

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**SOBERANIA E DESENVOLVIMENTO:
UMA ANÁLISE SOBRE OS INTERESSES PÚBLICOS E PRIVADOS NO
SETOR ENERGÉTICO**

JULIA NOVAES BARKER

RIO DE JANEIRO
2019 / 2º Semestre

JULIA NOVAES BARKER

**SOBERANIA E DESENVOLVIMENTO:
UMA ANÁLISE SOBRE OS INTERESSES PÚBLICOS E PRIVADOS NO
SETOR ENERGÉTICO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Ms. Daniel Capecchi Nunes**.

RIO DE JANEIRO

2019 / 2º Semestre

CIP - Catalogação na Publicação

B255s Barker, Julia Novaes
Soberania e Desenvolvimento: uma análise sobre os interesses públicos e privados no setor energético / Julia Novaes Barker. -- Rio de Janeiro, 2019.
78 f.

Orientador: Daniel Capecchi Nunes.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. Soberania. 2. Desenvolvimento. 3. Direito administrativo. 4. Interesse público. 5. Setor energético. I. Nunes, Daniel Capecchi, orient. II. Título.

JULIA NOVAES BARKER

**SOBERANIA E DESENVOLVIMENTO:
UMA ANÁLISE SOBRE OS INTERESSES PÚBLICOS E PRIVADOS NO
SETOR ENERGÉTICO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Ms. Daniel Capecchi Nunes**.

Data da aprovação: ____ / ____ / ____ .

Banca Examinadora:

Orientador Prof. Ms. Daniel Capecchi Nunes

Professor(a)

Professor(a)

RIO DE JANEIRO
2019 / 2º Semestre

AGRADECIMENTOS

Ao ingressar no Curso de Direito soube que, apesar da distância de casa, uma nova fase se iniciava. Agradeço, portanto, aos meus pais, Fausto e Fernanda, por sempre incentivarem meu estudo em uma universidade pública, crítica e de qualidade, como a minha Alma Mater, a Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, a qual sou igualmente grata.

A Universidade consolidou os valores que me foram transmitidos em casa, tais quais cidadania, empatia e a importância da luta contra as desigualdades sociais. A experiência universitária foi enriquecedora, principalmente, porque ao meu lado fui cercada de pessoas incríveis, que foram casa quando a minha parecia distante demais. Assim, agradeço especialmente aos meus meninos, Igor e Sávio, pelo apoio incansável e amor imensurável. À parceira de sempre, Bárbara, e aos meus amores paulistanos Joana, Gabriel e Felipe, que se fizeram presentes em todos os momentos importantes.

O Direito Público, por sua vez, foi a materialização da paixão pelo curso, por estabelecer uma relação direta com o texto constitucional, sendo o instrumento para a manutenção do estado democrático de direito e para viabilizar a prestação de serviços públicos essenciais para a sociedade. Nesse sentido, agradeço à equipe de regulatório do Stocche Forbes, Mariana Saragoça, Guilherme Nunes, Ana Stein e Victor Nogueira, que me acolheram ainda no início da faculdade e foram essenciais para o meu engrandecimento pessoal e profissional nos últimos três anos e meio. Um agradecimento especial também aos meus amigos e colegas do escritório, em particular aos membros da baia, por compartilharem dos desafios e contentamentos envolvidos nessa jornada, sempre com muito humor e afeto.

Anseio, agora, pela continuidade do estudo e do aperfeiçoamento profissional, inspirada por todo os mestres que compõem o corpo docente da Faculdade Nacional de Direito. E, se para Carlos Drummond de Andrade, "amor é o que se aprende no limite", posso dizer que, com a ilusão de amar o Direito no recém-ingresso à vida acadêmica, aprendi, então, com a conclusão, a amar o Direito como instrumento de transformação.

“É a partir do conceito de desenvolvimento que se pode afirmar que o homem é um elemento de transformação, agindo tanto sobre o contexto social e ecológico como sobre si mesmo. Uma vez o equilíbrio dinâmico atingido, o homem avança no sentido de realizar suas potencialidades. A reflexão sobre o desenvolvimento traz em si mesma uma teoria do ser humano, uma antropologia filosófica. Somente uma sociedade aberta – democrática e pluralista – é apta para um verdadeiro desenvolvimento social”.

(Celso Furtado)

RESUMO

O presente trabalho busca uma reflexão acerca do papel do Estado nos setores estratégicos, em especial no setor energético. Nesse sentido, o estudo debruça-se sobre os recentes conflitos constitucionais fomentados pela promoção de sucessivas alterações no panorama legal quanto à alienação de ativos públicos. Para tanto, o estudo, ao remontar os conceitos de soberania e desenvolvimento, visa dissecar a relação entre a conjuntura política e os impasses envolvendo os interesses públicos e privados no Brasil. Desta forma, é realizada uma análise dos contornos da regulamentação jurídica das estatais, tratando não só da sua determinação jurídica - especialmente constitucional - como também da evidente importância da atuação destas empresas enquanto ferramenta de política econômica e social, com a possibilidade de mitigação da “racionalidade econômica”. Busca-se, assim, destrinchar os processos de desinvestimento, desestatização e privatização realizados nos últimos anos, questionando os instrumentos jurídicos utilizados para viabilizar a alienação de ativos do setor energético, que, ao arremesso da Constituição Federal, podem descaracterizar companhias como a Eletrobras e a Petrobras. Com a exposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5624 que enfrenta o arcabouço jurídico, o presente trabalho suscita, então, a reflexão acerca dos dilemas relacionados ao interesse público, à soberania nacional e ao desenvolvimento interno do país.

Palavras Chave: soberania; desenvolvimento; energia; privatização; constitucionalidade; interesse público.

ABSTRACT

The present work seeks a reflection on the role of the State in strategic sectors, especially in the energy sector. Accordingly, the study focuses on recent constitutional conflicts fostered by the promotion of successive changes in the legal landscape regarding the divestiture of public assets. By reassembling the concepts of sovereignty and development, this work aims to dissect the relationship between the political conjecture and the constraints involving public and private interests in Brazil. Thus, an analysis of the contours of the legal framework of state-run companies is conducted, not only encompassing its legal grounds - especially constitutional - but also the evident importance of the performance of these companies - beyond the "economic rationality" - as tools of economic and social policies. Therefore, this study seeks to scrutinize the processes of disinvestment, divestments and privatization carried out in Brazil in recent years, questioning the legal instruments used to enable the disposal of assets of the energy sector, which, in defiance of the Brazilian Federal Constitution, can mischaracterize companies such as Eletrobras and Petrobras. By means of a comprehensive analysis of the Supreme Court Lawsuit (“*Ação Direta de Inconstitucionalidade*”) No. 5,624, that addresses the legal framework of divestiture of state-run companies, the present work draws upon reflections on dilemmas related to public interest, national sovereignty and internal development.

Keywords: Sovereignty; Development; Energy; Privatization; Constitutionality; Public Interest.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. A IMPORTÂNCIA ESTRATÉGICA DO SETOR ENERGÉTICO	12
1.1. Análise Histórica da atuação do Estado	12
1.2. A política de privatização dos ativos públicos e Estado Regulador	21
1.3. Soberania e Desenvolvimento: interpretação de conceitos indeterminados	25
2. O CONTEÚDO JURÍDICO DE INTERESSE PÚBLICO	30
2.1. Interesse público e os direitos fundamentais	34
2.2. A Constituição de 1988 e a Teoria da Constituição Dirigente	36
3. REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DAS ESTATAIS E O DEBATE CONSTITUCIONAL	39
3.1. Possibilidade de alienação de ativos na Lei nº 13.303/2016	41
3.2. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.624	43
4. TENDÊNCIAS ATUAIS DO SETOR ENERGÉTICO: PRIVATIZAÇÃO E DESNACIONALIZAÇÃO	50
4.1. O Programa de Parcerias de Investimentos – PPI	50
4.2. Setor elétrico: o caso ELETROBRAS	54
4.3. Setor de Óleo e Gás: o desinvestimento da PETROBRAS	57
4.3.1 Breves notas sobre o caso TAG e a Reclamação Constitucional nº 33.292	66
CONCLUSÃO	70
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	74

INTRODUÇÃO

O estudo tem por objetivo apresentar uma análise crítica acerca das disputas envolvendo os interesses públicos e privados no setor energético, dissecando os recentes instrumentos jurídicos que autorizam operações de desinvestimento e privatização dos ativos públicos, tal qual suas contradições constitucionais e motivações políticas.

Para desempenhar estas tarefas, o estudo foi dividido em quatro partes. O primeiro capítulo narra, em síntese, a importância estratégica do setor energético para a economia do país, interseccionando a análise com a interpretação dos conceitos indeterminados de soberania e desenvolvimento.

Nesse sentido, é realizada, então, uma retomada histórica do papel do Estado ao longo das últimas décadas, a fim de demonstrar como os programas e investimentos em infraestrutura estão intrinsecamente relacionados com os processos políticos e econômicos, que constituem causa e consequência das alterações legislativas vividas pelo setor. Remonta-se o papel do Estado, apontando as críticas e razões fundamentais para a maior ou menor participação deste ao longo do período traçado. Adicionalmente, para a melhor compreensão do momento em que vive o país, o capítulo aborda o conceito de Estado Regulador e a diferenciação teórica entre os termos privatização, desestatização e desinvestimento, que estão no centro dos debates.

O segundo capítulo busca retomar a construção doutrinária do conceito de “interesse público” e analisá-lo sob a égide Constituição Federal de 1988, demonstrando seu caráter dirigente e sua densidade normativa, que implica em uma atuação positiva e proativa do Estado para o cumprimento de determinadas tarefas. Desta forma, pretende-se identificar o conteúdo jurídico do “interesse público”, que não é só conceito estruturante da atuação empresarial do Estado, como também é o próprio parâmetro de atuação da Administração Pública. Isto é, partindo da premissa de que o “interesse público” seria oponível aos “interesses privados”, busca-se abordar os dilemas e diferentes visões existentes na doutrina brasileira sobre quais deveriam ser os nortes da Administração Pública.

Por conseguinte, o terceiro capítulo objetiva pormenorizar a regulamentação jurídica das Estatais e, para tanto, serão analisados os dispositivos da chamada Lei das Estatais, outorgada por meio da Lei 13.303/2016¹. O texto legal representa importante marco jurídico na regulação da exploração direta de atividade econômica pelo Estado, uma vez que instituiu o estatuto jurídico das empresas públicas, de sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, regulamentando, portanto, o artigo 22, XXVII e o artigo 173, §1º, III, da Constituição Federal. Ainda no terceiro capítulo será problematizada a pretensão do governo de regulamentar a dispensa de licitação prevista no artigo 29, inciso XVIII, do Estatuto Jurídico das Estatais, por meio da publicação do Decreto nº 9.188/2017, ato que estabeleceu regime especial de desinvestimento de ativos das sociedades de economia mista no âmbito da Administração Pública.

O decreto incitou uma importante reflexão quanto à constitucionalidade e possibilidade de um regime especial de contratação, excepcional e labiríntico à norma geral de licitações. Além do mais, buscando aprofundar o debate, o capítulo apresenta uma análise pormenorizada do julgamento e dos efeitos colaterais da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.624, no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), que arguiu a inconstitucionalidade de diversos dispositivos da lei e do decreto supracitados. Em suma, a ação discute a exigibilidade ou não de que a venda de ações de empresas públicas, sociedades de economia mista, ou de suas subsidiárias e controladas, exige autorização legislativa e processo licitatório, sempre que a operação importe na alienação do controle acionário.

No quarto capítulo serão apresentadas as tendências atuais do setor energético, à saber: privatização e desnacionalização. Remontam-se, aqui, as principais decisões políticas tomadas, após a destituição da presidente Dilma, bem como as consequências dos programas implementados durante a gestão de Michel Temer e aprofundados pelo governo Bolsonaro, referentes à alienação de ativos públicos. Busca-se, neste tópico, pormenorizar as motivações, os procedimentos utilizados e as consequências das recentes operações de desinvestimento e privatização no setor energético, evidenciando o desmonte do Estado e o eventual início de uma nova fase de dependência do capital estrangeiro.

¹ BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 8 de julho de 2016.

1. A IMPORTÂNCIA ESTRATÉGICA DO SETOR ENERGÉTICO

1.1. Análise histórica da atuação do Estado

Antes de se debruçar sobre a análise histórica da atuação do Estado no setor energético, cumpre esclarecer algumas premissas. A primeira é a de que a Constituição Federal em seu artigo 174 estabelece que o Estado é competente para fiscalizar, incentivar e planejar a atividade econômica, atuando como agente normativo e fiscalizador.

As empresas privadas, portanto, não sofrem intervenção direta, de outro modo, as empresas públicas são regidas pela atuação estatal de forma direta, isto é, tem como fator determinante e imprescindível, garantir o interesse coletivo e a segurança nacional. Nesse aspecto, no título VII, da Ordem Econômica e Financeira, no capítulo I, dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, preceitua o caput do artigo 173, CF/88:

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.²

Em suma, segundo Eccard³, a intervenção por parte do Estado na economia é ato ou medida legal que restringe e condiciona a atuação da iniciativa privada em determinada área, visando o desenvolvimento nacional e a justiça social, assegurados os direitos e garantias individuais, previstos na Carta da República de 1988. Desse modo, o Estado passou a atuar no setor econômico em prol da justiça social como empresário, tendo como fim desenvolver determinados setores tidos como estratégicos para o desenvolvimento nacional, como o caso do setor energético, que abrange não só o ramo de óleo e gás, como também o setor elétrico.

A segunda premissa, relevante para a análise em tela, é a de que a produção direta de bens e serviços, é uma dentre outras formas do Estado de intervir na economia e isso se deve,

² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

³ ECCARD, Frederico. A importância da Eletrobras para o desenvolvimento do Setor Elétrico Brasileiro. **Monografias Premiadas: Eletrobras 50 anos**, Rio de Janeiro, p. 11-44, outubro de 2012. p.11.

dentre outras razões, pelo fato de o Estado ter objetivos sociais amparados na Constituição Federal de 1988, enquanto que as empresas privadas visam objetivos outros que não os fins sociais estatais. Muitas são as razões que levam o Estado a investir em infraestrutura e serviços públicos, seja pelo desinteresse privado em desenvolver a área em determinadas regiões de menor retorno econômico, seja para garantir menor dependência dos investimentos estrangeiros no país, operando em função da soberania nacional e relevância estratégica do setor.

Cabe, assim, uma retomada histórica do setor energético, com o objetivo de demonstrar os caminhos traçados desde seu início e a importância para o desenvolvimento nacional. Alexandre Macchione Saes⁴ relata que em meados do século XIX foi construída no Brasil a primeira usina de geração de energia elétrica de porte comercial, de origem canadense, daquela empresa que viria a se tornar a LIGHT.

Em panorama geral, no ano de 1907, destaca-se que 73% da energia era a vapor, sendo apenas 5% elétrica, enquanto que anos mais tarde, em 1920, 47,2% era elétrica e 36,2% era a vapor. Desse modo, destaca-se também que uma das razões para a mudança na porcentagem no uso de energia elétrica foi, durante a Segunda Guerra Mundial, o aumento no valor do carvão inglês, do qual o Brasil era importador.

A Grã-Bretanha era o principal investidor estrangeiro no país e assim permaneceu até a década de 30, quando os Estados Unidos, no pós-Guerra, tornaram-se o principal investidor. Nesse período, a participação de empresas estrangeiras responsáveis pela prestação de serviços públicos, se comparado ao total de investimentos externos, ainda chegava a 50%, passando para 47% em 1940, em 1952 para 15% e em 1992 para 2,4%.

No tocante ao papel do Estado no setor elétrico, destaca-se sua fundamental determinação no papel da industrialização brasileira. A expansão da oferta de energia elétrica proporcionou aos industriais maiores condições de investimentos e, ao longo das décadas de 1900 e 1910, a substituição do vapor pela energia hidrelétrica foi a tônica de grande parte das

⁴ SAES, Flávio Azevedo Marques de; SAES, Alexandre Macchione. **História econômica geral**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 8 e 9.

indústrias de São Paulo e Rio de Janeiro, onde inicialmente se desenvolveram de maneira mais forte os primeiros polos de geração e distribuição de energia elétrica⁵.

Afinal, a chegada da empresa canadense LIGHT nessas regiões foi decisiva para expansão do potencial elétrico dos dois maiores centros industriais brasileiros, ampliando então, ainda mais a concentração industrial do país. Ao se inserir no mercado nacional, a canadense esmagou as pequenas empresas nacionais, absorvendo-as ou eliminando-as, e com boas conexões políticas e vultoso capital estrangeiro para investimento, a canadense monopolizou o mercado do setor energético brasileiro. Contudo, na década de 1930, o governo federal fez mudanças drásticas como a edição do Código de Águas, formalizada pelo Decreto 24.643/34, pelo qual Getúlio Vargas outorgou concessão à política estrangeira⁶.

O Decreto 5.407, de 27 de dezembro de 1904 previa, por exemplo, que o período de concessão, de 90 anos, passaria a ser de 30 anos. O Código de Águas foi a primeira legislação abrangente sobre energia no Brasil. Criou um mecanismo de supervisão das concessionárias, e procurou assegurar serviços adequados e tarifas justas, que seriam fixadas a partir dos custos operacionais, baseados no custo de capital histórico e com uma taxa de retorno de 10%⁷. E nas palavras de Helena Lorenzo:

O Código de Águas constituiu um dos principais marcos institucionais no setor de energia elétrica. Ao regulamentar sobre a propriedade das águas e sua utilização, dispor sobre a outorga das autorizações e concessões para exploração dos serviços de energia elétrica e, inclusive, sobre o critério de determinação das tarifas desses serviços públicos e a competência dos Estados na execução do próprio Código, o Código de Águas trouxe mudanças fundamentais na legislação sobre o aproveitamento de recursos hídricos.⁸

Na década de 50, com ênfase na industrialização do setor energético crendo na política de estatização, o setor privado ficou responsável, tão somente, pela distribuição de energia. Em 1953 é criado o Fundo Federal de Eletrificação com o objetivo de aquecer a economia

⁵ ECCARD, Frederico. Op., cit., p. 17.

⁶ LORENZO, Helena Carvalho de. O setor elétrico brasileiro: passado e futuro. **Perspectivas: Revista de Ciências Sociais**, v. 24/25, p. 147-170, 2001/2002. p. 152.

⁷ BAER, Werner; MCDONALD, Curt. Um retorno ao passado? A privatização de empresas de serviços públicos no Brasil: o caso do setor de energia elétrica. **PLANEJAMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS - PPP**, IPEA n. 16, p. 5-38, 1997. p. 14 e 15.

⁸ LORENZO, Helena Carvalho de. Op., cit., p. 150.

nacional no setor de energia elétrica, financiando investimentos com o apoio do recém-criado Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE)⁹.

Quando do início da produção de energia no Brasil, a Light e Amforp, duas empresas estrangeiras, dominavam todo o mercado nacional de energia elétrica e, não por outra razão, a criação da Eletrobras encontrou grandes complexidades, pois surgiu para desenvolver um setor já existente e de interesse de muitos à época. Por isso, o projeto de criação da Eletrobras, apesar de proposto em 1954, pelo então presidente Getúlio Vargas, somente foi aprovado em 1961.

Ressalte-se que para além dos interesses privados contrários a criação da estatal, até mesmo o BNDE foi contrário à criação da Eletrobras, pois assim que a estatal fosse criada o banco perderia a gestão do Fundo Federal de Eletrificação, que passaria então a ser administrado pela estatal. Muito embora o processo tenha sido complexo:

Nos primeiros anos de existência, a Eletrobrás expandiu a sua atuação apoiada na estratégia do governo militar de centralizar no âmbito federal as principais decisões econômicas e de aumentar o poder das empresas estatais, dando maior autonomia institucional e financeira para que elas implantassem as suas estratégias de desenvolvimento. Em pouco tempo ela já se tornara o principal agente do setor elétrico brasileiro, sendo responsável pelo planejamento, financiamento, operação e coordenação, *holding* das subsidiárias regionais e realizadora de diversos serviços era da Eletrobrás a responsabilidade de executar a política federal para o setor elétrico.¹⁰

Para a criação da Eletrobras foi criada uma comissão, responsável por elaborar soluções aos problemas de infraestrutura presentes no país à época e dessa comissão resultaram 4 projetos: a criação do Imposto Único sobre Energia Elétrica (IUEE), o planejamento do setor elétrico, com o Plano Nacional de Eletrificação (PNE), a distribuição da parcela do Imposto Único entre as três esferas do executivo e a criação da Eletrobras.

Desde o momento de sua criação, a estatal "nascia" com a estrutura de uma *holding* do setor elétrico com vias a administrar e organizar o planejamento das empresas de propriedade do governo federal, arrecadando e aplicando os recursos junto ao Fundo Federal de

⁹ Atualmente denominado Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social.

¹⁰ ECCARD, Frederico. Op., cit., p.12 e 13.

Eletrificação. Nesse sentido, a Eletrobras teve papel fundamental para a estruturação de um sistema organizado e que objetivava a ampliação do acesso à energia elétrica.

A *holding*, criada em 1961, passou a ser controladora de diversas empresas federais do setor elétrico, tais como: Furnas, Companhia Hidroelétrica do São Francisco (CHESF), Hidrelétrica do Vale do Paraíba (CHEVAP). O grande sucesso do Fundo Federal de Eletrificação foi responsável por 60% do investimento ocorrido no setor nesse período, quando a capacidade de geração de energia no país duplicou.

Dessa forma, “a criação da estatal, mais do que um ponto de partida, é fruto de um longo processo de negociação, que ocorre em paralelo ao fortalecimento do poder central”¹¹. Com a criação da Eletrobras, o objetivo do Estado era assumir a liderança no desenvolvimento do setor elétrico no país, de modo a não deixar de fora o capital privado, diferentemente do ocorrido com outra grande estatal, a Petrobras, que detinha um monopólio de grande parte das atividades do setor petrolífero, como será analisado a frente.

A Eletrobras permitiu, então, um caminho natural ao setor privado, ao possibilitar que este estivesse cada vez mais presente na área de distribuição, deixando, por ora, como função da estatal, a geração e a transmissão da energia elétrica. Uma das razões pela qual a estatal ficou responsável por esses setores, foi a de que, em se tratando de Brasil, devemos levar em consideração a extensão territorial e a dispersão de recursos. Ao assumir o planejamento do setor de energia elétrica, a função principal da Eletrobras foi sistematizar institucionalmente o desenvolvimento do setor, fazendo com que todo o país, ao se falar em energia, “falasse a mesma língua”, permitindo uma concreta expansão.

Ao longo dos anos que se sucederam, verificou-se um alto empenho do governo para desenvolver com responsabilidade o setor, podendo-se citar o consórcio contratado pela União com o Banco Mundial para que fossem realizados estudos sobre o real potencial hidrelétrico e de mercado da região sudeste brasileira¹².

¹¹ PINTO JUNIOR, Helder Queiroz (Org.). **Economia da energia**: Fundamentos econômicos, evolução histórica e organização industrial. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 210.

¹² ECCARD, Frederico. Op., cit., p. 15.

Outra importante contribuição, por parte da estatal, que gerou grande impacto em todo o setor elétrico nacional, foi o início das negociações com o governo paraguaio para a criação da usina de Itaipu. Desse modo, a Eletrobras concretizava seu papel de cuidar da execução e do planejamento da política elétrica nacional, expandindo e operando o sistema, além promover a articulação junto às indústrias privadas.

Em 1970 foi firmado o acordo de cooperação entre a estatal brasileira e a Paraguaia, *Administración Nacional de Eletrecidad* (Ande), mas somente em 1973 foi assinado o Tratado de Itaipu que definia a criação de uma empresa binacional responsável pela construção e operação da nova usina geradora. Assim, evidencia-se a efetividade da estatal em cumprir seu papel na expansão do setor elétrico. A estatal e suas empresas controladas, além de mostrarem seu alto desempenho em gerir o setor elétrico, efetivaram políticas de qualificação profissional, com grande geração de empregos, pois por recomendação governamental, a estatal chegou a criar um fundo tecnológico para investir em formação profissional de técnicos para o setor elétrico¹³.

Muitos outros foram os feitos da estatal na década de 70, como a criação do Departamento de Eletrificação Rural, a fim de, por meio da agricultura e da pecuária, tornar possível o desenvolvimento nessas regiões mais afastadas dos centros urbanos, sendo todos os investimentos custeados com os recursos da Eletrobras e de suas próprias distribuidoras. Podemos citar também a criação o Centro de Pesquisas de Energia Elétrica (CEPEL) e, nesse sentido, afirma Eccard:

A criação do Cepel como mais um “braço” da Eletrobras mostra a preocupação do governo e da *holding* com o desenvolvimento geral do setor elétrico brasileiro. Além de promover o treinamento da mão de obra do setor por meio de programas de capacitação e convênios com universidades, a Eletrobras agora dava suporte científico e tecnológico às empresas geradoras, transmissoras e distribuidoras de energia elétrica, bem como aos fabricantes de equipamentos e às empresas prestadoras de serviços de engenharia.¹⁴

Ainda em 1963, a empresa AMFORP vende suas instalações ao Brasil por cerca de US\$ 135 milhões, sinal de que o plano governamental de impulsionar o setor energético pelo

¹³ Ibid., p. 22 e 23.

¹⁴ Ibid., p. 27.

próprio Estado estava em pleno funcionamento e gozando de bons resultados. Em 1979 o grupo LIGHT também foi adquirido pelo Estado.

Paralelamente, é de suma importância, além do setor de energia elétrica, compreender a história do desenvolvimento do setor de óleo e gás no Brasil. Isso porque, em conjunto, as duas esferas de atuação podem ser entendidas como “setor energético”.

Peça fundamental para a soberania energética brasileira foi a fundação da Petrobras em 1953 pelo Estado brasileiro, com objetivo de administrar as atividades econômicas do ramo. A sua criação está inserida no contexto da Segunda Guerra Mundial e da disputa pelo domínio geopolítico, pois foi durante a primeira gestão de Getúlio Vargas que a atividade passou a ser explorada. À época os governos viam a necessidade de aumento dos investimentos na indústria nacional, principalmente em setores estratégicos, como o petrolífero.

Foi a Constituição de 1937 que inaugurou de forma homogênea as regras para a exploração das jazidas em território nacional e em 1938 era criado o Conselho Nacional do Petróleo - CNP¹⁵. Anteriormente aos textos legais, a atividade petroquímica ainda estava se desenvolvendo, uma das razões para a criação da Comissão Geológica do Império, em 1874, inspirada no órgão estadunidense *Geological Survey*. A comissão funcionou até o ano de 1987 realizando expedições e estudos, principalmente na região norte e nordeste, para construir um mapa geológico do Brasil.

Os outros países da América Latina também voltavam suas atenções para o setor petroquímico e em 1907 foi criado o Serviço Geológico e Mineralógico – SGM, vinculado ao Ministério da Agricultura, responsável pelo estudos, regulamentação e atuação na indústria da produção de minérios. A exploração do petróleo apenas ocorreu de fato a partir do ano 1918, quando foram iniciadas as perfurações experimentais em território brasileiro.

Posteriormente, o SGM foi extinto e suas funções foram transferidas para o Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM, quando foi criado, em 1934, continuando a existir até então. Em 1939, foi descoberto na Bahia o primeiro poço de petróleo

¹⁵ Através do Decreto-Lei 395, de 29 de abril de 1938.

que, já sob jurisdição do CNP, em 1941, tornou-se o primeiro campo a produzir petróleo no Brasil¹⁶.

Simultaneamente à criação do CNP, o governo Vargas implementou o Decreto-Lei nº 3.236, conhecido como Código do Petróleo. Esse novo decreto determinava o domínio exclusivo da União sobre as jazidas encontradas. O decreto também dispunha que a exploração, sob o controle do Estado, ficaria restrita a brasileiros. O órgão foi o único responsável pela atividade de petróleo e gás natural até 1953, com a criação da Petrobrás.

Após criada, a empresa incorporou funções do CNP, com o conselho ficando responsável apenas pela fiscalização do setor. Foram enfrentados obstáculos logísticos e econômicos para que a Petrobrás se consolidasse no modelo monopolista. Por conta disso, nos primeiros anos de atividade a Petrobrás priorizou a diminuição de sua dependência externa e para tanto a empresa necessitou desenvolver um plano de nacionalização da cadeia produtiva.

No contexto dos anos 1960, o CNP é incorporado ao Ministério de Minas e Energia e a Petrobrás desponta como vértice da política de energia e produção de petróleo. A inserção no Plano de Metas do Governo Kubitscheck objetivava a ampliação da produção de barris para 100 mil por dia e a continuidade da substituição das importações. No mesmo período foi criada pelos países produtores a Organização dos Países Produtores de Petróleo – OPEP com o objetivo de reorganizar o domínio e o controle sobre as atividades do setor.

Com a ditadura militar a Petrobrás assumiu a função de empresa estratégica para o desenvolvimento nacional. O que prosseguiu foi o crescimento exponencial do setor de exploração de petróleo, pela empresa, e conseqüentemente o aceleração do processo de industrialização do país. Porém, esse ciclo foi afetado pelas crises do petróleo.

A crescente demanda por petróleo e seus derivados, concomitante ao acentuado aumento de preço, resultado da disputa entre países produtores, influenciou o governo brasileiro a adotar medidas de expansão da atividade. Assim foi criada a Braspetro com o

¹⁶ DIAS, José Luciano de Mattos; QUAGLINO, Maria Ana. **A questão do petróleo no Brasil**: uma história da PETROBRAS. Rio de Janeiro: CPDOC PETROBRAS, 1993. p 49.

objetivo de identificar novos campos de petróleo, desenvolver a tecnologia de extração e especializar a sua cadeia produtiva. Visava-se o aperfeiçoamento e o aumento da competitividade da indústria brasileira de óleo cru e de combustíveis.

As medidas refletiram no crescimento do PIB no início dos anos 1970, época do “milagre econômico”, beneficiando a Petrobras, que passava a concentrar suas atividades no desenvolvimento tecnológico e pesquisa. Buscava-se inovação das técnicas de extração e transporte, com equipamentos e recursos nacionais, e isso foi tornando a empresa em uma entidade competente e altamente competitiva no mercado internacional.

Esse ciclo virtuoso foi encerrado com o Primeiro Choque do Petróleo, muito por conta dos gargalos e limites da política econômica, originando o II PND. Uma das metas do plano era a de diminuição da dependência de petróleo estrangeiro por meio de mais investimentos em pesquisa e na nacionalização da cadeia produtiva. Assim mesmo, em 1975 o governo permitiu que a Petrobras passasse a realizar contratos de risco com outras empresas, considerando as vantagens econômicas advindas do aumento do preço do barril.

A década seguinte, após as duas crises do petróleo, é marcada pela busca de fontes de energia alternativas ao petróleo e pelo surgimento da política neoliberal. À época, a British Petroleum – BP foi aberta ao mercado. A privatização é efeito tanto da autonomia alcançada pela BP quanto da política de liberalização dos mercados europeus. O mesmo ocorreu nos anos seguintes com outras petrolíferas estatais¹⁷. As privatizações promovidas pelo insurgente neoliberalismo e seu sucesso para as diretrizes do mercado influenciou diretamente nas mudanças observadas na década de 1990 nos países da América Latina.

Em oposição ao movimento do mercado internacional, a redemocratização e a CF88 estabeleceram o monopólio constitucional do Estado sobre a exploração e transporte de petróleo e gás. As garantias presentes na lei 2.004, de 1953, e na Constituição de 1967 foram inseridas no novo texto constitucional.

¹⁷ Ibid., p. 68.

Em suma, o setor energético no Brasil, de óleo e gás e elétrico, teve na origem investimentos advindos de capital estrangeiro, mas com o passar dos anos, com políticas e planejamentos econômicos emanados dos poderes Legislativo e Executivo, alcançou um período de propriedade estatal exclusiva com investimentos nacionais, onde anos mais tarde é possível alegar que houve um retorno ao passado, ao menos em algumas características¹⁸.

1.2. A política de privatização dos ativos públicos e Estado Regulador

Na década de 1980, o quadro de crise econômica afetou em grande parte o setor energético. A conjuntura favoreceu a crescente percepção de ineficiência do setor público e, conseqüentemente, a condução das primeiras medidas de desestatização do setor elétrico. Já na década de 1990 é realizada a Reforma do Estado com o objetivo de promover a implantação do modelo do Estado Regulador no Brasil. Marçal Justen, conceitua regulação estatal como sendo:

Opção preferencial do Estado pela intervenção indireta, puramente normativa. Revela a concepção de que a solução política mais adequada para obter os fins buscados consiste não no exercício direto e imediato pelo Estado de todas as atividades de interesse público. O Estado regulador reserva para si o desempenho material e direto de algumas atividades essenciais e concentra seus esforços em produzir um conjunto de normas e decisões que influenciem o funcionamento das instituições estatais e não estatais, orientando-as em direção de objetivos eleitos.¹⁹

Em síntese, a reformulação do papel regulador do Estado pode ser entendida como a redução da prestação direta de atividades de interesse coletivo, passando a lançar mão das agências reguladoras, autarquias independentes. Bresser Pereira aponta que esta nova forma de atuação estatal é acompanhada.

Delimitação de sua abrangência institucional e os processos de redução do tamanho do Estado, a demarcação de seu papel regulador e os processos de desregulamentação, o aumento de sua capacidade de governança, e o aumento de sua governabilidade.²⁰

¹⁸ BAER, Werner; MCDONALD, Curt. Um retorno ao passado? A privatização de empresas de serviços públicos no Brasil: o caso do setor de energia elétrica. **PLANEJAMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS - PPP**, n. 16, p. 5-38, agosto de 1997. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/113>>. Acesso em agosto de 2019. p.14 e 15.

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 115.

²⁰ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **A Reforma do estado dos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. (Cadernos MARE da reforma do estado, v. 1). p. 8.

Nessa linha, as agências reguladoras surgem para dirimir os conflitos entre os agentes do mercado e promover a fiscalização para garantir a concorrência nos setores. Isto é, trata-se não só de uma atuação indireta do Estado, mas também de uma competência de planejamento, regulamentação, fiscalização e atuação dos agentes privados, garantindo os objetivos de interesse coletivo tutelados pelo Direito.

No entendimento de Floriano de Azevedo²¹ a intervenção indireta, assim como a direta, deve motivar a atividade estatal por meio de suas competências de condicionar, restringir, normatizar ou incentivar a atividade econômica, mas de maneira a assegurar o equilíbrio econômico interno e perseguir a consagração de políticas públicas, sanando suas hipossuficiências.

Nesse sentido, o governo Collor (1990-1992) publicou a Lei nº 8.018/1990 a qual criava a emissão de Certificados de Privatização, visando dar condições para a realização da agenda de privatizações. Logo após, foi sancionada a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, que determinou a criação do Programa Nacional de Desestatização – PND, objetivando, fundamentalmente, resultados econômicos em conjunto à preocupação da inserção do país nos mercados internacionais. A lei dispôs pela primeira vez acerca do termo privatização no sentido estrito, da alienação de ativos²². O governo inseriu no PND trinta e duas empresas, incluindo os setores siderúrgico, petroquímico e de fertilizantes.

Posteriormente, governo FHC (1995-2002) regulamentou o artigo 175 da Constituição, com a publicação da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, chamada de "Lei Geral de Concessões". A lei dispunha acerca das regras pelas quais o Estado poderia delegar serviços públicos à iniciativa privada, e foi posteriormente suplementada pelos dispositivos da Lei nº 9.074/1995, regulamentadora da outorga de concessões, permissões e autorizações de exploração dos serviços e instalações de energia elétrica.

²¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Funções Administrativas do Estado**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2014. p. 404-508. (Tratado de Direito Administrativo, volume 4).

²² A mesma lei conferiu tratamento diferenciado às participações da Petrobras, mantendo o regramento presente na Lei nº 2004/1953.

Também em 1995, o Sistema Eletrobras foi incluído no PND, por meio do Decreto nº 1.503, de 15 de maio de 1995, inaugurando nova fase do setor de energia elétrica brasileiro em consonância com a política de privatização do Governo Federal. Neste período, verificou-se a proeminência do setor elétrico no programa de desestatizações, uma vez que no período entre 1995-2000, 76% dos recursos qualificados no PND foram oriundos deste segmento.

A primeira privatização do setor elétrico ocorreu com a venda de 51% das ações da Escelsa, subsidiária da Eletrobras no estado do Espírito Santo, em 11 de julho de 1995. Foi seguida da privatização da LIGHT, para o consórcio constituído pela empresa estatal francesa Electricité de France – EDF e pelas norte-americanas Houston Power Industries e AES Corporation. É possível citar, ainda, a alienação da Companhia de Eletricidade do Rio de Janeiro – CERJ, e da Companhia de Eletricidade da Bahia – COELBA.

Com a venda dos quatro ativos supracitados, a proporção do mercado de eletricidade nas mãos do setor privado subiu de 2%, em janeiro de 1995, para 20%, em agosto de 1997. Destaque-se, no mesmo ano, a criação do órgão regulador do setor de energia elétrica sob a denominação de Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.

Na mesma tônica, o congresso possibilitou que em 1995 fosse quebrado o monopólio da Petrobras e em 1997 o monopólio da atividade petrolífera, com novo regramento para o setor. Assim, a criação da Agência Nacional do Petróleo – ANP constituiu, em meio a emergência do Estado Regulador, a efetivação do novo marco regulatório das atividades do setor de petróleo no país.

No mesmo período, a Lei nº 9.491/1997, que revogou a Lei nº 8.031/1990 e alterou os procedimentos relativos ao regramento do PND. Acerca dos paradigmas jurídicos relativos ao debate, Amaral Filho propôs a diferenciação entre desestatização, privatização e desregulamentação:

O conceito de desestatização possui um caráter ideológico, no sentido de ter-se tornado um fim perseguido pela sociedade contemporânea. Constitui, de outro lado, um amplo movimento da sociedade e contemporânea em direção a mais democracia e maior autonomia para decidir seus próprios destinos, sem a tutela onipresente do Estado. Com esse significado, possui um sentido mais amplo que contém as noções de privatização e desregulamentação. Enquanto a desestatização, como fim perseguido, situa-se no terreno ideológico deste final de século, privatização e desregulamentação situam-se no campo da realidade concreta, objetiva pelo direito, consubstanciado nos atos e leis decorrentes.²³

Isto é, privatização pode ser conceituada como sendo a "transferência das empresas de propriedade do Estado e as atividades por ele exercidas para o setor privado, obedecidas às mais variadas formas de transferência de capital aos particulares". Traduz-se, portanto, em alienação onerosa de estatal para um agente privado. A desregulamentação, para o autor, corresponde a "eliminação total ou parcial das regras relativas ao mercado e às atividades econômicas", isto é, ato de execução de uma política que reordena a atuação da estatal na economia.

Dessa forma, Amaral Filho²⁴ entende desestatização como conceito inserido na construção de um objetivo ideológico, no campo das ideias e platônico, perseguido por uma sociedade que almeja a liberdade e a autonomia, crenças que tal perseguição a conduzirá a um contexto mais democrático. Em suma, a privatização e a desregulamentação consistem na concretude da referida ideia de desestatização, num plano mais aristotélico, por meio do endosso do Direito, que chancela a vontade social por meio das leis e dos atos jurídicos pertinentes.

Bresser Pereira também aponta que a reforma objetivou a possibilidade do aumento da governança, prejudicada pela atuação ineficiente do Estado²⁵. Ainda assim, quando se fala em privatização em sentido estrito, pode-se adotar o conceito da Lei 9.491/1997, que "abrange apenas a transferência de ativos ou de ações de empresas estatais para o setor privado"²⁶.

²³ AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do. **Privatização no Estado Contemporâneo**. 1. ed. São Paulo: Ícone, 1996. p. 41.

²⁴ *Ibid.*, p. 43.

²⁵ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Op. cit.*, p. 40-44.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2003. p. 17.

Destaque-se, noutro giro, o conceito de desinvestimento, o qual consiste em uma atividade de exclusiva gestão empresarial de transferência de bens, ações, ou direitos, realizada dentro de um processo de reordenação, ou reestruturação, das atividades desenvolvidas pela empresa, seja pública ou privada. Isto é, o desinvestimento classifica-se como prática interna das companhias, distanciado do Direito, enquanto disciplina, mas servindo, contudo, de instrumento para a efetividade do objetivo pretendido: tornar público o privado, saciando o ideário instaurado numa sociedade²⁷.

1.3. Soberania e Desenvolvimento: interpretação de conceitos indeterminados

Cumprir destacar, inicialmente, a maneira como a soberania e o desenvolvimento nacional são trazidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 a fim de dar ensejo a toda sua importância. Nesse sentido, já em seu preâmbulo, a Constituição Federal traz a seguinte redação:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus,²⁸ a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

O que se depreende do preâmbulo do texto são os chamados valores fundacionais de uma sociedade. Isto é, da sociedade que a Carta Política deseja criar. O legislador originário buscou princípios e garantias que refletisse os anseios sociais daquele momento político e os caminhos pelos quais deveriam seguir as próximas gerações.

No mesmo sentido, o artigo 1º, no Título I, dos princípios fundamentais, a Constituição Federal estabelece os fundamentos da República Federativa do Brasil da seguinte maneira:

²⁷ BISPO, Lyvan. A aplicação do desinvestimento às sociedades de economia mista federais. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 mai. 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-18>>. Acesso em 10 de novembro de 2019.

²⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Art. 1º- A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (Vide Lei nº 13.874, de 2019);

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.²⁹

Portanto, antes mesmo de adentrarmos ao cerne do presente capítulo, qual seja, o conceito de soberania disposto no artigo 170, da Constituição³⁰, faz-se da maior relevância destacar que o texto trata da soberania de maneira ampla em diversos artigos, demonstrando sua importância – econômica e social – com um único fim, o de fazer imperar a soberania nacional. No tocante ao desenvolvimento nacional, a Constituição prevê em seu artigo 3º os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre eles, destacamos o inciso II, da garantia do desenvolvimento nacional.

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I- construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II- garantir o desenvolvimento nacional;

III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.³¹

A Constituição de 1988 é dotada de programa de política econômica. Nesse sentido, ao colocar o desenvolvimento nacional como objetivo máximo da República, transformou anseios sociais e econômicos em fins jurídicos, que balizam a interpretação teleológica de todo o texto constitucional. Em suma, a magna carta traz consigo os conceitos de “soberania” e “desenvolvimento nacional” como valores fundacionais.

²⁹ Ibid.

³⁰ O artigo 170 dispõe que 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 da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego e do tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. Além de assegurar o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

³¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

E para melhor compreensão da discussão concernente ao tema em debate, contribui Gilberto Bercovici³² sustentando que a previsão constitucional do artigo 170, I, da CF/88 tem como um dos fins, corroborar com o ingresso das empresas nacionais no mercado internacional, em posição de igualdade, como uma das formas de garantir outra previsão constitucional, a do desenvolvimento nacional, prevista no artigo 3, II, CF/88.

O autor sustenta alguns posicionamentos e interpretações possíveis para os conceitos mencionados anteriormente. Reflete, inclusive, sobre a reforma do artigo 171, CF/88, revogado por meio da Emenda Constitucional 6 de 1995. Para ciência, segue abaixo a definição de empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional, com base no texto do artigo revogado:

Art. 171. (Revogado) (Revogado pela EC 6/95)

Redação original.

Art. 171. São consideradas:

I – empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País.

II – empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.

§ 1º A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional:

I – conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País.

II – estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível para o desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos:

a) exigência de que o controle referido no inciso II do caput se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia;

b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno.

§ 2º Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional³³.

³² BERCOVICI, Gilberto. Soberania econômica e regime jurídico do capital estrangeiro no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – REBC / Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 5, n. 17, , p. 95-110, 2007.

³³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Bercovici coloca, também, o artigo 172 como corolário da soberania econômica que, para além do conceito do artigo 170, I, dispõe que a lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivando os reinvestimentos e regulando a remessa de lucros. O autor destaca que, diante da discussão da definição de empresa nacional, surge a discussão e a regulação sobre o capital estrangeiro de modo a não desvirtuar o sentido e o alcance das normas e dos objetivos fundacionais da Constituição.

Em suma, o fato de artigo 171 da CRFB/88 ter sido revogado, não implica na inexistência de um dever constitucional de diferenciar empresas brasileiras das empresas brasileiras de capital nacional. A preferência às empresas brasileiras de capital nacional era obrigatória de acordo com a redação do artigo 171. A preferência, então, simplesmente deixou de guardar consigo o sentido de obrigatoriedade constitucional, sendo mantida ou incorporada de acordo com a vontade política do legislador (ou do poder executivo) de estabelecer distinções entre determinadas situações e conceder tratamentos jurídicos distintos a outras.

Ainda nesse aspecto, faz-se necessário destacar o modo pelo qual o presente trabalho, a doutrina majoritária e o autor, interpretam as normas constitucionais de maneira sistemática. Ou seja, o texto da Constituição deve ser lido e interpretado como um sistema, a partir de princípios corolários, tais como: a unidade da constituição, seu efeito integrador, de máxima efetividade, da harmonia constitucional, da interpretação conforme a Constituição, da presunção de constitucionalidade das leis e da proporcionalidade ou razoabilidade³⁴.

Dessa forma, não obstante os princípios acima não serem dotados de caráter normativo, argumenta Gilmar Ferreira Mendes:

Nesse sentido, com apoio em Böckenförde, deve-se esclarecer, desde logo, que esses princípios não têm caráter normativo, o que significa dizer que eles não encerram interpretações de antemão obrigatórias, valendo apenas como simples tópicos ou pontos de vista interpretativos, que se manejam como argumentos – sem gradação, nem limite – para a solução dos problemas de interpretação, mas que não nos habilitam, enquanto tais, nem a valorar nem a eleger os que devam ser utilizados em dada situação hermenêutica.³⁵

³⁴ BERCOVICI, Gilberto. Op., cit.

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018. p. 110.

A despeito da indeterminação do conceito, a relação entre soberania e política energética dá a tônica ao presente trabalho e, portanto, merece atenção. Jaime Rotstein incita a seguinte reflexão:

Porque uma nação onde existe uma situação econômica desequilibrada – e, portanto, instável e tendendo a deteriorar-se – leva, obrigatoriamente, a uma vasta divergência política, como consequência ou como alavanca de dissensões sociais difíceis de serem controladas. Aliás, Toynbee já assinalava que as civilizações apareciam, cresciam e desapareciam devido às guerras e às lutas de classe. Uma economia instável é pior do que uma economia primitiva, pois a instabilidade pressupõe a alternância de progresso e de retrocesso econômicos, criando frustrações e expectativas destruídas. Já a estagnação primitiva, sem os abalos da interferência externa, ou dos meios de comunicação modernos, tende a ser aceita como a única verdade conhecida, podendo atenuar contradições que raramente florescem na ignorância. Em tais circunstâncias, a unidade nacional tendeu a ser preservada, permitindo, assim, manter íntegra a soberania nos termos primitivos em que se conhece, até que o assalto de inimigos externos mais fortes pudesse usurpá-las.³⁶

Pode-se depreender da visão do autor a importância de um sistema integrado de política energética, que seja voltado ao desenvolvimento interno do país, e não apenas gerenciado pela lógica do mercado. Com isso, objetiva-se a manutenção da soberania nacional, com a promoção de medidas que garantam a independência brasileira dos agentes estrangeiros e a emancipação a partir do investimento estatal, menos volátil e mais estável (“primitivo”), se comparado ao ambiente de instabilidade.

Assim, é fundamental que haja um traçado dos interesses econômicos e geopolíticos, estruturados em todos os fatores sociais relevantes. Isso porque, afirma Rotstein, "acima de tudo, o que pode ser utilizado para uma conquista sem o uso aparente da força é a dependência econômica, agredindo a Soberania de uma nação de maneira brutal"³⁷.

Feita a análise histórica da atuação do Estado no setor energético e a interpretação de importantes conceitos indeterminados – a soberania e o desenvolvimento nacional – o próximo capítulo aprofundará a análise ao abordar o conteúdo jurídico do conceito de “interesse público”, para posteriormente trazer à baila os conflitos entre os interesses públicos e privados, especialmente no setor energético.

³⁶ ROTSTEIN, Jaime. **Soberania e Política Energética**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1983. p. 207

³⁷ Ibid. p. 208.

2. O CONTEÚDO JURÍDICO DE INTERESSE PÚBLICO

Pode-se dizer que a noção de interesse público consiste em um dos mais relevantes conceitos do direito brasileiro, uma vez que foi em torno dele que se estruturou, metodologicamente, o Direito Administrativo. O próprio “regime de direito público” é calcado no conceito de interesse público. Celso Antônio Bandeira de Mello preconiza que o Direito Administrativo cuida da realização do interesse público e que o regime de direito público é edificado a partir de dois princípios, à saber: (i) supremacia do interesse público sobre o interesse privado e (ii) a indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração Pública³⁸.

O interesse público representa, na visão do autor, uma dimensão coletiva, mas não comporta, necessariamente, o significado de “interesse do Estado”. Isso é, cabe ao Estado brasileiro tutelar interesses públicos tidos como indisponíveis e supremos, sendo, então, o guia da atuação da Administração Pública.

Em nome do princípio constitucional implícito do interesse público, a Constituição da República de 1988 confere prerrogativas a entes públicos, estabelecendo limites ao poder da Administração Pública e, nesse diapasão, o interesse público serve para legitimar e limitar o exercício do poder público. Bandeira de Mello também traz a diferenciação entre interesse público primário e secundário:

Primário: coincide com a realização de políticas públicas voltadas para o bem-estar social. Satisfaz o interesse da sociedade, do todo social. O interesse público primário justifica o regime jurídico administrativo e pode ser compreendido como o próprio interesse social, o interesse da coletividade como um todo. Pode-se afirmar também que os interesses primários estão ligados aos objetivos do Estado, que não são interesses ligados a escolhas de mera conveniência de Governo, mas sim determinações que emanam do texto constitucional, notadamente do art. 3º da Constituição Federal.

Secundário: decorre do fato de que o Estado também é uma pessoa jurídica que pode ter interesses próprios, particulares. “O Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais.” Estes interesses existem e devem conviver no contexto dos demais interesses individuais. De regra, o interesse secundário tem cunho patrimonial, tendo como exemplos o pagamento de valor ínfimo em desapropriações, a recusa no pagamento administrativo de valores devidos a servidor público, a título de remuneração.³⁹

³⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 50 (com grifo).

³⁹ *Ibid.*, p. 89.

Em um Estado Democrático de Direito, em que o povo é o soberano titular do poder, o Estado, ao atender aos anseios da população, deve realizar atos administrativos motivados, e fundamentados no interesse coletivo e social. De fato, o mínimo que a sociedade, como titular de direitos deve exigir da Administração, é que esta indique as razões que justifiquem suas tomadas de decisões.

Contudo, seria reducionista contrapor os conceitos de interesse público e interesse privado, tratando-os como oponíveis. Inclusive, Bandeira de Mello afirma que esse suposto antagonismo seria uma falsa dicotomia, devendo o interesse público ser conceituado como “o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”⁴⁰. Isto é, o autor defende que o interesse público deve ser entendido como uma junção dos interesses privados e individuais, sob uma ótica coletiva, representando, portanto, o interesse comum dos indivíduos. Para sintetizar a visão de Bandeira de Mello:

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.⁴¹

Por outro lado, Binbenojm busca desconstruir o conceito de supremacia do interesse público, defendendo a "indissociabilidade do interesse privado", com o fundamento de que o ordenamento jurídico promove garantias e direitos individuais aos quais o Estado deve submeter-se⁴². O autor defende que a "realização de interesses particulares quando em confronto com interesses públicos não constitui desvio de finalidade para a Administração, pois aqueles são também fins públicos"⁴³. A visão de Binbenojm é reforçada, também, por Humberto Ávila: “o interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado”⁴⁴.

⁴⁰ Ibid., p. 53.

⁴¹ Ibid., p. 60.

⁴² BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 239, p. 1-32, jan. 2005.

⁴³ Ibid., p. 14.

⁴⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O Direito Público em Tempos de Crise** – Estudos em homenagem a Ruy Rubem Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 111.

Ademais, Binenbojm⁴⁵ refuta a existência de um princípio, seja norma-princípio ou postulado normativo, de "supremacia do interesse público" sobre o privado, argumentando que deve ser imposto ao aplicador do direito um percurso ponderativo que considere os diversos interesses jurídicos em jogo, proporcionando, então, uma solução capaz de realizá-los ao máximo, isto é, enquanto descaracterização do princípio da supremacia do interesse público como norma-princípio:

Com efeito, nota-se que não há como conciliar no ordenamento jurídico um "princípio", que, ignorando as nuances do caso concreto, pré-estabeleça que a melhor solução consubstancia-se na vitória do interesse público. O "princípio" em si afasta o processo de ponderação, fechando as portas para os interesses privados que estejam envolvidos. Dê-se destaque, outrossim, ao fato da fórmula pré-concebida presente no "princípio" ir de encontro ao dever de fundamentação "dever de explicitação das premissas") a que se sujeitam os Poderes do Estado.⁴⁶

Contudo, o interesse público guarda consigo uma ideia geral que não deve ser interpretada em desacordo com a Constituição Federal, sob pena de descumpri-la. É o que sustenta Gabardo, para o qual o interesse público se caracteriza como “o mais amplo e plurissignificativo dos conceitos indeterminados”, em que a indeterminação não reflete em indeterminação dos seus elementos significativos, os quais, separadamente, exigem precisa análise do caso concreto:

(...) o princípio da legalidade ao afirmar que a lei deve ser cumprida, prescreve que ela deve ser cumprida sempre; e o princípio da publicidade, ao afirmar que o ato administrativo deve ser público, propõe que ele deve ser público sempre. Isso, por princípio. O que não afasta a possibilidade (1) da existência de exceções legais estabelecidas pelo próprio sistema e (2) da potencial possibilidade da presença da cláusula hartiana “a menos que” [...]. Assim sendo, o fato do princípio estabelecer um pressuposto não indica que ele sempre será aplicado, pois o sistema não admite decisões com base em apenas um pressuposto. Isso significa que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não é um critério exclusivo de decisão, assim como o da legalidade, o da publicidade ou da impessoalidade também não são. Estas colocações indicam que a adoção de um a priori apenas fornece um "ponto de partida" preferencial.⁴⁷

⁴⁵ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 239, p. 1-32, jan. 2005.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 18.

⁴⁷ GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n.2, p. 95-130, mai. 2017. p. 106.

Diga-se ainda, que, apesar da indeterminação do conceito, em alguns momentos no Direito, o interesse público se revela como taxativo. É o caso, por exemplo, da Lei 8.745/93⁴⁸ que autoriza contratações extraordinárias por motivos de interesse público, onde logo em seguida se elencam quais seriam as necessidades temporais para constituir o interesse público, à saber: assistência a situações de calamidade pública, assistência a emergências em saúde pública, entre outras. No entanto, quando indeterminado, guardando a ideia da noção contida no termo, além da natureza do conceito, o interesse público deve ser interpretado com base em todo o ordenamento jurídico.

Em suma, no que tange à supremacia do interesse público sobre o privado, alguns autores sustentam ser esse um princípio inerente ao Direito, como Celso Bandeira de Mello ou uma noção de primeira grandeza, como sustenta Maria Sylvia Di Pietro. Contudo, outros autores que discordam de Mello e Di Pietro, como Humberto Ávila e Gustavo Binbenbojm, sustentarão a impossibilidade de se atribuir ao interesse público ou à sua supremacia, um status de regra ou princípio a preponderar sobre o interesse particular em todos os casos⁴⁹.

Nesse sentido, buscam, portanto, a reformulação imediata desse princípio, quando não alegam sua inexistência. Ávila em sua crítica, estabelece que, ainda que haja uma prevalência do interesse público sobre o privado, a tese é de que a supremacia desse seria *a priori* e não *ex post*, e esse princípio, no ordenamento jurídico, estaria afastado dos interesses particulares e privados, na medida em que está distante da singularidade dos fatos e das normas, não havendo um juízo de ponderação entre um princípio e outro⁵⁰.

Fato é, que trazendo consigo uma ideia de atemporalidade, o conceito de “interesse público” é passível de interpretação de acordo com o momento em que vive determinada sociedade. Isso ocorre pois os conceitos jurídicos indeterminados estão relacionados à dois

⁴⁸ BRASIL. Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 dez. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8745cons.htm>. Acesso em: 18 de setembro de 2019.

⁴⁹ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha de. Uma análise da tese desconstrutivista da supremacia do interesse público sobre o particular. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 23, 2014, João Pessoa. **A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no século 21**. João Pessoa: CONPEDI/UFPB, 2014. p. 594-611.

⁵⁰ Ibid.

aspectos: o caráter mutável e voltado aos valores sociais de uma época, sacramentados no ordenamento jurídico e a interpretação, pelos governantes, destes valores e ordenamentos jurídicos.

2.1. Interesse público e os direitos fundamentais

A percepção do Direito Administrativo é influenciada, de forma direta, pela promulgação da Constituição Federal de 1988. Os princípios constitucionais basilares da Administração Pública estão dispostos no artigo 37 da Constituição Federal de 1988. São eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. No entanto, há, também, os princípios decorrentes destes que não estão positivados.

Cita-se, assim, o princípio da supremacia do interesse público. A supremacia da Constituição e o caráter vinculante dos direitos fundamentais são traços característicos fundantes do Estado constitucional de direito, um modelo de Estado de direito pautado pela força normativa dos princípios constitucionais e pela consolidação de um modelo de justiça substancial⁵¹. José Sérgio da Silva Cristóvam afirma:

A força normativa da Constituição depende diretamente da oxigenação de princípios que tenham lastro no corpo social. Por certo, a Constituição será sempre mais efetiva e vivificada na sociedade, quanto maior a interação dos princípios constitucionais com as aspirações dos cidadãos a ela submetidos. Essas são as bases jurídico-filosóficas sob as quais se deve erigir o atual conceito de interesse público.⁵²

Em igual sentido, o jurista Dallari aponta da impossibilidade de:

(...) consideração genérica, prévia e universalmente válida do que seja o interesse público, revelando-se inevitável a avaliação pragmática do que é interesse público. Em cada situação será indispensável fazer a verificação, uma vez que não há um interesse público válido universalmente.⁵³

⁵¹ CRISTÓVAM, Jorge Sérgio da Silva. O conceito de interesse público no estado constitucional de direito. **Revista da Escola Superior de Magistratura de Santa Catarina**, Florianópolis, v. 20, n. 26, p. 223-248, 2013.

⁵² *Ibid.*, p. 231.

⁵³ DALLARI, Dalmo de Abreu. Interesse público na contratação das entidades da Administração descentralizada. **Suplemento Jurídico da Procuradoria Jurídica do Departamento de Estradas e Rodagem**, São Paulo, v. 126, jan. 1987. p. 15.

Pela visão de Ávila e Binenbojm⁵⁴, ao atribuir o status de supremacia ao interesse público, estaríamos produzindo um ônus argumentativo em favor do interesse particular. Nesse diapasão, Daniel Sarmiento acompanha a tese de somente reconhecer a precedência *prima facie* e não absoluta, alegam a ineficácia do princípio da supremacia do interesse público, face os direitos fundamentais consagrados na Constituição da República de 1988. Isto é, defendem que deve haver uma análise de ponderação para justificar a preponderância do interesse público em detrimento do interesse privado.

Em suma, na visão de muitos autores dos aqui citados, nenhum princípio deve prevalecer sobre outro, sendo necessária a ponderação no caso em concreto. Isto é, todo e qualquer princípio quando em colisão, deve ser analisado casuisticamente a decidir qual será o princípio preponderante, sob pena de se atribuir, erroneamente, o status de supremo, *a priori* e *a posteriori*, *in abstracto*, ao interesse público em detrimento do interesse privado. Sendo esse o discurso presente na tese desconstrutivista da supremacia do interesse público⁵⁵.

Ambas as terminologias, “interesse público” e “direitos fundamentais” não podem ser empregadas como fórmulas automáticas para justificar as condutas da Administração Pública. De acordo com Gabardo, o caráter amplo e genérico de ambas permite a tentativa de justificar juridicamente certos atos da Administração que, muitas vezes, não possuem relação alguma com esses conceitos⁵⁶.

No presente trabalho, partindo do entendimento que o Brasil não é só um país injusto e desigual, como também subdesenvolvido, o uso da expressão “interesse público” será utilizado como alicerce do Direito Administrativo. Acredita-se, então, que o artigo 3º da Carta Magna expressa um claro comando com relação ao papel fundamental do Estado, dando materialidade normativa à noção de interesse público enquanto fundamento da prestação positiva e proativa de atividades estatais.

⁵⁴ Neste sentido, Binenbojm (op. cit., p. 7-8), ao defender a adoção dos *sistemas de direitos fundamentais e de democracia*, entende que os vetores axiológicos (parâmetros jurídicos) convergem no princípio maior da dignidade humana e assevera que " (...) a definição do que é o interesse público, e de sua propalada supremacia sobre os interesses particulares, deixaria de estar ao inteiro arbítrio do administrador, passando a depender de juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses *metaindividuais* constitucionalmente consagrados”.

⁵⁵ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha. Op., cit. p.16

⁵⁶ GABARDO, Emerson. Op., cit.

Para adentrar a reflexão sobre a característica dirigente da Constituição Federal, é importante perceber que a ideia de interesse público enquanto marco epistemológico do Direito Administrativo, está intrinsecamente ligada ao ideário desenvolvimentista, conferindo ao Estado, especialmente em regiões marginalizadas do mundo, um papel central e importante na emancipação e superação do subdesenvolvimento.

2.2. A Constituição de 1988 e a Teoria da Constituição Dirigente

Bercovici e Massonetto defendem que o texto constitucional de 1988 tem caráter dirigente, uma vez que é definido por meio das normas constitucionais programáticas, fins e objetivos para o Estado e para a sociedade. Isto é, programas de ação que visem melhorar as condições econômicas e sociais da população do país⁵⁷.

Segundo a tese, é possível inferir que a formação política e a forma de governo econômico vigente, por vezes, ignora o direito constitucional e o cerne de um direito financeiro estatal, de modo que a articulação entre as faces financeira, econômica e política, passa a ser desrespeitada. Isso se deve pela tendência liberal da sociedade atual, que confronta os ideais de uma constituição social, haja vista o preâmbulo e o artigo 3º, da Constituição Federal.⁵⁸

O referido artigo incorpora um ideário nacional-desenvolvimentista, impondo ao Estado a superação de nosso subdesenvolvimento, com a implementação de um programa rico e específico de transformações econômicas e sociais⁵⁹.

No Brasil, a Constituição de 1988 e a prática do período posterior refletem claramente este ponto de inflexão. Elaborada sob os auspícios de sucessivas reformas financeiras, a constituição espelha a tensão entre as ordens econômica e financeira, ora tratando-as de maneira separada, como no isolamento da constituição orçamentária e da constituição tributária, ora integrando-as como elemento indivisível, pela convergência de princípios comuns e indissociáveis.⁶⁰

⁵⁷ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição Dirigente: Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 142, p. 35-51, abr. 1999. p. 36.

⁵⁸ Estabelece como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantia do desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁵⁹ BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Brasileira de 1988, as "constituições transformadoras" e o "novo constitucionalismo latino-americano". **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v.7, n. 26, 2013. p. 295.

⁶⁰ BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Econômica. **Boletim de Ciências Econômicas**, Coimbra, XLIX, p. 57-77, 2006. p. 69-75.

Bercovici, criticamente, coloca que a constituição financeira teria passado a ser aplicada e interpretada como norma meramente processual, como se fosse “neutra”, isto é, separada da ordem social, o que usurparia a capacidade do Estado na economia. Com o advento da Constituição Federal de 1988, portanto, o direito financeiro passa a servir a uma nova função do Estado no tocante à organização do espaço econômico de acumulação, com a tutela jurídica da renda do capital e da sanção de ganhos financeiros privados a partir de garantias, por parte do Estado, ao processo sistemático de acumulação, liderado pelo capital financeiro⁶¹.

A Constituição de 1988 é alvo de críticas por aqueles que alegam que o texto é responsável por “impedir” e dificultar a política⁶². Para esses, o caráter dirigente do texto constitucional seria responsável pelas dificuldades de se governar o país, retirando a liberdade de atuação do legislador e do poder executivo. Os críticos, defensores da liberalização econômica, invertem a lógica da nossa Constituição, havendo a desvinculação entre a Constituição Econômica e a Constituição Financeira, com grande preponderância da última⁶³. Em suma:

A constituição dirigente das políticas públicas e dos direitos sociais é entendida como prejudicial aos interesses do país, causadora última das crises econômicas, do déficit público e da "ingovernabilidade"; a constituição dirigente invertida, isto é, a constituição dirigente das políticas neoliberais de ajuste fiscal é vista como algo positivo para a credibilidade e a confiança do país junto ao sistema financeiro internacional. Esta, a constituição dirigente invertida, é a verdadeira constituição dirigente, que vincula toda a política do Estado brasileiro à tutela estatal da renda financeira do capital, à garantia da acumulação de riqueza privada.⁶⁴

Entender, portanto, a Constituição fora da realidade e do contexto político, com caráter puramente jurídico é contraproducente, uma vez que é, a um só tempo, texto normativo e político⁶⁵. Assim, as tarefas políticas e jurídicas do texto constitucional determinam que o Estado possui o dever de utilizar todos os instrumentos para a realização dos objetivos constitucionais.

⁶¹ Ibid., p. 58.

⁶² BARROSO, Luís Roberto. 20 anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes (Coord.). **Revista do Advogado**: 20 anos da Constituição. Ano XXVIII, n. 99. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2008. p. 83.

⁶³ BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. Op., cit. p. 69.

⁶⁴ Ibid., p. 73.

⁶⁵ BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 61, p 5-24, 2004. p. 20.

A característica dirigente da Constituição, nos termos do seu artigo 3º, dá a concretude necessária ao conceito de “interesse público”. O dispositivo consagra a utilização das empresas estatais e de economia mista como instrumento de política econômica, sendo estas ferramentas essenciais para dar efetividade ao regramento. Cabe destacar que a persecução do interesse público é intrinsecamente relacionada com a superação do subdesenvolvimento do país.

Para que haja avanços reais faz-se urgente a reestruturação do Estado sob uma perspectiva democrática e emancipatória⁶⁶, não o desmonte autoritário e progressivo do aparato estatal, objeto de ataques na década de 1990 e novamente, a partir da reinauguração de um programa neoliberal em 2016⁶⁷, com o governo ilegítimo de Michel Temer, agenda aprofundada pelo governo de Bolsonaro.

⁶⁶ Id., O Ainda Indispensável Direito Econômico. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de (Org.). **Direitos Humanos, Democracia e República**: Homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 517.

⁶⁷ PARTIDO DO MOVIMENTO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO. **Uma ponte para o futuro**. Brasília: Fundação Ulysses Guimarães, 2015. Disponível em: <http://pmdb.org.br/wp-content/uploads/2015/10/RELEASE-TEMER_A4-28.10.15-Online.pdf>. Acesso em outubro de 2019.

3. REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DAS ESTATAIS E O DEBATE CONSTITUCIONAL

A Lei nº 13.303/2016⁶⁸, chamada de Lei das Estatais, ou Lei de Responsabilidade das Estatais, foi editada com o objetivo de regulamentar a previsão constitucional do artigo 173, §1º, da Constituição Federal, que determina que lei posterior estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública. Desta forma, delimitou diversos aspectos relacionados às empresas públicas e sociedades de economia mista no âmbito da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Assim, toda empresa estatal passou a se submeter ao regime previsto na lei, que possui diretrizes intimamente relacionadas com valores constitucionais, tais como: eficiência, transparência, controle, moralidade e impessoalidade⁶⁹.

A nova legislação é um importante marco para o direito administrativo, regulamentando e condensando os entendimentos doutrinários e legais relacionados à atuação do Estado brasileiro no domínio econômico, garantindo um ambiente com maior segurança jurídica para investimentos. Ademais, tal qual sabemos, a empresa estatal pode ser um instrumento para a concretização dos valores e princípios determinados pelo direito brasileiro.

Ademais, inovou ao revisar as regras acerca das licitações. Marçal Justen Filho assevera que “os controles tradicionais e os poderes clássicos, tal como contemplados para as entidades com personalidade jurídica de direito público, são incompatíveis com a atividade econômica desenvolvida num ambiente de mercado”⁷⁰.

Neste sentido, para que se seja possível analisar o procedimento de alienação de ativos públicos previsto na Lei nº 13.303/2016, faz-se fundamental compreender a questão da autorização legislativa prévia (genérica ou específica) no que concerne a criação de empresa pública ou sociedade de economia mista. A previsão está no artigo 2º, §1º da lei, exigindo,

⁶⁸ BRASIL. Lei nº 13.303, 30 de junho de 2016. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1º de julho de 2016.

⁶⁹ GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais**: Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 16.

⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto jurídico das empresas estatais**: Lei 13.303/16 – Lei das Estatais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 11.

assim, a autorização legal prévia para a constituição destas empresas⁷¹, bem como a previsão do comando do art. 37, XX, da Constituição.

A lei autorizadora deverá refletir os argumentos que demonstrem o relevante interesse coletivo ou de segurança nacional. Dessa forma, o artigo 2º da lei disciplina, em conjunto, a matéria que trata o artigo 173 e o artigo 37, XIX, da Constituição Federal, descrito abaixo:

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.⁷²

Avançando no debate, para a criação de uma subsidiária – empresa controlada pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista – a Constituição Federal também exige a edição de lei autorizadora. Muito embora a doutrina e o STF, quando da interpretação desse dispositivo, afirmaram que a criação das subsidiárias não exige autorização legislativa específica, bastando, tão somente uma autorização genérica que pode estar na lei que autorizou a criação da empresa estatal matriz, conforme artigo 37:

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.⁷³

Corroborando com o que foi dito, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.649, da relatoria do Ministro Maurício Corrêa:

2. É dispensável a autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz, tendo em vista que a lei criadora é a própria medida autorizadora.⁷⁴

⁷¹ 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.

⁷² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Id. Supremo Tribunal Federal, Plenário, Ação direta de Inconstitucionalidade nº 1.649. Min. Rel. Maurício Corrêa: Brasília, 24 de abril de 2004.

3.1. Possibilidade de alienação de ativos na Lei nº 13.303/2016

O artigo 29, da Lei 13.303/2016 – 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, disciplinou as hipóteses de dispensa da realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia. Ao falar-se de licitação dispensável, a “lei enumera os casos em que o procedimento é possível, mas não obrigatório, em razão de outros princípios que regem a atividade administrativa, notadamente o princípio da eficiência”⁷⁵.

O inciso XVIII, do artigo 29, por sua vez, dispensa de licitação a compra e venda de ações, títulos de crédito, dívida e bens produtos, conforme segue:

Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:
XVIII- na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem.⁷⁶

Isto é, a redação do dispositivo acima é, em partes, equivalente à do artigo 17, II, c, d e e da Lei nº 8.666/1993. Assim, a redação garante a dispensa de licitação para operações – aquisição e alienação – de bens móveis, abrangendo ações e outros valores mobiliários e títulos de crédito.

Quanto à compra e venda de ações, é possível citar duas situações, “(i) a aquisição de ações por parte de empresas públicas ou de sociedades de economia mista para possibilitar a participação societária em outra companhia de capital aberto; e (ii) a alienação de ações de sociedade de economia mista”, segundo estabelecem Guimarães e Abduch Santos⁷⁷.

Depreende-se, assim, que o legislador manteve a permissão de vendas de ações sem licitação, algo que já ocorria com a própria União, não sendo razoável exigir que as sociedades de economia mista não pudessem atuar da mesma forma. Percebe-se, contudo,

⁷⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e Contratos: orientações e jurisprudência do TCU**. 4. ed. Brasília: TCU, 2010, p. 577.

⁷⁶ BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 8 de julho de 2016.

⁷⁷ GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. Op., cit., p. 77-78.

com a leitura do artigo 29, principalmente nos incisos I e II, que o legislador possuía a intenção de regulamentar casos pouco significativos quando comparados à atividade principal da Companhia.

A necessidade de licitação para alienações de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio das empresas estatais é regida pelo caput do artigo 28, da Lei nº 13.303/2016. Resta claro, portanto, que o inciso XVIII do artigo 29 não teve por objetivo final permitir a venda do controle acionário das empresas e/ou de suas subsidiárias.

Ocorre que, em 2017, o Presidente da República, com o objetivo de regulamentar a dispensa de licitação prevista no art. 29, XVIII, da Lei no 13.303/ 2016, em comento, editou o Decreto no 9.188/2017⁷⁸. O texto institui um regime especial de desinvestimento de ativos das sociedades de economia mista. É possível questionar se não há um grau de oportunismo nesta situação, uma vez que parece um despautério alegar que, a despeito da existência de um dispositivo normativo para regulamentar as normas de licitação, o legislador, propositalmente, haveria, em um único inciso, a intenção de prever a dispensa de licitação para permitir a venda de ações que importem em alienação do controle acionário de subsidiárias, muitas vezes estratégicas e relacionadas à atividade principal da empresa mãe.

O decreto, conhecido como o Regime Geral de Desinvestimento, trouxe diretrizes para a permissão da alienação do controle societário de subsidiárias das sociedades de economia mista, por meio da venda de ações, com o pretexto de conferir mais eficiência e competitividade. O fundamento do governo foi o cenário econômico desfavorável e deficitário nos últimos anos, principalmente para as estatais, que apresentaram alto grau de endividamento.

Com isso, justificou-se o reposicionamento no mercado das companhias e a reorganização dos portfólios, com a possibilidade de alienação de ativos que, ao menos em

⁷⁸ BRASIL. Decreto nº 9.188, de 1º de novembro de 2017. Estabelece regras de governança, transparência e boas práticas de mercado para a adoção de regime especial de desinvestimento de ativos pelas sociedades de economia mista federais. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9188.htm>. Acesso em: 22 de setembro de 2019.

tese, não possuem retorno tão lucrativo quanto o esperado. Em suma, o questionável decreto, em comento, dá o mesmo tratamento tanto para a venda de ações minoritárias quanto para a venda do controle acionário de uma subsidiária integral, como foi o caso da Transportadora Associada de Gás - TAG (vide item 4.3.1).

Assim, objetiva-se um cenário de desinvestimento e alienação de ativos estratégicos, como subsidiárias da Petrobras, sem fidelidade aos pressupostos constitucionais, normas licitatórias, autorização legislativa ou mesmo deliberação política, estando a cargo, tão somente, do plano de negócios da companhia e das pressões do setor privado por maior lucratividade.

Como esperado, a constitucionalidade dos dispositivos e dos próprios regramentos (*i.e* Lei no 13.303/ 2016 e Decreto no 9.188/2017) é questionada junto ao Supremo Tribunal Federal, em resistência aos diversos procedimentos de desinvestimento em curso, envolvendo ativos valiosos de empresas de economia mista.

3.2. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.624

A Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 5.624, movida pela Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal – FENAE e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro – CONTRAF/CUT, argue inconstitucionalidade contra a Lei 13.303/2016. Os requerentes atestam que o referido regramento insere no ordenamento jurídico normas jurídicas que alteram o regime societário, a organização e atuação das empresas públicas e sociedades de economia mista estatais, a composição dos seus órgãos administrativos, a função social, o regime de compras e contratações, além das formas de prestação de contas, na medida em que estabelece limites e obrigações que restringem a capacidade de gestão pelo executivo.

Por esses argumentos, alegam ofensa direta da legislação à Constituição Federal e sustentam que a lei apresenta inconstitucionalidade pois permitiria abrangência da regra à totalidade das empresas públicas e sociedades. A forma das disposições incompatibiliza-se com o artigo 173, §1º, da Constituição Federal. A incompatibilidade à Carta Magna residiria

nos artigos 25 e 30, I e II, da nova lei, os quais cerceariam a capacidade de auto-organização dos estados e municípios, ao conferir abrangência excessiva.

A inicial continha pedido liminar para a suspensão integral da lei, ou, subsidiariamente, dos seus artigos 1º, 7º, 16, 17, 22 e 25, tanto por conta da ofensa ao texto constitucional, quanto pelo fato da lei resultar de processo legislativo irregular e por ter o potencial de provocar graves danos aos direitos, às garantias individuais e à autonomia dos entes federativos.

A medida cautelar foi concedida pelo ministro Ricardo Lewandowski, relator da ação, determinando que a venda de ações de empresas públicas, sociedades de economia mista, ou de suas subsidiárias, ou controladas, exige autorização legislativa e processo licitatório, sempre que a operação importe na alienação do controle acionário. O ministro, de outra forma, determinou que a dispensa apenas poderia ocorrer quando da venda de ações que não implicasse na perda de controle acionário dessas entidades.

Na decisão cautelar, a decisão de Lewandowski defendeu que a lei fosse interpretada conforme o texto constitucional, quando da dispensabilidade da realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista no caso de compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens relativos às suas atividades.

Destaque-se a determinação do relator pela conexão e para o julgamento conjunto da ADI 5.924, ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil – PCdoB, e da 5.846, movida pelo Estado de Minas Gerais. Ambas igualmente questionavam a constitucionalidade das regras dispostas na Lei das Estatais. Particularmente, a segunda impugnava por arrastamento o artigo 1º, *caput*, §1º, §3º e §4º, I, e artigo 3º, *caput*, do Decreto nº 9.188/97, ato que veio regulamentar artigo 29 da lei em questão, também impugnado pela ação.

Segundo o ministro, a jurisprudência do STF aponta no sentido da imprescindibilidade da autorização legislativa para alienação controle acionário de sociedades de economia mista. Ele afirma que a ausência da menção sobre a dispensa da autorização legislativa pode gerar

expectativas ilegítimas e, inclusive, insegurança jurídica para a operação de alienação de ações, de que trata a nova regra flexibilizadora.

Destarte, a prerrogativa do controle legislativo decorre da relevância atribuída, pela Constituição, aos preceitos imperativos que regem a atuação do Poder Público, conforme art. 73 da Constituição (segurança nacional ou relevante interesse coletivo), bem como o art. 37, XIX, do mesmo diploma, o qual, ao dispor que “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”, aplica-se também à alienação do controle acionário por força do princípio do paralelismo das formas. Embora a redação dos artigos impugnados da Lei 13.303/2016 não tratem expressamente da dispensa da autorização legislativa, é justamente a ausência de menção a esta indispensável medida prévia que pode gerar expectativas ilegítimas e, conseqüentemente, insegurança jurídica, sobretudo no contexto da flexibilização da alienação de ações de que tratam os dispositivos atacados.⁷⁹

A liminar ensejou o deferimento de medida cautelar, no âmbito da Reclamação Constitucional 33.292, ajuizada por sindicatos de trabalhadores do setor petrolífero⁸⁰. Foi concedida, pelo ministro Edson Fachin, no sentido de exigir processo licitatório para a operação de alienação de 90% da participação da Petrobras na Transportadora Associada de Gás S.A. – TAG, uma vez que o fato implica na transferência do controle da empresa. No caso, o consórcio formado pelo grupo francês Engie e o fundo canadense Caisse de Dépôt et Placement du Québec – CDPQ adquiriu a empresa por US\$ 8,6 bilhões, sem licitação, por decisão superveniente, questão tratada mais a seguir.

Fachin determinou que a negociação comercial desrespeita a respectiva liminar proferida por Lewandowski. O ministro concedeu o pedido liminar reiterando não haver espaço para, diante de autorização expressa, excepcionar-se o regime constitucional de licitação para a forma de transferência utilizada pelo contrato celebrado pela Petrobras, ou suas consorciadas. Não podendo ser presumidas, portanto, limitações à regra geral de licitação, visto que a cessão de direitos que dispense procedimento licitatório ofende os princípios da Administração Pública.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Administrativo. Direito Público. Controle de Constitucionalidade. Inconstitucionalidade Material. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5624/DF. MC. Min. Rel. Ricardo Lewandowski. Medida Cautelar. Julgado em 27 de junho de 2018, Brasília, DF.

⁸⁰ Sindicato Unificado dos Petroleiros do Estado de São Paulo (Sindipetro-SP); Sindicato dos Petroleiros do Estado da Bahia (Sindipetro-BA) e Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Refinação, Destilação, Exploração de Petróleo nos Estados do Paraná e Santa Catarina (Sindipetro PR/SC).

O julgamento de mérito, em plenário, referendou parcialmente a liminar na ADI 5.624 e vinculou a questão à decisão sobre a Reclamação Constitucional - RCL 33.292, que impugnava, como mencionado, a mesma matéria, no âmbito da alienação de ativos da TAG. Para mais, a Corte decidiu pela inexigibilidade de autorização legislativa para a venda do controle das subsidiárias e controladas de empresas públicas e sociedades de economia mista. E que, no entanto, a operação de venda deve observar os princípios da Administração Pública, previstos no artigo 37, do texto constitucional, que determina que haja devida competitividade entre os concorrentes.

Não obstante, ficou firmada a necessidade de prévia autorização legislativa genérica e licitação para alienação de ativos de empresas-matrizes, resultado do voto médio entre os ministros. Os votos trouxeram questionamentos para os tópicos da jurisprudência do STF; da forma em que poderia ser admitida e como ocorreria alienação; da possibilidade de conformidade constitucional do regime especial para subsidiárias; da excepcionalidade da atividade econômica pelo Estado; e no mesmo sentido, da obediência aos princípios da moralidade e eficiência, a partir das práticas observadas nos diferentes governos; além da não interferência dos três poderes, um sobre o outro.

Destaque-se a pertinência do argumento pelo princípio do paralelismo das formas, segundo o qual a necessidade de autorização legislativa importaria tanto para a criação, ao que estabelece previsão em lei, como para a alienação de estatais e subsidiárias. Assim, mesmo que envolva perda de controle acionário pela União, se a lei que constitui empresa-matriz autorizar, a dispensa da autorização legislativa deve valer.

Por outro lado, os ministros Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso votaram no sentido de negar o referendo à cautelar, sob a alegação de que a Constituição não exige autorização para a alienação do controle das empresas estatais, mas somente para sua criação, uma vez que as estatais são exceções à previsão da livre iniciativa. Ou seja, os ministros defenderam que a extinção significaria apenas o retorno ao *status quo*, o que não exigiria nova intervenção do Poder Legislativo.

Por conseguinte, o Decreto 9.188/1997, que regulamenta a Lei das Estatais, a respeito do afastamento da necessidade de processo licitatório, deve, ainda que não se exija lei, ser realizado com fundamento nos princípios da isonomia, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, economicidade, julgamento objetivo e da seleção de proposta mais vantajosa.

Ocorre que a questão, que envolve a outorga expressa dos artigos 37, XXI, e 173, §1º, III, da Constituição, a respeito do princípio da legalidade, presume que a alienação de bens e ativos da Administração Pública, por regra constitucional, exige licitação. Assim mesmo, no Estado de Direito, toda licitação pública deve ser pautada pelos princípios da legalidade, isonomia e impessoalidade.

Isto é, no procedimento licitatório, a Administração Pública é proibida, em qualquer hipótese, de discriminar sem que haja fundamento legal, ficando vedado preferência ou distinção não prevista no ordenamento jurídico. Assim, como regra constitucional para a exigência de licitação, deve haver plena igualdade de condições entre os concorrentes. Mesmo no artigo 29, XVIII, da Lei nº 13.303/2016, a dispensa de licitação caracteriza-se como excepcional, permitida apenas nos casos específicos. Portanto, não podendo confundir-se com todo e qualquer ativo.

Nessa linha, o Decreto nº 9.188/2017, que regulamenta a Lei das Estatais, ao instituir regime especial de desinvestimento de ativos da sociedade de economia mista, extrapola sua função ao viabilizar a alienação direta dos ativos pertencentes às empresas estatais. Por sua vez, as empresas estatais, da qual sua criação foi autorizada por lei, são instrumentos de ação do Estado.

Ademais, por conta dessa característica, a empresa estatal, enquanto integrante da Administração Pública, submete-se à regras especiais, decorrentes da sua criação vinculada à autorização por via legislativa. Nessa seara, o Estado não é somente acionista, devendo agir como poder público, promovendo a mitigação das desigualdades e defasagens sociais, razão pela qual toda empresa estatal está constitucionalmente submetida às regras gerais do ordenamento jurídico e deve perseguir a soberania e o desenvolvimento interno do país. Por

isso, na lógica do artigo 37, XIX, da Constituição, o princípio do paralelismo impõe que, da mesma forma que a empresa estatal consigna sua criação à autorização por lei, apenas poderia ser alienada, ou extinta, na forma da lei.

A subordinação às finalidades do Estado imposta às empresas estatais pelo texto constitucional as vincula ao interesse público, sendo critério fundamental para a iniciativa econômica pública. Isto é, seus limites estão fixados em lei, a qual especifica seus objetivos, configurando o seu descumprimento como desvio de finalidade. Não obstante, a atividade empresarial do Estado visa a produção de bens e prestação de serviços de forma mais eficiente e justa do que a exploração econômica pelo setor privado.

A atuação das empresas estatais está, sobretudo, inserida dentro dos objetivos da política pública macroeconômica, ou seja, sua função não se restringe à mera atividade empresarial. Por consequência, os dispositivos constitucionais abrangem sentido maior do que unicamente o artigo 173, §1º, II⁸¹. Sob a mesma ótica, a natureza jurídica de direito privado não afasta o direito administrativo, menos ainda o interesse público. Afinal a empresa estatal é constituída com o objetivo de cumprir a função instrumento estratégico de atuação do estado.

Isto posto, parece mais adequado verificar a vinculação constitucional das empresas estatais à suas leis definidoras, na medida em que juridicamente impede-se a disposição sobre o patrimônio para atender finalidades que não sejam do interesse público, o que pode comprometer a continuidade da atividade da empresa. Quer dizer, autorizar que se venda livremente os bens de todos para contingenciamentos conjunturais é de extrema irresponsabilidade.

O ente, sem legitimidade para tanto, passa a dispor sobre bem valioso e protegido que não lhe pertence, sob justificativa qualquer que não seja aquela estabelecida em lei. Assim mesmo o Poder Executivo é administrador fiduciário que atua sob mandato, ou seja, está vinculado ao legal e bom uso dos bens públicos. Outrossim, o governo é apenas servidor gestor, não podendo dispor da propriedade das estatais.

⁸¹ O artigo iguala o regime jurídico civil, comercial, trabalhista e tributário das empresas estatais que prestam atividade econômica ao mesmo das empresas privadas.

Neste sentido, a decisão liminar do Ministro Lewandowski, a qual determinou que a alienação de ações que implique perda do controle público sobre os ativos das empresas estatais apenas pode ocorrer mediante autorização por lei e por meio de procedimento licitatório, restaurava a legalidade usurpada por uma agenda econômica neoliberal que tem desmontado e entregado ativos públicos. Assim preconizou Bercovici à época da decisão:

A decisão liminar do Ministro Ricardo Lewandowski tomada no último dia 27 de junho restaura a legalidade violada inúmeras vezes desde 2016 por um processo de desmonte e entrega de ativos públicos patrocinado pelo atual governo sem qualquer fundamento constitucional. A decisão liminar que determina que qualquer alienação de ações que implique perda do controle público sobre as empresas estatais e subsidiárias só pode ser efetuada mediante prévia aprovação de lei e por meio de licitação pública restaura a legalidade violada inúmeras vezes desde 2016 por um processo de desmonte e entrega de ativos públicos patrocinado pelo atual governo sem qualquer fundamento constitucional.⁸²

Em síntese, o debate se dá entre os defensores da tese de que a Constituição não exige autorização para a alienação do controle de empresas estatais e subsidiárias, haja vista que a criação de estatais é exceção à livre iniciativa, significando apenas um retorno ao status quo, e entre aqueles que compreendem que a prerrogativa do controle legislativo decorre do art. 73 e do art. 37, XIX, da Constituição Federal, e que pelo princípio do paralelismo das formas, seria aplicável também à alienação do controle acionário das empresas estatais, garantindo segurança jurídica aos investimentos no país. Neste caso, a autorização legal seria necessária para que o Legislativo determine se o interesse que justificou a criação da estatal não mais existe, autorizando sua alienação.

⁸² BERCOVICI, Gilberto. A Decisão de Lewandowski e a Restauração da Legalidade. **Carta Maior**, São Paulo, 2 de julho de 2018.

4. TENDÊNCIAS ATUAIS DO SETOR ENERGÉTICO: PRIVATIZAÇÃO E DESNACIONALIZAÇÃO

4.1. O Programa de Parcerias de Investimentos – PPI

No contexto da gestão de Michel Temer, verificou-se uma emergência em concretizar uma agenda política antagônica, contando inclusive com diversas alterações nos instrumentos jurídicos, objetivando viabilizar o plano de privatizações e desestatizações, atrelado ao desinvestimento das principais empresas estatais do país.

Logo após a destituição da presidenta Dilma Rousseff, foi criado, por meio da Medida Provisória nº 727, de 12 de maio de 2016, convertida posteriormente na Lei nº 13.334/2016⁸³, o Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), definido como um programa destinado à ampliação e ao fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada, por meio da celebração de contratos de parceria, para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização, artigo 1º, caput, da lei.

Como objetivos, o artigo 2º dispõe que o programa visa:

- (i) ampliar as oportunidades de investimento e emprego e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em harmonia com as metas de desenvolvimento social e econômico do País;
- (ii) garantir a expansão com qualidade da infraestrutura pública, com tarifas adequadas;
- (iii) promover a ampla e justa competição na celebração das parcerias e na prestação dos serviços;
- (iv) assegurar a estabilidade e a segurança jurídica, com a garantia da mínima intervenção nos negócios e investimentos; e
- (v) fortalecer o papel regulador do Estado e a autonomia das entidades estatais de regulação.⁸⁴

Sustenta-se, portanto, que o programa irá assegurar a estabilidade e a segurança jurídica, com a garantia de intervenção mínima nos negócios e investimentos, bem como fortalecer o papel regulador do Estado. Apesar do Programa de Parcerias e Investimentos não apresentar inovações no que tange os mecanismos de participação da iniciativa privada nos setores de

⁸³ Cria o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI e altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003.

⁸⁴ BRASIL. Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 de setembro de 2016.

infraestrutura, revela-se o propósito da agenda política implementada após agosto de 2016. Isto é, o retorno de um receituário neoliberal como ferramenta de condução das políticas públicas.

Como facilitador e atrativo de investimentos privados, o PPI é regulamentado por meio de decretos que definem os empreendimentos públicos federais de infraestrutura qualificados para a implantação por parceria, além de definir as políticas federais de fomento às parcerias e desestatizações em empreendimentos públicos de infraestrutura dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Adicionalmente, cabe ressaltar que os empreendimentos qualificados no âmbito do PPI são tratados como prioridade nacional por todos os agentes públicos de execução e controle, com a eliminação, por exemplo, de barreiras burocráticas à livre organização da atividade empresarial e contando, inclusive, com uma Secretaria de Apoio ao Licenciamento Ambiental e Desapropriações, visando um trabalho transversal e conjunto em apoio aos empreendimentos qualificados.

O BNDES passou a ser o condutor dos processos de concessões e outras formas de desestatização de ativos do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), atuando na estruturação dos projetos para atrair investidores privados, identificando oportunidades de negócio e conduzindo os processos desde sua fase de estudos, modelagem, até a própria assinatura dos contratos. Evidencia-se, então, um reposicionamento do papel do BNDES se comparado às últimas décadas.

Embora o PPI tenha acertado ao visar fortalecer a capacidade institucional e oferecer estabilidade para o ambiente de investimento em infraestrutura, ainda persistem inúmeros desafios acerca da formação estratégica do portfólio de projetos e da estruturação/modelagem dos empreendimentos para permitir o fortalecimento técnico da iniciativa, em especial no que tange a internalização de práticas decisórias racionais no ambiente de escolha dos ativos enquadrados. Isto é, na estruturação de projetos, não é necessário somente uma atuação conjunta dos setores públicos objetivando a conclusão dos projetos de maneira uniforme (*e.g.* processos e atos administrativos necessários à sua estruturação, liberação e execução), mas

também uma análise horizontal do real caráter prioritário dos empreendimentos que se objetiva licitar para fins de desestatização.

Nesse sentido, é importante questionar a verdadeira viabilidade técnica e econômica e a necessidade de desestatização de ativos estratégicos para o país. Em três anos, o PPI apresentou 272 iniciativas qualificadas, 158 leilões e/ou projetos realizados, 114 projetos e 9 políticas/projetos pilotos em fase de estruturação⁸⁵.

Atualmente, estão em andamento 74 projetos. Detalhadamente, (até abril de 2019, haviam sido concluídos 98 projetos no setor elétrico, sendo 82 referentes à transmissão de energia elétrica, 5 para geração de energia, sendo 4 concessões de Usinas Hidrelétricas e 1 prorrogação de concessão de Pequena Central Hidrelétrica, além de 7 projetos referentes à distribuição de energia – desestatização da CELG-D e Companhias de Energia do Amazonas, Piauí, Acre, Rondônia, Roraima e Alagoas. Já no âmbito do setor de óleo e gás, é possível dar destaque aos 7 projetos concluídos à época: 4º Rodada de Acumulações de Campos Marginais, 14ª e 15ª Rodadas de Blocos Exploratórios de Petróleo e Gás, e as 2ª, 3ª, 4ª e 5ª Rodadas de Partilha de Produção.

Além das iniciativas para o setor energético, é possível citar diversos projetos ainda em fase de modelagem, à saber: (i) a venda de participações acionárias da Infraero, no modelo de desestatização; (ii) a Usina Termonuclear de Angra 3; (iii) parceria público privada para a Gestão da Rede de Comunicações do Comando da Aeronáutica (COMAER); e (iv) Loteria Instantânea (LOTEX), em regime de concessão comum. Sobre o tema:

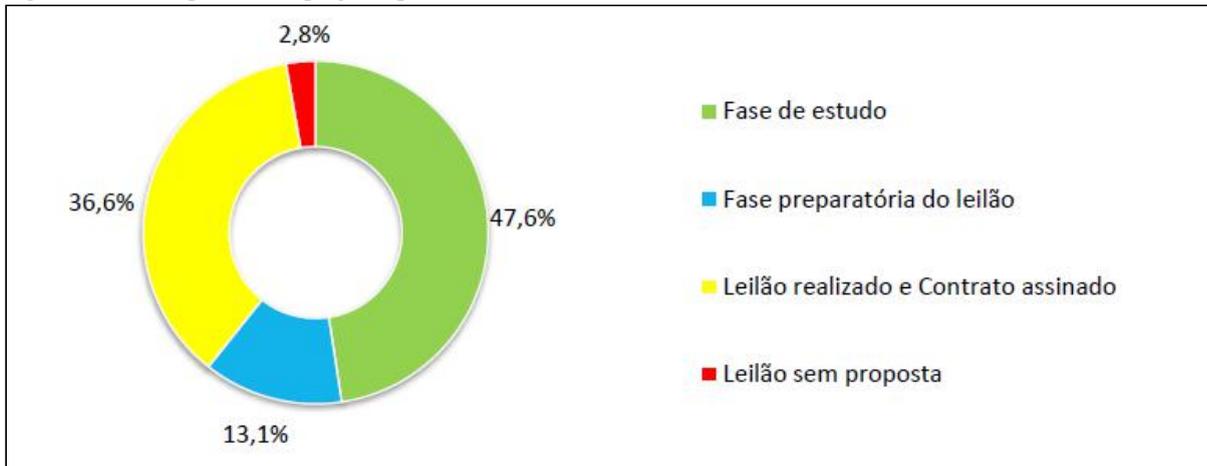
Todo processo de privatização é uma expropriação de bens que deveriam integrar permanentemente o patrimônio público, decidida por uma autoridade política que exerce o poder temporariamente (e, no Brasil pós-golpe de 2016, ilegítimamente). No processo de privatização, o governo não vende o que é dele. Na privatização, o governo vende o que pertence a todos nós. E sem nos consultar a respeito.⁸⁶

⁸⁵ BRASIL. **Programa de Parcerias de Investimentos**. Disponível em: <<https://www.ppi.gov.br/>>. Acesso em 10 novembro de 2019.

⁸⁶ BERCOVICI, Gilberto. Bercovici: quanto privatizarem, tanto reestatizaremos. **Conversa Afiada**, 28 de agosto de 2017. Disponível em <<https://www.conversaafiada.com.br/economia/bercovici-quanto-privatizarem-tanto-reestatizaremos>>. Acesso em 15 de outubro 2019.

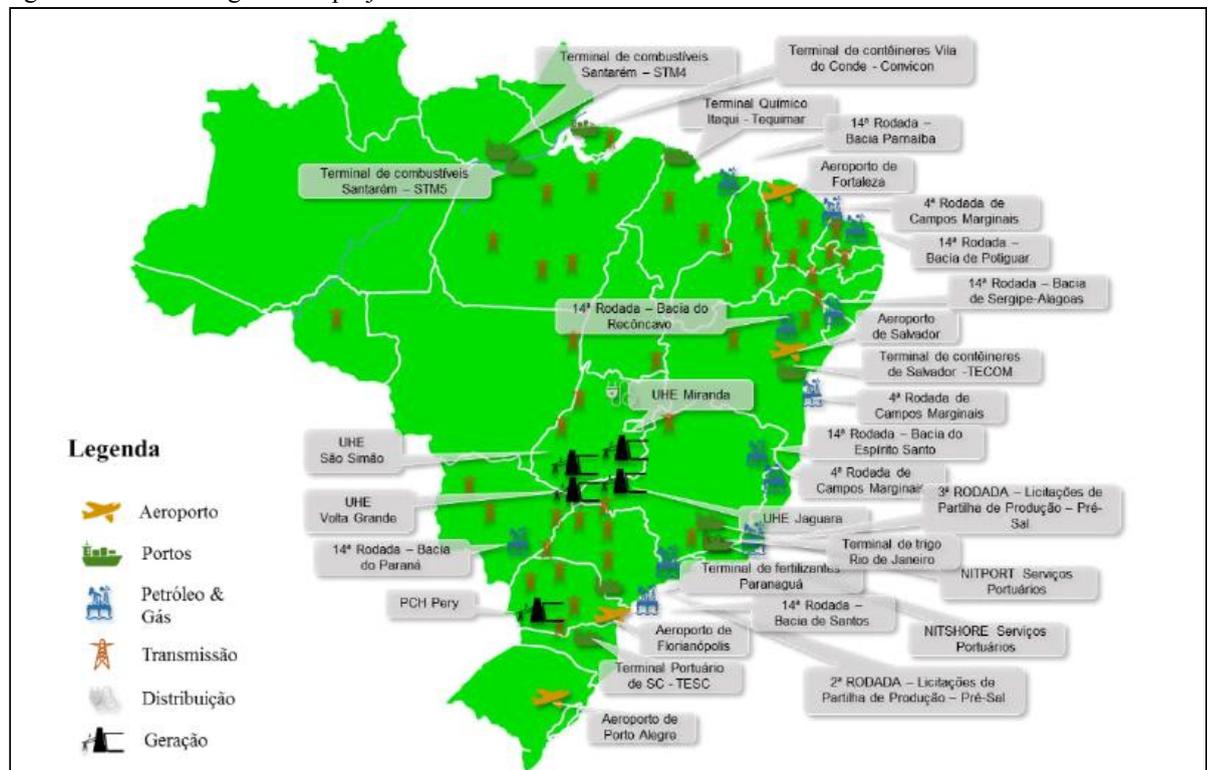
Esta síntese, relativa a atual agenda de privatizações, à título de ilustração, corrobora as imagens a seguir, que reúnem dados dos projetos concluídos ainda no primeiro ano da iniciativa do PPI, mapeando a onda de privatização em curso:

Figura 1 - Desempenho dos projetos prioritários do PPI em 2017



Fonte: BRASIL. Relatório de Acompanhamento do andamento dos projetos prioritários do PPI em 2017. Disponível em <https://www.ppi.gov.br/html/objects/_downloadblob.php?cod_blob=4988>. Acesso em 15 de setembro de 2019. p. 24.

Figura 2 - Panorama geral dos projetos do PPI em 2017



Fonte: BRASIL. Relatório de Acompanhamento do andamento dos projetos prioritários do PPI em 2017. Disponível em <https://www.ppi.gov.br/html/objects/_downloadblob.php?cod_blob=4988>. Acesso em 15 de setembro de 2019. p. 26.

O Supremo Tribunal Federal (STF) vem sendo chamado para o debate e já suspendeu alguns processos de desestatização em sede liminar por desrespeito aos referidos mandamentos constitucionais, a exemplo da decisão em liminar do Ministro Ricardo Lewandowski, no âmbito da ADI 5.624, em 2018 [vide item 3.2].

4.2. Setor elétrico: o caso ELETROBRAS

Outra movimentação no sentido de retomada das privatizações de ativos públicos no setor de energia foi, ainda em 2018, com o Projeto de Lei nº 9.463/2018⁸⁷, que tratava da desestatização da Centrais Elétricas Brasileiras S.A – Eletrobras, enviada para a apreciação do Congresso Nacional pelo Presidente Michel Temer, em janeiro de 2018. Diversas inconstitucionalidades podem ser analisadas no texto do projeto, mas haja vista seu insucesso, cabe agora destrinchar as novas tentativas de desintegração vertical do setor elétrico por meio da retirada do Estado como agente econômico nesta indústria.

Em 05 de novembro de 2019, foi proposto o Projeto de Lei nº 5877/2019, em substituição ao Projeto de Lei nº 9.463/2019. Diferentemente do que previa o antigo texto, o substituto determina o enquadramento da Eletrobras no Plano Nacional de Desestatização (PND) para viabilizar a privatização ainda em 2020.

Haverá, ainda, uma reestruturação societária anterior à privatização para retirar do controle da Eletrobras a Itaipu Binacional e a Eletronuclear, assim como o programa Luz para Todos, os Contratos de Financiamento com recursos da Reserva Global de Reversão – RGR e o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica – Proinfá. A privatização dar-se-á por meio de aumento de capital da Eletrobras e não prevê a instituição de *golden share*, tipo especial de ação que traz os mesmos direitos dos detentores de ações ordinárias e confere ainda poder de veto. O Governo pretende alterar, ainda, o Estatuto Social da Eletrobras para limitar o poder de voto a 10% do capital votante e vedar acordos que disponham sobre direito de voto, com isso a companhia passará a ter um capital pulverizado.

⁸⁷ BRASIL. Mensagem nº 56, de 19 de janeiro de 2018. **Diário Oficial da União**, Presidência da República, Brasília, DF, 22 de janeiro 2018. Edição, 15, Seção 1, p. 1.

Nada é previsto, por exemplo, sobre investimentos necessários e sobre a própria política tarifária, acarretando em um conveniente esquecimento sobre os ativos de geração já amortizados. Isto é, os novos concessionários obterão lucros sem nenhuma necessidade de investir em geração de energia elétrica.

O projeto prevê, ainda, que os beneficiários das novas outorgas de concessão de geração de energia elétrica terão seu regime de exploração alterado para o de produção independente, nos termos da Lei nº 9.074/1995⁸⁸.

Desta forma, ao invés da concessão de serviço público, materializa-se a introdução do produtor independente para grandes empreendimentos de geração, em sua maioria hidrelétricos, que por sua vez não tem os mesmos deveres e obrigações de um concessionário, atuando como se a geração de energia elétrica fosse uma atividade econômica qualquer, e não um serviço público, produzindo então energia elétrica somente para fins de comercialização e obtenção de lucro⁸⁹.

Isto posto, é fundamental compreender que a Eletrobras não é somente responsável pela estruturação de um sistema elétrico integrado e planejado, conforme se mostrou (vide item 1.1), mas fundamental para a estruturação e execução de programas de extensão da eletrificação rural e da universalização do acesso à energia, em especial para os setores hipossuficientes da população, podendo citar, o Programa Nacional de Universalização do Acesso e Uso de Energia Elétrica – Luz para Todos.

Com a aprovação do Projeto de Lei nº 5.877/2019, verifica-se um potencial risco de descontinuidade dos programas de extensão da eletrificação rural e da universalização do acesso à energia, bem como dos subsídios para a modicidade tarifária.

⁸⁸ A constitucionalidade da figura do “produtor independente de energia” previsto no artigo 11 da Lei nº 9.074/1995 é contestada por parte da doutrina. Ver: CALDAS, Geraldo Pereira. **Concessões de Serviços Públicos de Energia Elétrica face à Constituição Federal de 1988 e o Interesse Público**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 90-92.

⁸⁹ Pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do Poder Concedente para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco, nos termos dos artigos 11 e 12 da Lei nº 9.074/1996.

A *holding* é responsável por cerca de 37% do total da capacidade de geração do país, e administra 57% das linhas de transmissão instaladas no território nacional. Desnecessário, portanto, repisar a importância da companhia na articulação de um sistema inter-regional integrado e na formulação de políticas públicas de expansão energética e atendimento a interesses não mercantis, sem os quais corre-se o risco de aprofundamento da concentração de mercados nas mãos de agentes privados e os prejuízos a ela inerentes.

Apesar das dificuldades políticas encontradas pelo governo Temer para a privatização da *holding*, assim como também se imagina que o governo Bolsonaro irá se deparar com obstáculos para aprovar o Projeto de Lei nº 5877/2019, cenário diferente ocorreu com relação às suas subsidiárias de distribuição nas regiões Norte e Nordeste, tendo estas sido qualificadas no âmbito do Programa de Parcerias e Investimentos (PPI)⁹⁰.

Assim, ao longo do ano de 2018 foram realizados leilões para a transferência do controle acionário das seguintes empresas: Eletrobras Distribuição Piauí (CEPISA), vendida à Equatorial Energia, em julho de 2018; Eletrobras Distribuição Acre (Eletroacre) e Eletrobras Distribuição Rondônia (CERON) leiloadas à Energisa, e Eletrobras Distribuição Roraima (Boa Vista) ao consórcio Oliveira Energia e Atem, em agosto do mesmo ano; Eletrobras Distribuição Alagoas (CEAL) à Equatorial; e Eletrobras Distribuição Amazonas (Amazonas Energia) à Oliveira Energia, em dezembro⁹¹.

Percebe-se, portanto, uma inversão total da lógica de um sistema elétrico estruturado e sustentável, com as atividades energéticas como competências públicas e entendidas como bem essencial da coletividade, não como uma simples mercadoria (*commodity*). Com as alterações normativas e processos privatizantes em tela, haverá a supremacia de interesses comerciais de curto prazo em detrimento da manutenção e expansão o serviço público de energia elétrica. Com a

⁹⁰ BRASIL. Resolução nº 20, de 8 de novembro de 2017. Aprova a transferência do controle acionário detido pela Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - Eletrobras na Companhia Boa Vista Energia S.A., na Companhia Energética de Alagoas, na Companhia Energética do Piauí, na Centrais Elétricas de Rondônia S.A., na Companhia de Eletricidade do Acre S.A. e na Amazonas Distribuidora de Energia S.A., de forma associada à outorga da concessão do serviço público de distribuição de energia elétrica nas condições que determina, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 09 de novembro de 2017.

⁹¹ ELETROBRAS. **Processo de Desestatização das Empresas de Distribuição**. Disponível em <<https://eletrobras.com/pt/Paginas/Processo-de-Desestatizacao-das-Empresas-de-Distribuicao.aspx>> Acesso em 02 de outubro de 2019.

privatização da Eletrobras e de suas subsidiárias haverá a consolidação de “um modelo em que há a transferência de subsídios para os setores mais favorecidos, com o potencial aumento, proporcional e quantitativo, das tarifas”⁹².

Enquanto o texto constitucional exige a observância de aspectos como o princípio da modicidade tarifária e a sustentabilidade, objetivando a maior geração de energia elétrica com o menor custo para a sociedade, o setor caminha para um modelo incompatível com a previsão de serviço público universal pretendido pela Constituição de 1988. Desta forma, a despeito de a Administração Pública possuir o dever de promover o aumento do acesso à energia elétrica, enquanto ferramenta de combate à exclusão, o desmonte do setor elétrico promovido por acepções neoliberais, como as que regem o Projeto de Lei nº 5.877/2019, possuem uma concepção diametralmente oposta à preocupação de universalização do acesso à energia.

4.3. Setor de Óleo e Gás: o desinvestimento da PETROBRAS

A exploração do petróleo e dos recursos minerais está vinculada aos objetivos versados nos artigos 3º, 170 e 219 da Constituição Federal, à saber: o desenvolvimento, a redução das desigualdades e a garantia da soberania econômica nacional. Isto é, traduz-se como patrimônio nacional irrenunciável.

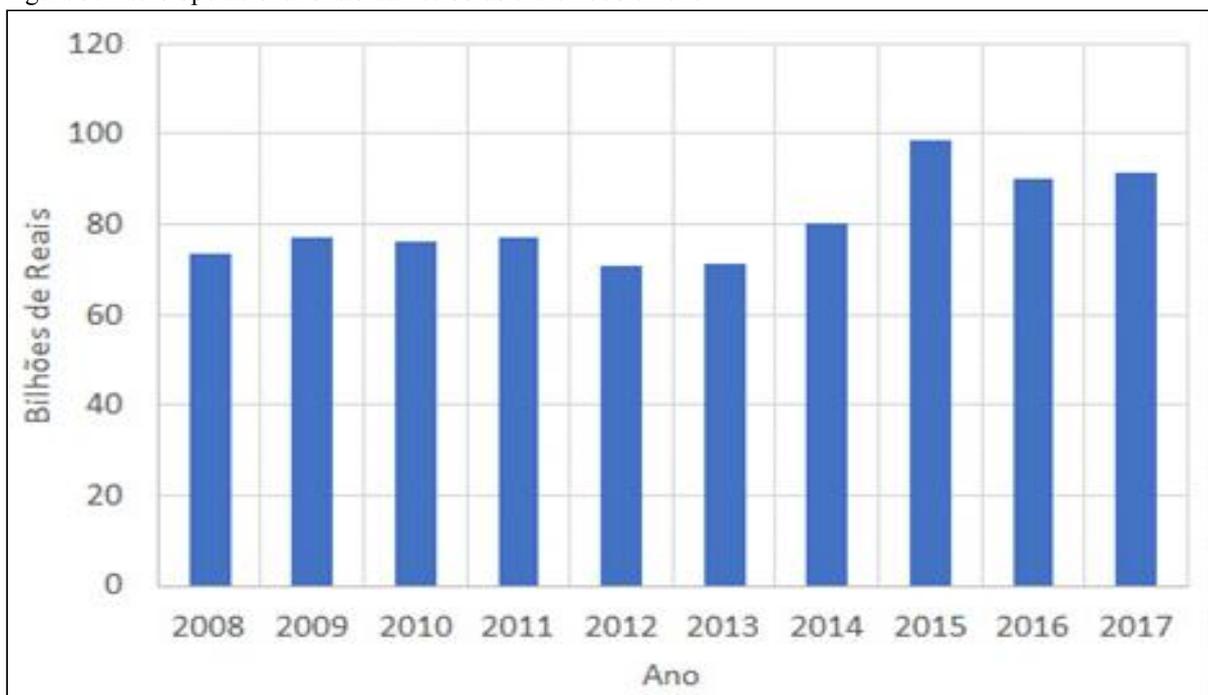
Cabe ressaltar que a Petrobras, enquanto sociedade de economia mista, não deveria ser fiel exclusivamente à lógica de mercado, uma vez que é instrumento de atuação do Estado, não existindo para garantir os interesses privados. E, recentemente, a Petrobras passou a ser outro alvo do interesse privado e antinacional, com o esvaziamento e fatiamento da empresa através da alienação do controle de diversas subsidiárias, após a decisão do STF de junho de 2019 no âmbito da ADI 5.624 (item 3.2).

Para servir à lógica neoliberal, estabeleceu-se no senso comum o mito da “Petrobras quebrada e endividada”, o que não se sagra como verdade, sendo a estatal uma grande

⁹² Sobre a elevação das tarifas de energia elétrica com a implantação do novo modelo privatizante a partir da década de 1990, ver VIEIRA, José Paulo. **Antivalor – um estudo da energia elétrica**: Construída como Antimercadoria e Reformada pelo Mercado nos Anos 1990, São Paulo, Paz e Terra, 2007. p. 145-196 e 243-296.

geradora de Caixa. Isto ocorre porque como uma empresa integrada e verticalizada, a Petrobras apresentou lucros operacionais em par com as maiores petroleiras do mundo, como evidencia o gráfico a seguir:

Figura 3: Lucro operacional bruto da Petrobras entre 2008 e 2017



Fonte: Gráfico elaborado pela Associação dos Engenheiros da Petrobras em 2018. Disponível em <<https://aepet.org.br/w3/index.php/conteudo-geral/item/2122-petrobras->>. Acesso em 28 de outubro de 2019.

O gráfico, que apresenta os lucros brutos da Petrobras no período de 2008 a 2017, demonstra que os chamados resultados operacionais foram estáveis ao longo dos anos para garantir a lucratividade da empresa, sem que isso prejudicasse a população, com a continuidade dos subsídios ao consumidor. O processo de reposicionamento da Petrobras, a partir de alterações no Plano de Negócios e Gestão em 2015 e decorrente das sucessivas alterações na diretoria, permite a alegação de que o processo de desinvestimento, a pretexto de reestruturar a companhia, poderia ser manejado como sucedâneo privatizante.

Ou seja, os principais e valiosos ativos da estatal seriam alienados, deixando-se apenas uma estrutura deficiente que comprometeria a realização das tarefas de interesse público conferidas à entidade. E é o que se concretiza, pois, o governo, após 2016, vem promovendo a venda de “braços” da Petrobras, alegando que o objetivo é concentrar as atividades na

exploração e produção de petróleo, *E&P*, alienando para a iniciativa privada atividades como o refino, transporte e distribuição de gás, conforme veremos a seguir.

À título de exemplo, o plano estratégico da Petrobras teve como meta privatizar US\$ 34,7 bilhões de ativos da estatal entre 2015 e 2018, segundo o PNG 2017-2021, de 2016 e o PNG 2018-2022, de 2018. Já o vigente PNG 2019-2023, de 2018, pretende privatizar US\$ 26,9 bilhões entre 2019 e 2023, e para tanto limita o investimento médio anual em US\$ 16,8 bilhões⁹³.

As privatizações sofreram e sofrem com questionamentos no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU) desde 2016, que apesar de ter apontado os desvios dos processos de privatização em cursos, também permitiu que aqueles em fase avançada pudessem ser concluídos. Com isso, a Petrobras, em março de 2017 publicou nota afirmando a adaptação do seu programa de desinvestimentos à sistemática aprovada pelo TCU, contudo, o comunicado continua ao afirmar que a adequação não inclui parcerias estratégicas⁹⁴.

Como imaginado, considerando as restrições impostas pelo TCU para as privatizações conforme a sistemática exigida, houve um significativo aumento de "parcerias estratégicas" formadas pela Petrobras. Como exemplo, é possível citar a parceria com a companhia francesa Total, na qual foi vendida 22,5% (de 65% que possui) da concessão do campo de Iara e 35% (dos 45% que possui) do campo da Lapa.

Em 2016, a Petrobras vendeu também o primeiro campo no pré-sal, Carcará, considerado como uma das "jóias da coroa", por R\$ 2,5 bilhões. Cabe, portanto, o questionamento de Bercovici:

Então ficamos assim, desinvestimento não é privatização e parceria estratégica não é desinvestimento? É evidente que o resultado da parceria é a privatização sem respeitar as regras estabelecidas com o TCU.⁹⁵

⁹³ COUTINHO, Felipe. Eventos históricos da disputa pelo pré-sal e a renda petroleira. **Associação dos Engenheiros da Petrobrás – AEPET**, Rio de Janeiro, 24 de abril de 2019.

⁹⁴ PETROBRAS. **Adaptação do Programa de Desinvestimentos à Sistemática aprovada pelo Tribunal de Contas da União**. Rio de Janeiro: Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras, 31 de março de 2017.

⁹⁵ BERCOVICI, Gilberto; COUTINHO, Felipe. "Parceria estratégica" é novo codinome da privatização. **Carta Maior**, 23 de março de 2018.

Ainda neste sentido, foi publicado em 26 de abril de 2018, por Michel Temer, o Decreto nº 9.355/2018, que define regras de governança para cessão de direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás pela Petrobras. Na prática, o decreto foi o mecanismo criado com a finalidade de “legalizar” o Plano de Desinvestimentos da Petrobras, a partir de uma “Sistemática de Desinvestimentos” que viabiliza negócios lesivos ao patrimônio da estatal e do Brasil.

O texto permite que a estatal venda, por exemplo, blocos de petróleo para outras empresas sem necessidade de fazer licitação, com o intuito de impedir a correta aplicação das regras da Lei nº 13.303/2016 à Petrobras. O decreto em questão, dessa forma, dispõe:

§ 7º As contratações de bens e serviços efetuadas pelos consórcios operados pela Petrobras ficarão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, hipótese em que não se aplica o procedimento licitatório, observados os princípios da administração pública previstos na Constituição.

Como esperado, o decreto teve sua constitucionalidade questionada pela ADI 5.942, ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores, e em dezembro de 2018, o ministro Marco Aurélio Mello, do STF, deferiu a concessão de liminar, suspendendo a eficácia do Decreto nº 9.355/2018. Contudo, em janeiro de 2019, o ministro Dias Toffoli revogou a Suspensão de Tutela Provisória, passando a autorizar a retomada da venda de ativos da Petrobras sem licitação, restabelecendo os efeitos do Decreto nº 9.355, de 25 de abril de 2018, argumentando que a decisão prévia constituía:

Iminente ameaça de violação à ordem pública, no caso, o risco de gravíssimo comprometimento das atividades do setor de petróleo no país”. Adicionou, ainda, que a Petrobras “encontra-se em processo de recuperação financeira, com endividamento correspondente ao valor de R\$ 291,83 bilhões de reais, não sendo prudente, nesta fase do processo, manter a decisão cautelar cujos efeitos aprofundarão ainda mais o quadro econômico financeiro da empresa estatal.⁹⁶

Durante a produção do presente estudo, a ADI 5.942 ainda aguardava julgamento de mérito pelo plenário do STF. Outro recente descalabro ocorreu em 11 de junho de 2019, quando o Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, homologou

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Suspensão de Tutela Provisória nº 106/DF**. Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, julgado em 11 de janeiro de 2019.

Termo de Compromisso de Cessação, ferramenta utilizada para cessar atos concorrencialmente ilícitos⁹⁷, com a Petrobras no qual a companhia se comprometeu a alienar oito de suas treze refinarias, o que equivale a 50% da capacidade de refino⁹⁸.

Contudo, a empresa não foi acusada de prática abusiva, constando inclusive, no TCC⁹⁹ que o Inquérito Administrativo não havia imputado conduta ilícita por parte da Petrobras. O ato lesivo e anticompetitivo imputado foi a alegação de poder de mercado da Petrobras, mais especificamente sua estrutura no mercado de refino no país. Destaca-se, ainda, a celeridade excepcional do processo no CADE, em torno de sete meses, prazo atípico se comparado a outros casos semelhante de abuso de posição dominante.

Apesar do baixo risco de condenação no âmbito do processo, a empresa decidiu celebrar um TCC que estabelece remédios relativamente drásticos, como a alienação de ativos que retiram metade de sua capacidade produtiva. O TCC prevê, ainda, que a estatal se compromete com: (a) Divulgação ao Mercado sobre cada Processo Competitivo (*Teaser*) até 31/12/2019; (b) Assinatura dos Contratos de Compra e Venda (*Signing*) até 31/12/2020; e (c) Fechamento das Operações (*closing*) até 31 de dezembro de 2021.

Para efetivar a venda das refinarias, o projeto propõe, em suma, que o primeiro passo será a criação de uma empresa para a qual a Petrobras transferirá as refinarias, os terminais e os oleodutos objetos do negócio. Em seguida, a companhia alienará a totalidade da sua participação na firma criada. O questionamento que se pode levantar é se a empresa busca se beneficiar da decisão do STF na medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.624, no sentido de que para os casos de alienação de controle acionário não se exige processo licitatório.

⁹⁷ TCC, Instrumento previsto no art. 85 da Lei nº 12.529/2011.

⁹⁸ Pelo acordo, relativo ao Inquérito Administrativo 08700.006955/2018-22, ficou estabelecida a venda das seguintes unidades: Refinaria Abreu e Lima (RNEST); Refinaria Presidente Getúlio Vargas (REPAR); Refinaria Alberto Pasqualini (REFAP); Refinaria Landulpho Alves (RLAM); Refinaria Gabriel Passos (REGAP); Refinaria Isaac Sabbá (REMAN); Lubrificantes e Derivados de Petróleo do Nordeste (LUBNOR); e Unidade de Industrialização do Xisto.

⁹⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Termo de Compromisso de Cessação de Prática, Brasília, de 11 de junho de 2019. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?> Acesso em 10 de outubro de 2019.

Parece, portanto, que setor está alinhado com a visão de abertura do mercado, uma vez que o TCC foi assinado logo após a publicação da Resolução CNPE nº 09/2019¹⁰⁰, que estabelece diretrizes para a promoção da livre concorrência na atividade de refino no país, em linha também com a previsão do Plano de Negócios (PNG 2019-2023) que determina a redução dos investimentos no segmento de refino.

Posteriormente, no dia 8 de julho de 2019, o CADE e a Petrobras celebraram o segundo TCC¹⁰¹, referente às alegações de supostas condutas anticompetitivas da Petrobras no mercado de gás natural no Brasil. No acordo, a Petrobras se comprometeu a vender os ativos relacionados ao mercado de gás natural, com o objetivo de estimular a concorrência no setor, com a entrada de novos *players* no mercado.

A determinação foi em linha com a então recém-publicada, Resolução CNPE nº 16/2019¹⁰², que estabelece diretrizes voltadas à promoção da livre concorrência no mercado de gás natural e com o programa "Novo Mercado de Gás"¹⁰³, que não será matéria desse estudo. Pelo TCC, conforme consta nas cláusulas 2.1 e 2.1.2:

2.1. A COMPROMISSÁRIA se compromete a colocar em processo de alienação (i) suas participações societárias na NTS e na TAG; (ii) sua participação societária na TBG, após a definição da receita da TBG com a conclusão da chamada pública para contratação de capacidade disponível, cuja consulta pública ocorreu no ano de 2019; e (iii) a sua participação acionária indireta em companhias distribuidoras, seja alienando suas ações na própria GASPETRO, seja buscando a alienação da participação da GASPETRO nas companhias distribuidoras, respeitados os termos dos respectivos acordos de acionistas, a critério da PETROBRAS (ativos citados nas alíneas (i) a (iii), conjuntamente "Ativos Desinvestidos"), observados, em relação a

¹⁰⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Política Energética – CNPE. Resolução CNPE nº 09, de 09 de maio de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 de maio de 2019.

¹⁰¹ Processo Administrativo nº 08700.002600/2014-30 e no Inquérito Administrativo nº 08700.007130/2015-82 (em conjunto denominados "Procedimentos Administrativos").

¹⁰² BRASIL. Conselho Nacional de Política Energética – CNPE. Resolução CNPE nº 16, de 24 de junho de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 de junho de 2019. Edição extra.

¹⁰³ Programa que determina uma série de medidas para a abertura do mercado de gás natural, que "visa melhorar o aproveitamento do gás oriundo do Pré-sal da Bacia de Sergipe/Alagoas e de outras descobertas, ampliar investimentos em infraestrutura de escoamento, processamento, transporte e distribuição de gás natural, aumentar a geração termelétrica a gás e ainda retomar a competitividade da indústria nos segmentos de celulose, cerâmica, fertilizantes petroquímicos, siderurgia e vidro, entre outros". As ações do Comitê serão implementadas em parceria com a Casa Civil, o Ministério da Economia, o CADE, a ANP, e a Empresa de Pesquisa Energética. Ver BRASIL. **Governo lança o "Novo Mercado do Gás", um marco histórico para o Brasil**. Brasília: Ministério de Minas e Energia, 23 de julho de 2019. Disponível em <http://www.mme.gov.br/web/guest/pagina-inicial/outras-noticias/-/asset_publisher/32hLrOzMKwWb/content/governo-lanca-o-novo-mercado-do-gas-um-marco-historico-para-o-brasil>. Acesso em 20 de outubro de 2019.

todas as alíneas anteriores, os procedimentos e padrões internos aplicáveis e devendo ser obtidas as aprovações conforme governança interna da Companhia.

2.1.2 Enquanto não forem realizadas as alienações de suas participações societárias na NTS, TAG, TBG, bem como a alienação da participação acionária indireta em companhias distribuidoras, a COMPROMISSÁRIA deverá, no prazo de até 6 (seis) meses contados da data de assinatura deste Termo de Compromisso, indicar nessas empresas de transporte e na GASPETRO, Conselheiros de Administração que se enquadrem no conceito de conselheiros independentes, assim definido pelas regras do Novo Mercado, com o objetivo de assegurar a desverticalização funcional das empresas.¹⁰⁴

Em suma, com relação aos gasodutos, a Petrobras deveria alienar sua participação acionária restante de 10% da Nova Transportadora do Sudeste – NTS¹⁰⁵, da Transportadora Associada de Gás – TAG e participação total no Gasbol. Já nas distribuidoras, a estatal teria que vender participação nas quais é acionista. São 20 das 27 empresas que existem no Brasil.

Nesse ínterim, em meio as liminares judiciais e as determinações do CADE, ainda no âmbito das chamadas parcerias estratégicas, foi alienada também grande parte das ações da BR Distribuidora. Em junho de 2017 a empresa já havia deixado de ser subsidiária integral da Petrobras e, dois anos depois, após a autorização do STF, na decisão acerca da questão da alienação do controle de empresas públicas, concluiu-se mais uma etapa de venda de ativos da empresa. Nessa operação a Petrobras diminuiu sua participação para 37%.

Ainda que fosse necessário reestruturar a Petrobras para conter as perdas dos últimos anos, a subsidiária, em meio à crise, havia registrado redução no endividamento e aumento no lucro líquido do primeiro trimestre de 2019, em comparação ao mesmo período em 2018. É possível, dessa forma, observar contradições na opção por vendê-la. Assim mesmo, aponta o relatório de desempenho¹⁰⁶ aos investidores da Petrobras, que a venda gerou valor líquido de R\$ 7,4 bilhões pelas ações.

¹⁰⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Termo de Compromisso de Cessação de Prática, Brasília, de 11 de junho de 2019. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?>. Acesso em 10 de outubro de 2019.

¹⁰⁵ A venda da NTS foi concluída em abril de 2017, com a transferência de 90% das ações a um fundo de investimentos controlado pela Brookfield. A transação movimentou US\$ 5 bilhões.

¹⁰⁶ PETROBRAS. **Desempenho da Petrobras no 3T19**. Disponível em: <[>](https://investidorpetrobras.com.br/ptb/15914/RMF3T19_Portugues_R_port.pdf). Acesso em 1º de novembro de 2019.

Observa-se não apenas um equívoco de estratégia de mercado, ao se vender uma empresa que tem aumentado seus lucros, mas também a perda do controle de uma subsidiária em um setor importante para a segurança do abastecimento nacional e, conseqüentemente, o desenvolvimento do país. Considere-se ainda que a atuação verticalizada no setor de petróleo possibilita a manutenção do controle sobre a cadeia produtiva e, no caso de uma estatal, considerando o histórico de acidentes nesse setor, uma melhor responsabilização por eventuais danos a população e ao meio ambiente.

Ainda a respeito da atividade de distribuição, os riscos são reduzidos se comparados com outros ramos do setor de produção de petróleo e no caso do Brasil o monopólio da BR Distribuidora ocorreu em grande parte por influência do monopólio na produção de petróleo pela Petrobras. A privatização, no entanto, significa a entrega do controle sobre a atividade estratégica da rede de distribuição de combustíveis aos atores estrangeiros.

Outro aspecto de relevante pertinência temática é quanto ao complexo movimento que vivem os campos do pré-sal. Com as descobertas das jazidas do pré-sal, a discussão acerca da apropriação do excedente da exploração de petróleo e demais recursos minerais tomou novos contornos com a proposta encaminhada pelo Presidente Luís Inácio Lula da Silva de alteração do marco regulatório da indústria petrolífera no Brasil.

Para tanto, foi aprovada a Lei nº 12.276, de 30 de junho de 2010, que autorizou a União a ceder onerosamente à Petrobras o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo e gás natural nas áreas não concedidas do pré-sal. A cessão, à época, produzia efeitos até a extração no valor equivalente a 5 bilhões de barris de petróleo, nos termos do artigo 1º, §2º. Com isso ficou autorizada a ampliação do capital da Petrobras, conforme prevê o artigo 9º da referida lei.

Em perspectiva, no período Dilma Rousseff, com a ocorrência do primeiro leilão de partilha¹⁰⁷ e da cessão onerosa¹⁰⁸, a Petrobras detinha 60% das reservas recuperáveis sob os

¹⁰⁷ Disposto na Lei nº 12.351/2010, o modelo de partilha de produção determina o estado como proprietário do petróleo e gás natural dos campos. Este modelo permite que empresas privadas ou estatais que ficassem responsáveis pela exploração e produção dos hidrocarbonetos, possam atuar como operadoras. Isto é, a empresa é contratada para a exploração, não sendo a dona do petróleo extraído, sendo restituída em óleo pelo custo da

dois regimes. As multinacionais privadas (*i.e.*, Shell e Total) somavam juntas 26,7% e as empresas estatais chinesas apenas 13,3% do total de 15 bilhões de barris de petróleo equivalente, o chamado "boe".

Já nos quatro leilões de partilha realizados somente na gestão Temer, as petroleiras internacionais expandiram suas reservas no Pré-Sal, enquanto a Petrobras garantiu seu acesso à apenas 17,4% do volume leiloado. Para as estrangeiras, o resultado foi o que segue: empresas estrangeiras privadas – Shell, BP, Total, ExxonMobil, Chevron e Petrogal – alcançaram 54,7%, a estatal norueguesa Equinor (ex Statoil) ficou com 10,9%, as estatais chinesas com 9,8%, a estatal colombiana 4,1% e a estatal do Catar 3,0% do volume total estimado como recuperável de 12,21 bilhões de boe.

Considerando a descoberta posterior de volumes superiores ao limite do contrato, na ordem de até 20 bilhões de barris de petróleo, além de cinco bilhões de barris já outorgados à Petrobras na Cessão Onerosa, o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) autorizou a ANP a licitar esse excedente, no regime de partilha da produção, na Rodada de Licitações do chamado Excedente da Cessão Onerosa. No caso dos Excedentes da Cessão Onerosa, a existência de hidrocarbonetos já está confirmada e as empresas disputarão volumes excedentes, ou seja, além dos cinco bilhões de barris aos quais a Petrobras tem direito.

Aconteceu, portanto, em 06 de novembro de 2019, o chamado “megaleilão do pré-sal”, considerado como o maior leilão da história mundial. O governo de Jair Bolsonaro esperava arrecadar até R\$ 106,6 bilhões com o apetite dos investidores estrangeiros. Acontece que o leilão não teve concorrência, como esperado pelo Ministro Paulo Guedes, tendo sido dominado pela Petrobras, que arrematou duas das quatro áreas ofertadas, tendo o leilão arrecadado o montante de R\$ 70 bilhões. A estatal foi a única a fazer oferta pela área de Búzios e Itaipu, ficaram sem oferta as áreas de Sépia e Atapu.

exploração ("custo em óleo") e parcela de lucro da exploração do campo ("óleo excedente"). O modelo prevê que a exploração de cada um desses blocos tem que contar, necessariamente, com pelo menos 30% de participação da Petrobras.

¹⁰⁸ Neste tipo de contrato, a União é autorizada a conceder para a Petrobras, de modo oneroso e sem licitação, a exploração e produção em áreas não concedidas na área do pré-sal, até o limite de cinco bilhões de barris de petróleo, pagando antecipadamente pelos mesmos. Este modelo está embasado na Lei nº 12.276, de 30 de junho de 2010 e não é passível de cessão.

4.3.1. Breves notas sobre o caso TAG e a Reclamação Constitucional nº 33.292

A venda da Transportadora Associada de Gás – TAG foi alvo de disputas na justiça e suscitou novamente o debate sobre a Lei 13.303/16. A discussão tem origem em ação no TRF da 5ª Região, que havia decidido em colegiado que a operação de alienação da participação acionária na TAG implicava em transferência de controle da subsidiária, devendo-se obedecer, nesse caso, a exigência de procedimento licitatório, nos termos do artigo 2º, §1º, A, da Lei nº 9.491/97.

Foi diante desse acórdão que a União ajuizou o pedido de Suspensão de Liminar e de Sentença nº 2.461, no STJ, sustentando que a questão era de interesse coletivo e que a proliferação de decisões semelhantes inviabilizaria a recuperação financeira da Petrobras, afetando a economia do país, no comprometimento para geração de empregos, para o pagamento dos *royalties* e dos tributos decorrentes da atividade comercial, além de aumentar o risco de forçar a União a realizar aportes financeiros. Ou seja, gerando mais danos ao orçamento público.

A Presidência do STJ entendeu, dessa forma, que a União havia demonstrado que a decisão do TRF-5 prejudicava a recuperação da “maior empresa do país”, autorizando a continuidade do procedimento de venda de ações da TAG. Contra essa decisão, em fevereiro de 2019, os Sindicatos dos Petroleiros protocolizaram a RCL 33292 e em maio, o ministro Edson Fachin, deferiu liminar para suspender os efeitos da decisão do STJ.

O ministro afirmou que a decisão continha possível ofensa à cautelar deferida pelo ministro Ricardo Lewandowski no âmbito da ADI 5.624, proferida em junho de 2018, segundo a qual a dispensa de licitação só poderia ser aplicada à venda de ações que não importassem na perda de controle acionário das empresas¹⁰⁹. A decisão monocrática de Fachin

¹⁰⁹ Relator da ADI, Lewandowski, havia esclarecido, na decisão cautelar, que as ADI 5624, 5.846 e 5.924 deveriam ser julgadas em conjunto, ainda que com a instrução em separado e as ações, As ações além do questionamento acerca da constitucionalidade do Decreto nº 9.188/17, do regime especial de desinvestimento de ativos pelas sociedades de economia mista federais, questionavam, também, a constitucionalidade do artigo 29, XVIII, da lei das estatais (vide item 3.2).

determinou por restaurar a decisão anteriormente dada pelo TRF5, que suspendia o procedimento.

Na decisão monocrática, proferida por Fachin, o ministro assentou a necessidade de interpretação da lei conforme a Constituição, para que haja prévia autorização legislativa à venda do controle acionário das estatais e que a dispensa de licitação apenas poderia ser aplicada à venda de ações que não importassem na perda de controle acionário de empresas públicas.

Em junho de 2019, portanto, o pleno do STF pautou o julgamento das ações em conjunto da RCL 33292, decidindo por referendar parcialmente a medida cautelar proferida por Lewandowski e fixar a necessidade da autorização legislativa e de processo licitatório para a alienação apenas de empresas matrizes. Em contraponto, os ministros decidiram que a exigência não se aplicaria à alienação de empresas subsidiárias e controladas, mas que os procedimentos deveriam ocorrer de acordo com os princípios da Administração Pública, do artigo 37 da Constituição, da exigência de necessária competitividade.

Por fim, o STF autorizou, portanto, o prosseguimento da operação de venda de subsidiárias, sem a necessidade de licitação e autorização legislativa. Consequentemente, no mesmo mês, o governo Bolsonaro anunciou a conclusão da venda direta do total 90% da participação da Petrobras na subsidiária TAG, para o terceiro maior grupo de indústrias de energia, o francês ENGIE, e para o fundo de investimento canadense Caisse de Dépôt et Placement du Québec – CDPQ. A venda gerou a arrecadação de R\$ 33,5 bilhões, sendo destinados R\$ 2 bilhões para quitação de endividamento junto ao BNDES.

Sob a suposta lógica de reposicionamento da Petrobras no mercado, em realidade, a venda da TAG, não possui custo-benefício e a empresa compõe uma das maiores partes da rede construída, com recursos da Sociedade, para o transporte do gás, que deverá aumentar exponencialmente nos próximos anos.

Conclui-se, portanto, que a venda da TAG e da BR Distribuidora, por exemplo, foi possível por conta o da autorização pelo STF, em junho de 2019, para a venda de subsidiárias

sem o aval do Congresso. O exposto acima faz parte, não só de um plano de desinvestimentos da Petrobras, como também de uma política nacional instituída pelo governo, que tem como justificativa usar os recursos provenientes das alienações para reduzir a dívida e aumentar a capacidade de investimentos no pré-sal. Estas últimas alterações no panorama legal e no plano de negócios da companhia tornaram, então, a atuação da Petrobras muito mais voltada para interesses comerciais, não necessariamente estratégicos, do que já vinha sendo.

Somente a Petrobras consegue suprir o mercado doméstico de derivados com preços abaixo do mercado internacional e, ainda assim, obter níveis de lucro compatíveis com a indústria, para sustentar uma elevada curva de investimentos, que contribuem diretamente com aumento da renda e dos empregos no país¹¹⁰.

Cumprido destacar que, tecnicamente, o desinvestimento constitui uma operação jurídico-econômica, que envolve um conjunto de atos negociais voltados à alienação ou transferência onerosa, parcial ou total, de bens ou qualquer outra espécie de ativos, economicamente aferíveis, visando a reordenação, modernização, reequilíbrio ou reestruturação das atividades desenvolvidas pela respectiva entidade. Contrariamente, Coutinho, em artigo técnico, afirma que:

A Petrobrás não precisa vender ativos para reduzir seu nível de endividamento. Ao contrário, na medida em que vende ativos ela reduz sua capacidade de pagamento da dívida no médio prazo e desestrutura sua cadeia produtiva, em prejuízo à geração futura de caixa, além de assumir riscos empresariais desnecessários. A avaliação mostra o equívoco dessa escolha política e empresarial de alienação de ativos, e revela que ela é desnecessária. A alternativa proposta preserva a integridade corporativa e sua capacidade de investir na medida do desenvolvimento nacional e em suporte a ele. Enquanto garante a sustentação financeira, tanto pela redução da dívida, quanto pela preservação da geração de caixa a médio prazo.¹¹¹

Deve-se (i) viabilizar a transformação do petróleo em produtos com maior valor agregado; (ii) produzir o petróleo na medida do nosso desenvolvimento, para consumo interno

¹¹⁰ COUTINHO, Felipe. Refino e Política de Preços da Petrobrás, alerta aos presidenciais. **Associação dos Engenheiros da Petrobrás – AEPET**, Rio de Janeiro, 12 ago 2018. Disponível em: <<https://aepet.org.br/w3/index.php/conteudo-geral/item/2070-refino-e-politica-de-precos-da-petrobras-alerta-aos-presidenciais>>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

¹¹¹ COUTINHO, Felipe; ASSIS, J. Carlos de. Existe alternativa para reduzir a dívida da Petrobrás sem vender seus ativos. 2016. 3 f. Associação dos Engenheiros da Petrobrás – AEPET. Disponível em <<https://felipecoutinho21.wordpress.com/2016/10/>>. Acesso em 30 de outubro de 2019. p. 1.

em resposta a tantas necessidades não atendidas; (iii) restringir a exportação aos derivados de maior valor, de forma cuidadosa, planejada e responsável (iv) e utilizar a renda petroleira para alavancar a infraestrutura para a produção dos biocombustíveis e das energias renováveis¹¹².

Bercovici, sintetiza exemplarmente, ao afirmar que o Brasil, em seu processo de formação econômica, sempre oscilou entre duas grandes tendências e a exploração do pré-sal poderia conduzir o país tanto em uma, como em outra direção. Uma seria a constituição de um sistema econômico nacional, autônomo, e baseado na expansão do mercado interno, em um processo de desenvolvimento vinculado a reformas estruturais¹¹³.

Essa alternativa estaria sendo destruída pelo governo instaurado após o impedimento da presidente Dilma em 2016. A outra tendência consiste no modelo dependente ou associado, com preponderância das empresas multinacionais e do sistema financeiro internacional, dependente financeira e tecnologicamente e vinculado às oscilações externas da economia mundial.

¹¹² COUTINHO, Felipe. Velocidade da produção do pré-sal e capacidade de investimento da Petrobrás. **Associação dos Engenheiros da Petrobrás – AEPET**, Rio de Janeiro, 21 nov. 2018. Disponível em <<https://www.aepet.org.br/w3/index.php/conteudo-geral/item/2449-velocidade->>. Acesso em 31 de outubro de 2019.

¹¹³ BERCOVICI, Gilberto; COUTINHO, Felipe. Petrobrás é a maior vítima de fake news da História do Brasil. **Associação dos Engenheiros da Petrobrás – AEPET**, Rio de Janeiro, 26 ago. 2018. Disponível em <<https://jornalggn.com.br/crise/petrobras-e-a-maior-vitima-de-fake-news-da-historia-do-brasil-por-felipe-coutinho-e-gilberto-bercovici/>>. Acesso 31 de outubro de 2019.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 destaca-se por prever, em seu texto, uma política energética constitucional, articulando fontes e indústrias energéticas para atender à determinados objetivos constitucionalmente fixados. Estes objetivos estão previstos nos artigos 1º e 3º da Carta Magna, além do artigo 170, que conforma a ordem econômica constitucional, visando garantir a soberania energética nacional, a redução das desigualdades regionais e sociais, a valorização do trabalho humano e a proteção ao meio ambiente¹¹⁴.

Historicamente, conclui-se que as empresas estatais e as sociedades de economia mista foram utilizadas no país para impulsionar a industrialização e para o desenvolvimento nacional. É dizer, portanto, que as empresas estatais sempre foram instrumentos de política econômica, ou seja, serviam para satisfazer interesses públicos.

Nesse sentido, no segundo capítulo pudemos verificar que a terminologia “interesse público” pode possuir conteúdo jurídico e, quando analisada sob a égide da Constituição Federal de 1988 – de natureza dirigente –, o interesse público assume um cunho claramente desenvolvimentista, ao justificar a atuação do Estado em determinados setores da economia. Isto é, a redação apresentada no artigo 3º do texto constitucional permite a compreensão de que constitui uma obrigação estatal agir para garantir a superação do nosso subdesenvolvimento e dependência econômica de atores internacionais.

Em contraponto, alguns autores entendem que o conceito de interesse público seria vago, indeterminável, apresentando, inclusive, uma crítica ao princípio da supremacia do interesse público. Desta forma, enquanto alguns empregam o conceito de maneira equivocada para tentar justificar qualquer conduta da Administração Pública em prol do interesse público, o mesmo poderia ser feito invocando-se a proteção aos “direitos fundamentais”, ao argumentar que o interesse público só deve ser utilizado após uma análise de conveniência, com base na proporcionalidade e razoabilidade, visão defendida pelos autores da tese desconstrutivista da supremacia do interesse público. Essa dicotomia ocorre porque o

¹¹⁴ LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Constituição, energia e setor elétrico**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 42.

entendimento de que a Administração Pública deve se balizar para a satisfação de interesses públicos ou para a efetivação de direitos fundamentais são ambas construções teóricas de similar consistência normativa, por possuírem respaldo e concretude constitucional.

Em suma, a defesa do interesse público pode denotar uma preocupação com a efetivação de direitos sociais e coletivos, quando tratado como norte da Administração Pública na construção do modelo social de Estado de Direito, ao passo que também pode ser compreendido como parâmetro para a efetivação dos direitos fundamentais, com a concretização de direitos individuais. A diferença, portanto, entre tais construções - é de orientação política.

No terceiro capítulo, ao abordar a regulamentação jurídica das estatais, por meio dos claros avanços que a Lei nº 13.303/2016 instituiu, foi possível verificar a problemática gerada pelo artigo 29, XVIII e consequentemente pelo Decreto nº 9.188/2017. Em um contexto político de privatização de ativos públicos e empresas estatais, é esperável que o Supremo Tribunal Federal seja instado a se pronunciar e ocasionalmente promover a revisão da jurisprudência do Tribunal. Neste sentido, a decisão liminar do Ministro Lewandowski na esfera da ADI 5624, suspendendo os diversos processos de desestatização conduzidos pelo Poder Executivo à revelia do Poder Legislativo – ainda que superada em partes pelo Plenário – revela o tamanho da extensão do debate.

Assim, a necessidade de prévia autorização legislativa (específica ou genérica) para a ampliação – ou encolhimento – da participação do Estado na economia, nada mais é do que um instrumento delineado pelo constituinte para assegurar a participação de dois dos Poderes nas tomadas de decisão sobre temas de grande relevância nacional. Para tanto, é importante evidenciar a relevância do argumento, levantado no âmbito da ADI em tela, pelo princípio do paralelismo das formas, por entender que a necessidade de autorização legislativa é necessária para a criação, assim como deveria prevalecer para a alienação de empresas estatais e subsidiárias, garantido amplo debate.

Noutro giro, em linha com os dilemas apresentados envolvendo a supremacia do interesse público, os ministros Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso, assim como

parte dos doutrinadores, alegam que a Constituição Federal não exige autorização legislativa para a alienação do controle, mas apenas para a criação das empresas estatais, por constituírem exceção à previsão da livre iniciativa, significando o retorno ao status quo. Contudo, exigir que os poderes executivo e legislativo, em conjunto, decidam sobre a conveniência e necessidade da extensão ou redução de intervenção estatal na economia significa, em alguma medida, democratizar o debate. Desta forma, o processo decisório não ficaria restrito ao Executivo, perpassando também o entendimento dos representantes eleitos pelo povo brasileiro. É imprescindível, portanto, o acompanhamento da evolução da jurisprudência do STF para uma compreensão aprofundada do tema.

Para possibilitar a estabilidade democrática no país, deve-se fidelidade ao texto constitucional. Razão pela qual o princípio da separação dos Poderes foi elencado como cláusula pétrea, garantindo um modelo organizacional de Estado harmônico e com órgãos independentes entre si, contando com mecanismos de controle recíproco. Para garantir segurança jurídica aos investimentos no setor energético, principalmente em um contexto político neoliberal, faz-se fundamental o aprimoramento dos instrumentos jurídicos, programas de desinvestimento e dos processos competitivos, fundamentados nos princípios da Administração Pública, em especial a publicidade e a impessoalidade.

A provocação que se busca com o presente trabalho é a de que haja maior pragmatismo nas discussões jurídicas envolvendo os ativos estratégicos para o bem da soberania energética e nacional. Trata de questionamento se o Brasil, enquanto país singular e em desenvolvimento, suporta ou não um modelo no qual as leis e instrumentos jurídicos são produzidos às incertezas e a volatilidade do mercado, sem que haja um debate público aprofundado sobre o tema.

Neste sentido, são muitos os exemplos práticos, como os casos da Eletrobras, da Petrobras e de suas respectivas subsidiárias, abordados ao longo do quarto capítulo – deixando claro que não se trata de um caso isolado, mas um mecanismo que vem sendo reiteradamente utilizado pela Administração Pública. Ou seja, na medida em que a Petrobras e a Eletrobras são fatiadas, os agentes econômicos privados, enquanto acionistas, tendem a

buscar o lucro máximo, majorando, assim, os custos ao consumidor, o que restringe ainda mais o crescimento do mercado interno.

O desafio parece ser o enfrentamento da questão de modo a coibir, pela via institucional e nos termos da Constituição, procedimentos abusivos e ilegais, como a criação de subsidiárias com o objetivo de se proceder, em seguida, com alienação das ações, importando em alteração do controle societário. A tomada de decisão, para ser acertada, deve garantir a participação de órgãos e entidades da sociedade civil que desejem contribuir para o debate, sejam estas privadas ou públicas. Somente assim será possível garantir a maturação devida de iniciativas cujas deliberações e consequências serão sentidas pela população como um todo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do. **Privatização no Estado Contemporâneo**. São Paulo: Ícone, 1996.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O Direito Público em Tempos de Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BAER, Werner; MCDONALD, Curt. Um retorno ao passado? A privatização de empresas de serviços públicos no Brasil: o caso do setor de energia elétrica. **PLANEJAMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS - PPP**, n. 16, p. 5-38, ago. 1997. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/113>>. Acesso em agosto de 2019.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. 1151 p.

_____. **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

BARROSO, Luís Roberto. 20 anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes (Coord.). **Revista do Advogado: 20 anos da Constituição**. Ano XXVIII, n. 99. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Brasileira de 1988, as "constituições transformadoras" e o "novo constitucionalismo latino-americano". **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 26.

_____. A Decisão de Lewandowski e a Restauração da Legalidade. **Carta Maior**, São Paulo, 2 de julho de 2018.

_____. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 142, p. 35-51, abr. 1999.

_____. Bercovici: quanto privatizarem, tanto reestatizaremos. **Conversa Afiada**, 28 de agosto de 2017. Disponível em <<https://www.conversaafiada.com.br/economia/bercovici-quanto-privatizarem-tanto-reestatizaremos>>. Acesso em 15 de outubro 2019.

_____. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 61, p 5-24, 2004.

_____. **Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

_____. O Ainda Indispensável Direito Econômico. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de (Org.). **Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. **Petrobrás 2018: ataque privatista hipócrita e defesa nacionalista**. Disponível em <<https://jornalgggn.com.br/petroleo/petrobras-2018-ataque-privatista-hipocrita-e-defesa-nacionalista-por-felipe-coutinho>>. Acesso em: 15 de setembro de 2019.

_____. Soberania Econômica e Regime Jurídico do Capital Estrangeiro no Brasil. **Revista brasileira de estudos constitucionais**, Belo Horizonte, v. 5, n. 17, mar. 2011. p. 95-110.

_____; COUTINHO, Felipe. "Parceria estratégica" é novo codinome da privatização. Carta Maior, 23 de março de 2018.

_____. Petrobrás é a maior vítima de fake news da História do Brasil. **Associação dos Engenheiros da Petrobrás – AEPET**, Rio de Janeiro, 26 ago. 2018. Disponível em <<https://jornalgggn.com.br/crise/petrobras-e-a-maior-vitima-de-fake-news-da-historia-do-brasil-por-felipe-coutinho-e-gilberto-bercovici/>> . Acesso 31 de outubro de 2019.

_____; MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Econômica. **Boletim de Ciências Econômicas**, Coimbra, ano XLIX, p. 57-77, 2006.

_____. A problemática da Constituição Dirigente: Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 142, p. 35-51, abr. 1999.

BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 239, p. 1-32, jan. 2005.

BISPO, Lyvan. A aplicação do desinvestimento às sociedades de economia mista federais. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 mai. 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-18>>. Acesso em 10 de novembro de 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Termo de Compromisso de Cessação de Prática, Brasília, de 11 de junho de 2019. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?>. Acesso em 10 de outubro de 2019.

_____. Conselho Nacional de Política Energética – CNPE. Resolução CNPE nº 09, de 09 de maio de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 de maio de 2019.

_____. Conselho Nacional de Política Energética – CNPE. Resolução CNPE nº 16, de 24 de junho de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 de junho de 2019. Edição extra.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

_____. **Governo lança o “Novo Mercado do Gás”, um marco histórico para o Brasil**. Brasília: Ministério de Minas e Energia, 23 de julho de 2019. Disponível em <http://www.mme.gov.br/web/guest/pagina-inicial/outras-noticias/-/asset_publisher/32hLrOzMKwWb/content/governo-lanca-o-novo-mercado-do-gas-um-marco-historico-para-o-brasil>. Acesso em 20 de outubro de 2019.

_____. Decreto nº 9.188, 1º de novembro de 2017. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 de novembro de 2017.

_____. Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 de setembro de 2016.

_____. Lei nº 13.303, de 30 junho de 2016. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1º de julho de 2016.

_____. Mensagem nº 56, de 19 de janeiro de 2018. **Diário Oficial da União**, Presidência da República, Brasília, DF, 22 de janeiro 2018. Edição, 15, Seção 1, p. 1.

_____. **Programa de Parcerias de Investimentos**. Disponível em <<https://www.ppi.gov.br/>>. Acesso em novembro de 2019.

_____. **Relatório de Acompanhamento do andamento dos projetos prioritários do PPI em 2017**. Disponível em <https://www.ppi.gov.br/html/objects/_downloadblob.php?cod_blob=4988>. Acesso em 15 de setembro de 2019.

_____. Resolução nº 20, de 8 de novembro de 2017. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 09 de novembro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal, Plenário. **Ação direta de Inconstitucionalidade nº 1.649**. Min. Rel. Maurício Corrêa: Brasília, 24 de abril de 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Suspensão de Tutela Provisória nº 106/DF**. Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, julgado em 11 de janeiro de 2019.

_____. Tribunal de Contas da União. **Licitações e Contratos: orientações e jurisprudência do TCU**. 4. ed. Brasília: TCU, 2010, p. 577.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **A Reforma do estado dos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. (Cadernos MARE da reforma do estado, v. 1).

CALDAS, Geraldo Pereira. **Concessões de Serviços Públicos de Energia Elétrica face à Constituição Federal de 1988 e o Interesse Público**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 90-92, 165-167 e 222-223.

COUTINHO, Felipe. Eventos históricos da disputa pelo pré-sal e a renda petroleira. **Associação dos Engenheiros da Petrobrás – AEPET**, Rio de Janeiro, 24 abr. 2019. Disponível em <<https://www.aepet.org.br/w3/index.php/conteudo-geral/item/1631-eventos-historicos-da-disputa-pelo-pre-sal-e-a-renda-petroleira>>. Acesso em 31 de outubro de 2019.

_____. Refino e Política de Preços da Petrobrás, alerta aos presidenciais. **Associação dos Engenheiros da Petrobrás – AEPET**, Rio de Janeiro, 12 ago. 2018. Disponível em: <<https://aepet.org.br/w3/index.php/conteudo-geral/item/2070-refino-e-politica-de-precos-da-petrobras-alerta-aos-presidenciais>>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

_____. Velocidade da produção do pré-sal e capacidade de investimento da Petrobrás. **Associação dos Engenheiros da Petrobrás – AEPET**, Rio de Janeiro, 21 nov. 2018. Disponível em <<https://www.aepet.org.br/w3/index.php/conteudo-geral/item/2449-velocidade->>. Acesso em 31 de outubro de 2019.

_____; ASSIS, J. Carlos de. Existe alternativa para reduzir a dívida da Petrobrás sem vender seus ativos. 2016. 3 f. Associação dos Engenheiros da Petrobrás – AEPET. Disponível em <<https://felipecouthino21.wordpress.com/2016/10/>>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

CRISTÓVAM, Jorge Sérgio da Silva. O conceito de interesse público no estado constitucional de direito. **Revista da Escola Superior de Magistratura de Santa Catarina**, Florianópolis, v. 20, n. 26, p. 223-248, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Interesse público na contratação das entidades da Administração descentralizada. **Suplemento Jurídico da Procuradoria Jurídica do Departamento de Estradas e Rodagem**, São Paulo, v. 126, jan. 1987.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2003.

DIAS, José Luciano de Mattos; QUAGLINO, Maria Ana. **A questão do petróleo no Brasil**: uma história da PETROBRAS. Rio de Janeiro: CPDOC PETROBRAS, 1993. 211p.

ECCARD, Frederico. A importância da Eletrobras para o desenvolvimento do Setor Elétrico Brasileiro. **Monografias Premiadas: Eletrobras 50 anos**, Rio de Janeiro, p. 11-44, outubro de 2012.

ELETROBRAS. **Processo de Desestatização das Empresas de Distribuição**. Disponível em <<https://eletrobras.com/pt/Paginas/Processo-de-Desestatizacao-das-Empresas-de-Distribuicao.aspx>>. Acesso em 2 de outubro de 2019.

FERREIRA, Frederico de Oliveira. Regime de contratação na alienação de ativos por estatais. **JOTA**, 25 mai. 2019. Disponível em

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/regime-de-contratacao-na-alienacao-de-ativos-por-estatais-29052019>>. Acesso em agosto de 2019.

GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 2, mai. 2017.

GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais**: Comentários ao Regime Jurídico Licitatório e Contratual da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____(Org.). **Estatuto jurídico das empresas estatais**: Lei 13.303/16 – Lei das Estatais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LORENZO, Helena Carvalho de. O setor elétrico brasileiro: passado e futuro. **Perspectivas: Revista de Ciências Sociais**, v. 24/25, p. 147-170, 2001/2002. Disponível em <<https://periodicos.fclar.unesp.br/perspectivas/article/view/406>>. Acesso em setembro de 2019.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Constituição, energia e setor elétrico**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 31-57

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Funções Administrativas do Estado**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2014. p. 404-508. (Tratado de Direito Administrativo, volume 4).

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha de. Uma análise da tese desconstrutivista da supremacia do interesse público sobre o particular. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 23, 2014, João Pessoa. **A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no século 21**. João Pessoa: CONPEDI/UFPB, 2014. p. 594-611.

PARTIDO DO MOVIMENTO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO. **Uma ponte para o futuro**. Brasília: Fundação Ulysses Guimarães, 2015. Disponível em <http://pmdb.org.br/wp-content/uploads/2015/10/RELEASE-TEMER_A4-28.10.15-Online.pdf>. Acesso em outubro de 2019.

PETROBRAS. **Adaptação do Programa de Desinvestimentos à Sistemática aprovada pelo Tribunal de Contas da União**. Rio de Janeiro: Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras, 31 de março de 2017.

_____. **Desempenho da Petrobras no 3T19.** Disponível em <https://investidorpetrobras.com.br/ptb/15914/RMF3T19_Portugues_R_port.pdf>. Acesso em 1º de novembro de 2019.

PINTO JUNIOR, Helder Queiroz (Org.). **Economia da energia:** Fundamentos econômicos, evolução histórica e organização industrial. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

ROTSTEIN, Jaime. **Soberania e Política Energética.** Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1983. 222 p.

VIEIRA, José Paulo. **Antivalor – um estudo da energia elétrica:** Construída como Antimercadoria e Reformada pelo Mercado nos Anos 1990, São Paulo, Paz e Terra, 2007. p. 145-196 e 243-296.