

**CESCON
BARRIEU**

INFORMA

INFRAESTRUTURA E PROJECT FINANCE

CESCON, BARRIEU, FLESCH & BARRETO ADVOGADOS

São Paulo | Rio de Janeiro | Belo Horizonte | Brasília | Salvador

www.cesconbarrieu.com.br

STF decide sobre alienação de controladas de empresas estatais, e outras notícias

STF decide sobre alienação de controladas de empresas estatais. O Supremo Tribunal Federal, em 06/06/2019, decidiu que empresas estatais podem vender ações de subsidiárias em processo competitivo que observe os princípios da administração pública do Art 37 da Constituição (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), sem licitação em termos formais.

Como consequência dessa decisão plenária, o Ministro Edson Fachin liberou a venda de ações da Transportadora Associada de Gás em decisão monocrática que revogou sua liminar anterior.

Não houve um voto vencedor único, mas chegou-se a um voto médio entre os ministros para o resultado. Votaram pela manutenção da liminar os Ministros Ricardo Lewandowski, Edson Fachin e Marco Aurélio Mello; pela manutenção parcial da liminar os Ministros Carmem Lúcia, Rosa Weber, Gilmar Mendes e Dias Toffoli e votaram contra liminar os Ministros Alexandre de Moraes, Luis Roberto Barroso, Luiz Fux e Celso de Mello.

O resultado anunciado pelo Presidente Ministro Dias Toffoli estabeleceu que: a alienação do controle de empresa mãe (diretamente controlada pela União) requer autorização legislativa e licitação pública. Já a alienação do controle de subsidiárias não requer autorização legislativa nem licitação, desde que sejam seguidos procedimentos que observem os princípios constitucionais da administração pública e que envolvam um processo competitivo (mas não uma licitação em sentido estrito).

A disputa tem origem na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5624 contra o artigo 29, XVIII da Lei 13.303, o Estatuto das Estatais, que permite a empresas estatais vender ações com dispensa de licitação pública. Tal dispositivo foi regulamentado pelo Decreto 9.188, que prevê um procedimento competitivo de adoção facultativa pelas empresas estatais, com fases de entrega de ofertas não vinculantes, ofertas vinculantes, negociação com o primeiro colocado e assinatura do contrato, após a obtenção de uma fairness opinion (carta de assessor financeiro atestando o valor justo da operação).

Cautelar de junho/2018 – Ministro Ricardo Lewandowski

Em 27/06/2018, o Ministro Ricardo Lewandowski havia concedido cautelar determinando a necessidade de prévia autorização legislativa para a alienação de controle por quaisquer entes governamentais (inclusive controle indireto). Também decidiu que a venda de ações só pode ser realizada com dispensa de licitação quando não resultar na perda do controle acionário pelo ente estatal.

Liminar de maio/2019 – Ministro Edson Fachin. Em 24/05/2019, o Ministro Edson Fachin acolheu pedido para interromper a venda de ações de controle pela Petrobras na Transportadora Associada de Gás S.A. (“TAG”). A operação de alienação havia sido assinada, aguardando apenas aprovações regulatórias e as condições para a conclusão. O Ministro Edson Fachin sustentou que a alienação, no formato realizado, violaria a cautelar emitida pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

Primeiro dia de votação. A deliberação iniciou-se em 31/05/2019 com a leitura de relatórios a sustentação oral de entidades de interesse. A segunda sessão ocorreu em 05/06/2019, em que foram proferidos 4 votos sobre questão em tese do desinvestimento por empresas públicas, não sendo discutida diretamente a venda da TAG.

No voto de abertura, o Ministro Lewandowski esclareceu que, apesar de sua liminar exigir autorização legislativa e licitação para a venda de controle sobre subsidiárias de empresas estatais, a liminar não havia mencionado que seria necessária autorização legislativa específica para cada desinvestimento. O Ministro também esclareceu que a liminar não define o procedimento licitatório específico que deve ser utilizado.

Em seguida, apresentou voto o Ministro Alexandre de Moraes, manifestando-se que, quando as leis de criação das estatais permitem a criação das subsidiárias, elas permitem também a venda do controle sobre as subsidiárias. Manifestou-se também pela desnecessidade de licitação nos casos de controle sobre subsidiárias, desde que o processo de venda assegurasse isonomia, competitividade e transparência.

Na sequência, o Ministro Edson Fachin, manteve seu entendimento anterior, sustentando a necessidade de autorização legislativa (ainda que genérica) e licitação de acordo com a lei do Plano Nacional de Desestatização (com leilão em bolsa).

O último voto do dia, do Ministro Luís Roberto Barroso, postulou pela desnecessidade de autorização legislativa e pela desnecessidade de licitação. O Ministro defendeu que a criação de sociedade de economia mista e subsidiárias representa intervenção do Estado na ordem econômica, cuja regra é a livre iniciativa, e deve ser realizada de forma excepcional. Por isso, dependem de lei nos termos da Constituição. Ao revés, a saída representa um retorno à situação-base, de não-intervenção. Portanto, a alienação de controladas ou de sociedades de economia mista (constitucionalmente) não exigiria nenhum tipo de autorização legislativa, mesmo que o Congresso tivesse estabelecido procedimentos para tanto (como é o caso da Lei do Plano Nacional de Desestatização).

Segundo dia de votação. Em 06/06/2019, a sessão foi retomada com o voto da Ministra Carmem Lúcia, que referendou em parte o voto do Ministro Ricardo Lewandowski. A Ministra entende que não é necessária lei específica para constituir cada subsidiária, então, pelo paralelismo das formas, tampouco seria necessária lei específica para alienar cada subsidiária. A Ministra diferencia, de um lado, as subsidiárias e controladas de empresas estatais e, de outro, as empresas diretamente controladas pela União, para as quais entende ser necessária lei específica.

A Ministra sustentou que é necessário processo licitatório, mas que há vários procedimentos possíveis no Brasil. Entendeu que a fiscalização do TCU possui função de balizar processos licitatórios, que devem obedecer aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, eficiência e moralidade.

O Ministro Luís Roberto Barroso, em manifestação pontual, sustentou que o Decreto 9.188 de 2017, que regulamenta o processo de venda de ações de controladas, satisfaz os requisitos constitucionais para procedimentos licitatórios, uma vez que privilegia a competitividade ao procedimento. O Ministro Alexandre Moraes concordou com o enfoque na competitividade ao passo que o Ministro Ricardo Lewandowski discordou e afirmou que o Decreto era incompatível com a Lei do Plano Nacional de Desestatização).

A Ministra Rosa Weber referendou em parte a liminar, mas esclareceu que um procedimento licitatório que resguarde os princípios competitivos seria aceitável, até porque já passaram pelos órgãos de controle (TCU).

O Ministro Luiz Fux pautou seu voto no princípio da eficiência e afirmou que o engessamento das empresas estatais não foi bem-sucedido no Brasil. Segundo o Ministro, a exploração econômica pelo Estado é exceção. Por este motivo, a Lei 13.303 (Estatuto das Estatais) é a lei própria para a gestão e alienação das subsidiárias. O Ministro se mostrou a favor da flexibilização dos processos nas empresas estatais e que o TCU aprovou essa forma de desinvestimento mais flexível. O Ministro Luiz Fux defendeu que o desinvestimento não é desestatização, e deve ser assunto de governança interna da empresa estatal.

O Ministro Gilmar Mendes defendeu que a atuação do Estado na economia se restringir a suprir deficiências do mercado e das empresas privadas – princípio da subsidiariedade. No entanto, o Ministro recuperou a jurisprudência do Tribunal e manifestou entendimento de que é necessária uma autorização legislativa para alienação de controle das empresas diretamente controladas pela União. Bem assim, a autorização legislativa deve ser exigida para entrada do Estado na economia. No caso das empresas indiretamente controladas, entende que possa haver autorização genérica para criação e alienação de seu capital social. O Ministro também votou para dispensar a licitação pública e exigir que os processos de venda de subsidiária obedeçam aos princípios constitucionais.

O Ministro Marco Aurélio Mello acompanhou o relator em breve voto. O Ministro Celso de Mello interpretou as autorizações legislativas como faculdades do Poder Executivo de criar e, depois de criadas, de extinguir subsidiárias.

O Ministro Toffoli, em manifestação breve, votou para referendar parcialmente a necessidade de ser necessária somente uma autorização genérica para criação e alienação de subsidiárias. E acompanhou os ministros Alexandre de Moraes e Celso Mello no aspecto licitatório pela desnecessidade de um processo licitatório desde que houvesse um processo competitivo e aderente aos princípios da Administração Pública.

PPI qualifica novos projetos. O Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos (“PPI”) aprovou, em 08/05/2019, a qualificação de 59 projetos de concessões e privatizações. Os projetos incluem aeroportos, trechos rodoviários, arrendamentos portuários, projetos na área de óleo e gás e volumes de excedentes do regime de cessão onerosa, e a privatização da Companhia Brasileira de Trens Urbanos e da Empresa de Trens Urbanos de Porto Alegre. As deliberações da reunião devem seguir para confirmação por decreto presidencial.

Medida Provisória amplia competência do PPI e prevê nova forma de contratação pelo BNDES. O Governo Federal, por meio da [Medida Provisória nº 882](#) (“mp 882”), publicada em 03/05/2019, ampliou as competências da Secretaria do PPI e regulou a contratação de assessoria pelo BNDES para estruturação de concessões e desestatizações. Passam a ser qualificáveis pelo PPI as obras e serviços de engenharia de interesse estratégico. Além disso, o PPI acumula as atribuições de promover a integração entre os modais logísticos e de harmonizar a política nacional de transportes com as políticas de transportes dos demais entes.

A MP 882 também prevê hipótese de contratação do BNDES para estudos técnicos para parcerias e desestatizações. O BNDES, por sua vez, poderá contratar assessoria para esses estudos, mediante julgamento por melhor técnica e preço ou melhor técnica, ou pelo processo de colação. Este consistirá no envio de consulta a três ou mais profissionais, empresas ou entidades de elevada especialização técnica, que atendam a requisitos de habilitação em função de experiência anterior. O BNDES deverá divulgar, em sítio eletrônico oficial ou em outro meio apto a lhe dar publicidade, o interesse em obter propostas adicionais.

A MP também amplia as competências do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) e das administrações portuárias. Caberá ao DNIT: (i) propor, em conjunto com a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a implementação de medidas necessárias à destinação dos ativos operacionais ao término de arrendamentos e; (ii) executar obras e serviços de engenharia em portos organizados. A administração portuária também teve seus poderes estendidos a fim de promover infraestrutura de proteção e acesso ao porto. A MP 882 já se encontra vigente desde a publicação e deverá ser convertida em lei até 30/08/2019, sob pena de perda da eficácia

Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul aprova fim de plebiscito para privatização da CEEE, Sulgás e CRM. A Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul aprovou, em 07/05/2019, o fim do requisito de plebiscito para privatização de três de suas estatais: a Companhia Estadual de Energia Elétrica - CEEE, Sulgás – Companhia de Gás do Estado do Rio Grande do Sul e a Companhia Riograndense de Mineração. Para que seja realizada a privatização das empresas, será necessária aprovação legislativa.

Copel retoma estudos para privatização da Copel Telecom. A Companhia Paranaense de Energia (Copel), em 17/04/2019, [comunicou ao mercado](#) a continuidade dos estudos sobre a alienação do controle da sua subsidiária de telecomunicações, a Copel Telecomunicações S.A. (Copel Telecom).

Município de São Paulo adia licitações. O Município de São Paulo adiou para 20/05/2019 a entrega de propostas comerciais para a concessão da [Zona Azul](#) – sistema de estacionamento rotativo da capital paulista. Já a sessão de entrega de proposta para a privatização da [São Paulo Turismo S.A - SP Turis](#) – empresa que administra o Complexo do Anhembi – foi adiada para 11/06/2019.

Município de São Paulo divulga consulta pública para a concessão de mercados. O Município de São Paulo divulgou, em 23/04/2019, [consulta pública](#) para a concessão do Mercado Municipal de São Paulo (Mercadão) e do Mercado Kinjo Yamato, localizados na capital paulista. O edital prevê que a concessionária será responsável pela restauração, reforma, operação e manutenção dos mercados por 25 anos.

Município de Teresina publica Edital para PPP de iluminação pública. O Município de Teresina publicou edital para a concessão administrativa de iluminação pública. A sessão pública será realizada no dia 06/08/2019. São exigidas, como condição de habilitação comprovação de realização de investimento em infraestrutura em valor mínimo de R\$120 milhões e comprovação de operação de parque de iluminação pública com 43.500 pontos. O Contrato prevê a modernização de 100% dos pontos de iluminação em 2 anos e banco de pontos de até 2.750 pontos, mais 440 pontos anuais. A modelagem prevê a criação de uma conta vinculada que receberá a receita da Contribuição de Iluminação Pública (CIP) – cobrada juntamente com a conta de energia elétrica – cujos recursos serão utilizados para pagamento ao concessionário. A estrutura de contas também prevê uma

conta reserva com saldo mínimo de 3 contraprestações mensais. O Cescon Barrieu integra o consórcio que assessora o BNDES na modelagem dessa PPP. Consulte [aqui](#) os documentos da licitação.

Senado aprova PL que altera o marco regulatório do saneamento básico. O Senado aprovou no dia 06/06/2019 o Projeto de Lei nº 3.261/2019 (“PL 3.261”). O PL 3.261, apresentado pelo Senador Tasso Jereissati, tem como base a minuta de conversão da Medida Provisória nº 868/2018 (“MP 868”), que perdeu efeitos em 03/06/2019. Após a aprovação do Senado, o PL 3.261 será encaminhado para a Câmara.

Dentre as principais alterações com relação ao texto de conversão da MP 868, destacamos as seguintes: (i) o projeto de lei não prevê a instituição de competência à Agência Nacional de Águas para estipular normas de referência –a instituição dessa atribuição deverá ser objeto de projeto de lei de iniciativa do Executivo (por ter origem no Senado, o projeto não pode alterar a estrutura da Administração Pública); e (ii) foram estendidos por um ano os prazos para disposição final ambientalmente adequada de resíduos sólidos.

CNPE e MME avançam quanto ao leilão de excedentes da cessão onerosa. O Conselho Nacional de Políticas Energéticas (“CNPE”) aprovou, por meio da [Resolução nº 5/2019](#), de 09/04/2019, a revisão objeto da minuta do Aditivo ao Contrato de Cessão Onerosa celebrado entre a União e a Petrobras. Em decorrência dessa revisão, a União ressarcirá a Petrobras em US\$ 9 bilhões, em uma única parcela. Em 17/04/2019, por meio da [Resolução nº 06/2019](#), o CNPE fixou os parâmetros técnicos e econômicos do leilão do excedente da cessão onerosa, que ainda dependem de aprovação pelo TCU. A previsão é de que esse leilão ocorra em 28/10/2019. Na sequência, o MME, por meio da [Portaria nº 213/2019](#), de 23/04/2019, definiu as seguintes regras e premissas para compensação da Petrobras pelos investimentos realizados nas áreas que serão objeto do leilão do excedente da cessão onerosa: o cálculo será realizado pelo diferimento da produção do volume contratado em regime de cessão onerosa, decorrente da assinatura dos contratos de partilha de produção, de forma a maximizar o Valor Presente Líquido da União (VPL) e manter o VPL da Petrobras, calculado com base na data de assinatura dos contratos de Partilha; no cálculo da compensação deverá ser considerado o preço do barril de petróleo a US\$72/bbl e o do gás natural a US\$5 por milhão de BTUs.

Petrobras avança seus projetos de desinvestimento. A Petrobras publicou as novas diretrizes para a gestão de seu portfólio, que consideram a venda de ativos, com destaque para o seguimento de refino e distribuição. Os desinvestimentos relacionados às refinarias possibilitarão o reposicionamento do portfólio da Petrobras em ativos de maior rentabilidade, bem como aumentar a competição do seguimento no Brasil.

Em 11/06/2019, a Petrobras celebrou com o CADE um Termo de Compromisso de Cessação (TCC) referente à sua posição de suposto abuso econ mico no setor de refino. O TCC encerra investigação do CADE a respeito do tema, sem configurar admissão de culpa pela Petrobras. Como resultado, a Petrobras se comprometeu a vender 8 de suas 13 refinarias, correspondente a cerca de 50% da capacidade de refino brasileira. O acordo prevê que algumas refinarias não poderão ser adquiridas pelo mesmo comprador: (1) Refinaria Landulpho Alves e Refinaria Abreu e Lima; (2) Refinaria Presidente Getúlio Vargas e Refinaria Alberto Pasqualini; e (3) Refinaria Gabriel Passos e Refinaria Landulpho Alves. Não há restrições para Refinaria Isaac Sabb  e Lubrificantes e Derivados de Petróleo do Nordeste. A venda de suas refinarias já houvera sido reformatada ao longo de 2019 e se espera que esse acordo concorrencial acelere o processo de venda.

Ao longo do mês de maio de 2019, a Petrobras informou que deu início à etapa de divulgação da oportunidade para a venda integral de sua participação na Companhia MEGA S.A, empresa argentina que processa gás natural e líquidos derivados, e da Breitener Energética S.A., empresa possuidora de duas Unidades Termoelétricas. Por meio de comunicado publicado em 10/05/2019, informou, também, sobre o início da fase não vinculante referente à venda da Liquigás Distribuidora S.A, na qual os interessados que assinaram Acordo de Confidencialidade receberão informações mais detalhadas do ativo.

No mesmo contexto, em 22/05/2019, a Petrobras comunicou que seu Conselho de Administração aprovou o modelo de venda adicional da participação detida na Petrobras Distribuidora (BR) através de uma oferta pública secundária de a es.

Este boletim apresenta um resumo de alterações legislativas ou decisões judiciais e administrativas no Brasil. Destina-se aos clientes e integrantes do Cescon, Barrieu, Flesch & Barreto Advogados. Este boletim não tem por objetivo prover aconselhamento legal sobre as matérias aqui tratadas e não deve ser interpretado como tal.

Para informações, entrar em contato com:

Mauricio Teixeira dos Santos

D +55 21 2196 9212

mauricio.santos@cesconbarrieu.com.br

Roberto Mario Amaral Lima Neto

D +55 11 3089 6548

roberto.lima@cesconbarrieu.com.br

Karin Yamauti Hatanaka

D +55 11 3089 6724

karin.yamauti@cesconbarrieu.com.br

Rafael Baptista Baleroni

D +55 21 2196 9229

rafael.baleroni@cesconbarrieu.com.br

Cristina de Freitas Bueno

D +55 11 3089 6599

crisrina.bueno@cesconbarrieu.com.br

Fernando de Melo Gomes

D +55 11 3089 6532

fernando.gomes@cesconbarrieu.com.br

Alécia Paolucci Nogueira Bicalho

D +55 11 3089 5881

alecia.bicalho@cesconbarrieu.com.br

CESCON, BARRIEU, FLESCH & BARRETO ADVOGADOS

SÃO PAULO | RIO DE JANEIRO | BELO HORIZONTE | BRASÍLIA | SALVADOR

www.cesconbarrieu.com.br