, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada, cujo objeto social deve estar relacionado ao da investidora, nos termos do inciso XX do art. 37 da Constituição Federal.

§ 3º A autorização para participação em empresa privada prevista no § 2º não se aplica a operações de tesouraria, adjudicação de ações em garantia e participações autorizadas pelo Conselho de Administração em linha com o plano de negócios da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas respectivas subsidiárias.

Ou seja, a própria Lei das Estatais faz referência aos incisos constitucionais que preveem a necessidade de autorização legislativa para a criação das empresas subsidiárias. No entanto, pode-se interpretar tal autorização como um aval genérico, embutido dentro do corpo da lei que cria a própria empresa matriz.

Ainda que escassa, a doutrina produzida sobre o assunto após a edição da Lei 13.303/2016, tende a seguir tal linha interpretativa, nos moldes do que também vem sendo decidido pelo Supremo Tribunal Federal, como se verá adiante.

Sobre tal tema, mister mencionar o ensinamento em sede doutrinal de Carolina Fidalgo e Patrícia Sampaio (2019, p. 176):

a criação de subsidiárias ou a participação em sociedades privadas por empresas estatais, desde que para a exploração da atividade definida na lei de autorização, constitui uma decorrência da lógica empresarial, sendo operações inerentes à adoção do formato societário de direito privado. Esses instrumentos societários deverão apresentar alguma relação com a atividade realizada pela sua matriz e com o interesse público que fundamenta a atuação direta do Estado em um setor submetido à livre iniciativa.

Como o próprio nome sugere, a empresa subsidiária é aquela que subsidia a empresa matriz, para que esta possa exercer suas atividades de forma plena e integral.

A diferença substancial, no entanto, refere-se ao controle da empresa. Enquanto a empresa pública matriz está sob o controle do Estado, do Poder Público, a empresa

subsidiária está, na verdade, sob o controle da empresa estatal matriz, ficando a ela subordinada.

4. O entendimento do Supremo Tribunal Federal

4.1 As ADI's 5.624, 5.846 e 5.924

O Supremo Tribunal Federal já enfrentou a questão da necessidade ou não de prévia autorização legislativa para a venda de empresas estatais e suas subsidiárias algumas vezes. Cito, como exemplo, as ADI's 234, 1.348, 1.703 e 3.578.

A jurisprudência da Suprema Corte era pacífica no sentido de que a alienação da participação societária, inclusive controle acionário em sociedades de economia mista, dependeria de autorização legislativa. À época, as ações, buscavam declarar a inconstitucionalidade de dispositivos de leis estaduais em face à Constituição Federal ou da Lei Federal 8.031, de 12 de abril de 1990, que criou o Programa Nacional de Desestatização, posteriormente revogada pela Lei 9.491, que alterava o procedimento de desestatização.

Com o advento da Lei das Estatais, o STF foi novamente instado a se manifestar sobre a necessidade ou não de autorização legislativa para venda de empresas estatais e suas subsidiárias. Três medidas cautelares em ADI's de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski foram julgadas em conjunto: ADI 5.624, ADI 5.846 e ADI 5.924.

Na análise da medida cautelar postulada, o Ministro Relator assim se manifestou:

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 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 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 contesto 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.

Quando do julgamento em Plenário para referendar ou não a medida cautelar do Ministro Ricardo Lewandowski, abriu-se a divergência, inaugurada com o Ministro Alexandre de Moraes, restando a medida cautelar referendada em parte, para conferir ao art. 29, *caput*, inc. XVIII, da Lei 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;
- 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.

Considerando que a aplicação ou não do procedimento licitatório extrapola, em muito, o tema da presente monografia, ficaremos adstritos aos argumentos que versam sobre a necessidade de prévia autorização legislativa ou não para a venda de empresas estatais.

A corrente divergente entendeu que a autorização prevista no inciso XX do art. 37 da Constituição Federal, é, na verdade, uma autorização genérica, que pode ser concedida ao Poder Executivo na própria lei que autorizar a criação da chamada empresa-mãe, nos moldes do que foi feito com a lei da PETROBRÁS, onde, no art. 64, previu-se a possibilidade genérica da criação de subsidiárias.

Segundo esta corrente, que foi a majoritária, os incisos XIX e XX do art. 37 da Constituição fechariam o sistema de criação e de autorização para intervenção do estado na ordem econômica. Legislação complementar estabeleceria os casos em que seria possível a criação de empresa pública (petróleo, gás canalizado, telecomunicações – como já fora anteriormente) e, após, a lei específica criaria a empresa-mãe. No bojo,

o inciso XX do art. 37 permitiria uma autorização genérica na lei que autoriza a criação da empresa-mãe.

Importante destacar também que, conforme informações contidas nos votos dos ministros que divergiram do relator, o Congresso Nacional jamais teria editado lei específica autorizando a criação de subsidiária. Portanto, ao dizer que a criação de subsidiária se faz por lei específica, bem como sua venda ou extinção, o Supremo Tribunal Federal estaria dizendo que todas as subsidiárias até então constituídas foram formalizadas de forma irregular e inconstitucional. Um perigoso precedente.

O próprio Ministro Alexandre de Moraes assim se manifesta:

Essa generalidade da autorização legislativa exigida pelo inciso XX do artigo 37, autorizando criação de subsidiárias, que poderia ser uma lei específica ou a própria lei da criação da empresa-mãe, pode, a meu ver, estabelecer essa possibilidade, até porque o mesmo Congresso é que vai atuar – insisto porque entendo isso de vital importância. Não há nenhuma autorização legislativa específica para criar subsidiária A, B, C. Então, o entendimento contrário levaria à inconstitucionalidade imediata todas as subsidiárias.

Outro argumento utilizado que, embora divergente, levava à mesma conclusão de que não haveria necessidade de autorização legislativa para a venda das subsidiárias é a ausência de qualquer menção a isso tanto no inciso XX do art. 37, quanto no próprio art. 173 da Constituição Federal.

O inciso XX fala em autorização para criação e ao art. 173 delega à lei o estatuto jurídico das empresas públicas. Assim sendo, seria competência da Lei das Estatais estabelecer como se daria a forma de venda das subsidiárias de empresas públicas.

O lastro jurídico que pretende sustentar tal argumento é o de que a intervenção do Estado na economia é a exceção e não a regra. Portanto, para criação de uma empresa pública, quando a Administração Pública pretender intervir diretamente na economia, por ser exceção, seria obrigatória a participação do Congresso Nacional no debate. No entanto, quando o Poder Público opta por desinvestir ou vender ações, estaria seguindo a regra, ou seja, afastando-se do domínio econômico, não necessitando, para isso, de autorização legislativa.

Ou seja, ainda que por argumentações distintas, por maioria, os ministros entenderam que a venda de subsidiárias e controladas não necessitam de prévia autorização legislativa.

4.2 A Reclamação 42.576

Enquanto a presente monografia estava sendo escrita, sobreveio uma nova decisão do STF, ratificando o entendimento anteriormente firmado. Trata-se da decisão na

Reclamação nº 42.576, proposta pela Mesa do Congresso Nacional e pela Mesa do Senado Federal.

Em síntese, os proponentes apontavam que havia descumprimento da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do referendo da medida liminar na ADI 5.624. As partes proponentes da ação sustentaram que, não obstante a decisão do STF, a PETROBRÁS pretenderia alienar o patrimônio estratégico da empresa a partir da criação de novas empresas subsidiárias, fraudando a decisão tomada pela Corte Constitucional.

Alegou-se na reclamação que a PETROBRÁS, com o intuito de impulsionar o programa de desinvestimentos, estaria fatiando os ativos pertencentes ao patrimônio da controladora em várias subsidiárias com o propósito de posterior venda direta ao mercado, contornando a decisão proferida na ADI 5.624.

O Ministro Relator, Edson Fachin, concedia a liminar, propondo a tese nos seguintes termos:

RECLAMAÇÃO. MEDIDA LIMINAR. ALEGADA VIOLAÇÃO À DECISÃO CAUTELAR PROFERIDA NA ADI 5.624. CRIAÇÃO DE SUBSIDIÁRIAS POR EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. ALIENAÇÃO DE ATIVOS DIRETAMENTE NO MERCADO. IMPRESCINDÍVEL A PARTICIPAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO. ATRIBUIÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL. LIMINAR DEFERIDA. 1. O Plenário do STF, no julgamento da medida cautelar na ADI 5.624, decidiu que a alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista exige autorização legislativa e licitação pública, mas 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. 2. Ao menos em juízo de cognição sumária, a criação das subsidiárias impugnadas não serve estrito cumprimento de atividades de seu objeto social que integrem a indústria de petróleo (art. 64 da Lei n. 9.478/97), mas apenas à venda de ativos da empresa-mãe, havendo indício de desvio de finalidade. 3. Medida liminar deferida.

No entanto, mais uma vez, o entendimento vitorioso foi o da divergência aberta pelo Ministro Alexandre de Moraes. A corrente divergente entendeu que não houve qualquer desvio de finalidade ou fraude na criação de subsidiárias, no sentido de partir o patrimônio da empresa-mãe, permitindo uma parcial privatização sem autorização legislativa, somente com a venda de seus ativos.

O art. 64 da Lei 9.478/97, assim estabelece:

Art. 64. Para o estrito cumprimento de atividades de seu objeto social que integrem a indústria do petróleo, fica a PETROBRÁS autorizada a constituir subsidiárias, as quais poderão associar-se, majoritariamente ou minoritariamente, a outras empresas.

Nesse sentido, os Ministros entenderam que a empresa estava exercendo, de forma legítima e lícita, sua discricionariedade de gestão administrativa, realizando um plano de desenvolvimento, buscando otimizar a sua atuação e conseqüentemente, garantir maior rentabilidade, eficácia e eficiência a empresa pública. Assim sendo, estariam presentes os requisitos constantes no art. 64, supracitado.

No próprio documento encaminhado pelo Ministério da Economia, nos autos da Reclamação, e citado pelo Ministro Alexandre de Moraes em seu voto, a PETROBRÁS apresentou vantagens financeiro-tributárias, operacionais e jurídicas, visando uma obtenção maior de lucros com a constituição de refinarias e posterior venda, uma vez que geram mais receita para a empresa.

Ademais, o voto-divergente do Min. Alexandre de Moraes também aponta uma informação importante: o acórdão do Tribunal de Contas da União que analisou o procedimento. O TCU assim entendeu:

75. O cerne da representação baseia-se no alegado “desvio de finalidade”, uma vez que o motivo para a criação das subsidiárias para posterior alienação, “não seria o aproveitamento de novas oportunidades de negócios, mas o desmembramento da empresa-matriz, na intenção de conduzir a uma “privatização branca”, em burla ao controle democrático do Congresso Nacional”.

76. Contudo, ao contrário do afirmado da representação, como explicitado nos autos do TC 009.518/2019-8, a alienação de ativos de refino tem orientação para o aproveitamento de oportunidades mercadológicas, otimização de portfólio, motivação regulatória e geração de valor para a empresa.

77. No sentido negocial, a motivação estratégica para o desinvestimento em refino se sustenta em dois eixos: (i) alocação de capital: busca de melhor alocação de capital, priorizando a participação em segmentos com maior vantagem competitiva e maior rentabilidade; e (ii) aumento da resiliência: necessidade de geração de recursos para a redução do nível de alavancagem da empresa, tornando-a mais resiliente à variação de preços do Brent.

(...)

81. Também não é possível alegar como impeditivo para a alienação o fato de a atividade de refino estar no objeto social da Companhia. A PETROBRAS tem razão ao afirmar que não é obrigada a realizar a atividade de refino a qualquer custo em detrimento do resultado geral

da estatal. Não se deve esquecer que o sistema PETROBRÁS é composto por diversas atividades de distintos segmentos da indústria do petróleo e gás, além de outras fontes de energia.

82. Dessa forma, a empresa deve focar sua atenção naquelas atividades que resultem no melhor resultado para seus acionistas, públicos e privados. A decisão de realizar uma atividade ou não, e o grau de investimentos que irá direcionar para cada área de atuação, deve sempre ser economicamente justificada e não deve ser direcionada por interesses estritamente políticos.

Com base em tais argumentos, seguindo a divergência aberta pelo Ministro Alexandre de Moraes, o Supremo Tribunal Federal ratificou sua decisão anterior no sentido de inexigência de autorização legislativa para a venda de subsidiárias, afastando a alegação de desvio de finalidade ou fraudes nas ações tomadas pela PETROBRÁS.

5. A PEC 150/2019

Após o Supremo Tribunal Federal ter sido instado a se manifestar sobre a constitucionalidade da venda de subsidiárias pertencentes às empresas públicas e sociedade de economia mista sem a necessidade de aprovação de lei autorizativa prévia, tendo entendido pela possibilidade jurídica de se concretizar a venda sem autorização legislativa, o deputado Leônidas Cristino, do PDT, apresentou uma Proposta de Emenda Constitucional.

A PEC 150/2019, que atualmente se encontra na Comissão de Constituição e Justiça para parecer, pretende conferir a seguinte redação ao inciso XIX do art. 37 da Constituição:

Art. 37 (...)

XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista, de subsidiária e a participação de qualquer delas em empresa privada, e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação.

Além de propor tal alteração na redação do inciso XIX do art. 37, a PEC também prevê a revogação do inciso XX do mesmo artigo. De acordo com a justificativa apresentada pelo deputado para a propositura da PEC:

Entendemos ser necessária a autorização prévia do Poder Legislativo, Poder que congrega os representantes do povo, pois entendo que a autorização “genérica” na lei da empresa matriz não autoriza o afastamento do Legislativo desse processo.

Em primeiro lugar, porque a interpretação gramatical dos dispositivos constitucionais acima apontados deixa claro a necessidade de

participação do Poder Legislativo, tanto na criação quanto na venda de subsidiárias e de participação em empresa privada. O inciso XX é cristalino quanto a exigência de autorização legislativa para criação e participação em empresa privada. Sendo assim, também se faz necessária a participação Legislativa em sentido contrário, ou seja, quando da decisão da venda.

Em segundo lugar, porque conforme aponta o artigo 173 da Constituição, “a (...) exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (...)”. Se a subsidiária foi criada ou se houve decisão de participação de estatal em empresa privada, tal decisão foi tomada porque, pelo menos um dos requisitos constitucionais apontados estavam presentes, ou seja, ou havia motivo de segurança nacional, ou de relevante interesse coletivo. Para que se decida em sentido contrário, ou seja, a decisão no sentido de que não há mais motivo de segurança nacional ou interesse público relevante deve ter a participação efetiva do Poder Legislativo.

No entanto, diante de toda argumentação constantes na presente monografia e em face dos argumentos lançados pelos próprios ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, a PEC não parece ser adequada.

Obviamente toda discussão que envolva questões relativas à reforma do estado vão, necessariamente, passar por questões político-ideológicas, uma vez que afloram de visões de mundo que se não são antagônicas, são bastante diferentes. Alguns pontos com viés mais técnico do que político devem ser salientados.

A necessidade de autorização legislativa específica para a criação de toda e qualquer subsidiária de empresa pública causaria um engessamento duplo às empresas públicas e ao próprio Congresso Nacional.

Às empresas públicas, de um lado, porque a criação de uma subsidiária para realização de determinada atividade-acessória à atividade-principal da empresa pode demandar urgência, não comportando a lentidão e o debate inerentes ao processo legislativo. Da mesma forma, a prévia autorização legislativa específica para a extinção dessas subsidiárias não corresponderia às dinâmicas negociais existentes no mercado, que podem exigir que determinada subsidiária seja liquidada o quanto antes, obtendo um lucro maior para a empresa pública. Submeter tal negociação a um processo legislativo para possibilitar a venda pode fazer com que o valor de mercado dessas empresas subsidiárias venha a ser reduzido.

Ora, por mais que se argumente que as empresas públicas devem atuar apenas nos casos de segurança nacional ou excepcional interesse coletivo, não há razão para instituir uma empresa pública, se o próprio Poder Público não dará a ela condições de concorrência no mercado.

De outro lado, o Congresso Nacional, caso a PEC fosse aprovada, poderia vir a ficar completamente improdutivo, uma vez que a criação e a extinção de cada subsidiária dependeriam de uma lei específica. De acordo com o Ministério da Economia, a União deteria, aproximadamente, 88 subsidiárias de empresas estatais sob seu controle. Exigir lei específica para a venda de cada uma delas, além de exigir o mesmo rito para a criação de qualquer subsidiária, inviabilizaria a própria atividade do Congresso Nacional, uma vez que teria de ser aprovado tanto pela Câmara dos Deputados quanto pelo Senado Federal.

Importante mencionar ainda, que o art. 37 e seus incisos regulamentam a atuação da administração pública no âmbito nacional, sendo um comando direto para todos os entes federados. A decisão do Supremo Tribunal Federal não se restringe, portanto, ao âmbito da União, desdobrando suas consequências também para os estados e municípios.

Destaca-se isso por questões práticas: tanto Porto Alegre quanto o Rio Grande do Sul, por exemplo, possuem empresas públicas. O município de Porto Alegre, atualmente, conta com três empresas públicas: EPTC (Empresa Pública de Transporte e Circulação) – ainda que haja debate quanto à natureza autárquica desta empresa, PROCempa (Empresa Pública de Processamento de Dados) e CARRIS (Companhia Carris Porto-Alegrense). Já o Estado do Rio Grande do Sul, apenas para citar duas empresas públicas de âmbito estadual, possui a CEEE (Companhia Estadual de Energia Elétrica) e Sulgás. (Companhia de Gás do Rio Grande do Sul).

Eventualmente, os demais entes federados poderiam sentir a necessidade de criação de alguma subsidiária para oferecer um aparato de funcionamento para a empresa-matriz. A própria CEEE, por exemplo, conta com empresas subsidiárias em sua estrutura, que fazem a distribuição de energia. Se a criação ou extinção de cada uma dessas subsidiárias tivesse de ser aprovada pela Assembleia Legislativa, poderia gerar uma paralisação total do Poder Legislativo Estadual.

O constituinte, ao estabelecer a possibilidade de criação de empresas públicas por parte das Administrações, estava prevendo a possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico. A Constituição, com o texto que hoje possui, interpretada de forma sistêmica, garante às empresas públicas a possibilidade de competição no mercado, sem congelar o seu patrimônio, acarretando eventuais prejuízos.

A melhor forma de garantir o interesse coletivo e o bem comum, no que tange às empresas públicas, é dar a elas a possibilidade de executar de forma economicamente viável as funções para as quais foram criadas, garantindo-lhes mecanismos hábeis de aquisição ou venda de ativos, com o intuito de se adequar à realidade econômica daquele momento.

Parece que a Constituição Federal, com a redação vigente, procura justamente assegurar às empresas públicas, que possam agir em regime de concorrência de forma

eficaz, possibilitando que os gestores da empresa pública decidam o melhor momento de criação ou venda de determinada subsidiária.

Por tais motivos, não parece que o texto da proposta seja condizente com os próprios dispositivos que regem a ordem econômica constantes no texto da Constituição Federal, sobretudo no que toca à necessidade de uma administração pública dinâmica e eficiente.

6. Referências Bibliográficas

- ANTUNES, Gustavo Amorim. *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais*. Lei nº 13.303/2016 comentada em consonância com o Decreto Federal nº 8.945/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- HEINEN, Juliano. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2018.
- MAFFINI, Rafael Das Cás. *Elementos de Direito Administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- MENDONÇA, José Vicente dos Santos. A Interpretação do Direito Econômico e o Ideal da Razão Pública: O Caso da Intervenção Monopolística e Concorrencial. *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*, 2009. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2442.pdf Acesso em 19 de outubro de 2020.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 44ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 36ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- NORONHA, João Otávio; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto. *Estatuto jurídico das estatais: Análise da lei nº 13.303/2016*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019.

SAMPAIO, P. R. P.; FIDALGO, C. B. Privatizações de empresas estatais do setor elétrico e a polêmica acerca da necessidade (ou não) de prévia lei autorizativa. In: FERRARA, Marina; SCALON, Marina (org.). *Recursos naturais e meio ambiente sob a ótica delas: mineração, energia, óleo e gás, sustentabilidade e meio ambiente*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2019. v. 1.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 43ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*, 2ª ed. São Paulo: Método, 2006.

7. Referências Legislativas e Jurisprudenciais

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 out. 2020.

_____. *Decreto Nº 8.945, de 27 de dezembro de 2016*. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8945.htm. Acessado em 12 de outubro de 2020.

_____. *Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Planalto. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm . Acesso em 09 de outubro de 2020.

_____. *Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997*. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm . Acesso em: 16 out. 2020.

_____. *Lei 13.303, de 30 de junho de 2016*. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm . Acesso em: 16 out. 2020.

_____. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *PEC 150/19*. Planalto. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BD7483EA9F4BDD70AEFF472D1A4B9FB4.proposicoesWebExterno1?codteor=1812519&filename=PEC+150/2019 . Acesso em 20/10/2020.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 845*. Tribunal Pleno. Rel. Min. Eros Grau. Julgado em 22/11/2007, DJE 06/03/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=513619>. Acesso em 08 de outubro de 2020.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.624*. Tribunal Pleno. Rel. Min Ricardo Lewandowski. Julgado em 06/06/2019, DJE 10/06/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751504007> .Acesso em 10 de outubro de 2020.

-
- _____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Reclamação nº 42.576*. Tribunal Pleno. Rel. Min. Edson Fachin. Julgada em 01/10/2020, DJE 19/10/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/moraes-venda-ativos-petrobras.pdf>. Acesso em 21/10/2020.
- _____. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Processo nº 025.410/2020-2*. Tribunal Pleno. Rel. Walton Alencar Rodrigues. Julgado em 29/07/2020.