

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UniCEUB**  
**INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO – ICPD**  
**Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito**  
**Mestrado em Direito**

**ALTEMIR BOHRER**

**AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PARA ALIENAÇÃO DE SUBSIDIÁRIAS E  
CONTROLADAS DE EMPRESAS ESTATAIS CONTROLADAS PELA UNIÃO: O  
CASO DO BANCO DO BRASIL S.A.**

**BRASÍLIA-DF**  
**2022**

**ALTEMIR BOHRER**

**AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PARA ALIENAÇÃO DE SUBSIDIÁRIAS E CONTROLADAS DE EMPRESAS ESTATAIS CONTROLADAS PELA UNIÃO: O CASO DO BANCO DO BRASIL S.A.**

Dissertação apresentada no Curso de Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), como requisito para obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Paulo Afonso Cavichioli Carmona

**BRASÍLIA-DF**  
**2022**

Ficha catalográfica elaborada com os dados fornecidos pelo autor

Bohrer, Altemir

Autorização legislativa para alienação de subsidiárias e controladas de empresas estatais controladas pela União: o caso do Banco do Brasil S.A. / Altemir Bohrer, Brasília: 2022.

197 p.

Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito) – Instituto Ceub de Pesquisa e Desenvolvimento-ICPD, Centro Universitário de Brasília-UniCEUB, Brasília, 2022.

Orientador: Paulo Afonso Cavichioli Carmona

1. Direito público. 2. Empresas estatais. 3. Subsidiárias e controladas. 4. Privatização.

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**ALTEMIR BOHRER**

### **AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PARA ALIENAÇÃO DE SUBSIDIÁRIAS E CONTROLADAS DE EMPRESAS ESTATAIS CONTROLADAS PELA UNIÃO: O CASO DO BANCO DO BRASIL S.A.**

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito, do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), pela seguinte Banca Examinadora:

Orientador:

Professor Doutor Paulo Afonso Cavichioli Carmona

---

Membros:

Prof. Dr. Sandro Lúcio Dezan

---

Prof. Dr. Thiago Aguiar de Pádua

---

Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD

Brasília-DF, 15 de agosto de 2022.

“Quando tudo for privado, seremos privados de tudo!”

Nora Krawczyk

## RESUMO

A privatização de empresas estatais, inserida na pauta do atual governo federal, tem gerado polêmicas e discussões, dividindo a sociedade entre apoiadores e opositores. No atual governo, muitas medidas de desestatização foram implementadas atingindo importantes empresas estatais como a Petrobrás, os Correios e a Eletrobrás. No setor financeiro, Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal também sofreram ações de desinvestimento. Um dos principais mecanismos para conter o ímpeto de privatização do governo federal tem sido a exigência de autorização legislativa para a alienação do controle acionário do Estado sobre suas estatais. Entretanto, o STF, em decisão sobre a matéria, definiu na ADI 5624 MC/DF que a alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista sobre suas subsidiárias e controladas pode ser realizado independentemente de autorização legislativa. No caso, prevaleceu na Corte, por maioria, o entendimento de que a lei de criação da estatal matriz ao autorizar a constituição de subsidiárias já teria implícita uma autorização genérica para o encerramento dessas empresas. A decisão expõe as principais empresas estatais federais do país ao risco de privatização haja vista que a maioria delas possui subsidiárias das quais dependem diretamente em razão dos significativos resultados financeiros por elas gerados, tal como ocorre com o Banco do Brasil, uma das primeiras empresas estatais do País e que conta com aproximadamente 25 subsidiárias, além de outras companhias como a Petrobrás, a Caixa Econômica Federal, o BNDES e a Eletrobrás, somando juntas aproximadamente 112 subsidiárias. O presente trabalho visa analisar em que medida a dispensa de autorização legislativa para transferência do controle acionário de subsidiárias e controladas de empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União, na forma autorizada pelo STF na ADI 5.624 MC/DF, poderia conduzir a privatização do Banco do Brasil S.A. O objetivo geral do estudo consiste em analisar, a luz do ordenamento jurídico vigente, sob os enfoques constitucional e infraconstitucional, a possibilidade de dispensa de lei para autorizar a alienação de subsidiárias e controladas de empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União. Como objetivo específico procurar-se-á investigar a possibilidade de dispensa de autorização legislativa para a alienação das subsidiárias e controladas do Banco do Brasil S.A. e se essa dispensa, de algum modo, poderia levar a privatização da estatal, a partir do exame do papel que essas subsidiárias e controladas exercem na formação dos resultados do Conglomerado BB. Considera objetivamente a questão do Banco do Brasil dada a relevância da estatal para o desenvolvimento do país, bem como a situação peculiar de algumas de suas subsidiárias terem sido constituídas em período anterior a Constituição Federal quando não havia previsão de autorização legislativa para essa constituição. Nesse ponto investiga a natureza jurídica dessas subsidiárias e a submissão ao regime jurídico aplicável às empresas privadas. A análise tem como ponto de partida o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência em contraposição ao caráter de subsidiariedade da intervenção direta do Estado na atividade econômica em sentido estrito. Examina a doutrina, a legislação e a jurisprudência, notadamente do STF, sobre a questão, com análise crítica dos fundamentos utilizados. Passa fundamentalmente pelo exame do papel do Legislativo no processo de criação das empresas públicas e das sociedades de economia mista (estatais de primeiro grau) e de suas subsidiárias e controladas (estatais de segundo grau) tendo a lei como instrumento de verificação dos requisitos que autorizam excepcionalmente a intervenção estatal para evitar abusos e aferir a existência do interesse público motivador da sua constituição, conforme preceitua o art. 173 da Constituição Federal. As análises realizadas autorizam inferir que, em razão da ausência de disposição constitucional e legal que estabeleça a obrigatoriedade de lei para autorizar o encerramento das empresas estatais e da flexibilização concedida pela decisão do STF, as subsidiárias e controladas, incluindo as do Banco do Brasil S.A., estariam sujeitas a um maior risco de alienação, com a conseqüente exposição da estatal matriz a privatização. Aponta-se como possível alternativa para contornar esse risco a aprovação de uma emenda constitucional estabelecendo a exigência de lei para o encerramento dessas estatais.

**Palavras-chave:** Desestatização; Desinvestimento; Empresa controlada; Empresa pública; Empresa estatal; Paralelismo de formas; Privatização; Sociedade de economia mista; Subsidiária.

## ABSTRACT

The privatization of state-owned companies, included in the agenda of the current federal government, has generated controversies and discussions, dividing society between supporters and opponents. In the current government, many privatization measures were implemented, reaching important state-owned companies such as Petrobrás, Correios and Eletrobrás. In the financial sector, Banco do Brasil and Caixa Econômica Federal also suffered divestiture actions. One of the main mechanisms to contain the impetus of privatization of the federal government has been the requirement of legislative authorization for the alienation of the State's share control over its state-owned companies. However, the STF, in a decision on the matter, defined in ADI 5624 MC/DF that the sale of shareholding control of public companies and mixed capital companies over their subsidiaries and controlled companies can be carried out regardless of legislative authorization. In the case, the Court, by majority, prevailed in the understanding that the law creating the state-owned parent company, when authorizing the constitution of subsidiaries, would already have implicit a generic authorization for the closure of these companies. The decision exposes the country's main federal state-owned companies to the risk of privatization, given that most of them have subsidiaries on which they directly depend on account of the significant financial results generated by them, as is the case with Banco do Brasil, one of the first state-owned companies in the country and which has approximately 25 subsidiaries, in addition to other companies such as Petrobrás, Caixa Econômica Federal, BNDES and Eletrobrás, totaling approximately 112 subsidiaries. The present work aims to analyze to what extent the waiver of legislative authorization for the transfer of shareholding control of subsidiaries and controlled companies of public companies and mixed capital companies controlled by the Union, as authorized by the STF in ADI 5.624 MC/DF, could lead to privatization of Banco do Brasil S.A. The general objective of the study is to analyze, in the light of the current legal system, under the constitutional and infraconstitutional approaches, the possibility of waiving the law to authorize the sale of subsidiaries and controlled companies of public companies and mixed capital companies controlled by the Union. As a specific objective, we will seek to investigate the possibility of waiving legislative authorization for the sale of subsidiaries and controlled companies of Banco do Brasil S.A. and whether this exemption, in some way, could lead to the privatization of the state-owned company, based on the examination of the role that these subsidiaries and controlled companies play in shaping the results of the BB Conglomerate. Objectively considered the issue of Banco do Brasil, given the issue of the state issue for development, as well as the peculiar situation of its subsidiaries constituted in the period prior to the Federal Constitution when there was no provision of laws for this peculiar situation. At this point, it investigates the legal nature of these subsidiaries and their submission to the legal regime applicable to private companies. The analysis has as its starting point the principle of free enterprise and free competition as opposed to the subsidiarity character of the direct intervention of the State in the economic activity in the strict sense. It examines the doctrine, legislation and jurisprudence, notably of the STF, on the issue, with a critical analysis of the grounds used. It basically involves examining the role of the Legislature in the process of creating public companies and mixed capital companies (first-degree state-owned companies) and their subsidiaries and controlled companies (second-degree state-owned companies) with the law as an instrument for verifying the requirements that authorize exceptionally, state intervention to avoid abuses and to assess the existence of the public interest that motivated its constitution, as provided for in art. 173 of the Federal Constitution. The analyzes carried out allow us to infer that, due to the absence of a constitutional and legal provision establishing the obligation of law to authorize the closure of state-owned companies and the flexibility granted by the decision of the STF, the subsidiaries and controlled companies, including those of Banco do Brasil S.A., would be subject to a greater risk of disposal, with the consequent exposure of the state-owned parent company to privatization. It is pointed out as a possible alternative to circumvent this risk the approval of a constitutional amendment establishing the law requirement for the closure of these state-owned companies.

**Key-words:** Privatization; Divestment; Controlled company; Public company; State company; Parallelism of shapes; Privatization; Mixed capital company; subsidiary.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO I – ATUAÇÃO EMPRESARIAL DO ESTADO BRASILEIRO: INTERVENÇÃO DIRETA DO ESTADO NA ECONOMIA NACIONAL.....</b>	<b>24</b>
1.1. Atuação subsidiária do Estado na atividade econômica em sentido estrito .....	32
1.2. O caráter cíclico da intervenção estatal brasileira na atividade econômica.....	37
<b>CAPÍTULO II – AS EMPRESAS ESTATAIS BRASILEIRAS: EMPRESAS PÚBLICAS, SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA, SUBSIDIÁRIAS E CONTROLADAS .....</b>	<b>57</b>
2.1. Prestação de atividade econômica em sentido amplo: monopólios, serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito.....	59
2.2. Controle acionário pelo Poder Público: o critério da maioria absoluta das ações com direito a voto .....	65
2.3. O requisito formal da autorização legislativa para caracterização das empresas estatais .....	72
2.4. Empresas estatais de primeiro grau: empresas públicas e sociedades de economia mista .....	77
2.5. Empresas estatais de segundo grau: subsidiárias e controladas .....	86
<b>CAPÍTULO III – AUTORIZAÇÃO LEGAL PARA CRIAÇÃO DE EMPRESAS ESTATAIS COMO DECORRÊNCIA DO PAPEL DO LEGISLATIVO NO CONTROLE DOS ATOS DO EXECUTIVO: AFERIÇÃO DA EXISTÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO MOTIVADOR DA CRIAÇÃO DA ESTATAL.....</b>	<b>91</b>
3.1. Autorização legislativa específica para criação de empresas públicas e sociedades de economia mista .....	97
3.2. Autorização legislativa genérica para criação de subsidiárias e controladas de empresas públicas e sociedades de economia mista .....	101
3.3. Natureza jurídica das subsidiárias e controladas de empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica.....	110
<b>CAPÍTULO IV – NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PARA O ENCERRAMENTO DE EMPRESAS ESTATAIS E SUAS SUBSIDIÁRIAS.....</b>	<b>121</b>
4.1. Autorização legislativa para a extinção de estatais como decorrência do princípio do paralelismo ou paridade de formas: preservação da competência do Legislativo para deliberar sobre o encerramento de estatais .....	126
4.2. Posição do STF sobre a necessidade de autorização legislativa para a alienação do controle das empresas estatais e suas subsidiárias.....	133
4.3. Abrangência da decisão do STF sobre a dispensa de autorização legislativa para alienação de subsidiárias e controladas de empresas estatais.....	141

<b>CAPÍTULO V – IMPACTOS DA ALIENAÇÃO DE SUBSIDIÁRIAS E CONTROLADAS NA PRIVATIZAÇÃO DO BANCO DO BRASIL S.A.....</b>	<b>161</b>
<b>5.1. Participação das subsidiárias e controladas para a formação do resultado do BB .....</b>	<b>164</b>
<b>5.2. Aplicação da decisão do STF na ADI 5624 às subsidiárias do Banco do Brasil...</b>	<b>169</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>181</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>192</b>

## INTRODUÇÃO

A economia nacional, ao longo da história do Brasil, foi marcada por uma forte atuação empresarial do Estado brasileiro, substituindo a iniciativa privada em áreas ou setores considerados estratégicos para os interesses do país. Desde a criação do Banco do Brasil S.A. em 12.10.1808, a primeira instituição financeira pública do país, que o Estado se serve de empresas estatais para atuar diretamente na exploração de atividades econômicas para atendimento de interesses públicos.

Atualmente, a exploração direta da atividade econômica em sentido estrito pelo Estado se dá de forma subsidiária e complementar à iniciativa privada, permitida apenas nas hipóteses excepcionais expressamente delimitadas pelo art. 173, *caput* da Constituição Federal (imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo), sendo operacionalizada por meio de empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas. Tais empresas seguem as normas do direito privado, sendo-lhes aplicada o mesmo regime jurídico das empresas privadas justamente para possibilitar igualdade de competição.

As empresas públicas e sociedades de economia mista, assim como suas subsidiárias, são criadas mediante autorização legislativa prévia, sendo as empresas estatais mãe por meio de lei específica (CF, art. 37, XIX) e as subsidiárias por lei de caráter geral (CF, art. 37, XX), que pode constar inclusive de forma genérica na própria lei que autorizar a criação da estatal de primeiro grau, conforme prevê o art. 6º, do Decreto nº 8.945, de 27.12.2016, que regulamenta a lei das estatais (Lei nº 13.303/2016)<sup>1</sup>. Em ambos os casos o Legislativo é instado a convalidar a decisão administrativa do Executivo de participar da atividade econômica, aferindo o preenchimento dos requisitos constitucionais permissivos dessa atuação.

A relação entre o Estado brasileiro e suas empresas estatais, no entanto, tem sido marcada por movimentos cíclicos que se alternam entre o fortalecimento e o recrudescimento dessas entidades e que se mostram variáveis conforme forem as concepções sociais ou liberais dos partidos e governantes alçados ao poder.

No ímpeto desenvolvimentista compreendido entre as décadas de 1930 a 1970 muitas estatais foram criadas para alcançar setores e regiões não atendidos satisfatoriamente pela iniciativa privada, notadamente no campo petrolífero (Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobrás),

---

<sup>1</sup> A possibilidade de lei genérica para criação das estatais de segundo grau foi admitida pelo STF na ADI 1.649 MC/DF (STF, Pleno, ADI 1.649-MC/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 29.10.1997, DJ 08.09.2000).

energético (Centrais Elétricas Brasileiras - Eletrobrás) e financeiro (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico – BNDES).

Já nos anos 1980 e 1990 seguiu-se um modelo econômico onde a venda de estatais foi utilizada como estratégia do governo para enxugamento da máquina estatal com vistas à redução de gastos e também como fonte adicional de recursos para cobrir os déficits dos cofres públicos. Nesse período foram transferidos para o setor privado o controle de inúmeras empresas estatais, especialmente na área de mineração, siderurgia e comunicações, podendo ser mencionadas, dentre outras, as privatizações da Companhia Siderúrgica Nacional – CSN (1993), da Companhia Vale do Rio Doce (1997) e da Empresa Brasileira de Telecomunicações -Embratel (1998).

O atual governo federal segue a mesma linha reducionista empregada na década de 1990 pelo governo de Fernando Henrique Cardoso. A alienação da participação acionária da União nas estatais tem sido realizada dentro da linha de desinvestimento prevista pelo Programa Nacional de Desestatização (PND) de que trata a Lei nº 9.491, de 09.09.1997 (art. 4º, I) e pelo Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), criado pela Lei nº 13.334, de 13.09.2016, com a finalidade de ampliar e fortalecer a interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria e de outras medidas de desestatização<sup>2</sup>.

Desde o início de seu governo o Presidente Jair Messias Bolsonaro tem promovido uma série de medidas de desestatização<sup>3</sup> de empresas estatais sob controle da União, contemplando ações de desinvestimento e de privatização propriamente dita de empresas

---

<sup>2</sup> O Programa Nacional de Desestatização -PND, instituído em 1990, objetiva reordenar a posição estratégica do Estado na economia pela transferência, à iniciativa privada, de atividades exploradas pelo setor público. Abrange a alienação de ações e empresas, transferência da execução de serviços públicos ou outorga de direitos sobre bens móveis e imóveis da União. As medidas do PND integram o Programa de Parcerias de Investimentos (PPI). O PPI, criado em 2016, objetiva fortalecer a interação entre o Estado e a iniciativa privada. Envolve contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização. O PPI conta com o Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República (CPPI), composto por Ministros de Estado e Presidentes de Instituições Financeiras Federais. Possui o apoio de uma Secretaria e do Fundo de Apoio à Estruturação de Parcerias – FAEP, do BNDES, para prestação de serviços técnicos especializados na estruturação de parcerias e medidas de desestatização.

<sup>3</sup> A desestatização, na lição de Marcos Juruena Vilela Souto, 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)”. Essa retirada pode ocorrer tanto pela extinção da entidade estatal quanto pela sua privatização, que se dá com “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”. Pode-se dizer, portanto, que a privatização seria espécie do gênero desestatização. Independentemente da forma utilizada, 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. SOUTO, Marcos Juruena Vilela. Desestatização: privatizações, concessões, terceirizações e regulação, 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, pág. 30.

tradicionais de significativa expressão para o País para saneamento das finanças públicas cuja situação deficitária restou agravada pelas dificuldades econômicas resultantes da crise mundial provocada pela pandemia da Covid 19.

Dando continuidade ao movimento que iniciou com as reformas trabalhista (Lei nº 13.467 de 13.07.2017) e previdenciária (EC 103, de 12.11.2019, que alterou o sistema de previdência social), o processo de desestatização integra a estratégia traçada pelo governo federal para o corte de despesas e ampliação das receitas governamentais, na tentativa de reduzir o déficit das contas públicas e solucionar a crise que assola o país nos âmbitos econômico, político e social<sup>4</sup>.

Nesse sentido, foram incluídos no Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) e no Programa Nacional de Desestatização (PND), a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobrás)<sup>5</sup>, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (Correios)<sup>6</sup> e a Telecomunicações Brasileiras S.A. (Telebrás), dentre outras.

A viabilidade da privatização está sob análise do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). Além das privatizações propriamente ditas, os estudos poderão indicar também o fechamento, fusões ou concessões de Parcerias Público Privadas (PPPs), sendo que as concessões de bens e serviços públicos, incluindo os serviços de aeroportos,

---

<sup>4</sup>O déficit previdenciário da União, em 2018, alcançou R\$ 289 bilhões. Desse total, R\$ 195,2 bilhões referem-se ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), sendo que a aposentadoria rural respondeu por 58% do resultado negativo. O Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) ficou deficitário em R\$ 52,6 bilhões, enquanto os pagamentos a inativos e pensionistas militares da União geraram déficit de R\$ 40,9 bilhões. O aumento sucessivo do déficit previdenciário consome parcela substancial das despesas da União e compromete a disponibilidade para aplicação em outros serviços públicos, como saúde e educação, além de influenciar negativamente o resultado primário do governo federal, impactando diretamente o aumento da dívida pública federal e piorando o ambiente macroeconômico. TCU emite parecer prévio pela aprovação com ressalvas das contas do presidente da República de 2018. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-emite-parecer-previo-pela-aprovacao-com-ressalvas-das-contas-do-presidente-da-republica-de-2018.htm>>. Acesso em: 14.04.2022.

<sup>5</sup> Em relação a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobrás), estatal vinculada ao Ministério de Minas e Energia, foi sancionada a Lei nº 14.182, de 12.07.2021, por conversão da Medida Provisória nº 1031/21, criando as condições para a desestatização da companhia. A União terá seu capital votante reduzido de 70% para 45%, perdendo, assim, a posição de acionista majoritária, embora seja assegurada a União ação preferencial de classe especial que lhe garantirá poder de veto em decisões consideradas estratégicas (golden share). A privatização não contemplará a Eletrobrás Termonuclear S.A. (Eletronuclear), que controla as usinas de Angra, e a Itaipu Binacional. Por questões constitucionais (CF, art. 177, V), ambas devem ficar sob controle da União (monopólio) e serão administradas por empresa estatal (empresa pública ou sociedade de economia mista) a ser criada para essa finalidade específica. Essa é a terceira tentativa do governo em privatizar a estatal que já fora objeto de dois projetos de lei anteriores (PL 9463/2018 e PL 5877/2019).

<sup>6</sup> No caso da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), o Projeto de Lei (PL) 591/21 que possibilita a privatização da empresa foi aprovado pela Câmara dos Deputados, aguardando pronunciamento da Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) do Senado. Pelo Projeto de Lei, o Poder Executivo federal fica autorizado a promover a transformação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos-ECT de empresa pública federal para sociedade de economia mista, vinculada ao Ministério das Comunicações, com denominação alterada para Correios do Brasil S.A. – Correios, autorizando a exploração dos serviços postais pela iniciativa privada.

rodovias, ferrovias e portos são vistos como alternativa para aumentar o volume de investimentos em infraestrutura, para gerar empregos e aquecer a economia.

De acordo com a Secretaria Especial de Desestatização, Desinvestimento e Mercados do Ministério da Economia, a estimativa do Governo Federal era reduzir em pelo menos dois terços o número de empresas estatais sob controle da União (aproximadamente 158, entre empresas públicas e sociedades de economia mista e respectivas subsidiárias), cujos recursos seriam utilizados para o abatimento da dívida pública federal<sup>7</sup>. O processo de privatização acabou sendo desacelerado muito provavelmente pela necessidade de atendimento prioritário às questões que envolveram a pandemia da Covid 19 no país.

Em relação as ações de desinvestimento foram promovidas venda de ativos das principais empresas estatais do país sob controle da União, incluindo as do setor bancário (Caixa Econômica Federal - CEF e Banco do Brasil S.A. - BB), com alienações da participação acionária de suas subsidiárias, controladas e coligadas que integram os respectivos conglomerados econômicos.

O pontapé inaugural foi dado com a venda de ativos da Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás), notadamente a alienação de 90% (noventa por cento) das ações da Transportadora Associada de Gás S.A. (TAG) e de 100% (cem por cento) das ações da Araucária Nitrogenados (ANSA), subsidiárias integrais da companhia.

Na Caixa Econômica Federal, houve a venda das ações da IRB-Brasil Resseguros S.A. (IRB Brasil RE), participação mantida pela CEF por meio do FGEduc - Fundo de Garantia de Operações de Crédito Educativo, fundo do governo, administrado pela Caixa, e que corresponde a 8,9% no capital do IRB Brasil RE, além da venda das ações ordinárias da Petrobrás e dos estudos para abertura de capitais com a listagem dos negócios dos segmentos de seguridade, loterias, cartões e gestão de recursos na Bolsa, incluindo a venda das participações detidas pelo FI-FGTS (fundo que concentra os recursos dos trabalhadores e é gerido pelo banco público), além da venda da Loteria Instantânea Exclusiva- Lotex, a conhecida “raspadinha”, já listada no PPI.

No âmbito do Banco do Brasil S.A., foram vendidas participações da subsidiária integral BB Banco de Investimentos S.A. (BB-BI), na Neoenergia S.A. (9,35%) e na Seguradora Brasileira de Crédito à Exportação – SBCE (12,09%), adquiridas pela Compagnie

---

<sup>7</sup>Secretaria de Desestatização revisa cálculo do número de estatais. Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2019/12/secretaria-de-desestatizacao-revisa-calculo-do-numero-de-estatais>>. Acesso em: 06.01.2020.

Française D'Assurance Pour Le Commerce Extérieur (Coface), além da venda em bolsa das ações da controlada BB Seguridade Participações S.A. no Instituto de Resseguros do Brasil - IRB (15,23%)<sup>8</sup>. Também foram encerradas as atividades da BBTur Viagens e Turismo Ltda da qual era sócio minoritário (1%) juntamente com sua subsidiária integral, a BB Cayman Islands Holding – BBCI Holding (99%)<sup>9</sup>. Ainda, em cumprimento ao determinado pelo Ministério da Economia, o BB transferiu 20.785.200 (vinte milhões, setecentos e oitenta e cinco mil e duzentas) ações ordinárias de sua emissão, pertencentes à União, excedentes à manutenção do controle acionário, para o BNDES, para alienação dentro do Programa Nacional de Desestatização - PND, nos termos do Decreto nº 9.984, de 22.08.2019<sup>10</sup>. Mesmo com essa transferência, a União ainda se mantém como acionista controladora do Banco com 50,0000011% das ações com direito a voto<sup>11</sup>.

Além disso, havia estudos em curso para vendas da Ativos S.A., empresa de recuperação de créditos vencidos, que pertence às subsidiárias integrais BB-BI e BBCI Holding; além da participação do BB no Banco Votorantim, bem como da subsidiária integral, Banco do Brasil Américas -BB Americas, filial do BB nos Estados Unidos e da controlada Banco Patagônia S.A., na Argentina.

Outra estratégia anunciada pelo governo, que afeta diretamente o BB, é a ampliação da concorrência dos bancos privados no segmento de crédito rural, por meio de alteração na Lei nº 8.427, de 27.05.1992, que dispõe sobre a concessão de subvenção econômica nas operações de crédito rural. A intenção é permitir que bancos privados também operem com taxas de juros subsidiados no segmento de crédito rural, disputando esses subsídios com os bancos públicos, um privilégio exclusivo das instituições financeiras oficiais federais (BB e Banco do Nordeste - BNB) e dos bancos cooperativos (Bansicredi e Bancoob). Na prática, a pretensão do governo é retirar a vantagem competitiva do BB, líder histórico em crédito rural, reduzindo a participação da instituição no segmento de crédito rural.

---

<sup>8</sup> Boletim das Empresas Estatais Federais [recurso eletrônico] / Ministério da Economia, Secretaria Especial de Desestatização, Desinvestimento e Mercados, Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais. Vol. 19 (set.2021). Brasília: Sest/ME, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins/boletim-das-empresas-estatais-federais/arquivos/boletim-das-empresas-estatais-federais-19a-edicao>. Acesso em: 27.01.2022.

<sup>9</sup> Conforme extrato da ata da reunião de sócios da BBTur, realizada em 10.6.2019, publicada no Diário Oficial da União (edição de 28.6.2019, página 204 da Seção 3).

<sup>10</sup> Art. 1º Ficam incluídas no Programa Nacional de Desestatização - PND, para os fins do disposto na Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, 20.785.200 (vinte milhões setecentos e oitenta e cinco mil e duzentas) ações ordinárias de emissão do Banco do Brasil S.A. excedentes à manutenção do controle acionário da União.

<sup>11</sup> BB. Relações com Investidores. Composição Acionária. Disponível em: < <https://ri.bb.com.br/o-banco-do-brasil/composicao-acionaria/>>. Acesso em: 14.04.2022.

Além da venda de ativos, o BB e a CEF passaram recentemente por reestruturações internas com reduções do número de dependências e readequação do quadro de pessoal, confirmando a estratégia anunciada pelo governo para diminuição de gastos e enxugamento da máquina estatal<sup>12</sup>.

O conjunto de medidas adotadas demonstra que os bancos públicos sob controle da União não estão a salvo da onda de privatizações anunciada pelo governo federal, notadamente pela influência do pensamento liberal que pretende direcionar tais atividades para a iniciativa privada atraindo inclusive investidores estrangeiros<sup>13</sup>.

O risco de haver um incremento na venda desses ativos e conseqüentemente de uma maior exposição à privatização restou agravado pela decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), nos autos da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.624 MC/DF<sup>14</sup>. A decisão, de forma resumida, permite a alienação do controle acionário de subsidiárias e controladas de empresas públicas e sociedades de economia mista sem necessidade de autorização legislativa prévia e licitação<sup>15</sup>.

O Pleno do STF referendou em parte a medida cautelar concedida pelo Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, conferindo ao art. 29, *caput*, inc. XVIII, da Lei nº 13.303, de

---

<sup>12</sup> A esse respeito, a CEF, em maio de 2019, anunciou um programa de demissão voluntária (PDV) com objetivo de redução de 3,5 mil empregados. Já o BB anunciou em 29.07.2019 um programa de reestruturação de cargos e pontos de atendimento, além de um Programa de Adequação de Quadro (PAQ), mediante desligamento incentivado de forma consensual ou por meio de aposentadoria, que proporcionou o desligamento de 2.367 funcionários.

<sup>13</sup>Essa intenção de privatização dos bancos estatais controlados pela União, em especial o Banco do Brasil, já foi anunciada diversas vezes pelo Governo, inclusive com alusão a uma possível fusão do BB com o norte-americano Bank of America, conforme diversas declarações do ministro da economia, Paulo Guedes em reiteradas manifestações nesse sentido.

<sup>14</sup>Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade com pedido de cautelar ajuizada pela Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal - FENAEF e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro - CONTRAF/CUT, contra o texto integral da Lei 13.303/2016, que se propõe a regulamentar o art. 173, § 1º, da Constituição Federal. Foram distribuídas por dependência à MC-ADI 5.624/DF, de maior abrangência, a MC-ADI 5.846/DF, MC-ADI 5.924/MG e MC-ADI 6.029/DF, todas acoimando de inconstitucionais dispositivos da Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016). Até a data do fechamento do presente artigo o mérito dessa ação ainda não havia sido julgado pelo Pleno, conforme consulta ao site do STF. STF, Pleno, ADI 5.624 MC-REF/DF, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Julgada em 06.06.2019, data de publicação DJE 29.11.2019 - Ata Nº 182/2019, DJE nº 261, divulgado em 28/11/2019.

<sup>15</sup>Muito embora a licitação não seja objeto do presente estudo compete registrar que mesmo a Corte tendo decidido que a alienação do controle acionário das subsidiárias e controladas das empresas públicas e sociedades de economia mista pode ser realizada sem necessidade de licitação, essa dispensa somente será possível se a operação seguir procedimento que observe os princípios da administração pública, previstos no *caput* e no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal (CF), respeitada sempre a exigência de competitividade entre os interessados e a igualdade de condições a todos os concorrentes (inc. XX), para que se assegure a seleção da melhor proposta e a obtenção do melhor retorno econômico para a sociedade de economia mista, além de evitar favorecimentos ou direcionamentos indevidos em prejuízo da entidade. Em outras palavras, a Corte não autorizou a dispensa de licitação propriamente dita, mas apenas a substituição dos procedimentos previstos na Lei nº 8.666/1993, pelos do Decreto nº 9.188/2017 que regulamentou o art. 29 da Lei 13.303/2016.

30.06.2006 (Lei das Estatais) interpretação conforme à Constituição Federal, para, a partir do voto médio dos ministros, consolidar o entendimento de que (i) a alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista exige autorização legislativa e licitação; (ii) a exigência de autorização legislativa, todavia, não se aplica à alienação do controle de suas subsidiárias e controladas e (iii) nesse caso, a operação pode ser realizada sem a necessidade de licitação, desde que siga procedimentos que observem os princípios da administração pública inscritos no art. 37 da Constituição Federal, respeitada, sempre, a exigência de necessária competitividade.

O STF, ao reconhecer a necessidade de autorização legislativa para a alienação do controle acionário das empresas públicas e sociedades de economia mista, ratificou o entendimento da Corte em julgados anteriores (ADI 234/RJ e ADI 1.703/SC), fundado no argumento de que tal situação implica extinção da estatal<sup>16</sup>, sendo imprescindível a manifestação prévia do Poder Legislativo para viabilizar a venda.

Entretanto, em relação às subsidiárias e controladas dessas estatais, o entendimento foi pela dispensa de autorização legislativa ao fundamento de inexistir dispositivo expresso na Constituição Federal exigindo lei específica para esse ato. Além disso, segundo o STF, já haveria uma autorização implícita para venda das empresas de segundo grau nas situações em que a própria lei de criação das empresas de primeiro grau autorizou a constituição de subsidiárias de forma genérica, hipótese em que a lei reuniria, a um só tempo, autorização para constituição e para encerramento da estatal.

Essa decisão vai exatamente ao encontro das pretensões do governo federal, na esteira do movimento de desestatização que vem implementando para privatização de diversas empresas estatais sob controle da União. O objetivo do governo é angariar receitas para diminuição do déficit dos cofres públicos, dentro de uma política econômica reducionista e liberal que vê justamente na venda de ativos estatais sua principal estratégia de atuação.

Considerando que a venda de subsidiárias estratégicas está no radar do governo federal, é possível que o entendimento do STF fragilize as empresas públicas e sociedades de economia mista sob controle da União. A decisão torna mais fácil a venda das subsidiárias por permitir a dispensa de autorização legislativa e licitação, o que poderá importar no fatiamento

---

<sup>16</sup> A alienação de participação acionária do bloco de controle constitui uma das possibilidades de privatização de empresas estatais no Brasil, conforme previsto na Lei 9.491, de 09.09.1997, que trata do Programa Nacional de Desestatização – PND.

e enfraquecimento das empresas matrizes, expondo-as a um risco de esvaziamento que poderá inclusive conduzi-las à privatização.

Essas investidas privatistas impostas pelo governo federal, principalmente na venda de ativos estratégicos das empresas estatais, incluindo as participações em suas subsidiárias, representam sérios riscos de desmonte das estatais controladas pela União, incluindo os bancos públicos, podendo levar a uma privatização às avessas dessas instituições<sup>17</sup>.

A exigência de autorização legislativa prévia para a alienação do controle acionário das estatais de primeiro grau com dispensa para as estatais de segundo grau pode implicar tratamento diferenciado entre pessoas jurídicas que apresentam a mesma natureza jurídica e estão sujeitas ao mesmo regime jurídico, criando distinção que não se coaduna com o ordenamento constitucional. Além do mais, essa dispensa de lei para encerramento das subsidiárias pode ocasionar ruptura e afastamento do Legislativo da competência que lhe foi atribuída pela Constituição para o controle dos atos do Executivo em relação a expansão e retração da atuação estatal na economia nacional.

O objetivo geral do presente estudo consiste em analisar, a luz do ordenamento jurídico vigente, sob os enfoques constitucional e infraconstitucional, a possibilidade de dispensa de autorização legislativa para a alienação do controle acionário de subsidiárias e controladas de empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União. Procura investigar em que medida a decisão do STF na ADI 5.624 MC/DF, na parte que dispensa autorização legislativa para a venda de subsidiárias e controladas de estatais controladas pela União, põe em risco a continuidade das controladoras, notadamente em face do grau de relevância que as estatais de segundo grau possuem na formação do resultado das instituições de primeiro grau.

Para essa investigação parte-se do exame do caso concreto do Banco do Brasil S.A., em razão do número de subsidiárias e controladas que possui (14), da forma como foram constituídas (sendo algumas com autorização legal e outras apenas com autorização administrativa) e da relevância que essas empresas possuem para o Conglomerado BB em função dos resultados que apresentam. Além do mais, as ações do governo federal demonstram um risco potencial de inclusão do Banco do Brasil nos programas de desestatização, de modo a justificar um exame mais apurado da situação para comprovação ou exclusão desse risco.

---

<sup>17</sup> BERCOVICI, Gilberto. A inconstitucionalidade do regime de desinvestimento de ativos das sociedades de economia mista (Decreto n.º 9.188, de 1º de novembro de 2017). In Revista de Direito da ADVOCEF – Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal. Ano XIV. v.1. nº 28. Porto Alegre: ADVOCEF. Maio/2019. 360p., p.44.

Como objetivo específico procurar-se-á investigar a possibilidade de dispensa de autorização legislativa para a alienação das subsidiárias e controladas do Banco do Brasil S.A. e se essa dispensa, de algum modo, poderia levar a privatização da estatal, a partir do exame do papel que as subsidiárias e controladas exercem na formação dos resultados do Conglomerado BB.

Ao fim do presente trabalho pretende-se responder o seguinte questionamento: em que medida a dispensa de autorização legislativa para transferência do controle acionário de subsidiárias e controladas de empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União, na forma autorizada pelo STF na ADI 5.624 MC/DF, poderia conduzir a privatização do Banco do Brasil S.A.?

Na busca pela resposta ao referido problema de pesquisa serão testadas as seguintes hipóteses: a) tendo em conta que as empresas públicas e sociedades de economia mista (estatais de primeiro grau) e as subsidiárias e controladas (estatais de segundo grau), possuem a mesma natureza jurídica, estando revestidas de personalidade jurídica de direito privado e submetidas ao regime jurídico privado com as derrogações do direito público, integrando a administração pública indireta, a exigência de lei para o encerramento das estatais matrizes com dispensa para as subsidiárias e controladas importaria tratamento não isonômico entre elas; b) considerando que a participação do Legislativo no processo de criação das estatais (de primeiro e segundo grau) é requisito essencial para a constituição dessas empresas, principalmente para aferição da existência do interesse público envolvido, o Legislativo não poderia ser afastado do processo decisório para encerramento de empresas estatais, suas controladas e subsidiárias, sob pena de violação do princípio da separação, harmonia e independência dos Poderes, notadamente por representar a alienação em questão disposição de bens públicos da União; c) ainda que a autorização para a criação de subsidiárias e controladas possa estar contida na própria lei que autorizou a criação da estatal de primeiro grau isso não importa dizer que ela já contém implícita a autorização para a venda; d) as estatais de segundo grau, como regra geral, contribuem significativamente para o resultado e manutenção das estatais matrizes, como parte da estratégia empresarial para obtenção de maior efetividade e lucratividade. Conseqüentemente o encerramento de suas atividades traz impacto direto no desempenho da controladora, podendo levar ao seu completo esvaziamento e extinção. Tal situação tornaria inócua uma manifestação superveniente do Legislativo sobre o destino da estatal matriz que já estaria selado pela venda das subsidiárias e controladas, caracterizando hipótese de privatização às avessas.

O tema apresenta sensível relevância jurídica e social, sendo oportuna a discussão nesse momento diante das ações de desestatização que têm sido implementadas pelo governo federal. O Banco do Brasil S.A. está na vida dos brasileiros há mais de dois séculos. Ao longo desses anos vem desempenhando inúmeros papéis de suma importância para a população, para a economia nacional e para o desenvolvimento sustentável da nação. O Banco está presente em 96,8% dos municípios brasileiros, com rede de atendimento que alcança 56.082 unidades, incluindo 3.979 agências, levando a bancarização para diversos recantos do país, incluindo áreas carentes e desassistidas pelas quais o setor privado não tem interesse, encurtando assim a desigualdade regional e social<sup>18</sup>.

As atividades financiadas pelo Banco fomentam a geração de emprego e renda aquecendo a economia nacional. As operações conduzidas pelo Banco propiciam crédito e investimento à população em diversos segmentos, sobretudo na agricultura familiar, sendo responsável por financiar cerca de 60% do total do segmento agro, em todas as etapas da cadeia produtiva. Com isso atua como peça fundamental para a economia nacional eis que aproximadamente 25% da riqueza do País é produzida pelo agronegócio, colocando o Brasil dentre os grandes exportadores de alimentos do mundo<sup>19</sup>.

O BB faz parte das empresas estatais que não são dependentes do orçamento da União, ou seja, além de ser capaz de gerar receitas para bancar suas próprias despesas ele tem obtido sucessivos resultados financeiros lucrativos que propiciam a distribuição de dividendos para os cofres do Tesouro Nacional que podem ser direcionados para o investimento em políticas públicas, favorecendo inúmeras parcelas da população brasileira.

As subsidiárias e controladas do BB exercem papel fundamental para o bom desempenho das atividades que constituem seu objeto social, além de contribuírem significativamente para os resultados da instituição. Atualmente, o Conglomerado BB é integrado por quatorze (14) subsidiárias e controladas, sendo titular da integralidade das ações em onze (11) delas, as chamadas subsidiárias integrais de que trata o art. 251 da Lei nº 6.404, de 15.12.1976 (Lei das Sociedades Anônimas - LSA)<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Fonte: Banco do Brasil. Relatório Anual 2021. Disponível em: <<https://www.bb.com.br/docs/portal/gesem/RelatorioAnual2021.pdf>>. Acesso em: 20.06.2022

<sup>19</sup> Fonte: Banco do Brasil. Dados Relatório Anual 2010. Disponível em: <<https://www45.bb.com.br/docs/ri/ra2010/port/ra/02.htm#11>>. Acesso em: 06.01.2020.

<sup>20</sup> Fonte: Banco do Brasil. Relações com Investidores. O Banco do Brasil. Estrutura Organizacional. Conglomerado. Posição de 31.12.2021. Disponível em: <[www.bb.com.br/ri](http://www.bb.com.br/ri)>. Acesso em: 15.02.2022.

As receitas produzidas pelas subsidiárias e controladas são responsáveis por aproximadamente 50% do lucro do Banco. Somente a BB Seguridade Participações S.A., controlada do BB, contribui com cerca de 20 a 25% do resultado do Banco, nas áreas de capitalização, previdência privada e seguros.

Os termos subsidiária e controlada aqui referidos serão tratados como sinônimos, conforme, aliás, já reconhecido pela doutrina<sup>21</sup>. Assim, são subsidiárias ou controladas as sociedades empresárias em que a maioria do capital social com direito a voto é titularizado por empresa pública ou sociedade de economia mista. São consideradas empresas estatais de segundo grau vinculadas às respectivas estatais matrizes (estatais de primeiro grau), podendo participar de outras empresas (estatais de terceiro grau).

Quando a integralidade das ações da sociedade anônima for de titularidade de um único sócio ter-se-á a figura da subsidiária integral de que trata o art. 251 da LSA, também chamada de sociedade unipessoal permanente. Desta forma, para fins do presente estudo, quando for empregado o termo ‘subsidiária’ em conjunto com o termo “controlada” a referência terá como sentido as subsidiárias integrais.

O presente trabalho é desenvolvido a partir da investigação analítica e dogmática. O método de abordagem utilizado é o dialético, com enfoque na discussão crítica em torno do tema. Quanto aos objetivos, a pesquisa é essencialmente exploratória, sendo que, do ponto de vista de seu objeto, apresenta-se como qualitativa, utilizando-se de pesquisa pública de análise bibliográfica e documental, possuindo como fontes privilegiadas, a doutrina, as normatizações e decisões judiciais existentes no país, compreendendo o exame eminentemente teórico e conceitual, a exceção de alguns dados estatísticos levantados para melhor ilustrar determinadas questões mas sem implicar incursões empíricas mais aprofundadas, embora reconhecidamente importantes, em especial o levantamento e análise de dados das subsidiárias e controladas do Banco do Brasil S.A.

O referencial teórico adotado leva em consideração a literatura jurídica, sobretudo com ênfase na doutrina desenvolvida por administrativistas e constitucionalistas que cuidam de examinar a natureza jurídica das empresas estatais e o regime jurídico a elas aplicado, incluindo artigos publicados em revistas jurídicas especializadas.

---

<sup>21</sup> Nesse sentido afirma Marçal Justen Filho: “Reputa-se que a expressão sociedade subsidiária indica, como regra, ‘empresa controlada’.” JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 12ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 158.

Além da pesquisa bibliográfica, efetua-se também o exame documental das decisões dos tribunais pátrios, notadamente do Supremo Tribunal Federal, envolvendo a apreciação e debate de questões afetas a dispensa de autorização legislativa para privatizações, com análise comparativa das decisões proferidas a respeito do tema.

A coleta da jurisprudência nacional, leva a análise da legislação no âmbito constitucional e infraconstitucional positivados sobre o assunto, com ênfase no direito constitucional e administrativo brasileiro.

Outros ramos do direito conexos ao tema, como o direito econômico, financeiro, societário, por exemplo, são referidos de acordo com o maior ou menor contato com a matéria específica das empresas estatais, sem descuidar dos aspectos filosóficos e sociológicos que inegavelmente influenciam os debates. Aspectos históricos, comparados e econômicos são tratados de forma meramente instrumental à identificação da disciplina jurídica da atuação direta do Estado na economia por meio de empresas estatais (empresas públicas, sociedades de economia mista, subsidiárias e controladas).

Por fim, analisa-se os projetos de lei e de emenda à Constituição em curso sobre o tema abordado que estão em tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, contendo propostas para regulamentação da necessidade de autorização legislativa específica para privatizações e extinções de empresas públicas, sociedades de economia mista, incluindo suas subsidiárias e controladas.

Além da presente introdução com a descrição do assunto e do tema objeto de análise e das conclusões finais do trabalho a presente dissertação encontra-se estruturada em cinco capítulos.

O primeiro capítulo retrata o modelo atual de participação do Estado na atividade econômica, com destaque para a regra da prevalência da iniciativa privada e da livre iniciativa, possibilitando a atuação estatal apenas de forma excepcional, em caráter de subsidiariedade da iniciativa privada para atender regiões, setores ou atividades não abrangidos satisfatoriamente pelas empresas privadas, quer por falta de interesse quer por incapacidade operacional. Aponta para o caráter cíclico da atuação estatal no país, com oscilações entre as posições de intervenção e de retração do Estado no domínio econômico, a depender do momento histórico vivenciado, das ideologias e do caráter mais ou menos liberal do governo constituído, ínsito à alternância de poder que decorre do regime democrático.

Diferencia a atuação indireta realizada pelo Estado como agente regulador e fiscalizador da economia nacional da intervenção direta em que o Estado atua na economia em sentido amplo quer por meio da prestação de serviços públicos (art. 175, CF), de atividades de monopólio (art. 176 e 177, CF) ou pela atuação empresarial na exploração de atividade econômica em sentido estrito, realizada por meio de suas empresas estatais nos limites do permitido pelo art. 173 da Constituição Federal (imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo).

No segundo capítulo, são apresentadas as definições de empresa estatal, empresa pública, sociedade de economia mista, subsidiárias e controladas, com a identificação de suas diferenças e semelhanças. É realizada também a distinção entre os significados de empresas estatais e empresas com simples participação estatal, com enfoque para o critério da titularidade da maioria absoluta das ações com direito a voto para caracterização do controle acionário pelo Estado além do requisito da autorização legislativa prévia para a constituição das estatais de primeiro e segundo graus.

Na sequência, o terceiro capítulo volta-se à análise do papel do Poder Legislativo no processo de criação das empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como de suas subsidiárias e controladas. É analisada a finalidade da lei que autoriza a constituição de estatais sob o prisma do interesse público motivador de sua criação, trazendo a distinção entre os tipos de autorização (específica ou genérica) de acordo com o tipo de empresa a ser constituída (estatal de primeiro ou segundo grau). Também é analisada a natureza jurídica das subsidiárias e controladas de empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica e o respectivo regime jurídico a elas aplicável (normas de direito privado com derogações do direito público, sendo ambas integrantes da administração pública indireta) para avaliar se a necessidade de lei específica para o encerramento das empresas de primeiro grau e de dispensa de lei para as de segundo grau importaria tratamento não isonômico entre elas.

O capítulo quarto é dedicado ao exame propriamente dito da necessidade de autorização legislativa para o encerramento de empresas estatais e suas subsidiárias à luz do princípio do paralelismo ou paridade de formas e da necessidade de preservação da competência do Legislativo. Há um detalhamento das posições do STF em relação à possibilidade de dispensa de lei para encerramento das estatais, incluindo a análise dos fundamentos dos votos proferidos no julgamento da ADI 5624 MC/DF. Na sequência, são avaliados os projetos de lei e de Emenda à Constituição em curso no Congresso Nacional que tratam dos requisitos para alienação de empresas estatais, suas subsidiárias e controlada.

Por fim, o quinto capítulo analisa a relevância social do BB e de suas subsidiárias para a sociedade brasileira, bem como o papel que as subsidiárias e controladas representam para a instituição, notadamente em razão dos resultados que produzem. Também é avaliada a possibilidade de aplicação da decisão do STF na ADI 5624 MC/DF ao processo de alienação das subsidiárias do Banco do Brasil S.A., bem como o impacto que alienações em massa dessas subsidiárias e controladas poderão ter para a continuidade das atividades do BB, podendo até mesmo caracterizar uma privatização às avessas em decorrência do fracionamento e consequente enfraquecimento da instituição.

A proposta da presente dissertação é examinar esses pontos controversos, à luz de critérios técnicos de interpretação constitucional, da principiologia inerente ao direito público e de parâmetros conceituais do direito privado, sem desconsiderar o momento histórico, político e econômico em que se inserem.

Espera-se que esta singela contribuição científica possa influenciar, ainda que de forma modesta, o Legislativo e o Judiciário, em especial o STF, a repensarem o tema para que se defina, com maior nitidez, critérios razoáveis para garantir proteção e segurança jurídica aos procedimentos de desestatização de subsidiárias e controladas de empresas públicas e sociedades de economia mista.

## **CAPÍTULO I – ATUAÇÃO EMPRESARIAL DO ESTADO BRASILEIRO: INTERVENÇÃO DIRETA DO ESTADO NA ECONOMIA NACIONAL**

A ordem econômica, no Brasil, é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (liberdade de empreender) que, aliás, constitui um dos fundamentos da República (art. 1º, inc. IV, CF). Prestigia-se assim o livre exercício de qualquer atividade econômica pela iniciativa privada, com ampla valorização do princípio da livre concorrência (exercício de atividade econômica em regime de competição e sem privilégios discriminatórios), conforme previsto no art. 170, da Constituição Federal<sup>22</sup>.

A fim de garantir a observância desse direito, o Estado atua como agente normativo e regulador da atividade econômica, agindo de forma indireta para a ordenação, regulamentação, planejamento e controle da economia. Nesse papel, pode estabelecer ações de monitoramento, fiscalização, orientação e mediação para pautar o comportamento dos agentes econômicos privados, podendo, inclusive, fixar normas cogentes assim como implementar medidas de incentivo, fomento e subsídios, nos estritos termos do que estabelece o art. 174, da Constituição Federal<sup>23</sup>.

Essa atuação do Estado é influenciada em muito pela globalização da economia que leva a redução de barreiras e ao livre comércio, viabilizando aumento no fluxo de investimentos no país.

Tamanha é a preocupação com o tema que a Lei n. 13.874, de 20.09.2019 instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelecendo normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica, bem como dispondo sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, regulamentando assim o parágrafo único do art. 170 e o caput do art. 174, da Constituição Federal.

---

<sup>22</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

<sup>23</sup> Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Para cumprir esse mandamento constitucional o Estado se vale das agências reguladoras e executivas<sup>24</sup>, autarquias sob regime especial criadas por lei para desempenhar o papel de fiscalização, condução e regulação do exercício de atividades econômicas por particulares bem como da prestação de serviços públicos, evitando, por exemplo, a formação de cartéis, monopólios ou oligopólios que possam fraudar a livre concorrência prejudicando não somente os demais atores do setor privado mas também a população consumidora em geral.

A tarefa de incentivar (por meio de ações de fomento) ou coagir (por meio da regulação) o particular para que adote comportamentos de acordo com os objetivos públicos não é fácil. Por isso, quando a atuação indireta não se mostrar suficiente o Estado estará autorizado a uma atuação direta, observados os limites ditados pela própria Constituição, por caracterizar excepcionalidade ao regime da iniciativa privada.

Nos dias atuais, sob a égide da Constituição de 1988, essa atuação do Estado em atividades com conteúdo econômico se desenvolve em ambientes bastante variados, a saber: (i) prestação de serviços públicos de titularidade estatal (art. 175, CF); (ii) exploração de recursos naturais, a exemplo das atividades de mineração e de geração de energia hidroelétrica, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão (art. 176, CF)<sup>25</sup>; (iii) monopólio sobre atividades petrolíferas e nucleares (art. 177, CF); e (iv) exercício de atividade econômica em sentido estrito sujeita à iniciativa privada em regime de livre concorrência e competição com empreendedores privados (art. 173, CF),

Portanto, quando o Estado pretender exercer atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado em concorrência com a iniciativa privada será obrigado, por força do art. 173, da CF, a empregar formas de direito privado, o que será realizado pelas empresas estatais, pessoas jurídicas integrantes da Administração Indireta, das quais são espécie as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

No caso das atividades econômicas em sentido estrito, o Estado age como protagonista da exploração econômica, mas de forma subsidiária à privada para não afrontar o princípio da

---

<sup>24</sup> São exemplos de agências reguladoras: Agências Nacionais do Petróleo (ANP), da Energia Elétrica (ANEEL), das Telecomunicações (ANATEL), da Vigilância Sanitária (ANVISA), da Saúde Suplementar (ANS), das Águas (ANA), da Aviação Civil (ANAC), de Transportes Terrestres (ANTT), de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e do Cinema (ANCINE).

<sup>25</sup> Vide a propósito a Lei nº 8.987, de 13.02.1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e a Lei nº 11.079, de 30.12.2004, que trata das parcerias público-privada para regulação do contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

livre-iniciativa. Trata-se de opção orientada por critérios de oportunidade e conveniência para possibilitar, sob o ponto de vista econômico e operacional, maior agilidade de atuação e facilidade de relacionamento com agentes privados. Isso porque a personalidade jurídica de direito privado confere à empresa estatal grau maior de autonomia administrativo-gerencial, orçamentária e financeira, permitindo-lhe maior flexibilidade de atuação, com mais agilidade de modo a desempenhar sua missão institucional com maior eficiência operacional.

Ou seja, o Estado passa a atuar diretamente na produção de bens e serviços, como Estado empresário, exercendo além das atividades essenciais típicas do Poder Público as atividades sociais e econômicas que o particular não deseja realizar ou não consegue desempenhar a contento no regime da livre iniciativa, compreendendo o direito individual de empreender livremente e de exercer a atividade econômica e livre competição e concorrência com o setor privado, porém em caráter de subsidiariedade.

A intervenção do Estado no domínio econômico geralmente está associada a necessidade de suprir as incapacidades ou a falta de interesse da iniciativa privada na atuação em áreas e setores da economia reputados estratégicos e vitais para a segurança de toda a estrutura econômica do país sopesadas razões de ordem político-ideológicas, econômicas e sociais.

Em relação as razões políticas ou ideológicas, a atuação estatal na economia será variável de acordo com o tipo de perfil do governo instalado. Governos social-democratas, formados por partidos de esquerda ou populistas, tenderão a usar as empresas estatais em maior proporção pois partem do pressuposto que o Estado deve estar à frente de determinados setores da economia para regular com maior eficiência a atividade privada. Já governos liberais, advindos de partidos conservadores ou de direita, são mais propensos às desestatizações eis que adeptos da ideia de redução ao máximo do aparato estatal, com forte tendência a entregar para a iniciativa privada o exercício exclusivo das atividades econômicas em sentido estrito.

Sob o enfoque econômico, a intervenção Estatal pode estar fundada em razões que visem assegurar a proteção do mercado nacional, como por exemplo quando o Estado atua para evitar a formação de monopólios privados ou o domínio de dado segmento da economia por empresas estrangeiras, notadamente grandes multinacionais, garantindo a presença em setores

considerados estratégicos e importantes de pelo menos uma empresa nacional, ainda que estatal (a exemplo do setor petrolífero e das atividades nucleares<sup>26</sup>).

O Estado também pode intervir para correção de eventuais falhas de mercado com a finalidade de restaurar o equilíbrio na relação de produção e consumo, aumentando a participação das empresas estatais como medida regulatória, especialmente em situações de crise econômica, criando infraestruturas e condições para o desenvolvimento de outras atividades econômicas, como já ocorreu no Brasil com a produção siderúrgica e a exploração de ferrovias para o transporte de insumos, matérias-primas e produtos finais.

Em situações de depressão ou forte recessão da atividade econômica privada o Estado precisa intervir para manter a economia do país em funcionamento, estando presente nesse caso o relevante interesse coletivo a justificar a expansão da atuação estatal por uma razão de necessidade macroeconômica genérica, notadamente em momentos críticos de profunda crise econômica interna e mundial, como por exemplo sói ocorrer em casos de guerra onde os efeitos são sentidos pela quase totalidade das nações como consequência da globalização<sup>27</sup>.

Após a Primeira Guerra Mundial, se pode observar expressiva atuação direta dos Estados na economia principalmente na área de comunicações (correio, telégrafo, telefone), petróleo e transporte aéreo. As crises propiciadas pela depressão de 1929 e pela Segunda Guerra Mundial também forçaram muitos Estados, principalmente da Europa (Alemanha, Itália e França) além dos Estados Unidos, dentre outros, a intervir para estabilizar, estimular e dirigir o rumo da economia nacional, na tentativa de superar a situação de subdesenvolvimento instalada, a fim de estimular a produção e o retorno ao crescimento econômico, conduzindo a população a atingir níveis mais elevados de renda e bem-estar social<sup>28</sup>.

A partir dessas experiências, os Estados passaram a intervir em alguns setores específicos da economia interna que consideram estratégicos para a estrutura econômica do país

---

<sup>26</sup> Vide o caso da Eletrobrás Eletronuclear, subsidiária da Eletrobrás, criada em 1997, sob a forma de sociedade de economia mista, com a finalidade de projetar, construir e operar usinas termonucleares no Brasil. Por meio das usinas de Angra 1 e Angra 2, instaladas no município de Angra dos Reis-RJ, é responsável pela geração de aproximadamente 3% da energia elétrica consumida no Brasil. Disponível em: <<https://www.eletronuclear.gov.br/Quem-Somos/Paginas/A-Eletronuclear.aspx>>. Acesso em 19.04.2022.

<sup>27</sup> A esse respeito pode-se mencionar os reflexos sentidos pelo Brasil em relação aos efeitos econômicos decorrentes da guerra entre Rússia e Ucrânia, como o aumento dos preços dos commodities e a escassez de insumos como adubos e fertilizantes com riscos de desabastecimento para o agronegócio brasileiro.

<sup>28</sup> De acordo com Luis S. Cabral de Moncada, desde sempre existiram formas de intervenção do Estado na economia. Embora qualitativa e quantitativamente diferentes, a intervenção estatal pode ser considerada um fenômeno historicamente permanente na sociedade. MONCADA, Luis S. Cabral de. Direito econômico. 4. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

como um todo, para num primeiro momento evitar o aparecimento de crises e depressões e, em caso de surgimento, debelar ou diminuir seus efeitos<sup>29</sup>.

Além da correção de falhas de mercado e da superação de crises, o ativismo empresarial do Estado também pode ter por meta conteúdo axiológico em prol do consumidor e da inclusão social. Com efeito, a intervenção do Estado, além de visar suprir eventual ausência, insuficiência ou ineficácia do setor privado pode ter propósitos de retribuição, proporcionando benefícios diretos ao consumidor como o fortalecimento da concorrência com reflexos diretos na política de preços adotada.

Mesmo a exploração em regime de monopólio atenta para esse aspecto axiológico. A indústria do petróleo, por exemplo, deve garantir o fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional, assegurando cobertura universal e oferta a preços acessíveis. Trata-se de direito pró-consumidor fixada pela Constituição Federal (art. 177, § 2º, inc. II) em favor dos interesses do consumidor brasileiro.

As estatais também são utilizadas como instrumento para realização de objetivos e políticas macroeconômicas do Estado, notadamente para influenciar os agentes econômicos privados, como é o caso, por exemplo, da Petrobrás que em várias situações foi induzida a vender seus produtos a preços abaixo do mercado internacional para evitar uma escalada inflacionária. De fato, ao fixar o preço dos combustíveis em determinado patamar a estatal acaba influenciando o setor impossibilitando que os demais agentes cobrem um preço significativamente maior, atuando assim como mecanismo de controle do mercado em nome do Estado, que não teria a mesma ingerência sobre o setor privado.

O Estado, por meio de suas estatais, pode intervir diretamente na economia, por exemplo, para incrementar a concorrência no setor bancário reduzindo o spread bancário dos bancos públicos de maneira a provocar e pressionar os bancos privados a também diminuírem suas taxas de juros, como, aliás, ocorreu em 2012, aumentando a concorrência no setor em benefício do consumidor<sup>30</sup>.

O mesmo ocorre quando o Estado usa os bancos públicos para estimular o aumento do crédito em determinado setor da economia como ocorreu, por exemplo, com a atuação dos principais bancos públicos federais (Banco do Brasil, BNDES e Caixa Econômica Federal) para

---

<sup>29</sup> BEMQUERER, Marcos. O Regime Jurídico Das Empresas Estatais Após a Emenda Constitucional Nº 19/1998. Belo Horizonte:Fórum, 2012, p. 31.

<sup>30</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. 2ª ed. rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 63 e 87-88.

sustentar o volume de crédito ao setor industrial na contramão do movimento dos banqueiros privados que operavam com retração da oferta de crédito à indústria em face da crise financeira de 2008<sup>31</sup>.

Nesse sentido, Alexandre Santos de Aragão: “O banco público, por exemplo, pela própria natureza da sua atividade, tem na sua instituição, uma potencial preocupação com aspectos macroeconômicos, como o aumento do crédito na economia, podendo, portanto, por essas razões de interesse geral, aumentar o fornecimento de crédito na praça, quando a lógica econômica estrita, que é a seguida por seus concorrentes privados, não o levaria a uma situação dessas.”<sup>32</sup>

Trata-se de uma forma de regulação operacional onde a atuação direta do Estado por meio de operações econômicas acaba influenciando os agentes privados por vezes com maior efetividade que a regulação jurídica fundada na edição de normas jurídicas para disciplinar as relações econômicas.

A atuação direta do Estado na economia também pode ser justificada por razões de desenvolvimento social notadamente para atender parcelas da população que não seriam adequadamente satisfeitas pelos serviços ofertados em regime de livre mercado com recursos privados insuficientes, quer por carência quer por desinteresse de investimento em dada área, setor de atividade ou região.

Nesse sentido, a atuação direta do Estado, por meio de suas estatais, é fundamental para o desenvolvimento de políticas públicas voltadas a satisfação de valores sociais, como o combate ao desemprego, a realização de obras de infraestrutura, de saneamento básico, de instalações elétricas e de telecomunicação, de incentivo a ciência, a tecnologia e a educação, bem como de concessão de crédito a setores produtivos. Por meio de tais ações de fomento e apoio, as estatais atuam como instrumento para viabilizar o desenvolvimento e a industrialização de áreas desprovidas de investimentos privados, alcançando assim regiões, setores ou parcelas menos favorecidas da população, como no caso de uma estatal vender energia a preços menores para incentivar a instalação de empresas privadas e indústrias em região menos desenvolvida do país, propiciando o fortalecimento e o crescimento dessa região,

---

<sup>31</sup> A crise financeira de 2008, considerada por muitos economistas como a pior crise econômica desde a Grande Depressão, ocorreu devido a uma bolha imobiliária nos Estados Unidos, causada pelo aumento nos valores imobiliários, que não foi acompanhado por um aumento de renda da população, as chamadas “*subprime mortgages*”, hipotecas de alto risco, com reações em cadeia sobre o sistema financeiro nacional.

<sup>32</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. 2ª ed. rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 365.

notadamente a partir da criação de novos postos de trabalho que estimularão o aquecimento do comércio pela maior circulação da economia levando ao desenvolvimento da população.

Como o Estado não pode determinar que empresas privadas se transfiram para uma região mais pobre do país para proporcionar o desenvolvimento apenas por meio de ações de fomento persuadindo-os a fazê-lo voluntariamente por meio de incentivos (doação de área para instalação da fábrica, isenções fiscais) ele se vale das estatais para o cumprimento desse objetivo social. Pode ser citado como exemplo dessa prática a bancarização levada a praticamente todos os municípios do Brasil por instituições financeiras públicas como o Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal, além do Banco Postal, em convênio com os Correios<sup>33</sup>.

Muitas políticas de crédito dos bancos públicos são instituídas para atendimento de objetivos sociais, a exemplo dos empréstimos a juros subsidiados para pequenos agricultores com o objetivo de fomentar a agricultura familiar, realizado em grande parte pelo Banco do Brasil S.A.

Da mesma forma como a concessão de crédito imobiliário que viabiliza à população acesso ao direito à moradia, protegido pela Constituição como direito social (art. 6º). Nesse aspecto vale destacar o papel exercido pela Caixa Econômica Federal -CEF que atua como o maior agente nacional de financiamento da casa própria. Sucessora do Banco Nacional de Habitação – BNH<sup>34</sup>, nos termos do Decreto-Lei n. 2.291, de 21.11.1986, tornou-se o principal agente do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE), administradora do FGTS e de outros fundos do Sistema Financeiro de Habitação (SFH)<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> OCTAVIANI, Alessandro. NOHARA, Irene Patrícia. Estatais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.200.

<sup>34</sup> Banco Nacional da Habitação-BNH, autarquia federal criada pela Lei nº 4.380, de 21.08.1964, vinculado ao Ministério do Interior, na conformidade do artigo 189, inciso III, do Decreto-lei nº 200, de 25.02.1967, transformado em empresa pública dotada de personalidade jurídica de direito privado e patrimônio próprio, pela Lei nº 5.762, de 14.12.1971.

<sup>35</sup> Incumbida da função de apoiar a economia popular, a CEF sempre teve forte preocupação social e inclusiva, desde sua fundação. Seu objetivo inicial foi a concessão de empréstimo para a população de baixa renda subsidiado por recursos da poupança, estimulando-se o hábito de poupar entre trabalhadores braçais, pequenos comerciantes e negros que objetivavam a aquisição das cartas de alforrias para iniciarem sua vida em liberdade. O acesso a esse serviço financeiro representava a possibilidade de acesso a uma vida mais cidadã. Com o passar dos tempos a CEF assumiu a exclusividade de empréstimo por penhor em substituição das casas de penhora (casas de prego) operadas por particulares, viabilizando a população acesso rápido ao crédito. Atualmente é gestora das Loterias Federais, atividade tratada como serviço público exclusivo da União (Decreto-Lei n. 204, de 27.02.1967) eis que cumpre relevante papel na angariação de fundos para implementação de políticas sociais, destinando verbas para o esporte, para a seguridade social, para o programa de financiamento estudantil, para a cultura, segurança pública, Fundo Penitenciário Nacional e financiamento da saúde, por meio do Fundo Nacional de Saúde (FNS). OCTAVIANI, Alessandro. NOHARA, Irene Patrícia. Estatais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 199-206.

Conforme estabelece o art. 170, da CF, a ordem econômica também é fundada nos ditames da justiça social, visando assegurar existência digna a todos, tendo por princípio a redução das desigualdades regionais e sociais, a valorização do trabalho humano, a busca do pleno emprego a defesa do consumidor, tudo para assegurar a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). Deste modo, quando tais valores se encontrarem ameaçados o Estado terá legitimidade para agir de modo direto suprindo eventual deficiência do setor privado em determinada área da economia.

Não se pode perder de vista que a empresa estatal também tem por objetivo funcionar como instrumento de políticas públicas. Agregado à eficiência econômica que se espera dessas empresas, notadamente no caso das sociedades de economia mista onde há elevadas expectativas dos investidores privados em obter a máxima rentabilidade possível fazendo com que a companhia busque cada vez mais gerar valor e maior retorno financeiro aos acionistas está a necessidade de atentar para o relevante interesse público que impulsionou Estado a adentrar no campo econômico.

O objetivo financeiro da maximização do resultado econômico para os cofres públicos pode perfeitamente combinar com as demais preocupações de natureza estratégica, política e social, notadamente quando a exploração do empreendimento possuir importância geopolítica (a exemplo da indústria do petróleo) ou relevância para a segurança nacional (como a indústria nuclear).

O interesse público primário voltado às atividades-fim do Estado para a satisfação direta das necessidades coletivas da população não se confunde com o interesse público secundário, de natureza meramente patrimonial, pecuniária e financeira do Estado, muito embora o lucro auferido pelo Estado com determinada atividade possa financiar atividades essenciais diretamente relacionadas com as necessidades da sociedade.

Nesse sentido a empresa estatal exerce uma função tipicamente instrumental porque além de gerar receita para o erário a exploração da atividade econômica atua como meio para o Estado alcançar finalidades públicas, como quando uma empresa estatal se instala em região do país que precisa se desenvolver; quando há uma política deliberada para a estatal adquirir produtos nacionais mesmo que em preço um pouco superior aos seus similares estrangeiros; quando uma estatal não encerra as atividades de uma filial para não aumentar o desemprego naquela região; quando um banco público realiza financiamentos abaixo dos juros do mercado para incentivar determinados setores da economia ou para forçar a baixa dos juros de forma sistêmica; ao dar preferência para compras e contratações de serviços com empresas que

prestigiem a diversidade de gênero e raça de seus empregados, que combatam o trabalho infantil e a exploração do trabalho escravo e ao evitar a aquisição de bens e serviços de empresas que possuam passivos ambientais.

Por isso, sem ter que lançar mão de políticas extremas ou de um sistema de poder ostensivo ou até mesmo ditatorial, o Estado se vale de suas empresas estatais como instrumentos privados, mais ágeis e flexíveis, para intervir na ordem econômico-social, haja vista a necessidade de alcançar ou manter sob o domínio direto do Estado atividades econômicas especialmente sensíveis para as estratégias do governo ou para a segurança nacional bem como levar serviços essenciais até comunidades que a iniciativa privada não tem interesse (ou condições, inclusive de recursos) de atender satisfatoriamente, numa atuação tipicamente subsidiária e complementar à iniciativa privada.

### **1.1. Atuação subsidiária do Estado na atividade econômica em sentido estrito**

A regra da ordem econômica nacional é a execução de atividades econômicas realizadas somente por agentes privados, de acordo com o modelo de livre mercado fundado nos princípios da livre-iniciativa e da livre concorrência.

Consequentemente, o Estado deve intervir o mínimo possível no mercado econômico, centrando seus esforços nas suas atividades essenciais e abstendo-se do exercício de atividades que possam ser prestadas pelo particular, individualmente ou em associação com outros entes privados, por sua própria iniciativa e risco e com emprego de seus recursos próprios.

Será admitida a atuação direta do Estado nas situações em que a sociedade não conseguir solucionar por si só os seus problemas. Também será possível quando faltar interesse ou condições, inclusive de capital, do setor privado para atuar e investir em determinada área reputada relevante para o Estado por questões de interesse público ou de segurança nacional, bem como naqueles ramos de atividades em que o particular não consiga desempenhar a contento no regime da livre iniciativa e da livre concorrência, cabendo ao Estado atuar em caráter supletivo da iniciativa privada, para suprir essa deficiência ou até mesmo ausência do setor privado.

Tem cabimento no caso o princípio da subsidiariedade segundo o qual o Estado pode atuar diretamente na economia apenas quando a iniciativa privada não tiver capacidade de atender satisfatoriamente os interesses sociais ligados a determinada atividade econômica, sendo a atuação do Estado, dentre os vários meios cogitáveis, o menos restritivo da iniciativa

privada e estritamente necessário para a realização dos valores públicos visados pelo Estado, sendo, portanto, legítima a intervenção estatal em não havendo outra alternativa mais satisfatória.

Essa atuação subsidiária contrapõe-se à concepção liberal de Estado que veda a interferência do Estado nas atividades econômicas da iniciativa privada, tendo como pressuposto a máxima de que o Estado só deve exercer as atividades essenciais deixando tudo o mais para a iniciativa privada, dentro da ideia de liberdade individual. Encontra seu fundamento no ideal de que, em sendo menor, o Estado seria mais eficiente pois poderia concentrar seus esforços nas atividades essenciais que lhe são próprias, típicas da sua qualificação como ente soberano e que são indelegáveis ao particular (segurança, defesa, justiça, polícia, legislação, relações exteriores).

De fato, é característica do Estado liberal pretender diminuir o tamanho do Estado, prestigiando a liberdade econômica dentro das regras da livre iniciativa e da livre concorrência, orientando-se por dois princípios básicos: o princípio do Estado mínimo, que exige a redução ao patamar mínimo possível das atividades estatais com a consequente redução das tarefas e despesas; e o princípio da neutralidade, pautado na necessidade de o Estado se abster de intervenções de caráter econômico-social, não devendo dirigir ou mudar as relações e situações preexistentes<sup>36</sup>.

Contudo, além das suas atividades essenciais típicas, também compete ao Estado o exercício de atividades sociais (educação, saúde, pesquisa, cultura, assistência) e econômicas (industriais, comerciais e financeiras), prestadas tanto na forma de monopólio estatal como por meio de serviços públicos e atividades econômicas *stricto sensu*. Assim, o liberalismo predominante no início do século XX<sup>37</sup>, baseado na ideia de estado mínimo, dá margem a uma atuação estatal mais intensa com a presença do Estado como agente de impulsão econômica, com preocupações voltadas mais para o desenvolvimento e bem-estar social.

Desta forma, a intervenção estatal deve ser compreendida no sentido de atuação estatal em área de titularidade do setor privado, no caso, no campo da atividade econômica em sentido estrito por razões sociais, estratégicas ou desenvolvimentistas, porém em caráter subsidiário. A Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874, de 20.09.2019) reforça o princípio dessa

---

<sup>36</sup> DIAS, Sérgio Novais. Conceito de Constituição no Mundo Moderno. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, n.3, 1993, p. 136-167.

<sup>37</sup> Não é foco do presente estudo o exame da tensão entre as teses de liberalismo político e econômico.

intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas (art. 2º, III).

Essa subsidiariedade, por óbvio, se aplica às atividades econômicas em sentido estrito exercidas pelo Estado com amparo no art. 173, sujeitas à livre-iniciativa e ao regime de competição com empreendedores privados, haja vista que em relação aos serviços públicos (art. 175, CF), aos monopólios públicos (art. 177, CF) e aos serviços públicos sociais não há que se falar em sua aplicação porque na essência são atividades da esfera pública, reservadas de forma primária ao Estado, que não pode “intervir” num setor que lhe já lhe é reservado e próprio<sup>38</sup>.

Tais atividades podem ter sua execução transferida para o setor privado apenas e somente quando o Estado reputar conveniente, dentro do seu âmbito de discricionariedade organizativa, optando por fazê-lo diretamente ou por meio de delegação a uma empresa estatal (empresa pública ou sociedade de economia mista) ou por meio de concessão ou permissão a uma empresa privada. O próprio art. 173 excepciona da sua incidência os casos já previstos na Constituição, que são justamente as atividades econômicas que já têm seu exercício a cargo do Estado autorizado pela Constituição<sup>39</sup>.

Mesmo quando o Estado atua subsidiariamente não há restrição à iniciativa privada pois em nada limita o direito dos particulares de continuarem atuando no setor. Essa atuação apenas fortalece o mercado por trazer para o setor mais um concorrente, ainda que estatal, estando alinhada aos princípios da ordem econômica constitucional (art. 170, CF) que tem na ampla concorrência um dos seus principais fundamentos.

As Constituições de 1824 (Brasil Império) e de 1891 (Brasil República) não trataram especificamente da ordem econômica. Foi a Constituição de 1934 (Segunda República) quem primeiro inseriu a ordem econômica no contexto constitucional, assegurando a liberdade econômica (art. 115)<sup>40</sup> porém conjugada com a possibilidade de a União monopolizar determinada indústria ou atividade econômica por motivo de interesse público (art. 116)<sup>41</sup>. Essa

---

<sup>38</sup> O presente artigo justamente tem por objeto apenas as atividades econômicas *stricto sensu* exercidas pelo Estado por meio de suas empresas estatais em concorrência com a iniciativa privada, posto que em relação aos serviços e monopólios públicos a titularidade estatal é exclusiva, podendo exercê-los diretamente ou indiretamente, inclusive por concessionários e delegatários privados.

<sup>39</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. 2ª ed. rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 95.

<sup>40</sup> Art 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos, existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

<sup>41</sup> Art 116 - Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 112, nº 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais.

previsão constitucional já sinaliza para uma atuação subsidiária do Estado quando necessário para assegurar interesses coletivos.

A Constituição de 1937 (Estado Novo ou Terceira República) também prestigiou a iniciativa individual, embora ressaltando a legitimidade do Estado para intervir no domínio econômico quando necessária “para suprir as deficiências da iniciativa individual” (art. 135)<sup>42</sup>. Tal disposição constitucional deixa nítido o caráter da atuação estatal complementar e subsidiária da iniciativa privada.

A Constituição de 1946 repetiu a tutela da liberdade de iniciativa (art. 145)<sup>43</sup>, facultando, no entanto, à União a intervenção no domínio econômico fundada no interesse público com a possibilidade de instituição de monopólio sobre determinada indústria ou atividade (art. 146)<sup>44</sup>. Aqui também fica latente o caráter subsidiário da intervenção estatal para corrigir lacuna deixada pela iniciativa privada a fim de tutelar interesses públicos.

Sob a égide da Constituição Federal de 1967 (Regime Militar), com as alterações da Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969, a exploração e organização das atividades econômicas era conferida em caráter preferencial às empresas privadas. A possibilidade de o Estado organizar e explorar atividade econômica atuando diretamente no domínio econômico nacional, incluindo o monopólio de determinada indústria ou atividade, era permitida apenas em caráter suplementar, para subsidiar a iniciativa privada e operava quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não pudesse ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa (art. 163, c/c art. 170, caput e § 1º)<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Art. 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.

<sup>43</sup> Art. 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

<sup>44</sup> Art. 146 - A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.

<sup>45</sup> Art. 163. São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais. Art. 170. Às empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas. § 1º Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica.

A subsidiariedade da intervenção estatal se dava, portanto, quando algum setor produtivo não conseguia funcionar adequadamente no regime da liberdade de mercado, sendo estritamente necessária à preservação dos mercados para ocupação de espaços vazios deixados pela iniciativa privada, em razão da falta de interesse ou da incapacidade empreendedora. Também ocorria nas situações de presença ameaçadora de excesso de concentração econômica caracterizadora de monopólio de fato, ensejando a atuação estatal para controle dos preços e garantia do abastecimento.

Essa exploração direta da atividade econômica pelo Estado se operava por meio das empresas públicas e das sociedades de economia mista (art. 170, § 2º), instituídas mediante lei federal, nos termos do DL 200, de 25.02.1967. O art. 163, § 2º da CF de 1967 incluía também as autarquias nesse rol de empresas estatais exploradoras de atividade econômica<sup>46</sup> o que foi excluído pela EC n. 1/69.

Sob a égide da Constituição de 1988, a exploração direta da atividade econômica pelo Estado se dá na forma delimitada pelo art. 173, *caput* da Constituição Federal, em casos imperativos de segurança nacional ou por motivo de relevante interesse coletivo, seguindo o princípio da subsidiariedade para evitar uma atuação descontrolada e desmedida do Estado na economia. André Ramos Tavares ressalta que ao contrário da Constituição de 1967, que previa uma autorização genérica para a intervenção empresarial do Estado, a atual Carta impõe rígidos requisitos para essa intervenção, prestigiando assim a desestatização da atividade econômica<sup>47</sup>.

A operacionalização dessa atuação empresarial ocorre por meio de empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas, criadas mediante autorização legislativa (CF, art. 37, inc. XIX e XX), sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas justamente para permitir a atuação concorrencial do Estado com empresas do setor privado.

Nessa situação, as empresas estatais atuam como verdadeiros mecanismos de políticas públicas do Estado, exercendo uma função tipicamente instrumental para que ele possa alcançar a sua finalidade pública, em maior ou menor intensidade, a depender do contexto social,

---

<sup>46</sup> Art. 163, § 2º (CF 1967). Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas, as autarquias e sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e das obrigações.

<sup>47</sup> TAVARES, André Ramos A intervenção do Estado no domínio econômico. In CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Coord.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Atlas, 2011, p. 225-256.

político, econômico e do perfil do governo que se encontra instalado no poder, mas sempre com esse viés suplementar.

## **1.2. O caráter cíclico da intervenção estatal brasileira na atividade econômica**

O Estado brasileiro sempre teve uma atuação direta e marcante na atividade econômica nacional. Desde a época do império, quando o Brasil ainda era colônia portuguesa, que o Estado se faz presente na economia do país ditando os rumos e disciplinando as atividades econômicas e comerciais, inclusive as privadas.

As primeiras empresas estatais brasileiras remontam ao período imperial. A fundação do Engenho da Vila de São Vicente, em 1533, e a criação do Serviço Postal, em 1663, são exemplos da primeira atuação empresarial do governo imperial brasileiro. Em 12.10.1808, por Alvará do Príncipe Regente D. João VI, foi criado o Banco do Brasil, o primeiro banco público federal brasileiro. Também no período imperial foi criada a Caixa Econômica Federal, fundada por Dom Pedro II, por meio do Decreto nº 2.723, de 12.01.1861, com o nome de Caixa Econômica da Corte, inicialmente catalogada como autarquia federal, com o objetivo de conceder empréstimos e incentivar a poupança. Operou como autarquia federal até a edição do Decreto-Lei n. 759, de 12.08.1969, que autorizou a sua constituição sob a forma de empresa pública, concretizada por meio do Decreto n. 66.303, de 06.03.1970 com aprovação de seu estatuto social. Em 1890 foi criada também a estatal Lloyd Brasileiro, sendo o Ministério dos Negócios da Agricultura e Obras Públicas autorizado por decreto a encampar companhias de navegação que tinham subsídios do Estado<sup>48</sup>.

Além da atuação direta por meio dessas estatais, também pode ser mencionado como exemplo do domínio exercido pelo Estado sobre a atividade privada a forma de criação das sociedades anônimas no país. Preponderou inicialmente no período imperial o chamado “regime do privilégio” em que a criação de sociedades anônimas dependia exclusivamente de leis especiais do Governo. Se referiam a companhias criadas para grandes empreendimentos, com vistas ao interesse público e que demandavam grandes somas de capitais.

Assim, a organização de empresas sob a forma de sociedade por ações constituía um privilégio e uma exceção às normas que regulavam as sociedades em geral. Com a edição do Decreto nº 575, de 10.01.1849 e do Código Comercial de 1850<sup>49</sup> houve alteração no regime de

---

<sup>48</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. 2ª ed. rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 39 e 131.

<sup>49</sup> Complementadas pela Lei nº 1.083, de 22.08.1860 e Decreto 2.711, de 19.12.1860.

constituição das companhias para o denominado “regime da concessão ou autorização”. De acordo com esse sistema, embora a constituição das companhias tenha deixado de ser um privilégio a sua incorporação e aprovação de seus estatutos ainda dependia de autorização do Governo.

Somente sob a égide da Lei nº 3.150, de 04.11.1882<sup>50</sup>, regulamentada pelo Decreto nº 8.821, de 30.12.1882, que as sociedades anônimas foram libertadas da tutela administrativa do Poder Público, passando a ser submetidas ao “regime da regulamentação ou das disposições normativas”<sup>51</sup>, adotando-se no Brasil o modelo liberal que prevalece até hoje regulado atualmente pela Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404, de 15.12.1976)<sup>52</sup>.

A forma e intensidade dessa atuação estatal variam de acordo com o contexto político, com necessidades desenvolvimentistas, com as tendências ideológicas predominantes em dado momento, ora voltadas para concepções liberais, ora para concepções sociais,<sup>53</sup> e com o fixado na ordem econômica constitucional responsável pelo estabelecimento dos limites dessa atuação.

Com efeito, ao longo da história, o governo federal brasileiro tem apresentado posições distintas no tocante a sua atuação empresarial oscilando entre fortes movimentos de estatização seguidos de ações de desinvestimento e desestatização.

Nos governos de Getúlio Vargas (1930-1945 e 1951-1954) e Juscelino Kubitschek (1956 e 1961), estadistas que foram líderes do desenvolvimento nacional brasileiro, foram criadas estatais de alta relevância para o processo de construção da soberania econômica do país a nível internacional, com atuação nos setores de petróleo, minérios, energia elétrica,

---

<sup>50</sup> Reformulada pelo Decreto nº 164, de 17.01.1890.

<sup>51</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por Ações*, vol. 1, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

<sup>52</sup> Com a proclamação da República, foram editadas diversas outras normas para regular a organização das sociedades anônimas no país, a saber: Decreto nº 997, de 11.11.1890; Decreto nº 1.362, de 14.02.1891; Decreto nº 1.386, de 20.02.1891; Decreto nº 434, de 04.07.1891; Decreto-Lei nº 2.627, de 26.09.1940 e Lei nº 6.404, de 15.12.1976. AZEVEDO, Erasmo Valladão. FRANÇA, Novaes. *Conflito de interesses nas assembleias de S.A.* 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pág. 73-79.

<sup>53</sup> A distinção entre as concepções liberal e social é dada por Bresser-Pereira: “No plano econômico a diferença entre uma proposta de reforma neoliberal e uma social-democrática ou social-liberal está no fato de que o objetivo da primeira é retirar o Estado da economia, enquanto que o da segunda é aumentar a governança do Estado, é dar ao Estado meios financeiros e administrativos para que ele possa intervir efetivamente sempre que o mercado não tiver condições de estimular a capacidade competitiva das empresas nacionais e de coordenar adequadamente a economia”. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma da administração pública (Cap. 16). *In Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil*. São Paulo, Editora 34, 1996: 269-294. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/96.ReformaDaAdministracaoPublica.pdf>>. Acesso em: 30.06.2022.

siderurgia, telecomunicações, seguros e atividades financeiras<sup>54</sup>. A ideologia reinante nesse período pregava o nacionalismo econômico como forma de conquistar a emancipação do país em face dos interesses externos.

No período do chamado Estado Novo, ou Terceira República Brasileira (1937-1946), no auge do desenvolvimento econômico em que o capital privado não se dispunha a investir em setores considerados essenciais pelo Estado para a economia do país, o governo interveio para fornecer serviços relevantes à população e ao desenvolvimento do país. As estatais criadas nesse período foram para auxiliar o começo da industrialização no Brasil, haja vista a precariedade do setor privado nacional, com baixa capacidade econômica e técnica do empresariado, bem como para superar as dificuldades da economia agroexportadora decorrente da crise econômico-financeira de 1929, desencadeada pela quebra da bolsa de valores de Nova Iorque, tornando necessária a implementação de um padrão fundado na produção industrial de bens de consumo não duráveis<sup>55</sup>. A criação da Companhia Siderúrgica Nacional – CSN (Decreto-Lei nº 3.002/1941) e da Companhia Vale do Rio Doce – CVRD (Decreto-Lei nº 4.352/1942), nas áreas de siderurgia e mineração, respectivamente, foram exemplos dessa atuação direta do Estado para o processo de industrialização brasileiro com a finalidade de impulsionar a economia nacional<sup>56</sup>.

Sob o ideal do nacionalismo desenvolvimentista as empresas estatais multiplicaram-se na década de 1950, especialmente nos setores financeiro, elétrico e de transporte, notadamente o ferroviário, com destaque para a criação da Rede Ferroviária Federal S.A. – RFFSA (1957), cuja missão abrangia inclusive políticas públicas de contenção tarifária. Nesse período também foi constituída uma das mais relevantes estatais para a economia nacional: a Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás (Lei nº 2.004, de 03.10.1953 e Lei n. 9.478, de 06.08.1997), com o objetivo de servir como instrumento para que a União pudesse exercer o monopólio das

---

<sup>54</sup> Para maiores detalhes sobre a evolução histórica das estatais no Brasil consultar: SCHWIND, Rafael Wallbach. O Estado Acionista. Empresas estatais e empresas privadas com participação estatal. São Paulo: Almedina, 2017.

<sup>55</sup> PINTO JUNIOR, Mário Engler. Empresa estatal: função econômica e dilemas societários. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013, p. 9-37.

<sup>56</sup> Também podem ser citadas, dentre outras empresas criadas nesse período, as seguintes estatais: o IRB – Brasil Resseguros S.A. – IRB Brasil Re (criado pelo Decreto-Lei n. 1.186, de 03.04.1939, com a denominação atual de Instituto de Resseguros do Brasil – IRB dada pelo Decreto-Lei n. 73, de 21.11.1966, art. 41 e Lei Complementar n. 126, de 15.01.2007, art. 22); a Companhia Nacional de Álcalis – CNA (1943); a Companhia Aços Especiais Itabira S.A – ACESITA (criada em 1944, teve seu controle acionário transferido para o Banco do Brasil em 1950); a Companhia Hidroelétrica do São Francisco – CHESF (1945) e a Fábrica Nacional de Motores-FNM (1946).

atividades de pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e outros hidrocarbonetos fluídos e gases raros existentes no território nacional<sup>57</sup>.

Como consequência da euforia desenvolvimentista das décadas de 1960 e 1970 houve uma proliferação das estatais no Brasil, inclusive nos âmbitos estadual e municipal, alcançando assim todos os entes da Federação, vinculadas principalmente à habitação, alimentação e pesquisa agrícola. Mesmo com a instalação do regime militar (a partir de 1964), as estatais permaneceram híidas, sendo utilizadas no processo de modernização da economia, como mecanismo de construção da infraestrutura basilar para a industrialização e urbanização, como a usina hidrelétrica de Itaipu, a usina nuclear de Angra dos Reis e os metrô do Rio de Janeiro e de São Paulo e a Ferrovia do Aço. Outra importante empresa constituída nesse período foi a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – Eletrobrás (Lei n. 3.890-A, de 25.04.1961), destinada a construção e operação de usinas produtoras e linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica<sup>58</sup>.

Em continuidade ao processo de constituição de estatais que se seguiu na década de 1970 pode-se mencionar a criação da Telecomunicações Brasileira S.A. – TELEBRÁS (Lei nº 5.792, de 11.07.1972), tendo por objetivo o planejamento, a implantação e exploração dos serviços públicos de telecomunicações, inclusive por meio de subsidiárias e associadas<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> Em 1950 foram criadas, ainda: o Banco de Crédito da Amazônia S.A. (criado pela Lei n. 1.184, de 30.08.1950, a partir do Banco de Crédito da Borracha S.A., criado pelo Decreto-Lei n. 4.451, de 09.07.1942, atual Banco da Amazônia S.A. - Lei 5.122, de 29.09.1966); o Banco do Nordeste do Brasil - BNB (Lei n. 1.649, de 19.07.1952); o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social- BNDES (autarquia federal criada pela Lei nº 1.628, de 20.06.1952, transformada em empresa pública pela Lei nº 5.662, de 21.06.1971); a Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil – Novacap (1956) e a FURNAS Centrais Elétricas S.A. (1957), todas exercendo funções fundamentais para o processo de desenvolvimento econômico nacional.

<sup>58</sup> Também foram criadas na década de 1960, por exemplo: a Companhia Brasileira de Alimentos – COBAL (Lei Delegada nº 6, de 26.09.1962); o Serviço Federal de Processamento de Dados – SERPRO (Lei nº 4.516, de 01.12.1964); o Banco Nacional de Habitação – BNH (1964); a Empresa Brasileira de Telecomunicações - EMBRATEL (empresa pública criada em 16.09.1965 com base na autorização do Código Brasileiro de Telecomunicações - Lei nº 4.117 de 27.08.1962, art. 42, para a exploração industrial de serviços de telecomunicações, transformada em sociedade de economia mista em agosto de 1972, passou à condição de subsidiária da *holding* Telecomunicações Brasileiras S/A - Telebrás, em novembro do mesmo ano); a Agência Especial de Financiamento Industrial – FINAME (autarquia federal criada pelo Decreto-lei nº 45, de 18.11.1965, transformada em empresa pública pelo art. 10 da Lei nº 5.662, de 21.06.1971 e Decreto nº 59.170, de 02.09.1966); a Financiadora de Estudos de Projetos S.A.– FINEP (Decreto n. 61.056, de 24.07.1967 e Decreto-Lei nº 200, de 25.02.1967, art. 191); a Cia. Docas do Rio de Janeiro – CDRJ (Decreto-Lei n. 256, de 28.02.1967); a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT (1969); a Empresa Brasileira de Aeronáutica – EMBRAER (1969); a Companhia de Entrepostos e Armazéns Gerais de São Paulo – CEAGESP (1969) e a Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais- C.P.R.M. (criada pelo Decreto-Lei n. 764, de 15.08.1969, posteriormente transformada em empresa pública pela Lei n. 8.970, de 28.12.1994).

<sup>59</sup> Na década de 1970 foram criadas, dentre outras: o Hospital das Clínicas de Porto Alegre (1971); a VALEC - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. (antiga subsidiária da Companhia do Vale do Rio Doce, fundada em 1971, transformada em empresa pública, sob a forma de sociedade por ações, vinculada ao Ministério dos Transportes, conforme art. 8º da Lei nº 11.772, de 17.09.2008); a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária – EMBRAPA (Lei 5.851, de 07.12.1972); a Companhia Brasileira de Tecnologia Nuclear-CBTN (Lei n. 5.740, de

Entretanto, nos anos 1980 e 1990, iniciou-se um movimento de retração, inverso aquele que desencadeou o florescimento das estatais entre as décadas de 1930 e 1970, voltado ao afastamento do Estado do setor privado, num verdadeiro processo de reestruturação do aparelho do Estado para redução do seu tamanho e dos custos<sup>60</sup>.

Dentre as principais razões podem ser mencionadas a economia impactada pela crise do petróleo, a alta dos juros internacionais (dívida externa), a valorização do dólar, o retorno da inflação, aliada ao descaso do governo com as suas próprias empresas contaminadas com corrupção e ineficiência (falta de competitividade, fraco resultado financeiro, baixa capacidade de inovação tecnológica, grande suscetibilidade a influências políticas), colocando em risco o equilíbrio das finanças públicas. Essa situação restou agravada pela concessão de financiamentos públicos com privilégios para multinacionais em detrimento das estatais, bem como pela liberação de mercados e abertura a investimentos internacionais com flexibilização de barreiras alfandegárias, como consequência do crescimento da globalização<sup>61</sup>.

Para maior controle e desburocratização das empresas estatais foi criada a Secretaria Especial de Controle das Empresas Estatais – SEST (Decreto n. 84.128, de 29.10.1979) e instituído o Programa Nacional de Desburocratização (Decreto n. 83.740, de 18.07.1979, posteriormente substituído pelos Decretos 5.378, de 23.02.2005 e 9.094, de 17.07.2017), bem como criado normativo específico para a privatização de estatais mediante transferência do capital social ou transformação societária e desativação de empresas (Decreto n. 86.215, de 15.07.1981).

Esse movimento de desestatizações não foi isolado, ocorreu simultaneamente em diversos países do mundo ocidental, em decorrência da influência de ideologias neoliberais

---

01.12.1971, sucedida por Empresas Nucleares Brasileiras S.A. - NUCLEBRÁS - Lei n. 6.189, de 16.12.1974 e por Indústrias Nucleares do Brasil S.A. – INB - Decreto-Lei n. 2.464, de 31.08.1988); a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO (1972); a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária – EMBRAPA (Lei n. 5.851, de 07.12.1972); a Casa da Moeda do Brasil – CMB (autarquia transformada em empresa pública pela Lei n. 5.895, de 19.06.1973); a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP (1973); a Siderurgia Brasileira S.A. – SIDERBRÁS (Lei n. 5.919, de 17.09.1973), a Itaipu Binacional (1974), Empresa Brasileira de Assistência Técnica e Extensão Rural – EMBRATER (Lei n. 6.126, de 06.11.1974, extinta pelo Decreto n. 99.192, de 15.03.1990); a Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba – Codevasf (Lei n. 6.088, de 16.07.1974); a Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social – DATAPREV (Lei 6.125, de 04.11.1974) e a Indústria de Material Bélico do Brasil – IMBEL (Lei n. 6.227, de 14.07.1975).

<sup>60</sup> OCTAVIANI, Alessandro & NOHARA, Irene Patrícia. Estatais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 25.

<sup>61</sup> Ainda assim, também nesse período de 1980 foram criadas algumas estatais. Por exemplo: Empresa Gerencial de Projetos Navais – EMGEPRON (Lei n. 7.000, de 09.06.1982); BNDESPAR - BNDES Participações S.A. (1982) e a Companhia Nacional de Abastecimento – CONAB (Lei n. 8029, de 12.04.1990, constituída por fusão da Companhia de Financiamento da Produção - Lei n. 7.032, de 30.09.1982, da Companhia Brasileira de Alimentos - Lei Delegada n. 6, de 26.09.1962 e da Companhia Brasileira de Armazenamento - Lei Delegada n. 7, de 26.09.1962).

difundidas pelo processo de globalização, notadamente sob impactos da queda do Muro de Berlim e do fim da Guerra Fria, com derrota do bloco socialista<sup>62</sup>. A Inglaterra, sob a influência de Margaret Thatcher<sup>63</sup>, foi a pioneira nos processos de privatização, seguida de outros países desenvolvidos como França, Itália, Alemanha, Portugal, Japão, Austrália, Espanha e Canadá, que consideravam que as empresas estatais seriam geridas de forma mais eficiente pela iniciativa privada. Embora muitos países almejassem com as privatizações a redução das dívidas do Estado, em outros, como a Inglaterra, a opção era mais filosófica, consistente em definir que não cabe ao Estado produzir riqueza, gerar lucro e exercer atividades econômicas, devendo esse papel caber à iniciativa privada, por ter melhores condições de fazê-lo com maior eficiência.

No Brasil, assim como em outros países em desenvolvimento, os motivos para a privatização das estatais envolviam aspectos nitidamente econômicos: visava-se a arrecadação de verbas para promover o pagamento da dívida pública, reduzindo o endividamento do Estado<sup>64</sup>. As reformas econômicas implementadas no país levaram a flexibilização de

---

<sup>62</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. 2ª ed. rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 42/43.

<sup>63</sup> Segundo a ex-Primeira-Ministra britânica, o excesso de domínio do Estado no plano prestativo e até produtivo de serviços constituía um dos problemas econômicos do país. Dentre as metas pretendidas com as privatizações das estatais britânicas além do ganho de eficiência e da redução do endividamento do setor público estava a limitação da ingerência governamental na tomada de decisões por parte das empresas. A empresa automobilística inglesa Rolls-Royce Motor Cars, atualmente subsidiária do grupo alemão BMW, foi uma das estatais privatizadas nesse período. QUEIROZ, João Eduardo Lopes. *Principais Aspectos Jurídicos da Privatização*. In CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 970-1011.

<sup>64</sup> No plano internacional pode ser mencionado como exemplo a privatização da empresa Portos e Caminhos de Ferro de Moçambique (CFM) em meados dos anos 1990 que foi em muito influenciada pela ideologia neoliberalista como imposição do Banco Mundial e do FMI à qual o governo não teve possibilidades de se opor, tendo sido na essência um processo de mudança do poder político e econômico e não para otimizar a economia do país, propriamente dito. Decorreu da adequação da política econômica ao chamado “Consenso de Washington”, recomendação internacional elaborada em 1989, que visava propalar a conduta econômica neoliberal tendo por objetivos, dentre outros, impulsionar o livre mercado com a abertura comercial e econômica dos países para atração de investimentos estrangeiros, a reordenação dos gastos públicos e o controle fiscal, com medidas de desregulamentação, liberalização e privatização de estatais a grupos privados estrangeiros. O país, precisando de financiamentos para sua manutenção após a independência de Portugal (1975) e também para cobrir os prejuízos causados pela guerra civil, foi coagido a aceder ao FMI e ao Banco Mundial aceitando condições impostas por estes como o desligamento do socialismo com opção pelo capitalismo integrando o “mundo capitalista global” além de adotar medidas de ajuste estrutural envolvendo, dentre outras, um aparelho de estado menor com ênfase nas privatizações. Nesse sentido os contratos de concessão de serviço público ganharam relevo dada a necessidade de reabilitar e reconstruir infraestruturas (ferroviárias, portuárias, estradas, aeroportos, energia) e modernizar equipamentos, notadamente o sistema ferro-portuário, fortemente abalado pela guerra civil, para tornar-se competitivo, eficiente, financeiramente viável e orientado para o mercado. Contudo, conforme aponta estudo de Nelson João Pedro Saúte, a experiência com as concessões, grosso modo, não foram bem-sucedidas. O país permanece totalmente dependente da ajuda externa e do financiamento internacional. A atividade econômica não gera o suficiente para cobrir o déficit visto que os elevados custos de financiamento corroem os resultados operacionais retardando a recuperação dos capitais próprios. Além disso, as concessões não têm contribuído para o efetivo combate à pobreza nem para a sustentabilidade do crescimento econômico nem eliminar as desigualdades sociais. SAÚTE, Nelson João Pedro. *Crônica de uma integração imperfeita. O caso da privatização da gestão dos portos e caminhos de ferro em Moçambique (2000-2005)*. São Paulo: USP, 2010. Disponível em: <

monopólios estatais, à supressão de restrições ao capital estrangeiro e à implementação de ações de desestatização. Foram adotadas ações de desestatização mediante a quebra ou flexibilização de monopólios estatais, concessões e permissões de serviços públicos, desativação, venda de ativos (desinvestimento) e alienação de estatais para o setor privado (privatização), além da instituição de mecanismos de maior controle das estatais.

Há, desta forma, uma redefinição do papel do Estado, que deixa de ser o responsável pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção, execução e prestação direta de bens e serviços, para ater-se a função de promover, regular e coordenar esse desenvolvimento. Transfere-se para o setor privado, por meio do programa de privatizações, a tarefa de produção de bens e serviços para serem realizados mais eficientemente. Busca-se com isso uma alteração na forma de gerir o Estado burocrático, rígido e ineficiente para uma gestão flexível e eficiente.

Essa mudança de comportamento se deu por vários fatores, mas principalmente em decorrência da projeção da forma de gerir o Estado para as empresas estatais, neutralizando muitas das vantagens iniciais que motivaram sua instituição, como a competitividade, a eficácia, a rentabilidade e a economicidade<sup>65</sup>. Podem ser mencionados como alguns desses fatores: (i) o não atingimento dos objetivos para os quais foram criadas as estatais; (ii) as dificuldades financeiras enfrentadas pelas estatais, em muito relacionadas a opção do governo do período militar em utilizar os financiamentos públicos para privilegiar o capital externo, ou seja, favorecendo as multinacionais em detrimento de suas próprias estatais; e (iii) a onerosidade e os elevados custos de manutenção das estatais, agravada pela expansão do número de estatais com o conseqüente acréscimo da quantidade de agentes públicos, necessidade de maior estrutura, gastos com fiscalização, subsídio das tarifas, politização dos dirigentes, nepotismo e corrupção.

Na década de 1990 foram criadas no Brasil as leis que tratam do Programa Nacional de Desestatização – PND (a Lei nº 8.031, de 12.04.1990, sucedida pela Lei nº 9.491 de 09.09.1997). Também foi nesse período que se revogou o art. 254 da LSA (Lei 9.457, de 05.05.1997), suprimindo a obrigatoriedade de oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes estender benefícios

---

[https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-19072010-144441/publico/2010\\_NELSONSAuTE.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-19072010-144441/publico/2010_NELSONSAuTE.pdf). Acesso em: 01.07.2022.

<sup>65</sup> Juan Carlos Cassagne, comentando o regime argentino, aponta como elementos da ineficiência das empresas estatais e, portanto, causa para a privatização ou a revisão da estatal, a ausência de mecanismos eficazes de controle, a instabilidade dos dirigentes das empresas e as restrições das finanças públicas. CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 135.

patrimoniais correspondente ao sobrepreço pago às ações componentes do bloco de controle. Tal medida teve por objetivo incentivar e estimular os processos de desestatização e privatização das sociedades de economia mista que estavam sendo empreendidos pelo governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, considerando que a necessidade da oferta pública (*tag along*) tornava mais difícil a venda já que aumentava substancialmente os custos da alienação do controle de companhias abertas<sup>66</sup>.

Nessa década de 1990 foram transferidos para o setor privado o controle de mais de cem empresas estatais, além de participações minoritárias em várias companhias, especialmente mineradoras e siderúrgicas, além de empresas de telefonia fixa transformadas em concessionárias privadas de serviços públicos, com vistas à redução da dívida pública e saneamento das finanças públicas, com destaque para as privatizações da Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A - Usiminas (1991); da Companhia Siderúrgica Nacional – CSN (1993); da Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A. - Embraer (1994); da Light – Serviços de Eletricidade S/A (1996); da Companhia Vale do Rio Doce (1997); da Empresa Brasileira de Telecomunicações - Embratel (1998)<sup>67</sup>; da Telecomunicações Brasileiras S.A. - Telebrás (1998)<sup>68</sup> e do Banco do Estado de São Paulo S.A. – Banespa (2000).

A série de privatizações ocorrida na década de 1990 foi incentivada pelas ideologias neoliberais que iniciaram no governo de Fernando Collor de Melo, passando por Itamar Franco até Fernando Henrique Cardoso. O sucesso na implementação das alienações, no entanto, só foi possível graças a coalisão do Executivo com o Legislativo com a formação de uma sólida base aliada do governo no Congresso Nacional o que permitiu ao Executivo exercer forte influência no processo político decisório, notadamente na aprovação das leis para autorização das medidas de desestatização<sup>69</sup>.

---

<sup>66</sup> BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. Sociedade anônima atual: comentários e anotações às inovações trazidas pela Lei nº 10.303/01 ao texto da Lei nº 6.404/76. São Paulo: Atlas, 2004, pág. 251-262.

<sup>67</sup> A Lei Geral de Telecomunicações – LGT (Lei nº 9.472 de 16.07.1997), ao mesmo tempo em que autorizou a criação da Agência Nacional de Telecomunicações (art. 8º), também autorizou a privatização da Embratel e das demais concessionárias do sistema Telebrás, efetivada em 29.07.1998 (art. 187).

<sup>68</sup> A Telebrás foi reativada pelo Decreto nº 7.175, de 12.05.2010, para realizar a gestão do Programa Nacional de Banda Larga (PNBL).

<sup>69</sup> Quanto maior for o poder de influência do Executivo no processo político decisório maiores serão as chances de o governo implementar medidas de privatização. As privatizações ocorridas no setor de telecomunicações na Inglaterra (1983-1984), na Argentina (1989), na França (1997) e no Brasil (1997) só se efetivaram pela aproximação do governo com o Legislativo. Na Inglaterra a privatização da British Telecom (BT) só foi possível no segundo mandato da primeira-ministra Margaret Thatcher, após a vitória eleitoral que conferiu uma ampla maioria ao Partido Conservador, aumentando a concentração de poder no primeiro-ministro, conquistando 397 cadeiras (61% das vagas do Parlamento). Mesmo com forte oposição à privatização pela ampla mobilização dos sindicatos a privatização foi aprovada. O mesmo fenômeno ocorreu na Argentina onde uma primeira tentativa de privatização da Entel, empresa de telefonia fixa, na década de 1980, restou frustrada pela incapacidade de o

Os anos 2000 foram marcados pela retomada da participação direta do Estado na economia, notadamente nos Estados em que acenderam ao poder líderes de viés mais estadista como no Brasil, com os governos Lula e Dilma<sup>70</sup>. Nesse período houve um arrefecimento nas privatizações, inclusive com a adoção de uma política para dificultar as alienações das ações do bloco de controle de estatais<sup>71</sup>.

Entretanto, com os desgastes e a derrota eleitoral de vários governos latino-americanos com esse viés para políticos mais liberais e menos protecionistas, pode-se dizer que existe atualmente um novo movimento pendular a impulsionar a relação do Estado com a economia.

Atualmente, no Brasil, há 13 (treze) empresas estatais em processo de privatização, qualificadas no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República

---

governo formar uma maioria consistente ou uma coalizão de apoio que lograsse a aprovação da privatização, o que só veio a ocorrer no fim de 1989, com a formação de um novo governo comandado pelo Partido Judicialista que acabou concentrando o poder e promovendo alterações da Constituição que conferiram uma delegação extraordinária de poder ao presidente da república pelo Parlamento, conferindo uma série de instrumentos legislativos que possibilitaram ao presidente a definição das regras de privatização por mero decreto. Na França a privatização da France Telecom (FT) também só foi viabilizada pela coalizão do governo com o Parlamento, primeiro na legislatura que vigorou de 1993 a 1997, formada por uma coalizão de centro-esquerda liderada pelo partido gaullista Refundação pela República (RPR) e por uma confederação de partidos liberais chamada União pela Democracia Francesa (UDF), conquistando 460 cadeiras do Parlamento (80%). O Parlamento aprovou uma nova lei de privatizações estendendo o campo das empresas privatizáveis. Posteriormente, as leis n.ºs 96.659 e 96.660, de 26.07.1996 autorizaram a abertura do capital da FT para privatização parcial da empresa. A privatização do controle acionário da FT só foi autorizada pela Lei n.º 1.365, de dezembro de 2003, que contou com o apoio do partido União por um Movimento Popular (UMP), com 399 cadeiras no Parlamento (69% dos votos), integrante da base aliada do governo. No caso brasileiro, em face das regras institucionais favorecerem a dispersão de poder, em razão do regime presidencialista federativo bicameral, prepondera o chamado “presidencialismo de coalizão” onde o Poder Executivo é praticamente obrigado a buscar aliados no Legislativo para poder governar, necessitando formar uma base aliada de sustentação no Congresso Nacional. O governo de Fernando Henrique Cardoso, por exemplo, somente obteve a liberalização do monopólio das telecomunicações na década de 1990 graças a coesão da base de governo no Congresso, formada há época por 390 cadeiras na Câmara dos Deputados (76% dos votos) e 68 cadeiras no Senado (84% dos votos), o que lhe assegurava o controle sobre o processo decisório. A Lei Geral das Telecomunicações (Lei n.º 9.472, de 16.07.1997) que possibilitou a desestatização de inúmeras estatais do ramo de telecomunicações, incluindo a Telebrás, foi aprovada após ampla negociação do Governo com sua base de apoio. FERRAZ, Alexandre Sampaio. Privatização e Processo Decisório. Rio de Janeiro: Revista de Ciências Sociais, vol. 52, n.º 2, 2009, p. 425-469.

<sup>70</sup> Foram criadas nesse período novas empresas públicas e sociedades de economia mista como a Empresa Gestora de Ativos – EMGEA (Medida Provisória n. 2.196-3, de 24.08.2001, validada por força do art. 2º da Emenda Constitucional n. 32, de 11.09.2001); a BB Elo Cartões Participações S.A.- BB Elo Cartões (2002); a Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia – HEMOBRAS (Lei 10.972, de 02.12.2004); a Empresa de Pesquisa Energética – EPE (Lei n. 10.847, de 15.03.2004); a Energética Camaçari Muricy I S.A. - ECM 1(25.01.2007); a Empresa Brasil de Comunicação S.A. – EBC (Lei n. 11.652, de 07.04.2008); o Centro Nacional de Tecnologia Eletrônica Avançada S.A. – CEITEC (Lei n. 11.759, de 31.07.2008); o BNDES PLC (2009); a Caixa Participações S.A. – CAIXAPAR(2009); a Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. – Pré-Sal Petróleo S.A. – PPSA (Lei n. 12.304, de 02.08.2010); a Empresa de Planejamento e Logística S.A. -EPL (2011); a Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A. – ABGF (2012); a Amazônia Azul Tecnologias de Defesa S.A. – AMAZUL (2013); a Amazonas Geração e Transmissão de Energia S.A. – AmGT (2013); a Telebrás Copa S.A. -TELEBRÁS COPA (2014) e a Caixa Seguridade e Participações S.A. – Caixa Seguridade (2015).

<sup>71</sup>Vide, por exemplo, a reintrodução do artigo 254 na LSA pela Lei n.º 10.303/2001, estabelecendo novamente a obrigatoriedade da efetivação de oferta pública nas hipóteses de alienação de controle de Sociedade Anônima de capital aberto (Art. 254-A).

-PPI (Lei n. 13.334, de 13.09.2016) e incluídas no Programa Nacional de Desestatização PND (Lei 9.491, de 09.09.1997), cuja análise da viabilidade de privatização cabe ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES)<sup>72</sup>.

Também foi anunciada a intenção de realizar estudos para a desestatização dos Portos Organizado de Santos e de São Sebastião – SP (Decretos nº 10.138, de 28.11.2019 e nº 9.972, de 14.08.2019), da Companhia Docas do Estado de São Paulo – Porto de São Sebastião (Codesp), da Empresa de Trens Urbanos de Porto Alegre S.A. – Trensurb (Decreto nº 9.998, de 03.09.2019), de parte da Companhia Brasileira de Trens Urbanos -CBTU (Decreto nº 9.999, de 03.09.2019) e das empresas estaduais federalizadas Centrais de Abastecimento de Minas Gerais S/A -CeasaMinas (Decreto nº 3.654, de 07.11.2000), Companhia de Armazéns e Silos do Estado de Minas Gerais (Casemg) e Companhia de Entrepostos e Armazéns Gerais de São Paulo -Ceagesp (incluída no PND pelo Decreto nº 2.504/1998, excluída pelo Decreto nº 8.417/2015 e reincluída pelo Decreto nº 10.045/2019)<sup>73</sup>.

Recentemente foram incluídos também o Parque Nacional da Restinga de Jurubatiba (RJ), os Parques Nacionais da Serra da Canastra e da Serra do Cipó (MG), o Parque Nacional de Caparaó (divisa entre MG e ES) e a Floresta Nacional de Ipanema (SP), nos termos do Decreto n. 10.958, de 07.02.2022<sup>74</sup>.

A Caixa Econômica Federal (CEF), o Banco do Brasil S.A. (BB) e a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás), também foram objeto de ações de desinvestimento, com alienações da participação acionária em algumas de suas subsidiárias, controladas e coligadas, integrantes dos respectivos conglomerados, envolvendo a venda de ativos supostamente não estratégicos.

---

<sup>72</sup> São elas: Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A. – ABGF (Decreto n. 10.007, de 05.09.2019); Empresa Gestora de Ativos S.A. – Emgea (Decreto n. 10.008, de 05.09.2019); Casa da Moeda do Brasil (Decreto n. 10.054, de 14.10.2019); Companhia Docas do Espírito Santo - CODESA (Decreto nº 9.852, de 25.06.2019); Companhia de Entrepostos e Armazéns Gerais de São Paulo – Ceagesp (Decreto nº 10.045, de 04.10.2019); Nuclebrás Equipamentos Pesados S.A. – NUCLEP (Decreto n. 10.322); Centro de Excelência em Tecnologia Eletrônica Avançada S.A. – Ceitec (Decretos n. 10.065, de 14.10.2019 e n. 10.297/2020); Serviço Federal de Processamento de Dados - SERPRO (Decreto n. 10.206, de 22.01.2020); Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência - DATAPREV (Decreto n. 10.199, de 15.01.2020); Empresa Brasil de Comunicações – EBC (Decreto n. 10.354, de 20.05.2020 e Decreto n. 10.669, de 08.04.2021); Telecomunicações Brasileiras S.A. - Telebrás (Decreto n. 10.067, de 15.10.2019); Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - Correios (Decretos n. 10.066, de 15.10.2019 e n. 10.674, de 13.04.2021 e PL 591/2021, art. 23); Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – Eletrobrás (Decretos n. 9.351, de 19.04.2018, n. 9.375, de 15.05.2018 e n. 10.670, de 08.04.2021, PLs n. 9.463/2018 e n. 5.877, 05.11.2019, MPs nº 814, de 28.12.2017 e nº 1.031, de 23.02.2021, convertida na Lei nº 14.182, de 12.07.2021).

<sup>73</sup> Disponível em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/desestatizacao>>. Acesso em: 27.03.2021.

<sup>74</sup> TESOURO NACIONAL. Boletim das Participações Societárias da União - 2020. O Tesouro Nacional como Acionista. Dez/2021. Disponível em: <[https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/boletim-das-participacoes-societarias-da-uniao/2020/114?ano\\_selecionado=2020](https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/boletim-das-participacoes-societarias-da-uniao/2020/114?ano_selecionado=2020)>. Acesso em: 21.02.2022.

Na Petrobrás foram alienadas ações da Transportadora Associada de Gás S.A. (TAG) e da Araucária Nitrogenados (ANSA), subsidiárias integrais da companhia. Na CEF, houve a alienação da participação nas ações da IRB-Brasil Resseguros S.A. (IRB Brasil RE), corresponde a 8,9%, além da venda da Loteria Instantânea Exclusiva- Lotex (a popular “raspadinha”).

No Banco do Brasil, em junho de 2019, foi promovida a alienação integral das ações emitidas pela Neoenergia S.A. detidas pelo BB-Banco de Investimento S.A. (“BB-BI”), subsidiária integral do BB, correspondente a 113.430.487 ações, equivalente a participação de 9,35% no capital social da Neoenergia S.A.<sup>75</sup>. Além da dissolução e liquidação da BB Turismo (BBTur), sociedade controlada indiretamente pelo BB por meio de sua subsidiária integral, BB Cayman Islands Holding. E em julho de 2019 a BB Seguros Participações S.A. (“BB Seguros”), subsidiária integral da BB Seguridade Participações S.A. (“BB Seguridade”), empresa controlada do BB (66,25% de ON) alienou a totalidade das ações ordinárias, nominativas, escriturais e sem valor nominal, de emissão do IRB-Brasil Resseguros S.A., correspondente à quantia de 47.520.213 ações, equivalente a 15,23% de participação no capital social do IRB. Em agosto de 2017 já haviam sido alienadas outras 16.206.387 ações ordinárias de titularidade da BB Seguros<sup>76</sup>.

Esse cenário comprova que a natureza da intervenção do Estado na economia observa um processo permanente de expansão e retração que varia de acordo com os interesses e necessidades do mercado, com o desempenho da economia, com o tamanho do déficit público e acima de tudo, com o viés mais liberal ou mais social daqueles que se encontram momentaneamente no poder.

Trata-se de um movimento periódico de alternância da posição do Estado em relação à economia como se fosse uma verdadeira dança do pêndulo entre extremos em busca de equilíbrio conforme identificado por Luiz Carlos Bresser Pereira<sup>77</sup> e Caio Tácito<sup>78</sup> em que a intervenção estatal se expande e se contrai ciclicamente conforme determinadas variáveis.

---

<sup>75</sup> Banco do Brasil. Relações com Investidores. Formulário de referência 2020, ano base 2019, p. 375-376. Disponível em: <<https://ri.bb.com.br/publicacoes-e-comunicados/formularios-de-referencia/>>. Acesso em: 14.02.2022.

<sup>76</sup> Demonstrações Contábeis Individuais e Consolidadas – Exercício 2019 BB Seguridade Participações S.A. Disponível em: <<https://www.bbseguridaderi.com.br/informacoes-ao-mercado/central-de-resultados/>>. Acesso em: 14.02.2022.

<sup>77</sup> PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. O caráter cíclico da intervenção estatal. Revista de Economia Política, v. 9, n.3, jul-set. 1989.

<sup>78</sup> TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. Revista Forense, ano 92, v. 334, p. 18, abr.-jun. 1996.

Essa alternância entre uma maior e uma menor atuação do Estado da economia tem por objeto a obtenção de um equilíbrio na relação com o mercado e que irá variar no curso da história de acordo com o caráter cíclico e em permanente transformação da intervenção estatal, conforme recorda Alexandre Santos de Aragão<sup>79</sup>:

O processo de expansão e contração da atuação estatal na economia acontece de maneira pendular ou cíclica, e a cada novo ciclo a forma de atuação do Estado, direta ou indireta, se modifica. Isso acontece porque o crescimento econômico não é necessariamente equilibrado e o aumento da presença do Estado pode gerar disfuncionalidades e retração do desenvolvimento econômico. No momento em que o excesso de intervenção estatal começa a gerar consequências demasiadamente nocivas ao crescimento econômico, há uma tendência de reversão do pêndulo, ou seja, de contração da atuação direta do Estado na economia.

Geralmente a criação de estatais está associada a importantes mudanças na organização das atividades produtivas desempenhando papel de relevância para garantia da estabilidade geral do ambiente macroeconômico e implementação de estratégias de desenvolvimento geradoras de emprego e renda.

Veja-se, por exemplo o caso da indústria automobilística Volkswagen, fundada em 1937 pelo governo alemão para produzir o Volkswagen Fusca (carro popular) e que atualmente conta com participação estatal de apenas 20%. Ainda no ramo automobilístico pode ser citado o exemplo da França, detentora de participação na Renault (15%) e na Peugeot Citroen (13%), além da indústria aérea (Airbus - 11%)<sup>80</sup>.

Nas oscilações desse ciclo pode-se observar uma tendência maior a saída do Estado do cenário econômico quando verificadas algumas das seguintes situações, conjunta ou isoladamente: (i) a descrença na eficiência<sup>81</sup> das estatais, vistas por alguns como fontes de desperdício de recursos públicos, principalmente sob influência de concepções liberais; (ii) o

---

<sup>79</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais. O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 47.

<sup>80</sup> OCTAVIANI, Alessandro & NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 22.

<sup>81</sup> Vide as precárias condições de saneamento básico enfrentadas por muitas regiões do país, que não possuem acesso a água potável nem a tratamento de esgoto, cujos serviços são prestados na sua maioria (95%) por empresas estatais. Segundo dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), divulgados em 2017 e referentes a 2015, apenas 50,3% dos brasileiros têm acesso à coleta de esgoto, fazendo com que mais de 100 milhões de pessoas usem medidas alternativas - fossas e despejo em rios - para lidar com os dejetos. Na região Norte, somente 49% da população é atendida por abastecimento de água, e apenas 7,4%, por esgoto. O pior estado é o Amapá, com 34% e 3,8% respectivamente. Mas a situação não fica restrita apenas as regiões mais remotas e pobres do país, mas a grandes e importantes centros urbanos, como se viu recentemente na cidade do Rio de Janeiro (sob responsabilidade da CEDAE) onde em pleno pico da pandemia as comunidades precisam conviver com constantes desabastecimentos de água, justamente quando ela se mostrava elemento imprescindível para higienização e combate ao Coronavírus. Fonte: Quem são os proprietários do saneamento no Brasil? Disponível em: <<https://br.boell.org/pt-br/2018/06/25/quem-sao-os-proprietarios-do-saneamento-no-brasil>>. Acesso em: 02.06.2022.

não atingimento dos objetivos sociais e econômicos ou o exaurimento do interesse público que fundamentou a criação da estatal; (iii) a ausência de finalidade lucrativa aliada aos elevados custos de manutenção com servidores e com a estrutura administrativa; (iv) o sucateamento da estatal, devido à falta de condições do Estado em prestar aporte financeiro em pesquisa e desenvolvimento para acompanhar as evoluções tecnológicas do mercado<sup>82</sup>; (v) a utilização indevida das estatais para fins políticos e interesses particulares, agravada pelo crescimento da corrupção que, aliás, não distingue partidos de situação ou oposição, de direita ou de esquerda, como se pode verificar nos casos da Telebrás, no governo Fernando Henrique Cardoso e da Petrobrás, no governo Lula, favorecidos pela má administração, interferência política e falta ou deficiência de fiscalização<sup>83</sup>.

Doutro lado, haverá um direcionamento para uma atuação mais efetiva do Estado na atividade econômica quando (i) houver necessidade de participação do Estado na economia como agente do mercado; (ii) for necessária a atuação das estatais como instrumentos do Estado para assegurar a soberania econômica, a democracia e a igualdade com outros Estados estrangeiros, evitando subjugação econômica e dependência a outros países, principalmente em razão da precariedade e baixa capacidade (econômica e técnica), além da falta de interesse do empresariado privado nacional; (iii) for imperiosa a atuação do Estado diretamente nas áreas em que não há interesse da iniciativa privada ou nos quais essa atuação não é suficiente para atender as demandas da população, incluindo a promoção dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e que não são possíveis de se obter apenas com a atuação do Estado por meio da mera regulação, sendo inevitável a intervenção direta na atividade econômica<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> A necessidade em acompanhar as inovações tecnológicas, principalmente da indústria de microeletrônicos e de softwares, aliado a impossibilidade do Estado em aplicar investimentos no setor, notadamente em decorrência da situação macroeconômica do país na década de 1980, com alta da inflação e elevação do déficit público, levou o Brasil a privatização das estatais do setor de telecomunicação, com destaque para as empresas da holding Telebrás, ocorrido em 1997. O modelo de monopólio estatal até então vigente não estava sendo capaz de atender a demanda reprimida por linhas telefônicas, sujeitando a população a longas esperas, além de tornar o serviço extremamente oneroso para o consumidor, em sentido totalmente oposto ao papel esperado das estatais, notadamente da Telebrás, que era justamente de oferecer linhas telefônicas a preços módicos. Sem recursos para a realização dos investimentos necessários à ampliação e modernização das telecomunicações não coube ao Estado outra opção a não ser promover a reestruturação do setor propiciando a abertura do capital, inclusive para investidores estrangeiros. COSTA, Wilson Aparecido da. Privatização e reestruturação das telecomunicações no Brasil e seus impactos sobre a criação e destruição do emprego. Ribeirão Preto: USP, 2008. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/96/96131/tde-29012009-110531/publico/WilsonAparecidoCosta.pdf>>. Acesso em: 01.07.2022.

<sup>83</sup> TAVARES, André Ramos O Direito Administrativo no Estado mínimo. In CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Coord.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Atlas, 2011, p. 81-98.

<sup>84</sup> FIDALGO, Carolina Barros. O Estado Empresário: Das Sociedades Estatais às Sociedades Privadas com Participação Minoritária do Estado. São Paulo: Almedina, 2017.

Agregam-se a essas questões a desilusão com alguns resultados das privatizações, como por exemplo se pode perceber na área de telefonia e comunicações, cuja deficiência do serviço salta aos olhos neste momento da pandemia do Covid 19, onde se evidenciou um problema a muito existente: que grande parte da população brasileira ainda não possui acesso a rede de internet de qualidade e nos locais onde existe, o serviço está muito aquém do necessário, principalmente agora para suportar o novo estilo de vida que foi infligido à população, que de uma hora para outra se viu reclusa ao trabalho e à educação em sistema *home office*<sup>85</sup>.

Nessa alternância entre a concepção liberal, calcada no ideal do Estado mínimo, e a social, que defende a plena intervenção estatal, Bresser-Pereira aponta para uma nova direção. Segundo o autor, a concepção do Estado moderno prevalente no século XXI seria de um Estado regulador e ao mesmo tempo financiador das atividades que o setor privado não conseguir realizar<sup>86</sup>. Com base nessa concepção, o autor propõe a substituição da administração pública burocrática por uma administração pública gerencial caracterizada por formas modernas de gestão pública, modificando os critérios de aplicação do controle dos serviços públicos, as relações estabelecidas entre o Poder Público e seus servidores e alterando, também, a própria atuação da administração. De todo modo, ainda que com um viés mais fiscalizador e regulador, não haveria como afastar a participação ativa do Estado do cenário econômico<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Conforme pesquisas realizadas no ano de 2020, durante a pandemia da Covid 19, sobre os desafios da educação à distância (EaD), constatou-se que aproximadamente 46 milhões de brasileiros não tinham acesso à internet e que uma a cada cinco pessoas só tinha internet porque compartilhava a rede do vizinho. A principal razão apontada seria o custo do serviço associado a falta de acesso a celulares, computadores e tablets. Fonte: Brasil de fato. Quem são as pessoas que não têm acesso à internet no Brasil. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2020/08/10/quem-sao-as-pessoas-que-nao-tem-acesso-a-internet-no-brasil>>. Acesso em: 02.06.2022.

<sup>86</sup> De acordo com o autor; “No outro extremo, no setor de bens e serviços para o mercado, a produção deverá ser em princípio realizada pelo setor privado. Daí o programa de privatização em curso. Pressupõe-se que as empresas serão mais eficientes se controladas pelo mercado e administradas privadamente. Daí deriva o princípio da subsidiariedade: só deve ser estatal a atividade que não puder ser controlada pelo mercado. Além disso, a crise fiscal do Estado retirou-lhe capacidade de realizar poupança forçada e investir nas empresas estatais, tornando-se aconselhável privatizá-las. Esta política está de acordo com a concepção de que o Estado moderno, que prevalecerá no século XXI, não será nem o Estado liberal, que se aproxima do mínimo, do século XIX, nem o Estado executor do século XX: deverá ser um Estado regulador e transferidor de recursos, que garante o financiamento a fundo perdido das atividades que o mercado não tem condições de realizar”. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma da administração pública (Cap. 16). In Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil. São Paulo, Editora 34, 1996: 269-294. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/96.ReformaDaAdministracaoPublica.pdf>>. Acesso em: 30.06.2022.

<sup>87</sup> A inviabilidade da pretensão neoliberal de um Estado mínimo, segundo Bresser-Pereira, parece ser um consenso diante da necessidade crescente da ação reguladora, corretora e estimuladora do Estado, inclusive em atividades empresariais de produção de bens e serviços para o mercado, setor de atuação das empresas estatais, embora em caráter subsidiário da iniciativa privada. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma gerencial do Estado de 1995. Rio de Janeiro: Revista de Administração Pública (RAP), v. 34, n. 4, Jul./Ago.2000, p. 7-26.

Apesar do intenso movimento de privatização empreendido nos últimos anos, o Brasil, no atual momento, contabiliza 158 empresas estatais federais em atividade, atuando em importantes setores na produção de bens ou serviços como os de petróleo e derivados, energia elétrica, transportes, incluindo o setor financeiro com bancos comerciais e de fomento, conforme dados do Boletim das Empresas Estatais Federais. Dessas empresas, 46 estão sob controle direto da União e 112 estão sob seu controle indireto (subsidiárias e controladas de empresas públicas e sociedades de economia mista), assim distribuídas: Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás (51); Banco do Brasil S.A. - BB (25); Centrais Elétricas Brasileiras – Eletrobrás (22); Caixa Econômica Federal – CEF (12) e Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES (2)<sup>88</sup>.

De registrar que a China, em 2017, possuía aproximadamente 150.000 (cento e cinquenta mil) empresas estatais, das quais 55.000 (cinquenta e cinco mil), ou 33%, diretamente subordinadas ao Governo Central, atuando em todos os setores da economia, do turismo, da infraestrutura, da biotecnologia e do setor bancário.

O fenômeno não é limitado aos países socialistas, marcado pelo controle dos meios de produção pelo Estado, onde a atuação estatal absorve quase todas as atividades econômicas, mas presente também em países como os Estados Unidos que apesar do seu tradicional liberalismo econômico apresenta uma forte atuação empresarial.

Com efeito, apesar da retórica liberal e antiestatal, os EUA adotam as empresas estatais de longa data, podendo ser mencionadas as criações do Bank of America (1781) e do First National Bank of the United States (1791) como exemplos das primeiras sociedades de economia mista com participação do governo americano. Nos Estados Unidos existia em 1990, aproximadamente 6.937 empresas estatais (das quais 45 constituídas pelo Governo Federal), atuando nos setores de crédito, hipotecas, prisional, seguro, habitação, infraestrutura (rodovias, vias fluviais, construção de canais), energia e serviço postal.

---

<sup>88</sup> Fonte: Boletim das Empresas Estatais Federais [recurso eletrônico] / Ministério da Economia, Secretaria Especial de Desestatização, Desinvestimento e Mercados, Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais. Vol. 19 (set.2021). Brasília: Sest/ME, 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins/boletim-das-empresas-estatais-federais/arquivos/boletim-das-empresas-estatais-federais-19a-edicao>>. Acesso em: 10.02.2022.

O mesmo fenômeno se verifica em outros países do continente americanos (Canadá, Chile e Bolívia), assim como da Ásia (Japão, Coreia do Sul, Vietnã) e Europa (Alemanha e França)<sup>89</sup>.

Portanto, comparado com a forma de atuação de outros países em suas respectivas economias, o número de estatais no Brasil está longe de caracterizar excesso de participação do Estado Brasileiro na economia.

A despeito da corrupção e de casos isolados de superfaturamentos em empresas estatais, algumas impropriedades podem ser lançadas e utilizadas para criar falsos mitos na tentativa de justificar a ampla liquidação das estatais, inclusive a preços aquém do devido, disseminando ideologias como a falta de importância, a desonestidade, a desatualização e até mesmo a ineficiência dessas estatais para convencimento da opinião pública quanto a correção da decisão de estatização.

Além do mais, das empresas estatais sob controle direto da União, apenas 18<sup>90</sup> são dependentes de subvenção econômica do Tesouro Nacional, ou seja, necessitam da injeção de recursos financeiros do ente controlador, no caso da União, com repasse de verbas orçamentárias oriundas do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social para cobertura de despesas com pessoal e custeio de suas atividades em geral ou de capital (art. 2º, inc. III, da Lei de

---

<sup>89</sup> Canadá: aproximadamente 100 estatais, com atuação em setores como defesa, finanças, portos, mídia, transportes, mineração, energia nuclear, pesquisa e desenvolvimento tecnológico; Alemanha: 15.707 estatais, distribuídas em municipais (88%), estaduais (10%) e federal (2%), posição de 2014, com atuação nos setores de saneamento, saúde, transporte e energia; França: 81 estatais controladas diretamente, posição em 2018, atuando em setores como agricultura, fabricação de equipamentos elétricos e de material de transportes, automobilístico, aeroportuário, comunicação e informação, financeiro, biotecnologia, satélites, telecomunicações, loteria, energia, energia nuclear, transporte aéreo, ferroviário e aeroespacial; Japão: 400 estatais, posição de 2016, em setores como seguros, logística, correios, ferroviário e tabaco; Coreia do Sul: 300 estatais, posição de 2018, atuando em setores de energia, imobiliário e infraestrutura (estradas e ferrovias); Vietnã: 781 empresas estatais em que o Estado é o único sócio e 2.000 em que o Estado é controlador, atuando em setores como distribuição de energia, administração aeroportuária, mineração, produção de químicos básicos e telecomunicações; Chile: 34 estatais, atuando em setores como portos, mídia, defesa, abastecimento de água, P&D, transportes, exploração de minérios, exploração agrícola, comunicações e entrega postal; Bolívia: 30 estatais, com atuação nos setores de hidrocarbonetos, minérios, energia, telecomunicações, transportes, produção do setor primário (sementes, laticínios, apicultura), fertilizantes e abastecimento). OCTAVIANI, Alessandro & NOHARA, Irene Patrícia. Estatais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 25-56.

<sup>90</sup> Dentre as estatais dependentes encontram-se empresas de diversos setores, destacando transporte ferroviário (Valec, CBTU e Trensurb), indústrias em áreas especiais (Ceitec, Nuclep, Imbel e INB), saúde (EBSERH, HCPA e GHC), pesquisa, implantação e gestão de projetos e desenvolvimento (Amazul, CPRM, EPL, EPE, Embrapa e Codevasf), abastecimento (CONAB) e comunicações (EBC e Telebrás). Envolvem apenas empresas públicas, considerando que as três sociedades de economia mista então existentes (CBTU, Trensurb e HNSC/GHC) foram transformadas em empresas públicas. Nesse grupo de empresas dependentes estão consideradas as Indústrias Nucleares do Brasil S.A. (INB) e a Nuclebrás Equipamentos Pesados S.A. (Nuclep). Contudo, nestes dois casos, o controle acionário da União é indireto, exercido por intermédio da Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN).

Responsabilidade Fiscal - Lei Complementar nº 101, de 04.05.2000 e Portaria nº 589, de 27.12.2001 da Secretaria do Tesouro Nacional)<sup>91</sup>.

As demais empresas estatais (28) além de não serem dependentes do orçamento da União, ou seja, de não dependerem de aportes financeiros do controlador, sendo capazes de gerar receitas para bancar suas próprias despesas<sup>92</sup>, são altamente rentáveis, gerando lucros que são revertidos à União na forma de dividendos que podem ser direcionados pelo Tesouro Nacional para o investimento em políticas públicas, favorecendo inúmeras parcelas da população brasileira.

Importante registrar ainda a contribuição das estatais para o mercado, como o salto tecnológico do agronegócio, derivado diretamente das pesquisas promovidas pela Embrapa, possibilitando a expansão para o centro-oeste brasileiro; a descoberta de petróleo em águas profundas, a partir de tecnologia desenvolvida pela Petrobrás; e, as políticas de defesa contra a crise financeira mundial de 2008, instrumentalizadas pelo sistema bancário público, notadamente o BNDES, a Caixa Econômica Federal e o Banco do Brasil S.A., cujas atividades financiadas fomentam a geração de emprego e renda aquecendo a economia nacional, constituindo importantes instrumentos para o cumprimento das metas sociais do Governo como o financiamento habitacional e agrícola, além de levar a bancarização para diversos recantos do país, incluindo áreas carentes e desassistidas pelas quais o setor privado não tem interesse, encurtando assim a desigualdade regional e social<sup>93</sup>.

O valor das participações da União nas 46 empresas com controle direto está estimado em R\$ 398 bilhões, segundo demonstrações financeiras de 2020, sendo que os conglomerados das cinco principais estatais federais - Banco do Brasil, BNDES, Caixa, Eletrobrás e Petrobrás

---

<sup>91</sup> A Lei Complementar nº 101, de 04.05.2000, que trata da responsabilidade na gestão fiscal, define empresa estatal dependente em seu art. 2º, inc. III, como sendo a “empresa controlada que receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária”.

<sup>92</sup> As empresas estatais não dependentes, por possuírem nível mais elevado de autonomia administrativa, orçamentária e financeira, não recebem subvenção estatal não se vinculando ao orçamento público. Sua movimentação financeira ocorre à margem do orçamento público.

<sup>93</sup> O Banco do Brasil, por exemplo, está presente em 99,3% dos municípios brasileiros, com rede de atendimento que alcança 64.056 unidades, incluindo 4.716 agências, com quadro de 87.109 funcionários (posição 2021). As operações conduzidas pelo Banco propiciam crédito e investimento à população em diversos segmentos, sobretudo na agricultura familiar, onde é responsável por financiar de 57% a 60% do total do segmento agro, peça fundamental para a economia nacional eis que aproximadamente 25% da riqueza do País é produzida pelo agronegócio, colocando o Brasil dentre os grandes exportadores de alimentos do mundo.

- representam juntos cerca de 89% dos Ativos Totais e do Patrimônio Líquido das empresas estatais federais<sup>94</sup>.

O lucro dessas empresas nos anos de 2019 e 2020 foi respectivamente: Petrobrás (R\$ 40,1 e R\$7,1 bilhões); Caixa (R\$18,6 bilhões e R\$12,6 bilhões); BB (R\$17,9 bilhões e R\$12,5 bilhões); Eletrobrás (R\$10,7 bilhões e R\$6,3 bilhões) e BNDES (R\$17,7 bilhões e R\$ 20 bilhões), sendo o resultado de 2020 influenciado pela venda de ativos.

O resultado líquido acumulado dos grupos Eletrobrás, Petrobrás, Banco do Brasil, Caixa e BNDES, ao final do 3º trimestre de 2021, somou R\$ 135,4 bilhões, correspondendo a mais de 95% do resultado de todas as estatais federais, conforme dados do Boletim das Empresas Estatais Federais<sup>95</sup>.

Historicamente, as empresas do setor financeiro são as maiores pagadoras de dividendos e juros sobre o capital próprio à União, principalmente BNDES, Caixa e Banco do Brasil, seguidas pela Petrobrás. Em geral, o BB, o BNDES, a Caixa e a Petrobrás são responsáveis por mais de 90% da receita de dividendos arrecadada (95% em 2018 e 92% em 2019)<sup>96</sup>.

Logo, a partir da observação desse cenário cíclico que norteia a participação do Estado na economia e dos benefícios diretos e indiretos trazidos por muitas estatais, não há como imaginar o mercado brasileiro sem a participação de empresas estatais.

Portanto, os principais argumentos utilizados pelo Governo Federal para embasar o movimento de desestatização (excesso de estatais e gastos de manutenção) não se sustentam, principalmente considerando as estatais não dependentes. Inclusive, no que diz respeito aos custos operacionais para manutenção das estatais, notadamente no que se refere aos salários pagos aos executivos, de acordo com pesquisa da Comissão de Valores Mobiliários (CVM)<sup>97</sup>,

---

<sup>94</sup> TESOURO NACIONAL. Boletim das Participações Societárias da União. O Tesouro Nacional como Acionista. 2020. Dezembro/2021, pág. 9 e 19. Disponível em: <[https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/boletim-das-participacoes-societarias-da-uniao/2020/114?ano\\_selecionado=2020](https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/boletim-das-participacoes-societarias-da-uniao/2020/114?ano_selecionado=2020)>. Acesso em 19.03.2022.

<sup>95</sup> BRASIL. MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Boletim das Empresas Estatais Federais [recurso eletrônico]/Ministério da Economia, Secretaria Especial de Desestatização, Desinvestimento e Mercados, Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais. Vol. 19 (set.2021). Brasília: Sest/ME, 2022, pág. 4. Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins/boletim-das-empresas-estatais-federais/arquivos/boletim-das-empresas-estatais-federais-19a-edicao>>. Acesso em: 27.01.2022.

<sup>96</sup> TESOURO NACIONAL. Boletim das Participações Societárias da União – 2018 e 2019. O Tesouro Nacional como Acionista. Disponível em: <[https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/boletim-das-participacoes-societarias-da-uniao/2018/114?ano\\_selecionado=2018](https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/boletim-das-participacoes-societarias-da-uniao/2018/114?ano_selecionado=2018)> e <[https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/boletim-das-participacoes-societarias-da-uniao/2019/114?ano\\_selecionado=2019](https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/boletim-das-participacoes-societarias-da-uniao/2019/114?ano_selecionado=2019)>. Acesso em: 21.02.2022.

<sup>97</sup> Entre salários e bônus, a pesquisa aponta os seguintes valores anuais percebidos pelos diretores-presidentes das quinze maiores empresas do país: Itaú Unibanco (R\$ 52.060.000,00); Bolsa de Valores B3 (R\$ 51.250.578,90);

os salários pagos aos Presidentes da Petrobrás, Banco do Brasil e Eletrobrás, no ano de 2019, foram muito menores se comparados com os de executivos de outras grandes empresas do país.

Entretanto, excetuado o BNDES, todas essas empresas estão sendo objeto de ações de desinvestimento e desestatização, apesar de serem empresas não dependentes, de apresentarem resultados favoráveis ano a ano e de atenderem ao interesse público, tanto diretamente no cumprimento do papel que lhes foi incumbido pelo Legislativo em atenção ao que determina o art. 173 da CF, quanto indireto, na distribuição de dividendos para os cofres do Tesouro cujos recursos podem ser destinados ao desenvolvimento de projetos sociais em benefício da população.

Esse conjunto de fatores torna clara a pretensão do governo federal em tentar fazer prevalecer o interesse patrimonial do Estado (interesse público secundário) em detrimento do interesse coletivo que demandou a criação das estatais (interesse público primário), utilizando-se de ativos que pertencem ao patrimônio público para equilibrar o rombo financeiro do Tesouro, decorrente, em grande parte, da própria administração deficiente do Estado.

Além do mais, as privatizações nem sempre representam a melhor solução para atender aos interesses públicos<sup>98</sup>. Conforme mencionado, a crise da Covid 19 revelou que a grande

---

Santander (R\$ 43.068.683,26); Bradesco (R\$ 30.659.720,00); Lojas Americanas (R\$ 19.402.611,00); Suzano Papel e Celulose (R\$ 16.048.947,94); Vale (R\$ 15.102.649,02); Ambev (R\$ 14.170.295,57); Magazine Luiza (R\$ 8.926.346,96); CPFL Energia (R\$ 8.484.000,00); Via Varejo (R\$ 5.573.204,34); TIM Brasil (R\$ 4.305.525,00); Petrobrás (R\$ 2.345.948,12); Banco do Brasil (R\$ 1.810.828,37); Eletrobrás (R\$ 1.029.791,51). Disponível em: <<https://exame.com/carreira/o-salario-e-baixo-no-bb-veja-os-salarios-de-presidentes-de-empresas/>>. Acesso em: 31.07.2020.

<sup>98</sup> Em estudo realizado para analisar a questão da concessão dos serviços públicos de atenção primária a saúde da cidade de São Paulo, ocorrido na década de 1990, Felipe Gonçalves Corneau relata que a eleição de Fernando Collor de Melo em 1989, com agressiva retórica neoliberal propiciou as classes proprietárias as ferramentas para que assumissem com maior segurança o controle econômico e político do país impulsionando as privatizações que se seguiram nos governos de Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso, com o objetivo de “diminuir o tamanho do Estado”. Com base nesse projeto deveria ser mantido com o Estado apenas aquilo que fosse absolutamente essencial (polícia, justiça e defesa externa) deixado todo o resto a cargo da iniciativa privada. Haveria assim a descentralização para o setor público não estatal (organizações sociais, entidades de direito privado) da execução de serviços que não envolvessem o exercício do poder de Estado mas que deveriam ser subsidiados pelo Estado, como no caso dos serviços de educação, saúde, cultura e pesquisa científica, o que incluía a redução de gastos com políticas sociais, inclusive em áreas sensíveis como a saúde, surgindo a possibilidade de delegação (terceirização) da gestão da prestação dos serviços públicos de saúde a iniciativa privada. As reformas deveriam garantir o livre fluxo de capitais, colocando a remuneração do capital portador de juros como prioridade absoluta. Havia a promessa dessa reforma viabilizar a consecução dos direitos sociais, como a garantia de assistência à saúde para todos os cidadãos, pois, por meio da descentralização desses serviços para a iniciativa privada haveria um aumento na capacidade de prestação desses serviços com maior eficiência, o que, entretanto, não se conseguiu aferir no caso dos serviços públicos de atenção primária a saúde da cidade de São Paulo, não havendo evidências de que a adoção do modelo de gestão gerencialista tenha representado melhora dos serviços públicos, ao contrário, segundo Corneau, percebe-se um serviço marcado por escassez e descaso, demonstrando assim a prevalência dos interesses particulares das classes proprietárias neoliberalistas. CORNEAU, Felipe Gonçalves. A privatização da atenção primária à saúde do município de São Paulo no contexto do capitalismo financeirizado: uma discussão crítica. São

maioria da população brasileira ainda não possui acesso a um serviço eficiente de telefonia com rede de internet de qualidade, apesar das privatizações que marcaram o setor de comunicações na década de 90; assim como a privatização da Vale S.A. não foi capaz de evitar as tragédias envolvendo as barragens de Mariana-MG (2015) e Brumadinho-MG (2019), ambas de responsabilidade da mineradora Samarco Mineração S.A., subsidiária da Vale.

## **CAPÍTULO II – AS EMPRESAS ESTATAIS BRASILEIRAS: EMPRESAS PÚBLICAS, SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA, SUBSIDIÁRIAS E CONTROLADAS**

A Constituição Federal de 1988, embora se refira às empresas estatais em diversas passagens, não se ocupou de sua precisa definição. A elas se refere apenas indiretamente como, por exemplo, ao tratar das empresas com as quais a União poderá contratar as atividades petrolíferas (art. 177, § 1º<sup>99</sup>) ou então ao prescrever que a lei orçamentária anual também compreenderá o orçamento de investimento “das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto” (art. 165, § 5º, II).

A primeira noção da expressão “empresa estatal” foi introduzida em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 84.128, de 29.10.1979<sup>100</sup>, que dispunha sobre o controle de recursos e dispêndios de empresas estatais<sup>101</sup>. Isto porque o Decreto-lei nº 200, de 25.02.1967, que disciplina a organização da Administração Federal, apesar de conceituar a empresa pública e a sociedade de economia mista, não trouxe qualquer formulação para conceituar as empresas estatais.

Nos termos da lei civil, empresa é definida como uma atividade econômica organizada com a finalidade de fazer circular ou produzir bens ou serviços (art. 966, CC). Assim, pode-se inferir que a atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços com finalidade pública configuraria a empresa estatal<sup>102</sup>.

As empresas estatais são entidades que desempenham função social e econômica de relevante interesse público. São pessoas constituídas sob a égide do direito privado, mas

---

<sup>99</sup> CF, art. 177, § 1º: A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.

<sup>100</sup> Revogado pelo Decreto nº 99.606 de 13.10.1990.

<sup>101</sup> Embora com uma conotação mais ampla, considerando estatais não apenas as empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e todas as demais empresas controladas, direta ou indiretamente, pela União, mas também as autarquias e fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, os órgãos autônomos da Administração direta (DL 200/67, art. 172) e, por equiparação, as entidades e organizações de direito privado, que recebessem contribuições parafiscais ou transferências do Orçamento da União e prestassem serviços de interesse público ou social, conforme previsto no art. 2º, e parágrafo único.

<sup>102</sup> Aliás, as primeiras empresas estatais de que se tem notícia foram criadas entre o final do século XVI e início do século XVII, na Inglaterra e na Holanda e revestiram forma que hoje designam as sociedades de economia mista com a conjugação de capitais públicos e privados. A Companhia das Índias Orientais, fundada em 1602, é tida como o primeiro exemplo de companhia de capital misto no mundo. Seguidas das demais companhias que se seguiram para a expansão marítima europeia, notadamente com o objetivo de controlar o comércio com as colônias na América e África (compra e venda de matérias-primas).

investidas de um múnus público, ou conforme preferem alguns doutrinadores, a forma é privada, mas a sua essência e substrato são públicos<sup>103</sup>.

De acordo com o conceito formulado por Vitor Rhein Schirato, consideram-se estatais as “empresas que são, direta ou indiretamente, controladas pelo Estado e executam alguma atividade que o Direito haja atribuído ao Poder Público, com personalidade jurídica de direito privado”<sup>104</sup>.

As empresas estatais destinam-se à intervenção do Estado no domínio econômico, incluindo a prestação de serviços públicos. O Estado, nas economias capitalistas, se vale dessas empresas para possibilitar a execução de atividades de seu interesse com maior flexibilidade, sem os empecilhos dos procedimentos burocratizados, indissociáveis das pessoas jurídicas de direito público, a exemplo da sujeição à licitação nos termos da Lei 8.666/90 (atualmente Lei nº 14.133, de 01.04.2021), notadamente na sua atuação empresarial, ou seja, no exercício de atividades econômicas em sentido estrito, embora seja possível também a utilização das estatais para a prestação das demais atividades exercidas pelo Estado em sentido amplo (monopólios e serviços públicos).

O critério distintivo para estabelecimento do regime jurídico aplicável às empresas estatais leva em consideração a natureza da atividade que desempenham. As estatais com atuação voltada à exploração de atividades econômicas de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, regidas pelo art. 173, da CF, submetem-se a um regime jurídico mais próximo da iniciativa privada ao passo que as prestadoras de serviços públicos, de que trata o art. 175, da CF, sujeitam-se a um regime jurídico mais próximo do direito público<sup>105</sup>. Essa maior flexibilidade em relação às atividades econômicas em sentido estrito se justifica em razão da lógica econômica em que essas empresas operam e que demandam uma atuação estatal mais célere para poder competir com os agentes privados.

Trata-se, pois, de uma figura híbrida, regida pelo regime jurídico de direito privado, mas com as derrogações do direito público em que o Direito Administrativo toma, por empréstimo do Direito Empresarial, o modelo orgânico das sociedades empresárias, notadamente o da sociedade por ações, para utilização de mecanismos mais flexíveis de atuação

---

<sup>103</sup> BEMQUERER, Marcos. O Regime Jurídico Das Empresas Estatais Após a Emenda Constitucional Nº 19/1998. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

<sup>104</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. As empresas estatais no Direito Administrativo Econômico atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 46.

<sup>105</sup> MENDES, Gilmar. Aspectos constitucionais do regime jurídico das empresas estatais. In NORONHA, João Otávio de. FRAZÃO, Ana. MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). Estatuto Jurídico das Estatais. Análise da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 29.

administrativa, recepcionando tanto instituições de Direito Empresarial, quanto Civil e Trabalhista.

Esse regime jurídico híbrido (público-privado) é de natureza peculiar sendo cogitado como uma espécie de terceiro regime por reunir aspectos tanto do Direito Privado quanto do Direito Público. Isso porque apesar do revestimento jurídico das estatais ser de direito privado, sua vinculação com o Estado a submete ao cumprimento de normas de direito público. Nesse ponto, se pode afirmar que elas não se sujeitam integralmente nem ao regime de direito privado nem ao de direito público, mas a ambos, sofrendo o influxo tanto de normas de direito privado em alguns setores de sua atuação quanto de normas de direito público em outros<sup>106</sup>.

Pode ser atribuído como resultado da reforma administrativa empreendida pelo Estado no período de 1996 a 1999 e das inovações trazidas pela Emenda Constitucional nº 19/98, que importaram em sensíveis modificações nos dispositivos constitucionais relacionados a essas entidades. Sofreram forte influência da ideologia neoliberal predominante à época, de modo a aproximar ainda mais as estatais exploradoras de atividades econômicas do regime jurídico a que se submetem as empresas particulares.

Portanto, quando no exercício de atividade econômica, predominarão as normas de direito privado (civil, empresarial, trabalhista) para a regulação das relações econômicas de direito privado, considerando a necessidade de imprimir a celeridade necessária como instrumento do Estado empresário. Já nos aspectos relacionados ao controle administrativo e à sua vinculação à pessoa federativa, incidirão as normas de direito público, colocando-se a entidade em situação de submissão diante de órgãos estatais controladores (a exemplo do TCU).

## **2.1. Prestação de atividade econômica em sentido amplo: monopólios, serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito**

---

<sup>106</sup> Na Argentina, de acordo com Agustín Gordillo, também se verifica a existência de um regime jurídico híbrido, notadamente nos chamados “serviços públicos impróprios” assim denominadas as atividades prestadas por certos particulares que por se destinarem a satisfazer uma necessidade pública exigem uma autorização e regulamentação estatal. O regime de direito público estaria associado aquelas atividades prestadas em monopólio, ainda que estabelecido pelo Estado em favor de particulares, por razões de política legislativa. Entretanto, quando atuando em regime de livre concorrência, as empresas estatais teriam uma margem de sua atividade regida pelo direito privado. Conforme destaca o autor: “No toda la actividad realizada directa o indirectamente por la administración con fines de satisfacer una necesidad publica se rige por el derecho público; así las viejas empresas del Estado, cuando actuaban en libre competencia, se regían en varios aspectos por el derecho privado. Las sociedades anonimas con participación estatal mayoritaria y las sociedades del Estado tienen también un margen de actividad regido por el derecho privado”. GORDILLO, Agustín. La defensa del usuario y del administrado. Medellín: Editorial Diké; Cali: Universidad Santiago de Cali, 2021, VI-54/250.

Atualmente, a expressão empresa estatal tem sido empregada pela doutrina e pelo direito positivo brasileiro para designar as empresas controladas pelo Estado que atuam como instrumentos empresariais deste para possibilitar a exploração direta de atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada (CF, art. 173, *c/c* o art. 2º, *caput*, da Lei 13.303/2016), sendo as suas duas principais espécies as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Parte da doutrina sustenta que seriam estatais todas as sociedades exploradoras de atividade econômica em sentido amplo, incluindo-se, portanto, as prestadoras de serviço público, não se limitando somente as que se dedicam à atividade econômica em sentido restrito<sup>107</sup>.

Alexandre Santos de Aragão ressalta não haver impedimento para que atividades econômicas *lato sensu*, possam ser exercidas pelo Estado no âmbito da sua própria Administração Direta ou por pessoas de direito público da sua Administração Indireta, como Autarquias e fundações públicas que exploram atividades econômicas relacionadas ao atendimento de direitos fundamentais como serviços públicos sociais, citando como exemplo a fabricação e comercialização de medicamentos pela Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), no âmbito da União Federal<sup>108</sup>. Mas ressalta o autor que estes seriam instrumentos não empresariais do Estado, em que não há concorrência econômica com a iniciativa privada, não se confundindo, portanto, com as empresas estatais<sup>109</sup>.

A Constituição Federal concebe duas modalidades de empresas estatais no direito brasileiro que se diferenciam quanto ao tipo de atividade prestada e regime jurídico a que se submetem: as que desempenham atividades econômicas de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, com base no art. 173, submetidas ao regime da livre iniciativa próprio das empresas privadas, com as derrogações de direito público realizadas implícita ou explicitamente pela própria Constituição; e, as que desempenham serviços públicos de conteúdo econômico e social, nos termos do art. 175<sup>110</sup> e que se sujeitam ao regime jurídico do direito público dada sua natureza estatal.

---

<sup>107</sup> Sobre a distinção entre empresas estatais que prestam serviço público e empresas estatais que empreendem atividade econômica em sentido estrito vide julgado do STF na ADI 1642 (STF, Pleno, ADI 1642, Rel. Min. Eros Grau, j. 03.04.2008, p. 19.09.2008)

<sup>108</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais. O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 127-134.

<sup>109</sup> Num sentido ainda mais amplo Diogo Figueiredo Moreira Neto chega afirmar que as fundações públicas também integram a noção de empresa estatal. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

<sup>110</sup> Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Na referência a possibilidade de os serviços públicos serem prestados diretamente pelo poder público (art. 175, CF) estaria compreendida também a prestação por entidades da Administração Indireta<sup>111</sup>. Da mesma forma, quando o art. 37, § 6º, da Constituição Federal estabelece que as pessoas jurídicas de direito público e as de “direito privado prestadoras de serviços públicos” responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Se respondem objetivamente pelos danos causados a terceiros é porque podem ser constituídas com essa finalidade (prestação de serviços públicos).

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) e a Casa da Moeda são exemplos de empresa pública federal criadas para a prestação de serviço público de competência da União. No caso da ECT, o serviço postal (art. 21, X, CF) e no caso da Casa da Moeda, a impressão da moeda e papel-moeda oficiais do Brasil. O mesmo ocorre com a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares-EBSERH, empresa pública criada com a finalidade de prestação de serviços públicos (Lei n. 12.550, de 15.12.2011).

São considerados serviços públicos todas as atividades de interesse geral da sociedade prestadas pelo Poder Público com vistas a suprir necessidades essenciais dessa coletividade ligadas à dignidade da pessoa humana. Destinam-se ao atendimento imediato às necessidades das pessoas para satisfação de direitos fundamentais do cidadão reputadas imprescindíveis para a população.

Compreendem serviços públicos comerciais e industriais assim entendidos aqueles que envolvem o oferecimento de comodidades e utilidades materiais necessárias à sobrevivência digna do indivíduo (saneamento básico, limpeza pública, transporte coletivo, água tratada, energia elétrica, telecomunicações e distribuição de gás canalizado - art. 25, § 2º, CF) assim como serviços públicos sociais relacionados a atividades para satisfação de necessidades de cunho social e assistencial como a assistência, a seguridade, a saúde (art. 199, CF), a educação (art. 209, CF), ou necessidades culturais, envolvendo o desenvolvimento da capacidade artística, a pesquisa científica e o próprio lazer (museus, cinema e teatros públicos – art. 6º e 227, CF)<sup>112</sup>.

Esse serviço pode ser prestado à sociedade diretamente pelo Estado que também pode transferir essa missão a pessoas de direito público (autarquias) ou a pessoas de direito privado,

---

<sup>111</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresas Estatais. O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 124.

<sup>112</sup> A execução de atividades de caráter social, são muito mais adequadas a autarquias e fundações governamentais, bem como a outras organizações não administrativas, como os serviços sociais autônomos (Sesi, Senai etc), organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs).

estatais ou não (empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, concessionárias e permissionárias)<sup>113</sup>, portanto, sob regime jurídico total ou parcialmente público.

A empresa estatal que presta serviço público não se confunde com a concessionária sujeita às disposições da Lei n. 8.987/95, não havendo relação típica de concessão, mas delegação legal ou contratual, caracterizando, pois, atuação direta, porém descentralizada, em que a estatal atuará como espécie de longa manus do Estado<sup>114</sup>.

A Lei das Estatais (Lei n. 13.303, de 30.06.2006) entendeu por considerar também estatais as sociedades de economia mista e empresa pública que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos (art. 1º)<sup>115</sup>.

A Constituição Federal também permite a contratação de empresa estatal ou privada para a realização de atividades que constituem monopólio da União, a exemplo das relacionadas à refinação, importação, exportação, transporte, pesquisa e à lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos e seus derivados, de que trata o art. 177, incisos I a IV, da CF (art. 177, § 1º)<sup>116</sup>.

As atividades em regime de monopólio podem ser delegadas às estatais como por exemplo no caso das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos em áreas do pré-sal (Lei n. 12.276/2010) cedida pela União à Petrobrás, caso em que a empresa estatal cumulará a exploração tanto de monopólio quanto de atividade comum à iniciativa privada. No mesmo sentido é o caso da EBCT que além da atividade monopolizada (Lei n. 6.538/1978) sobre cartas pessoais e comerciais, cartões-postais, correspondências agrupadas (malotes) também realiza atividades em livre concorrência com a iniciativa privada (entrega de encomendas e as atividades de Banco Postal). Trata-se de

---

<sup>113</sup> A pesquisa e a lavra de jazidas e demais recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional (art. 176, caput e § 1º).

<sup>114</sup> PINTO, Henrique Motta; PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Empresas estatais. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 45.

<sup>115</sup> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.

<sup>116</sup> Art. 177, § 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.

descentralização por delegação ou outorga legal podendo dar-se também por delegação ou outorga contratual.

O mesmo ocorre em atividades envolvendo interesses estratégicos e fiscais do Estado assim como de segurança nacional como a exploração, produção e comercialização de atividades nucleares. Em relação ao monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, podem ser autorizadas, sob regime de permissão, a produção, comercialização e utilização de radioisótopos (como, por exemplo, o urânio e o hidrogênio) para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais, nos termos do art. 177, V, c/c o art. 21, XXIII, alíneas b e c.

Tanto nos serviços públicos quanto nos monopólios públicos a iniciativa privada poderá explorá-los como mero delegatário contratual do Estado reservando-se a este a titularidade da atividade dada a sua competência exclusiva. Para executar essas atividades o Estado não precisa de autorização legal porque essa autorização já foi dada pela própria Constituição Federal. Além disso, na exploração das atividades empresariais sujeitas ao regime de monopólio não há competição pois se trata de atividades econômicas exercidas em regime de privilégio pelo Estado em função de reserva constitucional.

A autorização legal será imprescindível apenas para executar as atividades econômicas *stricto sensu*, pois estas exigem uma prévia justificativa de interesse público para poderem ser executadas diretamente pelo Estado considerando a proteção constitucional a livre iniciativa privada.

De lembrar que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, se dá em razão do previsto no artigo 173, *caput*, da Constituição Federal, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei, sendo operacionalizada por meio da constituição de empresas públicas e sociedades de economia mistas, bem como suas subsidiárias e controladas, as quais desenvolverão atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º)<sup>117</sup>.

---

<sup>117</sup>CF/1988, 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. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto

Em suma, as empresas estatais destinam-se a atividades econômicas *lato sensu*, assim entendidas aquelas que, de alguma forma, buscam fins econômicos, com atuação supletiva e complementar da iniciativa privada. Tais atividades podem agrupar-se em duas categorias: (a) a atividade econômica *stricto sensu* (comercial ou industrial), em caráter subsidiário da iniciativa privada, em que a atuação estatal se legitima por razões de ordem estratégica, atuando o Estado em regime de competição com o setor privado nas hipóteses do art. 173 da CF, podendo inclusive assumir o monopólio de determinado ramo econômico (art. 177, CF); e (b) a prestação de serviços públicos que envolvem algum tipo de atividade econômica voltada à satisfação de necessidades para utilização de bens e serviços (art. 175 CF), cuja prestação se mostra essencial para a garantia da fruição de direitos fundamentais<sup>118</sup>. Nessa condição, as empresas estatais prestadora de serviços públicos também podem cumular o exercício de atividades econômicas privadas conexas com o seu objetivo finalístico, misturando-se ambas as atividades numa única entidade<sup>119</sup>. Nessa condição, não haverá um regime específico adequado à empresa estatal, mas, sim, uma pluralidade de regimes diversificáveis, conforme variam as atividades empreendidas pela empresa em questão<sup>120</sup>.

Em ambos os casos o regime jurídico será privado, mas, em razão da presença estatal, sofrerá derrogações para mais ou para menos, conforme o caso, de acordo com o regime jurídico preponderante (regime jurídico de direito público para as prestadoras de serviços públicos e regime jurídico de direito privado para as atividades econômicas em sentido estrito).

Nesse sentido a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>121</sup>:

Há, portanto, dois tipos fundamentais de empresas públicas e sociedades de economia mista: exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviços públicos ou coordenadoras de obras públicas. Seus regimes jurídicos não são, nem podem ser, idênticos (...). No primeiro caso, é compreensível que o regime jurídico de tais pessoas seja o mais próximo possível daquele aplicável à generalidade das pessoas de direito privado. Seja pela natureza do objeto de sua ação, seja para prevenir que desfrutem de situação vantajosa em relação às empresas privadas – a quem cabe a senhoria preferencial no campo

---

aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.”

<sup>118</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 92.

<sup>119</sup> MENDES, Gilmar. Aspectos constitucionais do regime jurídico das empresas estatais. In NORONHA, João Otávio de. FRAZÃO, Ana. MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). *Estatuto Jurídico das Estatais*. Análise da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 27-29.

<sup>120</sup> Nesse sentido: SCHIRATO, Vitor Rhein. *As empresas estatais no Direito Administrativo Econômico atual*. São Paulo: Saraiva, 2016, p.97-98.

<sup>121</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Natureza essencial das sociedades mistas e empresas públicas. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n.71, p. 111-117, 1984, p. 112.

econômico – compreende-se que estejam submissas à disciplina jurídica equivalente à dos particulares. Daí haver o texto constitucional estabelecido que em tais hipóteses regular-se-ão pelo regime próprio das empresas privadas (...). No segundo caso, quando concebidas para prestar serviços públicos ou desenvolver quaisquer atividades de índole pública propriamente, quais a realização de obras públicas, é natural que sofram mais acentuada influência de princípios e regras ajustados ao resguardo de interesses dessa natureza.

Essa distinção também foi reconhecida expressamente pelo STF<sup>122</sup>: “30. O que verdadeiramente diferencia, no particular, os dois tipos de empresas estatais, é a atividade desempenhada: as últimas [as destinadas à exploração direta de atividade econômica], embora o façam na persecução de fins públicos, desenvolvem atividade econômica, mediante relações jurídicas de Direito Privado. 31. Já as empresas estatais de serviço público desempenham, por isso, mediante delegação, atividade estatal, sujeita, por isso, ao estatuto do serviço público prestado, que é matéria de Direito Administrativo, tanto que igualmente imposto às empresas de capital exclusivamente privado, quando na execução da concessão de serviço público”.

Normalmente, as normas estabelecidas sobre empresas estatais não levam em consideração essa distinção entre prestadoras de serviços públicos e atividade econômica em sentido estrito.

Contudo, ressalvada a divergência existente, mas considerando os estritos limites a que se propõe o presente trabalho, o exame dos aspectos relacionados à autorização legislativa para encerramento de empresas estatais ficará limitado às prestadoras de atividade econômica em sentido estrito.

## **2.2. Controle acionário pelo Poder Público: o critério da maioria absoluta das ações com direito a voto**

De forma genérica, pode-se dizer que o termo ‘empresa estatal’ ou ‘governamental’ denomina as entidades controladas de maneira direta ou indireta pelo Estado<sup>123</sup>.

Assim, o primeiro traço característico do conceito de empresa estatal de âmbito federal seria a detenção, pela União, de forma direta ou indireta, da maioria do capital social com direito a voto. Trata-se de critério da participação capitalística, característica das sociedades de direito privado com fins lucrativos expostas à concorrência de mercado, como é o caso das empresas públicas e sociedades de economia mista e que as distingue das autarquias (DL 200/1967, art. 5º, inc. I), entidades dotadas de personalidade jurídica de Direito Público, com atributos

<sup>122</sup> STF, Pleno, ADI 83-MG, Relator Min. Sepúlveda Pertence, j. 24.04.1991, p. 18.10.1991.

<sup>123</sup> GRAU, Eros Roberto. Elementos de Direito Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 36 e 102.

semelhantes aos dos entes federativos e das fundações públicas, que embora dotada de personalidade jurídica de direito privado, não tem por objeto fins lucrativos (DL 200/1967, art. 5º, inc. IV).

A doutrina, de forma majoritária, tem-se manifestado no sentido de que o que qualifica a empresa como estatal é o seu controle pelo Poder Público, englobando, portanto, não apenas as empresas públicas e as sociedades de economia mista, mas também as demais empresas controladas direta ou indiretamente pelo Estado<sup>124</sup>. Esse, por exemplo, é o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>125</sup>, para quem a expressão empresa estatal ou governamental corresponde a todas as entidades, civis ou comerciais, de que o Estado tenha o controle acionário, abrangendo as empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras empresas que não tenham essa natureza e às quais a Constituição faz referência, em vários dispositivos, como categoria à parte (vide a sujeição ao controle e fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial exercida pelo Poder Legislativo, por intermédio do Tribunal de Contas da União das sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal, nos termos do art. 71, II<sup>126</sup>, aplicável inclusive às empresas públicas e sociedades de economia mista que auferem receita própria e são financeiramente autossuficientes, ou seja, não dependentes do Tesouro Nacional, conforme decidiu o STF no Mandado de Segurança n. 25.092<sup>127</sup>).

Cabe mencionar, entretanto, que o Tribunal de Contas da União somente se considera competente para fiscalizar as companhias nas quais o governo federal detenha direta ou indiretamente a maioria absoluta do capital votante, prestigiando o conceito de controle acionário tradicional do Direito Administrativo em detrimento do previsto na legislação societária, baseado na figura do acionista dominante com capacidade para influir nas decisões

---

<sup>124</sup> A esse respeito, Marcos Juruena Villela Souto anota que a expressão empresas estatais constitui um conceito econômico amplo no qual estão reunidas não só as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias e controladas, mas também “outras sociedades nas quais o Estado tenha participação no quadro social e, em razão da origem pública dos recursos a elas destinados, podem sofrer alguma espécie de controle governamental”, a exemplo das empresas controladas por entidades da administração pública, criadas sem autorização legislativa, que, por ausência de autorização legal, específica ou genérica, não seriam fenômeno da espécie ‘descentralização estatal’. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. 3. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2003, p. 67.

<sup>125</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.553.

<sup>126</sup> Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: I (...); II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.

<sup>127</sup> STF, Pleno, MS 25092, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 10.11.2005, p. 17.03.2006.

empresariais por ter preponderância nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleição da maioria dos administradores (art. 116, Lei 6.404/74)<sup>128</sup>.

Esse critério objetivo do controle direto ou indireto sobre a empresa em razão da detenção da maioria do capital social com direito a voto já aparecia antes mesmo da Constituição de 1988. Ele consta da definição dada pelo DL 200/67 à empresa pública e à sociedade de economia mista, sendo que nesta as ações com direito a voto pertencem em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta e naquela o capital social é detido integralmente pela União (art. 5º, inc. II e III, com redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 29.09.1969). Tal critério foi mantido pela Lei das Estatais (art. 3º e 4º, da Lei 13.303, de 30.06.2016).

O mesmo pode ser verificado da definição de servidor, nos termos do previsto no art. 1º, § 1º, inc. I, letra b, do Decreto-Lei nº 2.355, de 27.08.1987, segundo o qual o termo compreendia, dentre outros, “os dirigentes, conselheiros e empregados de empresas públicas, sociedades de economia mista, subsidiárias, controladas, coligadas ou quaisquer empresas de cujo capital o poder público tenha o controle direto ou indireto, inclusive em virtude de incorporação ao patrimônio público”.

Posteriormente a Constituição de 1988, também é possível verificar essa tendência de caracterizar a empresa estatal a partir do controle exercido pelo ente Federado. Essa mesma orientação consta da Lei Complementar nº 101, de 04.05.2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que estabelece as normas de finanças públicas voltada para a responsabilidade na gestão fiscal, onde em seu art. 2º, inc. II, definiu a empresa controlada como a “sociedade cuja maioria do capital social com direito a voto pertença, direta ou indiretamente, a ente da Federação”.

No mesmo sentido também, a Lei nº 10.101, de 19.12.2000, que dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa, inclusive, de empresas estatais, assim consideradas pelo parágrafo único, do art. 5º, todas as “empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto”.

Nessa mesma linha trilhou o Decreto nº 3.735, de 24.01.2001, que estabelece diretrizes aplicáveis às empresas estatais federais, consideradas estas “as empresas públicas, sociedades

---

<sup>128</sup> PINTO, Henrique Motta; PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Empresas estatais. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 25-26.

de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto” (art. 1º, § 1º).

O Decreto nº 6.021, de 22.01.2007, que cria a Comissão Interministerial de Governança Corporativa e de Administração de Participações Societárias da União - CGPAR, com a finalidade de tratar de matérias relacionadas com a governança corporativa nas empresas estatais federais e da administração de participações societárias da União, considera na expressão empresas estatais federais o conjunto de “empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais sociedades em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto” (art. 1º, parágrafo único, inc. I).

A Lei nº 12.353, de 28.12.2010, que regula a participação dos empregados das empresas estatais nos conselhos de administração, considera como tais as “empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto” (art. 1º).

Por sua vez, o Decreto nº 8.945, de 27.12.2016, que regulamenta a Lei das Estatais, a par de definir as empresas públicas e sociedades de economia mista também definiu as empresas estatais como sendo a “entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, cuja maioria do capital votante pertença direta ou indiretamente à União” (art.2º, inc. I).

Verifica-se da leitura dos dispositivos normativos acima referidos uma clara convergência para a definição da figura da empresa estatal como aquela cujo capital votante pertence, em sua maioria absoluta, direta ou indiretamente a uma pessoa jurídica de direito público (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios), evidenciando o controle societário estatal, distinguindo-as, assim daquelas empresas em que há apenas uma mera participação estatal no seu capital social sem qualquer possibilidade de controle.

A expressão empresa estatal define, portanto, as entidades controladas de maneira direta ou indireta pelo Estado. Esta posição também é compartilhada por Carlos Ari Sundfeld<sup>129</sup>, para quem “o conceito de empresa estatal está vinculado à existência de ‘maioria do estado’ no capital votante”.

---

<sup>129</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; PINTO, Henrique Motta. *Empresas semiestatais*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. vol. 36. p. 75-99. out-dez/2011.

Walter Douglas Stuber escreve no mesmo sentido<sup>130</sup>: “A qualificação do controle acionário é de fundamental importância no conceito de sociedade de economia mista. Segundo orientação da doutrina, acatada e traduzida em todas as leis que autorizam a constituição de sociedades de economia mista, o poder público deve deter pelo menos 51% das ações com direito a voto. Este controle permanente está estabelecido institucionalmente na lei federal, estadual ou municipal, que autorize a constituição da companhia considerada”.

É o caso, por exemplo, do controle acionário exercido pela União sobre a Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás (Lei n. 9.478/1997, art. 62), com propriedade e posse de, no mínimo, 50% das ações, mais uma ação, do capital votante, bem como sobre a Companhia Docas do Rio de Janeiro (Decreto-lei n. 256, de 28.02.1967, art. 12) e a Eletrobrás (Lei 3.890-A, de 25.04.1961, art. 7º) cujas respectivas leis estabelecem a necessidade de reservar à União a titularidade de, no mínimo, 51% do capital votante.

A regra amplamente majoritária na criação das sociedades de economia mista é de que o ente federativo controlador além de deter a maioria das ações com direito a voto na prática exerça efetivamente seus direitos de sócio majoritário, com poderes para determinar as decisões da assembleia geral de acionistas e de eleger a maioria dos administradores da companhia, comandando de fato a empresa, dirigindo as atividades sociais e orientando o funcionamento dos órgãos da companhia com definição das linhas básicas de sua atuação.

Haveria assim a conjugação a um só tempo do conceito de controle nominal e formal do Decreto-lei 200/1967 e da Lei das Estatais, que tem por base exclusivamente a propriedade sobre a maioria das ações com direito a voto (50% mais uma ação), com a acepção material desse conceito que considera quem efetivamente comanda a companhia, independentemente do número de ações com direito a voto de cada um dos acionistas, nos termos do previsto no art. 116 da Lei 6.404/74 (Lei das S.A.), sendo titular de direitos de sócio que lhe assegure, de modo permanente, a preponderância nas deliberações sociais tomadas em assembleia geral e o poder de eleger ou destituir a maioria dos administradores, caracterizando assim uma sociedade de economia mista de fato.

Há autores que defenderem a possibilidade de existência de uma sociedade de economia mista com participação estatal minoritária no capital votante, mas onde o acionista

---

<sup>130</sup> STUBER, Walter Douglas. Natureza jurídica da subsidiária de sociedade de economia mista. Revista de Direito Administrativo. vol. 150. p. 18-34. Rio de Janeiro. out-dez/1982.

estatal de fato seja considerado controlador à luz da lei acionária, ou seja, o ente federativo efetivamente comande a Companhia (acepção material) <sup>131</sup>.

De acordo com a posição dominante do direito positivo brasileiro, que adota a acepção formal, apesar da empresa ser dirigida e administrada pelo Estado e deste exercer o efetivo controle, ela somente poderá ser considerada empresa estatal se o Estado for o titular da maioria das ações com direito a voto da companhia.

O requisito formal da titularidade das ações com direito a voto prevalece sobre a acepção material de controle. Desta forma, mesmo nas situações em que o controle e administração da companhia seja, na prática, exercido por outro acionista, ainda que minoritário, quer por desinteresse do ente público em exercer as prerrogativas que a maioria acionária lhe propicia, quer por haver acordo de acionistas, instituição de ações privilegiadas (golden shares)<sup>132</sup> ou circunstâncias de mercado que lhe tolham completamente essas prerrogativas, se o Estado for o detentor da maioria das ações com direito a voto, a empresa será considerada estatal em razão do ente federativo ser reputado controlador de acordo com a concepção formal<sup>133</sup>.

Infere-se, a partir disso, que as sociedades apenas materialmente controladas pelo Estado, sem que este possua a maioria das ações com direito a voto, não integram a Administração Pública, pois o controle se configura quando há maioria das ações com direito a voto, nos estritos termos do art. 5º, III, do Decreto-lei 200/1967 c/c art. 4º do Estatuto das Estatais, ou seja, controle majoritário absoluto por parte do Estado.

---

<sup>131</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresa público-privada. Revista dos Tribunais. vol. 890, Dezembro/2009, p.33-68.

<sup>132</sup> As golden shares, ações de interesse específico ou “ações de ouro” que conferem ao Estado o poder de bloquear a venda de ações da empresa e possíveis fusões, impor restrições ao capital estrangeiro, além de permitir a indicação de membros para o conselho de administração, dentre outras, foram adotadas pela Inglaterra, no caso da privatização da British Telecom (BT) e pela França no caso da privatização da France Telecom (FT). Seu objetivo principal consiste em desestimular movimentos especulativos com as ações das empresas desestatizadas. PAULA, Germano Mendes de; SANTOS JÚNIOR, Walter Luiz dos. Privatização e controle de empresas na França: o caso da siderúrgica Usinor. Rio de Janeiro: Revista de Administração Pública (RAP), v. 34, n. 4, Jul./Ago.2000, p. 65-86.

<sup>133</sup> Existem casos em que a situação é inversa, ou seja, em que a União se assegurou a aquisição de goldens shares para se resguardar em relação à gestão da companhia, como no caso das privatizações da Embraer, da Vale do Rio Doce, do IRB Brasil e da Eletrobrás. Na Embraer, a golden share permite ao governo vetar qualquer transferência de controle e mudança de sede da empresa. Na Vale, o governo pode impedir a mudança de sede ou liquidação da empresa. No IRB, a golden share permite a proibição da transferência de controle acionário. Já no caso da Eletrobrás, a ação preferencial dá a União o poder de veto nas deliberações sociais relacionadas a alteração do estatuto social a fim de impedir que qualquer acionista ou grupo de acionistas, inclusive por meio de acordo de acionistas, exerça direito de voto em número superior a 10% (dez por cento) da quantidade de ações em que se dividir o capital votante da Eletrobrás (Lei nº 14.182, de 12.07.2021, art. 3º, inc. III, letra ‘c’),

A vantagem do conceito formal, sem desprezar os méritos do critério material e empírico da lei das S.A., reside na sua objetividade e conseqüente segurança jurídica por ele propiciada quanto à caracterização do controle estatal, isto porque somente o controle majoritário confere ao Estado autonomia absoluta de direção e comando sobre a sociedade, já que o controle minoritário depende da análise da situação fática que pode ser potencialmente transitória e dinâmica, sujeitando uma sociedade a ser considerada ora estatal ora privada.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>134</sup>, as empresas públicas e sociedades de economia mista são instrumentos de ação do Estado, auxiliares do Poder Público, sendo entidades voltadas, por definição, à busca de interesses transcendentais aos meramente privados. Por essa razão, a lei estabelece que a supremacia acionária votante terá de ser governamental. O que se quer é precisamente garantir que o seu controle absoluto, que a condução de seus destinos, seja estritamente da alçada do Estado, sem que possa repartir decisões, sejam quais forem, sobre qualquer assunto social com particulares.

Eros Grau<sup>135</sup> justifica tal exigência:

A participação majoritária do Estado no capital votante da sociedade de economia mista instrumenta sua supremacia (dele, Estado) na gestão da empresa, gestão empreendida não por razões meramente empresariais, como vimos, mas para dar atendimento aos interesses coerentes com as causas que justificaram sua criação e organização.

A utilização obrigatória da estrutura de sociedade por ações com maioria do capital votante detido pelo Estado permite que a associação de capitais públicos e privados se faça sempre sob o predomínio do ente público acionista, situado num plano distinto dos demais acionistas.(...)

A exigência de que o Estado detenha 51% do capital votante nela se dá a fim de que ele efetivamente detenha a direção da companhia, porque a ele incumbe o dever-poder de assegurar que sua administração e operações se desenvolvam segundo a causa final pressuposta da outorga da autorização legal para a sua criação e organização. Por isto a posição do Estado no quadro de acionistas da sociedade de economia mista há de ser, sempre, a de controlador da companhia.

Portanto, somente as sociedades com efetivo controle acionário do Estado, podem ser consideradas estatais. A simples participação do Estado no quadro social não é suficiente para considerá-la estatal, ainda que, em razão da origem pública dos recursos a elas destinados, possam estar sujeitas a sofrer alguma espécie de interferência governamental. Nessa hipótese, sustentam alguns doutrinadores, deveria prevalecer uma posição intermediária de tratamento

---

<sup>134</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 31ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 198-199.

<sup>135</sup> GRAU, Eros Roberto. Sociedade de economia mista – nulidade de acordo de acionistas que importa em mudança de seu acionista controlador. Revista de Direito Administrativo. 2001. vol. 222. p. 348-367.

entre empresa estatal e empresa privada, impondo-lhes o respeito pelo menos negativo aos princípios da Administração Pública, no sentido de não poderem ser violados<sup>136</sup>.

Em suma, se pode perceber que o conceito de empresa estatal possui ampla conotação, abrangendo todos os tipos societários nos quais a maioria absoluta do capital votante pertença, direta ou indiretamente, a alguma pessoa política (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios). Essa titularidade da participação majoritária pode caber a um único ente público, ou estar distribuída entre várias entidades da Administração Pública direta e indireta, inclusive pertencentes a esferas de governo distintas.

Estabelecido o critério objetivo da maioria do capital votante para a configuração do controle estatal como elemento necessário para a caracterização das sociedades de economia mista e empresas públicas, cabe analisar a questão da necessidade de autorização legislativa prévia para a constituição dessas estatais.

### **2.3. O requisito formal da autorização legislativa para caracterização das empresas estatais**

Outro aspecto característico da sociedade estatal diz respeito a necessidade de autorização legislativa prévia para a sua constituição, à luz do previsto no Decreto-lei 200/1967 (art. 5º, II e III), no Estatuto das Estatais (art. 2º, §§ 1º e 2º, c/c art. 3º e 4º) e na própria Constituição Federal (art. 37, XIX e XX).

A Constituição impõe a prévia autorização legislativa para atuações concorrenciais do Estado na economia nas situações em que a atividade econômica a ser desenvolvida pela empresa estatal também seja exercida por agentes privados. Essa lei, além de atestar os elementos que justificam a intervenção subsidiária do Estado também deverá avaliar a presença do relevante interesse público ou imperativo de segurança nacional autorizados da criação da estatal (art. 173, caput).

Oportuno registrar que para prestar serviços públicos e monopólios públicos diretamente o Estado não precisa de autorização legislativa pois são atividades atribuídas ao Estado pela própria Constituição.

Há inúmeras circunstâncias, entretanto, em que o Estado pode vir a adquirir a maioria das ações com direito a voto de determinada sociedade sem qualquer autorização legislativa

---

<sup>136</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresas Estatais. O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

prévia, como em casos, por exemplo, do recebimento de ações por força da execução de garantias mediante adjudicação ou arrematação judicial em execução fiscal bem como nas hipóteses de aquisição do controle de companhia decorrente de herança jacente, por subscrição de ações de uma sociedade anônima já constituída por capital particular ou desapropriação de ações de sociedade privada (art. 236, parágrafo único, da Lei 6.404/76).

O surgimento da entidade estatal resultante dessa forma de aquisição, contudo, não será capaz de inseri-la na categoria das empresas estatais pela ausência do requisito formal da autorização legislativa prévia, o que, entretanto, poderá ser regularizado com lei superveniente que chancela essa constituição após exame do preenchimento dos requisitos constitucionais.

No âmbito da União, conforme disposição do art. 4º do Decreto nº 8.945, de 27.12.2016, a exigência de autorização legislativa para a constituição de sociedade de economia mista ou empresa pública existe inclusive para as hipóteses de criação a partir da aquisição de controle acionário majoritário<sup>137</sup>.

De acordo com a lição de Hely Lopes Meirelles<sup>138</sup>: “A criação de empresa pública ou sociedade de economia mista depende de lei específica autorizadora [...] Consequentemente, as sociedades em que o Estado tenha participação acionária, mas cuja instituição não tenha sido autorizada por lei, não constituem sociedade de economia mista e a elas não se aplicam as normas constitucionais e legais referentes a estas”.

Na mesma linha, o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>139</sup>, segundo a qual a exigência de autorização legislativa prévia é parte integrante do conceito de sociedade de economia mista de tal forma, que a doutrina e a jurisprudência entendem que, na ausência dessa autorização, não existe esse tipo de entidade, mas apenas uma empresa estatal sob controle acionário do Estado.

Tratam-se tais empresas de estatais “de fato” ou “clandestinas”, pessoas jurídicas que apesar de estarem sob controle do Poder Público, por não terem tido sua criação autorizada por lei, não podem ser qualificadas como empresas públicas ou sociedades de economia mista, estando, conseqüentemente, afastadas do regime jurídico híbrido aplicável às empresas estatais.

---

<sup>137</sup> Art. 4º A constituição de empresa pública ou de sociedade de economia mista, inclusive por meio de aquisição ou assunção de controle acionário majoritário, dependerá de prévia autorização legal que indique, de forma clara, relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, nos termos do *caput* do art. 173 da Constituição.

<sup>138</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 36ª ed., atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010, p.385.

<sup>139</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.564.

Filipe Machado Guedes<sup>140</sup>, no entanto, afirma ser grave sustentar a inaplicabilidade do regime jurídico das empresas estatais às pessoas jurídicas sob controle do Poder Público que não tiveram sua criação autorizada por lei, considerando-as sociedades privadas comuns, alheias a quaisquer constringências publicistas, posto que não obstante a inexistência de lei chancelando sua criação, as sociedades privadas controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público não deixam de ser entidades estatais.

Tal situação caracterizaria uma verdadeira premiação a ilegalidade pois além de violar a Constituição ao assumir o controle de empresa sem autorização legislativa a sociedade assumida pelo Estado ainda ficaria livre das normas de direito público aplicáveis às empresas públicas e sociedades de economia mista (licitação, concurso público, controle do TCU).

Afinal, referidas entidades caracterizam materialmente sociedades de economia mista ou empresas públicas, não sendo possível admitir que, por uma ilegalidade, elas sejam excluídas do sistema de limites e controles aplicáveis às empresas estatais cuja criação tenha sido devidamente autorizada por lei<sup>141</sup>.

Nessa linha Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>142</sup>: “seria o maior dos contrassensos entender que a violação do Direito, ou seja, sua mácula de origem, deva funcionar como passaporte para que se libertem das sujeições a que estariam submissas se a ordem jurídica houvesse sido respeitada”.

No mesmo sentido estabelece Mario Engler Pinto Junior<sup>143</sup> que “Sob a ótica do direito constitucional e administrativo, toda sociedade cuja maioria do capital votante pertença, direta ou indiretamente, a pessoa jurídica de direito público, independentemente de sua constituição ter sido precedida de lei autorizativa, é considerada parte integrante da administração pública, ficando subordinada a alguns ditames constitucionais também aplicáveis ao conjunto do setor público”.

---

<sup>140</sup> GUEDES, Filipe Machado. As Empresas Estatais e o Direito Societário. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, v. 3, 2013, p. 293-315.

<sup>141</sup> De acordo com a Diretiva 2006/111/CE da União Europeia, o elemento determinante para a caracterização de uma sociedade como estatal é o exercício de influência dominante pelo Estado, a qual é presumida quando o poder público, de forma direta ou indireta, (i) detém a maioria do seu capital social; (ii) dispõe da maioria dos direitos de voto; (iii) pode indicar mais da metade dos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização da sociedade. FIDALGO, Carolina Barros. O Estado Empresário: Das Sociedades Estatais às Sociedades Privadas com Participação Minoritária do Estado. São Paulo: Almedina, 2017, p. 198.

<sup>142</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 31ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 209.

<sup>143</sup> PINTO JUNIOR, Mario Engler. Empresa Estatal: função econômica e dilemas societários. São Paulo, Atlas, 2013, p. 213.

Assim também se manifestou o STF<sup>144</sup> ao apreciar a ocorrência de violação ao art. 37, XVII, da CF, por acúmulo de cargo público envolvendo funcionário do Hospital Cristo Redentor S/A. O controle societário da companhia foi adquirido pela União mediante desapropriação por utilidade pública, nos termos do Decreto n. 75.403, de 20.02.1975, com previsão no art. 236, parágrafo único, da Lei 6.404/76. No caso, a Corte reconheceu a natureza de sociedade de economia mista da instituição, apesar da ausência de criação por lei *stricto sensu*, considerando apenas a existência do exercício do controle pela União.

Em outro caso o Tribunal aplicou o mesmo entendimento ao analisar a anulação, pelo TCU, de ato administrativo envolvendo a Eletrosul Centrais Elétricas S/A, subsidiária da Eletrobrás, fundada em 23.12.1968, constituída sob a forma de sociedade anônima de economia mista, com autorização para funcionar como empresa de energia elétrica pelo Decreto nº 64.395, de 23.04.1969. Da ementa constou: “(...)A circunstância de a sociedade de economia mista não ter sido criada por lei não afasta a competência do Tribunal de Contas. São sociedades de economia mista, inclusive para os efeitos do art. 37, XIX, da CB/88, aquelas - anônimas ou não - sob o controle da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal ou dos Municípios, independentemente da circunstância de terem sido criadas por lei (...)”<sup>145</sup>.

Em tais situações, caso o Estado deseje manter a sociedade sob seu controle deverá providenciar lei autorizativa para tanto, para formalizar a inclusão dessa sociedade na categoria de empresas públicas ou sociedades de economia mista. Por outro lado, caso não seja do seu

---

<sup>144</sup> Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Sociedade de economia mista. Conceito. Conceitos jurídicos. Servidor público. Acumulação de cargos. Não-exercício do direito de opção no prazo legal. Má-fé configurada. 1. Para efeitos do disposto no art. 37, XVII, da Constituição são sociedades de economia mista aquelas - anônimas ou não - sob o controle da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal ou dos Municípios, independentemente da circunstância de terem sido "criadas por lei". 2. Configura-se a má-fé do servidor que acumula cargos públicos de forma ilegal quando, embora devidamente notificado para optar por um dos cargos, não o faz, consubstanciando, sua omissão, disposição de persistir na prática do ilícito. 3. Recurso a que se nega provimento. (STF, Primeira Turma, RMS 24.249, Rel. Min. Eros Grau, j. 14-9-2004, 1ª T, DJ de 3-6-2005).

<sup>145</sup> Mandado de segurança. Constitucional. Competência. Tribunal de Contas da União. Art. 71, III, da Constituição do Brasil. Fiscalização de empresas públicas e sociedades de economia mista. Possibilidade. Irrelevância do fato de terem ou não sido criadas por lei. Art. 37, XIX, da Constituição do Brasil. Ascensão funcional anulada pelo TCU após dez anos. Ato complexo. Inexistência. Decadência administrativa. Art. 54 da Lei N. 9.784/99. Ofensa ao princípio da segurança jurídica e da boa-fé. Segurança concedida. 1. As empresas públicas e as sociedades de economia mista, entidades integrantes da administração indireta, estão sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas, não obstante a aplicação do regime jurídico celetista aos seus funcionários. Precedente [MS n. 25.092, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO, DJ de 17.3.06]. 2. A circunstância de a sociedade de economia mista não ter sido criada por lei não afasta a competência do Tribunal de Contas. São sociedades de economia mista, inclusive para os efeitos do art. 37, XIX, da CB/88, aquelas - anônimas ou não - sob o controle da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal ou dos Municípios, independentemente da circunstância de terem sido criadas por lei. Precedente [MS n. 24.249, de que fui Relator, DJ de 3.6.05]. 3. (...). Ordem concedida. (STF, Pleno, MS 26.117, Rel. Min. Eros Grau, j. 20-5-2009, P, DJE de 6-11-2009).

interesse buscar essa chancela legislativa então deverá adotar as medidas necessárias para a alienação dessa empresa.

Nesse sentido, leciona Carolina Barros Fidalgo: “Uma vez constatada a irregularidade, deve o Poder Público tomar as devidas providências para saná-la, seja extinguindo a sociedade, caso a sua existência não atenda a qualquer interesse público, seja alienando a sua participação social ou editando lei para autorizar a sua transformação em empresa estatal e para fixar os objetivos e diretrizes gerais aplicáveis ao seu funcionamento”<sup>146</sup>.

Na mesma direção aponta Modesto Carvalhosa<sup>147</sup>:

As participações involuntárias das sociedades de economia mista e empresas públicas (BNDES) no capital de empresas privadas independem de autorização legislativa ou administrativa (no caso de bancos oficiais). Isso porque a vocação dessas participações é de serem repassadas novamente ao setor privado. Portanto, a participação estatal nesses capitais é provisória. Esse requisito de repasse ao setor privado de tais participações é fundamental para que não se imponha a autorização. Caso deseje manter tais participações, em caráter permanente, impõe-se a autorização legislativa.

Porém, enquanto não houver essa regularização superveniente devem aplicar-se a tais empresas, enquanto de fato forem controladas pelo Estado em razão da propriedade da maioria das ações com direito a voto, as mesmas normas impostas às empresas públicas e sociedades de economia mista, posto que a despeito de não serem formalmente classificadas como estatais subordinam-se ao mesmo regime jurídico destas.

A ausência de legislação seria possível apenas nessas situações transitórias de participação provisória, sendo exigível em relação ao investimento acionário de caráter permanente ou definitivo.

Independentemente da maior ou menor extensão que se pretenda empregar ao termo empresa estatal é absolutamente incontroverso e isento de dúvida que essa definição compreende as empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como suas subsidiárias e controladas, destinadas a exploração de atividade econômica, criadas a partir de autorização legal e da qual o Estado seja possuidor da maioria das ações com direito a voto, exercendo efetivamente, na condição de acionista controlador, seus direitos de sócio majoritário,

---

<sup>146</sup> FIDALGO, Carolina Barros. *O Estado Empresário: Das Sociedades Estatais às Sociedades Privadas com Participação Minoritária do Estado*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 198.

<sup>147</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 4, t. 1, p. 325-412 (383).

conjugando-se assim a acepção formal (Decreto-lei 200/1967 e Estatuto das Estatais) e a material (Lei das S.A.) de controle.

Considerando que o objeto do presente trabalho é justamente a análise da necessidade de autorização legislativa prévia para a alienação do controle acionário de subsidiárias e controladas de empresas públicas, o foco do estudo terá por base fundamental as empresas criadas por autorização do legislativo.

#### **2.4. Empresas estatais de primeiro grau: empresas públicas e sociedades de economia mista**

Para viabilizar a exploração de atividade econômica sujeita à livre-iniciativa em ambiente de competição e concorrência de mercado com o setor privado, os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) se valem obrigatoriamente das empresas estatais (empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias e controladas), entidades que compõem a administração indireta, ao lado das autarquias e das fundações, embora sob regimes jurídicos diversos.

Nesse sentido e adequado aos ditames do art. 173 da CF, a Lei das Estatais (Lei n. 13.303, de 30.06.2006) dispõe em seu artigo 2º que: “A exploração de atividade econômica pelo Estado será exercida por meio de empresa pública, de sociedade de economia mista e de suas subsidiárias”<sup>148</sup>.

No regime da Constituição Federal de 1967, a organização e exploração direta da atividade econômica pelo Estado, em caráter suplementar a iniciativa privada, também se dava pelas autarquias as quais se aplicavam as normas das empresas privadas (art. 163, § 2º)<sup>149</sup>. A EC nº 1/1969, no entanto, excluiu a incidência às autarquias das normas aplicáveis às empresas privadas distinguindo assim as autarquias das empresas estatais propriamente ditas (art. 170).

Apesar da longa existência dessas entidades no cenário econômico do país, não há no ordenamento jurídico nacional um consenso unívoco acerca dos conceitos de empresa pública e sociedades de economia mista. A legislação anterior sobre sociedades anônimas (Decreto-Lei n. 2.627, de 19.09.1940) era totalmente silente sobre essa figura híbrida. A Lei das Sociedades Anônimas vigente (Lei n. 6.404, de 13.12.1976) dedicou um capítulo inteiro para tratar das

---

<sup>148</sup> E no regulamento da referida norma (Decreto n. 8.945, de 27.12.2016) consta semelhante disposição em seu art. 3º, verbis: “A exploração de atividade econômica pela União será exercida por meio de empresas estatais”.

<sup>149</sup> Art. 163, § 2º - Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas, as autarquias e sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e das obrigações.

sociedades de economia mista (art. 235 a 242), porém, sem defini-la explicitamente, seguindo a mesma linha da Constituição Federal que também se esquivou dessa definição.

Com efeito, apesar de disciplinar diversos aspectos relacionados às empresas públicas, sociedades de economia mista, bem como de suas subsidiárias e controladas (vide, ilustrativamente, art. 22, inc. XXVII e art. 37, incisos XVII, XIX e XX), a Constituição Federal não se ocupou da definição dessas sociedades, limitando-se, nas palavras de Carlos Ari Sunfeld<sup>150</sup>, a “tratar do que há de comum a todas essas sociedades: o regime da Administração Pública Indireta”, porém sem apontar, direta ou indiretamente as diferenças existentes entre elas.

Em parecer exarado para avaliação da participação do Estado de São Paulo como acionista da VASP – sociedade de economia mista -, Pontes de Miranda já retratava a dificuldade em se obter um conceito unívoco de sociedade de economia mista, diante da ausência de regra jurídica específica na legislação brasileira da época aplicável a esse tipo de entidade estatal<sup>151</sup>.

Diante dessa dificuldade, a construção dos conceitos de empresa pública e sociedade de economia mista deve ser feita levando em conta o conjunto de normas constitucionais e legais aplicáveis a essas entidades. O ponto de partida pode ser o art. 5º, inc. II e III, do Decreto-Lei n. 200, de 25.02.1967, alterado pelo Decreto-Lei n. 900, de 29.09.1969, que trata da organização da Administração Pública Federal, compreendendo a administração direta e a indireta, onde a empresa pública e a sociedade de economia mista aparecem definidas da seguinte forma:

---

<sup>150</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Reforma do Estado e empresas estatais. A participação privada nas empresas estatais. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). Direito administrativo econômico, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 267.

<sup>151</sup> Nas palavras de Pontes de Miranda: “O conceito “sociedade de economia mista” ou “de economia e de finanças mistas” não é, propriamente, conceito de direito – alude a participação estatal na formação do capital, como sócio ou acionista, e como administrador, ou nomeante de administradores. Nem todas as sociedades de tal tipo são do mesmo grau de participação estatal: algumas têm o seu capital dividido em parte de capital, que corresponde a ações dos particulares, e parte de capital, que corresponde a dois terços ou à maioria de ações pertencentes ao Estado, inalienáveis, impenhoráveis e incedíveis essas ações; outras, em que o Estado não exige, sequer, a maioria, e se satisfaz com certo número de ações, com intervenção na escolha de diretores e o veto; outras, em que não se leva a intervenção até o veto, ou até não se estabelecer qualquer intervenção, e só se asseguram vantagens à entidade política; outras, em que o Estado apenas se reserva certo controle da administração técnica. Há toda uma escala de formas possíveis. Se o Estado permite certo exercício de *imperium*, já não se trata de sociedade anônima de direito privado; mas de entidade autárquica ou paraestatal”. Em resumo, estariam contempladas no conceito de sociedade de economia mista tanto as empresas em que o Estado detivesse a maioria das ações com direito a voto quanto aquelas em que, sem deter a maioria das ações, o Estado se reservasse poderes especiais que lhe assegurassem o controle da empresa. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Parecer N. 180: Sobre sociedade por ações, de economia mista, intervenção no domínio econômico, monopólio, incidência da Constituição de 1967, arts. 150, § 1º, 157, § 8º, e 163, §§ 1º e 2º (20 de março de 1969). In Dez anos de pareceres, Rio de Janeiro: Francisco Alves, v.7, 1976, p. 65-84.

II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.

A referência à expressão ‘atividade econômica’ deve ser compreendida em sentido amplo englobando além da atividade econômica no sentido estrito de negócio especulativo característico do setor privado, com exploração de empreendimentos sujeitos à livre-iniciativa abrigado pelo art. 173 da Constituição, também as atividades realizadas em regime de monopólio estatal (art. 177, CF) e a prestação dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição<sup>152</sup>, na medida em que estes também envolvem um tipo de atividade econômica eis que voltados à satisfação de necessidades abrangendo a utilização de bens e serviços.

A definição do DL 200/67 também precisa ser compreendida em maior extensão em relação à origem do capital social das empresas públicas e sociedades de economia mista eis que ele pode ser formado também por recursos de outras esferas da Federação (Estados, Distrito Federal e Municípios) e não apenas por recursos federais. O relevante é que o capital social seja proveniente de entes públicos, sendo integralmente públicos no caso das empresas públicas e com comunhão de recursos público e privados, no caso das sociedades de economia mista. A esse respeito Toshio Mukai esclarece que a expressão “Estado”, utilizada pelo legislador constituinte no art. 173, da Constituição, é compreensiva de “todas as esferas políticas que compõem a Federação”<sup>153</sup>.

Por sua vez, a imprecisão terminológica do art. 5º, do DL 200/1967, de que essas entidades seriam “criadas por lei” foi corrigida com a Emenda Constitucional n. 19 de 04.06.1998, que deu nova redação ao inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal de 1988<sup>154</sup>, para estabelecer que na instituição das empresas estatais há necessidade apenas de autorização legislativa, visto que sua criação se dá pelos meios usuais de constituição das pessoas jurídicas de direito privado, distinguindo-as das autarquias, estas sim criadas por lei específica.

<sup>152</sup> PINTO, Henrique Motta; PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Empresas estatais. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 41.

<sup>153</sup> MUKAI, Toshio. O Direito Administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais. 2ª. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 290.

<sup>154</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.

A autorização do Legislativo deve ser por meio de lei específica. Não se pode conferir autorização genérica ao Executivo para instituir sociedades de economia mista e empresas públicas. Isso porque a lei precisará designar nomeadamente a entidade que pretende constituir e estabelecer quais serão os objetivos a serem por ela perseguidos e quais atribuições que lhe serão conferidas para atingir esse resultado.

Essa autorização legislativa específica exigida pela Constituição é apenas para que possa ser constituída a estatal. A lei, por si só, não cria a entidade, tal como o faz com as autarquias, que nascem com a respectiva lei de criação. No caso das empresas estatais, a lei apenas autoriza a sua criação. Em se tratando de entidades de direito privado a criação da empresa deverá ser formalizada conforme o procedimento previsto no Direito Privado, que irá se processar efetivamente com a celebração do ato constitutivo e a subsequente inscrição ou arquivamento em registro público competente (Registro do Comércio para as empresas constituídas sob o regime das sociedades mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas para aquelas instituídas como sociedade civil), como condição para aquisição da personalidade jurídica de Direito Privado, dando início à existência legal da pessoa jurídica (art. 45, CC e art. 119 da Lei de Registros Públicos – Lei nº 6.015, de 31.12.1973).

Nesse sentido a lição de Eros Roberto Grau:

A lei não cria a empresa estatal e fundação. Ambos os incisos expressam o mesmo significado, impondo autorização do legislativo – federal, estadual ou municipal, conforme o caso – para que possa ser constituída empresa (sociedade) ou instituída fundação. Autorização legislativa e lei específica (que cria autarquia e autoriza a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação) são, no contexto, expressões dotadas de significados intercambiáveis. Trata-se, aí, de lei-medida<sup>155</sup>.

A lei tanto poderá conceder autorização para instituição da estatal como para transformação de órgãos ou entidades da administração direta ou indireta em empresas governamentais (empresa pública ou sociedade de economia mista), tal como ocorreu com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, antigo Departamento de Correios e Telégrafos e com a Caixa Econômica Federal, autarquias federais transformadas em empresas públicas.

Antes da Constituição de 1988 a Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404, de 15.12.1976), já estabelecia a necessidade de prévia autorização legislativa para a constituição de companhia de economia mista (art. 236) cabendo a lei fixar os limites da exploração do

---

<sup>155</sup> GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 248.

empreendimento bem como as atividades que poderiam ser prestadas pela estatal (art. 237)<sup>156</sup>. Essa autorização prévia passou a ser exigência para a caracterização da empresa como sociedade de economia mista integrante da administração indireta, distinguindo-as das sociedades com mera participação acionária do Poder Público, ainda que no exercício de controlador, conforme reconhecido reiteradamente pelo STF<sup>157</sup>.

A exigência da autorização legal foi inserida na Lei das Estatais (Lei nº 13.303, de 30.06.2016), conforme previsão do artigo 2º, § 1º<sup>158</sup>. O Decreto nº 8.945, de 27.12.2016, que regulamenta a Lei das Estatais, praticamente repete essa definição em seu artigo 4º, acrescentando apenas que a constituição por meio de aquisição ou assunção de controle acionário majoritário também estará sujeita a autorização legal prévia.

Ao contrário das autarquias, entidades dotadas de personalidade jurídica de Direito Público, criadas por lei, com atributos semelhantes aos dos entes federativos, e que operam como uma espécie de prolongamento personalizado do Estado, as empresas estatais revestem-se de personalidade jurídica de Direito Privado, com sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários (art. 173, § 1º, II, CF), podendo a empresa pública assumir qualquer das formas societárias admitidas pelo Direito Privado e a sociedade de economia mista a forma de sociedade anônima, exclusivamente, nos termos da Lei n. 6.404/76. Ao contrário das autarquias as empresas estatais possuem compromissos com a lucratividade estando expostos à concorrência de mercado.

Os artigos 3º e 4º da Lei das Estatais retratam essa situação ao definirem as mencionadas estatais:

---

<sup>156</sup> Art. 236. A constituição de companhia de economia mista depende de prévia autorização legislativa. Art. 237. A companhia de economia mista somente poderá explorar os empreendimentos ou exercer as atividades previstas na lei que autorizou a sua constituição.

<sup>157</sup> Sociedade de economia mista. Com ela não se confunde a sociedade sob o controle acionário do Poder Público. É a situação especial que o Estado se assegura, através da lei criadora da pessoa jurídica, que a caracteriza como sociedade de economia mista. Se alguma dúvida pudesse existir, ela desapareceu com o art. 236 da Lei das Sociedades Anônimas. Recurso extraordinário conhecido e provido (STF, 1ª Turma, RE 92.340-RJ, Rel. Min. Soarez Munoz, j. 25.03.1980, DJ 18.04.1980). Comercial. Sociedade anônima. Sociedade de economia mista. É sociedade de economia mista àquela criada por lei, não bastando para caracterizá-la como tal a simples presença de capital público - Lei n. 6.404, de 15/12/1976, art. 236 (STF, 2ª Turma, RE 96.336-RJ, Rel. Min. Décio Miranda, j. 02/03/1982, DJ 19.03.1982). No mesmo sentido: STF, 1ª Turma, RE 91.035-RJ, Rel. Min. Soarez Munoz, j. 26.06.1979, RT, 538:282; STF, 1ª Turma, RE 92.338, Rel. Min. Soares Munoz, j. 18.03.1980, DJ 11.04.1980; STF, 1ª Turma, RE 95.554, Rel. Min. Rafael Mayer, j. 02.03.1982, DJ 02.04.1982.

<sup>158</sup> Art. 2º, § 1º. A constituição de empresa pública ou de sociedade de economia mista dependerá de prévia autorização legal que indique, de forma clara, relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, nos termos do caput do art. 173 da Constituição Federal.

Art. 3º Empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios.

Art. 4º Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.

§ 1º A pessoa jurídica que controla a sociedade de economia mista tem os deveres e as responsabilidades do acionista controlador, estabelecidos na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e deverá exercer o poder de controle no interesse da companhia, respeitado o interesse público que justificou sua criação.

O Decreto nº 8.945, de 27.12.2016, que regulamenta a Lei das Estatais no âmbito da Administração Pública da União, traz os conceitos de empresa pública e sociedade de economia mista com ênfase na origem dos recursos que compõem o capital social – exclusivamente público, na empresa pública; misto, na sociedade de economia mista – bem como no controle societário exercido pelo ente estatal, no caso a União, calcado na titularidade sobre a maioria das ações com direito a voto (art. 2º<sup>159</sup>).

No caso da empresa pública, a totalidade do capital social pode pertencer a Administração Pública direta ou indireta, mas desde que a maioria do capital votante seja mantida apenas com entes da federação (art. 3º, parágrafo único, da Lei das Estatais<sup>160</sup>). Quando o capital social pertencer a dois ou mais entes da federação, em sistema de cooperação federativa, restará caracterizada a presença de uma empresa pública bifederativa ou plurifederativa.

A Empresa Brasil de Comunicações-EBC, inclusive, é um exemplo de empresa pública federal unipessoal constituída sob a forma de sociedade por ações, muito embora com possibilidade de tornar-se pluripessoal, formada com o capital pertencente à União (sócia majoritária) e de outras pessoas políticas ou administrativas, conforme previsto no § 2º do art. 9º da Lei nº 11.652, de 07.04.2008<sup>161</sup>.

---

<sup>159</sup> Art. 2º Para os fins deste Decreto, considera-se: II - empresa pública - empresa estatal cuja maioria do capital votante pertença diretamente à União e cujo capital social seja constituído de recursos provenientes exclusivamente do setor público; III - sociedade de economia mista - empresa estatal cuja maioria das ações com direito a voto pertença diretamente à União e cujo capital social admite a participação do setor privado.

<sup>160</sup> Parágrafo único. Desde que a maioria do capital votante permaneça em propriedade da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, será admitida, no capital da empresa pública, a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de entidades da administração indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

<sup>161</sup> Lei n. 11.652, de 07.04.2008. Art. 9º A EBC será organizada sob a forma de sociedade anônima de capital fechado e terá seu capital representado por ações ordinárias nominativas, das quais pelo menos 51% (cinquenta e um por cento) serão de titularidade da União. § 1º (...). § 2º Será admitida no restante do capital da EBC a

E não há conflito com o artigo 80, inciso I, da Lei 6.404/76, que exige o requisito de dois sócios para a constituição da companhia porque no caso há prevalência da lei federal específica que autoriza a criação da estatal, considerada especial e, portanto, prevalente sobre a lei federal geral, com aplicação do princípio hermenêutico segundo o qual em caso de aparente antinomia entre a lei geral e a especial ocorre a prevalência da última<sup>162</sup>.

Mais uma vez valendo-se dos ensinamentos de Vitor Rhein Schirato<sup>163</sup>, poder-se-ia definir o conceito de empresas públicas e sociedades de economia mista da seguinte forma:

empresas públicas são pessoas jurídicas de direito privado constituídas pelo Estado, sob quaisquer das formas empresariais admitidas na legislação civil, mediante a edição de lei autorizadora, para a exploração de atividades econômicas qualificadas ou não como serviço público ou para a realização de funções públicas sem fins lucrativos, cujo capital é subscrito e integralizado com recursos oriundos exclusivamente do Poder Público

sociedades de economia mista são sociedades anônimas, cuja criação é autorizada por lei e cujo capital é formado pelo encontro de recursos públicos e privados, destinada à exploração de uma atividade mercantil qualificada ou não como serviço público, com personalidade jurídica de direito privado, sendo o Poder Público, necessariamente, o acionista controlador.

Considerando os normativos supra referidos pode-se extrair que a caracterização da empresa pública e da sociedade de economia mista como integrantes da Administração Pública Federal Indireta pressupõe o concurso dos seguintes elementos essenciais comuns: (i) autorização legislativa específica da respectiva esfera de governo (CF, art. 37, XIX), para sua constituição, com indicação clara do objeto social que deve guardar consonância com o relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional motivador da sua criação, nos termos do caput do art. 173 da Constituição Federal; (ii) titularidade do capital social da empresa por ente da Administração Pública (Federal, Estadual, Distrital ou Municipal) ou entidade da Administração Indireta, de forma isolada ou compartilhada mas não transitória nem provisória; (iii) controle acionário majoritário (titularidade da maioria do capital votante) por pessoa jurídica de Direito Público (União, Estados, DF e Municípios) ou entidade da Administração Indireta, apenas no caso das sociedades de economia mista; e (iv) objeto social voltado a exploração de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (art. 173), incluindo as consideradas monopólio estatal (art. 177, § 1º, CF)

---

participação de entidades da administração indireta federal, bem como de Estados, do Distrito Federal e de Municípios ou de entidades de sua administração indireta.

<sup>162</sup> BEMQUERER, Marcos. O Regime Jurídico Das Empresas Estatais Após a Emenda Constitucional Nº 19/1998. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pág. 131.

<sup>163</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. As empresas estatais no Direito Administrativo Econômico atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 48 e 51.

e a prestação de serviços públicos (art. 175); (v) personalidade jurídica de Direito Privado, com as derivações do Direito Público, em graduação variável a depender do tipo de atividade prestada (atividade econômica *stricto sensu*, serviços públicos ou monopólios estatais); e (vi) patrimônio próprio.

Um dos traços distintivos entre as duas entidades reside na circunstância de a empresa pública ser uma sociedade unipessoal, com capital social exclusivo do Poder Público e, portanto, controlada integralmente pelo ente estatal, ou seja, tem como único acionista a União, Estado, Distrito Federal ou Município, podendo ser pluripessoal admitindo-se além da pessoa administrativa instituidora a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno, políticas ou administrativas (entidades da administração indireta); na sociedade de economia mista o capital social é misto (público e privado) sendo necessário apenas que a maioria das ações com direito a voto pertença ao ente estatal ou a entidade da Administração Indireta<sup>164</sup>.

A forma do controle acionário é outra diferença entre essas duas entidades. Na empresa pública o controle majoritário (titularidade da maioria do capital votante) deve pertencer exclusivamente a ente federativo (União, Estado, Distrito Federal ou Município), de forma isolada ou compartilhada; na sociedade de economia mista a titularidade da maioria das ações com direito a voto pode pertencer a ente federado ou a entidades da administração indireta.

Além disso, enquanto a sociedade de economia mista deve obrigatoriamente assumir a forma de sociedade anônima, a empresa pública pode se revestir de qualquer das formas societárias admitidas em Direito (art. 5º, inc. II, do Decreto-Lei n. 200, de 25.02.1967, alterado pelo Decreto-Lei n. 900, de 29.09.1969), incluindo até mesmo a sociedade por ações. Disso decorre que a primeira será sempre sociedade comercial, ao passo que a segunda pode ter tanto natureza civil quanto comercial<sup>165</sup>.

---

<sup>164</sup> No direito alemão, segundo Achim Von Loesch, as empresas estatais podem surgir a partir da constituição de uma sociedade comercial criada diretamente pelo Estado ou pela aquisição de uma determinada empresa constituída originalmente no setor privado, embora também possam ser constituídas empresas estatais com personalidade jurídica de direito público. A opção conferida pelo Estado para a constituição de empresas somente pode se dar para o alcance de finalidades públicas, não havendo distinção entre empresa pública e sociedade de economia mista, exceto pela participação de capitais privados na segunda. LOESCH, Achim Von. Die öffentlichen Unternehmen Deutschlands. In: KÖNIG, Klaus; SIEDENTOPF, Heinrich (Org.). Öffentliche Verwaltung in Deutschland. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 1999.

<sup>165</sup> Exemplos de empresas públicas federais: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT); FINEP – Financiadora De Estudos e Projetos; Casa da Moeda do Brasil; Caixa Econômica Federal (CEF); Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES); Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO); Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA); Empresa Brasil de Comunicações (EBC). Exemplos de sociedades de economia mista: Banco do Brasil S.A. (BB); Banco da Amazônia S.A.(Basa); Banco do Nordeste S.A. (BNB).; Instituto de Resseguros do Brasil; Petróleo Brasileiro S.A.

A personalidade jurídica de direito privado confere às empresas estatais maior grau de autonomia gerencial (administrativa, orçamentária e financeira) pois não se vinculam ao orçamento público do ente estatal criador. Além disso, a especialização funcional, com foco de atuação mais restrito e modelo organizacional simplificado do processo decisório interno, permite-lhes maior flexibilidade de atuação, imprimindo maior agilidade e eficiência operacional no desempenho de sua missão institucional para realização dos objetivos fixados no ato de constituição da entidade.

Apesar da autonomia gerencial e da redução da influência do Estado na condução rotineira dos negócios sociais, existe uma constante necessidade de fiscalização e controle estatal para assegurar a satisfação do interesse público que motivou a sua criação, bem como para garantir condições igualitárias de competição entre empresas estatais e privadas na disputa pelo mesmo mercado.

Para tanto, as entidades que integram a administração indireta estão sujeitas, em grande parte, à mesma disciplina legal e constitucional aplicável às demais entidades integrantes da administração direta, dentre os quais podem ser mencionados: (i) subordinação aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, caput, CF); (ii) exigência de concurso público para admissão de pessoal, salvo para provimento de cargos em comissão (art. 37, II, CF); (iii) obrigatoriedade de licitação prévia para contratação de obras, fornecimentos e alienações (art. 37, XXI, CF)<sup>166</sup>; (iv) sujeição à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial exercida pelo Poder Legislativo, por intermédio dos Tribunais de Contas (art. 71, II, CF)<sup>167</sup>; (v) sujeição a prescrições específicas da Lei de Responsabilidade Fiscal, a exemplo da vedação de concessão de garantias a terceiros por empresas estatais (art. 40, LC n. 101/2000) e a obrigação da empresa controlada incluir notas explicativas em seus balanços trimestrais quando celebrarem contratos de gestão com o ente público controlador (art. 47, parágrafo único, LC n. 101/2000).

---

<sup>166</sup> Em relação às empresas estatais, o procedimento passou a ser disciplinado pela Lei n. 13.303, de 30.06.2016 e não mais pela n. Lei 8.666, de 21.06.1993 (atual Lei 14.133, de 01.04.2021), mas a obrigação de licitar permanece. Assim como no caso da Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás), com a possibilidade de utilização do procedimento licitatório simplificado de que trata o Decreto n. 2.745, de 24.08.1998, previsto no art. 67 da Lei n° 9.478, de 6.08.1997 (apesar da discussão sobre a constitucionalidade dessa medida no Recurso Extraordinário n. 441.280-RS, ainda em curso de julgamento, da relatoria do Min. Dias Toffoli).

<sup>167</sup> A sujeição à fiscalização da Corte de Contas alcança inclusive as empresas públicas e sociedades de economia mista não dependentes de subsídios do Poder Público, que auferem receita própria e sejam financeiramente autossuficientes, conforme já se manifestou o STF (MS 25.092-DF, Plenário, rel. Min. Carlos Velloso, j. 10.11.2005), sendo que o Tribunal de Contas da União se considera competente para fiscalizar as companhias nas quais a União detenha, direta ou indiretamente, a maioria absoluta do capital votante, ainda que o exercício do controle acionário seja compartilhado com acionistas privados.

Além da sujeição à fiscalização e controle parlamentar, exercidas pelos tribunais de contas, as empresas estatais também se obrigam a atender requisições e prestar contas ao Poder Legislativo sobre políticas públicas, estratégias empresariais e atos de gestão praticados pela companhia. Ademais, o Poder Legislativo também pode convocar os administradores societários, a qualquer momento, para prestar informações e esclarecimentos sobre assuntos de interesse social.

Para a realização de seu mister e melhor concretização do seu objeto, as empresas públicas e sociedades de economia mista podem se valer de controladas e subsidiárias, as chamadas empresas estatais de segundo grau.

## **2.5. Empresas estatais de segundo grau: subsidiárias e controladas**

A possibilidade de as empresas públicas e sociedades de economia mista criarem subsidiárias e controladas bem como participarem de outras sociedades privadas é prevista no art. 37, inc. XX, da Constituição Federal<sup>168</sup>.

Da mesma forma como não definiu as empresas estatais, a Constituição Federal também não se ocupou da definição dos termos subsidiária e controlada, embora faça menção a elas em alguns de seus dispositivos.

Além da referência do art. 37, inc. XX, ao termo ‘subsidiárias’, no inciso XVII do mesmo artigo, ao proibir a acumulação remunerada de cargos públicos, a Constituição estende essa vedação aos empregos e funções exercidos em autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, “subsidiárias” e “sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público”. Ao tratar do regime de previdência privada, de caráter complementar, o art. 202, § 4º, estabelece que a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios será disciplinada por lei complementar, incluindo suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e “empresas controladas direta ou indiretamente”. Assim como ao mencionar que a lei orçamentária anual compreenderá o orçamento de investimento das “empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto” (CF, art. 165, § 5º, II), aludindo assim a sociedade controlada.

A Lei das Sociedades Anônimas – LSA (Lei nº 6.404, de 15.12.1976) define a sociedade controlada em seu art. 243, § 2º, assim estabelecendo: “Considera-se controlada a

---

<sup>168</sup> Art. 37. 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.

sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores”.

Entretanto, a LSA também não trouxe definição para o termo subsidiária, restringindo-se a empregar a expressão ‘subsidiária integral’ para designar aquelas companhias que possuem um único acionista (sociedade unipessoal), ou seja, cuja totalidade do capital social pertence a uma só sociedade (art. 251, Lei nº 6.404/74)<sup>169</sup>.

A Lei Complementar nº 101, de 04.05.2000, que trata da responsabilidade na gestão fiscal, define empresa controlada em seu art. 2º, inc. II, como sendo a “sociedade cuja maioria do capital social com direito a voto pertença, direta ou indiretamente, a ente da Federação”, mas nada refere quanto as subsidiárias.

A definição do termo subsidiária foi apresentada pela primeira vez pelo art. 2º, inciso IV, do Decreto nº 8.945, de 27.12.2016<sup>170</sup>, que regulamenta a Lei das Estatais, sendo assim considerada a “empresa estatal cuja maioria das ações com direito a voto pertença direta ou indiretamente a empresa pública ou a sociedade de economia mista”. Como se vê, a definição dada a subsidiária é praticamente idêntica a definição de empresa controlada, evidenciando assim tratar-se do mesmo fenômeno.

Embora haja corrente sustentando que a referência ao termo ‘subsidiárias’, indica somente as subsidiárias integrais, definidas pela Lei das S.A., a posição que prevalece é a de que o vocábulo ‘subsidiária’ equivale a sociedade controlada, conforme lições de Dinorá Adelaide Musetti Grotti e Alexandre Santos Aragão<sup>171</sup>.

De acordo com Beatriz Calero Garriga Pires “É nesse sentido amplo que devemos tomar o emprego do vocábulo no texto constitucional, como anteriormente referido, pois, caso contrário, estar-se-ia vedando às sociedades de economia mista e empresas públicas constituir empresas controladas em parcerias com sócios minoritários”<sup>172</sup>.

<sup>169</sup> Art. 251. A companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira.

<sup>170</sup> Art. 2º Para os fins deste Decreto, considera-se: I (...); IV - subsidiária - empresa estatal cuja maioria das ações com direito a voto pertença direta ou indiretamente a empresa pública ou a sociedade de economia mista.

<sup>171</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Licitações nas estatais em face da Emenda Constitucional 19, de 1988*. Revista Trimestral de Direito Público. vol. 27. p. 34, 1999. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresa público-privada*. Revista dos Tribunais. vol. 890. p. 33-68 (pág. 44). Dezembro/2009.

<sup>172</sup> PIRES, Beatriz Calero Garriga. *As empresas estatais e o controle societário do Estado*. Rio de Janeiro: Justiça e Cidadania, ed. 145, set/2012. Disponível em: <<https://www.editorajc.com.br/as-empresas-estatais-e-o-controle-societario-do-estado/>>. Acesso em: 29.05.2021.

Portanto, de forma genérica, o termo subsidiária pode ser empregado como sinônimo de sociedade controlada, assim considerada toda sociedade que se encontra sob o controle de outra, seja este controle integral ou não. De mencionar a esse respeito a posição de Marçal Justen Filho para quem os termos subsidiária e controlada são tratados como sinônimos<sup>173</sup>.

Consequentemente, pode-se inferir que a subsidiária integral seria espécie do gênero subsidiária ou controlada, sendo empregada para designar a empresa controlada constituída por um único acionista, portanto, unipessoal. Aliás, o parágrafo único do art. 2º do Decreto 8.945/2016<sup>174</sup> corrobora esse entendimento ao estabelecer que as subsidiárias integrais se incluem no inciso IV do caput - que define a subsidiária -, o que autoriza concluir que a subsidiária integral se trata realmente de espécie do gênero subsidiária ou controlada.

Portanto, para efeito do presente trabalho, o termo subsidiária, quando empregado conjuntamente com o termo controlada, terá a intenção de referir as subsidiárias integrais do art. 251 da LSA. Quando empregado isoladamente deverá ser compreendido como sinônimo de empresa controlada.

A constituição de subsidiárias e controladas tem por fim o bom cumprimento de atividades correlacionadas ao objeto social da empresa. Servem, portanto, como instrumentos para a viabilização de atividades de acordo com o plano de negócios e o planejamento estratégico da empresa.

Nesse sentido, estabelece o § 2º do art. 2º da Lei das Estatais que o objeto social da subsidiária de empresa pública e de sociedade de economia mista “*deve estar relacionado ao da investidora*”. O parágrafo único do art. 7º do Decreto nº 8.945, de 27.12.2016, que regulamenta a Lei das Estatais é expresso ao afirmar que “A subsidiária deverá ter objeto social vinculado ao da estatal controladora”. E o art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.404, de 15.12.1976 (LSA) ao possibilitar a participação da companhia em outras sociedades o faz “como meio de realizar o objeto social”<sup>175</sup>.

Portanto, as subsidiárias e controladas podem ser vistas como uma espécie de *longa manus* de suas criadoras, constituídas para possibilitar a realização do objeto social das empresas mãe, também chamadas de empresas de primeiro grau. As subsidiárias e controladas

---

<sup>173</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 12ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 158.

<sup>174</sup> Art. 2º, Parágrafo único. Incluem-se no inciso IV do caput as subsidiárias integrais e as demais sociedades em que a empresa estatal detenha o controle acionário majoritário, inclusive as sociedades de propósito específico.

<sup>175</sup> Art. 2º. § 3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.

seriam as empresas de segundo grau, evidenciando assim uma continuidade na cadeia de objetivos a serem cumpridos<sup>176</sup>.

A propósito, a lição de José dos Santos Carvalho Filho<sup>177</sup>:

(...) o Estado cria e controla diretamente determinada sociedade de economia mista (que podemos chamar de primária) e esta, por sua vez, passa a gerir uma nova sociedade mista, tendo também o domínio do capital votante. É esta segunda empresa que constitui a sociedade subsidiária. Alguns preferem denominar a empresa primária de sociedade ou empresa de primeiro grau e, a subsidiária, de sociedade ou empresa de segundo grau. Se houver nova cadeia de criação, poderia até mesmo surgir uma empresa de terceiro grau e assim sucessivamente.

A criação de subsidiária de empresa pública e de sociedade de economia mista também depende de autorização legislativa, a teor do estabelecido pelo art. 37, inc. XX, da Constituição Federal e do art. 237, § 1º, da LSA, com acréscimo, para as instituições financeiras, da observância das normas do BACEN<sup>178</sup>.

As sociedades anônimas de economia mista, assim como as companhias de que participarem, majoritária ou minoritariamente, quando criadas a partir de autorização legislativa, estão sujeitas a Lei das Sociedades por Ações – Lei n. 6.404, de 15.12.76, no que couber, conforme dispõe o art. 235 da referida lei<sup>179</sup>. A Lei n. 13.303, de 30.06.2016, em seus

---

<sup>176</sup> Pontes de Miranda em parecer elaborado sobre a possibilidade de aumento de capital estrangeiro no caso da filial da empresa bancária “The First National Bank of Boston” abordando a natureza jurídica das filiais, emprega os termos “empresa-mãe” e “empresa-filha” para designar a empresa matriz e suas filiais, respectivamente, em sentido muito próximo do que hoje compreendemos por sociedades controladas ou subsidiárias. Segundo o autor, a filial, também chamada de empresa-filha, seria a sociedade criada a partir da cisão do patrimônio da sociedade-mãe, por aumento de capital ou por subscrição à parte. A filial seria distinta das sucursais, agências e escritórios pela existência de um patrimônio próprio e de personalidade jurídica, gozando de autonomia e independência formal, ainda que submetida às regras estatutárias e à vontade da empresa matriz que exerce a direção e controle em razão da titularidade de ações que lhe assegurem supremacia no exercício do direito de voto, podendo inclusive ser a detentora de ações que contemplem todo o capital social da filial. O autor menciona como exemplos de filiais as caixas de desconto, que o primeiro Banco do Brasil teve, conforme a Carta de lei de 16 de fevereiro de 1816 e as Caixas filiais do segundo Banco do Brasil, nas Províncias de S. Pedro do Sul e S. Paulo, conforme Decreto n. 1.040, de 06 de setembro de 1852. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Parecer N. 13: Sobre elevação de capitais em virtude de reavaliação do ativo das filiais de sociedades estrangeiras (24 de junho de 1963). *In Dez anos de pareceres*, Rio de Janeiro: Francisco Alves, v.1, 1974, p. 88-100.

<sup>177</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25 ed. rev., ampl. e atual. até a Lei nº 12.587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012, pag. 492.

<sup>178</sup> Art. 237. § 1º A companhia de economia mista somente poderá participar de outras sociedades quando autorizada por lei no exercício de opção legal para aplicar Imposto sobre a Renda ou investimentos para o desenvolvimento regional ou setorial. § 2º As instituições financeiras de economia mista poderão participar de outras sociedades, observadas as normas estabelecidas pelo Banco Central do Brasil.

<sup>179</sup> Art. 235. As sociedades anônimas de economia mista estão sujeitas a esta Lei, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal. § 1º As companhias abertas de economia mista estão também sujeitas às normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários. § 2º As companhias de que participarem, majoritária ou minoritariamente, as sociedades de economia mista, estão sujeitas ao disposto nesta Lei, sem as exceções previstas neste Capítulo.

artigos 5º e 7º também prevê a aplicação subsidiária da Lei das Sociedades Anônimas às sociedades de economia mista<sup>180</sup>.

Na mesma direção, a Lei das Estatais definiu em seu artigo 2º, § 2º, que “Depende de autorização legislativa a criação de subsidiárias de empresa pública e de sociedade de economia mista, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada, cujo objeto social deve estar relacionado ao da investidora, nos termos do inciso XX do art. 37 da Constituição Federal”.

O Decreto nº 8.945, de 27.12.2016, nos artigos 6º e 7º, prevê a possibilidade de a autorização legislativa para a constituição da subsidiária ser genérica, podendo constar inclusive da própria lei de criação da empresa pública ou da sociedade de economia mista controladora. Nesse caso a constituição de forma individualizada de cada subsidiária dependeria apenas de autorização do Conselho de Administração da empresa estatal mãe<sup>181</sup>.

Desta feita, são consideradas empresas estatais tanto as empresas públicas e as sociedades de economia mista quanto suas subsidiárias e controladas. As empresas públicas e sociedades de economia mista, denominadas estatais de primeiro grau, são as criadas por autorização legislativa específica, diretamente pela entidade da Administração direta, com fundamento no inc. XIX, do art. 37, da Constituição Federal, sendo as subsidiárias e controladas, denominadas estatais de segundo grau, cuja criação é ato decorrente do direito societário, mediante prévia autorização legislativa, porém, genérica, com fundamento no inc. XX, do art. 37, da Constituição Federal.

---

<sup>180</sup> Art. 5º A sociedade de economia mista será constituída sob a forma de sociedade anônima e, ressalvado o disposto nesta Lei, estará sujeita ao regime previsto na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Art. 7º Aplicam-se a todas as empresas públicas, as sociedades de economia mista de capital fechado e as suas subsidiárias as disposições da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e as normas da Comissão de Valores Mobiliários sobre escrituração e elaboração de demonstrações financeiras, inclusive a obrigatoriedade de auditoria independente por auditor registrado nesse órgão.

<sup>181</sup> Art. 6º A constituição de subsidiária, inclusive sediada no exterior ou por meio de aquisição ou assunção de controle acionário majoritário, dependerá de prévia autorização legal, que poderá estar prevista apenas na lei de criação da empresa pública ou da sociedade de economia mista controladora. Art. 7º Na hipótese de a autorização legislativa para a constituição de subsidiária ser genérica, o Conselho de Administração da empresa estatal terá de autorizar, de forma individualizada, a constituição de cada subsidiária.

### **CAPÍTULO III – AUTORIZAÇÃO LEGAL PARA CRIAÇÃO DE EMPRESAS ESTATAIS COMO DECORRÊNCIA DO PAPEL DO LEGISLATIVO NO CONTROLE DOS ATOS DO EXECUTIVO: AFERIÇÃO DA EXISTÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO MOTIVADOR DA CRIAÇÃO DA ESTATAL**

No regime da Constituição de 1988 a autorização legal é requisito formal indispensável para a constituição de empresas públicas e sociedades de economia mista (art. 37, XIX), assim como suas subsidiárias e controladas (art. 37, XX), independentemente da natureza da atividade, do objeto ou do campo de atuação.

Ao contrário dos serviços públicos e dos monopólios públicos em que o Estado já tem autorização constitucional para atuar, nas atividades intrínsecas da iniciativa privada há necessidade de autorização específica para possibilitar essa intervenção<sup>182</sup>.

A autorização legislativa para a constituição de uma empresa estatal destinada a exploração de atividade econômica em sentido estrito tem tripla finalidade.

A primeira seria a apuração da existência do interesse público na criação da estatal, com especificação concreta da hipótese permissiva da intervenção do Estado no domínio econômico de acordo com os fundamentos do art. 173 da Constituição (relevante interesse coletivo ou motivo de segurança nacional). O ativismo empresarial do Estado que justifica a criação de uma empresa estatal requer que esta esteja a serviço de alguma missão pública que lhe seja específica, podendo inclusive revestir-se de conteúdo axiológico em favor dos consumidores ou para fins de inclusão social.

As definições do que seja relevante interesse coletivo e segurança nacional são indeterminadas e dependem de integração legislativa caso a caso para a sua aplicação específica. Portanto, a constatação da presença do interesse público na atividade econômica estatal depende de uma valoração subjetiva por parte do legislador para avaliação da conveniência e oportunidade da atividade econômica pública.

---

<sup>182</sup> Eros Roberto Grau sustenta uma atuação ampla do Poder Legislativo para controlar a expansão do Executivo nesse processo constitutivo de empresas estatais e que abrangeria inclusive as estatais prestadoras de serviço público: “Os preceitos instrumentam o controle da expansão do Executivo pelo Legislativo. Não importam, em si, retenção dessa expansão; apenas impõem a participação do Legislativo no processo de decisão que se tome a respeito. Não se distinguem, neles, empresas estatais que exploram atividade econômica em sentido estrito – objeto específico de ordenação pelo art. 173 – daquelas que prestam serviço público. O controle que o Legislativo passa a exercitar quanto à conformação do ‘tamanho’ do Executivo é bastante amplo”. GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988, 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 248.

A designação genérica dos imperativos de segurança nacional (como é o caso, por exemplo, das atividades nucleares) e do motivo de relevante interesse coletivo deixa ao legislador ordinário a tarefa de definir o alcance dessas expressões, caso a caso. Nas palavras de Luís Roberto Barroso: “O elevado grau de fluidez desses termos não permite uma definição linear e genérica que lhes confira sempre a mesma identidade e significado. Por projetarem-se no campo dos conceitos jurídicos indeterminados reclamam delineamento específico em cada caso concreto”<sup>183</sup>.

O interesse público característico da empresa estatal não se confunde com o interesse público que integra o conceito de função social da empresa, prevista nos arts. 116, parágrafo único e 154, caput, da Lei 6.404/76 que é comum a todas as companhias, independentemente da origem do capital social. O próprio art. 238 da LSA traz clara essa distinção ao especificar a responsabilidade do controlador nas orientações das atividades da companhia para que ela possa “atender ao interesse público que justificou a sua criação”.

Sendo assim, a constatação da presença do interesse público motivador da criação da estatal depende de uma valoração subjetiva por parte do legislador que difere caso a caso para a aferição do relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, na esteira do art. 173 da CF.

A segunda finalidade consiste na definição clara, precisa e completa da missão pública inerente a essa entidade, fornecendo os critérios para delimitar sua atuação de acordo com a natureza do interesse coletivo que justificou a criação da estatal e que deverá ser perseguido, especificando o objeto, os propósitos e as principais linhas de direção da organização, podendo dispor também sobre operações permitidas e vedadas e linhas específicas de políticas públicas, de modo a facilitar o exercício do controle finalístico<sup>184</sup>. Veja-se, para ilustrar, que a Lei n. 9.478, de 06.08.1997, que institui o novo marco legal do setor de petróleo e gás, ao mesmo tempo redefiniu o objeto da Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás, antes tratado na Lei n. 2.004, de 03.10.1953, tornando mais clara o seu campo de atuação específico<sup>185</sup>.

---

<sup>183</sup> BARROSO, Luís Roberto. Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. Inocorrência de abuso de poder econômico. *In: \_\_\_\_*. Temas de direito constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 408-409.

<sup>184</sup> A lei autorizadora deverá atentar apenas para não incorrer em uma especificação demasiada, com excessos de minúcias que possa comprometer a celeridade tão esperada com a criação da estatal. A empresa constituída precisa ser ágil para se adaptar e responder prontamente a dinâmica das mudanças do mercado e das inovações tecnológicas, atualizando-se e implementando novas ideias para poder ser produtora e assim conseguir desempenhar mecanismos para a consecução do objetivo de interesse público específico para o qual foi criada.

<sup>185</sup> Conforme disposto no art. 61, verbis: “A Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS é uma sociedade de economia mista vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que tem como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o

A terceira dessas finalidades é a de atuar como mecanismo para controlar e limitar a expansão desmesurada da administração pública indireta, a fim de avaliar se estariam presentes no caso concreto os requisitos que permitem a intervenção em caráter subsidiário do Estado na atividade econômica em sentido restrito, evitando com isso violação ao princípio da liberdade de iniciativa e livre concorrência.

Considerando os conceitos jurídicos extremamente indeterminados, a avaliação da necessidade de atuação do Estado e o juízo de insuficiência da atuação da iniciativa privada em determinado setor, deve ser exercida pelo Legislativo, caso a caso, conferindo-lhe ampla margem de discricionariedade política para qualificar a atuação do Estado em dada atividade como de relevante interesse coletivo.

Compete ao Legislativo, identificar a extensão das atividades essenciais que não podem ser desempenhadas a contento pelos particulares inseridas no conceito fluido de relevante interesse coletivo e imperativos de segurança nacional. Ademais, exercendo a estatal atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada, deverá ser aferida a estrita vinculação da estatal à finalidade descrita na lei criativa, em respeito ao princípio da especialidade, como ocorre na criação das sociedades de economia mista (art. 237, LSA), de forma a evitar a concorrência desleal.

Portanto, por meio da autorização legislativa se assegura ao titular do interesse público tutelado – a coletividade – por meio de seus representantes, o exercício dessa avaliação de forma criteriosa.

Pontes de Miranda, ao analisar o art. 146 da Constituição de 1946 que permitia a intervenção da União no domínio econômico, inclusive para monopolizar determinada indústria ou atividade, na linha, aliás, do que já previa o art. 116 da Constituição de 1934, ressaltava a necessidade de observância dos requisitos da existência de lei especial e da presença do interesse público para autorizar a intervenção do Estado na economia, respeitados ainda os direitos fundamentais assegurados na Constituição.

A atuação do legislativo, por meio da lei autorizadora, era apontada pelo autor como essencial para a aferição da existência do interesse público na intervenção Estatal eis que cabe aos legisladores pesar os interesses envolvidos para apurar se a medida interventiva de fato trará

---

processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins, conforme definidas em lei”.

proveitos para o povo e para o Estado. A ampla discussão nas comissões e no plenário possibilita que se apontem as vantagens e os inconvenientes da intervenção de modo a definir se é do interesse público que se operem mudanças no domínio econômico<sup>186</sup>.

Pois bem. Pelo até aqui exposto, verifica-se que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado se dá de forma excepcional sendo permitida a atuação estatal apenas nas hipóteses expressamente delimitadas pela Constituição Federal, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, definidos em lei (art. 173, *caput*), seguindo o princípio da subsidiariedade para evitar uma atuação descontrolada e desmedida do Estado na economia.

Essa atuação se dá por meio de empresas públicas e sociedades de economia mista (estatais de primeiro grau) bem como suas respectivas subsidiárias e controladas (estatais de segundo grau), instituídas para o desenvolvimento de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, após autorização legislativa prévia por lei específica para as estatais de primeiro grau (art. 37, inc. XIX, CF) e por lei de caráter geral para as estatais de segundo grau (art. 37, inc. XX, CF).

A reserva de lei em sentido formal prevista na Constituição Federal para autorizar a instituição de empresas públicas e sociedades de economia mista (art. 37, XIX) e também autorizar a criação de suas subsidiárias e controladas, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada (art. 37, XX) é justificada pela necessidade de o Poder Legislativo deliberar sobre o atendimento dos requisitos constitucionais que precisam ser definidos por lei para autorizar a intervenção direta do Estado no domínio econômico (imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo), conforme previsto no *caput* do art. 173, da CF. Há, portanto, a necessidade de uma análise bipartida entre os estudos econômicos e estratégicos realizados pelo Executivo para a atuação do Estado em dado setor da economia e a aferição do interesse público envolvido a justificar essa atuação, a cargo do Legislativo. E é por meio da lei

---

<sup>186</sup> De acordo com Pontes de Miranda: “a exigência da *lex specialis* assegura elaboração mais cuidada, mais atenta, mais precisa, e discussão mais concentrada da matéria da medida interventiva. A concentração do exame e dos argumentos serve a melhor meditação e deliberação das câmaras legislativas e do Presidente da República, ao ter de sancionar o projeto aprovado e enviado como unidade homogênea”. E, em relação ao interesse público, assinala: “O interesse quase sempre é econômico, mas pode ocorrer que seja moral, político, cultural ou misto. Outrossim, o interesse pode ser do povo, do Estado, ou de alguma região que, sendo desigual, possa ser desigualmente tratada sem ofensa ao princípio da isonomia”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Parecer N. 28: Sobre monopólio estatal e contratos de importação de petróleo feitos pelas empresas nacionais, antes do ato de monopolização (28 de dezembro de 1963). *In* Dez anos de pareceres, Rio de Janeiro: Francisco Alves, v.1, 1974, p. 282-298.

autorizadora que o Poder Legislativo avalia a existência do interesse coletivo incorporado na companhia a justificar a sua criação, ou seja, sua missão pública específica.

Nesse sentido advertem Henrique Motta Pinto e Mario Engler Pinto Júnior<sup>187</sup>:

A constatação sobre a relevância do interesse coletivo ou a presença do motivo de segurança nacional, autorizadores do ingresso do Estado no domínio econômico, não é exclusiva do Poder Executivo, mas deve ser compartilhada com o Poder Legislativo, à medida que envolve um juízo eminentemente político. É o que se depreende da referência expressa, constante da parte final do caput do art. 173, que atribui à lei o condão de definir concretamente aqueles pressupostos jurídicos. “Relevante interesse coletivo” e “segurança nacional” são conceitos indeterminados, que não prescindem de integração legislativa para sua aplicação específica.

No caso da sociedade anônima, por exemplo, ela só será considerada de economia mista se ao lado dos demais requisitos - combinação de capitais públicos e privados e participação majoritária do Estado nas ações da sociedade com direito a voto – a sua criação for autorizada por lei, sendo esse o traço marcante que a diferencia da sociedade anônima comum com participação acionária estatal.

O Decreto-Lei nº 200, de 25.02.1967, estabelece a autorização legislativa como requisito essencial para a configuração da sociedade de economia mista, conforme a definição disposta no art. 5º, inciso III (com redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969). Essa exigência legislativa é mantida pela atual Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76, art. 236, c/c art. 237).

A falta de autorização legislativa descaracteriza o ente como sociedade de economia mista sendo tratado apenas como uma sociedade anônima comum sob controle estatal (caso a titularidade do controle acionário seja executada por pessoa jurídica de Direito Público, direta ou indiretamente).

A Lei nº 13.303, de 30.06.2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, editada em cumprimento ao previsto no art. 173, § 1º, da CF, reprisa a exigência constitucional da autorização legislativa prévia de que tratam os incisos XIX e XX do art. 37, para a constituição das empresas estatais e suas respectivas subsidiárias (art. 2º, §§ 1º e 2º).

---

<sup>187</sup> PINTO, Henrique Motta; PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Empresas estatais. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 48-49.

Acerca desse requisito fundamental já se manifestou Eros Roberto Grau: “A sociedade de economia mista, pois, é criada por lei. Este o elemento primordial a caracterizá-la como sociedade de economia mista: a criação por lei. Cuida-se aqui, evidentemente, não da criação da sociedade como pessoa jurídica, mas da criação de um modelo jurídico especial, excepcional em relação ao modelo ortodoxo de sociedade anônima”<sup>188</sup>.

É papel da lei autorizativa definir a missão pública inerente a empresa estatal controlada pelo Estado, detalhando os propósitos e as principais linhas de sua atuação, fornecendo os critérios para delimitar o interesse público que justificou sua criação, de maneira a permitir o exercício do controle finalístico que o interesse público específico requer.

Mas, sobretudo, a medida também permite ao Legislativo exercer o controle da expansão desmesurada do Executivo. Conforme se depreende do voto vencedor do Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 234-1<sup>189</sup>.

Em conclusão, o fundamento da prévia autorização legislativa repousa na necessidade de o Poder Legislativo avaliar a procedência da intervenção realizada pelo Poder Executivo na atividade econômica conferindo a existência do interesse público coletivo invocado como justificativa para essa intervenção<sup>190</sup>.

Não se trata de requisito meramente formal para autorizar o Estado a atuar empresarialmente, mas de atribuição com conteúdo finalístico para delimitar o interesse público que justificou a criação da companhia, nos moldes do permitido pelo art. 173 da CF, prerrogativa conferida constitucionalmente ao Poder Legislativo.

Paralelamente, a tais razões, essa mesma prerrogativa também deve ser assegurada ao Legislativo nos casos em que o Estado deliberar pelo seu afastamento da exploração direta da atividade econômica em face da necessidade de reavaliação pelo Legislativo do interesse público em jogo para validar a decisão administrativa dessa retirado do Estado.

---

<sup>188</sup> Eros Roberto Grau, RDM, 55:38, citado por Modesto Carvalhosa. CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, 4º volume, tomo I: arts. 206 a 242: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. 5ª ed. rev. e. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 376.

<sup>189</sup> “A ideia de sociedade de economia mista traz consigo mesma, na própria Constituição, a exigência de controle estatal permanente, de controle estatal pelo domínio da maioria do capital votante. Exatamente porque, concebido como instrumento da política econômica do Estado agente econômico, deversem surgir do juízo político sobre a concorrência dos pressupostos do art. 173, o art. 37, XIX, reclamou lei específica para a criação de empresa pública e da sociedade de economia mista”.

<sup>190</sup> Nesse sentido Modesto Carvalhosa. CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, 4º volume, tomo I: arts. 206 a 242: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. 5ª ed. rev. e. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p.411.

### **3.1. Autorização legislativa específica para criação de empresas públicas e sociedades de economia mista**

No regime da Constituição Federal de 1967, facultava-se ao Estado a intervenção no domínio econômico quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não pudesse ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa (art. 163, com redação da Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969), com possibilidade de exploração direta, em caráter suplementar da iniciativa privada, por meio de empresas públicas e sociedades de economia mista regidas pelas normas aplicáveis as empresas privadas (art. 170, §§ 1º e 2º), tudo definido mediante lei federal.

Porém, a norma constitucional nada referia em relação à forma de constituição dessas empresas públicas e sociedades de economia mista, muito menos suas subsidiárias e controladas.

A antiga Lei das Sociedades Anônimas - Decreto-Lei nº 2.627, de 26.09.1940 – também não tratou das sociedades de economia mista, apesar de muitas delas já existirem à época de sua edição e ao longo da sua vigência, como no caso do Banco do Brasil (fundado em 1808). À mingua de uma regra geral, as estatais se valiam das leis e tratados que as instituíram para regular o funcionamento de seus órgãos e a nomeação de seus administradores, a exemplo da Petrobrás, criada pela Lei nº 2004, de 03.10.1953, e que, inclusive, continha autorização genérica para a criação de subsidiárias (art. 39)<sup>191</sup>.

Foi o Decreto-Lei nº 200, de 25.02.1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, que tratou pela primeira vez, como regra geral, da definição das empresas públicas e sociedades de economia mista, estabelecendo os requisitos legais para a sua constituição, incluindo a exigência de autorização legislativa prévia. Especificamente em relação a sociedade de economia mista definiu-a como sendo “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada<sup>192</sup> por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta” (art. 5º, inciso III, com redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969).

A nova Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76) manteve essa exigência legislativa ao estabelecer que a constituição de sociedade de economia mista “depende de prévia

---

<sup>191</sup> Disposição mantida pela Lei nº 9.478, de 06.08.1997 (arts. 64 e 65).

<sup>192</sup> A expressão “criada” atualmente deve ser interpretada como “autorizada por lei” a fim de compatibilizar-se com o art. 37, inc. XIX, da CF.

autorização legislativa” (LSA, art. 236). Essa disposição é ratificada pelo artigo 237 do mesmo estatuto legal ao referir que a companhia de economia mista somente poderá explorar os empreendimentos ou exercer as atividades previstas “na lei que autorizou a sua constituição”.

A LSA, como lei geral das Sociedades Anônimas, recepcionou as leis especiais anteriores que criaram as sociedades de economia mista, aí incluídas o Banco do Brasil e a Petrobrás, passando tais sociedades, a partir daí, a terem que adaptar suas normas às novas exigências da LSA, como no que diz respeito à obrigatoriedade de Conselho de Administração, por exemplo.

Foi também a LSA que passou a disciplinar, em caráter geral, a participação da companhia de economia mista em subsidiárias e controladas, conforme consta do art. 237, §§ 1º e 2º, dispondo que a companhia de economia mista “somente poderá participar de outras sociedades quando autorizada por lei no exercício de opção legal para aplicar Imposto sobre a Renda ou investimentos para o desenvolvimento regional ou setorial” (art. 237, § 1º). E, em se tratando de instituições financeiras, essa autorização legal poderia ser materializada por norma do Banco Central do Brasil, conforme expressa o art. 237, § 2º: “As instituições financeiras de economia mista poderão participar de outras sociedades, observadas as normas estabelecidas pelo Banco Central do Brasil”.

Em virtude dessa previsão legal, praticamente todas as subsidiárias e controladas de instituições financeiras, criadas no regime anterior ao da Constituição Federal de 1988, foram autorizadas de forma exclusivamente administrativa pelo BACEN/CMN, com suporte no art. 237, § 2º, c/c o art. 251, da LSA, no caso das subsidiárias integrais.

Trata-se, neste caso, no entender de Modesto Carvalhosa, de substituição da autorização legislativa pela autorização administrativa, a cargo do Banco Central (e do Conselho Monetário Nacional) e que vigorou de forma independente para as instituições financeiras até o advento da Constituição de 1988, quando então o art. 37, inc. XX, passou a exigir “autorização legislativa” para a constituição de subsidiárias de empresas públicas e sociedades de economia mista, de modo geral, sem prever exceções, ficando assim revogada a possibilidade da autorização administrativa para a constituição de subsidiárias e controladas das instituições financeiras, em caráter de exclusividade, como substituta da autorização legislativa<sup>193</sup>.

---

<sup>193</sup> CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, 4º volume, tomo I: arts. 206 a 242: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. 5ª ed. rev. e. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 430-431.

Sob a égide da Constituição de 1988, de acordo com o previsto nos incisos XIX e XX do art. 37, com redação dada pela EC nº 19/1998, a instituição de empresas estatais pressupõe a necessidade de autorização legislativa prévia, sendo que a forma dessa autorização irá variar conforme a natureza da empresa estatal (estatais de primeiro grau ou de segundo grau).

De acordo com os dispositivos mencionados, a instituição de empresa pública e de sociedade de economia mista será autorizada somente por lei específica, nos termos do art. 37, inc. XIX, da Constituição Federal, dependendo de autorização legislativa a criação das subsidiárias dessas respectivas entidades, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada (CF, art. 37, inc. XX)<sup>194</sup>.

A primeira forma de autorização destina-se a criação das estatais de primeiro grau - empresas públicas e sociedades de economia mista -, exigindo lei específica onde será detalhado o interesse coletivo, ou seja, a missão pública explícita e determinada para ser cumprida pela estatal. A segunda, destina-se as estatais de segundo e subsequentes graus – subsidiárias e controladas das estatais de primeiro grau – em que a autorização pode se dar por lei de caráter genérico sendo desnecessária a especificação do interesse público por estar implícita sendo da essência da subsidiária que a sua finalidade guarde correlação lógica com o objeto social da empresa matriz, assegurando-se assim a sua finalidade publicista.

Atualmente, a Lei nº 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, editada em cumprimento ao previsto no art. 173, § 1º, da CF, ressalta a exigência constitucional da autorização legislativa prévia para a constituição das empresas estatais e suas respectivas subsidiárias (art. 2º, §§ 1º e 2º)<sup>195</sup>.

Diferente das autarquias e das fundações autárquicas, as quais seguem o regime jurídico de direito público e são criadas diretamente pela lei, as empresas estatais nascem com

---

<sup>194</sup>CF/1988, 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;”

<sup>195</sup>Lei nº 13.303, de 30.06.2016: “Art. 2º A exploração de atividade econômica pelo Estado será exercida por meio de empresa pública, de sociedade de economia mista e de suas subsidiárias. § 1º A constituição de empresa pública ou de sociedade de economia mista dependerá de prévia autorização legal que indique, de forma clara, relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, nos termos do caput do art. 173 da Constituição Federal. § 2º Depende de autorização legislativa a criação de subsidiárias de empresa pública e de sociedade de economia mista, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada, cujo objeto social deve estar relacionado ao da investidora, nos termos do inciso XX do art. 37 da Constituição Federal.”

o registro público de seus estatutos, limitando-se a lei a autorizar a sua instituição pelo ente do Poder Público, conferindo-se as diretrizes gerais de sua estrutura e de sua finalidade<sup>196</sup>. O objetivo da constituição de empresas estatais é possibilitar ao Estado o exercício de atividades econômicas com maior versatilidade e celeridade, não se sujeitando às inúmeras injunções administrativas constitucionais e legais impostas aos órgãos e entidades públicas. E a instituição da estatal mediante autorização legal tem como finalidade a vinculação da empresa aos fins e objetivos definidos na lei instituidora em respeito aos princípios da especialização e da legalidade.

Constituem elementos geralmente contemplados pela lei de autorização específica, dentre outros, a denominação social da empresa, a caracterização como empresa pública ou sociedade de economia mista, o tipo societário (sociedade por ações, obrigatório para as sociedades de economia mista), o objeto da empresa e o controle acionário estatal (propriedade de 50% das ações, mais uma ação, do capital votante, nas sociedades de economia mista e de 100% nas empresas públicas).

Apenas para exemplificar cita-se o caso da Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás), Sociedade de Economia Mista instituída pela Lei n. 2.004, de 03.10.1953 e remodelada pela Lei n. 9.478, de 06.08.1997<sup>197</sup> e da Indústria de Material Bélico do Brasil – IMBEL, constituída pela Lei n. 6.227, de 14.07.1975<sup>198</sup>, cujas leis de autorização especificam claramente a denominação social da empresa, seus objetivos, composição do capital social dentre outros.

---

<sup>196</sup> A definição da área de atuação de empresas públicas ou sociedades de economia mista é feita por lei ordinária. (STF, Pleno, ADI 4.895, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 7-12-2020, p. *DJE* de 4-2-2021).

<sup>197</sup> Lei n. 2.004, de 03.10.1953: Art. 5º Fica a União autorizada a constituir, na forma desta lei, uma sociedade por ações, que se denominará Petróleo Brasileiro S. A. e usará a sigla ou abreviatura de Petrobrás. Art. 10. A União subscreverá a totalidade do capital inicial da Sociedade, que será expresso em ações ordinárias e, para sua integralização, disporá de bens e direitos que possui, relacionados com o petróleo, inclusive a permissão para utilizar jazidas de petróleo, rochas betuminosas e pirobetuminosas e de gases naturais; também subscreverá, em todo aumento de capital, ações ordinárias que lhe assegurem pelo menos 51 % (cinquenta e um por cento) do capital votante.

Lei n. 9.478, de 06.08.1997: “Art. 61. A Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS é uma sociedade de economia mista vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que tem como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins, conforme definidas em lei. Art. 62. A União manterá o controle acionário da PETROBRÁS com a propriedade e posse de, no mínimo, cinquenta por cento das ações, mais uma ação, do capital votante”.

<sup>198</sup> Lei n. 6.227, de 14.07.1975. “Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a constituir uma Empresa Pública, na conformidade do inciso II, do artigo 5º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967, alterado pelo Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, denominada Indústria de Material Bélico do Brasil - IMBEL, vinculada ao Ministério do Exército. Art. 2º A IMBEL, que desenvolverá suas atividades no setor de material bélico, com estrita observância das Políticas, Planos e Programas do Governo Federal e das diretrizes fixadas pelo Ministro do Exército, tem por objetivo: (...)”.

Não resta dúvida, portanto, de que as empresas estatais e suas controladas devem ter sua criação autorizada pelo Poder Legislativo, dentro das respectivas esferas de jurisdição, devendo ser por meio de lei específica para as empresas mãe (CF, art. 37, inc. XIX) e podendo ser por norma geral para suas subsidiárias e controladas (CF, art. 37, inc. XX), considerando a premissa de que estas devem seguir o objeto social da estatal mãe.

### **3.2. Autorização legislativa genérica para criação de subsidiárias e controladas de empresas públicas e sociedades de economia mista**

A jurisprudência do STF (ADI 1.649 MC/DF) consolidou o entendimento de que a autorização legislativa para a criação de subsidiárias e controladas de empresas públicas e sociedades de economia mista não necessita ser específica, podendo revestir-se de caráter genérico<sup>199</sup>.

De acordo com interpretação literal, a exigência de especificidade consta apenas para a criação das estatais de primeiro grau (art. 37, XIX). Para as subsidiárias e controladas há exigência apenas de autorização legislativa, interpretando-se a expressão “em cada caso” do art. 37, inc. XX, como se referindo a cada companhia controladora ou ramo de atividade e não a cada sociedade controlada ou subsidiária.

A lei deve ser específica em relação às empresas públicas e sociedades de economia mista porque cumpre a ela indicar os parâmetros concretos para identificação do interesse coletivo motivador da criação dessas estatais. Para as subsidiárias e controladas a norma constitucional dispensa a necessidade de atribuição de missão pública específica, explícita e determinada porque considerando a obrigação desta guardar correlação lógica com o objeto social da empresa matriz, obrigatoriamente a finalidade publicista já estará resguardada.

Alinhado ao previsto no art. 37, inc. XX, da CF, o Decreto nº 8.945, de 27.12.2016, que regulamenta a Lei das Estatais, estabelece a possibilidade da autorização legislativa prévia para a empresa estatal criar subsidiárias e controladas e também para participar em sociedade privada (participações minoritárias em coligadas e simples participações) estar prevista apenas na lei de criação da empresa pública ou da sociedade de economia mista controladora, caso em

---

<sup>199</sup> Embora haja na doutrina quem entenda que a exigência de autorização legislativa se estende a cada ato de constituição de subsidiária ou participação em empresas privadas, atento à finalidade do comando de submeter ao Legislativo, de forma rígida, o crescimento da administração, servindo como controle do Legislativo sobre a possibilidade de conter a expansão desmotivada do Estado. PEREIRA, Tadeu Rabelo. Regime(s) Jurídico(s) das Empresas Estatais que Exploram Atividade Econômica. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 113.

que caberá ao Conselho de Administração da estatal autorizar, de forma individualizada, a constituição de cada subsidiária ou a participação em cada empresa (arts. 6º, 7º e 8º)<sup>200</sup>.

A disposição do Decreto nº 8.945/2016, traduz posição do STF - consignada no julgamento da ADI 1.649 MC/DF<sup>201</sup> que aferiu a constitucionalidade dos artigos 64 e 65 da Lei n. 9.478/97 que tratam da criação das subsidiárias da Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás)<sup>202</sup> - dispensando autorização legislativa específica para a criação de subsidiárias de empresas públicas e de sociedades de economia mista, desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa matriz, sendo a lei criadora da sociedade estatal mãe a própria medida autorizadora da constituição da subsidiária, com o que fica atendido o requisito da autorização legislativa do art. 37, inc. XX, da CF<sup>203</sup>.

No caso, o STF entendeu que, em razão da previsão para a criação de subsidiárias da Petrobrás já constar na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz, houve

---

<sup>200</sup>Decreto nº 8.945, de 27.12.2016: “Art. 6º A constituição de subsidiária, inclusive sediada no exterior ou por meio de aquisição ou assunção de controle acionário majoritário, dependerá de prévia autorização legal, que poderá estar prevista apenas na lei de criação da empresa pública ou da sociedade de economia mista controladora. Art. 7º Na hipótese de a autorização legislativa para a constituição de subsidiária ser genérica, o Conselho de Administração da empresa estatal terá de autorizar, de forma individualizada, a constituição de cada subsidiária. Parágrafo único. A subsidiária deverá ter objeto social vinculado ao da estatal controladora. Art. 8º A participação de empresa estatal em sociedade privada dependerá de: I - prévia autorização legal, que poderá constar apenas da lei de criação da empresa pública ou da sociedade de economia mista investidora; II - vinculação com o objeto social da empresa estatal investidora; e III - na hipótese de a autorização legislativa ser genérica, autorização do Conselho de Administração para participar de cada empresa.”

<sup>201</sup>Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 9.478/97, artigos 64 e 65: Autorização à Petrobrás para constituir subsidiárias que poderão associar-se, majoritariamente ou minoritariamente, a outras empresas. Ofensa aos arts. 2º, 37, XIX e XX da Constituição Federal. Alegação improcedente. Cautelar indeferida. 1. Dispensa-se de autorização legislativa a criação de empresas públicas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz. A lei criadora é a própria medida autorizadora. 2. Os artigos 64 e 65 da Lei n. 9.478, de 06 de agosto de 1977, não são inconstitucionais. Instituída a sociedade de economia mista (CF, art. 37, XIX) e delegada à lei que a criou permissão para a constituição de subsidiárias, as quais poderão majoritariamente ou minoritariamente associar-se a outras empresas, o requisito da autorização legislativa (CF, art. 37, XX) acha-se cumprido, não sendo necessária a edição de lei especial para cada caso. 3. A Constituição Federal ao referir-se à expressão autorização legislativa, em cada caso, o faz relativamente a um conjunto de temas, dentro de um mesmo setor. A autorização legislativa, na espécie, abrange o setor energético resultante da política nacional do petróleo definida pela Lei n. 9.478/97. 4. Inexistência de violação aos incisos XIX e XX do art. 37 e ao art. 2 da Carta Federal. Pedido cautelar indeferido. (STF, Pleno, ADI 1.649-MC/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 29.10.1997, DJ 08.09.2000)

<sup>202</sup>Lei n. 9.478, de 06.08.1997, art. 64: “Para o estrito cumprimento de atividades de seu objeto social que integrem a indústria do petróleo, fica a PETROBRÁS autorizada a constituir subsidiárias, as quais poderão associar-se, majoritariamente ou minoritariamente, a outras empresas”. A Lei n. 2.004, de 03.10.1953, já autorizava a Petrobrás a operar por meio de subsidiárias, conforme previsão do art. 39 “A Sociedade operará diretamente ou através de suas subsidiárias, organizadas com aprovação do Conselho Nacional do Petróleo, nas quais deverá sempre ter a maioria das ações com direito a voto”.

<sup>203</sup>Desse entendimento diverge Celso Antônio Bandeira de Mello sustentando que o Legislativo não pode conferir autorização genérica ao Executivo para instituir empresas estatais subsidiárias pois isto deve ser feito por lei qualificadora do que se deva entender como “relevante interesse coletivo” a justificar a criação da estatal, nos precisos termos do permitido pelo art. 173, da CF (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 31ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014, p.209).

dispensa de autorização legislativa específica para constituição dessas subsidiárias. A redação confusa do inciso XX do art. 37 da Constituição Federal levou o Supremo Tribunal Federal a interpretar a expressão “em cada caso” a que se refere o texto constitucional como sendo apenas indicativa do setor, área ou ramo de atividade específica em que a atividade da sociedade estatal necessita operar por meio de subsidiárias, e não a individualização em si de cada subsidiária ou controlada, até porque seria impossível individualizar a empresa quando a sua própria criação está dependente da autorização legislativa<sup>204</sup>.

Essa autorização genérica se justificaria inclusive pela necessidade de conferir maior versatilidade às empresas estatais na criação de suas subsidiárias. Não raras vezes a criação dessas empresas se dá depois de intensas negociações, muitas delas de natureza sigilosa para o mercado. Esse tipo de operação restaria inviabilizada em boa parte dos casos se houvesse necessidade de aprovação de uma lei específica previamente a sua constituição<sup>205</sup>.

Essa também é a opinião de Modesto Carvalhosa: “Assim, o preceito constitucional que determina a autorização, caso a caso, encontrada no inciso XX do art. 37 da Carta de 1988 deve ser entendido não em razão de cada empresa estatal ou privada de que irá participar a sociedade mista, mas, sim, em razão da atividade de que irá participar”.<sup>206</sup>

O Supremo Tribunal Federal, portanto, aceitou a higidez constitucional da autorização legal genérica para a participação da sociedade de economia mista em outras atividades, na esteira do art. 37, XX, da Constituição Federal para assegurar que havendo previsão na lei de constituição da empresa de primeiro grau admitindo genericamente a criação de empresas subsidiárias é dispensável autorização legislativa específica posterior.

---

<sup>204</sup> Sobre a possibilidade de criar subsidiárias somente com base na previsão genérica, contida na lei de criação da estatal de primeiro grau vide a propósito a seguinte ementa: Medida cautelar. Ação direta de inconstitucionalidade. Arts. 4º, 5º, 8º, § 2º, 10 e 13 da Lei 9.295/1996. Telecomunicações. Alegada violação dos arts. 2º, 5º, 21, XI, 37, XX e XXI, 66, § 2º, 170, IV e V, e 175 da Constituição Federal. Não ocorrência. Medida cautelar indeferida. I – A regra do art. 66, § 2º, da Constituição Federal não exige que o veto parcial abranja o caput do artigo e seu(s) parágrafo(s). II – É dispensável a autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na lei de instituição da empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação matriz, tendo em vista que a lei criadora é também a medida autorizadora. III – O Serviço de Valor Adicionado – SVA, previsto no art. 10 da Lei 9.295/1996, não se identifica, em termos ontológicos, com o serviço de telecomunicações. O SVA é, na verdade, mera adição de valor a serviço de telecomunicações já existente, uma vez que a disposição legislativa ora sob exame propicia a possibilidade de competitividade e, assim, a prestação de melhores serviços à coletividade. IV – Medida cautelar indeferida. (STF, Pleno, ADI 1491-DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 08.05.2014, p. 30.10.2014)

<sup>205</sup> SCHWIND, Rafael Wallbach. O Estado Acionista. Empresas estatais e empresas privadas com participação estatal. São Paulo: Almedina, 2017, p. 299.

<sup>206</sup> CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, 4º volume, tomo I: arts. 206 a 242: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. 5ª ed. rev. e. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 428.

Essa exigência de autorização legislativa para o desmembramento da sociedade de economia mista - e da empresa pública - serve para evitar que ela se valha da constituição de subsidiárias e sociedades controladas, para desvirtuar a missão pública que lhe foi originalmente assinalada. Segundo registrado por Mário Engler Pinto Júnior, “O risco é real, na medida em que seja permitido a companhia, por decisão interna, envolver-se em outros empreendimentos estranhos ao seu objeto (...). A lei autorizativa funciona como limite negativo para preservar a integridade do interesse público que justificou a criação da companhia mista”<sup>207</sup>.

Desta forma, a regra constitucional que exige autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias (CF, art. 37, XX) restará atendida nas hipóteses em que a própria lei que criar a empresa pública ou a sociedade de economia mista matriz prever, ainda que de forma genérica, que ela poderá participar de outras sociedades que tenham conexão com o seu objeto e visem à sua implementação dentro de determinada área ou setor, para a consecução de suas atividades.

Aliás, a autorização legislativa de caráter geral para criação de subsidiárias constante da própria lei que autoriza a constituição da estatal de primeiro grau, constitui a regra no direito brasileiro, conforme se pode verificar de inúmeras leis de criação de sociedades de economia mista e empresas públicas no país.

A Companhia Brasileira de Tecnologia Nuclear - CBTN, constituída pela Lei nº 5.740, de 01.12.1971 - posteriormente denominada Empresas Nucleares Brasileiras Sociedade Anônima – NUCLEBRÁS (Lei nº 6.189, de 16.12.1974) e Indústrias Nucleares do Brasil S.A. – INB (Decreto-lei nº 2.464, de 31.08.1988) contém previsão nesse sentido (art. 5º)<sup>208</sup>. Essa autorização possibilitou a constituição da Nuclebrás Equipamentos Pesados S.A. – NUCLEP, subsidiária da Empresas Nucleares Brasileiras S.A. – NUCLEBRÁS, conforme Decreto n. 76.805, de 16.12.1975 (art. 1º)<sup>209</sup>.

---

<sup>207</sup> PINTO JUNIOR, Mario Engler. Empresa Estatal: função econômica e dilemas societários. São Paulo, Atlas, 2013, p. 271.

<sup>208</sup> Art. 5º É facultado à NUCLEBRÁS desempenhar suas funções, diretamente ou através de subsidiárias, por convênio com órgãos públicos, por contratos com especialistas e empresas privadas, ou associação com outras entidades, observada a Política Nacional de Energia Nuclear. Parágrafo Único. Para a execução de atividades de que trata o artigo 1º, da Lei nº 4.118, de 27 de agosto de 1962, a NUCLEBRÁS só poderá constituir subsidiárias, das quais detenha, no mínimo e em caráter permanente, 51% (cinquenta e um por cento) das ações com direito a voto, por autorização do Presidente da República, mediante Decreto. (redação dada pela Lei nº 6.189, de 16.12.1974, art. 20)

<sup>209</sup> Art. 1º. Fica a Empresas Nucleares Brasileiros S.A. - NUCLEBRÁS autorizada a constituir no prazo de 90 (noventa) dias, da data de publicação deste Decreto, uma subsidiária, sob a forma de sociedade por ações, que se denominará Nuclebrás Equipamentos Pesados S.A. - NUCLEP.

A Lei nº 5.792, de 11.07.1972, autorizou a constituição da Telecomunicações Brasileiras S. A. - TELEBRÁS (art. 3º), elevada a condição de concessionária geral para a exploração dos serviços públicos de telecomunicações, em todo o território nacional (Decreto nº 74.379, de 08.08.1974). A mesma norma também autorizou a Telebrás a constituir subsidiárias e a participar do capital de outras empresas com atividades afins ao setor de telecomunicações (art. 3º, § 2º, e art. 4º)<sup>210</sup>.

O mesmo pode ser verificado da Lei n. 12.550, de 15.12.2011, que autorizou a criação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSEH, empresa pública com a finalidade de prestação de serviços públicos e que, concomitantemente, também autorizou a criação de subsidiárias, inclusive com as mesmas características da empresa estatal mãe, ou seja, empresa pública unipessoal (art. 1º, caput e § 2º)<sup>211</sup>.

No mesmo sentido podem ser mencionados os casos da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO (Lei n. 5.862, de 12.12.1972)<sup>212</sup>, da Indústria de Material Bélico do Brasil – IMBEL (Lei n. 6.227, de 14.07.1975)<sup>213</sup>, da Empresa de

---

<sup>210</sup> Art. 3º Fica o Poder Executivo autorizado a constituir uma sociedade de economia mista denominada Telecomunicações Brasileiras S/A. - TELEBRÁS, vinculada ao Ministério das Comunicações, com a finalidade de: (...) § 2º A TELEBRÁS poderá constituir subsidiárias e participar do capital de outras empresas, cujas atividades sejam relacionadas com o setor de telecomunicações. Art. 4º A TELEBRÁS, mediante autorização do Ministro das Comunicações, poderá participar do capital de empresas concessionárias de serviços públicos de telecomunicações estaduais, municipais ou particulares, visando a unificação desses serviços e ao cumprimento do planejamento global. Parágrafo único. A participação a que se refere este artigo poderá ser aumentada até que a TELEBRÁS adquira o controle da empresa, de acordo com a política estabelecida no artigo 1º.

<sup>211</sup> Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a criar empresa pública unipessoal, na forma definida no inciso II do art. 5º do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, e no art. 5º do Decreto-Lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, denominada Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSEH, com personalidade jurídica de direito privado e patrimônio próprio, vinculada ao Ministério da Educação, com prazo de duração indeterminado. (...) § 2º Fica a EBSEH autorizada a criar subsidiárias para o desenvolvimento de atividades inerentes ao seu objeto social, com as mesmas características estabelecidas no caput deste artigo, aplicando-se a essas subsidiárias o disposto nos arts. 2º a 8º, no caput e nos §§ 1º, 4º e 5º do art. 9º e, ainda, nos arts. 10 a 15 desta Lei.

<sup>212</sup> Art 1º Fica o Poder Executivo autorizado a constituir uma empresa pública, na forma definida no inciso II do artigo 5º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967, alterado pelo Decreto-lei número 900, de 29 de setembro de 1969, denominada Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO, vinculada ao Ministério da Aeronáutica. (...) § 2º Para cumprimento de seu objeto social, a Infraero é autorizada a: I - criar subsidiárias; II - participar, em conjunto com suas subsidiárias, minoritariamente ou majoritariamente, de outras sociedades públicas ou privadas; III - transferir para o Comando da Aeronáutica, do Ministério da Defesa, subsidiária que tenha como objeto a navegação aérea. § 3º As subsidiárias e as sociedades de que tratam os incisos I e II do § 2º poderão atuar também no exterior. (Redação dada pela Lei nº 13.319, de 2016).

<sup>213</sup> Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a constituir uma Empresa Pública, na conformidade do inciso II, do artigo 5º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967, alterado pelo Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, denominada Indústria de Material Bélico do Brasil - IMBEL, vinculada ao Ministério do Exército. Art. 2º (...) Parágrafo único - A IMBEL poderá criar subsidiárias e participar do capital de outras empresas que exerçam atividades relacionadas com os seus objetivos [indústria de material bélico]. (Redação dada pela Lei nº 7.096, de 1983).

Planejamento e Logística S.A. – EPL (Lei n. 12.404, de 04.05.2011)<sup>214</sup> e da transformação do Departamento dos Correios e Telégrafos (DCT) em empresa pública com a denominação de Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT (Decreto-Lei n. 509, de 20.03.1969)<sup>215</sup>.

Ainda em relação aos Correios, é interessante mencionar a exigência feita pela Lei nº 12.490, de 16.09.2011 de que a constituição de subsidiárias e a aquisição do controle ou participação acionária em sociedades empresárias já estabelecidas deverão ser comunicadas à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contado da data da concretização do ato correspondente (art. 1º, § 6º, do DL nº 509/69, -com redação dada pela Lei nº 12.490/2011). Ou seja, a despeito da autorização legal já concedida à ECT, de forma genérica, para a constituição de subsidiárias e participação em sociedades empresárias, o Congresso Nacional reservou para si um controle complementar para fiscalização das finalidades e dos limites da participação da estatal em sociedades privadas.

Doutro lado há situações em que o legislador expressamente declara não haver necessidade de edição de lei especial para a constituição de subsidiárias. Veja-se nesse sentido a lei de criação da Petróleo Brasileiro S.A. - Lei nº 2004, de 03.10.1953 - que, dentre outras disposições, tornou a refinação de petróleo nacional ou estrangeiro monopólio da União (art. 1º, II). O art. 46 autorizou a Petrobrás a participar como acionista de qualquer das refinarias em funcionamento no País (excluídas do monopólio por força do art. 43), inclusive para o fim de torná-las subsidiárias, independentemente de autorização legislativa especial<sup>216</sup>.

Essa aquisição de ações se daria por meio de compra na bolsa ou por desapropriação por necessidade pública, utilidade pública ou interesse social em decorrência da atividade estar abrangida por monopólio estatal. Em tal condição a União, por sua estatal a Petróleo Brasileiros

---

<sup>214</sup> Art. 1º Esta Lei autoriza a União a criar a Empresa de Planejamento e Logística S.A. - EPL; estabelece medidas voltadas a assegurar a sustentabilidade econômico-financeira do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES; e dispõe sobre a autorização para garantia do financiamento do Trem de Alta Velocidade - TAV, no trecho entre os Municípios do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, e Campinas, Estado de São Paulo. Art. 5º, § 4º A EPL poderá constituir subsidiária integral, bem como participar como sócia ou acionista minoritária em outras sociedades, desde que essa constituição ou participação esteja voltada para o seu objeto social, nos termos da legislação vigente. (Redação dada pela Lei nº 12.743, de 19.12.2012).

<sup>215</sup> Art. 1º, § 3º Para a execução de atividades compreendidas em seu objeto, a ECT poderá: I - constituir subsidiárias; e II - adquirir o controle ou participação acionária em sociedades empresárias já estabelecidas. § 4º É vedado às empresas constituídas ou adquiridas nos termos do § 3º atuar no serviço de entrega domiciliar de que trata o monopólio postal. § 5º (VETADO). § 6º A constituição de subsidiárias e a aquisição do controle ou participação acionária em sociedades empresárias já estabelecidas deverão ser comunicadas à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contado da data da concretização do ato correspondente. (Incluído pela Lei nº 12.490, de 2011).

<sup>216</sup> Art. 46. A Petróleo Brasileiro S. A. poderá, independentemente de autorização legislativa especial, participar, como acionista, de qualquer das empresas de refinação de que tratam os artigos antecedentes para o fim de torná-las suas subsidiárias. Parágrafo único. A Petróleo Brasileiro S.A. adquirirá nos casos do presente artigo no mínimo 51% (cinquenta e um por cento) das ações de cada empresa.

S.A., assumiria o lugar das empresas de refinaria desapropriadas ou encampadas operando-se a transferência da posição jurídica subjetiva, notadamente em relação as obrigações assumidas pela antiga refinaria perante terceiros, conforme leciona Pontes de Miranda (Tratado de Direito Privado, Tomo XXIII, parágrafo 2.871-2881)<sup>217</sup>.

Trata-se esse exemplo, na verdade de uma hipótese em que a autorização legislativa para a empresa estatal constituir subsidiárias ou participar de empresas privadas já constou inserida de forma específica na própria norma de criação da estatal de primeiro grau.

De notar que a decisão do STF na ADI 1.649, não estabeleceu que a autorização legislativa necessária para constituição de subsidiárias e controladas deva ter cunho genérico. Ela definiu apenas a possibilidade de dispensa de autorização legislativa específica para a criação de subsidiárias quando houver previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa estatal matriz, sendo nesse caso a lei criadora a própria medida autorizadora.

Nada obsta, portanto, que a autorização já conste de forma específica na própria lei de criação da estatal mãe, com a indicação do segmento de atuação em que a subsidiária irá atuar<sup>218</sup>.

E nas hipóteses em que não exista autorização para constituir subsidiárias no ato de fundação da estatal, poderá ser editada norma posterior concedendo, em caráter geral ou específico, autorização permitindo a empresa matriz criar subsidiárias e controladas, caso a caso, para consecução de seu objeto.

Aliás, essa é a situação do Banco do Brasil S.A. que, por ausência de previsão na lei de constituição, possui subsidiárias com criações autorizadas por normas posteriores, tanto de caráter específico quanto geral.

A autorização legislativa genérica para o BB constituir subsidiárias integrais e controladas constou pela primeira vez da Medida Provisória nº 443, de 21.10.2008, posteriormente convertida na Lei nº 11.908, de 03.03.2009, aplicável também a Caixa

---

<sup>217</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Parecer N. 28: Sobre monopólio estatal e contratos de importação de petróleo feitos pelas empresas nacionais, antes do ato de monopolização (28 de dezembro de 1963). *In* Dez anos de pareceres, Rio de Janeiro: Francisco Alves, v.1, 1974, p. 282-298.

<sup>218</sup> Vide, por exemplo, a segunda lei de criação da Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRÁS (Lei nº 9.478, de 06.08.1997), que contém disposição expressa no artigo 65 obrigando a Petrobrás a constituir uma subsidiária específica para operar no setor de transporte de petróleo, seus derivados e gás natural (atualmente a Petrobrás Transporte S.A. – Transpetro) – “Art. 65. A PETROBRÁS deverá constituir uma subsidiária com atribuições específicas de operar e construir seus dutos, terminais marítimos e embarcações para transporte de petróleo, seus derivados e gás natural, ficando facultado a essa subsidiária associar-se, majoritariamente ou minoritariamente, a outras empresas”. Com isso para a Petrobrás alienar sua participação na Transpetro será necessário criar outra sociedade por ela controlada para atuar no transporte de hidrocarbonetos e seus derivados.

Econômica Federal. Até então leis eram elaboradas para autorizar a criação de subsidiárias específicas do BB, com objetivos de atuação definidos caso a caso, nos termos do art. 251 da Lei nº 6.404/76, como por exemplo a Lei nº 8.413, de 14.04.1992<sup>219</sup>, que autoriza o BB a constituir subsidiária na Comunidade Econômica Europeia e a Lei nº 10.738, de 17.09.2003 que dispõe sobre a criação de subsidiárias integrais do BB para atuação no segmento de microfinanças e consórcios<sup>220</sup>.

Por meio da Lei n. 11.908, de 03.03.2009<sup>221</sup>, BB e CEF foram autorizados a constituir subsidiárias integrais ou controladas para cumprimento de atividades de seu objeto social (portanto de caráter genérico), bem como a adquirirem participações em instituições financeiras, incluindo empresas dos ramos securitário, previdenciário e de capitalização.

A Rede Ferroviária Federal Sociedade Anônima (R.F.F.S.A.), constituída pela Lei nº 3.115, de 16.03.1957, autoriza o Poder Executivo a constituir subsidiárias mediante Decreto (art. 5º)<sup>222</sup>. O Decreto nº 74.242, de 28.06.1974<sup>223</sup>, autorizou a criação de subsidiária específica destinada a estudar, projetar, construir e fiscalizar empreendimento ferroviários. Com base nessa previsão foi criada a Empresa de Engenharia Ferroviária S.A. – ENGEFER (que posteriormente passou a denominar-se Companhia Brasileira de Trens Urbanos - Decreto nº 89.396, de 22.02.1984, art. 2º, § 1º).

---

<sup>219</sup> Art. 1º É o Banco do Brasil S.A. autorizado a criar subsidiária, mediante transformação de sua agência em Bruxelas em banco local, de modo a atender às exigências legislativas da Comunidade Econômica Europeia.

<sup>220</sup> Art. 1º Fica o Banco do Brasil S.A. autorizado a criar, nos termos do art. 251 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, duas subsidiárias integrais, a saber: I - um banco múltiplo, com o objetivo de atuação especializada em microfinanças, consideradas estas o conjunto de produtos e serviços financeiros destinados à população de baixa renda, inclusive por meio de abertura de crédito a pessoas físicas de baixa renda e microempresários, sem a obrigatoriedade de comprovação de renda; e II - uma administradora de consórcios, com o objetivo de administrar grupos de consórcio destinados a facilitar o acesso a bens duráveis e de consumo, inclusive a pessoas físicas de baixa renda e microempresários, com ou sem qualquer comprovação de renda.

<sup>221</sup> Art. 1º O Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal ficam autorizados a constituir subsidiárias integrais ou controladas, com vistas no cumprimento de atividades de seu objeto social. Art. 2º O Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, poderão adquirir participação em instituições financeiras, públicas ou privadas, sediadas no Brasil, incluindo empresas dos ramos securitário, previdenciário, de capitalização e demais ramos descritos nos arts. 17 e 18 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, além dos ramos de atividades complementares às do setor financeiro, com ou sem o controle do capital social, observado o disposto no inciso X do caput do art. 10 daquela Lei. § 1º (...) § 4º A autorização prevista no caput deste artigo é válida até 30 de junho de 2011, podendo ser prorrogada por até 12 (doze) meses, mediante ato do Poder Executivo. Essa autorização contida no caput do art. 2º foi prorrogada por doze meses, a partir de 30 de junho de 2011, nos termos do art. 1º do Decreto nº 7.509, de 29.06.2011)

<sup>222</sup> Art. 5º A R.F.F.S.A. operará diretamente ou através de subsidiárias, que organizar, mediante prévia autorização do Governo, expressa em decreto do Poder Executivo. Parágrafo único. No prazo máximo de um ano, a contar da publicação desta Lei, a R.F.F.S.A. apresentará um plano de grupamento das estradas de ferro a ela incorporadas, de maneira a formarem sistemas regionais e a constituírem as sociedades anônimas subsidiárias.

<sup>223</sup> Art. 1º. Fica a Rede Ferroviária Federal S.A. (RFFSA) autorizada a criar uma empresa subsidiária com fundamento no artigo 5º, da Lei nº 3.115, de 16 de março de 1957, destinada a estudar, projetar, construir e fiscalizar empreendimento ferroviários constantes dos Planos e Programas aprovados dos Planos e Programas aprovados pelo Ministério dos Transportes.

Apesar da autorização genérica para constituição de subsidiárias prevista na Lei 5.792, de 11.07.1972, posteriormente, a Lei n. 9.295, de 19.07.1996, que dispõe sobre os serviços de telecomunicações e sua organização, autorizou a Telecomunicações Brasileiras S.A. – TELEBRÁS a constituir, de forma específica, diretamente ou por meio de suas sociedades controladas, empresas subsidiárias ou associadas para assumir a exploração do serviço móvel celular (art. 5º)<sup>224</sup>, bem como a participar do capital social da empresa Aliança Atlântica (Lei n. 9.423, de 24.12.1996)<sup>225</sup>.

Por sua vez, a Lei n. 9.472, de 16.07.1997, que autorizou o Poder Executivo a promover ações para a reestruturação e a desestatização das empresas federais de telecomunicações, controladas, direta ou indiretamente, pela União, incluindo, dentre elas, a Telecomunicações Brasileiras S.A. – TELEBRÁS e a Empresa Brasileira de Telecomunicações – EMBRATEL, também possibilitou a constituição de novas companhias pela Telecomunicações Brasileiras S.A. - TELEBRÁS (art. 190, parágrafo único, Lei 9.472/97), para fins de incorporação do Centro de Pesquisa e Desenvolvimento da TELEBRÁS<sup>226</sup>.

Outros exemplos que podem ser mencionados são a criação da CAIXA - Banco de Investimentos S.A. (Lei n. 11.908, de 03.03.2009)<sup>227</sup>, bem como os casos da Lei n. 12.688, de 18.07.2012, que autorizou a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - ELETROBRÁS a adquirir o controle acionário da CELG Distribuição S.A.<sup>228</sup> e da Lei n. 9.163, de 15.12.1995, que autorizou a criação de subsidiária da Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – ELETROBRÁS, em decorrência da cisão da LIGHT Serviços de Eletricidade S.A., resultando na criação da Eletrobrás

---

<sup>224</sup> Art. 5º É a Telecomunicações Brasileiras S.A. - TELEBRÁS autorizada, com o fim de dar cumprimento ao disposto no parágrafo único do artigo anterior, a constituir, diretamente ou através de suas sociedades controladas, empresas subsidiárias ou associadas para assumir a exploração do Serviço Móvel Celular.

<sup>225</sup> Art. 1º Fica a Telecomunicações Brasileiras S.A. - TELEBRÁS autorizada a participar do capital social de empresa gestora de participações sociais, a ser constituída sob a denominação de Aliança Atlântica, com sede no exterior, com o objeto de gerir participações sociais e investir, em âmbito internacional, na área de telecomunicações. Art. 2º A participação da TELEBRÁS no capital social da referida empresa, a ser constituída, deverá ser na proporção de cinquenta por cento. Art. 3º A TELEBRÁS fica autorizada a participar, também, de empresas em que a sociedade Aliança Atlântica venha a participar.

<sup>226</sup> Art. 190. Na reestruturação e desestatização da Telecomunicações Brasileiras S.A. - TELEBRÁS deverão ser previstos mecanismos que assegurem a preservação da capacidade em pesquisa e desenvolvimento tecnológico existente na empresa. Parágrafo único. Para o cumprimento do disposto no *caput*, fica o Poder Executivo autorizado a criar entidade, que incorporará o Centro de Pesquisa e Desenvolvimento da TELEBRÁS, sob uma das seguintes formas: I - empresa estatal de economia mista ou não, inclusive por meio da cisão a que se refere o inciso I do artigo anterior; II - fundação governamental, pública ou privada.

<sup>227</sup> Art. 4º Fica autorizada a criação da empresa CAIXA - Banco de Investimentos S.A., sociedade por ações, subsidiária integral da Caixa Econômica Federal, com o objetivo de explorar atividades de banco de investimento, participações e demais operações previstas na legislação aplicável.

<sup>228</sup> Art. 1º É a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobrás) autorizada a adquirir o controle acionário da Celg Distribuição S.A. (Celg D). § 1º A Eletrobrás adquirirá, no mínimo, 51% (cinquenta e um por cento) das ações ordinárias com direito a voto.

Participações S.A. – Eletropar, em 29.01.1996, mediante a participação da Light no capital social da ELETROPAULO - Eletricidade de São Paulo S.A.<sup>229</sup>.

Deste modo, a autorização legislativa para empresas estatais constituírem subsidiárias e controladas e participarem do capital de outras empresas, em regra, não necessita ser específica, podendo revestir-se de caráter genérico. A obrigatoriedade de especificidade consta apenas para as estatais de primeiro grau, de acordo com interpretação literal do art. 37, XIX, da CF. Para as subsidiárias, disciplinadas pelo inciso XX, basta a autorização genérica, contida na própria norma de criação da estatal de primeiro grau ou em norma em separado, que, por sua vez, poderá autorizar a criação das subsidiárias de maneira ampla ou em caráter específico, ou seja, caso a caso.

### **3.3. Natureza jurídica das subsidiárias e controladas de empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica.**

O art. 173, § 1º, inc. II, da Constituição Federal, deixa claro que as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, vale dizer, em regime de competição com o mercado, sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas. Uma das principais vantagens na criação de empresas estatais para o Estado atuar na exploração de atividade econômica é justamente a possibilidade de utilização dos instrumentos de gestão empresarial e das regras de mercado do direito privado para ser competitivo. Por essa razão, as empresas subsidiárias de estatais devem estar sujeitas ao mesmo regime jurídico das empresas privadas.

Entretanto, essa sujeição se dá sem prejuízo das demais normas de direito aplicáveis às estatais e suas controladas, eis que elas possuem um regime anômalo com regras específicas e diferenciadas relacionadas a sua natureza estatal. Embora limitadas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, não se subordinam integralmente a esse regime. Sofrem derrogações de direito público, notadamente quanto à forma de sua constituição e extinção.

Portanto, mesmo atuando como empresário o Estado se vê compelido a observância das normas de direito administrativo as quais se sujeitam as empresas públicas e sociedades de

---

<sup>229</sup> Art. 1º A Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - ELETROBRÁS é autorizada a criar empresa subsidiária mediante cisão da LIGHT Serviços de Eletricidade S.A. Art. 2º (...). Art. 3º A sociedade resultante da cisão terá por objeto social principal a participação no capital social da ELETROPAULO - Eletricidade de São Paulo S.A. e de outras sociedades.

economia mista, assim como suas subsidiárias e controladas, por integrarem a administração pública indireta, como empresas estatais de primeiro e segundo grau, respectivamente.

Assim sendo, embora a criação de subsidiárias das empresas estatais se sujeite as regras do direito privado, cujo nascimento ocorre com o arquivamento dos atos constitutivos no registro público competente (comercial ou civil, conforme o caso), há que se observar a incidência das regras de direito público que exigem o requisito da autorização legislativa prévia para sua constituição, nos termos do art. 37, inc. XX, da CF, que poderá ser específica ou geral, constante inclusive da própria lei de autorização da criação da empresa matriz, além da necessária aferição do controle acionário do Estado (titularidade da maioria das ações com direito a voto).

Contudo, discute-se na doutrina se as subsidiárias de empresas públicas e sociedades de economia mista assumiriam a mesma natureza jurídica de suas controladoras, ou seja, surgiriam como novas empresas públicas e sociedades de economia mista, ou se seriam simples empresas controladas pelo Estado.

Aqui cabe distinguir as empresas estatais criadas pelo Estado por meio de ato normativo autorizativo emanado do Legislativo das empresas inicialmente instituídas pela iniciativa privada e somente posteriormente absorvidas pela União mediante aquisição do controle acionário. Muito embora a Constituição em seu art. 37, XX, também estabeleça a necessidade de autorização legal para tais atos de aquisição reclamando a edição de lei tanto na instituição originária da empresa estatal como na instituição derivada, operada por meio da assunção, pelo Estado, de empresa já existente, pois em ambas as situações a lei é exigência para a outorga de personalidade estatal.

A Lei das Estatais (Lei 13.303/2016) estabelece que as subsidiárias integram a máquina estatal, ao lado das empresas públicas e sociedades de economia mista, para viabilizar a exploração da atividade econômica pelo Estado (art. 2º). E submete as subsidiárias integrais e controladas ao mesmo regime das empresas públicas e sociedades de economia mista controladoras (art. 1º, caput, § 6º)<sup>230</sup>.

---

<sup>230</sup> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos. (...) § 6º Submete-se ao regime previsto nesta Lei a sociedade, inclusive a de propósito específico, que seja controlada por empresa pública ou sociedade de economia mista abrangidas no caput.

O Decreto nº 8.945/2016, por sua vez, também reconhece expressamente a subsidiária integral e as controladas como “empresa estatal”, assim compreendida a sociedade cuja maioria das ações com direito a voto (controle acionário majoritário) pertença direta ou indiretamente a empresa pública ou a sociedade de economia mista (art. 2º, inc. IV, parágrafo único).

Conforme Alexandre Santos de Aragão: “Essas empresas controladas por estatais são também conhecidas como “estatais de segundo grau”, ou até de terceiro grau, quando sejam controladas por empresa controlada por estatal, e assim sucessivamente, sociedades estas que foram expressamente colocadas no mesmo regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista primárias pelos arts. 1º, caput e § 6º, e 4º, caput, do Estatuto das Estatais.”<sup>231</sup>

O art. 4º da Lei das Estatais, seguindo a linha do art. 5º, inc. III, do DL 200/67, com redação do Decreto-Lei nº 900/69, define a sociedade de economia mista como a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da Administração Indireta, exercendo controle de caráter permanente (não transitório).

As empresas públicas e as sociedades de economia mista integram a administração federal indireta, nos termos do estabelecido pelo Decreto-Lei nº 200/67, art. 4º, inc. II, “b” e “c”.

De acordo com Carlos Ari Sundfeld<sup>232</sup>: “As empresas estatais são personificações do próprio Estado, desdobramento de sua estrutura; são, em definitivo, organizações estatais”. As estatais de intervenção no domínio econômico são instrumentos da ação governamental pois o Estado não as cria para investir, buscando simplesmente auferir lucros, mas para implementar políticas públicas (como o desenvolvimento regional, o financiamento agrícola, a construção de habitações populares, etc.). Os entes da Administração Pública Indireta – autarquias, fundações governamentais e empresas estatais – distinguem-se uns dos outros quanto à natureza pública ou privada de sua personalidade, mas todos tem personalidade governamental, integrando assim a estrutura orgânica do Estado, globalmente considerado.

---

<sup>231</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais. O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 153.

<sup>232</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Reforma do Estado e empresas estatais. A participação privada nas empresas estatais*. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*, São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 264.

Assim sendo, as subsidiárias de sociedades de economia mista federal, que forem criadas por lei, revestirem a forma de sociedade anônima e cujas ações com direito a voto pertencerem em sua maioria à empresa mãe (entidade da Administração Indireta), serão também sociedades de economia mista federal, a teor do previsto no DL 200/67, art. 5º, inc. III, integrando, portanto, por consequência, a administração indireta. O mesmo ocorre com as sociedades controladas por empresas públicas (DL 200/67, art. 5º, inc. II).

Esse também é o entendimento de Mauro Rodrigues Penteado para quem “as subsidiárias de sociedade de economia mista, constituídas mediante autorização legal, e que adotem a forma das sociedades por ações, participam, igualmente, da mesma natureza do ente societário que detém o seu controle, integrando, se forem de nível federal, a Administração Federal Indireta (Decreto-Lei nº 200/67, art. 4º)”.<sup>233</sup>

Há, entretanto, quem discorde desse entendimento. Para Tadeu Rabelo Pereira, por exemplo, as subsidiárias de empresas públicas e sociedades de economia mista criadas nos moldes do artigo 37, XX, serão simples empresas controladas pelo Estado.

Na sua visão, a equiparação das subsidiárias às empresas públicas e sociedades de economia mista conduziria à total inutilidade da norma do artigo 37, XX, da Constituição Federal que trata da exigência de autorização legislativa, em cada caso, para a criação das subsidiárias daquelas entidades. Isso porque se as subsidiárias possuem a mesma natureza das empresas públicas e sociedades de economia mista a exigência de autorização legislativa para a sua instituição se encontra no art. 37, inc. XIX, da CF, que aliás, exige autorização legislativa específica e não no inciso XX<sup>234</sup>.

Tal posição é contestada por José dos Santos Carvalho Filho:

Há autores que entendem que as subsidiárias a que alude o inciso XX do art. 37 da CF não podem ser tidas como companhias mistas, já que estas já se incluíam no inciso XIX. Com a devida vênia, pensamos que a norma não distingue. Por conseguinte, o fato de serem subsidiárias indica apenas que não são controladas diretamente por entidade política, de forma que, dentro dessa categoria, podem encontrar-se não somente sociedades de economia mista e

---

<sup>233</sup> PENTEADO, Mauro Rodrigues. As sociedades de economia mista e a empresas estatais perante a Constituição de 1988. Revista de informação legislativa, Brasília, v. 26, n. 102, abr/jun. 1989, p. 55. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181939/000445122.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 28.04.2022.

<sup>234</sup> PEREIRA, Tadeu Rabelo. Regime(s) Jurídico(s) das Empresas Estatais que Exploram Atividade Econômica. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 113-116.

empresas públicas de segundo grau, como outras entidades que, sujeitas a idêntico controle, se configuram como meras sociedades empresariais.<sup>235</sup>

Outro aspecto ressaltado por Tadeu Rabelo Pereira seria o fato do texto constitucional – e também a legislação infraconstitucional – tratar em diversos dispositivos das “empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias”, nas situações em que pretende estender a essa última normas diretamente dirigidas para as duas primeiras espécies, o que indicaria que as considera de forma diferenciada como figuras que não se confundem.

Além do mais, acrescenta o autor que a simples autorização para a constituição de uma subsidiária não basta para caracterizar a nova empresa como sociedade de economia mista, cuja configuração dependerá de manifestação legislativa inequívoca que submeta a pessoa jurídica instituída ao figurino especial daquela entidade o qual se mostra distinto do estabelecido para as sociedades comerciais comuns.

Tal como ocorre, por exemplo, com a Lei n. 12.550, de 15.12.2011, que autorizou a criação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSEH, empresa pública com a finalidade de prestação de serviços públicos e que, concomitantemente, também autorizou a criação de subsidiárias, inclusive com as mesmas características da empresa estatal mãe, ou seja, empresa pública unipessoal (art. 1º, § 2º)<sup>236</sup>.

Na mesma linha, também pode ser mencionada a Lei n. 3.890-A, de 25.04.1961 que autorizou a criação da sociedade de economia mista Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – Eletrobrás e que também autorizou a Eletrobrás a constituir subsidiárias ficando sujeitas aos princípios gerais da lei de criação bem como às normas administrativas, financeiras, técnicas e contábeis definidas pela Eletrobrás (art. 16, caput, e § 1º)<sup>237</sup>.

---

<sup>235</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 25 ed. rev., ampl. e atual. até a Lei nº 12.587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012, p. 492-493.

<sup>236</sup> Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a criar empresa pública unipessoal, na forma definida no inciso II do art. 5º do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, e no art. 5º do Decreto-Lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, denominada Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSEH, com personalidade jurídica de direito privado e patrimônio próprio, vinculada ao Ministério da Educação, com prazo de duração indeterminado. § 1º (...) § 2º Fica a EBSEH autorizada a criar subsidiárias para o desenvolvimento de atividades inerentes ao seu objeto social, com as mesmas características estabelecidas no caput deste artigo [empresa pública unipessoal], aplicando-se a essas subsidiárias o disposto nos arts. 2º a 8º, no caput e nos §§ 1º, 4º e 5º do art. 9º e, ainda, nos arts. 10 a 15 desta Lei.

<sup>237</sup> Art. 16. Nas subsidiárias que a ELETROBRÁS vier a organizar, serão observados, no que forem aplicáveis, os princípios gerais desta lei, salvo quanto à estrutura da administração, que poderá adaptar-se às peculiaridades e à importância dos serviços de cada uma, bem como às condições de participação dos demais sócios. § 1º As subsidiárias obedecerão às normas administrativas, financeiras, técnicas e contábeis, tanto quanto possível uniformes, estabelecidas pela ELETROBRÁS.

Com o devido respeito ao autor, mas ainda que a subsidiária seja criada sem a insígnia de empresa pública ou sociedade de economia mista, ela poderá revestir essa mesma natureza jurídica se houver pertinência entre a sua qualificação jurídica e os aspectos efetivos da sua instituição, a despeito do *nomen juris* que levem<sup>238</sup>.

De ressaltar que o art. 37, XIX, da CF foi alterado pela EC 19 para retirar a exigência de lei para criação das empresas estatais substituindo-a por simples autorização legislativa possibilitando assim a distinção com as autarquias, estas sim criadas por lei. Assim, não se pode desprezar que a razão de ser do inciso XX era justamente para diferenciar a criação por lei (para as estatais mãe) da autorização por lei (para as subsidiárias). Com a alteração do inciso XIX o STF foi chamado a se pronunciar se haveria exigência de lei específica para as subsidiárias e controladas e a conclusão foi pela possibilidade de a lei ser genérica contida inclusive na própria lei que autoriza a criação da estatal de primeiro grau. O STF, no entanto, não negou a qualidade de empresa estatal de segundo grau às subsidiárias, nem as distinguiu das empresas primárias, apenas definiu a espécie de autorização para constituição dessas estatais, sendo específica para as de primeiro grau (inc. XIX) e genérica para as de segundo grau (inc. XX).

Rafael Carvalho Rezende Oliveira leciona que “A expressão ‘empresas estatais’ compreende toda e qualquer entidade, civil ou comercial, sob o controle acionário do Estado, englobando as empresas públicas, as sociedades de economia mista, suas subsidiárias e as demais sociedades controladas pelo Estado”<sup>239</sup>.

No mesmo sentido Marçal Justen Filho: “A expressão ‘empresa estatal’ é utilizada para indicar um gênero de pessoas jurídicas de direito privado que se encontram sob o controle direto ou indireto de um ente federativo. Esse gênero compreende a empresa pública, a sociedade de economia mista e as empresas controladas”<sup>240</sup>.

Nesse sentido leciona José dos Santos Carvalho Filho que as

Subsidiárias são aquelas pessoas jurídicas cujas atividades se sujeitam a gestão e controle de uma empresa pública ou de uma sociedade de economia mista. Estas caracterizam-se como primárias (ou empresas de primeiro grau) e são controladas diretamente pelo ente federativo. Aquelas – também denominadas de empresas de segundo grau – são subsidiárias, porque seu controle estatal não é direto, mas sim indireto, sendo atribuído a uma empresa pública ou

---

<sup>238</sup> ARANHA, Márcio Iorio. O objeto do estatuto jurídico das estatais e os regimes jurídicos da empresa pública e da sociedade de economia mista. In NORONHA, João Otávio de. FRAZÃO, Ana. MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). Estatuto Jurídico das Estatais. Análise da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 44.

<sup>239</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p.107.

<sup>240</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 12ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 136.

sociedade de economia mista. Em última análise, porém, o controle, ainda que remoto, será da respectiva unidade federativa, indicando que também integram as pessoas da administração indireta.<sup>241</sup>

De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, com a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, as subsidiárias das empresas públicas e sociedades de economia mista passaram a ser expressamente incluídas entre as entidades da administração indireta, sendo-lhes estendido tratamento idêntico ao de suas respectivas controladoras, submetidas às mesmas regras e ao mesmo estatuto jurídico (CF, art. 173, § 1º), inclusive no que diz respeito a vedação da acumulação de cargos públicos (CF, art. 37, inc. XVII) e a exigência de concurso público para contratação de pessoal (CF, art. 37, inc. II, c/c Súmula nº 231 do Tribunal de Contas da União).<sup>242</sup>

José dos Santos Carvalho Filho também sustenta a condição das subsidiárias como integrantes da Administração Indireta:

Além disso, não se pode perder de vista que as subsidiárias também são controladas, embora de forma indireta, pela pessoa federativa que instituiu a entidade primária. A subsidiária tem apenas o objetivo de se dedicar a um dos segmentos específicos da entidade primária, mas como esta é quem controla a subsidiária, ao mesmo tempo em que é diretamente controlada pelo Estado, é este, afinal, quem exerce o controle, direto ou indireto, sobre todas. Por tais motivos, não se pode negar sua condição de pessoas integrantes da Administração Indireta.<sup>243</sup>

De ressaltar que a Constituição Federal de 1988 não fez qualquer distinção para fim de caracterizar a sociedade de economia mista de segundo grau como entidade integrante da Administração Pública Indireta, a não ser a exigência constitucional de sua instituição precedida por autorização legislativa, independentemente de ser geral ou específica. O Decreto-Lei n. 200/67 e a Lei das Estatais também não fazem distinção entre lei geral ou específica, bem como entre controle direto ou indireto, para fim de caracterizar a empresa pública e a sociedade de economia mista como entidade integrante da Administração Pública<sup>244</sup>.

<sup>241</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 33ª edição. São Paulo: Atlas, 2019. pp. 527 e 528.

<sup>242</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

<sup>243</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 25 ed. rev., ampl. e atual. até a Lei nº 12.587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012, p. 493.

<sup>244</sup> A propósito, cabe a observação de Toshio Mukai: “Portanto, nada impede que o Estado, no Brasil, crie outras pessoas jurídicas de direito público, além das autarquias, como ocorre com as empresas públicas, lato sensu, que, não obstante serem titularizadas pelo legislador como pessoas jurídicas de direito privado, devem ser consideradas como sendo pessoas jurídicas de direito público, por serem pessoas administrativas, integradas na Administração indireta (...)”. MUKAI, Toshio. O Direito Administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais. 2ª. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 347.

Desta forma, não há como reconhecer as subsidiárias de empresas públicas e sociedades de economia mista constituídas a partir de autorização legislativa, ainda que genérica, como simples empresas controladas pelo Estado, ainda mais quando observados os demais requisitos legais do DL 200/67 e da Lei 13.303/2016 (controle acionário majoritário do Estado e forma de sociedade anônima, no caso das sociedades de economia mista<sup>245</sup>).

Nessa condição a subsidiária assume a mesma natureza jurídica de sua controladora (estatal matriz), emergindo como novas empresas públicas e sociedades de economia mista de segundo grau notadamente porque as subsidiárias e controladas atuam como braços operacionais e divisões das estatais de primeiro grau, integrando, portanto, o conceito de empresa estatal como integrante da administração pública indireta, subordinadas ao mesmo regime jurídico reservado para as empresas públicas e sociedades de economia mista, ou seja, regime de direito privado com a derrogações do direito público<sup>246</sup>.

Conforme salienta Henrique Motta Pinto<sup>247</sup>, além da empresa pública e da sociedade de economia mista também são consideradas e incluídas na categoria geral de empresa estatal integrante da Administração Pública indireta as subsidiárias integrais e as sociedades controladas por qualquer empresa estatal das diferentes esferas de governo.

A existência de prévia autorização legislativa para constituição da empresa estatal não é condição essencial da sua inserção no domínio da Administração Pública. A sociedade controlada direta ou indiretamente por pessoa jurídica de Direito Público, cuja criação, por qualquer razão, não tenha sido precedida por lei autorizativa, também está subordinada aos ditames constitucionais aplicáveis ao conjunto do setor público: (i) princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (cf. art. 37, caput, da CF); (ii) submissão ao controle externo do Tribunal de Contas (cf. art. 71, II, da CF); (iii) exigência de concurso público para admissão de pessoal (cf. art. 37, II); e (iv) contratação mediante processo licitatório (cf. art. 37, XXI).

Portanto, as subsidiárias das empresas públicas e sociedades de economia mista sujeitam-se ao mesmo regime jurídico de suas controladoras, integrando a Administração Pública indireta, sujeitas a todos os princípios e condicionantes correspondentes<sup>248</sup>.

---

<sup>245</sup> De acordo com José Edwaldo Tavares Borba, a subsidiária integral, forçosamente, deve revestir a forma de companhia. Ainda que autorizadas por lei, as subsidiárias não são sociedades de economia mista se não se revestirem da natureza de sociedade anônima. Só a anônima pode ser economia mista nos termos do art. 5º, inc. III, DL 200/67, c/c o art. 251, Lei 6.404/76 e art. 4º, da Lei 13.303/2016. BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 542.

<sup>246</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 153-159.

<sup>247</sup> PINTO, Henrique Motta; PINTO JÚNIOR, Mario Engler. *Empresas estatais*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 39.

<sup>248</sup> SCHWIND, Rafael Wallbach. *O Estado Acionista. Empresas estatais e empresas privadas com participação estatal*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 188.

Essa questão pode ganhar contorno restrito em relação às subsidiárias que não atendem ao requisito formal da autorização legislativa, principalmente em razão do disposto no artigo 235, § 2º, da Lei das Sociedades por Ações.

Segundo Gilberto Bercovici:

Uma empresa subsidiária constituída mediante a devida autorização legal tem a mesma natureza jurídica do ente estatal que a controla”. Entretanto, o autor reputa imprescindível a existência de autorização legal para considerar as sociedades empresariais controladas por sociedades de economia mista como estatais de segundo grau. Segundo ele “as subsidiárias e empresas criadas por uma sociedade de economia mista ou que possuam participação acionária desta, sem a devida autorização legal não podem ser consideradas como sociedades de economia mista<sup>249</sup>”.

Na legislação anterior à Constituição de 1988 não havia exigência de autorização legislativa para a constituição de subsidiárias das sociedades de economia mista e das empresas públicas. A criação das subsidiárias era disciplinada no art. 251, que se encontra no capítulo XX sendo que o capítulo que trata das sociedades de economia mista é o XIX. Como essas subsidiárias não eram criadas por lei, não poderiam ser consideradas sociedades de economia mista em face da interpretação dada ao artigo 235, § 2º, da Lei das Sociedades por Ações.

O referido dispositivo determina que “As companhias de que participarem, majoritária ou minoritariamente, as sociedades de economia mista, estão sujeitas ao disposto nesta Lei, sem as exceções previstas neste Capítulo”, significando dizer que não se aplicariam as companhias criadas sem autorização específica as normas da Lei das Sociedades por Ações, referente às sociedades de economia mista, sendo, portanto, tratadas como outra sociedade anônima qualquer, de capital privado<sup>250</sup>. Essa conclusão teria amparo inclusive na previsão do DL 200/67 e da Lei das Estatais que exige a autorização legislativa para que a sociedade anônima possa ser reputada como sociedade de economia mista.

Nesse sentido, inclusive, se manifestou Luís Roberto Barroso<sup>251</sup>:

De início, participação de sociedades de economia mista em outras empresas, entendida como opção de conveniência, não classifica as subsidiárias na administração indireta. Mantinham-se plenamente privadas. Em novo estágio, assumiram aquela categoria os casos em que a criação da nova empresa ou a subscrição majoritária do capital eram precedidas de autorização nas leis institucionais da empresa matriz. A autorização legal não era necessariamente

---

<sup>249</sup> BERCOVICI, Gilberto. A Sociedade de Economia Mista no Brasil entre a Administração Pública e o Mercado. Revista Brasileira de Pesquisa Jurídica, Avaré, v.2, n.1, p.225-246, jan./abr. 2021. doi 10.51284/rbpj.02.bercovici.

<sup>250</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.564.

<sup>251</sup> BARROSO, Luís Roberto. Regime jurídico das empresas estatais. RDA: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 242, p.89-90, out./dez.2005.

específica, sendo suficiente a previsão genérica de descentralização ou desmembramento da sociedade original. Na ausência de autorização, genérica ou específica, as sociedades de segundo grau se enquadram no regime comum das sociedades privadas. (...) A Constituição de 1988 trouxe significativa inovação, não somente acolhendo as subsidiárias como parte do sistema, mas, especialmente, subordinando sua criação à autorização legislativa em cada caso (art. 37, XX).

Portanto, sob o prisma da legislação societária, a companhia controlada por uma sociedade de economia mista, que tenha sido constituída sem autorização legal, embora sujeita aos ditames da LSA, não estaria abrangida pelas exceções do Capítulo XIX, relacionado às sociedades de economia mista (art. 235, § 2º LSA), o que impossibilitaria sua consideração como empresa estatal de segundo grau das sociedades de economia mista e conseqüentemente como parte integrante da administração indireta.

Essa condição, entretanto, seria assegurada à subsidiária integral ainda que a lei que autorizou a sua criação não tenha lhe atribuído nenhuma finalidade pública específica pois no caso o interesse coletivo a ser perseguido pela subsidiária pautar-se-á pelo objeto social da companhia matriz, ao qual se encontra vinculado como condição lógica de existência, fazendo jus ao enquadramento na mesma categoria da companhia mista a qual se encontra subordinada.

Henrique Motta Pinto, aliás, sugere uma interpretação com temperamento do § 2º do art. 235, para conciliar o enquadramento da subsidiária ou da sociedade indiretamente controlada na categoria de companhia mista. No seu entender:

Para que a sociedade secundária mereça tal tratamento [sociedade de economia mista], mister se faz que a lei autorizativa assim disponha expressamente, ou ao menos estabeleça alguma finalidade pública amparada pelo art. 238 da Lei n. 6.404/76. O requisito estará naturalmente preenchido quando se tratar de subsidiária integral de companhia mista, constituída nos termos do art. 251 da Lei n. 6.404/76. Não obstante a autonomia relativa do interesse da subsidiária integral, em face do interesse da controladora, o desmembramento nesse caso nada mais é do que uma técnica de organização empresarial, cuja racionalidade depende de fatores econômicos. Não seria razoável enxergar a subsidiária integral da sociedade de economia mista como uma companhia comum e desvinculada de qualquer mandato estatal. Se a lei que autorizou a criação da subsidiária integral não lhe atribuiu nenhuma missão pública específica, sua atuação nesse particular deverá pautar-se pela consecução do interesse coletivo incorporado na companhia matriz.<sup>252</sup>

Modesto Carvalhosa afirma que uma sociedade é considerada mista por razões de interesse público sendo esse fim o que lhe dá a natureza de empresa estatal e que “a subsidiária

---

<sup>252</sup> PINTO, Henrique Motta; PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Empresas estatais. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 39.

integral de sociedade de economia mista, reveste essa mesma natureza estando, em consequência, sujeita à jurisdição administrativa que incide sobre a sua controladora”<sup>253</sup>.

Essa sujeição das estatais de segundo e terceiro grau ao mesmo regime jurídico de suas empresas matrizes restou confirmada pelo próprio STF no julgamento do MS 23.294 AGr/DF, de relatoria da ministra Rosa Weber, que discutia a sujeição da BBTUR – Viagens e Turismo Ltda à realização de concurso público prévio para contratação de pessoal, nos termos do art. 37, inc. II, da CF. No caso, a Corte reconheceu a condição da BBTUR, sociedade por quotas de responsabilidade limitada, controlada por subsidiária integral do BB, como empresa estatal de terceiro grau, regida pelo regime jurídico privado com as derrogações de direito público<sup>254</sup>.

Portanto, as subsidiárias integrais estão, independentemente da sua caracterização nominal como empresas públicas ou sociedades de economia mista, qualificadas como estatais e submetidas ao mesmo regime jurídico de suas controladoras. E conforme adverte Dinorá Adelaide Musetti Grotti: “o regime jurídico dessas entidades não é peculiar nem diferente. Caracterizam-se como empresas públicas ou sociedades de economia mista também elas”.<sup>255</sup>

---

<sup>253</sup> CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações das Leis nº 9.457, de 5 de maio de 1997 e nº 10.303, de 31 de outubro de 2001. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 121.

<sup>254</sup> Da ementa que traduz parte do voto da relatora, Ministra Rosa Weber, constou: “[...] 3. Resultado de processo de descentralização do poder, por meio da criação de pessoas jurídicas, a administração pública indireta é constituída por autarquias, fundações públicas e empresas estatais. Qualificam-se como empresas estatais as sociedades de economia mista e as empresas públicas, bem assim como as respectivas subsidiárias ou controladas. 4. Tendo em vista a sua condição de sociedade por cotas de responsabilidade limitada controlada por subsidiária integral do Banco do Brasil, a ora agravante, BBTur, em taxonomia adotada pela doutrina, consiste em empresa estatal de terceiro grau. A União possui a maioria das ações com direito a voto da empresa estatal principal ou de primeiro grau, qual seja, o Banco do Brasil. A referida sociedade de economia mista, por sua vez, por intermédio da subsidiária integral BB Cayman Islands Holding, estatal de segundo grau, controla a BBTur, estatal de terceiro grau. À luz dessa cadeia de controle em três níveis, a BBTur é sociedade empresária indiretamente controlada pela União e, nessa condição, submetida, sob pena de burla aos princípios da impessoalidade e da moralidade, a regime de direito privado com derrogações de direito público, em especial quanto à forma de admissão de pessoal e de contratação de bens e serviços”. (STF, 1ª Turma, j. 23.08.2019, p. DJe nº 191, 03.09.2019, MS 23.294 Agr/DF, Rel. Min. Rosa Weber).

<sup>255</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Licitações das Estatais em face da Emenda Constitucional 19, de 1988. *In* Revista Trimestral de Direito Público, n. 27, p. 34, 1999.

## **CAPÍTULO IV - NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PARA O ENCERRAMENTO DE EMPRESAS ESTATAIS E SUAS SUBSIDIÁRIAS**

Uma das grandes questões que envolve o processo de desestatização das empresas estatais (empresa matriz e controladas) na atualidade tem sido a discussão sobre a necessidade ou não de autorização legislativa prévia para o encerramento das estatais, quer em relação à extinção propriamente dita quer em decorrência da alienação das ações do bloco de controle.

Considerando que a regra é a livre-iniciativa e a livre concorrência, sendo a atuação direta do Estado a exceção, a intervenção legislativa para a criação da estatal se faz necessária justamente para avaliar, caso a caso, os elementos que justificam essa atuação de modo a não violar os interesses privados tutelados constitucionalmente. Nessa toada, a autorização legislativa seria necessária apenas para os casos de expansão da atuação estatal, dado o seu caráter excepcional. Para diminuir não precisaria intervenção legislativa porque se estaria apenas recompondo a situação já prevista na regra que é a prestação de atividade econômica pela iniciativa privada.

A solução, no entanto, não é tão simples, havendo forte corrente sustentando a necessidade dessa autorização também para a venda das estatais. Trata-se, na realidade, de exigência de natureza jurisprudencial e doutrinária já que não existe na Constituição Federal nem na legislação ordinária qualquer referência a obrigação de edição de lei para autorizar a venda de empresas públicas, sociedades de economia mista suas subsidiárias e controladas.

A alienação do controle acionário de empresa estatal é um dos meios de desestatização previsto no Programa Nacional de Desestatização (PND) de que trata a Lei nº 9.491/1997 (art. 2º, § 1º, c/c art. 4º), constituindo forma clássica de privatização por levar à extinção da empresa como ente estatal<sup>256</sup>.

A propósito, o STF, no julgamento da ADI 234/RJ<sup>257</sup>, ao apreciar dispositivos da Constituição do Rio de Janeiro que exigiam autorização legislativa para a alienação de ações

---

<sup>256</sup> Nesse sentido, a lição de Carlos Ari Sunfeld, segundo o qual “[...] Nenhum espanto deve causar a assertiva segundo a qual a alienação do controle público sobre a empresa estatal produz o seu imediato desaparecimento. A afirmação é juridicamente exata: é que a medida suprime a personalidade governamental do ente, o qual deixa de ser uma ‘empresa estatal’, transformando-se em ‘empresa ordinária’. Por isso, a empresa estatal efetivamente desaparece, remanescendo uma simples empresa, despida de *status* governamental”. SUNDFELD, Carlos Ari. Reforma do Estado e empresas estatais. A participação privada nas empresas estatais. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). Direito administrativo econômico, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 266.

<sup>257</sup> Ação direta de inconstitucionalidade. Constituição do Estado do Rio de Janeiro, art. 69 e parágrafo único, e art. 99, inciso XXXIII. Alienação, pelo Estado, de ações de sociedade de economia mista. 2 [...] 3. O art. 69, "caput", da Constituição fluminense, ao exigir autorização legislativa para a alienação de ações das sociedades de economia

de sociedades de economia mista estaduais, conferiu interpretação conforme à Constituição da República, para admitir essas alienações, condicionando-as, porém, à autorização legislativa, por lei em sentido formal, somente quando importarem em perda do controle acionário por parte do Estado, já que essa situação caracterizaria verdadeira extinção da estatal.

O relator do acórdão, ministro Néri da Silveira, no seu voto asseverou ser o controle acionário exercido pelo Estado o atributo que marca a natureza da entidade, logo quando se pretender a transferência desse controle o processo deverá se sujeitar à autorização legislativa pois que poderá implicar a descaracterização da entidade de economia mista. Nas suas palavras: “Alienar o Estado o controle acionário de sociedade de economia mista traz a consequência de descaracterizá-la como tal, o que equivaleria à sua extinção. Ora, como sem lei não pode ser extinta sociedade de economia mista, do mesmo modo, sem lei, não cabe alienar o controle acionário”<sup>258</sup>.

Portanto, segundo esse entendimento, sempre que se tratar de alienação do controle acionário de empresas públicas, sociedades de economia mista, bem como de suas subsidiárias e controladas, essa venda exigirá prévia autorização legislativa.

Isso porque a privatização de qualquer entidade estatal não pode ficar ao sabor de definição simplesmente administrativa. A Administração não pode agir discricionariamente nessa matéria. É indispensável aos interesses coletivos que alienações da espécie se façam sob controle legislativo.

A razão dessa providência, dentre outras, é assegurar que o interesse público que fundamentou a criação da estatal seja respeitado, de modo que o Legislativo possa avaliar se os

---

mista, é constitucional, desde que se lhe confira interpretação conforme a qual não poderão ser alienadas, sem autorização legislativa, as ações de sociedades de economia mista que importem, para o Estado, a perda do controle do poder acionário. Isso significa que a autorização, por via de lei, há de ocorrer quando a alienação das ações implique transferência pelo Estado de direitos que lhe assegurem preponderância nas deliberações sociais. A referida alienação de ações deve ser, no caso, compreendida na perspectiva do controle acionário da sociedade de economia mista, pois é tal posição que garante a pessoa administrativa a preponderância nas de liberações sociais e marca a natureza da entidade. 4 [...] 5. Quando se pretende sujeitar a autorização legislativa a alienação de ações em sociedade de economia mista. Importa ter presente que isto só se faz indispensável, se efetivamente, da operação, resultar para o Estado a perda do controle acionário da entidade. Nesses limites, de tal modo, é que cumpre ter a validade da exigência de autorização legislativa prevista no art. 69 "caput", da Constituição fluminense. 6. [...]. STF, Pleno, ADI 234-RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 22.06.1995, Dj 15.09.1995.

<sup>258</sup> Na mesma linha de raciocínio pronunciou-se o ministro Sepúlveda Pertence: “Alienar controle de sociedade de economia mista - se, como entendo eu, esse controle é essencial ao próprio conceito constitucional de sociedade de economia mista -, é uma forma de extingui-la enquanto sociedade de economia mista. Enquanto sociedade anônima, pode ela sobreviver sob controle privado, mas já não será mais sociedade de economia mista que, repita-se, segundo a Constituição constitui instrumento da política econômica do Estado, e pressupõe por isso, controle estatal permanente”.

fins eleitos para a companhia, que constituem o seu objeto social, atingiram o seu propósito específico e se persiste ou não a necessidade de continuidade da participação do Estado nessa atividade econômica.

Por ocasião da autorização concedida pelo Poder Legislativo ao Poder Executivo para este intervir de forma direta na economia, em caráter suplementar da iniciativa privada, cabe ao Legislativo avaliar os quesitos da segurança nacional e do relevante interesse público para cercear a proliferação indiscriminada de entidades estatais. Se esses quesitos ainda se fazem presentes, o encerramento precipitado das atividades da estatal pode comprometer o atendimento dos objetivos fundamentais que justificaram a criação da estatal, notadamente no campo social, naqueles voltados para a redução de desigualdades regionais (art. 3º, c/c 165, § 7º, CF)). Além disso, cabe mencionar o risco potencial de vulneração ao princípio da soberania nacional na ordem econômica (art. 170, I, CF) ante a possibilidade de transferência do controle de empresas estatais para grupos estrangeiros que poderiam assumir o controle da companhia à luz da legislação societária, a despeito de sua participação social nas ações com direito a voto não possibilitarem o controle acionário.

Todas essas questões precisam ser criteriosamente avaliadas antes de se permitir que o Estado encerre sua participação nas atividades da empresa pública. Ademais, a criação das empresas estatais representa o aporte e comprometimento de vultosos recursos provindo do erário público, constituindo uma despesa pública que precisa ser fiscalizada pelo Poder Legislativo. Quando da extinção dessas estatais esses recursos precisam ser igualmente monitorados para que não haja desvio da verba pública.

Não há dúvidas de que a partir do momento em que o ente cumprir em caráter definitivo o seu objetivo público ou a sua manutenção tornar-se inviável economicamente, a privatização será alternativa inevitável por não se justificar a sua permanência no mercado, ao menos não com configuração de ente estatal. Mas essa é uma avaliação que deverá ser realizada pelo Poder Legislativo.

O relevante interesse coletivo previsto no art. 173 da CF, como uma das hipóteses para permitir a participação do Estado na atividade econômica, é o interesse da coletividade como um todo. Trata-se do interesse público primário incorporado na empresa estatal e que não se

confunde com o interesse patrimonial do Estado (interesse público secundário)<sup>259</sup>, de caráter instrumental, utilizado para satisfação daquele interesse público primário.

A empresa estatal estará sempre a serviço do interesse da coletividade. Esse interesse público será sempre a finalidade publicista da empresa estatal, reproduzindo o previsto na lei autorizadora da constituição da estatal e terá sempre prevalência sobre o interesse particular do Estado. É sobre esse interesse público primário que o Legislativo é chamado a apreciar em caso de autorização para constituição de uma empresa estatal e que, por consequência, também deve ser avaliado em caso de sua extinção.

A esse respeito, a Lei das Estatais (Lei n. 13.303, de 30.06.2016) estabelece a necessidade de elaboração da carta anual de governança corporativa para atender aos requisitos de transparência com a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela empresa pública, pela sociedade de economia mista e por suas subsidiárias, em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para suas respectivas criações (art. 8º)<sup>260</sup>.

No caso das sociedades de economia mista ou das empresas públicas constituídas sob a forma de sociedade anônima, compete ao ente público detentor da condição de acionista controlador o dever de orientar as atividades da companhia para atender ao interesse público que justificou a sua criação de acordo com as hipóteses do art. 173 da CF. No exercício desse poder, o controlador deve dirigir a sociedade visando os maiores benefícios possíveis para a companhia e para a coletividade, não podendo se valer desse poder para atender exclusivamente aos seus interesses pessoais ou aos interesses particulares de outros acionistas.

O Estado acionista controlador, portanto, tem o dever de gerir e orientar as atividades da companhia para que ela possa cumprir sua missão pública, realizando seu objeto e cumprindo

---

<sup>259</sup> Sobre a possibilidade do Estado ser titular de interesses individuais próprios manifestou-se Celso Antônio Bandeira de Mello: “Assim, independentemente de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 31ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 63.

<sup>260</sup> Art. 8º As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão observar, no mínimo, os seguintes requisitos de transparência: I - elaboração de carta anual, subscrita pelos membros do Conselho de Administração, com a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela empresa pública, pela sociedade de economia mista e por suas subsidiárias, em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para suas respectivas criações, com definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim, bem como dos impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos, mensuráveis por meio de indicadores objetivos.

sua função social (art. 116, LSA), não podendo, sob pena de incorrer em ilegalidade e inconstitucionalidade, deixar de atender às exigências do interesse público que justificou a criação da estatal (art. 238, LSA).

No caso das companhias abertas, a reintrodução pela Lei 10.303/01 da obrigatoriedade da efetivação de oferta pública<sup>261</sup> de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes estender benefícios patrimoniais correspondente ao sobrepreço pago às ações componentes do bloco de controle, nos termos do art. 254-A da LSA, é exemplo de medida que impõe restrições à liberalidade de atuação do controlador<sup>262</sup>. Quando aplicado na alienação do poder de controle de sociedades de economia mista, o *tag along* pode exercer função limitadora ou restritiva à desestatização, atuando como instrumento desestimulador da alienação da companhia, já que torna o processo de compra mais oneroso pelo aumento substancial dos custos para aquisição do controle. Não foi por outra razão que na década de 90 a Lei 9.457/97 revogou o art. 254 da LSA suprimindo a obrigatoriedade de oferta pública, ou seja, justamente para evitar possíveis entraves no processo de desestatização ou privatização de sociedades de economia mista que estavam sendo empreendidos pelo governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso.

Enquanto exerce a posição de acionista controlador, o Estado pode ser responsabilizado pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder, sendo modalidade desse exercício abusivo de poder a lesão ao interesse nacional e a promoção da liquidação de companhia próspera (LSA, art. 117, § 1º, b).<sup>263</sup> Tendo presente que tanto os interesses públicos primários quanto os secundários são indisponíveis, Alexandre Santos de Aragão pondera que “o Estado não pode dispor dos seus bens meramente 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)”<sup>264</sup>.

Pelo até aqui exposto denota-se que a desestatização ou a privatização de empresas estatais envolve um juízo negativo da concorrência dos imperativos que a Constituição considerou e determinou que, quando ocorressem a juízo do legislador, deveriam levar a

---

<sup>261</sup> A realização de oferta pública encontra-se regulamentada pela Comissão de Valores Mobiliários por meio da Instrução CVM nº 361 de 05.03.2002 (art. 29).

<sup>262</sup> Tal medida tem por fim imediato a proteção dos minoritários, possibilitando-lhes um mínimo de participação na operação de alienação para conferir-lhes um tratamento mais paritário e igualitário em comparação ao controlador.

<sup>263</sup> RIBEIRO, Renato Ventura. Direito de Voto nas Sociedades Anônimas. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

<sup>264</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. 2ª ed. rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 104.

intervenção direta na atividade econômica e ao controle de determinados setores da economia pelo Estado, com risco de delegação indiscriminada da privatização de variadas empresas estatais, razão pela qual o Legislativo não pode ser afastado dessa deliberação quanto a necessidade de encerramento da vida da estatal.

#### **4.1. Autorização legislativa para a extinção de estatais como decorrência do princípio do paralelismo ou paridade de formas: preservação da competência do Legislativo para deliberar sobre o encerramento de estatais**

A Constituição Federal reservou ao Poder Legislativo a prerrogativa do controle do juízo de existência do interesse público de que trata o art. 173, *caput*, da Constituição Federal - segurança nacional ou relevante interesse coletivo -, a justificar a intervenção direta do Estado em determinado setor da economia, por meio da criação de empresas públicas ou sociedades de economia mista, incluindo suas subsidiárias e controladas.

Esse controle, uma vez exercido, se materializa na lei que autoriza a constituição das estatais, devendo ser por lei específica, no caso das estatais de primeiro grau ou por norma genérica para as segundas, que poderá estar contida na própria norma que autorizar a constituição da estatal mãe ou em norma posterior, de caráter geral ou específico, a depender do caso.

A reserva de lei em sentido formal prevista na Constituição para autorizar a criação de sociedades de economia mista (art. 37, XIX) e de suas subsidiárias e controladas (art. 37, XX) se justifica pela necessidade de o Poder Legislativo deliberar sobre o atendimento dos requisitos constitucionais que autorizam a intervenção direta do Estado no domínio econômico (CF, art. 173, *caput*)<sup>265</sup>.

Estando em jogo o surgimento de mais um ente da Administração, resultando no comprometimento de recursos ao erário, a autorização legislativa torna-se indispensável à aferição dos requisitos de relevante interesse coletivo e de segurança nacional (CF, art. 173) com a fixação e delimitação dos objetivos da entidade e aporte necessário dos recursos orçamentários.

---

<sup>265</sup> CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, 4º volume, tomo I: arts. 206 a 242: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. 5ª ed. rev. e. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 411.

Portanto, para o Estado deixar de intervir nessa área também haverá necessidade de manifestação do Poder Legislativo, sob pena de supressão do direito de avaliação da conformidade do interesse público<sup>266</sup>.

Havendo disposição expressa na Constituição que submete ao princípio da reserva legal a criação de empresa pública, sociedade de economia mista, suas subsidiárias e controladas, por consequência lógica, também se impõe a necessidade de autorização legislativa para a extinção, liquidação, dissolução, alienação do controle acionário estatal sobre esses entes e entidades públicos.

Portanto, o que a lei especificamente criou não pode ser extinto de forma genérica sob pena de vulneração do princípio da reserva legal. Possibilitar isso importa permitir que o Poder Executivo, isoladamente, estabeleça critérios puramente subjetivos à configuração dos imperativos de segurança nacional e relevante interesse coletivo que foram discutidos de forma colegiada pelo Congresso Nacional e motivaram a autorização para a constituição das estatais.

Não se questiona que o juízo de conveniência do Estado em permanecer na exploração de certa atividade econômica, utilizando-se de empresa pública ou sociedade de economia mista, deve ser efetivado à vista do relevante interesse coletivo ou de imperativos de segurança nacional recomendando-se a sua extinção quando desaparecido esse pressuposto. O que não se admite é que tal competência seja privativa do Poder Executivo, ou seja, que tal decisão fique ao sabor de definição simplesmente administrativa sem a participação do Poder Legislativo, sendo indispensável que também a saída do Estado da atividade econômica se faça por meio de lei para preservação dos interesses superiores da nação, devendo ser respeitado o interesse público que justificou a criação da estatal e isso se faz mediante controle pelo Legislativo.

Nessa linha, aliás, se manifestou o ministro Néri da Silveira, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 234/RJ, de que foi relator, ressaltando que o Legislativo não pode ser deixado a margem do processo de privatização, notadamente quando se trata da disposição de bens públicos<sup>267</sup>.

---

<sup>266</sup> PINTO, Henrique Motta; PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Empresas estatais. São Paulo: Saraiva, 2013, p.56.

<sup>267</sup> “Não posso entender que o Poder Executivo fique autorizado, sem a participação do outro Poder, que é o Poder Legislativo, a resolver toda a matéria de privatização. Não estou, evidentemente, aqui, discorrendo sobre nosso sistema constitucional. Certo é que existem, ai, interesses do erário, da Fazenda Pública, que não podem ser deixados à margem no processo de privatização. Não é possível que se disponha dos bens públicos de uma maneira que, realmente, cause prejuízos imensos à Nação. Vamos partir do pressuposto de que a lei deve estabelecer uma definição para esse processo. Nosso sistema é dual, com a participação do Executivo e do Legislativo, especialmente quando se trata de dispor sobre os interesses superiores da Administração Pública nos âmbitos federal e estadual. O Legislativo não pode ficar excluído dos juízos de conveniência e de oportunidade”. (STF, Pleno, ADI 234-RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 22.06.1995, Dj 15.09.1995).

Desta forma, o Estado não pode simplesmente abdicar da exploração direta de determinada atividade econômica sem a respectiva autorização do órgão de representação popular. Na medida em que a criação das empresas públicas e sociedades de economia mista depende sempre da aquiescência do Poder Legislativo, para o processo de extinção das referidas estatais, também haverá que se observar tal exigência. O mesmo se diga em relação às subsidiárias e controladas dessas empresas estatais, eis que inseridas no contexto dos entes que integram a administração indireta, notadamente aquelas que revestem a condição de subsidiárias integrais.

Considerando que a alienação dessas estatais, assim como de suas subsidiárias e controladas, corresponde à retirada do Estado do domínio econômico e que o Estado, por meio de lei formal decretada pelo Poder Legislativo, entendeu ser caso de intervenção para atender aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, o Poder Executivo não poderia, por decisão exclusiva, entendendo não ser mais justificada a intervenção, definir pela saída sem consulta e aprovação do Legislativo.

Sem que um processo legislativo específico seja instaurado, os cidadãos — no fiel exercício político que se dá por meio de seus representantes — perdem o direito de discutir, caso a caso, se o especial interesse público que antes existira deixa, efetivamente, de existir.

A decisão não competiria apenas ao Chefe do Poder Executivo, sob pena de malferir o previsto nos artigos 48, inciso XI, *c/c* o art. 61, § 1º, inciso II, alínea *e*, e art. 84, inciso VI, alínea *a*, da CF, que subordinam qualquer alteração na composição, estruturação, atribuições, organização e funcionamento dos órgãos estatais à autorização em lei.

A Constituição exige lei de iniciativa do Presidente da República para a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública (art. 48, inciso XI, art. 61, § 1º, inciso II, alínea *e*), observado o disposto no art. 84, VI, alínea *a*, que atribui competência ao Presidente da República para dispor, por decreto, sobre a organização e funcionamento da administração federal, porém quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos.

Nesse sentido a opinião de Gilberto Bercovici:

Da mesma forma que a sociedade de economia mista deve ter sua criação autorizada por lei (artigo 37, XIX da Constituição), ela só pode ser extinta por lei ou na forma da lei. Esta necessidade de autorização legislativa para a extinção das empresas estatais em geral (inclusive as sociedades de economia mista) sempre foi defendida pela doutrina administrativista brasileira, estando hoje consagrada no artigo 61, §1º, II, 'e' da Constituição de 1988, com a

redação alterada pela Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001<sup>268</sup>.

Logo, quando a organização e funcionamento da administração federal implicar extinção de órgãos públicos (incluindo aqui os entes da administração indireta), não será possível ao Presidente da República o uso de decreto, pois a via constitucionalmente prevista para tanto será por meio de lei específica, respeitada a iniciativa do Chefe do Executivo. Nesse sentido se a exigência é feita para os órgãos da administração pública (que não tem personalidade jurídica própria), com muito mais razão se justifica sua aplicação em relação à extinção dos entes da administração indireta, que são pessoas jurídicas distintas da pessoa política que as instituiu, conforme leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>269</sup>.

Nessa direção também é o entendimento de Carlos Ari Sunfeld, para o qual:

O Direito Constitucional Brasileiro impõe a concordância prévia do Legislativo para todas as alterações na estrutura da Administração que envolvam aquisição ou perda de personalidade governamental. Deveras, é necessária autorização legal tanto para o surgimento de uma nova organização governamental como para seu desaparecimento.<sup>270</sup>

E complementa:

Pelos princípios do paralelismo de regimes e da legalidade, sendo a autorização legal necessária para criar, também há de sê-lo para desfazer a empresa, isto é, para suprimir-lhe a personalidade governamental, para retirá-la da estrutura da Administração Pública. E isso independentemente da forma que a operação revista: tanto na extinção pura e simples da empresa como em sua desestatização ou na transferência para outro ente da Federação. Embora a Carta Nacional seja silente quanto à autorização para esses casos, ela é exigível no âmbito federal, por força dos princípios citados<sup>271</sup>.

Apesar das empresas estatais não serem órgãos do Estado, mas entes sujeitos ao regime de direito privado, integram a Administração Pública Indireta, vinculando-se e subsumindo-se às regras aplicáveis à Administração Pública, como a prestação de concurso público, sujeição à licitação e ao controle do TCU, dentre outros.

Há que se argumentar ainda que a natureza jurídica das ações do Estado em sociedade de economia mista é de título de crédito representativo de posição societária, inserindo-se na

<sup>268</sup> BERCOVICI, Gilberto. A Sociedade de Economia Mista no Brasil entre a Administração Pública e o Mercado. *Revista Brasileira de Pesquisa Jurídica*, Avaré, v.2, n.1, p.225-246, jan./abr. 2021. doi 10.51284/rbj.02.bercovici.

<sup>269</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 565.

<sup>270</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Reforma do Estado e empresas estatais. A participação privada nas empresas estatais. *In* SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 266.

<sup>271</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Reforma do Estado e empresas estatais. A participação privada nas empresas estatais. *In* SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*, São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 282.

classificação de bens públicos dominicais (CC, art. 99, *caput* e parágrafo único), atraindo, portanto, a necessidade de autorização legislativa para a sua alienação, a teor do art. 101 do diploma civil.

Desta feita, deve-se atentar para que a livre criação de subsidiárias, permitida pelas autorizações genéricas, não seja utilizada como instrumento para burlar a norma constitucional e possibilitar a privatização às avessas da empresa mãe, abrindo espaço para um cenário de fraudes, com cadeias de criação e extinção de sociedades com fins espúrios, haja vista que a cada criação há repasse de ativos da empresa matriz para a subsidiária.

É atribuição do Congresso Nacional zelar pelos bens de domínio da União e sobre a disponibilidade destes, sendo obrigatória sua participação para sustar atos que exorbitem o poder regulamentar do Poder Executivo, nos termos do art. 48, V, da Constituição.

Logo, se a constituição de empresa pública e de sociedade de economia mista (CF, art. 37, inciso XIX), bem como a criação de suas subsidiárias, controladas, coligadas e a participação em empresas privadas, dependem de autorização legislativa (CF, art. 37, XX), a desconstituição dessas estatais – e das suas subsidiárias e controladas – também necessitaria de prévia autorização legal, sob pena de subtrair prerrogativa constitucional do Poder Legislativo.

Nesse mesmo sentido, o entendimento de Henrique Motta Pinto: “Se a sociedade de economia mista teve sua criação autorizada por lei para cumprir determinada missão pública, surge como imperativo lógico que o mesmo beneplácito se mostre essencial no caso de alienação do respectivo controle acionário, sob pena de subtrair do órgão de representação popular a avaliação sobre a conformidade desse ato com o interesse público”<sup>272</sup>.

Se houve necessidade de autorização do Parlamento para o Estado poder atuar em determinada atividade econômica, da mesma forma, para que o Estado se retire dessa atividade também haverá necessidade de aquiescência do Poder Legislativo mediante a edição de lei específica. Tal entendimento decorre do princípio do paralelismo das formas ou teoria da simetria das formas jurídicas<sup>273</sup>.

Especificamente em relação às subsidiárias e controladas, além da disposição constitucional (art. 37, XX), existe previsão legal para a sua criação por lei no art. 237, § 1º, da

---

<sup>272</sup> PINTO, Henrique Motta; PINTO JÚNIOR, Mario Engler. *Empresas estatais*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.56.

<sup>273</sup> Nesse mesmo sentido lecionam Rafael Carvalho Rezende Oliveira, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p.110-111. ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 23. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p.75.

Lei 6.404/76 (LSA) e art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais), logo, pelo princípio da simetria, a extinção dessas empresas também deveria obedecer a mesma exigência de autorização legislativa prévia.

A propósito do tema, leciona José dos Santos Carvalho Filho que

A extinção das empresas públicas e das sociedades de economia mista reclama lei autorizadora. Significa dizer que o Poder Executivo, a que são normalmente vinculadas, não tem competência exclusiva para dar fim às entidades. O fato se justifica pela teoria da simetria, isto é, se a própria Constituição exige que a autorização criadora se faça através de lei, é evidente que somente ato desta natureza será legítimo para extingui-las.<sup>274</sup>

E a necessidade de observância do princípio se dá não apenas por um aspecto meramente formal, mas sim pela essência do ato porque ao Legislativo compete a avaliação do interesse público em questão para possibilitar a retirada do Estado da atividade econômica, assim como lhe coube a mesma avaliação quando do ingresso do Estado nessa atividade.

A hipótese do paralelismo entre criação/autorização e extinção/alienação é, em verdade, a exigência de que cada ato específico seja condicionado por mecanismos legítimos de formação da vontade, que, no caso, se dá pela intervenção do Poder Legislativo representando a vontade popular.

Nesse sentido também adverte Alessandro Octaviane<sup>275</sup>: “Note-se que, pelo princípio do paralelismo das formas, se há necessidade de lei autorizativa para criação de uma estatal, também se fará necessária autorização específica para extinção da estatal. O que significa que o Poder Executivo não poderá, por si, extinguir uma empresa pública ou sociedade de economia mista”.

Assim também se pronuncia Marcos Bemquerer:

Quanto à forma de extinção, 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, que pode conferir ao Executivo autorização específica para a dissolução de determinada empresa ou de determinadas empresas (MELLO, 1996, p. 111). De fato, o que foi criado mediante prévia autorização legal, somente por outra igual pode ser extinto, ou seja, o que foi criado por lei só por lei pode ser desfeito (GASPARINI, 2000, p. 345-346)<sup>276</sup>.

---

<sup>274</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 25 ed. rev., ampl. e atual. até a Lei nº 12.587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012, p. 492.

<sup>275</sup> OCTAVIANI, Alessandro. NOHARA, Irene Patrícia. Estatais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 104.

<sup>276</sup> BEMQUERER, Marcos. O Regime Jurídico Das Empresas Estatais Após a Emenda Constitucional Nº 19/1998. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.127.

Especificamente em relação às privatizações, por ser forma de extinção da estatal, deixando de existir como ente de colaboração do Estado, o processo de desestatização fica dependente da devida autorização legislativa caso a caso. Conforme esclarece Tadeu Rabelo Pereira “[...] deve a extinção de tais entes ser precedida da devida manifestação legislativa quanto a cada empresa a ser liquidada ou privatizada”<sup>277</sup>.

O arranjo institucional da Constituição demanda a independência e harmonia entre os Poderes da República (art. 2º) e se faz por meio do sistema de freios e contrapesos, sendo que a separação dos poderes pretende, ao mesmo tempo, limitar e legitimar o poder estatal.

Permitir a extinção das empresas públicas e sociedades de economia mista sem maiores formalidades, através de venda direta, é afastar do Congresso Nacional a prerrogativa de deliberação acerca da venda de bens que constituem patrimônio da União.

A supressão da competência constitucional do Legislativo para deliberar sobre o encerramento de subsidiárias e controladas de empresas públicas e sociedades de economia mista ocasiona ruptura institucional com infringência ao sistema de freios e contrapesos e do controle democrático, resultante do esvaziamento do papel congressual na deliberação sobre os bens de domínio da União.

A esse respeito adverte o Ministro Ricardo Levandowski:

Internacionalizar ou privatizar ativos estratégicos não se reduz apenas a uma mera opção governamental, de caráter contingente, ditada por escolhas circunstanciais de ordem pragmática. Constitui uma decisão que se projeta no tempo, configurado verdadeira política de Estado, a qual, por isso mesmo, deve ser precedida de muita reflexão e amplo debate, pois suas consequências têm o condão de afetar o bem-estar de gerações presentes e até a própria sobrevivência das vindouras<sup>278</sup>.

A autorização do Parlamento para a desestatização de empresas estatais, incluindo a venda de subsidiárias, é orientação adotada por diversos países que utilizam estrategicamente as empresas estatais como instrumento para a promoção de interesses da coletividade<sup>279</sup>.

---

<sup>277</sup> PEREIRA, Tadeu Rabelo. Regime(s) Jurídico(s) das Empresas Estatais que Exploram Atividade Econômica. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 118-120.

<sup>278</sup> Lewandowski, Ricardo. Soberania nacional e ativos estratégicos. Folha de São Paulo, 27 de junho de 2018.

<sup>279</sup> Conforme dados apresentados pelo Ministro Edson Fachin no voto proferido na ADI 3.577: “Na Noruega, as empresas públicas devem atender ao melhor interesse público, nos termos do art. 19 da sua Constituição. A Carta prevê, ainda, que a administração da companhia pública é delegada ao Ministério que é por ela responsável. Prevê-se, também, que o consentimento do Parlamento (Storting) é necessário para as mudanças nas estruturas de controle. A venda de subsidiárias também depende da mesma autorização, se implicar na transferência de controle acionário. Na Suécia, o Parlamento (Riksdag) delibera sobre a governança das empresas estatais e, de acordo com o Capítulo 8, Seção 3, do Ato Sueco de Orçamento, o Governo não pode nem aumentar sua participação na economia, nem dela se desfazer sem um mandato do legislativo. Da mesma forma, é preciso a obtenção de

O juízo de conveniência do Estado em permanecer na exploração de certa atividade econômica, por meio de empresa pública ou sociedade de economia mista, deve ser efetivado à vista do relevante interesse coletivo ou de imperativos de segurança nacional que fundamentou a criação do ente estatal. Desaparecendo esse interesse público a extinção torna-se recomendada. Entretanto, essa análise não pode ser privativa do Poder Executivo, sendo indispensável o controle do Legislativo para avaliar se a saída do Estado da atividade econômica não violará os interesses superiores da nação.

A autorização para venda de estatais a critério exclusivo do Executivo priva a própria democracia do indispensável debate sobre as políticas públicas que o legislador outrora entendeu ser indispensável para o bem da sociedade e que motivaram a constituição da estatal que ora se pretende extinguir. A venda do controle estatal implica, nesse sentido, um juízo negativo sobre o que o Legislativo anteriormente deliberou. Nesse sentido foram as considerações do ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da ADI 562-MC<sup>280</sup>.

Estabelecida a necessidade da autorização legislativa para a privatização de empresas públicas e sociedades de economia mista, cumpre verificar os fundamentos que levaram o STF a entender pela possibilidade de dispensa dessa autorização em relação as subsidiárias e controladas.

## **4.2. Posição do STF sobre a necessidade de autorização legislativa para a alienação do controle das empresas estatais e suas subsidiárias**

O artigo 37, incisos XIX e XX, da Constituição Federal, exige lei específica para a instituição de empresa pública e sociedade de economia mista que explorem atividade econômica e lei genérica para a instituição de subsidiárias e controladas dessas estatais. Trata-se de exigência que corresponde a imperativos de controle, pelo Poder Legislativo, da

---

autorização prévia para reduzir o controle estatal acionário em suas companhias. Na França, a grande leva de privatizações que ocorreu pela publicação da Lei 86-793, de 2 de julho de 1986, contou com autorização legislativa expressa, nos termos do Anexo por ela indicado – e, desde então, sucessivamente alterado – do qual constam precisamente as companhias que serão objeto de desestatização”. STF, Pleno, ADI 3.577, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 14.02.2020, p. 06.04.2020.

<sup>280</sup> “(...) o art. 173 deu à lei um juízo fundamental, o de verificar em que casos, nos termos da própria Constituição, concorrem os “imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo”, a impor o controle estatal de determinados setores da atividade econômica. Ora, é evidente que a chamada “desestatização” ou “privatização” de empresas estatais envolve um juízo negativo da concorrência desses “imperativos”, que a Constituição considerou e determinou que, quando ocorressem a juízo do legislador, devessem levar à intervenção direta, na atividade econômica, e ao controle de determinados setores da economia pelo Estado. Portanto, não posso deixar de emprestar relevo a esse argumento”. (STF, Pleno, ADI 562-MC, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 04.09.1991, DJ 26.03.1993).

observância dos princípios e requisitos que devem nortear a intervenção do Estado na economia (art. 173).

A Constituição, no entanto, nada dispõe sobre a necessidade de lei (geral ou específica) para autorizar o encerramento ou a desestatização de sociedade de economia mista ou de empresa pública.

Partindo da premissa de que não haveria, no âmbito da União, exigência de lei para cada hipótese de privatização de empresa estatal, o Supremo Tribunal Federal passou a considerar possível a dispensa de lei específica tanto para a extinção quanto para a alienação do controle acionário das empresas públicas e sociedades de economia mista. De acordo com o Tribunal, para a desestatização de empresa estatal seria suficiente apenas e tão somente a autorização legal genérica prevista em lei que veicule programa de desestatização, conforme pode ser verificado, por exemplo, do julgado na ADI 562-MC<sup>281</sup>.

Em conformidade com o entendimento da Corte, no sistema adotado pela União, os parâmetros para os processos de privatização obedecem ao definido na legislação que trata do Programa Nacional de Desestatização (criado pela Lei nº 8.031/90 e atualmente disciplinado pela Lei n. 9.491, de 09.09.1997). Nesse passo, o art. 2º da Lei nº 9.491/1997, designa, de forma geral, as entidades que poderão ser desestatizadas, a saber: empresas, inclusive instituições financeiras, controladas direta ou indiretamente pela União, instituídas por lei ou ato do Poder Executivo (inc. I) e empresas criadas pelo setor privado e que, por qualquer motivo, passaram ao controle direto ou indireto da União (inc. II).

Desta forma, havendo uma lei de regência geral das desestatizações que defina a forma como serão feitas as privatizações, o requisito da autorização legislativa para alienação do controle acionário de estatais estaria preenchido com a observância dos ditames da referida lei.

Assim sendo, a autorização deferida ao Chefe do Poder Executivo Federal para incluir empresa estatal no Programa de Desestatização, com base na Lei n. 9.491/97, seria suficiente para a realização da desestatização das empresas controladas, direta ou indiretamente, pela União.

---

<sup>281</sup> No caso, o STF afastou o argumento trazido pelo Partido Socialista Brasileiro de que a autorização legislativa para alienação de estatais deveria ser feita por meio de lei específica, admitindo tão somente a autorização genérica para privatização de empresas estatais e de sociedades de economia mista prevista na Lei 8.031/90, que criou o Programa Nacional de Desestatização, vencido o Min. Sepúlveda Pertence que entendia pela necessidade dessa norma específica. STF, Pleno, ADI 562-MC, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 04.09.1991, DJ 26.03.1993.

Note-se, entretanto, que o STF não dispensou a necessidade de autorização legal para o encerramento ou privatização das estatais. Apenas possibilitou a dispensa de autorização legislativa específica diante da norma de caráter geral que disciplina o processo de privatização, de modo que cada ato de desestatização seja individualizado, caso a caso, mas por ação exclusiva da Administração.

A Corte manteve, portanto, o entendimento anteriormente exposto no julgamento da ADI 234 que reconheceu a necessidade de autorização legislativa por lei em sentido formal sempre que a alienação de ações do Estado em suas empresas estatais importar em perda do controle acionário. A decisão, na sua origem, exigia lei formal ‘específica’ para essas alienações, entretanto, foi complementada posteriormente por embargos de declaração com retificação dessa exigência. O Tribunal assentou assim que a autorização não exigiria lei específica, mas genérica, com supressão do vocábulo “específica” para estabelecer que a autorização legislativa exigida há de fazer-se apenas por ‘lei formal’, ou seja, de caráter geral<sup>282</sup>.

Esse entendimento foi mais tarde confirmado no julgamento da ADI 1348 proposta contra o art. 364 da Constituição do Rio de Janeiro que vedava a alienação das ações ordinárias do Banco do Estado do Rio de Janeiro – BANERJ, embora no caso concreto a Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro por meio da Lei n. 2.470, de 28.11.1995 (art. 3º), tenha autorizado o Chefe do Executivo a promover a privatização das empresas controladas direta ou indiretamente pelo Estado fluminense<sup>283</sup>.

Também no julgamento da ADI 1.703, proposta em face de Lei do Estado de Santa Catarina (Lei nr.10.542, de 30.09.1997), que exigia autorização legislativa específica para a venda de ações de empresas públicas e sociedades de economia mista (art. 10, IV), o STF deu interpretação conforme a Constituição estabelecendo que a norma não terá aplicação às vendas de ações de entes estatais excedentes do mínimo indispensável ao exercício do controle do Estado sobre esses entes. Em outras palavras, o Tribunal reconheceu a constitucionalidade da lei prévia e específica, tal qual consignado pela Lei Estadual n. 10.542, mas apenas para a alienação das ações que importem a perda do controle acionário estatal, adotando a linha do decidido no julgamento da ADI 234<sup>284</sup>.

Essa também foi a posição adotada no julgamento da ADI 1724, que pretendia a declaração de inconstitucionalidade de Lei Complementar do Estado do Rio Grande do Norte

---

<sup>282</sup> STF, Pleno, ADI 234 QO, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 04.10.1995, p. 09.05.1997.

<sup>283</sup> STF, Pleno, ADI 1.348/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, p. 21.02.2008, DJe de 7.3.2008.

<sup>284</sup> STF, Pleno, ADI 1.703/SC, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 8.11.2017, DJe de 19.12.2017.

(LC n. 143, de 3.4.1996) que institui o Programa Estadual de Desestatização (PED), conferindo amplos e ilimitados poderes ao Executivo estadual para alienar o controle acionário de toda e qualquer empresa controlada pelo Estado do Rio Grande do Norte e que restou julgada improcedente para declarar a constitucionalidade da referida norma justamente por atender a exigência de lei autorizativa quando da alienação que importe a perda do controle acionário do Estado<sup>285</sup>.

Note-se, portanto, que em todos esses precedentes o Poder Executivo foi expressamente autorizado pelo Poder Legislativo a promover as alienações, não tendo havido supressão da competência das respectivas Assembleias Legislativas.

Tais normas ainda que tenham conferido ao Executivo ampla liberdade para a venda do controle acionário das empresas controladas direta ou indiretamente pelo Estado, cuja especificação detalhada será feita por Decreto do Executivo, não deixa de ser uma autorização específica para o ato de desestatização embora seus efeitos sejam genéricos, abrangendo todas as empresas sob controle estatal para aquele dado momento específico.

Diferem esses precedentes do caso debatido na ADI 562-MC, em que a autorização ao Executivo para a alienação do controle acionário não foi concedida pelo Legislativo em lei específica, mas decorreria única e exclusivamente com base na Lei que criou o Programa Nacional de Desestatização (Lei n. 8.031, de 12.04.1990).

Nas ações diretas de inconstitucionalidade n° 3577<sup>286</sup> e n° 3578<sup>287</sup>, propostas, respectivamente, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Crédito (CONTEC) e pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB), em face da Lei n° 9491, de 09.09.1997, que alterou os procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, restou ratificado o entendimento exarado na ADI 562-MC de não haver necessidade de lei específica autorizando a desestatização de empresas estatais, sendo suficiente a autorização legal genérica prevista na lei que veicula o programa de desestatização, no caso, a constante dos incisos I e II do art. 2° da Lei n° 9.491/97, os quais designam, de forma geral, as empresas que poderão ser desestatizadas, e que basicamente repete o previsto no art. 2° da Lei 8.031, de 12.04.1990.

---

<sup>285</sup> STF, Pleno, ADI 1724, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 30.08.2019, p. 16.09.2019.

<sup>286</sup> Vencidos os Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber, que julgavam, em maior extensão, procedente a ação direta, declarando a incompatibilidade dos incisos I, II e IV do art. 2° da Lei 9.491/97 com a Constituição Federal. STF, Pleno, ADI 3.577, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 14.02.2020, p. 06.04.2020.

<sup>287</sup> STF, Pleno, ADI 3.578 MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 14.09.2005, p. 24.02.2006.

Idêntico posicionamento foi adotado na ADI 6.241<sup>288</sup>, relacionada aos mesmos dispositivos da Lei 9.491/97 e a decretos presidenciais dispendo sobre a qualificação de diversas estatais no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República e sobre a sua inclusão no Programa Nacional de Desestatização<sup>289</sup>. Conforme ressaltado pela Ministra Carmen Lúcia, não se aplicaria em tais situações a denominada simetria das formas, a exigir a edição de lei específica para a desestatização das citadas entidades públicas, exceto quanto às empresas estatais cuja lei instituidora tenha previsto, expressamente, a necessidade de lei específica para sua extinção ou privatização.

De um modo geral, a justificativa para a legalidade desse procedimento seria de que a autorização conferida ao Chefe do Poder Executivo ficaria subordinada às regras legalmente estabelecidas no Programa de Desestatização, no que concerne à privatização das empresas direta ou indiretamente controladas pelo Estado. Por meio desse processo o Executivo ficaria obrigado a fornecer amplos esclarecimentos, realizar estudos, avaliações, definição de critérios de fixação do preço total de alienação da empresa a ser privatizada e valor de cada ação, bem como a prestar contas de todos os atos praticados aos órgãos de controle, notadamente perante o TCU<sup>290</sup>, elaborando relatórios circunstanciados, além de ficar submetidas a amplo controle judicial, tanto por parte dos partidos políticos quanto da sociedade em geral que poderão

---

<sup>288</sup> Ação direta de inconstitucionalidade. Requerimento de medida cautelar. Leis federais nr. 9.491/1997 e 13.334/2016. Desestatização de empresas públicas e sociedades de economia mista. Impugnação genérica. Conhecimento parcial da ação. Constitucionalidade da autorização legal genérica para a desestatização de empresas estatais. Ação parcialmente conhecida e, nessa parte, julgada improcedente. 1. Não se conhece da ação direta de inconstitucionalidade na qual a impugnação às normas é apresentada de forma genérica. Precedentes. 2. Para a desestatização de empresa estatal é suficiente a autorização prevista em lei que veicule programa de desestatização. Precedentes. 4. Autorização legislativa genérica é pautada em princípios e objetivos que devem 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. 5. Ação direta parcialmente conhecida quanto à impugnação da autorização de inclusão de empresas estatais no plano de desestatização prevista no caput do art. 2º e no § 1º do inc. I do art. 6º da Lei n. 9.491/1997 e, nessa parte, julgado improcedente o pedido. (STF, Pleno, ADI 6.241, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 8-2-2021, P, *DJE* de 22-3-2021)

<sup>289</sup> Decretos n.ºs. 10.007, de 05.09.2019 - Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A. - ABGF); 10.008, de 05.09.2019 - Empresa Gestora de Ativos S.A. - Emgea; 10.054, de 14.10.2019 - Casa da Moeda do Brasil e 10.065, de 14.10.2019 - Centro Nacional de Tecnologia Eletrônica Avançada S.A. - Ceitec e as Resoluções do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República n.ºs. 83, de 21.08.2019 - Serviço Federal de Processamento de Dados - Serpro e 84, de 21.08.2019 - Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência - Dataprev, posteriormente revogadas pelas Resoluções CPPI n.ºs 90 (Serpro) e 91 (Dataprev) de 19.11.2019. Em 15.01.2020 e 22.01.2020 foram publicados os Decretos Presidenciais n.º 10.199 (Dataprev) e 10.206 (Serpro), respectivamente, qualificando essas empresas no âmbito do PPI e incluindo-as no PND.

<sup>290</sup> Nos termos da Instrução Normativa TCU n.º 81, de 20.06.2018, ao Tribunal de Contas da União compete fiscalizar os processos de desestatização realizados pela Administração Pública Federal, incluídos no Programa Nacional de Desestatização (PND), conforme disposto no art. 2º, c/c artigo 18, VIII da Lei n.º 9.491, de 09.09.1997 e no Programa de Parcerias de Investimentos, de acordo com os artigos. 5º e 6º, IV da Lei n.º 13.334, de 13.09.2016, compreendendo as privatizações de empresas, as concessões e permissões de serviço público, a contratação das Parcerias Público-Privadas (PPP) e as outorgas de atividades econômicas reservadas ou monopolizadas pelo Estado (art. 1º).

fiscalizar os procedimentos e impugná-los perante o Poder Judiciário, a teor do art. 5º, XXV, da Constituição.

O Congresso Nacional, por meio da lei instituidora do PND, teria fixado objetivamente os parâmetros e as diretrizes para o Poder Executivo e seus órgãos auxiliares, incluindo o Conselho Nacional de Desestatização, realizar o enxugamento do aparato estatal com o fim de melhorar a eficiência administrativa, a qualidade dos serviços, a diminuição de custos, além de minimizar os riscos de corrupção.

Argumenta-se também que tanto na Lei nº 8.031/90 (art. 2º, § 3º) quanto na Lei nº 9.491/97 (art. 3º) o legislador se encarregou de excluir do programa as entidades insuscetíveis de privatização (a exemplo do Banco do Brasil S.A. e da Caixa Econômica Federal), de modo que em relação as demais o Poder Executivo teria ampla liberdade para os atos de desestatização. A esse respeito, cumpre apenas esclarecer que a vedação em questão não se aplica às participações acionárias detidas pelas referidas entidades, conforme ressalva a parte final do art. 3º, da Lei 9.491/97, ou seja, embora o BB e a CEF não possam ser incluídos no PND, as suas subsidiárias e controladas poderão. A única exceção a venda seria nas hipóteses em que houver norma restritiva a essas alienações<sup>291</sup>.

Quanto ao argumento de que as inclusões de empresas estatais no PND, por indicação do Poder Executivo, estariam submetidas a amplo controle judicial, tanto pela sociedade em geral quanto por entidades de classe e partidos políticos, a quem caberia não apenas a fiscalização como também a impugnação perante o Poder Judiciário, convém advertir que, na prática, esse exercício do direito de ação não tem se mostrado efetivo para evitar atos de desestatização. Normalmente, a discussão sobre as medidas de disposição do controle acionário sobre estatais tem se exaurido no âmbito preliminar com a concessão ou não de liminares. Desta forma, o exame futuro do mérito acaba, na grande parte dos casos, ficando prejudicado porque, a depender do objeto da liminar concedida ou negada, o ato de desestatização poderá restar definitivamente perpetrado, havendo, portanto, perda do objeto da ação, na maioria das situações por total impossibilidade de reconstituição ao *status quo ante*.

Além do mais, embora razoáveis as justificativas relacionadas a venda de estatais dentro do PND, não se pode perder de vista que tanto a Lei n. 8.031/90 quanto a Lei n. 9.491/97

---

<sup>291</sup> Art. 3º Não se aplicam os dispositivos desta Lei ao Banco do Brasil S.A., à Caixa Econômica Federal, e a empresas públicas ou sociedades de economia mista que exerçam atividades de competência exclusiva da União, de que tratam os incisos XI e XXIII do art. 21 e a alínea "c" do inciso I do art. 159 e o art. 177 da Constituição Federal, não se aplicando a vedação aqui prevista às participações acionárias detidas por essas entidades, desde que não incida restrição legal à alienação das referidas participações.

foram editadas em período no qual predominava no país um governo marcado pelo pensamento liberal voltado a ideia de estado mínimo. Desta forma é natural e previsível que a composição do Congresso Nacional da época estivesse mais alinhada com os ideais do Chefe do Executivo da época, o que, pode não refletir a situação do momento em que se pretende a alienação desta ou daquela estatal.

Ainda que a atuação do Chefe do Poder Executivo vincule-se aos limites, princípios, objetivos e condicionantes legais que devem ser observados nas diversas fases deliberativas do processo de desestatização estando subordinado às regras legalmente estabelecidas no Programa de Desestatização, não se pode desprezar que o programa de desestatização é levado a efeito, em todas as suas etapas, mediante atos unilaterais do Poder Executivo.

Tanto o CND quanto o CPPI são compostos por membros diretamente vinculados ao Presidente da República. O Conselho Nacional de Desestatização - CND, diretamente subordinado ao Presidente da República, tem como membros os Ministros de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão e Chefe da Casa Civil da Presidência da República (art. 5º). Por sua vez, são membros do CPPI, com direito a voto, os Ministros de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República; Chefe da Secretaria de Governo da Presidência da República; da Economia; da Infraestrutura; de Minas e Energia; do Meio Ambiente; do Desenvolvimento Regional, além dos presidentes do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), da Caixa Econômica Federal e do Banco do Brasil (art. 7º, § 1º).

Por meio de Resolução do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos CPPI (outrora o Conselho Nacional de Desestatização CND<sup>292</sup>) há a recomendação ao Presidente da República da qualificação de empresas estatais no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) e a sua inclusão no Programa Nacional de Desestatização (PND). Essa inclusão é aprovada pelo Presidente da República por meio de Decreto que autoriza o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) a iniciar a realização dos estudos necessários à futura privatização.

A Resolução do CPPI nº 127, de 20.06.2020, conferiu ao Ministério da Economia a competência para a coordenação e o acompanhamento dos atos e procedimentos da

---

<sup>292</sup> As condições de desestatização cujas decisões eram atribuídas pela Lei nº 9.491, de 09.09.1997 (art. 6, I) ao Conselho Nacional de Desestatização, passaram a ser aprovadas, por meio de resolução, pelo Conselho do Programa de Parcerias e Investimentos da Presidência da República (CPPI), nos termos da Lei nº 13.334, de 13.09.2016, que criou o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI (art. 7º, inc. V, letra c).

reestruturação e desestatização das empresas. Com isso, o programa de desestatização em exame confere ao Executivo inteira discricão quanto à escolha das empresas controladas direta ou indiretamente pelo Estado que serão indicadas à privatização.

Desse entendimento compartilha o Ministro Edson Fachin, conforme voto que proferiu no julgamento da ADI 3.577: “Assim, há que se reconhecer que a Lei 9.491/97, sem sequer indicar as empresas a serem desestatizadas, longe está de atender a juízo negativo a ser feito pelo legislador relativamente às atividades que, em outra oportunidade, gravou como sendo relevante ao interesse nacional ou indispensável à segurança nacional”<sup>293</sup>.

Portanto, mesmo para inclusão de empresa estatal no Programa Nacional de Desestatização a autorização legislativa prévia ao Chefe do Poder Executivo Federal se faz necessária como fundamento para preservação do estado democrático de direito, a exemplo do que ocorre com a inclusão da EBCT no referido programa, objeto de discussão do Projeto de Lei nº 591/2021, assim como no recente caso de privatização da Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - Eletrobrás aprovada pela Lei nº 14.182, de 12.07.2021.

O entendimento da ADI 562-MC parecia consolidado no âmbito da Corte até que sobreveio a decisão do Plenário do STF nos autos da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.624 MC/DF.

Essa decisão referendou em parte, a medida cautelar anteriormente concedida pelo Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, conferindo ao art. 29, *caput*, inc. XVIII, da Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais), interpretação conforme à Constituição Federal, para consolidar o entendimento de que (i) a alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista exige autorização legislativa e licitação; (ii) a exigência de autorização legislativa, todavia, não se aplica à alienação do controle de suas subsidiárias e controladas e (iii) nesse caso, a operação pode ser realizada sem a necessidade de licitação, desde que siga procedimentos que observem os princípios da administração pública inscritos no art. 37 da Constituição Federal, respeitada, sempre, a exigência de necessária competitividade<sup>294</sup>.

---

<sup>293</sup> STF, Pleno, ADI 3.577, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 14.02.2020, p. 06.04.2020.

<sup>294</sup> Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Concessão parcial. Monocrática. Interpretação conforme a Constituição. Art. 29, *caput*, da Lei 13.303/2016. Venda de ações. Alienação do controle acionário de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias e controladas. Necessidade de prévia autorização legislativa e de licitação. Voto médio. Medida cautelar parcialmente pelo Plenário. I – A alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista exige autorização legislativa e licitação pública. II – A transferência do controle de subsidiárias e controladas não exige a anuência do Poder Legislativo e poderá ser operacionalizada sem processo de licitação pública, desde que garantida a competitividade entre os potenciais interessados e observados os princípios da administração pública constantes do art. 37 da Constituição

Esse entendimento relacionado a exigência de autorização legislativa e licitação para a alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista foi confirmado pelo STF no julgamento da ADI 5841<sup>295</sup>, notadamente a partir dos votos dos Ministros Alexandre de Moraes e Dias Toffoli, em que ressalta evidenciada a intenção em ratificar a posição encampada pelo Pleno na ADI nº 5.624/DF-MC em relação a obrigatoriedade de autorização legislativa para possibilitar a alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista<sup>296</sup>.

Portanto, permanece hígida a obrigatoriedade de específica autorização legislativa na hipótese de alienação do controle acionário de sociedade de economia mista (empresa mãe), na forma decidida pelo STF na ADI 5.624/DF-MC<sup>297</sup>.

Entretanto, pela avaliação da jurisprudência do STF, denota-se que a interpretação constitucional de exigência de lei específica para privatizar ainda não é pacífica, mesmo no ambiente da Corte, havendo controvérsia quanto à necessidade de autorização legislativa em relação à venda (desinvestimento) de estatais, subsidiárias e controladas, o que provavelmente será definido quando do julgamento do mérito da ADI 5.624/DF.

### **4.3. Abrangência da decisão do STF sobre a dispensa de autorização legislativa para alienação de subsidiárias e controladas de empresas estatais**

---

da República. III – Medida cautelar parcialmente referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. (STF, Pleno, ADI 5624 MC-Ref/DF, Relator Min. Ricardo Lewandowski, j. 06.06.2019, p. 29.11.2019, PE Dje-261)

<sup>295</sup> Ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores - PT, contra o texto integral do Decreto nº 9.188, de 01.11.2017, que estabelece regras de governança, transparência e boas práticas de mercado no âmbito da administração pública federal para a adoção de regime especial de desinvestimento com a finalidade de disciplinar a alienação de ativos pertencentes às sociedades de economia mista federais, voltadas especificamente às sociedades subsidiárias e controladas (art. 1º, § 1º), tendo por base a dispensa de licitação prevista no art. 29, caput, inciso XVIII, da Lei nº 13.303, de 30.06.2016. A maioria dos Ministros concluiu, que o procedimento licitatório, exigível para a alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista, seria dispensável para a transferência do controle de sociedades subsidiárias e controladas, afirmando a constitucionalidade do procedimento estabelecido na Lei nº 13.303/16 e regulamentado pelo Decreto nº 9.188/17, desde que garantida a competitividade e observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, caput, da CF/88). STF, Pleno, ADI 5841 MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 21.12.2020, p. 21.05.2021.

<sup>296</sup> Do voto do Min. Dias Toffoli, se extrai: “Diante do exposto, mantenho o entendimento no sentido da constitucionalidade do Decreto nº 9.188/17, por considerar que a norma não contraria o que fora decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 5.624/DF-MC, racionalizando o procedimento para alienação de ativos das sociedades de economia mista, sem, todavia, importar em autorização para alienação da própria estatal-matriz. Conforme afirmado pelo Ministro Alexandre de Moraes ao acompanhar a divergência, o decreto impugnado neste feito fora objeto de análise na ADI nº 5.624/DF-MC, tendo o Plenário reconhecido sua constitucionalidade, considerando que não se extrai do teor da norma a autorização de dispensa de licitação para alteração do controle acionário das empresas estatais, mas apenas de suas subsidiárias ou controladas, e desde que observado procedimento que garanta a competitividade, em consonância com o que decidido naquele referendo”.

<sup>297</sup> Vide a propósito: STF, Pleno, Rcl. 42.576-MC, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 1º-10-2020, p. 25.03.2021.

A ADI 5.624 MC/DF foi ajuizada pela Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal - FENAAE e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro - CONTRAF/CUT, contra o texto integral da Lei nr. 13.303/2016. A ela foram distribuídas por dependência, em razão do estágio mais avançado e da maior abrangência, as ADIs 5.846/DF e 5.924/MG, todas acoimando de inconstitucionais dispositivos da Lei das Estatais<sup>298</sup>.

Em síntese, o Plenário do STF analisou a constitucionalidade da legislação invocada sob dois aspectos distintos: (i) a necessidade de autorização legislativa (genérica ou específica) para alienação das ações de empresas públicas e de sociedades de economia; e (ii) a observância de licitação pública para essas alienações. Em relação especificamente a autorização legislativa, o Plenário do STF, por maioria, concluiu que a alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista exige autorização legislativa, mas que tal autorização seria dispensável nas hipóteses em que a própria lei criadora da empresa estatal de primeiro grau já permite a criação de suas subsidiárias e controladas.

Dentre os principais argumentos que auxiliaram a formação do voto médio dos ministros na tomada da decisão podem ser mencionados:

(a) a circunstância da Constituição Federal não exigir lei (geral ou específica) para a extinção das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias e controladas, haja vista que ela só exige lei para autorizar a criação desses entes, sendo específica para as estatais de primeiro grau e geral para as estatais de segundo grau;

(b) que o texto constitucional diferencia as estatais matrizes das subsidiárias, no tocante aos requisitos para criação, logo, por ocasião da extinção devem aplicar-se às empresas estatais subsidiárias regras distintas das estabelecidas para as estatais matrizes;

(c) a alienação do controle acionário de subsidiárias e controladas seria caso de desinvestimento e não desestatização, então não haveria necessidade de observância ao princípio do paralelismo de formas para exigir lei que autorizasse a alienação dessas entidades;

---

<sup>298</sup>A ADI 5.924/MG, foi ajuizada pelo Governador do Estado de Minas Gerais e a ADI 5.846/DF, foi ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B. Nesta última, o PC do B pleiteia seja conferida interpretação conforme a Constituição ao art. 29, caput, XVIII, da Lei n. 13.303/2016, e, por arrastamento, ao art. 1º, caput, e §§ 1º, 3º e 4º, I; art. 3º, caput, do Decreto n. 9.188/2017, para afirmar que a venda de ações das sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas exige prévia autorização legislativa e licitação sempre que se cuide de alienar o controle acionário.

(d) de acordo com o princípio da simetria ou do paralelismo de formas, não haveria necessidade de lei específica para extinção de subsidiárias e controladas de estatais nas situações em que elas foram criadas por autorização genérica, contida na própria lei que autorizou a constituição da empresa estatal mãe, pois a autorização para a venda das ações da controlada já estaria implícita na própria lei autorizadora da sua criação. Nesse ponto os Ministros entenderam que seria inerente à autorização legislativa de cunho genérico que permitiu a criação da subsidiária o permissivo para desconstituição da subsidiária; e

(e) a necessidade de não interferência da Suprema Corte nas decisões tomadas pelo Poder Executivo nas atividades de intervenção do Estado na exploração econômica diante da sujeição das empresas subsidiárias de estatais ao mesmo regime jurídico das empresas privadas, podendo contar com instrumentos de gestão empresarial.

De registrar a dificuldade de determinar a *ratio decidendi*<sup>299</sup> desse julgado, comum, aliás, em tribunais (colegiados), como no caso brasileiro, quando os juízes emitem diferentes opiniões e pontos de vista sobre um mesmo caso.

Com efeito, de acordo com Lucas Henrique Muniz da Conceição, a forma que se dá a deliberação interna do STF e a fundamentação de seus julgados impossibilita a cognição de precedentes e sua *ratio decidendi*. Isso porque a racionalidade jurisdicional brasileira é dominada por um modelo de jurisdição opinativa com múltiplas fundamentações e justificações sem a elaboração de uma decisão institucional da corte. Em cada caso os ministros buscam somente dar uma justificação à decisão tomada, sem buscar a melhor resposta através da deliberação e utilização de um raciocínio sistemático. O precedente constitucional, portanto, é constituído por uma pluralidade de justificações e argumentos de autoridade – extraídos da

---

<sup>299</sup> A *ratio decidendi* consiste na razão de decidir do caso, nos fatores determinantes da decisão que determinam o resultado ou a conclusão da decisão, estando localizada nos fundamentos da decisão judicial. É o núcleo essencial da questão jurídica para definir o caso concreto. É formada a partir de um conjunto de fatos e argumentos jurídicos (unidade fático-jurídica), que inclui a indicação dos fatos relevantes, o raciocínio lógico-jurídico e o juízo decisório com potencialidade para constituição de um precedente (*stare decisis*). De acordo com Tatiana Denczuk “a *ratio decidendi* (“razão de decidir” ou “razão para que se decida”) pode ser conceituada como a parte necessária de cada caso ou questão jurídica que a leva a ser identificada como um precedente, ou seja, é o núcleo essencial da decisão judicial que, sem ela, um caso ou uma questão jurídica não se tornaria um precedente”. DENCZUK, Tatiana; PETRY, Lucas. Precedentes judiciais: uso e evolução no ordenamento jurídico brasileiro. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 7, n. 70, p. 133-150, jul. 2018. In Superior Tribunal de Justiça. Bibliografias Seleccionadas: Precedentes Judiciais. Secretaria de Documentação, Biblioteca Ministro Oscar Saraiva. Brasília: STJ, Ago/2020. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/146303>>. Acesso em: 27.06.2022.

interpretação da lei, doutrina e jurisprudência - o que impede o diálogo pela ausência de uma argumentação estruturada em um modelo racional<sup>300</sup>.

A propósito dessa problemática, Antônio Aurélio de Souza Viana<sup>301</sup> destaca a circunstância de muitas decisões recentes das Cortes Supremas brasileiras (STF e STJ) não possuírem qualquer *ratio decidendi*, “por simplesmente constituírem uma soma de votos favoráveis ou contrários ao provimento recursal” o que caracterizaria um sistema de precedentes totalmente “desfigurado e aleijado” pois aplicar-se-iam precedentes obrigatórios sem a definição da parte essencial do precedente, ou seja, de sua *ratio decidendi*, de modo que os tribunais e órgãos de instâncias inferiores estariam vinculados exclusivamente à parte dispositiva das decisões colegiadas.

Segundo Viana, para que se possa implementar a obrigatoriedade do precedente, como desejada, é necessário “que a Corte Suprema não apenas decida, mas, sobretudo, que haja, na referida Corte Suprema, a concentração da interpretação sobre a *ratio decidendi*” retirando das instâncias hierarquicamente inferiores o poder de interpretação sobre ela.

Conforme lembrado por Thiago Aguiar de Pádua, o problema poderia ser minimizado se se seguisse a prática americana de externar opiniões conjuntas visando a entrega de uma decisão do Tribunal construída pelo consenso, inerente a uma corte colegiada, ao invés de opiniões e decisões individuais de seus membros<sup>302</sup>.

---

<sup>300</sup> Nesse sentido se manifesta o autor: “As Cortes brasileiras, contudo, não se reúnem para redigir uma decisão ordenada em um texto coerente, acompanhada dos eventuais votos dissidentes, e somente publicam a mera transcrição dos votos de cada ministro, através da aglutinação de suas justificações que se agregam ao resultado final em um julgamento. Dessa forma, não há a formação de uma decisão coletiva, somente uma votação por maioria, até mesmo nos casos em que o julgamento é unânime. Isto implica “um manancial de argumentos, doutrinadores, leis, casos etc., que torna praticamente impossível reconstruir a argumentação do tribunal de maneira racional e unificada”. Assim, dificulta-se a análise do princípio de direito inerente ao precedente vinculante do STF, uma vez que uma pluralidade de fundamentos muitas vezes não significa uma posição consolidada da corte em referência a substância e extensão de um princípio normativo”. CONCEIÇÃO, Lucas Henrique Muniz da. Precedente constitucional e constitucionalismo político: estudo comparado do precedente a partir da constituição britânica. Teoria Jurídica Contemporânea, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 214-237, jul./dez. 2016. In Superior Tribunal de Justiça. Bibliografias Seleccionadas: Precedentes Judiciais. Secretaria de Documentação, Biblioteca Ministro Oscar Saraiva. Brasília: STJ, Ago/2020. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/146303>>. Acesso em: 27.06.2022.

<sup>301</sup> VIANA, Antônio Aurélio de Souza. Precedentes vinculantes e cortes supremas: uma análise crítica. Teoria Jurídica Contemporânea, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 122-146, jul./dez. 2016. In Superior Tribunal de Justiça. Bibliografias Seleccionadas: Precedentes Judiciais. Secretaria de Documentação, Biblioteca Ministro Oscar Saraiva. Brasília: STJ, Ago/2020. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/146303>>. Acesso em: 27.06.2022.

<sup>302</sup> PÁDUA, Thiago Aguiar de. Breve ensaio sobre o(s) precedente(s) no Direito Comparado. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 24, n. 94, abr./jun. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=240468>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

Não compete, dados os limites restritos do presente trabalho, tecer maiores considerações acerca da correção ou não da decisão, mas apenas trazer à discussão alguns pontos considerados relevantes para melhor compreensão e delimitação da matéria afeta a necessidade de autorização legislativa para a venda do controle acionário de subsidiárias e controladas das empresas públicas e sociedades de economia mista.

De acordo com o entendimento do STF, nas situações em que a constituição da subsidiária ou controlada decorreu de uma autorização genérica contida na própria lei de criação da sociedade mãe para participar de outras sociedades, ou seja, sem menção específica do tipo de subsidiária a ser criada, haveria uma autorização implícita para encerramento, independentemente de autorização legislativa futura<sup>303</sup>. A exigência de lei específica, tanto para a criação quanto para a privatização e extinção, seria exclusiva para a entidade matriz não para as subsidiárias. Sendo dispensável autorização legislativa específica para criação de subsidiárias, também seria dispensada autorização específica para extinção ou transferência do controle acionário sobre essa subsidiária, como consequência lógica. Assim, por aplicação do princípio da simetria ou do paralelismo de formas seria possível a extinção das subsidiárias e controladas de empresas públicas e sociedades de economia mista, independente de lei específica, nos casos em que a autorização legislativa para a sua criação constou de norma de caráter amplo e geral constante da própria lei que autorizou a estatal mãe a criar subsidiárias.

O entendimento inclusive já foi aplicado no âmbito do Distrito Federal, em duas ações propostas em face da privatização da CEB Distribuição S.A., subsidiária integral da Companhia Energética de Brasília – CEB, sociedade de economia mista distrital<sup>304</sup>. Na Ação Popular proposta contra a Companhia Energética de Brasília – CEB, se postulava a necessidade de obtenção de aprovação legislativa prévia da Câmara Legislativa do Distrito Federal para o ato de alienação da CEB Distribuição S.A.

Na decisão que indeferiu o pedido de tutela de urgência, o magistrado reconheceu a desnecessidade de autorização legislativa específica para a venda da participação acionária na

---

<sup>303</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 156-157.

<sup>304</sup> A CEB foi constituída nos termos da Lei Distrital nº 4.545, de 10.12.1964, sob a denominação Companhia de Eletricidade de Brasília – CEB. Posteriormente, por meio da Lei Distrital nº 383, de 16.12.1992, com as alterações da Lei nº 1.787, de 27.11.1997, teve a denominação social alterada para Companhia Energética de Brasília – CEB, com ampliação de seu objeto social (arts. 1º e 2º). O parágrafo único do artigo 2º da Lei Distrital nº 383/1992 autorizou a CEB a “constituir ou subscrever capital de sociedades, inclusive subsidiárias integrais”. E o art. 3º autorizou o Governo do Distrito Federal a alienar ações disponíveis que tiver no capital social da CEB, aplicando-se o produto em investimentos energéticos da própria empresa<sup>304</sup>, assegurando assim o controle societário do DF sobre a estatal.

CEB Distribuição S.A., em razão justamente da mesma ter sido constituída a partir de uma previsão genérica, contida na lei de criação da CEB, que autorizou a companhia a constituir subsidiárias, adotando, portanto, a posição do STF na ADI 5.624<sup>305</sup>.

O mesmo entendimento foi aplicado também no Mandado de Segurança impetrado contra ato imputado aos acionistas controladores da Companhia Energética de Brasília-CEB (Distrito Federal e NOVACAP), com a finalidade de suspender a deliberação da 103ª Assembleia Geral Extraordinária da CEB, realizada em 13/10/2020, que autorizou a alienação, via leilão, de 100% das ações representativas do capital social total votante da CEB Distribuição S.A., sem o crivo do legislativo, em suposto desacordo com o disposto no art. 19, XVIII, XIX e XXIII, § 7º, da Lei Orgânica do Distrito Federal. A pretensão era de que o ato deveria ser revogado para que a discussão quanto à conveniência e oportunidade da alienação fosse encaminhada democraticamente ao Poder Legislativo.

A medida liminar foi indeferida tendo amparo na aplicação do entendimento do STF na ADI 5624 em relação a desnecessidade de autorização legislativa específica para o encerramento das subsidiárias<sup>306</sup>. No referido caso, entretanto, além da aplicação do entendimento do STF, foi identificado que a legislação invocada (Lei Orgânica do Distrito Federal) não continha previsão de necessidade de autorização legislativa para privatização ou extinção de subsidiárias e controladas.

Com efeito, o art. 19, inciso XVIII, letra 'b', da Lei Orgânica Distrital faz menção a exigência de autorização por lei específica apenas para a privatização ou extinção de autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista e fundação, ou seja, tão somente as empresas matrizes. Esse entendimento é corroborado pelo § 7º, do inciso XXIII, do art. 19, que exige referendo popular e lei específica aprovada por dois terços dos membros da Câmara Legislativa para privatização ou extinção de empresa pública ou sociedade de economia mista, nada mencionando acerca das subsidiárias e controladas dessas estatais o que faz presumir a dispensa de igual tratamento<sup>307</sup>.

---

<sup>305</sup> Processo nº 0706848-38.2020.8.07.0018 – 4ª Vara Cível de Brasília, Juiz Giordano Resende Costa, j. 19.10.2020, arquivada definitivamente em 19.08.2021.

<sup>306</sup> Processo nº 0707729-15.2020.8.07.0018, 7ª Vara da Fazenda Pública do DF, Juiz Paulo Afonso Cavichioli Carmona, j. 26.11.2020, em grau de apelação – 3ª Turma Cível, concluso com relator em 14.09.2021.

<sup>307</sup> Lei Orgânica do Distrito Federal – LODF: Art 19

XVIII – somente por lei específica pode ser: a) criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo a lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; b) transformada, fundida, cindida, incorporada, privatizada ou extinta entidade de que trata a alínea a. XIX - 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. XXIII - § 7º Para a privatização

De ressaltar também que a Lei Distrital nº 2.710, de 24.05.2001, autorizou o Governo do Distrito Federal a implementar a reestruturação societária da Companhia Energética de Brasília – CEB<sup>308</sup>, de modo que a competência da Câmara Legislativa do DF para se pronunciar sobre o caso restou observada.

A autorização para a privatização da CEB Distribuição S.A., portanto, se amolda ao entendimento do STF, sendo permitida a partir da suposta autorização implícita para alienação pelo fato de ter sido constituída com base em autorização legislativa genérica conferida a CEB para a constituição de subsidiárias independente de lei específica.

Pois bem. Essa presunção de existência de uma autorização implícita, por óbvio, só poderá ocorrer em relação as subsidiárias e controladas que tiveram sua instituição autorizada de forma ampla e genérica na lei que autorizou a criação da estatal matriz e desde que não contenha nenhuma disposição em sentido contrário em relação a forma de encerramento.

Ela não se aplica as situações em que a constituição da subsidiária se deu a partir de uma autorização específica, contida tanto na lei de criação da estatal de primeiro grau quanto por meio de lei posterior. Nesses casos, a dispensa de lei para o encerramento da estatal não será possível em razão da necessidade de lei específica que autorize a alienação<sup>309</sup>.

Nesse sentido, a lição de Alexandre Santos de Aragão:

Para a alienação de subsidiárias ou de participações societárias em geral não é necessário haver outra autorização legal, desde que a respeito da sociedade participada não haja menção específica na lei de criação da sociedade-mãe,

---

ou extinção de empresa pública ou sociedade de economia mista a que se refere o inciso XVIII deste artigo, a lei específica dependerá de aprovação por dois terços dos membros da Câmara Legislativa. I - A privatização de empresa pública ou sociedade de economia mista, de que trata o inciso VXIII deste artigo, condicionada à autorização legislativa nos termos deste parágrafo, depende de manifestação favorável da população, sob a forma de referendo; II - a lei que autorizar a privatização, mediante alienação de ações de empresa pública e sociedade de economia mista, estabelecerá a exigência de cumprimento pelo adquirente de metas de qualidade do serviço de atendimento aos objetivos sociais inspiradores da constituição da entidade.

<sup>308</sup> Art. 1º Fica o Governo do Distrito Federal autorizado a implementar a reestruturação societária da Companhia Energética de Brasília – CEB, devendo a Companhia, ou sociedade resultante da reestruturação promover estudos, criar sociedades coligadas, controladas ou subsidiárias integrais e, ainda, participar do capital social de sociedades, na condição de sócio ou acionista majoritário ou minoritário, necessários aos fins desta Lei. § 1º A reestruturação societária de que trata o caput deste artigo deverá atender os objetivos sociais da Companhia Energética de Brasília – CEB e as disposições dos Contratos de Concessão firmados pela Companhia ou suas coligadas, controladas ou subsidiárias integrais, para o que poderão ser promovidos investimentos, diretos ou indiretos, em dinheiro ou bens vinculados à exploração dos serviços públicos, em ativos ou sociedades de geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, ou relacionados à exploração das demais atividades contempladas no seu objeto social.

<sup>309</sup> Tal como ocorre no caso do artigo 65 da lei de criação da Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRÁS (Lei nº 9.478, de 06.08.1997), que contém disposição expressa obrigando a Petrobrás a constituir uma subsidiária específica para operar e construir dutos, terminais marítimos e embarcações para transporte de petróleo, seus derivados e gás natural (atualmente a Petrobrás Transporte S.A. – Transpetro). Salvo autorização legislativa específica em sentido contrário, para a Petrobrás alienar a sua participação nessa subsidiária integral, deverá, obrigatoriamente, criar outra sociedade por ela controlada para essa finalidade.

mas sim, como sói acontecer, a mera autorização genérica para ela participar de outras sociedades. A autorização para as participações societárias é genérica e, da mesma forma que pode nunca vir a ser exercida ou ser exercida em maior ou menor intensidade, pode também, após a aquisição de participações societárias, ser exercida para aliená-las total ou parcialmente. Essa faculdade encontra-se via de regra dentro do âmbito de liberdade deixada ao gestor pelo legislador para a definição da dimensão e eventuais subsectorizações da holding estatal<sup>310</sup>.

Conforme salientado pela Ministra Rosa Weber no referendo na medida cautelar na ADI 5.624/DF, será sempre necessária autorização específica para constituição de subsidiária ou controlada se inexistente a genérica na lei autorizadora da criação da empresa estatal matriz (ADI 5624 MC-REF / DF, p.157). Nessa situação, em atenção ao princípio da simetria, a extinção dessa subsidiária também demandaria lei específica. Essa mesma ressalva é apontada por Carolina Barros Fidalgo ressaltando que se houver sido outorgada autorização de forma específica para a participação em sociedades privadas, pelo princípio da similaridade, a autorização para alienação também deverá ser objeto de lei, ainda que genérica<sup>311</sup>.

Essa exigência de lei específica também se aplicaria às hipóteses em que exista na lei de criação da sociedade principal previsão expressa exigindo essa formalidade para a extinção ou privatização das subsidiárias e controladas, conforme ressaltado pela Ministra Carmen Lúcia no julgamento da ADI 6.241<sup>312</sup>.

Por óbvio que haverá dispensa de lei específica naquelas situações em que a lei que autorizou a criação da subsidiária, ainda que de forma genérica, contenha também a autorização para o seu encerramento. No caso, a previsão de encerramento da subsidiária já estaria autorizada pela própria lei que permitiu a sua criação. Seria a situação, por exemplo, de uma empresa constituída para operar apenas por um prazo certo e determinado até a consecução de determinada atividade, com data já estipulada para a controladora se retirar do controle acionário da controlada, situação em que o Legislativo avaliaria o interesse público envolvido na questão autorizando, a um só tempo, tanto a criação quanto o encerramento da controlada.

A propósito dessa situação cabe referir a Lei n. 9.295, de 19.07.1996, que dispõe sobre os serviços de telecomunicações e sua organização. Essa lei autorizou de forma específica a Telecomunicações Brasileiras S.A. – TELEBRÁS a constituir, diretamente ou por meio de suas sociedades controladas, empresas subsidiárias ou associadas para assumir a exploração do

---

<sup>310</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. 2ª ed. rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 156.

<sup>311</sup> FIDALGO, Carolina Barros. *O Estado Empresário. Das sociedades estatais às sociedades privadas com participação minoritária do Estado*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 121.

<sup>312</sup> STF, Pleno, ADI 6.241, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 8-2-2021, P, *DJE* de 22-3-2021.

serviço móvel celular (art. 5º). Trata-se, portanto, de uma autorização especial para constituição de uma subsidiária com finalidade específica de exploração do serviço móvel celular. Por não ser decorrente de uma autorização genérica a alienação dessa participação societária somente poderia ocorrer por lei específica, não havendo espaço para interpretação de que a norma autorizadora da constituição também permitiria a sua extinção.

No entanto, a própria Lei já deixou consignada autorização ao Poder Executivo para promover a alienação das participações societárias da TELEBRÁS, ou de suas controladas, nas empresas constituídas para a exploração do serviço móvel celular, quando oportuno e conveniente ao interesse público (art. 6º)<sup>313</sup>. Fosse possível a alienação independentemente de autorização legislativa por suposta existência de autorização implícita para encerramento não haveria necessidade de o legislador ter autorizado expressamente, o que faz presumir não ser absoluta essa presunção.

Apesar dessa disposição expressa, uma nova autorização constou da Lei nr. 9.472, de 16.07.1997, que autorizou o Poder Executivo a promover ações para a reestruturação e a desestatização das empresas federais de telecomunicações, controladas, direta ou indiretamente, pela União, incluindo a Telecomunicações Brasileiras S.A. – TELEBRÁS e a Empresa Brasileira de Telecomunicações – EMBRATEL, com dissoluções de sociedades, desativações parciais, alienações de ações, fusões, cisões e incorporações<sup>314</sup>. Na referida lei constou expressamente autorizada a alienação das empresas subsidiárias exploradoras do serviço móvel celular, constituídas nos termos do art. 5º da Lei n. 9.295/96 (art. 187, parágrafo único, Lei 9.472/97)<sup>315</sup>.

Há outros exemplos para reforçar o entendimento quanto a possibilidade de dispensa de lei para encerramento das atividades da subsidiária por existência de autorização na própria

---

<sup>313</sup> Art. 6º. O Poder Executivo, quando oportuno e conveniente ao interesse público, determinará a alienação das participações societárias da TELEBRÁS, ou de suas controladas, nas empresas constituídas na forma do artigo anterior.

<sup>314</sup> Constitucional. Sociedade de economia mista. Criação. Telebrás. Reestruturação societária. Cisão. Lei nº 9.472, de 16.07.97, art. 189, inciso I. Decreto nº 2.546, de 14.04.98, art. 3º - Anexo. C.F., art. 37, XIX. I. - A Lei nº 9.472, de 16.07.97, autorizando o Poder Executivo, para a reestruturação da TELEBRÁS (art. 187), a adotar a cisão, satisfaz ao que está exigido no art. 37, XIX, da C.F. II. - Indeferimento do pedido de suspensão cautelar da expressão "cisão", no inciso I do art. 189 da Lei nº 9.472, de 1997, bem assim das expressões "que fica autorizada a constituir doze empresas que a sucederão como controladoras", contidas no art. 3º - Anexo, do Decreto nº 2.546, de 14.04.98. (STF, Pleno, ADI 1840-2/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25.06.1998, p. 11.09.1998).

<sup>315</sup> Art. 187. Fica o Poder Executivo autorizado a promover a reestruturação e a desestatização das seguintes empresas controladas, direta ou indiretamente, pela União, e supervisionadas pelo Ministério das Comunicações: I - Telecomunicações Brasileiras S.A. – TELEBRÁS (...). Parágrafo único. Incluem-se na autorização a que se refere o *caput* as empresas subsidiárias exploradoras do serviço móvel celular, constituídas nos termos do art. 5º da Lei nº 9.295, de 19 de julho de 1996. De ressaltar que o Decreto nr. 7.175, de 12.05.2010, reativou as atividades da Telebrás, atribuindo-lhe a responsabilidade pela implantação do Programa Nacional de Banda Larga – PNBL.

lei que autorizou sua constituição. Como no caso da Lei n. 3.890-A, de 25.04.1961 que autorizou a criação da Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – Eletrobrás, também permitiu a instituição de subsidiárias. A mesma lei, entretanto, já estabeleceu a possibilidade de cessação da participação da Eletrobrás nessas subsidiárias quando elas atingissem sua maturidade econômica, permitindo assim a rápida recuperação do capital investido para aplicação em outras áreas de interesse nacional (art. 15, § 1º)<sup>316</sup>.

O § 1º do art. 15 da Lei 3.890-A foi suprimido pela Lei n. 9.648, de 27.05.1998, reinserido pela Lei n. 10.438, de 26.04.2002 e alterado pelas Leis n. 11.651, de 07.04.2008 e Lei n. 12.688, de 18.07.2012. Contudo, em todas essas sucessivas alterações não se fez mais menção a autorização para cessação da participação da Eletrobrás em suas subsidiárias. A retirada dessa possibilidade faz presumir que o legislador revogou a autorização anteriormente concedida, reservando para si a revisão da questão em momento futuro, quando julgar mais adequado avaliar a viabilidade de alienação da participação da Eletrobrás nas subsidiárias, fazendo presumir não haver possibilidade de autorização implícita para encerramento.

Em momento posterior, a Lei nº 10.848, de 15.03.2004, em seu artigo 31, § 1º, excluiu a Eletrobrás e suas controladas do Programa Nacional de Desestatização<sup>317</sup>. Entretanto, a Lei nº 14.182, de 12.07.2021 (art. 32) revogou o §1º do art. 31 da Lei nº 10.848, de 15.03.2004, cancelando assim a proibição de desestatização da Eletrobrás e suas subsidiárias.

O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, autarquia criada pela Lei n. 1.628, de 20.06.1952, foi transformado em empresa pública pela Lei n. 5.662, de 21.06.71. A referida lei prevê a possibilidade e autoriza o Poder Executivo a transformar o BNDES em sociedade de economia mista, quando julgar oportuno (art. 8º)<sup>318</sup>. Outro exemplo nesse sentido é o da Lei n. 6.227, de 14.07.1975 que autorizou o Poder Executivo a constituir a

---

<sup>316</sup> Art. 15. A Eletrobrás operará diretamente ou através de subsidiárias e empresas, a que se associar.

§ 1º A Sociedade poderá organizar subsidiárias mediante aprovação do Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica, nas quais deverá ter a maioria das ações com direito a voto, podendo, entretanto, ainda com aprovação prévia daquele Conselho, fazer cessar a sua participação desde que as subsidiárias atinjam maturidade econômica e sempre que isto se fizer necessário para, com a rápida recuperação do capital investido, possibilitar novos investimentos em outras áreas do território nacional. (Redação original sem as alterações promovidas pelas Leis nº 9.648/98, 10.438/02, 11.651/08 e 12.688/12).

<sup>317</sup> Art. 31. § 1º Ficam excluídas do Programa Nacional de Desestatização - PND a empresa Centrais Elétricas Brasileiras S/A - ELETROBRÁS e suas controladas: Furnas Centrais Elétricas S/A, Companhia Hidro Elétrica do São Francisco - CHESF, Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A - ELETRONORTE e Empresa Transmissora de Energia Elétrica do Sul do Brasil S/A - ELETROSUL e a Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica – CGTEE.

<sup>318</sup> Art. 8º Fica o Poder Executivo autorizado a, quando julgar oportuno, transformar a empresa pública Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE) em uma sociedade de economia mista tal como definida pelo inciso III do artigo 5º do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, com a mesma denominação da empresa pública de que trata o artigo 1º da presente lei, e da qual será a sucessora para todos os fins de direito.

empresa pública Indústria de Material Bélico do Brasil – IMBE e em seu artigo 16 já deixou o Poder Executivo autorizado a transformar a empresa pública em sociedade de economia mista<sup>319</sup>.

De mencionar ainda o caso da Petrobrás. Apesar de não haver um dispositivo expresso autorizando a alienação das ações ou a perda do controle acionário da Petrobrás sobre suas subsidiárias, se pode inferir pela disposição do art. 66 da Lei n. 9.478, de 06.08.1997<sup>320</sup>, uma autorização aparentemente implícita possibilitando a alienação das subsidiárias dentro do Programa Nacional de Desestatização.

Nessas situações em que já existe autorização para o Estado cessar sua participação nas entidades na própria norma que autoriza a empresa matriz a constituir subsidiárias, sem imposição de qualquer limitação ou condicionantes, presume-se que o legislador abdicou da análise de encerramento caso a caso, permitindo assim a privatização das subsidiárias a critério exclusivo do Poder Executivo.

Por outro lado, há que se questionar qual seria a razão de ser dessa autorização expressa se já haveria uma presunção de autorização implícita para o encerramento das subsidiárias a partir da autorização legislativa genérica de sua criação. Na interpretação da lei autorizativa de uma estatal deve prevalecer o entendimento restritivo, eis que submetido aos princípios da reserva legal e da especialização. Nessa linha não haveria como enxergar autorização implícita por mera ausência de proibição à alienação.

Há que se ressaltar, por oportuno, a edição de leis específicas para obstar a inclusão de estatais no Programa Nacional de Desestatização-PND, como no exemplo da exclusão da Eletrobrás e suas controladas (Lei nº 10.848, de 15.03.2004, art. 31, § 1º), bem como nos casos do Banco do Brasil S.A. e da Caixa Econômica Federal, excluídos expressamente do PND pela própria lei que trata do Programa (art. 3º, *caput*, da Lei nº 9.491, de 09.09.1997, regulamentado

---

<sup>319</sup> Art. 16. Fica o Poder Executivo autorizado a, quando julgar oportuno, transformar a Empresa Pública IMBEL em Sociedade de Economia Mista, assim definida pela legislação pertinente, não se lhe aplicando os requisitos do artigo 38 e do parágrafo único do artigo 81, do Decreto-lei nº 2.627, de 27 de setembro de 1940, assim como as exigências do § 5º, do artigo 45, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965. Para esse fim a sociedade: I - Manterá a mesma denominação da empresa pública criada por esta lei, da qual será a sucessora para todos os fins de direito; II - Terá por fim e objeto o desempenho das atividades exercidas pela empresa pública à qual sucederá; III - Estabelecerá que a participação inicial da União no capital da sociedade de economia mista a que se refere este artigo será representada pelo ativo líquido da empresa pública criada por esta Lei. § 1º Os Estatutos da Sociedade de Economia Mista, cuja criação é autorizada por esta Lei, serão aprovados por decreto do Presidente da República.

<sup>320</sup> Art. 66. A PETROBRÁS poderá transferir para seus ativos os títulos e valores recebidos por qualquer subsidiária, em decorrência do Programa Nacional de Desestatização, mediante apropriada redução de sua participação no capital social da subsidiária.

pelo art. 6º do Decreto nº 2.594, de 15.05.1998).<sup>321</sup> Essa blindagem em relação ao BB e a CEF, no entanto, não se estende às subsidiárias e controladas das respectivas estatais por força do contido na parte final do art. 3º da Lei nº 9.491/97 que estabelece que a vedação de inclusão no PND não se aplica “às participações acionárias detidas por essas entidades”, significando, portanto, que essas subsidiárias podem ser incluídas no PND.

Em verdade vislumbra-se uma total falta de clareza da legislação quanto a exigência de autorização legal para o encerramento de subsidiárias e controladas de empresas estatais, gerando uma grande insegurança jurídica.

Além disso, essa possibilidade de alienação de subsidiárias e controladas a partir de uma mera presunção implícita de autorização pode levar ao risco da prática de atos espúrios com a criação e extinção indiscriminada de entidades no intuito justamente de burlar a necessidade de sujeição do ato ao crivo do Poder Legislativo.

Tal hipótese, inclusive, já foi discutida na Medida Cautelar na Reclamação 42.576/DF<sup>322</sup> ajuizada pelas Mesas do Congresso Nacional, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados contra a venda de ativos de subsidiárias da Petrobrás - Refinaria Presidente Getúlio Vargas (Repar), no Paraná e Refinaria Landulpho Alves (RLAM), na Bahia -, como parte do plano de desinvestimento da Companhia, promovido pelo governo federal. O mesmo ocorreu nas Reclamações 33.292 MC/SE e 34.549/SE, impugnando atos da Petrobrás visando ao procedimento de venda de 90% da participação acionária na Transportadora Associada de Gás S.A (TAG) e da Araucária Nitrogenados S.A. (ANSA), empresas subsidiárias integrais da Petrobrás, bem como alienação de 60% das refinarias Landulpho Laves (RLAM) e Abreu e Lima (RNEST), além das refinarias Alberto Pasqualini (REFAP) e Presidente Getúlio Vargas (REPAR).

De acordo com o modelo de venda apresentado nas oportunidades de investimentos, a Petrobrás criaria uma subsidiária com transferência de parte dos ativos da controladora e posteriormente venderia, sem o devido processo licitatório e sem autorização do Congresso Nacional, o controle dessa subsidiária aos compradores interessados submetidos a um processo de escolha conduzido por um banco internacional.

---

<sup>321</sup>Lei nº 9.491, de 09.09.1997, art. 3º: “Não se aplicam os dispositivos desta Lei ao Banco do Brasil S.A., à Caixa Econômica Federal, e a empresas públicas ou sociedades de economia mista que exerçam atividades de competência exclusiva da União, de que tratam os incisos XI e XXIII do art. 21 e a alínea “c” do inciso I do art. 159 e o art. 177 da Constituição Federal, não se aplicando a vedação aqui prevista às participações acionárias detidas por essas entidades, desde que não incida restrição legal à alienação das referidas participações.”

<sup>322</sup> STF, Pleno, Rcl 42.576-MC, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 1º-10-2020, p. 25.03.2021.

Na visão dos autores das referidas Reclamações, a intenção do governo federal, seria criar artificialmente subsidiárias da Petrobrás para “fatiar” os ativos estratégicos da companhia e colocá-los a venda direta no mercado, de forma disfarçada e simulada, visando com isso contornar a exigência de autorização legislativa, resultando em um esvaziamento do papel congressual na deliberação sobre os bens de domínio da União, permitindo uma “oculta e parcial privatização” sem autorização legislativa constituindo essas novas subsidiárias meros meios de facilitar a venda do patrimônio estatal da empresa matriz ao subtraírem a decisão da possibilidade dessa venda do Poder Legislativo, possibilidade de conduzir a ‘privatizações brancas’, em burla ao controle democrático do Congresso Nacional.

O procedimento adotado, portanto, estaria desvirtuando a autorização legal geral conferida a Petrobrás para a criação de novas subsidiárias com o único objetivo de não submeter a venda de seus ativos ao procedimento licitatório e autorização legislativa.

E prosseguem os autores argumentando que a autorização genérica para a criação de subsidiárias da Petrobrás prevista no art. 64 da Lei nº 9.478/97<sup>323</sup> destina-se ao “estrito cumprimento de atividades de seu objeto social que integrem a indústria do petróleo” contemplando, nos termos do art. 61, “a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo”<sup>324</sup> sendo latente o risco de desvio dessa finalidade legal e fraude na criação dessas subsidiárias por não se cuidar de um processo orientado por novas oportunidades de negócios, mas sim pelo interesse na alienação de ativos, conforme bem apontado pelo ministro Ricardo Lewandowski nos debates por ocasião do julgamento da medida cautelar na ADI 5624<sup>325</sup>.

---

<sup>323</sup> Art. 64. Para o estrito cumprimento de atividades de seu objeto social que integrem a indústria do petróleo, fica a PETROBRÁS autorizada a constituir subsidiárias, as quais poderão associar-se, majoritariamente ou minoritariamente, a outras empresas.

<sup>324</sup> Art. 61. A Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS é uma sociedade de economia mista vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que tem como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins, conforme definidas em lei.

<sup>325</sup> “Agora, o que também é causa de preocupação, o que também já foi trazido a este Relator, é o perigo de se fatiar uma empresa de primeiro grau, uma estatal, uma empresa pública ou de economia mista, de tal maneira a ir criando subsidiárias até se esvaziar completamente o patrimônio dessa empresa. É uma forma de desfazer-se dela contornando a exigência, uma, de autorização legal, outra, de eventualmente desencadeamento do processo licitatório, etc. Então, são questões interessantes” (p. 52-53). E prossegue: “o fatiamento de uma empresa estatal mediante a criação de subsidiárias controladas ou a venda de participações nessas entidades de molde a esvaziar completamente o patrimônio da empresa mãe, como chama Vossa Excelência, ou de primeiro grau, isto representará um desvio de finalidade”. A Ministra Rosa Weber e o Ministro Edson Fachin também assinalaram suas ressalvas a hipótese de eventual patologia no fatiamento de estatais, a caracterizar “intolerável desvio de finalidade” (p.157).

E na Reclamação 42.576/DF o ministro reiterou sua preocupação com a forma de criação de subsidiárias com a finalidade única de vender parte dos bens e ativos da empresa mãe em afronta à Constituição e ao quanto decidido pelo próprio STF na ADI 5.624-MC, além de caracterizar expediente fraudulento para impossibilitar o controle dos atos pelo Congresso Nacional<sup>326</sup>.

No entanto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria de votos<sup>327</sup>, indeferiu o pedido de liminar para suspender o plano de desinvestimento da Petrobrás, sob o entendimento de não estar em discussão a privatização da Petrobrás nem a perda de seu controle acionário, tratando-se apenas de uma legítima opção gerencial do controlador acionário da estatal no exercício de sua discricionariedade de gestão administrativa dentro de um elaborado plano de desinvestimento, buscando otimizar sua atuação para garantir maiores investimentos e, conseqüentemente, maior rentabilidade, competitividade, economicidade, eficiência e eficácia da empresa mãe.

Para o ministro Alexandre de Moraes<sup>328</sup>, não há na espécie desvio de finalidade ou qualquer irregularidade ou tipo de fraude que pretenda transformar o plano de desinvestimento em privatização disfarçada da empresa mãe, até porque a alienação das refinarias representaria tão-somente 7,5% (sete e meio por cento) do ativo imobilizado da PETROBRÁS, não sendo necessária prévia e específica anuência para a criação e posterior alienação de ativos da empresa subsidiária.

A venda das refinarias mediante a constituição de subsidiárias é a opção que gera maior valor para a Companhia, notadamente daquelas que não estariam mais cumprindo sua finalidade legal - auxiliar o efetivo cumprimento de atividades do objeto social da PETROBRÁS – pois os recursos arrecadados com a alienação desses ativos com baixa rentabilidade poderão ser revertidos para investimento em áreas consideradas mais estratégicas e rentáveis e em outros ativos com maior potencial de gerar valor para a estatal, com melhor otimização e realocação

---

<sup>326</sup> “Com efeito, ainda que o Plenário desta Suprema Corte tenha entendido que a autorização legislativa e a licitação pública se mostra obrigatória apenas nos casos de alienação do controle acionário das empresas públicas e sociedades de economia, ficando exoneradas dessa exigência as subsidiárias e controladas, tenho para mim, ao menos num exame perfuntório, próprio desta fase processual, que a criação de subsidiárias, tal como vem sendo praticada, ou seja, unicamente com a finalidade de vender parte dos bens e ativos pertencentes às primeiras nomeadas, não só afronta a Constituição e o quanto decidido pelo Plenário desta Suprema Corte, nos autos da ADI 5.624-MC-Ref/DF, como também parece configurar expediente empregado para frustrar o controle da operação por parte do Congresso Nacional”. (Ricardo Lewandowski, Rcl 42576 MC/DF, p. 71).

<sup>327</sup> Vencidos o ministro Edson Fachin, relator da ação, a ministra Rosa Weber e os ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

<sup>328</sup> Seguido pelos ministros Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli, Carmen Lúcia, Gilmar Mendes e Luiz Fux.

das verbas arrecadadas com a alienação, sem reduzir os valores de investimento na empresa mãe.

Em resumo, a admissibilidade de uma presunção de autorização implícita ficaria adstrita as situações excepcionais de criação genérica de subsidiárias, não tendo aplicação nas hipóteses em que a subsidiária ou controlada for criada a partir de uma autorização legislativa específica, contida tanto na própria norma de criação da estatal de primeiro grau, quanto em norma posterior, com indicação específica do objeto ou segmento de atuação, assim como naquelas situações em que a própria lei de criação da subsidiária exigir lei específica para o seu encerramento.

Entendimento diverso importaria conferir a decisão do STF uma espécie de carta branca para o Executivo poder agir da forma mais conveniente em relação aos atos de desinvestimento.

A despeito da omissão constitucional quanto a forma de encerramento das estatais, a exigência de autorização legal para a extinção das estatais de primeiro grau com dispensa de igual formalidade para as subsidiárias e controladas importaria tratamento diferenciado entre pessoas jurídicas que apresentam a mesma natureza jurídica e estão sujeitas ao mesmo regime jurídico, integrando juntas a administração indireta, criando distinção que não se coaduna com o ordenamento jurídico vigente.

A justificativa para a saída do Estado sem lei específica parte da ideia de que com a privatização restabelece-se a normalidade do regime de ser a atividade econômica exercida pelas empresas privadas, reordenando assim a posição estratégica do Estado na economia e transferindo à iniciativa privada atividades até então exploradas indevidamente pelo setor público. Tal medida permite que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais, além de possibilitar a retomada de investimentos nas empresas e atividades transferidas à iniciativa privada<sup>329</sup>.

Ainda que as estatais se sirvam de instrumentos de gestão e de regras do direito privado para possibilitar maior autonomia e celeridade na competição com demais interessados no

---

<sup>329</sup> Idêntico posicionamento foi manifestado pelo Ministro Nelson Jobim no julgamento da ADI nº 1.649 “Essa é a razão do dispositivo. É por isso que não se exige lei para excluir ou extinguir uma empresa. Só se exigiu lei para criar, porque na criação da entidade pública é que se interviria na atividade econômica; para sair da atividade econômica, não haveria a necessidade”. STF, Pleno, j. 29.10.97, p. DJ 08.09.2000, ADI 1649 MC/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa.

mercado, o Estado não pode encerrar sua participação em subsidiárias e controladas de empresas públicas e sociedades de economia mista sem autorização do legislativo pelo fato de que o encerramento de uma estatal não é um ato de mera gestão, mas sim de disposição de patrimônio público.

Além do mais, o texto constitucional, no que diz respeito aos requisitos de criação, diferencia as estatais matrizes das subsidiárias apenas quanto ao tipo de autorização legislativa, sendo exigida lei específica para a criação da empresa estatal matriz (CF, art. 37, XIX) e genérica ou ampla para a criação de estatal subsidiária (CF, art. 37, XX). Em relação à forma de extinção, portanto, deve ser aplicado o mesmo entendimento: lei específica para as estatais matrizes e lei genérica ou ampla para as subsidiárias e controladas. Logo, não se afasta a exigência legislativa para encerramento da estatal, apenas se admite a flexibilização da forma dessa autorização resguardando-se assim a competência do Poder Legislativo e o princípio da simetria.

Ao fundamento de que não cabe ao Poder Judiciário interferir nas decisões tomadas pelo Poder Executivo, em relação às atividades de intervenção do Estado na exploração econômica, a Suprema Corte acabou justamente interferindo e dando preferência aos atos do Executivo em detrimento do Legislativo desprezando a competência constitucional atribuída ao Congresso Nacional para deliberar sobre a criação e extinção de estatais sob controle da União e conseqüentemente sobre a saída do Estado da atividade econômica, relegando para a órbita administrativa competência eminentemente legislativa.

A questão como se pode verificar não é pacífica e certamente retornará ao debate por ocasião do julgamento do mérito da ADI 5.624 juntamente com a controvérsia ainda existente que diz respeito se a autorização legislativa para a realização da desestatização seria atendida apenas com a autorização conferida pela Lei nr. 9.491/97 ao Chefe do Poder Executivo Federal para incluir empresa estatal no Programa Nacional de Desestatização ou se haveria necessidade de lei específica do Congresso Nacional para essa inclusão no PND.

Seria imprescindível antes desse julgamento que o Poder Legislativo se pronunciasse definitivamente sobre a matéria, já que perdeu uma excelente oportunidade de fazê-lo quando da edição da Lei das Estatais (Lei 13.303/2016).

Impelidos por diversas manifestações sociais e mobilizações de entidades de classe contrárias à alienação das estatais<sup>330</sup>, tramitam na Câmara dos Deputados e no Senado Federal diversos Projetos de Lei com o objetivo de assegurar a participação do Legislativo no processo de privatização das estatais e suas subsidiárias.

Pode-se mencionar nesse sentido o Projeto de Lei (PL) nº 6.490/2016, da Deputada Ângela Albino, propondo, dentre outras alterações, a inclusão do art. 2º-A a Lei nº 9.491, de 09.09.1997, para estabelecer a necessidade de autorização legislativa específica para cada empresa pública ou sociedade de economia mista e cada uma de suas respectivas subsidiárias para desestatizações que importem na alienação do poder de controle, cabendo ao Poder Executivo elaborar projeto de lei para esse fim a ser submetido ao Congresso Nacional devidamente instruído com avaliações sobre o valor dos ativos das empresas objeto de desestatização, bem como sobre a participação dessa empresa no mercado em que atua e a sua importância na economia nacional. O PL propõe também alteração no art. 178 do Decreto-Lei nº 200, de 25.02.1967 para inserir a necessidade de autorização legislativa específica para cada empresa pública ou sociedade de economia mista e cada uma de suas respectivas subsidiárias nos casos de dissolução ou incorporação de empresas deficitárias, inativas ou que desenvolvam atividades já atendidas satisfatoriamente pela iniciativa privada. As justificativas do PL são a preservação do controle democrático, do patrimônio público, da atuação estatal estratégica, assim como do interesse e da soberania nacionais, em benefício do desenvolvimento econômico e social brasileiro. A esse PL foi apensado o Projeto de Lei nº 10.444/2018, da Deputada Erika Kokay, propondo a inclusão de um parágrafo único ao artigo 3º da Lei nº 9.491/1997 com a finalidade de estender às subsidiárias e controladas do BB e da CEF a mesma vedação de aplicação dos procedimentos do Programa Nacional de Desestatização prevista para o BB e CEF no caput do referido artigo, especialmente nas situações em que as atividades daquelas sejam diretamente vinculadas ou essenciais ao cumprimento do objeto social das respectivas

---

<sup>330</sup> A Associação Nacional dos Funcionários do Banco do Brasil - ANABB, lançou no mês de junho de 2019 o movimento “#nãomexenomeuBB”, para conscientização da população acerca da importância estratégica do BB para o Brasil e no dia 22.08.2019 foi realizada Sessão Solene na Câmara dos Deputados requerida pelo deputado Pompeo de Mattos (PDT/RS), funcionário de carreira do Banco do Brasil, e pela deputada Erika Kokay (PT/DF) para discussão do tema. Por sua vez, a OAB Nacional, por meio da Comissão de Advocacia em Estatais, promoveu no dia 27.08.2019, na sede do Conselho Federal, em Brasília, “Audiência Pública para debater as privatizações de empresas estatais e suas subsidiárias” ocasião em que se discutiu a política de privatizações promovida pelo governo federal. Participaram da audiência o ex-ministro Ciro Gomes, candidato à presidência da República na eleição de 2018; a ex-senadora pelo Rio Grande do Sul, jornalista Ana Amélia Lemos, candidata a vice-presidente da República na chapa do ex-governador de São Paulo, Geraldo Alckmin; e o professor Fernando Nogueira da Costa, titular do IE-Unicamp, ex-vice-presidente da Caixa Econômica Federal e colunista do Brasil Debate.

controladoras. A medida tem por objetivo evitar que a alienação das subsidiárias possa resultar numa privatização disfarçada das empresas controladoras.

Por sua vez, o Projeto de Lei (PL) nº 10.470/2018, da Deputada Erika Kokay (PT/DF), que propõe a necessidade de autorização prévia em lei específica para abertura de capital social, privatizações ou extinção de empresa pública e sociedade de economia mista, dispendo expressamente sobre as razões de interesse público que a determinem bem como sobre a destinação dos recursos arrecadados com tais alienações e a exigência de cumprimento de metas de qualidade do serviço. De acordo com o projeto, as alienações devem ser precedidas também de audiência pública e consulta pública, mediante plebiscito, para assegurar a manifestação popular quanto à conveniência e oportunidade do ato, além de manifestação prévia do Conselho de Políticas Públicas e dos órgãos reguladores com competência na área de atuação da estatal, do Tribunal de Contas da União, da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão do Ministério Público Federal e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. A proposta, no entanto, fica adstrita apenas as empresas públicas e sociedades de economia mista sem contemplar as subsidiárias e controladas destas estatais, o que, a rigor, não resolveria a questão problemática trazida pela decisão na ADI 5624 que ao permitir a alienação do controle sobre essas entidades sem autorização legislativa prévia poderia levar ao enfraquecimento das estatais matrizes.

Na mesma direção o Projeto de Lei (PL) nº 3091/2019, do Deputado Danilo Cabral (PSB/PE), que tem por objeto principal a alteração da Lei nº 9.491, de 9.09.1997, para excluir da aplicação de seus dispositivos as empresas públicas e sociedades de economia mista ali enumeradas, bem como suas respectivas subsidiárias, além de prever lei específica para cada empresa para a alienação de ativos que implique perda do controle direto ou indireto da União nessas empresas e respectivas subsidiárias, por reputá-las estratégicas para a economia nacional, a fim de resguardar o interesse público e a participação do Parlamento na discussão sobre a venda dessas empresas estatais. O projeto na realidade pretende elastecer o rol de empresas estatais já excluídas da aplicação da Lei 9.491 (art. 3º) que trata do Programa Nacional de Desestatização, para excluir além do Banco do Brasil S.A., da Caixa Econômica Federal e das empresas públicas ou sociedades de economia mista que exerçam atividades de competência exclusiva da União, também o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social-BNDES, o Banco do Nordeste do Brasil S.A., o Banco da Amazônia S.A., a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – Eletrobrás, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, a Casa

da Moeda do Brasil e a Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás, englobando nessa exclusão também as subsidiárias dessas empresas.

Por fim o Projeto de Lei (PL) nº 3110/2019 do Senador Jean Paul Prates (PT/RN), que propõe alteração da Lei nº 13.303, de 30.06.2016, com a inclusão do artigo 2º-A, para exigir autorização legislativa prévia à alienação de ações que resulte na perda do controle acionário das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias pelo poder público. A proposta se justifica pelo silêncio do constituinte originário quanto à exigência dessa autorização legislativa e pela necessidade de assegurar à população brasileira, por meio de seus representantes, o direito de decidir sobre a alienação das empresas estatais nacionais.

Há que se referir também a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 248/2013, do Deputado Pedro Uczai, para acrescentar o § 3º ao artigo 20 da Constituição Federal, dispondo que a alienação de patrimônio público da União mediante transferência do controle acionário de empresas estatais estará sujeita à aprovação popular prévia por meio de plebiscito na forma da Lei nº 9.709, de 18.11.1998. A proposta tem por objetivo o resguardo do patrimônio público e a divisão de responsabilidade quanto a disposição do patrimônio público em respeito a democracia e a cidadania, não podendo o destino das estatais ficar nas mãos de um único governo, dentro de uma dada conjuntura e período da história brasileira. No entanto a proposta deveria ser mais específica, incluindo também as alienações que resultem na perda do controle acionário das subsidiárias e controladas das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Considerando que a principal controvérsia em relação ao tema está centrada na ausência de determinação constitucional para a exigência de autorização legislativa na venda de ações que representem transferência do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista sobre suas subsidiárias e controladas, o melhor caminho talvez fosse uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC) para inclusão de um parágrafo ao art. 37 da Constituição Federal disciplinando a necessidade de autorização legislativa prévia para o encerramento ou privatização das empresas estatais cuja constituição for autorizada nos moldes dos incisos XIX e XX, incluindo aí as empresas matrizes e suas subsidiárias e controladas.

Deste modo, a exigência de autorização legislativa constaria tanto para a criação quanto para a extinção das estatais, suas subsidiárias e controladas, pacificando o assunto. Até porque a disciplina da matéria por meio de lei ordinária dificilmente poria fim as discussões, dado o risco de eternização de ações para controle de constitucionalidade dessas normas.

Imprescindível, portanto, que o Legislativo assuma o seu papel de protagonismo nesse importante cenário. Do contrário, muitas empresas estatais ficarão expostas a atos de desestatização sem a possibilidade de um exame mais detalhado e acompanhamento estreito pelo Poder Legislativo.

## **CAPÍTULO V – IMPACTOS DA ALIENAÇÃO DE SUBSIDIÁRIAS E CONTROLADAS NA PRIVATIZAÇÃO DO BANCO DO BRASIL S.A.**

O Banco do Brasil S.A. (BB), sociedade de economia mista federal, foi criado em 12 de outubro de 1808 por meio de um alvará com força de lei expedido pelo então príncipe regente de Portugal, D. João (futuro Rei Dom João VI), com o objetivo de financiar a abertura de empresas manufatureiras no Brasil.

Atualmente o capital social do BB, totalmente subscrito e integralizado, é de R\$ 90.000.023 mil, estando dividido em 2.865.417.020 ações ordinárias representadas na forma escritural e sem valor nominal. A União Federal é a maior acionista e controla o BB por meio do Ministério da Economia com 50.00000112% do total de ações ordinárias nominativas (1.432.708.542 ON)<sup>331</sup>.

Durante seu desenvolvimento, a instituição passou por inúmeras alterações que desencadearam crises e o fizeram atravessar sérias dificuldades financeiras, inclusive sendo fechado duas vezes<sup>332</sup>. Na década de 1990 necessitou do aporte de recursos da União para sanar suas dívidas e evitar uma possível falência<sup>333</sup>.

Apesar disso, o BB acabou se tornando uma das principais instituições financeiras do Brasil exercendo relevante papel no desenvolvimento e na história do país<sup>334</sup>, ao lado de outras

---

<sup>331</sup> Fonte: Banco do Brasil. Relações com Investidores. O Banco do Brasil. Composição Acionária. Disponível em: <[www.bb.com.br/ri](http://www.bb.com.br/ri)>. Acesso em: 15.02.2022.

<sup>332</sup> A primeira liquidação do BB ocorreu em 23.09.1829 em face de dificuldades que o levaram a falência notadamente pela retirada e confisco, efetuada pelo Rei D. João VI de todo o ouro e joias nele depositado quando do seu retorno para Portugal em 1821 e que serviam de lastro e garantia para as operações. Foi restabelecido conforme Lei nº 59, de 8.10.1833, com prazo determinado de existência de 20 (vinte) anos, conforme dispunha o art. 3º: “Estabelecer-se-ha na Cidade do Rio de Janeiro um Banco de circulação, e de depósito, com a denominação de Banco do Brasil, o qual existirá por espaço de vinte annos contados do começo de suas operações”. O atual BB foi fundado por Irineu Evangelista de Souza (futuro Barão e Visconde de Mauá) em 21.08.1851. Passou por uma fusão com o Banco Comercial do Rio de Janeiro, em 05.07.1853, por iniciativa do Ministro Joaquim José Rodrigues Torres, o visconde de Itaboraí. Posteriormente fundiu-se com o Banco da República dos Estados Unidos do Brasil, conforme Decreto n. 1.167, de 17.12.1892, passando a denominar-se Banco da República do Brasil, até o Decreto nº 1.455, de 30.12.1905, que aprovou os estatutos com a denominação atual de Banco do Brasil S.A. COSTA, Fernando Nogueira da. Brasil dos Bancos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2014.

<sup>333</sup> Em 1996, tendo em vista os prejuízos acumulados em 1995 (R\$ 4,2 bilhões) e 1996 (R\$ 7,5 bilhões) o Banco foi objeto de programa de reestruturação onde recebeu aporte financeiro de R\$ 8 bilhões para sanar suas finanças. Da parte da União, os recursos foram de R\$ 2,32 bilhões, injetados pelo Tesouro por meio de emissão de títulos públicos. Entretanto, na realidade, a maior parte desses recursos decorreram de quitação das dívidas do Tesouro junto à instituição, na ordem de aproximadamente R\$ 2,2 bilhões, não constituindo, portanto, necessariamente um aporte de recursos, mas sim o pagamento de obrigação devida pelo próprio controlador. CRUZ, Valdo; PATÚ, Gustavo. Socorro ao BB aumenta a dívida pública. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1996/3/21/brasil/24.html>>. Acesso em: 04.05.2022.

<sup>334</sup> Podem ser mencionadas, dentre outras realizações, as obras de instalação da sede da Bolsa de Valores no Rio de Janeiro, em 1819, com recursos totalmente financiados pelo BB, assim como da nova sede da Bolsa, inaugurada em 1906; a abertura de linhas de crédito para que fazendeiros pudessem contratar imigrantes europeus para trabalhar nas lavouras de café, em 1888, para substituição da mão-de-obra escrava, decorrente da abolição da

instituições financeiras sob controle da União, como a Caixa Econômica Federal, o Banco da Amazônia, o Banco do Nordeste e o BNDES.

Atualmente, o BB atua na condição de banco múltiplo, com presença em praticamente todo o território nacional, além de desenvolver atividades em importantes centros financeiros mundiais. Tem por objeto a prática de todas as operações bancárias ativas, passivas e acessórias, a prestação de serviços bancários, de intermediação e suprimento financeiro sob suas múltiplas formas, inclusive nas operações de câmbio e nas atividades complementares, destacando-se seguros, previdência privada, capitalização, corretagem de títulos e valores mobiliários, administração de cartões de crédito/débito, consórcios, fundos de investimentos e carteiras administradas, além do exercício de quaisquer das atividades facultadas às instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional.

Como agente de execução da política creditícia e financeira do Governo Federal, compete ao BB, de modo a contribuir para o interesse público que justifica sua criação, exercer as seguintes funções atribuídas nas leis brasileiras, especificamente as previstas no art. 19 da Lei n.º 4.595/1964: (i) ser o agente financeiro do Tesouro Nacional; (ii) ser o principal executor dos serviços bancários de interesse do Governo Federal, inclusive suas autarquias; (iii) arrecadar depósitos voluntários, à vista, das instituições financeiras; (iv) executar os serviços de compensação de cheques e outros papéis; (v) realizar operações de compra e venda de moeda estrangeira por conta própria e, nas condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, por conta do Banco Central do Brasil; (vi) realizar recebimentos ou pagamentos e outros serviços de interesse do Banco Central do Brasil; (vii) financiar a aquisição e instalação da pequena e média propriedade rural; (viii) difundir e orientar o crédito; entre outras atribuições.

O Banco do Brasil disputa o mercado com os principais bancos privados, figurando entre os 4 maiores bancos listados na B3 (Bolsa de Valores de São Paulo). Em 2021, esses bancos obtiveram lucro líquido ajustado de R\$ 90,5 bilhões, nesta ordem: Itaú (26.879), Bradesco (26.215), BB (21.021) e Santander (16.347). Em 2020, a soma chegou a R\$ 65,4 bilhões, na seguinte ordem: Bradesco (19.458), Itaú (18.536), BB (13.884) e Santander (13.511)<sup>335</sup>.

---

escravatura, contribuindo assim para a produção agropecuária no país; ou ainda o suporte aos Pracinhas brasileiros na Itália, durante a II Guerra Mundial, em 1945.

<sup>335</sup> Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/economia/grandes-bancos-listados-na-b3-lucram-r-905-bilhoes-em-2021/>>. Acesso em: 15.02.2022.

Na qualidade de um dos maiores bancos públicos do País, tem um papel significativo para o crescimento da economia nacional e para o desenvolvimento social. As atividades financiadas pelo Banco geram emprego, renda e dinamizam outros segmentos da economia, inclusive no âmbito de exportações. Com atuação em 96,8% dos municípios brasileiros, rede de atendimento que alcança 56.082 unidades, incluindo 3.979 agências e 84.597 funcionários, o BB leva a bancarização para todos os recantos do país, desbravando áreas carentes e desassistidas pelas quais o setor privado não tem interesse, encurtando assim a desigualdade regional e social.

Como indutor do crescimento econômico e do desenvolvimento do País leva crédito e investimento à população em diversos segmentos, sobretudo na agricultura familiar. No ano de 2021, foi líder de mercado com 46,5% do volume de crédito da linha Pronaf, beneficiando o pequeno agricultor em 84,7% dos municípios brasileiros<sup>336</sup>. Considerando o volume total das linhas de crédito do segmento do agronegócio o BB é responsável por financiar aproximadamente 60% das atividades, desde o pequeno produtor às grandes empresas agroindustriais. O segmento é peça fundamental para a economia nacional eis que aproximadamente 25% da riqueza do país é produzida pelo agronegócio, o que coloca o Brasil como o terceiro maior exportador de alimentos do mundo.

O Banco apoia o agronegócio brasileiro em todas as etapas da cadeia produtiva. Financia o custeio da produção e a comercialização de produtos agropecuários, estimula os investimentos rurais como armazenamento, beneficiamento, industrialização de produtos agrícolas e modernização de máquinas e implementos, além da adequação de propriedades rurais à legislação ambiental. A concessão de crédito a mini e pequenos produtores rurais é exercida em muitos casos como política pública do Estado beneficiando inúmeras famílias de agricultores.

Possui atuação especializada no segmento de microfinanças, mediante o fornecimento de produtos e serviços financeiros destinados à população de baixa renda, incluindo pessoas físicas e microempresários.

Oferece às Micro e Pequenas Empresas (MPE) soluções de capital de giro, financiamentos de investimentos e comércio exterior, além de várias outras opções relacionadas a fluxo de caixa, seguridade, previdência e serviços. Os vários segmentos de Pessoas Jurídicas,

---

<sup>336</sup>Fonte: Banco do Brasil. Relatório Anual 2021. Disponível em: <<https://www.bb.com.br/docs/portal/gesem/RelatorioAnual2021.pdf>>. Acesso em: 20.06.2022.

incluindo Microempreendedores Individuais (MEI), encontram desde alternativas financeiras até modelos de negócios que promovem a transição para uma economia inclusiva.

No financiamento ao comércio exterior, o Banco opera instrumentos de política pública de desenvolvimento produtivo, empreendedorismo, inclusão social e financeira, entre eles o Programa de Geração e Renda (Proger) Exportação e o Programa de Financiamento às Exportações (Proex), no qual é agente exclusivo do Governo Federal.

Além da relevância do BB para a sustentação econômica das micro, pequenas e médio empresas nacionais, para o incremento da produção agropecuária pela difusão do crédito rural, na promoção do intercâmbio comercial com o exterior, assumindo posição de destaque no mercado financeiro internacional, atua de forma responsável para promover a inclusão social por meio da geração de emprego e renda, fomentando o desenvolvimento sem descuidar da proteção ambiental.

A esse respeito, o BB compõe o Índice de Sustentabilidade Empresarial (ISE) da B3, que reúne ações de empresas de capital aberto com as melhores práticas de sustentabilidade, sendo reconhecida como uma das empresas mais sustentáveis do mundo<sup>337</sup>. A sustentabilidade é presente na estratégia, nas práticas, na gestão e nos negócios, incluindo a concessão de crédito com carteiras formadas por linhas de crédito com elevada adicionalidade ambiental e social, ou destinada a financiar atividades ou segmentos que possuem impactos socioambientais positivos.

Entretanto, o sucesso da companhia está vinculado diretamente e em grande parte ao desempenho das Entidades Ligadas ao Banco do Brasil (ELBB) que juntas integram o Conglomerado BB.

## **5.1. Participação das subsidiárias e controladas para a formação do resultado do BB**

A participação no capital de outras sociedades consiste numa importante estratégia empresarial, na medida em que permite a descentralização da administração de diversas

---

<sup>337</sup> Conforme Índice Dow Jones de Sustentabilidade (DJSI) da Bolsa de Nova Iorque; FTSE4Good Index Series da Bolsa de Londres; e Ranking do Global 100, da Corporate Knights, dentre outros. A instituição foi listada pelo quinto ano consecutivo no FTSE4Good Index Series, índice da bolsa de valores de Londres que avalia e classifica as empresas com melhores práticas ambientais, sociais e de governança corporativa (ASG). Disponível em: <<https://www.abrasca.org.br/noticias/sia-cia-1511-bb-no-ftse4good-index-da-bolsa-de-londres>>. Acesso em: 04.05.2022.

atividades do mesmo ramo, exercidas sob o mesmo controle, propiciando maior efetividade e lucratividade para a empresa que exerce o controle<sup>338</sup>.

O Conglomerado Banco do Brasil é composto por diversas entidades a ele ligadas (ELBBs). Essas entidades são classificadas de acordo com a natureza de seu relacionamento com o BB em controladas (onde se inserem as subsidiárias integrais), coligadas<sup>339</sup>, simples participações<sup>340</sup>, administradas, patrocinadas e fundações. A principal linha de atuação, no entanto, está a cargo das subsidiárias integrais<sup>341</sup> e das controladas<sup>342</sup>, embora todas as demais empresas sejam responsáveis diretamente pelos resultados auferidos pela instituição e pela formação de grande parte do lucro líquido do Banco.

No presente momento, o Banco do Brasil S.A. mantém quatorze (14) empresas sob seu controle direto, sendo onze (11) subsidiárias integrais e três (03) controladas, além de inúmeras outras empresas sob controle indireto com significativo impacto nas atividades e resultados do BB<sup>343</sup>.

As receitas geradas por essas subsidiárias representam aproximadamente 50% do lucro da instituição, conforme apontam os últimos relatórios anuais apresentados pelo BB, com destaque para as subsidiárias integrais BB Gestão de Recursos - Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A. - BB DTVM (atual BB Asset Management) e BB-Banco de

---

<sup>338</sup>Nesse sentido Marlon Tomazette. TOMAZETTE, Marlon. Direito Societário. 2ª ed., atual. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2004, p.465.

<sup>339</sup> Art. 243, LSA. § 1º São coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa. § 4º Considera-se que há influência significativa quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la. § 5º É presumida influência significativa quando a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la.

<sup>340</sup> Empresas nas quais o Banco do Brasil S.A. detém, de forma direta ou indireta, no mínimo 10% do capital votante ou total.

<sup>341</sup> Sociedade anônima cuja integralidade das ações é de titularidade de um único sócio formando uma sociedade unipessoal permanente, nos termos do art. 251 da LSA.

<sup>342</sup> Sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores (art. 243, § 2º, LSA).

<sup>343</sup> Subsidiárias integrais diretas do BB: BB-Banco de Investimento S.A. – BB-BI (CNPJ 24.933.830/0001-30); BB Administradora de Cartões de Crédito S.A. (CNPJ 31.591.399/0001-56); BB Administradora de Consórcios S.A. (CNPJ 06.043.050/0001-32); BB Gestão de Recursos - Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A. - BB DTVM (CNPJ 30.822.936/0001-69); BB Elo Cartões Participações S.A. (CNPJ 05.105.802/0001-80); BB Leasing S.A. - Arrendamento Mercantil (CNPJ 31.546.476/0001-56); BB Cayman Islands Holding – BBCI Holding (CNPJ 05.528.375/0001-42); Banco do Brasil – AG (BB AG); Banco do Brasil Americas (CNPJ 17.300.349/0001-41); Banco do Brasil Securites LLC (CNPJ 07.857.848/0001-80); BB USA Holding Company INC. Controladas diretas do BB: BB Seguridade Participações S.A. - BB Seguridade (66,25% ON - CNPJ 17.344.597/0001-94); BB Tecnologia e Serviços S.A. – BBTS (99,95% ON - CNPJ 42.318.949/0001-84); Banco Patagonia S.A. (80,39% ON - CNPJ 08.884.213/0001-35). Fonte: Banco do Brasil. Relações com Investidores. O Banco do Brasil. Estrutura Organizacional. Conglomerado. Posição de 31.12.2021. Disponível em: <www.bb.com.br/ri>. Acesso em: 15.02.2022.

Investimento S.A. – BB BI<sup>344</sup> e para a controlada BB Seguridade Participações S.A. (BB Seguridade), com participação acionária detida pelo BB de 66,25%<sup>345</sup>.

A título ilustrativo, a BBDTVM, no ano de 2018, obteve um resultado de R\$ 1,1 bilhão. No BB BI, no mesmo período, o resultado foi de R\$ 1,2 bilhão. E, na BB Seguridade Participações S.A., os valores apurados durante todo o ano de 2018 representaram lucro líquido de R\$ 3,5 bilhões, com uma contribuição de aproximadamente R\$ 2,3 bilhões para o lucro líquido contábil do BB. O lucro líquido ajustado do BB no ano de 2018 foi de R\$ 13,513 bilhões sendo o lucro contábil de R\$ 12,862 bilhões<sup>346</sup>. Somados, os resultados dessas três subsidiárias (R\$ 5,8 bilhões) corresponderam a aproximadamente 45% do resultado obtido pelo BB. Apenas com o lucro de 2018, mais de R\$ 5 bilhões do resultado do BB foram distribuídos para acionistas e investidores, sendo R\$ 2,7 bilhões para o Tesouro Nacional.

No exercício de 2019 a BBDTVM encerrou o ano com lucro líquido de R\$ 1.377,8 milhões, resultado 19,8% superior ao registrado no mesmo período do ano anterior (R\$ 1.150,5 milhões)<sup>347</sup>. O BB BI obteve resultado de R\$ 853.810 milhões no mesmo ciclo. E a BB Seguridade, no ano de 2019, obteve um resultado líquido de R\$ 6,6 bilhões (o resultado do BB nesse ano foi de R\$ 18,1 bilhões). O resultado da BB Seguridade - o maior da história da

<sup>344</sup> No período de 2016 a 2021 foram verificados os seguintes resultados nas subsidiárias integrais do BB (R\$ mil): a) BB-Banco de Investimento S.A. – BB-BI (2016: R\$ 1.263.014, 2017: R\$ 1.548.600, 2018: R\$ 1.258.108, 2019: R\$ 853.810, 2020: R\$ 502.571 e 2021: R\$ 649.037); b) BB Administradora de Cartões de Crédito S.A. (2016: R\$ 23.626, 2017: R\$ 17.749, 2018: R\$ 21.902, 2019: R\$ 29.813, 2020: R\$ 27.799 e 2021: R\$ 25.185); c) BB Administradora de Consórcios S.A. (2016: R\$ 267.317, 2017: R\$ 366.456, 2018: R\$ 470.548, 2019: R\$ 615.250, 2020: R\$ 545.670 e 2021: R\$ 868.768); d) BB Gestão de Recursos - Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A. - BB DTVM (2016: R\$ 807.875, 2017: R\$ 1.033.067, 2018: R\$ 1.150.561, 2019: R\$ 1.377.805, 2020: R\$ 1.545.012 e 2021: R\$ 1.591.888); e) BB Elo Cartões Participações S.A. (2016: R\$ 764.339, 2017: R\$ 675.788, 2018: R\$ 690.421, 2019: R\$ 861.964, 2020: R\$ 854.405 e 2021: R\$ 752.303); f) BB Leasing S.A. - Arrendamento Mercantil (2016: R\$ 274.108, 2017: R\$ 224.818, 2018: R\$ 153.242, 2019: R\$ 157.762, 2020: R\$ 59.517 e 2021: R\$ 113.080); g) BB Cayman Islands Holding – BBCI Holding (2020: R\$ 99.140 e 2021: R\$ 76.409); h) Banco do Brasil AG - BB AG (2020: R\$ -2.531 e 2021: R\$ -12.029); i) Banco do Brasil Americas (2020: R\$ 16.213 e 2021: R\$ 26.347); j) Banco do Brasil Securites LLC (2020: R\$ 20.837 e 2021: R\$ -4.291); e k) BB USA Holding Company INC (2020: R\$ -48 e 2021: R\$ -49). Fonte: Banco do Brasil. Entidades Ligadas ao Banco do Brasil (ELBBs). Disponível em: <[https://www.bb.com.br/pbb/pagina-inicial/sobre-nos/elbb#/> >. Acesso em: 15.02.2022.](https://www.bb.com.br/pbb/pagina-inicial/sobre-nos/elbb#/)

<sup>345</sup> Nas controladas foram apurados os seguintes resultados no período de 2016 a 2021 (R\$ mil): a) BB Seguridade Participações S.A. - BB Seguridade (2016: R\$ 4.013.852, 2017: R\$ 4.049.245, 2018: R\$ 3.539.553, 2019: R\$ 6.658.781, 2020: R\$ 3.859.916 e 2021: R\$ 3.943.773); b) BB Tecnologia e Serviços S.A. – BBTS (2016: R\$ 22.354, 2017: R\$ 33.058, 2018: R\$ 12.223, 2019: R\$ 53.820, 2020: R\$ -89.595 e 2021: R\$ 64.028), e c) Banco Patagonia S.A. (2020: R\$ 1.418.230 e 2021: R\$ 1.421.769). Fontes: 1) BB Seguros. Relações com Investidores. Informações ao Mercado. Central de Resultados. Demonstrações Contábeis. Disponível em: <[http://www.bbseguridaderi.com.br/ >. 2\) BBTS. Demonstrações contábeis. Disponível em <\[https://www.bbts.com.br/index.php/homepage/documentos-publicos >. Acesso em 15.02.2022.\]\(https://www.bbts.com.br/index.php/homepage/documentos-publicos\)](http://www.bbseguridaderi.com.br/)

<sup>346</sup> De acordo com as Demonstrações Contábeis Consolidadas, o lucro líquido do Banco do Brasil S.A. apurado nos exercícios financeiros de 2016-2021 foi respectivamente de (R\$ mil): 2016: R\$ 8.033.556, 2017: R\$ 11.010.776, 2018: R\$ 12.862.026, 2019: R\$ 18.162.067, 2020: R\$ 12.697.385 e 2021: R\$ 19.710.402. Fonte: Banco do Brasil. Relações com Investidores. Informações Financeiras. Central de Resultados. Demonstrações Contábeis. Disponível em: <[www.bb.com.br/ri >. Acesso em: 15.02.2022.](http://www.bb.com.br/ri)

<sup>347</sup> Disponível em: < [https://www.bb.com.br/docs/porta1/dtvm/annual2019.pdf >. Acesso em: 30.07.2020.](https://www.bb.com.br/docs/porta1/dtvm/annual2019.pdf)

Companhia - é decorrente do volume total de prêmios emitidos de seguros, contribuições de previdência e arrecadação com títulos de capitalização, alcançando R\$ 25,8 bilhões apenas nos seis primeiros meses desse ano<sup>348</sup>. O resultado global dessas subsidiárias no ano de 2019 (R\$ 8,8 bilhões) corresponde a aproximadamente 48% do resultado do BB no mesmo período (R\$ 18,1 bilhões). Só no primeiro semestre de 2019 o valor do lucro líquido ajustado do BB (R\$ 8,6 bilhões), propiciou a distribuição de R\$ 3,3 bilhões em forma de Juros Sobre o Capital Próprio (JCP), beneficiando diretamente a União.

Em 2020 os resultados somados da BBDTVM (R\$ 1,5 bilhão), do BB BI (R\$ 502.571 milhões) e da BB Seguridade (R\$ 3,8 bilhões) totalizaram R\$ 5,9 bilhões, equivalente a 47% do resultado do BB (R\$ 12,6 bilhões). No total, o valor do resultado arrecadado de todas as subsidiárias e controladas do BB (R\$ 8,8 bilhões) no ano de 2020 correspondeu a cerca de 69% do resultado atingido pelo BB (R\$ 12,6 bilhões).

Em 2021, a soma dos valores dos resultados da BBDTVM (R\$ 1,5 bilhão), do BB BI (R\$ 649.037 milhões) e da BB Seguridade (R\$ 3,9 bilhões) alcançou a quantia de R\$ 6,1 bilhões, equivalente a 31% do resultado total do BB (R\$ 19,7 bilhões). O resultado global de todas as subsidiárias e controladas do BB no ano de 2021 (R\$ 9,5 bilhões) equivale a 48% do resultado atingido pelo BB (R\$ 19,7 bilhões).

No primeiro semestre de 2022, o Banco do Brasil registrou lucro líquido ajustado de R\$ 14,4 bilhões<sup>349</sup>. A BB Seguridade Participações S.A. (BB Seguridade), por sua vez, registrou no mesmo período lucro líquido de R\$ 2,6 bilhões<sup>350</sup>, equivalente a 18% do resultado do BB.

Sem computar o recolhimento de impostos, nos últimos 12 anos o BB alimentou o caixa da União com aproximadamente R\$ 32,397 bilhões. Esses recursos podem ser investidos em políticas públicas retornando na forma de serviços e utilidades para todos os brasileiros. Os resultados financeiros alcançados pelo Banco e por suas subsidiárias, ano a ano, demonstram que é possível ser público e eficiente, atendendo as expectativas do mercado, da população e

---

<sup>348</sup> Brasil. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Desestatização, Desinvestimento e Mercados. Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (SEST). Boletim das Empresas Estatais Federais. v.12 (jul./set.2019). Brasília: SEST/ME, 2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins/boletim-das-empresas-estatais-federais/arquivos/12a-edicao-boletim-das-empresas-estatais-federais.pdf>> Acesso em: 05.07.2020.

<sup>349</sup> Banco do Brasil. Relação com Investidores. Central de Resultados. Sumário do Resultado: 1º semestre 2022. Disponível em: < <https://ri.bb.com.br/informacoes-financeiras/central-de-resultados/>> Acesso em: 15.08.2022.

<sup>350</sup> BB Seguros. Central de Resultados. Demonstrações Contábeis. Demonstrações Contábeis Intermediárias. BB Seguridade Participações S.A.: 1º semestre 2022. Disponível em: < [https://www.bbseguridaderi.com.br/?pk\\_vid=36b0f802889a33081652366931fb9ea4](https://www.bbseguridaderi.com.br/?pk_vid=36b0f802889a33081652366931fb9ea4)> Acesso em: 15.08.2022.

dos acionistas, incluindo o acionista majoritário, o Tesouro Nacional, além de contribuir para o desenvolvimento da economia e da sociedade brasileira.

Considerando esses resultados, verifica-se ser de extrema relevância o papel desempenhado pelas subsidiárias do BB. Por isso, não se pode desprezar o risco da retirada dessas subsidiárias do mercado, notadamente do segmento em que atuam em nome do controlador, levar ao enfraquecimento da empresa principal a ponto de comprometer a sua própria existência, a depender do grau de importância que a controlada exerça para a produção dos resultados da controladora.

Assim, uma aparente operação de desinvestimento poderia, na verdade, mascarar uma ação de desestatização, conduzindo a empresa matriz ao colapso e a extinção, caracterizando hipótese de privatização às avessas.

Além disso, a venda das ações dessas subsidiárias poderá beneficiar diretamente os concorrentes do BB pois provavelmente serão eles quem comprarão essas subsidiárias, o que poderia configurar abuso do acionista controlador, no caso, a União, por adotar medidas que favoreçam os concorrentes em detrimento dos interesses da Companhia.

Conforme adverte Carlos Ari Sundfeld<sup>351</sup>, os serviços prestados pelo sistema financeiro, assim como o sistema elétrico e de telecomunicações, são serviços fundamentais ao país e seu colapso seria um desastre para a economia. Além de atentarem para os interesses dos excluídos – dos pequenos clientes desses sistemas – as atividades prestadas pelas estatais nesses campos exercem um extraordinário poder econômico, possibilitando ao Estado atuar para evitar concentração empresarial excessiva ou práticas anticoncorrenciais. Não há, portanto, como conceber um sistema financeiro sem atividades bancárias como sustentam alguns<sup>352</sup>, muito menos sem estatais operando nesse setor. Apesar da revolução trazida com a era digital os bancos públicos têm se mostrado hábeis em acompanhar essa evolução, inclusive compartilhando experiências com as inovadoras fintechs criadas com a finalidade de fusão entre as áreas de finanças e tecnologia.

Nesse passo, a venda de subsidiárias e controladas, se levado a cabo sem as devidas cautelas e precauções poderá contribuir para a extinção da estatal matriz, trazendo embutido o

---

<sup>351</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Serviços Públicos e Regulação Estatal. Introdução às Agências Reguladoras*. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*, São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 34.

<sup>352</sup> Vide a propósito: MCMILLAN, Jonathan. SERRA, Afonso Celso da Cunha (Trad.). *O fim dos bancos: moeda, crédito e a revolução digital*. 1ªed. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2018.

risco de o Estado perder um importante instrumento de controle e influência nessas áreas de atuação. Por isso tais alienações devem ser analisadas com cautela, diante do risco de fraudes que possam conduzir a uma privatização branca, notadamente quando houver elevado grau de participação e influência da subsidiária nos resultados da controladora.

A decisão do STF constitui perigoso precedente que precisará ser avaliado caso a caso a fim de não se revestir de uma autorização em branco para que administradores promovam uma devassa nas estatais espalhadas país afora. Ainda que o conglomerado ou a holding seja constituído por diversas outras empresas deverá ser avaliado caso a caso o impacto que a alienação da subsidiária poderá causar em relação ao risco potencial de desaparecimento da entidade matriz.

## **5.2. Aplicação da decisão do STF na ADI 5624 às subsidiárias do Banco do Brasil**

A decisão do STF na ADI 5624 ao dispensar autorização legislativa específica para a alienação do controle acionário detido pelas empresas públicas e sociedades de economia mista sobre suas subsidiárias e controladas partiu da premissa de existência de uma autorização implícita para essa alienação nas hipóteses em que elas foram constituídas por meio de uma autorização legislativa genérica, contida na própria lei de criação da estatal matriz. Para o STF, portanto, a lei genérica de autorização da constituição das subsidiárias também atua como lei geral para a desestatização.

A situação das subsidiárias e controladas do Banco do Brasil em relação a exigência de autorização legislativa específica para o seu encerramento é ainda mais frágil. Isto porque muitas dessas subsidiárias sequer foram criadas a partir de uma autorização legislativa, nem mesmo genérica.

O próprio Banco do Brasil, fundado em 12.10.1808, foi constituído por meio de alvará com força de lei assinado pelo Príncipe Regente, D. João (posteriormente Rei Dom João VI). Durante grande parte de sua existência o Banco teve o seu funcionamento regulado por leis e tratados específicos que disciplinaram a sua organização, até a União assumir o seu controle acionário e administrativo da forma que mantém até hoje, nos termos do Decreto nº 1.455, de 30.12.1905, que aprovou os estatutos da estatal, com seu objeto social estabelecido pela Lei da Reforma do Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 4.595/1964), que prevê a sua atuação como um instrumento de execução da política creditícia e financeira da União, envolvendo a realização de serviços como Agente Financeiro do Tesouro Nacional.

Por óbvio que o ato de fundação do BB - o alvará do Príncipe Regente - não continha previsão para constituição de subsidiárias, até porque naquela época (1808) ainda não se cogitava sobre essa possibilidade de participação.

Antes da Constituição Federal de 1988, por ausência de imposição legal, muitas empresas estatais, inclusive instituições financeiras, controladas direta ou indiretamente pela União, foram instituídas independentemente de lei, por atos administrativos específicos e exclusivos do Poder Executivo, para atuação em objetivos específicos, definidos caso a caso, mediante deliberação em assembleia-geral ou por escritura pública, com manifestação favorável do BACEN/CMN, no caso das instituições financeiras, conforme previsão dos artigos 95, 96, 237, § 2º e 251, da Lei nº 6.404, de 15.12.1976 (LSA). Algumas subsidiárias do Banco do Brasil emergentes nesse período foram criadas nessas condições<sup>353</sup>.

As subsidiárias e controladas criadas nesse sistema, a rigor, não poderiam sequer ser consideradas sociedades de economia mista, a teor do previsto no artigo 235, § 2º, da LSA, diante da exigência de prévia autorização legislativa para a constituição de companhia de economia mista bem como para a sua participação em outras sociedades (art. 236, c/c 237, § 1º, da LSA). Além disso, as subsidiárias integrais constituídas pelo BB antes da Constituição de 1988 foram com base no art. 251 da LSA, inserido no capítulo XX da referida lei que versa sobre as sociedades coligadas e controladas, e não no capítulo XIX que trata das sociedades de economia mista.

Apesar dessa situação, não se pode desprezar a possibilidade de sustentar que as subsidiárias e controladas do BB constituídas antes de 1988, quando inexistente a exigência constitucional de autorização legislativa para participações das sociedades de economia mista em outras sociedades, tenham sido recepcionadas pela nova ordem constitucional como sociedades de economia mista de segundo grau, em face da necessidade de preservação das situações constituídas anteriormente<sup>354</sup>. Tal fato é corroborado pela circunstância de que a essas

---

<sup>353</sup> São elas: BB Gestão de Recursos - Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A. - BB DTVM, constituída por Escritura Pública lavrada no Livro 2445, fls. 46, em 15.05.86, no Cartório do 22º Ofício de Notas do Rio de Janeiro (RJ), arquivada na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro (RJ), sob n.º NIRC 3330001980-4 (04.06.86), com autorização do Presidente da República, conforme parecer do Ministério da Fazenda de 20.05.1986; BB Leasing S.A. - Arrendamento Mercantil, constituída pela Escritura Pública de constituição de sociedade comercial lavrada em 17.07.1987 pelo 22º Ofício de Notas do Rio de Janeiro-RJ, no Livro nº 2484, fls. 154-158; BB Administradora de Cartões de Crédito S.A., constituída por meio de Escritura Pública de constituição de sociedade comercial, lavrada em 29.09.1987 pelo 22º Ofício de Notas do Rio de Janeiro-RJ; BB-Banco de Investimento S.A. - BB-BI, constituída em 03.10.1988 por meio da Escritura Pública de constituição de sociedade comercial, lavrada pelo Cartório do 3º Ofício de Notas de Brasília-DF, Livro D-151, fls. 173/175, Rerratificada pela Escritura Pública de Rerratificação de 12.10.1988, conforme Livro D-152, fls. 91/92.

<sup>354</sup> Conforme leciona Modesto Carvalhosa: “Por outro lado, a Constituição de 1988, ao estabelecer a regra restritiva de criação de subsidiárias e participação em empresas privadas, não atinge situações societárias criadas antes de

subsidiárias foram aplicadas todas as regras de direito público exigidas da instituição matriz, em especial as relativas a exigência de prestação de concurso público para contratações de funcionários, vinculação à lei de licitações e subordinação ao controle do Tribunal de Contas da União, dentre outras.

Sob a égide da Constituição Federal de 1988, em cumprimento ao previsto no art. 37, XX, a constituição das subsidiárias integrais e controladas do BB passou a contar com autorização legislativa específica<sup>355</sup>, como no caso da Lei nº 8.413, de 14.04.1992, que autoriza o BB a constituir subsidiária na Comunidade Econômica Europeia e da Lei nº 10.738, de 17.09.2003, que autorizou a criação de subsidiárias integrais do Banco do Brasil especificamente para atuação nos segmentos de microfinanças e consórcios, sendo criada a BB Administradora de Consórcios S.A., subsidiária integral do BB, com autorização concedida pelo BACEN em 27.02.2004<sup>356</sup>.

A autorização legislativa genérica para o BB constituir subsidiárias integrais e controladas constou pela primeira vez da Medida Provisória nº 443, de 21.10.2008, posteriormente convertida na Lei nº 11.908, de 03.03.2009, aplicável também a Caixa Econômica Federal.

Referida lei autorizou o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal<sup>357</sup> a constituírem subsidiárias integrais e controladas, com vistas ao cumprimento de atividades de seu objeto social (caráter geral), conforme art. 1º, *caput*, bem como a adquirirem participação em instituições financeiras, públicas ou privadas, sediadas no Brasil incluindo empresas do

---

sua promulgação. Essas participações ou a constituição de subsidiárias foram feitas conforme as leis especiais que regulam tais sociedades mistas, editadas anteriormente a 1988”. CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, 4º volume, tomo I: arts. 206 a 242: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. 5ª ed. rev. e. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 429.

<sup>355</sup> Salvo situações de aquisições, como no caso da BB Tecnologia e Serviços S.A. – BBTS, anteriormente denominada Cobra Computadores e Sistemas Brasileiros, foi criada em 18.07.1974 e transformada de Ltda para SA em 24.04.1975. Passou a integrar o conglomerado do Banco do Brasil em 1990 quando este adquiriu a maior parte das ações da empresa.

<sup>356</sup> Art. 1º Fica o Banco do Brasil S.A. autorizado a criar, nos termos do art. 251 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, duas subsidiárias integrais, a saber: I - um banco múltiplo, com o objetivo de atuação especializada em microfinanças, consideradas estas o conjunto de produtos e serviços financeiros destinados à população de baixa renda, inclusive por meio de abertura de crédito a pessoas físicas de baixa renda e microempresários, sem a obrigatoriedade de comprovação de renda; e II - uma administradora de consórcios, com o objetivo de administrar grupos de consórcio destinados a facilitar o acesso a bens duráveis e de consumo, inclusive a pessoas físicas de baixa renda e microempresários, com ou sem qualquer comprovação de renda.

<sup>357</sup> No âmbito da Caixa Econômica Federal foi autorizada a criação da subsidiária integral CAIXA - Banco de Investimentos S.A. nos termos do art. 4º, verbis: “Fica autorizada a criação da empresa CAIXA - Banco de Investimentos S.A., sociedade por ações, subsidiária integral da Caixa Econômica Federal, com o objetivo de explorar atividades de banco de investimento, participações e demais operações previstas na legislação aplicável”.

ramo securitário, previdenciário e de capitalização (caráter específico), conforme art. 2º, caput<sup>358</sup>.

Essa autorização para participação em instituições financeiras, constante do art. 2º da Lei 11.908/2009, foi dada até o dia 30 de junho de 2011, com a possibilidade de prorrogação por até um ano, por ato do poder executivo (art. 2º, § 4º), o que foi realizado mediante o Decreto nº 7.509, de 29.06.2011, até 30.06.2012.

Com base nessa autorização, foi constituída a BB Elo Cartões Participações S.A., sucessora de Nossa Caixa S.A. Administradora de Cartões de Crédito, subsidiária integral do Banco Nossa Caixa S.A.<sup>359</sup>, criada por meio da Escritura Pública de Constituição de Sociedade de 24.05.2002, com autorização da Lei Estadual n. 10.853, de 16.07.2001(art. 3º, II, a)<sup>360</sup>.

Nesse âmbito também foi criada a BB Seguridade Participações S.A. (BB Seguridade), empresa controlada pelo BB (titular de 66,25% ON), constituída em 20.12.2012. A BB Seguridade é uma empresa de participações (“holding”) que concentra seus investimentos nos segmentos de seguros, previdência complementar aberta, capitalização, resseguros, corretagem e planos de assistência odontológica, por meio de parcerias privadas, em sociedades mantidas por sua subsidiária integral, a BB Seguros Participações S.A. (“BB Seguros”).

---

<sup>358</sup> Art. 1º O Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal ficam autorizados a constituir subsidiárias integrais ou controladas, com vistas no cumprimento de atividades de seu objeto social. Art. 2º O Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, poderão adquirir participação em instituições financeiras, públicas ou privadas, sediadas no Brasil, incluindo empresas dos ramos securitário, previdenciário, de capitalização e demais ramos descritos nos arts. 17 e 18 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, além dos ramos de atividades complementares às do setor financeiro, com ou sem o controle do capital social, observado o disposto no inciso X do caput do art. 10 daquela Lei. § 1º (...) § 4º A autorização prevista no caput deste artigo é válida até 30 de junho de 2011, podendo ser prorrogada por até 12 (doze) meses, mediante ato do Poder Executivo. Observação: O Decreto nº 7.509, de 29.06.2011, prorrogou essa autorização até 30.06.2012, tendo sido posteriormente revogado pelo Decreto nº 10.473, de 24.08.2020.

<sup>359</sup> Banco Nossa Caixa S.A., constituída com base na Lei Estadual nº 1.544, de 30.12.1916 e na Lei Estadual n. 10.430, de 16.12.1971, que autorizou a transformação da autarquia Caixa Econômica do Estado de São Paulo na empresa CEESP - Caixa Econômica do Estado de São Paulo S.A., sociedade de economia mista, incorporada ao BB em 30.11.2009, por decisão da Assembleia Geral Extraordinária, com base na Lei Estadual nº 13.286, de 18.12.2008, que Autoriza o Poder Executivo a alienar, ao Banco do Brasil S.A., ações de propriedade do Estado, representativas do capital social do Banco Nossa Caixa S.A., da participação societária equivalente a 76.262.912 de ações ordinárias do Banco Nossa Caixa S.A., correspondendo a 71,25% do capital social total e do capital votante na mesma proporção. Fonte: Banco do Brasil. Relações com Investidores. Serviços para Investidores. Aquisições, Incorporações e Parcerias. Disponível em: <www.bb.com.br/ri>. Acesso em: 15.02.2022.

<sup>360</sup> A Lei Estadual nº 10.853, de 16.07.2001, autorizou o Poder Executivo a alienar ações de propriedade da Fazenda do Estado no capital social do Banco Nossa Caixa S.A. e a proceder à sua reorganização societária. Artigo 3.º - Fica autorizada a reorganização societária do Banco Nossa Caixa S.A., que poderá ser implementada mediante: I – (...); II - criação ou participação em até 7 (sete) sociedades subsidiárias integrais ou sociedades já constituídas, conforme abaixo especificado, cujo objeto seja a exploração de atividades e serviços correlatos ao objeto social do Banco Nossa Caixa S.A.: a) sociedade emissora e administradora de cartão de crédito e de meios eletrônicos de pagamento.

No campo internacional tem-se a constituição do Banco do Brasil Americas, sociedade anônima de capital fechado com atuação no ramo bancário nos Estados Unidos criada em 12.10.2012, após aquisição pelo Banco do Brasil S.A., em abril de 2011, de 835.855 ações da instituição financeira americana EuroBank, criada em 1986, localizada em Coral Gables, Condado de Miami-Dade, Estado da Flórida, correspondentes à totalidade (100%) do capital social e votante, nos termos da Assembleia Geral Extraordinária de 31/05/2011, somando-se as demais subsidiárias internacionais já constituídas pelo BB<sup>361</sup>.

Ainda na área internacional cabe mencionar também o Banco Patagonia S.A., instituição financeira argentina, criada em 1988, sob a denominação de Banco Mildesa, com aquisição do controle acionário concluída em 12.04.2011, compreendendo o pagamento do preço aos vendedores e a transferência ao Banco do Brasil de 366.825.016 ações ordinárias escriturais classe “B”, as quais correspondem a 51% do capital social total e votante do Banco Patagonia, nos termos do Contrato de Compra e Venda de Ações celebrado em 21.04.2010 e aprovado pela Assembleia Geral Extraordinária de 16.06.2010, com autorização do BACEN de 21.10.2010.

Em 22.03.2016 foi editada a Lei nº 13.262 autorizando o Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, a constituir ou adquirir participação em empresas (norma geral), inclusive para atuação no ramo de tecnologia da informação (norma específica), nos termos e condições previstos no art. 2º da Lei nº 11.908/2009 (art. 1º, *caput*), com validade até 31.12.2018 (art. 1º, § 1º)<sup>362</sup>.

Tendo em vista que a maioria das subsidiárias e controladas do BB não foram constituídas a partir de uma autorização legislativa específica, quer por sua existência preceder a Constituição de 1988, quer por terem sido criadas a partir de autorizações genéricas, mostra-se muito provável a incidência do entendimento aplicado pelo STF na ADI 5624 MC/DF com

---

<sup>361</sup> Banco do Brasil AG (BB AG), com sede na Áustria (Banco do Brasil Aktiengesellschaft) desde 1980 e agências na França, Portugal, Itália e Espanha; BB Cayman Islands Holding – BBCI Holding, com sede nas Ilhas Cayman, atual denominação do Brazilian American Merchant Bank – BAMB, constituído em 01.08.2002 e que teve seu objeto e denominação social alterados em 24.12.2018, deixando de ser uma instituição financeira para atuar como holding de participações; Banco do Brasil Securites LLC - BBS, corretora de valores mobiliários, constituída em 2005, com agência em Nova Iorque e Miami e BB USA Holding Company INC, constituída em 09.08.2007, com sede em Nova Iorque. Fonte: Banco do Brasil. Entidades Ligadas ao Banco do Brasil (ELBBs). Disponível em: <<https://www.bb.com.br/pbb/pagina-inicial/sobre-nos/elbb#/>>. Acesso em: 15.02.2022.

<sup>362</sup> Art. 1º O Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, poderão constituir ou adquirir participação em empresas, inclusive no ramo de tecnologia da informação, nos termos e condições previstos no art. 2º da Lei nº 11.908, de 3 de março de 2009. § 1º A autorização prevista no caput é válida até 31 de dezembro de 2018.

sérios riscos de exposição dessas entidades a ações de desestatização sem o controle do Legislativo.

Embora seja possível sustentar a inaplicabilidade do precedente ao caso das subsidiárias e controladas do BB mediante o uso da técnica do *distinguishing*<sup>363</sup> sob o argumento de a *ratio decidendi* utilizada no julgamento da ADI 5624 MC/DF - fundada na existência de uma suposta autorização implícita para a alienação das subsidiárias quando a sua constituição estiver autorizada na própria lei de criação da estatal matriz - diferir substancialmente da situação e da forma como as subsidiárias do BB foram criadas, a certeza do acolhimento dessa tese não é absoluta.

Desta forma, ainda que as subsidiárias e controladas do BB possam ser consideradas empresas estatais de segundo grau e, portanto, integrantes da administração federal indireta, especialmente as subsidiárias integrais, a ausência de criação por lei específica certamente será invocada como óbice para a exigência de lei para o encerramento das atividades dessas subsidiárias e controladas.

A rigor, portanto, apenas a BB Administradora de Consórcios S.A, constituída com amparo na Lei nº 10.738, de 17.09.2003, necessitaria de autorização legislativa específica para possibilitar a alienação da participação do controle acionário exercido pelo BB, haja vista o caráter específico da autorização legislativa concedida para sua constituição e que agora exige do Congresso Nacional prévia manifestação para viabilizar a sua alienação.

Em relação as demais, a princípio, não existiria óbice legal à desestatização, o que demonstra a fragilidade em relação à privatização da entidade matriz caso todas as subsidiárias sejam vendidas.

E nem se poderá argumentar inexistir risco de privatização pelo fato do Banco do Brasil S.A. – e a Caixa Econômica Federal -, ter sido excluído expressamente do Programa

---

<sup>363</sup> Trata-se de técnica de interpretação meta-textual de distinção entre casos diferentes, com a intenção de neutralização do precedente-ratio por não poder ser aplicado a um caso específico, em razão dos fatos do caso sob análise serem materialmente diferentes dos fatos que foram tomados em consideração no raciocínio judicial como relevantes para a definição da decisão que originou o precedente. Conforme leciona Pierluigi Chiassoni: “O *distinguishing* externo é a técnica demonstrativa de que o precedente-ratio não deve ser aplicado ao caso examinado pois, no presente caso, os fatos materiais são distintos daqueles englobados pela ratio – muito embora, à primeira vista eles possam ter parecido similares com os fatos decididos pelo precedente-ratio. Neste ponto, o jurista modifica a descrição prévia dos fatos da causa, clamando duramente que todas as coisas consideradas são substancialmente/materialmente diferentes dos fatos que foram governadas pelo precedente”. CHIASSONI, Pierluigi; PÁDUA, Thiago Aguiar (Trad.). A filosofia do precedente: reconstrução racional e análise conceitual. Brasília: Universitas Jus, v. 27, n. 1, p. 63-79, 2016.

Nacional de Desestatização (art. 3º, *caput*, da Lei nº 9.491, de 09.09.1997, c/c o art. 6º do Decreto nº 2.594, de 15.05.1998).

Essa proteção não se estende às subsidiárias e controladas das respectivas estatais por força do disposto na parte final do art. 3º da Lei nº 9.491/97 que estabelece que a vedação de inclusão no Programa de desestatização não se aplica “às participações acionárias detidas por essas entidades, desde que não incida restrição legal à alienação das referidas participações”<sup>364</sup>. Ou seja, as subsidiárias e controladas das empresas públicas e sociedades de economia mista podem ser incluídas no referido programa para fins de privatização.

Portanto, fica latente que a decisão do STF ao possibilitar a venda de subsidiárias independentemente de autorização legislativa prévia abre a possibilidade de o Governo Federal intensificar ainda mais os atos de desinvestimento que vem operando com ampla possibilidade de alcance sobre as controladas do BB, notadamente por possuírem valores de mercado atrativos.

Sob a pretensão de não malferir a prerrogativa do Executivo Federal em promover os procedimentos de desinvestimento o STF não considerou que ao autorizar a venda das subsidiárias e controladas por ato unilateral do Executivo permite-se o desmantelamento da empresa mãe a ponto de esvaziar a participação do Legislativo em futura análise da viabilidade de extinção da estatal por não haver alternativas em face do estado de degradação da estatal a ponto de não restar outra decisão que não a sua extinção, expondo a risco de fechamento empresas de fundamental relevância para a sociedade brasileira como a Petrobrás, o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal, para não mencionar outros tantos.

Diante da relevância que as subsidiárias representam para o Conglomerado BB, tanto pela posição estratégica dessas empresas junto ao mercado quanto pelo retorno financeiro por elas propiciado, alimentando não apenas o caixa do BB, mas sobretudo o da União pode-se concluir serem elevados os riscos de eventual disposição das subsidiárias e controladas levar a própria privatização do BB.

Nesse sentido há que se atentar para que eventual venda de subsidiárias do BB e da CEF não seja utilizada de forma indiscriminada como expediente para burlar a disposição da lei de privatizações onde o Legislador procurou blindar essas estatais excluindo-as do PND.

---

<sup>364</sup> Como alternativa para excluir as subsidiárias e controladas do BB e da CEF do Programa Nacional de Desestatização vide o Projeto de Lei nº 10.444/2018, da Deputada Erika Kokay, propondo a inclusão do parágrafo único ao artigo 3º da Lei nº 9.491/1997 contemplando a não sujeição dessas empresas ao PND.

O Governo Federal vive um momento imediatista na busca por recursos de todas as fontes possíveis a pretexto de saldar o rombo das contas públicas. O receio é de que nesse ímpeto a equipe econômica se desfaça de ativos valiosos para as estatais e que vão servir tão somente para o Governo arrecadar recursos no curto prazo e que além de não serem suficientes para cobrir os débitos da União vão se esgotar rapidamente.

Nesse passo, a venda de ativos importantes para o Banco como os representados por suas subsidiárias e controladas, que geram negócios e resultados para o Banco, sendo elementos centrais para garantir a competitividade da instituição, poderá ser utilizada como forma de fatiamento da empresa com o efeito negativo de desorganizar e corromper a sua solidez e valor, levando ao risco de torná-la deficitária, com comprometimento da própria existência.

Essa inclusive foi a percepção do Ministro Ricardo Lewandowski quando da liminar concedida nos autos da Medida Cautelar na ADI 5.624 MC/DF, onde asseverou que “Há, com efeito, uma crescente vaga de desestatizações que vem tomando corpo em todos os níveis da Federação, a qual, se levada a efeito sem a estrita observância do que dispõe a Constituição, poderá trazer prejuízos irreparáveis ao País.”<sup>365</sup>

A venda de subsidiárias sem um planejamento adequado para aferir a real necessidade pode acarretar consequências negativas nas atividades, na governança e nas estratégias do Banco, consistindo em fator de privatização às avessas. Ao criticar o regime de desinvestimento de ativos das sociedades de economia mista de que trata o Decreto nº 9.188, de 01.11.2017, em especial a nova forma de desestatização, o desinvestimento pela alienação de ativos sem licitação prévia, Gilberto Bercovici assim se manifesta: “Não pode, portanto, um mero decreto determinar uma política de alienação de ativos das sociedades de economia mista que pode comprometer a sua própria existência e continuidade, uma espécie de privatização disfarçada, como faz o Decreto nº 9.188/2017”.<sup>366</sup>

Não se pode perder de vista que os resultados das subsidiárias sobre o Banco do Brasil têm impacto direto no próprio erário e conseqüentemente à população brasileira, pois integrantes da administração pública federal indireta. Nesse sentido manifestou-se o Ministro Carlos Velloso, no julgamento do MS 23.627, onde inclusive utiliza o exemplo do Banco do

---

<sup>365</sup> STF, Pleno, ADI 5624 MC/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 06.06.2019, p. 29.11.2019, PE Dje-261.

<sup>366</sup>BERCOVICI, Gilberto. A inconstitucionalidade do regime de desinvestimento de ativos das sociedades de economia mista (Decreto n.º 9.188, de 1º de novembro de 2017). In Revista de Direito da ADVOCEF – Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal. Ano XIV. v1. nº 28. Porto Alegre: ADVOCEF. Maio/2019. 360p., p.44.

Brasil para afirmar que um dano ao patrimônio da estatal representa também um dano ao capital público<sup>367</sup>.

Aparentemente o STF não se debruçou sobre os desdobramentos em concreto da permissão concedida ao Executivo para a venda de subsidiárias sem necessidade de autorização legislativa prévia. No caso específico do Banco do Brasil as subsidiárias exercem notória influência no resultado econômico da instituição pela atuação em áreas significativas do mercado financeiro (seguro, previdência privada, capitalização, cartões). Retirando-se as subsidiárias do BB muito pouco restará da instituição, ficando restrito a prestação de atividades e serviços bancários básicos e que hoje podem ser exercidos até mesmo por bancos digitais. Esse quadro certamente tirará da instituição todo o seu potencial que o coloca hoje como um dos principais bancos da América Latina.

A questão insere-se naquelas caracterizadas como casos difíceis por comportar, em tese, mais de uma solução possível e razoável, estando em questão o conflito entre a necessidade de não intervenção na área da competência do Executivo e a exclusão do Legislativo do processo de tomada de decisão sobre a saída do Estado de determinadas atividades econômicas, cabendo ao intérprete constitucional valer-se da técnica da ponderação entre as normas e os interesses públicos envolvidos levando em conta principalmente as consequências práticas que a decisão produzirá no mundo dos fatos, ou seja, os efeitos prejudiciais ou benéficos por ela produzidos no mundo, não em face dos indivíduos envolvidos na lide em concreto mas sim em relação a toda a coletividade, na tentativa de preservação do interesse público coletivo.

Luís Roberto Barroso classifica como um dos parâmetros para orientar a argumentação jurídica ao lado da necessidade de fundamentação normativa e da necessidade de respeito à integridade do sistema: o peso (relativo) a ser dado às consequências concretas da decisão.<sup>368</sup> Nessa ordem, acrescenta o autor “o intérprete constitucional não pode perder-se no mundo jurídico, desconectando-se da realidade e das consequências práticas de sua atuação” e conclui: “o juiz constitucional não pode ser indiferente à repercussão de sua atuação sobre o mundo real, sobre a vida das instituições, do Estado e das pessoas”.

---

<sup>367</sup> “Assim, a lesão ao patrimônio de uma sociedade de economia mista atinge, sem dúvida, o capital público o Erário, portanto além de atingir, também, o capital privado. Um dano, pois, ao patrimônio do Banco do Brasil significa dano ao Erário. O fato de significar, também, dano ao capital privado, minoria na sociedade de economia mista, não desqualifica o dano ao capital público, assim dano ao Erário”. STF, Pleno, MS 23.627/DF, Relator Ministro Carlos Veloso, j. 07.03.2002, Dj 16.06.2006.

<sup>368</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p.327/328.

Atualmente, há uma tendência, dentro das Cortes, dos magistrados tentarem persuadir uns aos outros em uma espécie de competição na articulação dos fatos e da lei a serem utilizados para fundamentação dos votos que irão prevalecer na decisão judicial<sup>369</sup>.

Essa tentativa de persuasão se estende também para o público, notadamente no caso do Brasil, em que nos tempos atuais a população possui condições de acompanhar os julgamentos em tempo real, visto que as sessões plenárias do STF são transmitidas a sociedade pela TV Justiça - criada pela Lei nº 10.461, de 17.05.2002 - por meio de operadoras de TV a cabo, bem como de canal aberto e pela internet ([www.tvjustica.jus.br](http://www.tvjustica.jus.br)).

Tal fato contribui para que os votos sejam extensos e complexos em seu conteúdo, notadamente pela necessidade que o Tribunal tem de justificar suas decisões perante a sociedade a fim de conferir-lhes legitimidade e para que sua autoridade siga sendo respeitada, o que, entretanto, por vezes, pode suscitar dúvidas e, até mesmo, contradições a depender da forma de interpretação dos julgados. A exigência desse esforço argumentativo dos magistrados será maior nos casos em que o Tribunal estiver de certo modo pressionado pela opinião pública, especialmente nos casos polêmicos e de grande clamor social em que a posição do Tribunal for contramajoritária<sup>370</sup>.

De acordo com Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento na avaliação das consequências práticas das decisões o papel do intérprete constitucional deve ser o de “buscar prever qual será o impacto de sua decisão na sociedade: a interpretação que produzir as melhores consequências práticas é a que deve ser preferida” e arremata que o intérprete “deve assumir uma postura pragmática e optar pela interpretação que produza melhores resultados práticos”.<sup>371</sup>

De ponderar que a interpretação jurídica, nos tempos atuais, não se apresenta mais como uma mera investigação semântica das disposições normativas visando à sua aplicação ao caso concreto. Ela demanda um novo raciocínio jurídico diverso do tradicional lógico dedutivo, próprio do formalismo positivista da racionalidade moderna. A atual forma de interpretação

---

<sup>369</sup> Sobre o papel dessa persuasão das decisões vide “Making the Case: The Art of the Judicial Opinion” de Paul W. Kahn. KAHN, Paul W. Construir el caso: El arte de la jurisprudencia (Daniel Bonilla Maldonado, Trad.). Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Universidad de Palermo e Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2019.

<sup>370</sup> Para maiores informações sobre o tema recomenda-se a leitura do artigo de William Soares Pugliese e Ricardo dos Reis Pereira intitulado “Direitos fundamentais na tela da TV: uma análise do televisionamento de tribunais no Brasil. PUGLIESE, William Soares; PEREIRA, Ricardo dos Reis. Direitos fundamentais na tela da TV: uma análise do televisionamento de tribunais no Brasil. Fortaleza: Pensar, v.24, n.2, p.1-12, abr./jun. 2019.

<sup>371</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho/ Cláudio Pereira de Souza Neto. Daniel Sarmento. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.423.

exige uma mudança da perspectiva tradicional que partia do sistema jurídico por meio do raciocínio de subsunção para o problema a resolver ou a própria decisão a construir, centrando-se os debates no processo de obtenção de decisões. Deste modo, considera-se a interpretação jurídica atualmente como uma operação intelectual única e integral reconhecida essencialmente como a compreensão do critério normativo da concreta solução do problema. Deixa de ser mera interpretação da lei para constituir em ato de realização do próprio direito num problemático processo de realização do direito<sup>372</sup>.

O ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento da ADI 234/RJ, registrou necessidade de se guardar coerência na interpretação dos textos normativos a fim de não gerar contradições. No caso, segundo o ministro, exigir a participação do Legislativo para autorizar a criação de sociedade de economia mista ou empresa pública, aferindo a existência do interesse público na intervenção do Estado na economia e posteriormente permitir a alienação dessas empresas sem a anuência do Legislativo seria ato totalmente incompatível com a autorização concedida<sup>373</sup>.

Portanto, a despeito de não pretender intervir nas atividades do poder Executivo no que diz respeito a gestão de suas estatais o STF acabou por afastar a competência do Poder Legislativo no trato da questão, notadamente na avaliação que lhe compete dos requisitos que autorizam o Estado a atuar diretamente na exploração de atividade econômica tanto para verificação dos requisitos do art. 173 da CF quanto do caráter de subsidiariedade dessa intervenção que deve se dar em nível de complementação da atividade privada e que portanto também deveriam ser verificados por ocasião da retirada do Estado desse campo de atuação.

A decisão acerca da privatização de estatais não é uma decisão do Estado propriamente dita, mas sim do governante que se encontra instalado, e que varia de acordo com as suas convicções e ideologias pessoais. Ocorre que a sociedade brasileira não pode ficar a mercê da vontade individual deste ou daquele governante, em relação a disposição dos bens públicos. Há necessidade de se estabelecer um controle efetivo sobre as ações de desinvestimento e desestatização pretendidas pelo Executivo a fim de preservar o patrimônio público, competindo

---

<sup>372</sup> NEVES, António Castanheira. O actual problema metodológico da interpretação jurídica—I. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

<sup>373</sup> Na interpretação de qualquer texto normativo, mormente do texto constitucional, é impossível admitir a hermenêutica que, de um lado, afirma uma exigência e de outro permite que essa exigência seja fraudada: reservar à lei a criação da sociedade de economia mista ou da empresa pública e conseqüentemente exigir a participação do Legislativo no juízo da existência do interesse público, na intervenção ativa do Estado em determinado setor da economia e, não obstante, permitir que, no dia seguinte, o Governador - imagine-se a hipótese do veto do governador à lei da criação de sociedade de economia mista, rejeitado pela Assembleia - possa o Governador, livremente, alienar o controle dessa sociedade de economia mista é absurdo que não ouse atribuir à Constituição. STF, Pleno, ADI 234/RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 22.06.1995, Dj 15.09.1995.

ao Legislativo zelar pelos interesses da população para evitar privatizações precipitadas de sociedades de economia mista e empresas públicas de alta relevância para o país.

Os transtornos com eventual demora no processo legislativo de autorização para venda das subsidiárias, caso a caso, inclusive com risco de desistência de investidores na compra das estatais, seria inferior comparado ao risco de privatização das estatais sem manifestação prévia do Legislativo pela irreversibilidade dos atos de disposição dessas subsidiárias.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ordem econômica nacional, fundada nos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, demanda do Estado uma atuação indireta como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo a fiscalização, incentivo e planejamento dos setores econômicos para evitar abusos, concorrência desleal e domínio de mercado, valendo-se, para tanto, das agências reguladoras (art. 174, CF).

A atuação direta do Estado na economia somente é permitida em caráter excepcional, na forma disciplinada pela Constituição Federal, para a prestação de serviços públicos (art. 175, CF) ou no exercício de atividades em regime de monopólio estatal (art. 177, CF). A exploração direta de atividade econômica em sentido estrito só será permitida em caráter subsidiário da atividade privada, nas hipóteses em que esta não apresentar interesse ou capacidade para atuar em determinado setor considerado relevante para a economia nacional, bem como quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, definidos em lei (art. 173, CF). Em muitos casos essa intervenção pode ser empregada como meio para a promoção de políticas públicas, para corrigir falhas de mercado, criar competências nacionais ou desenvolver atividades estratégicas em áreas ou setores não abrangidos pela iniciativa privada.

Essa atuação direta é exercida pelo Estado por meio da atividade empresarial utilizando suas empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), com aplicação das regras do regime jurídico privado para possibilitar atuação em condições de competitividade com as empresas privadas. Tais estatais são constituídas a partir de autorização legislativa específica, na forma estabelecida pelo art. 37, inc. XIX, da Constituição. A finalidade da lei é a avaliação pelo Poder Legislativo da presença do interesse público bem como dos elementos que autorizam a intervenção estatal (art. 173, CF) e justificam a atuação subsidiária do Estado na atividade econômica em sentido estrito.

Para auxiliar no cumprimento de seu objeto social as empresas públicas e as sociedades de economia mista (estatais de primeiro grau) podem constituir empresas subsidiárias ou controladas (estatais de segundo grau) que terão sua criação autorizada por lei, conforme previsão do art. 37, inc. XX, da Constituição. Referida autorização pode ser específica, com indicação clara do segmento ou atividade de atuação, ou concedida de forma genérica, permitindo simplesmente que a empresa constitua subsidiárias conforme sua necessidade, sem especificação de um campo de atuação individualizado, o que será realizado caso a caso.

A autorização pode constar da própria norma autorizadora da criação da estatal matriz, conforme entendimento do STF (ADI 1649 MC/DF) ou estar contida em norma posterior especificamente editada para essa finalidade. Independentemente de a lei ser genérica ou específica, as empresas constituídas pelo Poder Público com prévia autorização legislativa em que o Estado detenha a titularidade de ações com direito a voto, serão consideradas empresas estatais integrando também a administração indireta.

A justificativa para admitir a constituição de subsidiárias apenas a partir da autorização genérica concedida às empresas estatais para poderem criar subsidiárias, decorre do entendimento de que a verificação da presença do interesse público já foi aferida pela lei que autorizou a criação da estatal matriz. Assim, desde que as atividades da subsidiária sejam correlatas ao objeto social da empresa mãe o interesse público estará resguardado não sendo necessário que na criação específica da subsidiária o Legislativo seja chamado a analisar, caso a caso, os requisitos para sua constituição. A única análise a ser considerada pelo Legislativo é de que a subsidiária guarde relação com o objeto social da empresa mãe para assegurar observância ao estabelecido pelo comando constitucional do art. 173 que possibilita a participação do Estado na atividade econômica.

A atuação do Estado brasileiro na economia nacional tem se mostrado cíclica, com movimentos que ora pendem para uma estatização mais acentuada ora para movimentos de desestatização. Essa alternância está diretamente relacionada ao momento histórico e as necessidades de desenvolvimento do país em dado setor da economia, bem como ao perfil e a ideologia (liberal ou social) do governante alçado ao poder.

No momento atual vivencia-se o retorno ao pensamento neoliberal que predominou no Brasil na década de 1990, baseado em uma dimensão privatista voltada à diminuição do tamanho do Estado, com a implementação de diversas ações de iniciativa do governo federal para privatização de estatais sob controle da União<sup>374</sup>.

Nesse passo, a decisão proferida pelo STF, nos autos da ADI 5624 MC/DF, veio justamente ao encontro das pretensões do governo federal em relação as ações de desinvestimento e desestatização ao possibilitar a alienação das ações de controle das

---

<sup>374</sup> A concepção neoliberal parte da ideia de que o Estado de bem-estar ao promover o igualitarismo destrói a liberdade dos cidadãos assim como a vitalidade da concorrência, sendo a desigualdade um valor positivo e o desemprego uma consequência natural numa economia de livre mercado em que os indivíduos competem entre si. Ocorre que o crescimento econômico resultante da prática neoliberal produz um custo social elevado (aumento da pobreza, do desemprego, da desigualdade e da exclusão social).

subsidiárias e controladas de empresas públicas e sociedades de economia mista independentemente de autorização legislativa. Apesar de o STF ainda precisar definir se será necessário autorização específica para a alienação de empresas estatais de primeiro grau ou se bastará a inclusão da estatal no Programa Nacional de Desestatização - hipótese sustentada na existência de uma suposta autorização implícita para privatizações contida na própria norma de criação do PND – a possibilidade de alienação das subsidiárias, por si só, já fragiliza a situação das estatais controladoras.

De acordo com o STF, no caso das estatais de segundo grau, a autorização para encerramento estaria implícita na própria lei de autorização dada à empresa estatal de primeiro grau para constituição de subsidiárias. A linha de raciocínio seria de que o legislador ao conferir autorização genérica desistiu da verificação caso a caso não podendo, portanto, ser exigido do Poder Executivo que submeta cada pedido de encerramento quando não teve que fazer para a constituição de cada uma das subsidiárias.

Infere-se da decisão do STF que ela só teria aplicação para as subsidiárias constituídas por autorização legal de caráter geral contida na própria norma de criação da estatal de primeiro grau. A decisão, em tese, não alcançaria aquelas empresas constituídas por lei específica, caso a caso, para as quais prevaleceria a necessidade de uma autorização legal, ainda que genérica, para sua alienação.

No âmbito da União, existem inúmeras subsidiárias que foram constituídas a partir de autorizações de caráter genérico, muitas delas contidas na própria lei de constituição da empresa controladora. Além disso, muitas foram constituídas anteriormente a Constituição de 1988 quando sequer havia exigência de autorização legislativa para as empresas estatais constituírem subsidiárias e controladas. De acordo com entendimento doutrinário, as empresas constituídas sem essa autorização legislativa não poderiam sequer ser consideradas estatais por não preencherem o requisito formal, não integrando, desta forma, a administração indireta.

Nessa situação, aliás, encontram-se muitas subsidiárias do Banco do Brasil S.A. criadas antes da Constituição de 1988 por ato exclusivo do executivo, sem autorização legal específica, com amparo apenas na Lei das Sociedades Anônimas que possibilita a criação de subsidiárias integrais (art. 251, Lei 6.404/74).

A despeito do não preenchimento do requisito formal da autorização legislativa prévia, as subsidiárias e controladas do Banco do Brasil S.A., constituídas exclusivamente por atos administrativos, podem ser consideradas empresas estatais de segundo grau em razão de terem

sido recepcionadas com essa natureza jurídica pela nova ordem jurídica trazida com a Constituição Federal de 1988. O próprio Banco do Brasil S.A. não foi constituído por lei, mas é inegável que foi recepcionado pela Constituição Federal como sociedade de economia mista integrante da administração pública federal indireta.

Além disso, essas empresas encontram-se submetidas às normas e princípios que regem a administração pública indireta (art. 37, CF), incluindo a necessidade de realização de concurso público para o ingresso de seus funcionários, sujeição ao processo de licitação para compra de produtos e contratação de serviços e prestação de contas ao Tribunal de Contas da União (TCU), dentre outros.

O reconhecimento dessa natureza jurídica é ainda mais justificado em relação às subsidiárias integrais, consideradas verdadeiras extensões da entidade matriz, tal qual reconheceu o próprio STF ao declarar a BB Turismo, empresa controlada por subsidiária integral do BB, como empresa estatal de terceiro grau (MS 23.294 AGr/DF).

As subsidiárias do BB, criadas inicialmente como um braço da empresa, acabaram assumindo posição de destaque nos respectivos segmentos de mercado em que atuam, contribuindo significativamente para os resultados do BB. Deste modo sua desvinculação do BB poderá gerar perdas irreparáveis para a instituição, comprometendo a própria existência da estatal, dada a relevância econômico-financeira e estratégica ocupada por essas subsidiárias.

E o mesmo ocorre em relação às demais empresas estatais que tem em suas subsidiárias a base de sustentação de suas atividades. Aliás, das 158 empresas estatais sob controle da União, 112 são subsidiárias das cinco maiores empresas estatais sob controle direto da União (Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, BNDES, Petrobrás e Eletrobrás). Empresas essas que juntas representam mais de 90% dos ativos e dos resultados distribuídos à União<sup>375</sup>.

Esse risco é agravado pela ausência de previsão específica na Constituição Federal disciplinando a forma de encerramento das empresas estatais e de suas subsidiárias, o que inclusive levou o STF a firmar sua posição quanto a possibilidade de privatização independentemente de autorização legislativa específica.

---

<sup>375</sup> Veja-se a propósito o resultado da Petrobrás no primeiro trimestre de 2022 com registro de um lucro líquido de R\$ 44,5 bilhões. Petrobrás. Desempenho Financeiro. 1º Trimestre de 2022. Disponível em: <[https://www.agenciaPetrobrás.com.br/upload/documentos/apresentacao\\_8chDtayCsI.pdf?\\_gl=1\\*hy66wx\\*\\_ga\\*MTE0ODE5ODM2OC4xNjUyMzY3ODU4\\*\\_ga\\_9TG5WL85H3\\*MTY1MjM2Nzg1Ny4xLjEuMTY1MjM2ODQ2My41NA.>](https://www.agenciaPetrobrás.com.br/upload/documentos/apresentacao_8chDtayCsI.pdf?_gl=1*hy66wx*_ga*MTE0ODE5ODM2OC4xNjUyMzY3ODU4*_ga_9TG5WL85H3*MTY1MjM2Nzg1Ny4xLjEuMTY1MjM2ODQ2My41NA.>)>. Acesso em: 12.05.2022.

E nem mesmo a previsão expressa para exclusão do BB do Programa Nacional de Desestatização-PND é capaz de evitar esse tipo de risco porque essa proteção não foi estendida para suas subsidiárias e controladas<sup>376</sup>. Ainda que seja necessária a superveniência de uma autorização específica permitindo a inclusão do BB no PND – tal qual ocorreu com a Eletrobrás, com autorização concedida por meio da Lei nº 14.182/2021 – essa cautela poderá restar infrutífera se as subsidiárias e controladas já tiverem sido alienadas.

Apesar de ser possível recorrer ao judiciário para evitar abusos contra eventuais alienações, caso a caso, o exercício desse direito não é garantia absoluta de que a medida será atendida a tempo. Muitas ações da espécie, tem sua análise de mérito prejudicada justamente por perda de objeto pois que a questão acaba sendo resolvida, na maioria das vezes, em sede de liminar. Não sendo possível obstar a venda por meio de liminar a análise superveniente do mérito ficará prejudicada pela impossibilidade de restituição à situação anterior já que a venda efetivar-se-á justamente com amparo na decisão liminar obtida judicialmente.

Conforme demonstrado, a dispensa de autorização legislativa para a venda de subsidiárias e controladas de empresas estatais, na forma permitida pela decisão do STF na ADI 5624 MC/DF, pode pôr em risco a própria existência das respectivas estatais controladoras a depender do grau de influência que as subsidiárias tenham para a constituição dos resultados da empresa matriz, podendo levar até mesmo a privatização das controladoras.

Portanto, em face da falta de previsão constitucional e legal e considerando o entendimento que parece sedimentado no STF sobre o tema, até que uma legislação específica seja editada para disciplinar a matéria, exigindo autorização legal, caso a caso, para a venda de subsidiárias, as empresas estatais brasileiras estarão a mercê de atos de desestatização por iniciativa exclusiva do Executivo.

É certo que os processos de desinvestimento são úteis e necessários para o Estado poder ajustar o seu tamanho e concentrar esforços na consecução de seus objetivos primários, notadamente em áreas onde sua presença é fundamental e que dependem de cuidado e atenção para o atendimento das prioridades nacionais (defesa nacional, segurança pública, educação, saúde, moradia, transporte, etc.). A privatização se mostra possível e até recomendável em casos de empresas inativas ou que desenvolvam atividades estranhas ao seu objeto social ou já

---

<sup>376</sup> O Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal, estão excluídos do Programa Nacional de Desestatização, por força do previsto no art. 3º, *caput*, da Lei nº 9.491, de 09.09.1997, regulamentado pelo art. 6º do Decreto nº 2.594, de 15.05.1998.

atendidas satisfatoriamente pela iniciativa privada, conforme, aliás, previsto no DL nº 200, de 25.02.1967, em seu artigo 178, com redação do DL nº 2.299, de 21.11.1986<sup>377</sup>.

É justificável a transferência para a iniciativa privada de atividades indevidamente exploradas pela Administração Pública, assim como a privatização de estatais federais que são deficitárias e não têm um papel eficiente, sendo economicamente dependentes de recursos da União para sua manutenção e cujo interesse público já tenha expirado ou não possa mais ser alcançado, devido à falta de capacidade da estatal em realizar a missão pública que motivou sua criação. Tal medida além de respeitar o interesse público, contribui para a otimização de recursos, redução de gastos públicos e melhoria da qualidade do serviço, aliada a possibilidade de maior economia para o contribuinte<sup>378</sup>.

Doutro lado, será desaconselhável a privatização nas hipóteses em que ainda sobejar o interesse público na atividade prestada pela estatal e ela efetivamente realizar essa atividade a contento. Com maior razão deverá ser mantida a estatal quando a atividade for prestada sem ônus para o Estado, como ocorre com as estatais que não são dependentes de recursos financeiros do Tesouro para se manter, mas ao contrário, geram receitas e dividendos para os cofres públicos com possibilidade de utilização para o fomento de projetos sociais em benefício de parcelas carentes da população.

Em tais situações, caberá ao Estado adotar medidas para garantir o fortalecimento, a modernização e o crescimento dessas estatais, implementando ações de alavancagem, com avaliações de performance, revisões dos planos de administração, por meio de uma gestão eficiente, pautada em sólidos alicerces de boa governança corporativa, com controle e fiscalização para evitar desvios da finalidade pública, impedir interferências políticas e combater a corrupção, sempre tendo em vista o melhor desempenho da estatal para que os resultados auferidos revertam em proveito de toda a coletividade.

---

<sup>377</sup> Art. 178. As autarquias, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, integrantes da Administração Federal Indireta, bem assim as fundações criadas pela União ou mantidas com recursos federais, sob supervisão ministerial, e as demais sociedades sob o controle direto ou indireto da União, que acusem a ocorrência de prejuízos, estejam inativas, desenvolvam atividades já atendidas satisfatoriamente pela iniciativa privada ou não previstas no objeto social, poderão ser dissolvidas ou incorporadas a outras entidades, a critério e por ato do Poder Executivo, resguardados os direitos assegurados, aos eventuais acionistas minoritários, nas leis e atos constitutivos de cada entidade.

<sup>378</sup> Tal procedimento guarda relação com os objetivos fundamentais do programa nacional de desestatização (PND) de que trata a Lei nº 9.491, de 09.09.1997, no que diz respeito a reordenação da posição estratégica do Estado na economia, mediante a transferência para a iniciativa privada de atividades indevidamente exploradas pelo setor público (Art. 1º, inc. I), de modo a permitir que a Administração Pública possa concentrar seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais, como segurança, saúde, etc. (Art. 1º, inc. V).

No caso brasileiro, o discurso ideológico da incapacidade das empresas estatais e de uma suposta eficiência privada superior aliado a falsa percepção de tudo que é estatal gera ineficiência são premissas equivocadas utilizadas pelo Executivo para fundamentar suas medidas de desestatização. Mais do que nunca é necessário desconstruir a ideia de que tudo que o Estado faz é mau, ineficiente e corrupto e que somente as práticas do setor privado são boas, eficientes e virtuosas<sup>379</sup>.

As recentes tragédias envolvendo as barragens de Mariana-MG (2015) e Brumadinho-MG (2019) de responsabilidade da mineradora Samarco Mineração S.A., subsidiária da Vale S.A., revelaram ao mundo a triste realidade de preponderância e sobrevalor dado pelo investidor privado ao lucro em detrimento da vida humana e da preservação do meio ambiente. Teriam ocorrido tais tragédias ou ao menos na proporção que ocorreram se a Vale ainda fosse empresa estatal?

Não há como afastar o Estado (e suas empresas estatais) da participação direta na economia nacional. Relegar a sua atuação a mera regulação não tem sido suficiente para garantir os direitos básicos dos cidadãos.

---

<sup>379</sup> Na tentativa de justificar os processos de privatização, os defensores do liberalismo procuram difundir na sociedade a ideia de que todas as estatais são ineficientes, dispendiosas e servem apenas a propósitos políticos, notadamente para preenchimento de cargos, geralmente da alta direção da companhia. Trata-se de um verdadeiro processo de convencimento da sociedade acerca da necessidade de haver “menos Estado”. Segundo aponta Domingos Savio Correa, foi o que ocorreu com o processo de privatização na década de 1990 onde se relacionava a crise econômica ao tamanho “inchado” do Estado em razão da excessiva atuação na economia. Defendiam os neoliberais que as empresas estatais eram obsoletas e o Estado brasileiro estava falido. Entretanto, omitiam o fato de que nem todas as estatais eram ineficientes, além de desconsiderarem que muitas eram estratégicas e cobiçadas internacionalmente. A Siderúrgica Usiminas, privatizada no governo de Fernando Collor de Melo (1991), além de ser uma estatal estratégica para o desenvolvimento do país também era superavitária e administrada dentro de critérios adequados de gestão empresarial, o que, no mínimo, tornaria questionável sua privatização (em 1989 a empresa apresentou lucro de US\$ 190 milhões). A Telebrás, privatizada em 1998, era a maior empresa de telefonia da América Latina e a 15ª do mundo, sendo a empresa mais lucrativa do país (em 1997 obteve lucro de US\$ 3,9 bilhões). O mesmo pode ser dito das privatizações da Vale do Rio Doce (1997) e da Eletrobrás (2022), esta última inserida no grupo das cinco maiores e mais produtivas estatais federais da atualidade, ao lado da Petrobrás, Banco do Brasil, BNDES e Caixa Econômica Federal. De ressaltar também que o governo brasileiro alegava falta de recursos para investir em suas estatais, além da impossibilidade de o BNDES financiar o setor estatal nacional, no entanto, durante o processo de privatização instaurado pelo governo de Fernando Henrique Cardoso, notadamente do setor elétrico (1997), o BNDES foi autorizado a conceder empréstimos a empresas estrangeiras para comprarem as estatais, revelando assim uma total divergência de tratamento entre as empresas nacionais e estrangeiras. Ademais, o modelo de privatização utilizado na Inglaterra não surtiu os mesmos efeitos em países latino-americanos (Chile, Argentina, México e Brasil). No caso brasileiro, a alienação do patrimônio nacional não foi utilizada para a redução da dívida do país nem para investimentos no setor social. CORREA, Domingos Sávio. O movimento de fusões e aquisição de empresas e a privatização e desnacionalização na década de 1990: o caso brasileiro. São Paulo: USP, 2004. Disponível em: <[https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8136/tde-03022011-125934/publico/2004\\_DomingosSavioCorrea.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8136/tde-03022011-125934/publico/2004_DomingosSavioCorrea.pdf)>. Acesso em: 02.07.2022.

O dia a dia da população brasileira tem demonstrado que as diversas agências reguladoras existentes no país (ANEEL, ANA, ANATEL, ANAC, etc.) não são aptas, por si só, a garantir o acesso e a plena distribuição dos produtos e serviços por elas regulados (energia elétrica, água encanada e tratada, sistema de esgoto tratado, rede de telefonia e internet de qualidade, transporte aéreo), situação inclusive comprovada durante a pandemia da Covid 19 onde revelada a condição de inúmeras famílias desprovidas de água encanada, esgoto tratado, energia elétrica e sinal de internet de boa qualidade.

Além do mais, existem no Brasil diversas experiências exitosas de importantes empresas estatais que comprovadamente contribuem para o desenvolvimento do país em várias atividades da estrutura produtiva e no financiamento à economia nacional, associadas às políticas públicas voltadas a satisfação de necessidades sociais que nem sempre são atendidas pela iniciativa privada notadamente para viabilizar maior distribuição de renda e inclusão social.

O Banco do Brasil, efetivamente não se insere no perfil das empresas em condições de privatização eis que mesmo com características de ente público, tem se mostrado altamente eficiente, demonstrando ao longo das últimas décadas uma elevada capacidade de organização, desenvolvimento, governança corporativa e inovação tecnológica que lhe permitem competir e gerar resultados consistentes no mercado financeiro nacional, mantendo o apoio econômico e social ao país e contribuindo para o desenvolvimento sustentável da nação, além de distribuir regularmente significativos dividendos ao Tesouro Nacional cujos recursos podem ser revertidos em favor da população por meio de políticas públicas. E as empresas que compõem o Conglomerado Banco do Brasil, especialmente as subsidiárias e controladas, contribuem significativamente para os resultados obtidos pela instituição, bem como para o fortalecimento da economia brasileira e para o desenvolvimento social do País.

É razoável que a participação do Estado na atividade econômica se dê com observância do princípio da subsidiariedade para evitar uma atuação descontrolada e desmedida. Também é razoável que o Estado se desfaça das empresas que já cumpriram sua função e que não se revestem mais de interesse público, bem como são ineficientes e trazem prejuízos ao erário público. Mas qual o sentido de se desfazer de empresas que exercem uma função pública relevante, atendem ao interesse público para o qual foram criadas e são geradoras de receitas para o Estado?

Não há como deixar empresas tradicionais ao sabor das mudanças de orientação política deste ou daquele Governo. Dada a relevância que empresas como o Banco do Brasil, a

Caixa Econômica Federal, o BNDES, a Petrobrás e outras empresas, assim como suas subsidiárias e controladas exercem para a nação, é imprescindível que a alienação do controle dessas empresas seja debatida previamente no âmbito do Legislativo após discussão da matéria de forma ampla e transparente, inclusive com a participação popular, de modo a evitar atropelos e decisões precipitadas do Executivo, principalmente para avaliar as consequências e o futuro do Brasil sem essas empresas, tal como realizado, por exemplo no caso da Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobrás), incluída recentemente no PND com autorização dada pela Lei nº 14.182, de 12.07.2021, e que demandou ampla discussão no âmbito do Congresso Nacional tendo inclusive sido objeto de dois Projetos de Lei (PL 9.463/2018 e 5.877/2019) e duas Medidas Provisórias (MP 814/2017 e 1.031/2021), bem como com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), com Projeto de Lei (PL 591/2021) atualmente em análise no Congresso Nacional.

A interpretação dada pelo STF na ADI 5624/DF poderá trazer graves consequências em termos de desestruturação dessas e de tantas outras empresas estatais sob controle da União, notadamente daquelas que tem em suas subsidiárias e controladas importantes mecanismos de geração de receitas.

Há que se atentar para que a agenda de privatizações com vistas à pretensa diminuição do tamanho do Estado não se transforme em uma pauta de desmonte e desmantelamento do patrimônio público, expondo o país ao risco de perda de empresas estratégicas e fundamentais ao desenvolvimento nacional.

Inúmeras ações de desestatização têm motivação puramente ideológica, não revelando uma real estratégia para redução do tamanho da máquina estatal para enxugamento de gastos e eliminação de despesas. São empregadas unicamente como uma forma de angariar receitas a curto prazo para fazer frente ao déficit dos cofres públicos, tal qual ocorreu com o programa brasileiro de privatização na década de 90 destinado a resolver problemas macroeconômicos de curto prazo, causados principalmente pelo desequilíbrio das contas públicas<sup>380</sup>.

Um governo que tem sua principal estratégia de atuação pautada na venda de ativos estatais apenas denota total falta de preparo para tratar das questões envolvendo a política econômica nacional.

---

<sup>380</sup> PINTO JUNIOR, Mario Engler. Empresa Estatal: função econômica e dilemas societários. São Paulo, Atlas, 2013, p. 48.

Além disso, a alternativa de se valer das medidas de desestatização para solucionar problemas emergentes de caixa da União, independente e dissociado de um planejamento adequado, com alternativas e propostas concretas para alavancagem da economia constitui uma medida apenas paliativa para arrecadação de recursos no curto prazo. Recursos esses que logo serão consumidos, tornando o Estado dependente de mais investimentos num novo ciclo de dependência financeira que, entretanto, restará agravado pela ausência das estatais por desprover o Estado de uma importante fonte de receitas qual seja, a distribuição de dividendos pelas empresas estatais aos cofres do Tesouro Nacional.

Possibilitar que o Estado se desfaça de estatais que possuem relevante valor para o país e que contribuem para o fomento da economia nacional, tanto no cumprimento do seu objeto social quanto pelos resultados produzidos, principalmente as estatais não dependentes do Tesouro Nacional, caracteriza retrocesso no modelo de atuação do Estado na economia que não pode ser influenciada por ideologias pessoais dissociadas do interesse público, propiciando atropelos e desmandos do governo federal com sérios riscos de prejuízos para a nação.

A exigência de autorização legislativa para a alienação do controle de empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias e controladas constitui importante mecanismo para o Legislativo exercer o controle desses processos desastrosos de desestatização pelo Executivo. Por essa razão, todo e qualquer planejamento voltado a implementação de ações de desestatização (especialmente as privatizações) deve ser prévia e amplamente discutido com o Legislativo e com participação ativa da sociedade, inclusive por meio de audiências públicas, diante do fato de que as estatais são patrimônio da União e conseqüentemente do povo e não deste ou daquele Governo.

Desta forma, torna-se de extrema relevância a aprovação de norma constitucional ou infraconstitucional que estabeleça a necessidade de autorização legal para a venda de empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas, a exemplo dos Projetos de Lei atualmente em estudo na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, cabendo ponderar que uma Proposta de Emenda à Constituição para inclusão de disposição expressa na Constituição Federal (preferencialmente no próprio artigo 37 da Constituição) atenderia com maior amplitude ao requisito exigido pelo STF.

É conveniente lembrar que a exigência de lei para venda de estatais não tem a pretensão de obstar os atos de desestatização, já que a alienação dependerá do que for deliberado pelo Poder Legislativo, caso a caso, observada a tendência predominante do Congresso Nacional (liberal ou social). Porém, a exigência de lei traz o conforto de que a matéria será

amplamente discutida, contando inclusive com a participação popular, evitando assim que o assunto seja resolvido de forma açodada e no âmbito restrito do Executivo ou subordinado a decisões teratológicas do Judiciário.

## REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. Direito administrativo descomplicado. 23. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. 2ª ed. rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- \_\_\_\_\_. Empresa público-privada. *Revista dos Tribunais*. vol. 890. p. 33-68. Dezembro/2009.
- ARANHA, Márcio Iorio. O objeto do estatuto jurídico das estatais e os regimes jurídicos da empresa pública e da sociedade de economia mista. *In* NORONHA, João Otávio de. FRAZÃO, Ana. MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). Estatuto Jurídico das Estatais. Análise da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- AZEVEDO, Erasmo Valladão. FRANÇA, Novaes. Conflito de interesses nas assembleias de S.A. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. Sociedade anônima atual: comentários e anotações às inovações trazidas pela Lei nº 10.303/01 ao texto da Lei nº 6.404/76. São Paulo: Atlas, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- \_\_\_\_\_. Regime jurídico das empresas estatais. *RDA: Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 242, p.89-90, out./dez.2005.
- \_\_\_\_\_. Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. Inocorrência de abuso de poder econômico. *In*: Temas de direito constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 408-409.
- BEMQUERER, Marcos. O Regime Jurídico Das Empresas Estatais Após a Emenda Constitucional Nº 19/1998. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BERCOVICI, Gilberto. A inconstitucionalidade do regime de desinvestimento de ativos das sociedades de economia mista (Decreto n.º 9.188, de 1º de novembro de 2017). *In* Revista de Direito da ADVOCEF – Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal. Ano XIV. v1. nº 28. Porto Alegre: ADVOCEF. Maio/2019. 360p.
- \_\_\_\_\_. A Sociedade de Economia Mista no Brasil entre a Administração Pública e o Mercado. *Revista Brasileira de Pesquisa Jurídica*, Avaré, v.2, n.1, p.225-246, jan./abr. 2021. doi 10.51284/rbpj.02.bercovici.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito societário. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.
- BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Desestatização, Desinvestimento e Mercados. Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (SEST). Boletim das Empresas Estatais Federais. v.12 (jul./set.2019). Brasília: SEST/ME, 2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins/boletim-das-empresas-estatais-federais/arquivos/12a-edicao-boletim-das-empresas-estatais-federais.pdf>> Acesso em: 05.07.2020.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma da administração pública (Cap. 16). *In* Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil. São Paulo, Editora 34, 1996: 269-294. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/96.ReformaDaAdministracaoPublica.pdf>>. Acesso em: 30.06.2022.

\_\_\_\_\_. A reforma gerencial do Estado de 1995. Rio de Janeiro: Revista de Administração Pública (RAP), v. 34, n. 4, Jul./Ago.2000, p. 7-26.

\_\_\_\_\_. O caráter cíclico da intervenção estatal. Revista de Economia Política, v. 9, n.3, jul-set. 1989.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 33ª edição. São Paulo: Atlas, 2019.

\_\_\_\_\_. Manual de Direito Administrativo. 25ª ed. rev., ampl. e atual. até a Lei nº 12.587, de 03.01.2012. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, 4º volume, tomo I: arts. 206 a 242: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. 5ª ed. rev. e. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações das Leis nº 9.457, de 5 de maio de 1997 e nº 10.303, de 31 de outubro de 2001. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 4, t. 1, p. 325-412.

CASSAGNE, Juan Carlos. La intervención administrativa. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 135.

CHIASSONI, Pierluigi; PÁDUA, Thiago Aguiar (Trad.). A filosofia do precedente: reconstrução racional e análise conceitual. Brasília: Universitas Jus, v. 27, n. 1, p. 63-79, 2016.

CONCEIÇÃO, Lucas Henrique Muniz da. Precedente constitucional e constitucionalismo político: estudo comparado do precedente a partir da constituição britânica. Teoria Jurídica Contemporânea, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 214-237, jul./dez. 2016. *In* Superior Tribunal de Justiça. Bibliografias Seleccionadas: Precedentes Judiciais. Secretaria de Documentação, Biblioteca Ministro Oscar Saraiva. Brasília: STJ, Ago/2020. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/146303>>. Acesso em: 27.06.2022.

CORNEAU, Felipe Gonçalves. A privatização da atenção primária à saúde do município de São Paulo no contexto do capitalismo financeirizado: uma discussão crítica. São Paulo: USP, 2016. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6135/tde-01112016-142312/publico/FelipeGoncalvesCorneauREVISADO.pdf>>. Acesso em: 01.07.2022.

CORREA, Domingos Sávio. O movimento de fusões e aquisição de empresas e a privatização e desnacionalização na década de 1990: o caso brasileiro. São Paulo: USP, 2004. Disponível em: <[https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8136/tde-03022011-125934/publico/2004\\_DomingosSavioCorrea.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8136/tde-03022011-125934/publico/2004_DomingosSavioCorrea.pdf)>. Acesso em: 02.07.2022.

COSTA, Vilson Aparecido da. Privatização e reestruturação das telecomunicações no Brasil e seus impactos sobre a criação e destruição do emprego. Ribeirão Preto: USP, 2008. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/96/96131/tde-29012009-110531/publico/VilsonAparecidoCosta.pdf>>. Acesso em: 01.07.2022.

COSTA, Fernando Nogueira da. Brasil dos Bancos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2014.

CRUZ, Valdo; Patú, Gustavo. Socorro ao BB aumenta a dívida pública. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1996/3/21/brasil/24.html>>. Acesso em: 04.05.2022.

DENCZUK, Tatiana; PETRY, Lucas. Precedentes judiciais: uso e evolução no ordenamento jurídico brasileiro. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região,

Curitiba, v. 7, n. 70, p. 133-150, jul. 2018. *In* Superior Tribunal de Justiça. Bibliografias Seleccionadas: Precedentes Judiciais. Secretaria de Documentação, Biblioteca Ministro Oscar Saraiva. Brasília: STJ, Ago/2020. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/146303>>. Acesso em: 27.06.2022.

DIAS, Sérgio Novais. Conceito de Constituição no Mundo Moderno. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, n.3, 1993, p. 136-167.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FERRAZ, Alexandre Sampaio. Privatização e Processo Decisório. Rio de Janeiro: Revista de Ciências Sociais, vol. 52, nº 2, 2009, p. 425-469.

FIDALGO, Carolina Barros. O Estado Empresário. Das sociedades estatais às sociedades privadas com participação minoritária do Estado. São Paulo: Almedina, 2017.

GORDILLO, Agustín. La defensa del usuario y del administrado. Medellín: Editorial Diké; Cali: Universidad Santiago de Cali, 2021, VI-54/250.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. Sociedade de economia mista – nulidade de acordo de acionistas que importa em mudança de seu acionista controlador. Revista de Direito Administrativo. 2001. vol. 222. p. 348-367.

\_\_\_\_\_. Elementos de Direito Econômico. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo/1981.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Licitações nas estatais em face da Emenda Constitucional 19, de 1988. Revista Trimestral de Direito Público. vol. 27. 1999.

GUEDES, Filipe Machado. As Empresas Estatais e o Direito Societário. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, v. 3, 2013, p. 293-315.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 12ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

KAHN, Paul W. Construir el caso: El arte de la jurisprudencia (Daniel Bonilla Maldonado, Trad.). Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Universidad de Palermo e Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2019.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Soberania nacional e ativos estratégicos. Folha de São Paulo, 27 de junho de 2018.

LOESCH, Achim Von. Die öffentlichen Unternehmen Deutschlands. In: KÖNIG, Klaus; SIEDENTOPF, Heinrich (Org.). Öffentliche Verwaltung in Deutschland. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 1999.

MCMILLAN, Jonathan. SERRA, Afonso Celso da Cunha (Trad.). O fim dos bancos: moeda, crédito e a revolução digital. 1ªed. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 36ª ed., atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 31ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_. Natureza essencial das sociedades mistas e empresas públicas. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n.71, p. 111-117, 1984, p. 112.

MENDES, Gilmar. Aspectos constitucionais do regime jurídico das empresas estatais. In NORONHA, João Otávio de. FRAZÃO, Ana. MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). *Estatuto Jurídico das Estatais. Análise da Lei nº 13.303/2016*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito econômico*. 4. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MUKAI, Toshio. *O Direito Administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*. 2ª. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

NEVES, António Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica—I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OCTAVIANI, Alessandro. NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

PÁDUA, Thiago Aguiar de. Breve ensaio sobre o(s) precedente(s) no Direito Comparado. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 24, n. 94, abr./jun. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=240468>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

PAULA, Germano Mendes de; SANTOS JÚNIOR, Walter Luiz dos. Privatização e controle de empresas na França: o caso da siderúrgica Usinor. *Revista de Administração Pública (RAP)*, v. 34, n. 4, Jul./Ago.2000, p. 65-86.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. As sociedades de economia mista e a empresas estatais perante a Constituição de 1988. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 26, n. 102, abr/jun. 1989, p. 49-68. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181939/000445122.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 28.04.2022.

PEREIRA, Tadeu Rabelo. *Regime(s) Jurídico(s) das Empresas Estatais que Exploram Atividade Econômica*. Porto Alegre: Síntese, 2001.

PINTO, Henrique Motta; PINTO JÚNIOR, Mario Engler. *Empresas estatais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

PINTO JUNIOR, Mário Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

PIRES, Beatriz Calero Garriga. As empresas estatais e o controle societário do Estado. *Revista de Direito de Janeiro: Justiça e Cidadania*, ed. 145, set/2012. Disponível em: <<https://www.editorajc.com.br/as-empresas-estatais-e-o-controle-societario-do-estado/>>. Acesso em: 29.05.2021.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Parecer N. 13: Sobre elevação de capitais em virtude de reavaliação do ativo das filiais de sociedades estrangeiras (24 de junho de 1963). In *Dez anos de pareceres*, Rio de Janeiro: Francisco Alves, v.1, 1974, p. 88-100.

\_\_\_\_\_. Parecer N. 28: Sobre monopólio estatal e contratos de importação de petróleo feitos pelas empresas nacionais, antes do ato de monopolização (28 de dezembro de 1963). *In Dez anos de pareceres*, Rio de Janeiro: Francisco Alves, v.1, 1974, p. 282-298.

\_\_\_\_\_. Parecer N. 180: Sobre sociedade por ações, de economia mista, intervenção no domínio econômico, monopólio, incidência da Constituição de 1967, arts. 150, § 1º, 157, § 8º, e 163, §§ 1º e 2º (20 de março de 1969). *In Dez anos de pareceres*, Rio de Janeiro: Francisco Alves, v.7, 1976, p. 65-84.

PUGLIESE, William Soares; PEREIRA, Ricardo dos Reis. Direitos fundamentais na tela da TV: uma análise do televisionamento de tribunais no Brasil. *Fortaleza: Pensar*, v.24, n.2, p.1-12, abr./jun. 2019.

QUEIROZ, João Eduardo Lopes. Principais Aspectos Jurídicos da Privatização. *In CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Coord.)*. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Atlas, 2011, p. 970-1011.

RIBEIRO, Renato Ventura. Direito de Voto nas Sociedades Anônimas. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SAÚTE, Nelson João Pedro. Crônica de uma integração imperfeita. O caso da privatização da gestão dos portos e caminhos de ferro em Moçambique (2000-2005). São Paulo: USP, 2010. Disponível em: < [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-19072010-144441/publico/2010\\_NELSONSAuTE.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-19072010-144441/publico/2010_NELSONSAuTE.pdf)>. Acesso em: 01.07.2022.

SCHIRATO, Vitor Rhein. As empresas estatais no Direito Administrativo Econômico atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

SCHWIND, Rafael Wallbach. O Estado Acionista. Empresas estatais e empresas privadas com participação estatal. São Paulo: Almedina, 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho/ Cláudio Pereira de Souza Neto. Daniel Sarmento. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo da Economia. 3. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro/2003.

STUBER, Walter Douglas. Natureza jurídica da subsidiária de sociedade de economia mista. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 150. p. 18-34. Rio de Janeiro. out-dez/1982.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; PINTO, Henrique Motta. Empresas semiestatais. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. vol. 36. p. 75-99. out-dez/2011.

\_\_\_\_\_. Reforma do Estado e empresas estatais. A participação privada nas empresas estatais. *In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.)*. Direito administrativo econômico, São Paulo: Malheiros, 2006.

TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista Forense*, ano 92, v. 334, p. 18, abr.-jun. 1996.

TAVARES, André Ramos A intervenção do Estado no domínio econômico. *In CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Coord.)*. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Atlas, 2011, p. 225-256.

\_\_\_\_\_. O Direito Administrativo no Estado mínimo. *In CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Coord.)*. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Atlas, 2011, p. 81-98.

TOMAZETTE, Marlon. *Direito Societário*. 2ª ed., atual. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2004.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por Ações*, vol. 1, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza. Precedentes vinculantes e cortes supremas: uma análise crítica. *Teoria Jurídica Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 122-146, jul./dez. 2016. *In* Superior Tribunal de Justiça. *Bibliografias Seleccionadas: Precedentes Judiciais*. Secretaria de Documentação, Biblioteca Ministro Oscar Saraiva. Brasília: STJ, Ago/2020. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/146303>>. Acesso em: 27.06.2022.