

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. Ação direta de inconstitucionalidade na qual se discute a *“desestatização sem autorização legislativa, prévia e específica, de entidades públicas cuja instituição foi autorizada por lei específica”* (fl. 11, e-doc. 1).

2. Instruído o feito nos termos do art. 10 da Lei n. 9.868/1999, é de cumprir o imperativo constitucional de conferir-se celeridade processual, com o conhecimento e julgamento definitivo de mérito da ação direta por este Supremo Tribunal, ausente a necessidade de novas informações. No mesmo sentido, por exemplo, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.163, Relator o Ministro Cezar Peluso, Plenário, DJ 1º.3.2013, e Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.661, Relatora a Ministra Rosa Weber, Plenário, DJ 5.10.2020.

Preliminar de conhecimento

3. Em sua manifestação, o Advogado-Geral da União argumenta não poder ser conhecida a presente ação em todos os seus termos porque as normas postas nas leis analisadas não foram impugnadas detida e especificamente. Observa que *“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. (...) 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)”* (fl. 8, e-doc. 38).

4. Em preliminar, o Procurador-Geral da República opinou pelo conhecimento parcial da ação, pois a autora, *“conquanto argua a inconformidade constitucional de uma série de dispositivos das leis citadas, o único fundamento constitucional invocado é o alegado descumprimento da suposta exigência constitucional de autorização legislativa específica*

para a deflagração da desestatização de cada entidade estatal inclusa no Programa Nacional de Desestatizações, cujas funções têm sido exercidas pela Secretaria do Programa de Parcerias e Investimentos. (...) Por essa razão, o conhecimento da presente ação há de circunscrever-se à autorização de inclusão de empresas estatais no plano de desestatização (arts. 2ª, caput, e 6ª da Lei nº 9.491/1997)” (fls. 15-16, e-doc. 49).

5. Nos arts. 3º e 4º da Lei n. 9.868/1999 se dispõe:

“Art. 3º A petição indicará:

I - o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações; (...)

Art. 4º A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator”.

6. Do exame da inicial não é possível extrair argumentação jurídica atinente a todos os artigos questionados das Leis ns. 9.491/1997 e 13.334/2016.

Os argumentos jurídicos postos pela autora restringem-se à alegada necessidade de lei específica para a efetivação da desestatização de empresa estatal, pelo que parte dos artigos questionados, ainda que relevantes para o processo de desestatização, não g pertinência temática com as razões desenvolvidas na petição inicial.

7. Na Lei n. 9.491/1997 se disciplina o procedimento de reorganização estatal. São muitos os dados a serem examinados como previsto nos arts. 4º e 6º. Impõem-se estudos de múltiplas disciplinas, avaliações e consultas necessárias a subsidiar a tomada de decisão sobre a manutenção ou não de determinada empresa sob o controle acionário do Estado.

8. Pelas informações prestadas pela Assessoria Especial da Secretaria do Programa de Parcerias de Investimentos, *“o procedimento de privatização regulamentado pela legislação sob invectiva é composto de diversas etapas, as quais visam assegurar, dentre outros objetivos, que a desestatização em análise atenda ao interesse público”* (fls. 45-48, e-doc. 25).

9. Expõe-se na manifestação da Advocacia-Geral da União que *“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”* (fl. 8, e-doc. 38).

10. As alegações da autora objetivam a análise de constitucionalidade apenas da fase final do processo de desestatização, no sentido da necessidade de lei específica para a extinção da empresa estatal.

11. Na Lei n. 13.334/2016, estatui-se o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI, *“destinado à ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização”* (art. 1º).

Na petição inicial da presente ação não se desenvolveu argumentação jurídica para impugnação das normas previstas na Lei n. 13.334/2016 a ensejar exame de constitucionalidade por este Supremo Tribunal.

12 . Quanto aos decretos presidenciais impugnados nesta ação, pelos quais incluídas empresas estatais no processo de desestatização, a inconstitucionalidade haveria de se dar por arrastamento, consequência do entendimento sobre a necessidade de lei específica para a extinção de empresa estatal.

Este Supremo Tribunal assentou pelo não conhecimento de ação direta de inconstitucionalidade na qual a impugnação às normas seja apresentada de forma genérica.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.410/MG, o Plenário deste Supremo Tribunal não conheceu da ação com relação a várias normas nela impugnadas, nos termos seguintes:

“Não conheço da ação quanto ao art. 85, [inc.] XV, do RICMS/MG e ao art. 422, caput, do Capítulo LIV da Parte 1 do Anexo IX do RICMS/MG, com a redação dada pelo Decreto 42.891/2004, que dispõem sobre o prazo para recolhimento do tributo em regime de antecipação do fato gerador, e quanto aos incisos I, II e III do § 2º do art. 422 do Capítulo LIV da Parte 1 do Anexo IX do RICMS, que preveem a limitação da quantia de créditos aproveitáveis nas operações originadas dos estados de Santa Catarina, Rio Grande do Sul e do Paraná.

Da leitura da petição inicial, verifico que o requerente não apresenta argumentos sobre a inconstitucionalidade da sistemática de antecipação, nem impugna especificamente as limitações ao reconhecimento de créditos, mas volta-se ao benefício fiscal da redução da base de cálculo, que o requerido instituiu aparentemente em função da procedência ou do destino das mercadorias postas em circulação.

Com efeito, falta à inicial indicação analítica de fundamentos capazes de confirmar o juízo de incompatibilidade entre os específicos dispositivos e a Constituição (art. 3º, [inc.] I, da Lei 9.868/1999). Por outro lado, em razão da autonomia entre o estabelecimento da sistemática de antecipação do fato gerador e a concessão e restrição do aproveitamento de créditos, não há razão para declarar inconstitucional, por arrastamento, o art. 85, XV, ou o art. 422, §2º, do RICMS/MG” (Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ 8.6.2007).

“EMENTA: (...) IMPUGNAÇÃO GENÉRICA DEDUZIDA EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO. INADMISSIBILIDADE. DEVER PROCESSUAL, QUE INCUMBE AO AUTOR DA AÇÃO DIRETA, DE FUNDAMENTAR, ADEQUADAMENTE, A PRETENSÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. SITUAÇÃO QUE LEGITIMA O NÃO CONHECIMENTO DA AÇÃO DIRETA. PRECEDENTES” (ADI n. 514/PI, Relator o Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 28.3.2008).

Na mesma linha: ADI n. 1.811-MC/DF, Relator o Ministro Néri da Silveira, Tribunal Pleno, DJ 25.2.2000; ADI n. 259, Relator o Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 19.2.1993; ADI n. 1.708/MT, Relator o. Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 13.3.1998; ADI n. 1.775/RJ, Relator o Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 18.5.2001; ADI 2.561/MG, Relator o Ministro. Eros Grau, decisão monocrática, DJ 1º.2.2005.

13 . Acolho as preliminares suscitadas pela Advocacia-Geral da União e pela Procuradoria-Geral da República e **conheço desta ação direta de inconstitucionalidade apenas na parte na qual impugnada a autorização de inclusão de empresas estatais no plano de desestatização prevista no caput do art. 2º e inc. I e § 1º do art. 6º da Lei n. 9.491/1997.**

Do mérito

14. O objeto conhecido desta ação atém-se ao disposto no *caput* do art. 2º e ao inc. I e § 1º do art. 6º da Lei n. 9.491/1997.

Na presente ação direta se põe em questão se a autorização deferida ao Chefe do Poder Executivo Federal para incluir empresa estatal no Programa de Desestatização seria constitucional ou se haveria necessidade de lei específica para desestatização dessas empresas, considerando, pelo princípio da simetria, a exigência dessa espécie normativa para sua criação prevista no inc. XIX do art. 37 da Constituição da República.

Tem-se nas normas impugnadas:

“Art. 2º Poderão ser objeto de desestatização, nos termos desta Lei:...

Art. 6º Compete ao Conselho Nacional de Desestatização:

I - recomendar, para aprovação do Presidente da República, meios de pagamento e inclusão ou exclusão de empresas, inclusive instituições financeiras, serviços públicos e participações minoritárias, bem como a inclusão de bens móveis e imóveis da União no Programa Nacional de Desestatização;

§ 1º Na desestatização dos serviços públicos, o Conselho Nacional de Desestatização deverá recomendar, para aprovação do Presidente da República, o órgão da Administração direta ou indireta que deverá ser o responsável pela execução e acompanhamento do correspondente processo de desestatização, ficando esse órgão, no que couber, com as atribuições previstas no art. 18 desta Lei. ...”

15. A questão posta não é nova neste Supremo Tribunal. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.724, Relator o Ministro Gilmar Mendes, este Supremo Tribunal, por unanimidade, decidiu:

“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” (DJe 16.9.2019)

Naquela assentada, o Plenário deste Supremo Tribunal examinou lei do Rio Grande do Norte instituindo o Programa Estadual de Desestatização e criando o Fundo de Privatização do Rio Grande do Norte. Alegava-se, então, inconstitucionalidade por terem sido conferido amplos poderes ao Executivo estadual para alienar controle acionario de qualquer empresa controlada pelo Rio Grande do Norte, bastando ao Executivo apresentar a sua decisão por decreto.

No julgamento da medida cautelar, indeferida pelo Plenário deste Supremo Tribunal, no voto do então Relator o Ministro Néri da Silveira, anotou-se:

“(...) 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 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 n. 8.031, de 12/4 /1990, agora, substituída pela Lei n. 9491, de 9/9/1997.

Penso que, no caso concreto do Estado do Rio Grande do Norte, o legislador local, seguindo a disciplina deduzida no âmbito federal, regulou, em lei geral, a matéria concernente a seu programa de desestatização”.

No voto do julgamento de mérito proferido pelo Relator, Ministro Gilmar Mendes, acompanhado por unanimidade, constou: “ *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*” .

16. Também no julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.578, pela qual questionados dispositivos da Lei n. 9.491/1997, este Supremo Tribunal afirmou a constitucionalidade da edição de lei geral para fins de privatização:

“EMENTA: I. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade: caso de excepcional urgência, que autoriza a decisão liminar sem audiência dos partícipes da edição das normas questionadas (LADIn, art. 10, § 3º), dada a iminência do leilão de privatização do controle de instituição financeira, cujo resultado poderia vir a ser comprometido com a concessão posterior da medida cautelar. II. Desestatização de empresas públicas e sociedades de economia mista: alegação de exigência constitucional de autorização legislativa específica, que - contra o voto do relator - o Supremo Tribunal tem rejeitado; caso concreto, ademais, no qual a transferência do controle da instituição financeira, do Estado-membro para a União, foi autorizada por lei estadual (conforme exigência do art. 4º, I, a, da MPr 2.192-70/01 - PROES) e a subsequente privatização pela União constitui a finalidade legal específica de toda a operação; indeferimento da medida cautelar com relação ao art. 3º, I, da MPr 2.192-70/01, e ao art. 2º, I, II e IV, da L. 9.491/97. III. Desestatização: manutenção na instituição financeira privatizada das disponibilidades de caixa da administração pública do Estado que detinha o seu controle acionário (MPr 2.192-70/01, art. 4º, § 1º), assim como dos depósitos judiciais (MPr 2.192-70/01, art. 29): autorização genérica, cuja constitucionalidade - não obstante emanada de diploma legislativo federal - é objeto de questionamento de densa plausibilidade, à vista do princípio da moralidade - como aventado em precedentes do Tribunal (ADIn 2.600-MC e ADIn 2.661-MC) - e do próprio art. 164, § 3º, da Constituição - que não permitiria à lei, ainda

que federal, abrir exceção tão ampla à regra geral, que é a de depósitos da disponibilidade de caixa da Administração Pública em instituições financeiras oficiais; aparente violação, por fim, da exigência constitucional de licitação (CF, art. 37, XXI); ocorrência do periculum in mora : deferimento da medida cautelar para suspender ex nunc a eficácia dos arts. 4º, § 1º, e 29 e parágrafo único do ato normativo questionado (MPr 2.192/70/01)” (ADI n. 3.578 MC, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ 24.2.2006).

17. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.577, Relator o Ministro Dias Toffoli, pela qual declarados constitucionais os incs. I, II e IV do art. 2º da Lei n. 9.491/1997, assentou-se a desnecessidade de lei específica para a autorização de desestatização de empresa estatal:

“EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafo 1º do art. 4º da Medida Provisória nº 2192-70/2001. Exaurimento da eficácia normativa. Prejudicialidade. Incisos I, II e IV do art. 2º da Lei nº 9.491/97. Programa Nacional de Desestatização. Normas que designam as empresas que poderão ser desestatizadas. Ausência de necessidade de lei específica para a autorização de desestatização. Inciso I do art. 3º da Medida Provisória nº 2192-70/2001. Preceito que permite que a União adquira o controle de instituição financeira estadual exclusivamente com o objetivo de privatizá-la ou extingui-la. Constitucionalidade. Artigo 29 e parágrafo único da MP nº 2192-70/2001. Norma que possibilita que os depósitos judiciais efetuados em instituição financeira oficial submetida a processo de privatização sejam mantidos, até regular levantamento, na própria instituição financeira privatizada ou na instituição financeira adquirente de seu controle acionário. Ofensa ao art. 37, inciso XXI, e ao art. 164, § 3º, todos da Constituição Federal. Parcial procedência do pedido. 1. (...). 2. Não há necessidade de lei específica autorizando a desestatização de empresas, sendo suficiente a autorização legal genérica. Sendo assim, são constitucionais os incisos I, II e IV do art. 2º da Lei nº 9.491/97, os quais designam, de forma geral, as empresas que poderão ser desestatizadas. O inciso I do art. 3º da Medida Provisória nº 2.192-70/2001, por sua vez, tão somente autoriza a transferência do controle acionário do banco estadual para a União, a qual poderá privatizá-lo ou extingui-lo. 3. (...). 4. Prejudicialidade parcial da ação direta, a qual, quanto à parte que se conhece, é julgada parcialmente procedente” (ADI n. 3.577, Plenário, DJe 6.4.2020).

18. Anote-se que no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 234, Relator o Ministro Néri da Silveira, DJ 26.5.1995, assentou-se ser

inadmissível que norma de Constituição estadual proíba o Estado de reordenar sua participação na atividade econômica, transferindo à iniciativa privada atividades antes exploradas pelo setor público.

A diferença daquele precedente para a situação dos autos está em que naquela anterior não havia lei geral de desestatização no Estado, mas apenas norma constitucional local que sujeitava a alienação de ações de sociedade de economia mista e empresa pública à autorização legislativa, competindo, exclusivamente, à Assembleia Legislativa autorizar a criação, fusão ou extinção.

19. As empresas estatais e suas subsidiárias são tratadas, no art. 173 da Constituição da República, com especificidade. Ali se determinam os imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo como condicionantes para sua manutenção e continuidade.

A expressão “relevante interesse coletivo”, tido como conceito indeterminado, não significa autorização irrestrita a legitimar o Estado para atuar como agente econômico indiscriminadamente. O conceito vago ou fluido é determinável em cada situação cuidada. Por isso sustenta, por exemplo, André Rodrigues Cyrino:

“(...) já a partir do sentido etimológico dos termos de relevante interesse coletivo, infere-se, para os fins do art. 173, caput, da Constituição, que o interesse coletivo consiste na existência de uma necessidade transindividual, comum a número significativo de pessoas, cuja satisfação não possa ser proporcionada de forma adequada senão que pela atuação direta do Estado-empresário. Ainda que exista espaço para as escolhas daquilo que se entenda relevante, não se trata, tão somente, de um mero interesse da coletividade. Se fosse assim, qualquer opção legislativa seria relevante pois aprovada pela maioria dos representantes eleitos. (...) O cunho marcadamente aberto dessas interpretações salta aos olhos. Mas isso não pode significar uma autorização irrestrita. Mormente nas zonas de certeza positiva e negativa” (Direito Constitucional Regulatório . Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 132-133).

As balizas estabelecidas no art. 173 da Constituição da República, em especial, o relevante interesse coletivo, são especificadas quando o Estado atua para realizar interesse público primário objetivamente formalizado,

que se consubstanciam nas atividades-fim de efetivação das necessidades coletivas e no interesse público secundário de natureza patrimonial ou financeira do Estado.

Os interesses públicos primários e secundários são indisponíveis. Nessa linha, Alexandre Aragão pondera que “ *o Estado não pode dispor dos seus bens dominicais e dos seus créditos pecuniários, salvo mediante prévia lei autorizativa, de acordo inclusive com a Lei 8.666/1993 (17, I) e o Código Tributário Nacional (art. 171)*” (*Empresas Estatais: O regime jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista* . São Paulo: Forense, 2017. p. 102)

É certo haver doutrinadores como, por exemplo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*A arbitragem nos Contratos Administrativos*. Revista de Direito Administrativo. 209/88, jul.-set. 1997), que consideram o interesse público secundário direito patrimonial disponível, inserindo-se apenas o primário na expressão “relevante interesse coletivo”.

20. O exercício da atividade econômica pelo Estado com o fim exclusivo de obter lucro é que não pode ser considerado exercício legítimo estatal conferido pelo art. 173 da Constituição da República.

No exercício pelo Estado da atividade econômica, qualificada como de relevante interesse coletivo e legalmente autorizada, se poderá auferir lucro decorrente de negócios acessórios ou complementares, sem que se desnature a finalidade da empresa estatal e o relevante interesse coletivo identificado quando de sua criação.

21. No § 1º do inc. III do art. 173 se dispõe que a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre, entre outros aspectos, licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.

E, nos incs. XIX e XX do art. 37 da Constituição da República, dispõe-se sobre a forma de criação legal das empresas estatais e suas subsidiárias:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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;

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;

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Para a criação de sociedades de economia mista e empresas públicas, há necessidade de autorização legislativa específica, previsão que decorre da Constituição da República (inc. XIX do art. 37) e dos incs. II e III do art. 5º do Decreto-Lei n. 200/1967.

22. A titularidade da competência para decisões de intervenção estatal na economia pela criação e desestatização de empresas estatais é do Poder Legislativo.

Entretanto, a Constituição da República de 1988 não foi explícita quanto à forma legislativa a ser adotada no desempenho dessa competência para a desestatização, se haveria de ser por lei geral ou necessariamente por lei específica.

Na lição de Marcos Juruena Vilela Souto, por exemplo, a desestatização consiste na “ 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) ”, sendo privatização “ 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 ” (Desestatização: privatizações, concessões, terceirizações e regulação , 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, pág. 30).

23. A extinção da empresa estatal significa o fim da pessoa jurídica, não havendo transferência de controle acionário, mas o encerramento de suas atividades e a decretação da perda da personalidade jurídica. A extinção da empresa inicia-se com a deliberação de sua dissolução e, por conseguinte, na liquidação de ativos e passivos.

24 . Na Lei n. 9.491/1997 se aplicam distintamente as definições de extinção da empresa estatal e desestatização, adotando-se diferentes procedimentos decisórios para cada um deles. Quanto à extinção das empresas estatais, por exemplo, dispõe-se no art. 24:

“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”.

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 ser do Estado; na extinção, porque se decretou o fim da pessoa jurídica.

25. Pela edição da Lei n. 13.334/2016, pela qual instituído o Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República, o processo de reavaliação do posicionamento do Estado na economia deve atentar-se para além do processo de inclusão de empresas no Programa Nacional de Desestatização, na qualificação de empreendimentos públicos para parceria.

Com a edição da Lei n. 13.334/2016, as decisões que eram atribuídas ao Conselho Nacional de Desestatização passaram ao Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos. Pela al. c do inc. V do art. 7º. àquele programa também compete a promoção de estudos para subsidiar decisões futuras em prol da sustentabilidade econômica e financeira das empresas públicas, que podem, ou não, resultar em recomendação de inclusão no programa de desestatização.

Nesse sentido, de se transcreverem as informações prestadas pela Assessoria da Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos:

“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, Ceasa Minas, Codesa, CBTU e Trensurb, CODESP (Porto de São Sebastião), Telebrás, Serpro, Correios, Ceitec e Dataprev. 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” (fl. 49, e-doc. 25).

26 . Para a desestatização de empresa estatal é suficiente a autorização genérica prevista em lei que veicule programa de desestatização. O que essa legislação há de observar é que seja aquele objeto com a previsão do fim determinado.

Autorização legislativa genérica não corresponde a delegação discricionária e arbitrária ao Chefe do Poder Executivo. Essa autorização é pautada em objetivos e princípios que têm de ser observados nas diversas fases deliberativas do processo de desestatização. A atuação do Chefe do Poder Executivo vincula-se aos limites e condicionantes legais previstos.

A retirada do Poder Público do controle acionário de uma empresa estatal ou a extinção dessa empresa pelo fim da sua personalidade jurídica é consequência de política pública autorizada pelo Congresso Nacional em previsão legal pela qual se cria o Programa de Desestatização, objetivando a redução da presença do Estado na economia e fixando-se, objetivamente, para os parâmetros a serem seguidos para a efetivação de eventual desestatização pelo Poder Executivo.

Enfatizou sobre o item a Advocacia-Geral da União:

“(...) 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 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 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. 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 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” (fls. 24-28, e-doc. 38).

Também em sua manifestação anotou a Procuradoria-Geral da República:

“A aplicação do princípio da simetria como técnica de interpretação constitucional requer cautelas, na medida em que se pode derivar, no processo lógico, resultado deôntico nem quisto nem presumido pela Ordem Constitucional.

Quisesse o Constituinte, originário ou derivado, estabelecer como requisito de validade a edição de lei em sentido formal - quer para a instituição quer para a desestatização de empresa estatal -, haveria que fazê-lo de modo expresso, por se tratar de norma que disciplina o exercício e a relação entre os Poderes da República, estabelecendo, para cada qual, seu âmbito jurídico de exercício de poder, isto é, o âmbito compreensivo de sua competência constitucional: (...)

É dizer: o art. 37, XIX, da CF/88 não cria nem empresa pública nem sociedade de economia mista, mas tão só autoriza a instituição dessas entidades, de modo que a efetiva constituição dar-se-á com a edição de decreto do Poder Executivo, que lhes empreste estrutura, secundada pelo encaminhamento desses atos formais a registro perante cartório ou em junta comercial, a exemplo das demais sociedades empresárias, cujo regime jurídico alcança, nesse particular, as empresas estatais, nos termos do art. 173 da CF/88.

Ou seja, a autorização legislativa para a criação – que só ocorre por ter havido, enquanto antecedente lógico, processo legislativo iniciado por ato do Poder Executivo, nos termos do art. 61 da CF/88 – sequer constrange o Poder Executivo a instituir, efetivamente, a empresa estatal, submetida ao implemento da condição de o Poder Executivo adotar os expedientes necessários à formalização adequada da estrutura administrativa do ente a ser formado.

Em regra, a obrigatoriedade da criação da empresa estatal decorrerá não propriamente da lei que autoriza sua criação, mas sim do ato normativo que justifique a atuação estatal na atividade econômica em sentido amplo.

Isso ocorre com a lei de outorga do serviço público à entidade da administração indireta, nos termos do art. 175 da CF/88, e com a lei que disciplina a exploração de atividade econômica para atender a relevante interesse coletivo ou aspectos de segurança nacional, assim qualificados pelo legislador, nos termos do art. 173 da CF/88, autorizando o ingresso excepcional do Estado no domínio econômico, quando, por evidente, já não o esteja autorizado ‘ab origem’, conforme ressalva expressa do texto magno (‘Ressalvados os casos previstos nesta Constituição’, nos quais os motivos determinantes de interesse público já foram reconhecidos pelo constituinte)” (fls. 16-22, e-doc. 49) .

27. Quanto às empresas estatais cuja lei instituidora tenha previsto, expressamente, a necessidade de lei específica para sua extinção ou privatização, é mister observe o administrador público a norma legal.

28. Pelo exposto, **voto no sentido de conhecer a presente ação direta apenas na parte na qual se impugna a autorização de inclusão de empresas estatais no plano de desestatização prevista no caput do art. 2º e no inc. I e § 1º do art. 6º da Lei n. 9.491/1997 e, nessa parte, julgar improcedente o pedido.**