



## ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6241

Requerente: Partido Democrático Trabalhista

Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional

Relatora: Ministra CÁRMEN LÚCIA

*Administrativo e Intervenção do Estado no domínio econômico. Leis nº 9.491/1997 e 13.334/2016, que regulamentam, respectivamente, o Programa Nacional de Desestatização/PND e Programa de Parceria de Investimento/PPI. Preliminar. Ausência de cumprimento do ônus de impugnação fundamentada. Mérito. Tese da inconstitucionalidade de programas de desestatização, ante a exigibilidade de lei específica para cada decisão de desengajamento estatal. Ausência de fumus boni iuris. Distinção dos pressupostos deliberativos das decisões de criação de empresas e de desestatização. Presença, no primeiro caso, de avaliação mais complexa da capacidade de atuação estatal no domínio econômico, inclusive mediante análise de sustentabilidade orçamentário-financeira, elementos ausentes no processo decisório inverso. Programas de desestatização não são equiparáveis a delegações abdicativas, pois enumeram princípios, objetivos e condicionantes a serem observados em cada decisão de desengajamento. Impraticabilidade da exigência de autorizações legislativas específicas. Formalidade inconsequente do argumento do paralelismo das formas. Prevalência do princípio da subsidiariedade da atuação estatal na economia, como condição de possibilidade da livre iniciativa. Jurisprudência pacífica dessa Suprema Corte no sentido da suficiência da autorização legislativa genérica, desde que condicionada. Ausência de perigo na demora, ante a vigência do PND por mais de 20 anos. Manifestação pelo conhecimento parcial da ação, e, no mérito, pela improcedência do pedido cautelar.*

Egrégio Supremo Tribunal Federal,

O Advogado-Geral da União, tendo em vista o disposto no artigo 103, § 3º, da Constituição da República, bem como na Lei nº 9.868/1999, vem, respeitosamente, manifestar-se quanto à presente ação direta de inconstitucionalidade.

## I - DA AÇÃO DIRETA

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT, tendo por objeto diversos artigos da Lei nº 9.491/1997, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização/PND, bem como os artigos 1º, *caput* e § 1º; 4º, inciso I; e 7º, inciso V, alínea ‘c’, todos da Lei Federal nº 13.334/2016, que regulamentaram o Programa de Parcerias de Investimento/PPI. Também figuram como objeto de impugnação, por arrastamento, os Decretos Presidenciais nº 10.007/2019, 10.008/2019, 10.054/2019 e 10.065/2019 e as Resoluções nº 83/2019 e 84/2019, do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos.

O requerente afirma que o complexo normativo impugnado constitui “*o arranjo normativo de uma verdadeira política pública de desestatização*” e nesse contexto, o partido requer “*a declaração de nulidade parcial, sem redução de texto, dos dispositivos indicados da Lei Federal nº 9.491/1997 e da Lei Federal nº 13.334/2016, para reconhecer a inconstitucionalidade da desestatização sem autorização legislativa, prévia e específica, de entidades públicas cuja instituição foi autorizada por lei específica*” (fls. 10/11).

Primeiramente, o autor descreve o desenvolvimento da jurisprudência sobre o tema no âmbito desse Supremo Tribunal Federal, destacando que o primeiro Programa Nacional de Desestatização foi instituído pela Lei nº 8.031/1990, cuja constitucionalidade fora reconhecida no julgamento cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 562. Na oportunidade, essa Suprema Corte afirmou ser suficiente a edição de lei genérica a autorizar a privatização.

Seguindo a narrativa dos precedentes desse Supremo Tribunal Federal, o requerente sustenta que a Corte teria revertido tal entendimento no

juízo da ADI nº 234, ao assentar a exigência de lei formal específica como requisito da alienação do controle acionário de sociedade de economia mista. Adiante, o autor destaca que a exigência de lei específica foi novamente afastada no julgamento das ADIs nºs 1348, 1703, e 1724, e reafirmada em decisão cautelar que reconheceu a constitucionalidade da Lei nº 9.491/1997, também objeto da presente ação direta, no julgamento da ADI nº 3578.

A despeito da narrativa acerca da construção jurisprudencial dessa Suprema Corte, o requerente sustenta que *“ainda é polêmica a necessidade de lei específica para privatização”* (fl. 15 da petição inicial), aduzindo ser inconstitucional a possibilidade de privatização por lei geral por ofensa ao princípio da legalidade e da proporcionalidade, além da suscitada impossibilidade de delegação legislativa.

No ponto, argumenta que, em atenção aos princípios da reserva legal e do paralelismo das formas, a exigência de lei específica para autorizar a criação das sociedades de economia mista, prevista no artigo 37, inciso XIX, da Constituição Federal<sup>1</sup>, implica necessariamente a necessidade de lei específica para a privatização dessa mesma entidade pública.

O requerente sustenta, ademais, que a autorização genérica para desestatização de empresas públicas equipara-se a uma delegação legislativa, incompatível com a divisão de poderes prevista no artigo 2º da Carta Magna<sup>2</sup>.

Por fim, o autor alega que a possibilidade de desestatização por meio de lei genérica ofenderia o princípio da proporcionalidade, uma vez que tal

---

<sup>1</sup> “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;”*

<sup>2</sup> “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

procedimento seria “*inadequado para afastar os imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo (CF, art. 173, caput<sup>3</sup>) que qualificam a autorização para instituir empresa pública ou sociedade de economia mista por lei específica (CF, art. 37, XIX)*” (fl. 23 da petição inicial).

Com esteio em tais argumentos, o autor requer a concessão da medida cautelar para:

- a.1) declarar a nulidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 1º, 2º, I e II, e §§ 1º, “a” e “b”, 3º e 4º; 4º, I a VII e §§ 1º a 4º; 5º, §§ 1º a 5º; 6º, I, II, “a” a “f”, e III, e §§ 1º, 3º, 5º e 6º; 7º; 10; 11; 12; 15, § 1º; 16; 17; 18; 19; 20; e 24, todos da Lei Federal nº 9.491/1997 e 1º, caput e § 1º; 4º, I; e 7º, V, “c” da Lei Federal nº 13.334/2016, proclamando a inconstitucionalidade da desestatização sem autorização legislativa, prévia e específica, de empresas públicas e sociedades de economia mista cuja instituição foi autorizada por lei específica;
- a.2) suspender os Decretos Presidenciais nº 10.007/2019, nº 10.008/2019, nº 10.054/2019 e nº 10.065/2019, bem como as Resoluções do CPPI nº 83/2019 e 84/2019, relativos à desestatização, sem autorização legislativa prévia e específica, respectivamente, da ABGF, Engea, Casa da Moeda, CEITEC, Serpro e Dataprev, até decisão definitiva nesta ação; (fls. 25/26 da petição inicial).

No mérito, o partido autor requer seja confirmado o pedido cautelar, julgando-se procedente a ação para declarar a nulidade parcial, sem redução de texto, dos dispositivos impugnados, reconhecendo a necessidade de edição de lei prévia e específica para a desestatização das empresas públicas e das sociedades de economia mista.

O processo foi despachado pela Ministra Relatora CÁRMEN LÚCIA, que, nos termos do artigo 10 da Lei nº 9.868/1999, solicitou informações às autoridades requeridas, determinando, em seguida, a oitiva do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República.

---

<sup>3</sup> “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”

O Presidente da República defendeu a constitucionalidade das normas, destacando, inicialmente, que a Constituição Federal exigiu lei específica tão somente para a criação de empresas públicas. Afirmou, ademais, que quando o constituinte entendeu necessária a simetria das formas, ou seja, a edição de lei específica tanto para a criação como para a extinção de determinada entidade pública, a Carta foi expressa ao afirmar referida exigência.

O Presidente da República também esclareceu que o artigo 173 da Constituição Federal afirma que a exploração da atividade econômica pelo Estado, por meio da criação de sociedades de economia mista e empresas públicas, só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. Nessa linha, a excepcionalidade da atuação de tais entidades públicas justificaria a edição de lei específica quando de sua criação. Em sentido inverso, seria dever do Estado se afastar de tais atividades, quando ausentes os requisitos constitucionais, sem necessidade de edição de lei prévia e específica para tanto.

A Presidência ainda salientou que a Lei nº 9.491/1997 definiu expressamente os objetivos do Programa Nacional de Desestatização, não havendo uma discricionariedade plena e irrestrita do Poder Executivo.

No que se refere especificamente ao pedido cautelar, afirmou que eventual deferimento de tal pedido criaria insegurança jurídica, afetando todos os projetos em andamento e inviabilizando a elaboração de novos projetos, o que dificultaria a retomada do crescimento econômico.

Quanto ao argumento de ausência de jurisprudência consolidada dessa Suprema Corte, o Presidente da República lembrou a existência de vários precedentes sobre o tema, os quais afirmam ser suficiente a autorização legislativa geral para a desestatização das empresas públicas, concluindo pela constitucionalidade das normas impugnadas.

Por sua vez, o Senado reafirma “*que o Supremo Tribunal Federal tem farta jurisprudência indicando que seria dispensável lei específica para a extinção ou a alienação do controle das empresas públicas ou sociedade de economia mista, sendo necessário apenas e tão somente uma autorização legal genérica de desestatização, a ser individualizada, em cada caso por ato da Administração*” (fl. 03 das informações do Senado).

Ressaltou, ademais, que as decisões administrativas pela desestatização estão vinculadas ao regramento previsto na Lei nº 9.471/1997, sendo, portanto, passíveis de controle social e judicial. No ponto, o Senado afastou as alegações do requerente de que teria havia uma delegação ilimitada e inconstitucional.

Por fim, o Senado destacou a necessidade de autocontenção da Corte Constitucional, sob pena de enfraquecimento do espaço político do Poder Legislativo.

A Câmara dos Deputados informou que “*a Medida Provisória 1.481-52/1997, que deu origem à Lei n. 9.491/1997, não tramitou pela Câmara dos Deputados, tendo sido apreciada pelo Congresso Nacional, nos termos da Resolução n. 1/1989-CN*” (fl. única das informações). Ademais, afirmou que a Lei nº 13.334/2016 observou os devidos trâmites constitucionais.

Após, vieram os autos para manifestação do Advogado-Geral da União.

## **II – DA PRELIMINAR – AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO FUNDAMENTADA DE TODOS OS DISPOSITIVOS ATACADOS**

Preliminarmente, cumpre ressaltar que a petição inicial não cumpriu satisfatoriamente os requisitos formais mínimos exigidos para o seu

conhecimento integral.

Embora as técnicas processuais de controle concentrado sirvam-se de requisitos formais atenuados em relação ao processo civil em geral, há certas exigências cuja observância é indispensável para viabilizar o conhecimento de ações constitucionais dessa natureza. Destacam-se, nesse sentido, os requisitos previstos no artigo 3º da Lei nº 9.868/1999, que demandam a indicação, pelo requerente, do “*dispositivo da lei ou ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido*” (artigo 3º, inciso I).

No particular, esse dever de impugnação especificada foi cumprido de forma insuficiente. Com efeito, apesar de investir contra a validade constitucional de diversos artigos da Lei nº 9.491/1997 e da Lei nº 13.334/2016, a argumentação desenvolvida pelo requerente se restringe tão somente à alegada necessidade de promulgação de lei específica para a efetivação da desestatização de determinada entidade pública.

Trata-se de aspecto que, embora relevante para a dinâmica de desestatização veiculada pelos diplomas atacados, não tem pertinência com muitos dos dispositivos adversados na inicial, que cuidam de fases administrativas preliminares à eventual decisão final de desestatização.

A Lei nº 9.491/1997 organiza, de forma global, coerente e fundamentada, um procedimento de reorganização estatal que implica múltiplos níveis de exame. Entre as etapas previstas nos artigos 4º a 6º da Lei nº 9.491/1997, por exemplo, sucedem-se diferentes estudos, avaliações e consultas que buscam subsidiar a tomada de decisão sobre a manutenção ou não da presença do Estado em diferentes atividades.

Consoante explanado nas informações prestadas pela Assessoria Especial da Secretaria do Programa de Parcerias de Investimentos, o

procedimento de privatização regulamentado pela legislação sob investida é composto de diversas etapas, as quais visam assegurar, dentre outros objetivos, que a desestatização em análise atenda ao interesse público (fls. 45-48, doc. 25 do processo eletrônico).

Em contrapartida, as alegações postas pelo partido requerente dirigem-se tão somente à fase final desse procedimento, qual seja, a decisão de desestatizar. De forma estratégica, a inicial tratou todos os dispositivos impugnados como elementos de um conjunto só, que poderia ser contestado por um mesmo fundamento comum, a saber: a necessidade de autorização legislativa específica para a desestatização.

Todavia, nem todas as normas contestadas vivem para essa conclusão. Na verdade, muitas das fases preliminares do processo previsto nas Leis nº 9.491/1997 e 13.334/2016 podem ser mantidas mesmo na hipótese de acolhimento da tese de exigibilidade de lei específica. A disciplina contida nesses dispositivos não é valiosa apenas como iniciativa decisória pura, mas pelo seu apelo procedimental e deliberativo, pela profunda reflexão que eles oportunizam sobre o posicionamento do Estado na economia, preocupação permanente de qualquer governo.

A rigor, a impugnação da inicial se volta apenas contra o teor genérico da autorização veiculada no artigo 2º, *caput*, da Lei nº 9.491/1997, bem assim aos efeitos que podem decorrer da aprovação presidencial à inclusão de empresas no plano de desestatização (artigo 6º, inciso I e § 1º, da Lei nº 9.491/1997).

Esses são os únicos dispositivos realmente contemplados pela fundamentação da inicial. Todos os demais enunciados incluídos no pedido final foram contestados de forma arbitrária.



Dessa forma, verifica-se que a impugnação dos demais dispositivos legais se caracteriza, nesses pontos, como genérica, a ensejar, nos termos da jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal, o não conhecimento parcial da presente ação direta. Veja-se:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS DA LEIS TOCANTINENSES NS. 1.855/2007 E 1.861/2007 REVOGADOS PELAS LEIS TOCANTINENSES NS. 1.866/2007 E 1.868/2007. REAJUSTE DE SUBSÍDIOS DE SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS. IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. DIREITO ADQUIRIDO. ARTS 5º, INC. XXXVI E 37, INC. XV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ACÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. **Ação conhecida quanto ao art. 2º da Lei n. 1.866/2007 e o art. 2º da Lei n. 1.868/2007. Ausência de impugnação específica dos outros dispositivos das leis.** Arts. 3º e 4º da Lei n. 9.868/1999. 2. Diferença entre vigência de lei e efeitos financeiros decorrentes de sua disposição. Vigentes as normas concessivas de aumentos de vencimentos dos servidores públicos de Tocantins, os novos valores passaram a compor o patrimônio de bens jurídicos tutelados, na forma legal diferida a ser observada. 3. O aumento de vencimento legalmente concedido e incorporado ao patrimônio dos servidores teve no mês de janeiro de 2008 o prazo inicial para início de sua eficácia financeira. O termo fixado, a que se refere o § 2º do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, caracteriza a aquisição do direito e a proteção jurídica que lhe concede a Constituição da República. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei tocaninense n. 1.866/2007 e do art. 2º da Lei tocaninense n. 1.868/2007.

(ADI nº 4013, Relator: Ministro CÁRMEN LÚCIA, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 31/03/2016, Publicação em 19/04/2017; grifou-se).

I. PROCESSO CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL PARA PROPOR ADI. CRITÉRIO DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA. II. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. INSTITUIÇÃO DE REGIME DE SUBSÍDIO. DIREITO DE OPÇÃO PELO REGIME ANTERIOR. CONSTITUCIONALIDADE. 1. A Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação – CNTE demonstrou possuir representatividade adequada em âmbito nacional, circunstância que supera dúvidas suscitadas quanto ao número de federações que a integram. Ademais, versando a impugnação sobre o regime do magistério, está igualmente presente a pertinência temática. 2. Quando se alega uma omissão inconstitucional parcial, discute-se a validade de um diploma que teria afrontado a Carta Federal por não ser suficientemente abrangente. Essas hipóteses se situam em uma zona

de fronteira entre a ação e a omissão inconstitucional, evidenciando a relativa fungibilidade entre o controle de constitucionalidade das condutas omissivas e comissivas. Por isso, é possível a cumulação de pedidos alternativos de saneamento da omissão e de afastamento do diploma editado. **3. Ausente a impugnação específica do art. 2º da lei, é inviável conhecer da ação neste ponto.** 4. No mérito, (...). 7. Ação direta conhecida em parte, com a declaração da improcedência dos pedidos.

(ADI nº 4079, Relator: Ministro ROBERTO BARROSO, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 26/02/2015, Publicação em 05/05/2015; grifou-se).

Portanto, a presente ação direta merece ser conhecida, tão-somente, no que tange à alegada inconstitucionalidade dos artigos 2º, *caput*, e 6º, inciso I e § 1º, da Lei nº 9.491/1997, os quais apresentam conteúdo normativo pertinente com a fundamentação apresentada na inicial.

### **III – DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR**

#### *III.I – Da ausência do fumus boni iuris*

Insurge-se o requerente contra as disposições contidas na Lei nº 9.491/1997, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização/PND, e na Lei nº 13.334/2016, que regulamentou o Programa de Parcerias de Investimentos/PPI, por ofensa aos princípios da reserva legal, da simetria das formas e da razoabilidade.

Em síntese, a presente controvérsia limita-se a analisar se para a extinção de sociedades de economia mista e de empresas públicas deve haver lei específica, considerando especialmente a exigência dessa espécie normativa para sua criação prevista no artigo 37, inciso XIX, da Constituição Federal.

Antes de avançar no enfrentamento dessa tese, é conveniente precisar alguns dos termos, conceitos e consensos relativos à matéria

constitucional examinada nessa ação direta, para fins de qualificar o discernimento do tema.

Nesse sentido, em se tratando de sociedades de economia mista e empresas públicas, é necessário distinguir entre os conceitos de *desestatização*, *privatização* e *extinção*.

O termo *desestatização* compreende a diminuição da órbita de responsabilidade do Estado relativamente à atuação em determinada seara. Segundo Marcos Juruena Villela Souto<sup>4</sup>, “*é a retirada da presença do Estado de atividades reservadas constitucionalmente à iniciativa privada (princípio da livre iniciativa) ou de setores em que ela possa atuar com maior eficiência (princípio da economicidade)*”. É gênero, porquanto representa tão-somente a saída do ente público.

Por outro lado, os termos *privatização* e *extinção* representam *modos* através dos quais o Estado pode promover a sua retirada das atividades.

*Privatização* significa “*a alienação de direitos que assegurem ao Poder Público, diretamente ou através de controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade*”<sup>5</sup>. Assim, a venda das ações/cotas de propriedade do Estado ao particular *privatiza* a sociedade. Note-se que as sociedades de economia mista e empresas públicas possuem natureza de pessoa jurídica de direito privado. O que ocorre com a privatização é que o controle de tais sociedades passa das mãos do ente público ao capital privado, que continuará com as atividades.

Diversamente, a opção por *extinguir* determinada empresa estatal significa o próprio fim da pessoa jurídica. Ao contrário da privatização, em que

---

<sup>4</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela, *Desestatização: privatizações, concessões, terceirizações e regulação*, 4ª edição – Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, pág. 30.

<sup>5</sup> Idem, pág. 30.

há a preservação da pessoa jurídica, apenas sem a possibilidade de caracterizá-las como *sociedade de economia mista* ou *empresa pública*, na *extinção* não há qualquer transferência para o setor privado: encerram-se as atividades, com a decretação do fim da personalidade jurídica. Esclareça-se, por último, que a *extinção* de qualquer sociedade se inicia com a deliberação por sua *dissolução* (primeira fase), seguida da *liquidação* de ativos e passivos (segunda fase).

O modelo jurídico estabelecido na Lei nº 9.491/1997 comporta distintas aplicações desses conceitos. Atenta às diferenças de cada um deles, que importam, por óbvio, na adoção de procedimentos decisórios igualmente diferentes, ela regulamentou a desestatização especialmente em suas formas de *privatização* e *concessões*. Quanto aos processos de *extinção* de empresas, dispôs o artigo 24, *verbis*:

Art. 24. No caso de o Conselho Nacional de Desestatização deliberar a dissolução de sociedade incluída no Programa Nacional de Desestatização, aplicar-se-ão, no que couber, as disposições da Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990.

Dessa maneira, ao final do processo de desestatização, a sociedade de economia mista ou empresa pública não mais existirá: na privatização, porque o controle acionário deixou de pertencer ao Estado; na extinção, porque a própria pessoa jurídica deixará de existir.

Com a promulgação da Lei nº 13.334/2016 – que instituiu o Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República, o processo de reavaliação do posicionamento do Estado na economia ganhou uma nova complexidade. Além do processo de inclusão de empresas no Programa Nacional de Desestatização, criou-se um outro programa, paralelo, de qualificação de empreendimentos públicos para parceria<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Lei nº 13.334/2016:

ADI nº 6241, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Cármen Lúcia

As decisões anteriormente atribuídas ao Conselho Nacional de Desestatização foram atribuídas ao Conselho do PPI, por meio do artigo 7º, inciso V, alínea “c”, da Lei nº 13.334/2016, um dos dispositivos contestados nesta ação. Mas as competências do Conselho do PPI não se resumem a isso. O PPI promove estudos para subsidiar decisões futuras em prol da sustentabilidade econômico e financeira das empresas públicas, que podem, ou não, resultar em uma recomendação de inclusão no programa de desestatização.

O Programa de Desestatização (PND) e o Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) não se sobrepõem, conforme bem esclarecido em Nota Informativa disponibilizada nos autos pela Assessoria da Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos (doc. 25 do processo eletrônico, fl. 49):

54. Cabe frisar, no entanto, que a qualificação de um determinado empreendimento no PPI ou sua inclusão no PND não significa automaticamente que será firmado um contrato de parceria ou promovida uma desestatização. Há uma série de procedimentos legais a serem seguidos, os quais, ao final, vão indicar qual é a medida mais vantajosa ao interesse público a ser tomada, que inclusive pode ser a manutenção de um empreendimento sob domínio público.

55. Nessa linha, os processos de desestatização e, mais notadamente, as privatizações de empresas controladas pelo Estado, são processos complexos que dependem sobremaneira de governança e estudos detalhados para que se possam obter os melhores resultados para a sociedade brasileira.

56. Em resumo, a conjugação da legislação anteriormente citada embasa duas situações bem distintas de projetos relacionados às estatais que constituem a carteira de empreendimentos do PPI: i) empresas incluídas no PND, conforme Lei nº 9.491/1997; e ii) empresas qualificadas para estudos para busca de parcerias no âmbito do PPI.

57. Atualmente, há 17 (dezessete) empresas qualificadas no PPI. São elas: Eletrobrás, Emgea, ABGF, Casa da Moeda, Ceagesp, Cesa Minas, Codesa, CBTU e Trensurb, CODESP (Porto de São Sebastião), Telebrás, Serpro, Correios, Ceitec e Dataprev.

---

*“Art. 4º O PPI será regulamentado por meio de decretos que, nos termos e limites das leis setoriais e da legislação geral aplicável, definirão:*

*(...)*

*II - os empreendimentos públicos federais de infraestrutura qualificados para a implantação por parceria;”*

58. Em regra, o fluxo de inclusão de empresas no PND e respectiva desestatização segue o rito sintetizado no gráfico apresentado no item 24 da presente Nota.

59. A qualificação de companhias para estudos no âmbito do PPI, por sua vez, tem por objetivo avaliar qual seria a melhor maneira de buscar parcerias para garantia da sustentabilidade econômica e financeira das empresas, bem como a adequada prestação de serviços, o que pode ensejar a futura inclusão no PND ou não.

60. Nessa condição de qualificação para estudos constam cinco empresas na carteira do PPI, quais sejam: Ceitec, Telebras, Correios, Serpro, Dataprev e Codesp (Porto de São Sebastião). 61. Os exemplos acima reforçam as premissas já fixadas, no sendo de que a qualificação de um empreendimento no PPI não se confunde com a inclusão de uma empresa no PND. São atos independentes entre si e que conduzem a resultados diversos.

Feitas essas considerações de ordem conceitual, verifica-se que o cerne do debate instaurado na presente causa diz respeito às decisões de desestatização de sociedades estatais. Mais especificamente, busca-se saber (i) quem é o titular dessa competência; e (ii) como ela deve ser exercida a fim de que o processo se torne legítimo e válido.

Quanto ao primeiro ponto acima destacado – a titularidade dessa competência – a Constituição estabeleceu uma regra bastante clara em favor do Poder Legislativo, outorgando à instância parlamentar o poder de autorizar a criação de sociedades de economia mista e empresas públicas. Há um claro fundamento de ordem política subjacente a essa concepção institucional.

As empresas governamentais, como entes da Administração indireta, auxiliam o Estado no desenvolvimento de determinadas atividades próprias da iniciativa privada (art. 173, da Carta Magna), com o intuito de atingir os objetivos traçados no art. 21, IX, da Constituição Federal<sup>7</sup>. Assim, no centro do debate acerca da criação dessas sociedades há sempre uma discussão

---

<sup>7</sup> “Art. 21. Compete à União:

(...)

IX – elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social.”

de índole *política*, através da qual se decide atribuir ao Estado a responsabilidade de atuação em determinado setor.

Entender esse aspecto do problema é fundamental: a decisão acerca da entrada do Poder Público, através de sociedades de economia mista e empresas públicas, em determinado setor, envolve, inarredavelmente, uma avaliação a propósito da capacidade do Estado para atuar como agente de desenvolvimento do processo social e econômico. A criação de empresas estatais, portanto, traz, consigo, o exame de quais *políticas públicas* são prioritárias em determinado momento histórico.

Tendo em vista a profusão de elementos a serem considerados nessa deliberação, o Poder Legislativo, palco propício para a realização dos principais debates nacionais, apresenta-se como o verdadeiro legitimado<sup>8</sup> para promovê-la. A lei, veículo mais solene da consensualidade democrática, é a única forma de legitimar o processo pelo qual o Poder Público, definindo uma pauta de prioridades, cria empresas públicas e sociedades de economia mista com o objetivo de desempenhar suas novas atividades, seja no domínio econômico, seja para a prestação de serviços públicos.

Esse é o fundamento político pelo qual o artigo 37, inciso XIX, da Constituição Federal exige que somente através de lei será autorizada a criação de sociedades de economia mista e empresas públicas.

Da perspectiva da doutrina jurídica, há concordância no sentido de que somente através da lei o Estado poderá *autorizar a criação* ou *desestatizar* empresas estatais, porquanto elas representam modos através dos quais se

---

<sup>8</sup> É no Parlamento que se verificará, diante de inúmeras divergências ideológicas, a busca do *consenso*, elemento principal do conceito de legitimidade, segundo ressalta Lucio Levi. (BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política. (vários colaboradores)* – 7ª ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, pág. 675.).

realizam políticas públicas (seja no domínio econômico, seja em serviços públicos). Nesse sentido, são as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>9</sup>, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>10</sup>, Lucia Valle Figueiredo<sup>11</sup> e Diógenes Gasparini<sup>12</sup>.

Por todos esses motivos, há um razoável consenso sobre a titularidade da competência para decisões de intervenção estatal na economia mediante criação de empresas governamentais e sobre a desestatização. O mesmo grau de acordo, contudo, não está presente no que se refere ao modo de exercício dessa competência, em especial no tocante à natureza do veículo legal a ser utilizado para essa decisão, se *geral* ou *específico*.

Isso se deve ao fato de que, no texto constitucional vigente, essa definição foi tratada de forma unilateral. A Constituição positivou a exigência de que a lei que **autorizar a criação** de sociedades de economia mista e empresas públicas deve ser *específica*, isto é, deve prever, em cada caso, a maneira como se constituirá a futura sociedade através da qual o Estado desempenhará a nova atividade sob sua responsabilidade. Não se ocupou, porém, de aplicar a mesma explicitação textual para operações de desestatização.

No vazio do texto, cumpre analisar as razões que levaram o constituinte a formalizar a exigência de autorização legislativa de maneira peculiar. A depender da resposta, verificar-se-á se a mesma condição incidente

---

<sup>9</sup> “Uma vez que empresas públicas e sociedades de economia mista são criadas por lei, simetricamente, só podem ser extintas por lei ou na forma da lei.” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17ª edição – São Paulo: Malheiros, 2004, pág. 191.).

<sup>10</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 17ª edição – São Paulo: Atlas, 2004, pág. 385.

<sup>11</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle. Curso de direito administrativo. 7ª edição – São Paulo, Malheiros, 2004, pág. 116

<sup>12</sup> GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 7ª edição – São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 368.



na criação de empresas será obrigatória, também, para leis autorizadoras<sup>13</sup> da *desestatização* ou não. A seguir, serão apresentadas três vertentes de análise que justificam de forma convincente a desnecessidade de exigência de leis específicas para cada operação de desestatização.

### III.I.I – A legalidade como pressuposto de segurança orçamentária: os recursos públicos implicados na criação de empresas governamentais e os ganhos de eficiência buscados programaticamente na desestatização

A partir da decisão política de autorizar a criação de determinada sociedade para desenvolver atividades em nome do Estado, inicia-se, no âmbito da Administração, um ciclo de atos voltados à constituição efetiva das pessoas jurídicas em questão, a envolver, inclusive, providências de natureza orçamentário-financeiras.

Antes da materialização de uma empresa governamental, há de se verificar, dentro de inúmeras outras prioridades, de onde se obterão recursos suficientes para financiá-la. Trata-se de uma premissa de responsabilidade fiscal que tem sido progressivamente amadurecida no ordenamento brasileiro. Na medida em que o reposicionamento do Estado na economia implica consideráveis consequências em termos de custeio, a adoção de determinada política pública demanda não apenas a eleição de prioridades, mas também a disponibilização dos meios para o seu atendimento.

---

<sup>13</sup> Não devem pairar dúvidas quanto ao fato de que a futura lei consistirá em *autorização* para desestatizar. Por óbvio, assim como na criação, onde o efetivo surgimento da sociedade depende, não apenas da autorização legal, mas sim de atos próprios do Poder Executivo, jamais a lei desestatizadora de empresas teria o condão de, *per se*, retirá-las da esfera pública. Assim, tecnicamente, a lei em questão não encerrará, de fato, a participação do Poder Público, mas, tão-somente, autorizará que isso aconteça. A lei significa, sem dúvida, uma opção política de retirada do Estado em atividades, outrora tidas como necessárias ao bem-estar da sociedade, mas que, com os anos, restou superada. Com efeito, a retirada do Estado nessas sociedades não ocorre por simples gesto político: são necessários diversos outros atos que compreendem, no plano material, ou a transferência de ativos para o setor privado ou a extinção da pessoa jurídica, tal como se verifica em qualquer sociedade mercantil.

Nesse contexto, a exigibilidade de um processo político específico para decisões estatais mais interventivas encontra respaldo em uma dupla justificativa: presta-se não apenas para identificar demandas prioritárias, mas também para apontar a melhor forma de distribuir adequadamente os limitados recursos do erário num quadro mais amplo de carências sociais. Assim, diante de rol extenso de necessidades públicas, busca-se discutir a melhor forma de alocar os recursos.

Esse é o ponto onde reside a principal diferença entre as políticas públicas de *inserção e retirada* do Estado na economia através da presença de suas empresas.

Ambos os gestos constituem decisões políticas relevantes, o que atrai a necessidade de intermediação legislativa. Todavia, como apenas no primeiro caso ter-se-á um alto comprometimento de recursos do erário, a Constituição Federal exigiu um debate mais qualificado apenas para essa hipótese, de criação de empresas. No movimento inverso, de desestatização, o coeficiente deliberativo envolvido será muito menos exigente, prescindindo de uma análise orçamentária mais complexa.

Conforme bem pontuado em Nota Técnica da Assessoria da Secretaria Especial de Desestatização, Desinvestimento e Mercados do Ministério da Economia (doc. 25 do processo eletrônico, fls. 10/11), a desestatização representa uma medida legítima de retomada da eficiência nos processos estatais:

9. (...) do ponto de vista jurídico-político, representa o conceito uma medida para a retomada de eficiência da Administração Pública. (...)
15. Na perspectiva acima, é forçoso concluir que medidas de desestatização fazem parte de um processo natural da própria evolução da administração pública. Com efeito, expansão ou diminuição de entidades estatais justificam-se conforme as demandas sociais, momento histórico e os recursos disponíveis para tanto. Assim, o que se impõe ao gestor público não é a satisfação de necessidades sociais

por meio da intervenção social (embora esta se constitua, de fato, em um importante mecanismo, mas não é o único), mas sim que, gerindo de forma racional e eficiente os recursos públicos, possa buscar as melhores vias que assegurem o bem estar da sociedade. No caso da Constituição de 1988, de caráter dirigente, esse entendimento importa que os agentes públicos estejam vinculados aos compromissos constitucionais estabelecidos no art. 170, adotando medidas (de intervenção ou de desestatização) para a realização material desse dispositivo.

(...)

17. Portanto, do ponto de vista jurídico-político, conclui-se que a desestatização legitima-se constitucionalmente na medida em que não nega a natureza dirigente da constituição, mas, pelo contrário, reafirma-a, dado que representa o esforço da administração pública em prover meios cada vez mais racionais, eficazes e com maior alcance social para o atendimento de demandas do interesse da população. Racionalizando o dimensionamento do aparato estatal, tem-se o uso mais eficiente dos recursos públicos e por sua vez possibilita maior efetividade no cumprimento de políticas públicas em maior número de áreas.

Dessa forma, a preocupação constitucional quanto à existência de cobertura orçamentário-financeira, inerente às deliberações políticas que agenciam uma intervenção mais aguda do Estado na economia, inclusive mediante empresas governamentais, inexistente quando se percorre o caminho contrário, isto é, de desengajamento do Estado na execução direta de determinadas atividades econômicas.

Nesses casos, é desnecessário acionar um protocolo legislativo *específico*. Considerada a perspectiva orçamentário-financeira, a adoção de política *desestatizadora* é manifestamente compatível com os procedimentos legislativos ordinários, admitindo, inclusive, uma deliberação de termos bastante gerais. Abstratamente, a lei indicará ao Executivo que, por conta da realidade econômica e histórica, o Estado, a partir daquele instante, busca reduzir o rol de atividades por ele desenvolvidas.

É importante acrescentar, no ponto, que a autorização legislativa genérica para a desestatização não se confunde com uma delegação meramente

abdicativa. Esta última, quando equivalente a uma outorga de poder completamente discricionário à chefia do Poder Executivo, deve ser censurada como um ato desproporcional ou irrazoável.

Mas não foi o que ocorreu, por exemplo, com a Lei nº 9.491/1997, que formalizou um programa de desestatização coerente, cujos objetivos e princípios – claramente definidos no seu artigo 1º<sup>14</sup> – devem ser constantemente observados nas diversas fases deliberativas. Diante da previsão de um programa racional, guiado por princípios claros e objetivos, perde credibilidade a alegação de desproporcionalidade suscitada na petição inicial.

Na verdade, desproporcional seria exigir a execução de seguidos processos legislativos exclusivamente para tratar das complexas avaliações técnicas exigidas por cada decisão de desestatização. No ponto, cumpre fazer nova menção às observações trazidas na Nota Técnica da Assessoria da Secretaria Especial de Desestatização, Desinvestimento e Mercados do Ministério da Economia (doc. 25 do processo eletrônico, fls. 12/17), que ilustra a complexidade inerente às decisões do PND:

32. O acerto da definição de um programa de desestatização, como alternativa ao debate político individualizado para cada serviço ou empresa em concreto (sem negar que ele ocorra quando se reputar conveniente, conforme o caso), é confirmado pelo elevado número de projetos desestatizados no âmbito do PND ao longo dos anos. A tabela abaixo, que não é exaustiva, mostra ao menos 111 casos de aplicação

---

<sup>14</sup> “Art. 1º O Programa Nacional de Desestatização – PND tem como objetivos fundamentais:

*I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;*

*II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida;*

*III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;*

*IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infraestrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito;*

*V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;*

*VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.”*

do PND, incluindo vendas de participação acionária, outorgas de serviço públicos, arrendamentos e liquidações.

(...)

33. Os dados apresentados na tabela acima são de elevada importância para o estudo da validade do PND neste momento, na medida em que revelam, além da complexidade do aparato estatal brasileiro e pluralidade de casos de intervenção estatal no domínio econômico, a evidente inviabilidade de se discutir eficazmente, a tempo e modo, cada uma das hipóteses de desestatização no âmbito do Poder Legislativo, com a edição de leis específicas projeto a projeto. Ao se optar por essa via como única forma apta a tornar legítimos os procedimentos de desestatização, como requer o Partido Requerente, tem-se, inevitavelmente, o fracasso da tentativa de reposicionar o Estado brasileiro na ordem econômica, dado que a busca por consenso político por este modo é difícil, na prática, ante a dimensão do problema nacional que se busca solucionar.

(...)

35. Desse modo, verifica-se que a opção legislativa (consenso político) em torno da elaboração de um programa - o PND - é medida constitucional e legítima, aprovada no âmbito do Parlamento, e hábil a servir, satisfatoriamente, de metodologia para o conhecido problema de reposicionamento do Estado na economia. 36. No caso do PND, cujo aperfeiçoamento vem ocorrendo por meio de edição de novas leis que ajustam seus dispositivos, tem-se a previsão de diversas etapas que tornam transparente e justificada a tomada de decisão que culmina na inclusão dos projetos no programa. Com efeito, ao se envolverem ministros com pertinência na matéria, estudos técnicos, análise de cenários, debates em torno das melhores alternativas, os casos individualizados de desestatização são consequência de aprofundada análise por agentes governamentais, culminando na elaboração de proposta ao Presidente da República que, ao seu critério, incluirá ou não o projeto no programa. Evidentemente, e dado o caráter recente na história nacional em matéria de desestatizações, trata-se de constante aprendizado, sendo certo que críticas para ajustes no programa são bem vindas, aprimorando o procedimento. Todavia, o que não se concebe a esta altura dos fatos é a crítica à própria possibilidade de elaboração de um programa, específico em relação à temática, geral em relação ao escopo de serviços, empresas e atividades envolvidos potencialmente, colocando em xeque todo o avanço já realizado e impedindo a evolução da Administração Pública e da economia brasileira.

Assim, compete ao Poder Executivo verificar, em cada caso, observados os limites impostos pelo Poder Legislativo, a necessidade de se manterem ou não as sociedades de economia mista e empresas públicas correspondentes. Nessa linha, resta afastada a alegação do requerente de que a

edição de lei geral corresponderia à uma delegação ilimitada, quando, na realidade, a atuação do Poder Executivo encontra-se vinculada aos limites e condicionantes legais previstos na respectiva lei autorizadora.

Percebe-se, pelos fundamentos até aqui expostos, que a autorização via lei genérica é suficiente para viabilizar decisões de desestatização de empresas públicas e sociedades de economia mista, desde que estabelecidas as condições para tal movimento de redução da atividade estatal.

### III.I.II – Da excepcionalidade da intervenção do Estado nas atividades econômicas

Outro fator que diferencia a criação e a desestatização das empresas públicas e sociedades de economia mista refere-se à natureza excepcional da atuação de tais entidades públicas, enquanto executoras de atividades econômicas. Para uma melhor compreensão do argumento, cumpre apresentar um breve prontuário sobre a evolução da intervenção empresarial do Estado na economia.

Desde sua redação originária, a Constituição Federal de 1988 sempre distinguiu a execução direta de atividades econômicas pelo Estado brasileiro como uma alternativa não ortodoxa de atuação, optando por reservar o seu acionamento à relevância do interesse público envolvido (artigo 173, *caput*, da Constituição). O protagonismo na exploração do potencial produtivo da economia deve caber à iniciativa privada, e não ao Estado, que deve concentrar esforços em atuação de caráter ordenador, regulatório e corretivo.

A propósito, a doutrina tem registrado que a presença do Estado nesse domínio submeter-se-ia a um princípio de subsidiariedade. É nesse sentido a concepção de Carolina Barros Fidalgo:

O princípio da subsidiariedade nada mais é do que uma decorrência do princípio de que o Estado só pode atuar onde e na forma em que lhe for permitido por lei (princípio da legalidade da intervenção econômica) e da cláusula geral de liberdade dos particulares. Além disso, ele também seria uma decorrência implícita do princípio da proporcionalidade, na forma da proibição do excesso. (...) Nesse particular, é importante chamar a atenção para o fato de que há quem entenda que a simples criação de uma sociedade estatal em determinado setor já seria suficiente para tornar menos atrativo e seguro investimento, o que violaria a livre iniciativa. De acordo com Franck Moderne, “o motivo que habitualmente se esgrime está vinculado à ideia de que as prerrogativas e os meios exorbitantes à disposição do Poder Público lhe permitiram eliminar sem dificuldade a concorrência do setor privado”<sup>15</sup>.

A participação do Estado na posição de agente econômico suscita preocupações de ordens diversas. De um lado, é importante prevenir que uma expansão desmedida da participação estatal na economia possa ameaçar a liberdade de iniciativa. De outro, deve-se garantir que, quando fundamentada de modo consistente, a atuação empresarial do Estado desfrute de condições de competitividade que a habilite ao êxito econômico. Cuida-se, aqui, de prover meios para que o Estado possa funcionar como *player* de mercado.

Consciente dessa complexidade, o texto constitucional administrou soluções de equilíbrio para equacionar esses interesses. Erigiu, em primeiro lugar, uma garantia de ordem formal, estabelecida para proteger a iniciativa privada de decisões de intervenção arbitrárias.

Por meio dela, a Constituição limitou a atuação empresarial do Estado ao consentimento expresso do legislador, mediante reservas de intensidade diferenciada. Nesse sentido exigiu: (i) para a criação de empresas públicas ou sociedades de economia mista, a aprovação de lei específica (artigo 37, inciso XIX); e (ii) para criação de subsidiárias ou participações em empresas

---

<sup>15</sup> FIDALGO, Carolina Barros. **O Estado empresário: das sociedades estatais às sociedades privadas com participação minoritária do Estado**. São Paulo: Almedina, 2017. pp. 108/109;

privadas, a autorização legislativa simples (artigo 37, inciso XX).

Além dessas reservas legais, a Constituição vinculou materialmente o exercício da atividade empresarial, equiparando o regime jurídico das empresas governamentais exploradoras de atividade econômica àquele vigente para pessoas de direito privado (artigo 173, § 1º, inciso II).

Esse parâmetro é mensageiro de um comando duplamente relevante para a distinção da atuação empresarial do Estado. Em primeiro plano, ele inibe a utilização de prerrogativas estatais em prejuízo do equilíbrio concorrencial. Mas seu alcance não se limita à execução de atividades econômicas em sentido estrito. Inclusive na hipótese de criação de empresas para atuação em regime não concorrencial (como na exploração de serviços públicos ou de monopólios), o Estado deve se sujeitar a um regime tendencialmente privado na execução de suas atividades<sup>16</sup>.

Portanto, além da já delineada obrigação de aporte de recursos públicos para a criação de sociedades de economia mista e de empresas públicas, também o caráter subsidiário do exercício da atividade econômica pelo Estado corrobora a necessidade de se distinguir entre as decisões de criação e extinção.

Nesse particular, a tese esgrimida pelo requerente é sustentada por um argumento de natureza formal – o do paralelismo das formas – a partir do qual se extrai a conclusão de que, se a Constituição Federal exige explicitamente

---

<sup>16</sup> No ponto, vale referir a seguinte citação: “Apesar de, como sempre repisado, o inciso II, do § 1º, do art. 173, da CF impor a paridade apenas para as atividades econômicas exercidas pelo Estado em concomitância com empresas privadas, não se pode desconsiderar que, se o Estado optar por explorar uma atividade com exclusividade através de um instrumento de direito privado (empresa pública ou sociedade de economia mista), estará voluntariamente adotando um regime tendencialmente privado. Não tanto, naturalmente, como quando explora as atividades econômicas do art. 173, em que há uma determinação constitucional para a paridade, mas também lhe será aplicado predominantemente o direito próprio das empresas privadas pela adoção da forma de direito privado, que, no entanto, ao contrário daquelas hipóteses do art. 173, poderá ter (o direito privado e a paridade de regimes) a sua incidência excepcionada ou mitigada pelo ordenamento jurídico.” (ARAGÃO, ADI nº 6241, Relª. Minª. Cármen Lúcia



autorização legal para a criação de empresas governamentais, a mesma exigência deveria ser aplicada quando em jogo desestatização dessas empresas.

Todavia, o paralelismo das formas, intuitivo quanto possa parecer, deve ter seu valor secundarizado e temporizado ante o princípio da subsidiariedade da atuação empresarial do Estado na exploração das atividades econômicas.

A prevalência da subsidiariedade se justifica, em última análise, como condição de possibilidade da livre iniciativa, conforme observação da Nota Técnica da Assessoria da Secretaria Especial de Desestatização, Desinvestimento e Mercados do Ministério da Economia (doc. 25 do processo eletrônico, fl. 10), cuja reprodução é novamente pertinente:

18. Avançando, do ponto de vista jurídico-econômico, a desestatização justifica-se em razão de que, segundo o próprio mandamento constitucional, tanto a República Federativa do Brasil (art. 1º, IV), como sua respectiva ordem econômica (art. 170, caput) são fundadas com base no princípio da livre iniciativa. Nessa linha, observa-se com mais nitidez que a diretriz contida no art. 173 é medida excepcional, isto é, a atividade econômica é campo próprio de atuação do setor privado, cabendo a intervenção estatal tão somente nos casos previstos pela própria constituição ou "quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei".

19. Desse modo, tem-se que a intervenção estatal, e em particular a criação de empresas estatais, representa medida singular de atuação na ordem econômica e legítima apenas nos casos autorizados. Os motivos, que podem ser os mais variados, devem ser explicitados a fim de justificar a medida, mas como tal, exatamente por excepcionalizar a regra de atuação do setor privado, há de serem analisados sempre à luz de seu contexto histórico e segundo as variáveis econômicas envolvidas. Logo, na mesma medida em que a intervenção é fruto de decisão política (conforme visto acima), a partir da análise de conjuntura governamental, é forçoso reconhecer que tal decisão (pela intervenção) pode - sempre - ser modificada pelos governos, conforme se alterem os fundamentos e cenários considerados na oportunidade anterior.

Conforme salientado, a Constituição busca prevenir uma expansão desmedida da participação estatal na economia. O condicionamento formal (reserva legal) instituído no artigo 37, inciso XIX, da Lei Maior representa, antes de tudo, um importante meio de contenção do avanço do Estado sobre terreno típico da iniciativa privada, o que tem sido observado, com lucidez, pela doutrina:

Esses dispositivos, de acordo com Sérgio Alexandre Camargo, refletem “o temor do constituinte no tocante ao desmedido crescimento empresarial do Estado, comandando cautela ao criar-se empresas estatais que interfiram na livre-iniciativa”<sup>17</sup>.

A exigência de lei específica para autorizar a retirada da presença estatal do domínio econômico típico da iniciativa privada é, nesse sentido, um contrassenso. De fato, a participação do legislador nessa matéria deve ter apenas um sentido remoto, sendo exercido por meio de um consentimento genérico, sob pena de dificultar injustificadamente a administração das estatais.

Nesse contexto, a Lei nº 9.491/1997, que criou o Programa Nacional de Desestatização assume exatamente esses contornos. O Congresso Nacional, adotando como política pública a redução da presença do Estado brasileiro, com o fim de melhorar a eficiência administrativa, qualidade dos serviços, diminuição de custos e evitar corrupção, anuncia um novo modelo para a Administração, **fixando, objetivamente, para o Poder Executivo, os parâmetros em que se dará o enxugamento do aparato estatal**<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> FIDALGO, Carolina Barros. **O Estado empresário: das sociedades estatais às sociedades privadas com participação minoritária do Estado**. São Paulo: Almedina, 2017. pp. 112.

<sup>18</sup> A respeito, dispõem os artigos 1º e 11 da Lei nº 9.491/97, *verbis*:

“**Art. 1º** O Programa Nacional de Desestatização – PND tem como objetivos fundamentais:

*I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;*

*II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida;*

ADI nº 6241, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia

Este, por sua vez, através do Conselho Nacional de Desestatização e órgãos auxiliares, e observando as diretrizes traçadas pelo Poder Legislativo, promoverá, caso a caso, a saída do Estado nos setores até então explorados. Com o mesmo espírito, a Lei nº 13.334/2016, que criou o Programa de Parcerias de Investimento e o integrou ao Programa Nacional de Desestatização, ampliando o escopo normativo desse último.

Observa-se assim que, quando da criação das empresas públicas e sociedades de economia mista, o Estado não apenas atua de forma subsidiária e contida, como também necessita aportar recursos públicos para viabilizar o funcionamento das empresas governamentais. Entretanto, ao percorrer o caminho inverso, de retirada da participação estatal direta na economia, já não concorrem as mesmas condicionantes deliberativas.

Essas são as razões pelas quais a lei que fixa a política de desestatização, ao contrário da que autoriza a criação de empresas públicas e

---

*III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;*

*IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infraestrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito;*

*V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;*

*VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrarem o Programa.”*

*“Art. 11. Para salvaguarda do conhecimento público das condições em que se processará a alienação do controle acionário da empresa, inclusive instituição financeira incluída no Programa Nacional de Desestatização, assim como de sua situação econômica, financeira e operacional, será dada ampla divulgação das informações necessárias, mediante a publicação de edital, no Diário Oficial da União e em jornais de notória circulação nacional, do qual constarão, pelo menos, os seguintes elementos:*

*a) justificativa da privatização, indicando o percentual do capital social da empresa a ser alienado;*

*b) data e ato que determinou a constituição da empresa originariamente estatal ou, se estatizada, data, ato e motivos que determinaram sua estatização;*

*c) passivo das sociedades de curto e de longo prazo;*

*d) situação econômico-financeira da sociedade, especificando lucros ou prejuízos, endividamento interno e externo, nos cinco últimos exercícios;*

*e) pagamento de dividendos à União ou a sociedades por essa controladas direta ou indiretamente, e aporte de recursos à conta capital, providos direta ou indiretamente pela União, nos últimos quinze anos;*

*f) sumário dos estudos de avaliação;*

*g) critério de fixação do valor de alienação, com base nos estudos de avaliação;*

*h) modelagem de venda e valor mínimo da participação a ser alienada;*

*i) a indicação, se for o caso, de que será criada ação de classe especial e os poderes nela compreendidos.”*

sociedades de economia mista, pode ser *genérica*, isto é, pode se dispensar de indicar caso a caso onde o Poder Público encerrará suas atividades. Embora genérica, essa legislação não deixa de guardar, em certo sentido, um lastro de especialidade, pois aprovada para deliberar sobre um fim determinado.

Nesse contexto, considerando o que já exposto, entende-se que não se aplica no presente caso a denominada simetria das formas, a exigir a edição de lei específica para a desestatização das citadas entidades públicas.

Por fim, resta analisar a evolução do entendimento sobre o tema nessa Suprema Corte, com o intuito de demonstrar que a experiência jurisprudencial do Plenário se consolidou em sentido abertamente contrário às teses da inicial, admitindo a suficiência da autorização legal genérica para a desestatização de empresas públicas e sociedades de economia mista.

### III.I.III - Da jurisprudência dessa Suprema Corte sobre o tema

Consoante já destacado, esse Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento segundo o qual não viola a Lei Maior a autorização geral conferida pelo Poder Legislativo ao Poder Executivo para desestatizar empresas, segundo critérios previamente determinados.

De fato, no julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3578, que tinha por objeto alguns artigos da Lei nº 9.491/1997, essa Suprema Corte afirmou a constitucionalidade da previsão legal que exigia tão somente a edição de lei geral para fins de privatização. Nesse sentido, confira-se a ementa do citado acórdão, *verbis*:

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

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

III. (...).

(ADI 3578 MC, Relator: Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 14/09/2005, grifou-se).

Destaque-se, ademais, a existência de outros precedentes desse Supremo Tribunal Federal, os quais ratificam ser necessária tão somente uma autorização legal genérica para a desestatização de sociedades de economia mista ou de empresa pública. De fato, quando da análise do primeiro Programa Nacional de Desestatização criado pela Lei nº 8.031/1990, essa Suprema Corte, em decisão cautelar proferida na ADI nº 562, reconheceu a constitucionalidade de autorização legislativa genérica a fundamentar o processo de desestatização. Nesse sentido, confira-se o seguinte trecho do voto condutor do acórdão, proferido pelo Ministro relator ILMAR GALVÃO, *verbis*:

Resta, pois, saber se, efetivamente, para a alienação ou extinção de cada empresa pública, faz-se mister autorização específica, como sustentado pelo Autor.

Não pende dúvida, em face do disposto no art. 37, incisos XIX e XX, da CF, que as empresas e entidades públicas que explorem atividade econômica, e subsidiárias, não de ser criadas por lei específica.

Trata-se de exigência que corresponde, simplesmente, a imperativos de controle, pelo Poder Legislativo, da observância dos princípios que devem nortear a administração pública (art. 37) – já que a criação de uma entidade da espécie resulta no comprometimento de vultosos recursos ao erário –, e à necessidade de fixação dos objetivos da entidade, da forma de sua constituição, dos respectivos órgãos diretores, etc.

A autorização legislativa específica, indispensável ao mero destaque de recursos orçamentários, por via de específica consignação na lei de meios, não poderia ser dispensada quando está em jogo o surgimento de mais um ente da administração.

**A partir, entretanto, do momento em que o referido ente cumpriu os seus objetivos, tornou-se inviável, ou já não se justifica a sua**

**manutenção, a privatização ou a extinção afluem como alternativas inevitáveis, nada impedindo que, uma ou outra, possa ser posta em prática segundo regras de caráter geral, já que inexistente razão de ordem constitucional, legal ou, mesmo, de ordem prática, que determine tratamento diferenciado, para esta ou aquela espécie de empresa.**

(...)

**A circunstância, pois, de a privatização e empresas haver sido regulamentada por lei de caráter geral e não particular, não parece incompatível com as normas constitucionais analisadas.**

(ADI 562 MC, Relator: Ministro ILMAR GALVÃO, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 04/09/1991, trecho do voto do Ministro ILMAR GALVÃO, fls. 15-17, grifou-se).

Ademais, no julgamento cautelar da ADI nº 1724, cujo objeto era o artigo 3º da Lei Complementar nº 143, do Estado do Espírito Santo<sup>19</sup>, entendeu-se que o Programa Estadual de Desestatização por ela instituído poderia, validamente, deixar de especificar quais empresas públicas ou sociedades de economia mista seriam objeto da lei, podendo fazê-lo o Governador por ato próprio. Confirma-se, a propósito, a ementa do referido acórdão:

Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei Complementar nº 143, de 03 de abril de 1996, do Estado do Rio Grande do Norte, que instituiu o Programa Estadual de Desestatização - PED. 3. Alegação de que o diploma legal confere ao Governo do Estado amplos poderes para alienar o controle acionário de toda e qualquer empresa controlada direta ou indiretamente pelo Estado. 4. **Da análise da Lei Complementar nº 143, depreende-se que o programa de desestatização em exame não confere ao Governador inteira discricção quanto à privatização de empresas controladas pelo Estado, ficando sua execução sujeita à verificação, caso a caso, dos motivos que justifiquem o procedimento respectivo, nos limites definidos na Lei Complementar local.** 5. Incabível, no caso concreto, retomar o debate acerca da necessidade, ou não, de lei específica para cada privatização de empresa controlada pelo Estado. 6. Na espécie, a lei norte-rio-grandense dispõe, de forma ampla, sobre o programa de desestatização, ad instar da legislação federal, não se fazendo, destarte, necessária autorização específica. 7. Não configuração do pressuposto da relevância jurídica. 8. Medida cautelar indeferida.

(ADI nº 1724-1; Relator Ministro NÉRI DA SILVEIRA; Julgamento em 11/12/1997; Publicação no DOU de 22/10/1999. Destacou-se.).

---

<sup>19</sup> “Art. 3º. Fica o Chefe do Poder Executivo autorizado a proceder a privatização de todas as empresas controladas direta ou indiretamente pelo Estado, desde que atendido o disposto no art. 1º.”

A respeito, pertinente destacar-se o seguinte trecho do voto-condutor do acórdão do Ministro NÉRI DA SILVEIRA, *verbis*:

Dessa maneira, o programa de desestatização em exame não confere ao Governador inteira discricção quanto à privatização de empresas controladas direta ou indiretamente pelo Estado, senão que sua execução fica sujeita à verificação, caso a caso, dos motivos que justifiquem o procedimento respectivo, nos limites definidos na Lei Complementar local, podendo, destarte, sofrer o controle judicial, desde que provocado por quem quer que seja, pois a enumeração constante do art. 7º transcrito bem demonstra estar a Comissão Diretora do Programa obrigada a amplos esclarecimentos, estudos, avaliações, definição de critérios de fixação do preço total de alienação da empresa a ser privatizada e valor de cada ação, de tudo prestando contas e elaborando relatórios. Ora, cuidando-se, assim, de processo aberto ao público, assegurada, pelo inciso V do aludido art. 7º, ‘*rigorosa transparência dos processos de alienação*’, bem de compreender é que os partidos políticos e a sociedade em geral poderão fiscalizar os procedimentos e impugná-los, perante o Poder Judiciário, a teor do art. 5º, XXV, da Constituição, tal como tem sucedido no âmbito federal, desde a vigência da Lei nº 8031, de 12/4/1990, agora substituída pela Lei nº 9491, de 9/9/1997.

Por fim, recentemente, em julgamento realizado no dia 30 de agosto de 2019, ao analisar de forma definitiva a constitucionalidade da Lei Complementar nº 143/1996 do Estado do Rio Grande do Norte, que criou o Programa Estadual de Desestatização, essa Suprema Corte ratificou referido posicionamento pela desnecessidade de lei específica para autorizar a desestatização de empresas públicas e sociedades de economia mista, consoante se observa da ementa do citado acórdão, *verbis*:

Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei Complementar 143/96 do Estado do Rio Grande do Norte. **Programa Estadual de Desestatização – PED. 3. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.** 4. Medida Liminar indeferida pelo Plenário. 5. **Desnecessidade de lei específica.** Autorização conferida ao Chefe do Poder Executivo subordina-se às regras legalmente estabelecidas no Programa de Desestatização. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

(ADI 1724, Relator: Ministro GILMAR MENDES, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 30/08/2019, Publicação em 16/09/2019, grifou-se).

Nesse recente julgamento, os Ministros GILMAR MENDES e EDSON FACHIN, o primeiro dos quais oficiando como Relator, destacaram não apenas a inaplicabilidade do precedente firmado na ADI 234, como também repisaram que o tema ora em debate possui jurisprudência pacífica e consolidada nessa Suprema Corte. Nesse sentido, interessante a transcrição dos trechos dos votos dos citados Ministros, *verbis*:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): (...)

Observe-se, ademais, que esta Corte, ao julgar a ADI 234-RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, unânime, DJ 26.5.1995, teve oportunidade de acentuar não ser admissível, no sistema da Constituição, que norma de Constituição estadual proíba o Estado de reordenar sua posição na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevida ou desnecessariamente exploradas pelo setor público.

**A diferença desse precedente para o caso dos autos, no entanto, reside no fato de que lá não havia lei geral de desestatização no Estado, mas, tão só, regra da Constituição local** que sujeitava a alienação de quaisquer ações de sociedade de economia mista e empresa pública a autorização legislativa, competindo, exclusivamente, à Assembleia Legislativa autorizar a criação, fusão ou extinção, nos termos do art. 69, parágrafo único, e 99, XXXIII, da Constituição Estadual.

Não parece haver dúvida de que a autorização conferida ao Chefe do Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Norte subordina-se às regras legalmente estabelecidas no Programa de Desestatização, estando as decisões administrativas submetidas a amplo controle social e, especialmente, ao controle judicial.

(...)

**Esse é o entendimento consolidado pela jurisprudência desta Corte, segundo o qual não há necessidade de lei específica a autorizar a desestatização de determinada sociedade ou empresa pública.** Cita-se, a propósito, o decidido por este Tribunal nas ADI-MC 562, Rel. Min. Ilmar Galvão, Pleno, DJ 26.3.1993; ADI 1549-MC, rel. Min. Francisco Rezek, Pleno, DJ 18.5.2001; ADI-MC 1703, rel. Ilmar Galvão, Pleno, DJ 13.8.199; e ADI-MC 3578, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, DJ 24.2.2006: (...)

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: (...)

Não se aduza, por fim, que o grau de interferência é, no que tange à separação de poderes, mais relevante, na medida em que retiraria a possibilidade de exame individualizado por parte do poder legislativo das condições previstas no texto constitucional. **Isso porque, como assentou o então Relator quando do julgamento da medida cautelar, é inaplicável ao caso o precedente na ADI 234, DJ 15.09.1995. Ademais, o próprio Supremo Tribunal Federal tem entendido que a exigência constitucional de lei para autorizar a**



**alienação do controle acionário não precisa ser específica.**

Percebe-se, assim que essa Suprema Corte já reconheceu, em diversas oportunidades, a constitucionalidade de políticas de desestatização instituídas sob padrões de legalidade semelhantes aqueles pertinentes às Leis nº 9.491/1997 e 13.334/2016.

Resta evidente que, ao contrário do que sustentado na petição inicial, a jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de reconhecer a constitucionalidade de lei genérica que estabeleça o procedimento de desestatização, sendo desnecessária a indicação das empresas a serem eventualmente atingidas pela norma geral.

### *III.II – Da ausência do periculum in mora*

Quanto ao primeiro requisito, tem-se que a ausência de verossimilhança das alegações formuladas pelo requerente restou satisfatoriamente demonstrada no item anterior, em que se constatou a constitucionalidade das normas impugnadas.

Constata-se, ainda, a carência de *periculum in mora* acerca da pretensão do autor.

Inicialmente, cumpre ressaltar o extenso lapso temporal de vigência e validade das normas questionadas. Com efeito, a jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que o tardio ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade afasta a existência do *periculum in mora*, requisito essencial à concessão de medida cautelar. Veja-se:

(...) O lapso temporal decorrido entre o começo da vigência da lei questionada e o ajuizamento da ação é de mais de seis anos. Incorre o requisito do *periculum in mora*, essencial ao acolhimento da medida cautelar (...).

(ADI nº 1950 MC, Relator: Ministro NELSON JOBIM, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 03/11/1999, Publicação em 18/12/2000).

No mesmo sentido, cumpre referir algumas decisões monocráticas que ilustram a predominância desse entendimento jurisprudencial na Suprema Corte:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao pronunciar-se sobre esse específico aspecto concernente à questão do “periculum in mora”, já advertiu, por mais de uma vez, que o tardio ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, quando já decorrido lapso temporal considerável desde a edição do ato normativo impugnado, como na espécie, desautoriza o reconhecimento de situação alegadamente configuradora do “periculum in mora”, o que inviabiliza, em tese, a concessão da medida cautelar postulada (ADI 1.185-MC/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – ADI 1.561-MC/SC, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – ADI 1.923-MC/DF, Red. p/ o acórdão Min. EROS GRAU – ADI 1.935- -MC/RO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, v.g.):

(ADI nº 5918 MC, Relator: Ministro CELSO DE MELLO, Decisão monocrática, Julgamento em 25/06/2018, Publicação em 28/06/2018)

PROCESSO CONSTITUCIONAL. ADI. PRESSUPOSTOS PARA DEFERIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR. ATOS NORMATIVOS IMPUGNADOS EM VIGOR HÁ MAIS DE 6 ANOS. AUSÊNCIA DE PERIGO NA DEMORA. PRECEDENTES. (...) 8. Conforme jurisprudência pacífica desta Corte, o deferimento de medida liminar pressupõe a presença de dois pressupostos: i) a verossimilhança do direito alegado e ii) o perigo na demora em se obter provimento judicial (ADI 2.333 MC, Rel. Min. Marco Aurélio). **Também de acordo com a jurisprudência desta Corte, salvo em hipóteses excepcionais, o transcurso de longo prazo desde a vigência da norma atacada constitui indício relevante da inexistência do segundo requisito, a justificar o indeferimento da liminar postulada** (ADI 1.935, Rel. Min. Marco Aurélio). No mesmo sentido: ADI 5.236 e ADI 5.519, ambas de minha relatoria. 9. Ocorre justamente que os dispositivos primeiramente impugnados pertencem à Lei Complementar estadual nº 131, de 29.09.2010, e a presente ação direta de inconstitucionalidade foi ajuizada apenas este ano, estando os atos normativos em questão em vigor há mais de seis anos. Ademais, a Lei complementar nº 92, que poderia ser repristinada, é de 05.07.2002. Nestas circunstâncias, os argumentos apresentados pela requerente não se prestam a justificar o deferimento de cautelar. 10. Diante do exposto, indefiro a liminar.

(ADI nº 5510 MC, Relator: Ministro ROBERTO BARROSO, Decisão monocrática, Julgamento em 03/10/2016, Publicação em 05/10/2016; grifou-se);

No caso, o objeto primordial da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental é a Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997, estando em vigor, portanto, há mais de 20 (vinte) anos.

Ademais, consoante informações prestadas pela Secretaria Especial de Desestatização, Desinvestimento e Mercados, do Ministério da Economia (fls. 01/20, e-doc. 25), aos longo desses anos, mais de 100 (cem) processos de desestatização foram concretizados com fundamento no referido marco legal. Tais dados demonstram não apenas a ampla efetividade do Plano Nacional de Desestatização, como também “*a evidente inviabilidade de se discutir eficazmente, a tempo e modo, cada uma das hipóteses de desestatização no âmbito do Poder Legislativo, com a edição de leis específicas projeto a projeto*” (fl. 17, e-doc. 25).

Ainda que se considere a Lei nº 13.334/2016, a despeito de tal norma estar vigente há somente 3 (três) anos, o fato é que a política pública voltada à desestatização regulamentada em lei genérica já vigora há mais de 20 (vinte) anos, não havendo nenhum fato novo que justifique sua suspensão cautelar.

Resta, portanto, evidente que se está diante do que essa Suprema Corte denomina de ajuizamento tardio da ação de controle de constitucionalidade, o que afasta a configuração do *periculum in mora* e impede o deferimento do pedido cautelar.

Ainda que se entenda por afastar a jurisprudência pacífica desse Supremo Tribunal Federal acerca das consequências do ajuizamento tardio das ações de controle concentrado de constitucionalidade, não restou demonstrado o perigo na demora da prestação jurisdicional.

Em sua petição inicial, o Partido Democrático Trabalhista justifica o *periculum in mora* na existência de processos de desestatização de 6 (seis) entidades públicas. Entretanto, consoante destacado nas informações prestadas pela Assessoria Especial da Secretaria do Programa de Parcerias de Investimentos, o processo de desestatização previsto nas leis sob invectiva segue etapas extremamente rígidas, sendo necessária a aprovação do Tribunal de Contas, atestando que aquela privatização em particular atende o interesse público. Nesse sentido, interessante a transcrição de parte das informações, a qual esclarece as etapas essenciais desse processo, *in verbis*:

23. Nesse ponto, importa esclarecer que o processo de desestização fundado na Lei nº 9.491/1997, no Decreto nº 2.594/1998 e na Lei nº 13.334/2016 segue etapas rígidas para seu desfecho e o ato de qualificação de um determinado empreendimento no PPI ou de inclusão no PND não significa automaticamente que será firmado um contrato de parceria ou promovida uma desestização. Há uma série de procedimentos legais a serem seguidos, os quais, ao final, irão indicar a medida mais vantajosa ao interesse público, que, inclusive, pode ser a manutenção do empreendimento sob domínio público.

24. Em regra, o fluxo do processo de desestização de uma empresa segue o rito sintetizado no gráfico abaixo, não obstante algumas empresas tenham sido incluídas no PPI inicialmente apenas para estudos, sem ingresso imediato no PND: (...)

25. Ao Conselho do PPI, em razão da Lei nº 9.491/1997 e da Lei nº 13.334/2016, compete recomendar, para aprovação do Presidente da República, a inclusão ou exclusão das empresas da União no PND. Ato connuo, o Presidente da República, se concordar com a recomendação, emite Decreto ratificando e formalizando a inclusão da empresa no âmbito do PND. Após esse ato, vários procedimentos são realizados para que se depositem as ações ou cotas das empresas no Fundo Nacional de Desestização.

26. De acordo com a Lei nº 9.491/1997, o BNDES é o Gestor do FND. Em tal condição, compete a ele elaborar os estudos próprios a cada empresa incluída no PND, avaliando qual seria a modalidade de desestização mais adequada a cada caso.

27. Finalizada a fase de estudos, a documentação é colocada em consulta pública para manifestação da sociedade e, na sequência, submetida ao Tribunal de Contas da União para avaliação e aprovação.

28. Tendo em vista que o CPPI passou a exercer as funções atribuídas ao Conselho Nacional de Desestização – CND, nos termos do art. 7º, inciso V, alínea “c”, da Lei nº 13.334/2016, com os estudos realizados e aprovados pelo TCU, as modelagens propostas devem ser

apresentadas ao CPPI, a quem cabe aprovar, consoante art. 6º da Lei nº 9.491/1997: (...)

29. Caso os estudos técnicos e jurídicos indiquem a necessidade de alterações normativas ou legislativas, devem ser providenciadas, dado o rito de cada processo, as modificações necessárias antes de seguir com a desestatização.

30. Com todas as etapas de estudos, aprovação do CPPI e alterações legislativas vencidas, dá-se início ao procedimento destinado a materializar a modalidade operacional definida para concretizar a desestatização.

31. Vale destacar, em primeiro lugar, que todos os processos de desestatização citados na exordial serão submetidos, anteriormente à alienação do controle ou à liquidação, ao controle social, por meio de audiência e consulta pública, e ao exame do Tribunal de Contas da União - TCU, conforme os arts. 15 e 16 da Resolução nº 01 do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos – CPPI, de 13 de setembro de 2016. (fls. 45-48, e-doc 25).

Percebe-se, assim, que o autor parece ignorar que o procedimento de desestatização previsto nas normas impugnadas obedece à rígidos e demorados trâmites, não havendo risco da ocorrência de uma privatização abrupta de empresa pública ou de sociedade de economia mista, como quer fazer crer o partido requerente.

Nesse contexto, eventual concessão da medida liminar impactaria não apenas os processos de privatização em curso, como também concessões, permissões e autorizações de serviços públicos – considerados como modalidades de desestatização, nos termos da Lei nº 9.491/1997 – gerando um cenário de completa instabilidade institucional. E, conforme apontado em tópico preliminar, o requerente sequer se desincumbiu do ônus argumentativo de justificar as alegações de inconstitucionalidade vertidas contra a maior parte dos dispositivos impugnados.

Ante o exposto, diante do lapso temporal de vigência da norma, que já vigorou regulamentou diversos projetos de desestatização, e do risco de que eventual decisão cautelar paralise não apenas os processos de privatização,

alcançando ainda as concessões, permissões e autorizações, entende-se demonstrada a existência de *periculum in mora* inverso.

Destarte, resta clara a ausência do requisito do *periculum in mora*, seja pelo ajuizamento tardio da presente arguição, seja pelos riscos de implementação de eventual decisão liminar.

#### **IV – DA CONCLUSÃO**

Ante o exposto, o Advogado-Geral da União manifesta-se pela improcedência do pedido cautelar formulado pelo autor.

São essas, Excelentíssimo Senhor Relator, as considerações que se tem a fazer em face do artigo 103, § 3º, da Constituição Federal, cuja juntada aos autos ora se requer.

Brasília, de novembro de 2019.

ANDRÉ LUIZ DE ALMEIDA MENDONÇA  
Advogado-Geral da União

IZABEL VINCHON NOGUEIRA DE ANDRADE  
Secretária-Geral de Contencioso

DANIEL PINCOWSCY CARDOSO M. DE A. ALVIM  
Diretor do Departamento de Controle Concentrado

ANDREA DE QUADROS DANTAS ECHEVERRIA  
Advogada da União