

VOTO

O Senhor Ministro Edson Fachin (Relator): A reclamação é o instrumento previsto pela Constituição, em seu artigo 102, I, *l*, para a preservação da competência do Supremo Tribunal Federal e garantia da autoridade de suas decisões. Nesse último caso, a decisão deve ter sido proferida com efeitos vinculantes, ou prolatada no caso concreto.

A partir da vigência da EC 45/2004, também passou a ser cabível o ajuizamento de reclamação por violação de Súmula Vinculante (art. 103-A, § 3º, da CF/88).

Esta ação foi a mim distribuída por prevenção, tendo em vista o julgamento liminar proferido na Rcl 33.292.

Na presente reclamação, alega-se que, ao anunciar o desejo de alienar todos os ativos de refino ao mercado, a empresa reclamada atua em flagrante divergência da conclusão desta Casa quando do julgamento da medida cautelar na ADI nº 5.624, da Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.

Aduzem os reclamantes que a intenção da Petrobras é criar subsidiárias para “fatiar” os ativos estratégicos e colocá-las à venda direta no mercado, situação que contorna a decisão paradigma “desviando-se de qualquer controle do órgão democrático e representativo da população” resultando em um “esvaziamento do papel congressional na deliberação sobre os bens de domínio da União (art. 48, inciso V, CF/88) (eDoc1, pp. 7 e 11).

A alegação da União de que essa questão já teria sido enfrentada nas Reclamações n. 33.292 e 34.549 (eDOC 16) não procede, porque a causa de pedir dessas reclamações era a medida liminar concedida monocraticamente pelo relator, Min. Ricardo Lewandowski. Por isso, como a medida liminar não foi integralmente referendada, as reclamações foram extintas.

No julgamento da medida cautelar na ADI 5.624, esta Corte concluiu:

“MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONCESSÃO PARCIAL MONOCRÁTICA. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. ART. 29, CAPUT, DA LEI 13.303/2016. VENDA DE

ações. ALIENAÇÃO DO CONTROLE ACIONÁRIO DE EMPRESAS PÚBLICAS, SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA OU DE SUAS SUBSIDIÁRIAS E CONTROLADAS. NECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA E DE LICITAÇÃO. VOTO MÉDIO. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE PELO PLENÁRIO.

I – A alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista exige autorização legislativa e licitação pública.

II – A transferência do controle de subsidiárias e controladas não exige a anuência do Poder Legislativo e poderá ser operacionalizada sem processo de licitação pública, desde que garantida a competitividade entre os potenciais interessados e observados os princípios da administração pública constantes do art. 37 da Constituição da República.

III – Medida cautelar parcialmente referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.”

Em relação as suas subsidiárias ou controladas, autorizou-se a venda sem a necessidade de licitação e prescindível a anuência do Poder Legislativo.

No entanto, a Constituição da República, no artigo 37, XIX, explicitou que somente por lei específica poderá ser autorizada a instituição de empresa pública e de sociedade de economia mista. Prevê, também, no artigo 37, inciso XX, ser indispensável a autorização legislativa para criação das respectivas subsidiárias, bem como a participação de qualquer delas em empresa privada.

No julgamento da medida cautelar, ponderou-se que essa autorização para a criação de subsidiárias estaria prevista no art. 64 da Lei n.º 9.478/97 para o “estrito cumprimento de atividades de seu objeto social que integrem a indústria do petróleo”. Eis a finalidade legal de criação de subsidiárias. Em vários momentos do debate, ponderou-se sobre o risco de desvio:

- O senhor Ministro Alexandre de Moraes - (...)Eu volto a insistir, todas as subsidiárias, não há subsidiária autorizada expressamente pelo Congresso Nacional. O Congresso poderia se quisesse, ou isso é um instrumento de gestão? O Congresso dá autorização genérica; e a finalidade é manter a empresa-mãe.

(...)

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR)
- Eu quero pontuar também que, em nenhum momento, na minha liminar, eu disse isso. Agora, o que também é causa de preocupação, o que também já foi trazido a este Relator, é o perigo de se fatiar uma empresa de primeiro grau, uma estatal, uma empresa pública ou de economia mista, de tal maneira a ir criando subsidiárias até se esvaziar completamente o patrimônio dessa empresa. É uma forma de desfazer-se dela contornando a exigência, uma, de autorização legal, outra, de eventualmente desencadeamento do processo licitatório, etc. Então, são questões interessantes.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES – Ministro Lewandowski, permite-me um aparte do meu aparte mesmo? Concordo com Vossa Excelência. Neste caso, haveria um desvio de finalidade em relação à autorização genérica.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR)
- Exatamente isso.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Aí é patologia!

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR)
- Perfeito. Então, isso é preciso ficar bem claro depois. Em nenhum momento, se nós adotarmos essa tese de que pode haver uma autorização genérica que crie e também, em decorrência disso, viermos a admitir que a lei pode genericamente estabelecer determinadas condições, como fez a Lei 9.491, nós devemos deixar bem claro que, eventualmente, o fatiamento de uma empresa estatal mediante a criação de subsidiárias controladas ou a venda de participações nessas entidades de molde a esvaziar completamente o patrimônio da empresa-mãe, como chama Vossa Excelência, ou de primeiro grau, isto representará um desvio de finalidade.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Destruindo a empresa-mãe. Se destruir a empresa-mãe, seria, a meu ver, desvio de finalidade. (p. 51-53)

E no voto da Ministra Rosa Weber:

Vale dizer, não se exige, data venia, na minha compreensão, lei específica para cada caso de criação – ou extinção - de subsidiária, desde que haja autorização legislativa genérica, ainda que, por óbvio, necessária autorização específica se inexistente a genérica na lei autorizadora da criação da empresa estatal matriz e ressalvada sempre a hipótese de eventual patologia no fatiamento de estatais, a caracterizar intolerável desvio de finalidade. (p.157)

Esse desvio, se ocorrer, não será explícito ou mesmo doloso. Mas, entre a alienação do controle acionário, para a qual, nos termos do paradigma, se exige autorização específica, e a transferência do controle de subsidiárias, que a dispensa, há outros tantos atos que se inserem numa zona cinzenta, uma zona de aparente exceção, que tenta escapar da norma. E assim descreve o reclamante os atos reclamados:

É que no dia 28 de junho de 2019, a Petrobras informou que foi iniciada a etapa de divulgação de quatro oportunidades de desinvestimentos (Teasers), referentes à alienação de participação em refino e logística no País: Landulpho Alves (RLAM) na Bahia, Abreu e Lima (RNEST) em Pernambuco, Presidente Getúlio Vargas (REPAR) no Paraná e Alberto Pasqualini (REFAP) no Rio Grande do Sul, assim como seus ativos logísticos correspondentes.

Em 13 de setembro de 2019, continua a divulgação de Teasers de refino e logística, abrangendo desta vez: Refinaria Gabriel Passos (REGAP) em Minas Gerais, Refinaria Isaac Sabbá (REMAN) no Amazonas, Lubrificantes e Derivados de Petróleo do Nordeste (LUBNOR) no Ceará e Unidade de Industrialização do Xisto (SIX), assim como seus ativos logísticos correspondentes.

O modelo prevê a criação de empresas subsidiárias, reunindo ativos da região Nordeste e Sul do país. A Petrobras pretende vender 100% de sua participação acionária a partir da criação dessas novas empresas.

As vendas, segundo a empresa, fariam parte do reposicionamento estratégico nos segmentos de refino, transporte e logística em linha com o Plano Estratégico e Plano de Negócios e Gestão, que prevê o estabelecimento de desinvestimentos em ativos da empresa.

Segundo a Petrobras, a divulgação ao mercado está alinhada com a “Sistemática para Desinvestimentos”, que por sua vez estaria supostamente adequada ao regime especial de desinvestimento de ativos pelas sociedades de economia mista federais, previsto no Decreto nº 9.188/2017 e à Lei 13.303/16 (Lei das Estatais).

Segundo o modelo de venda apresentado nas oportunidades de investimentos, a Petrobras criaria em primeiro lugar uma subsidiária. Depois, transferiria parte dos ativos da controladora para a subsidiária criada. Finalmente, venderia, sem o devido processo licitatório e sem autorização do Congresso Nacional, o controle dessa subsidiária aos compradores interessados submetidos a um processo de escolha conduzido por um banco internacional.

O Citigroup Global Markets Assessoria Ltda. – Citi será o assessor financeiro exclusivo da transação. Qualquer potencial Comprador interessado em participar do processo deverá notificar formalmente o Citi sobre seu interesse, mediante informações de contato, bem como

enviar as informações de suporte atestando sua conformidade com todos os critérios de elegibilidade

Essa estratégia teria sido admitida em Contestação apresentada pela Petrobrás nos autos da Ação Popular n.º 5062626-34.2019.4.02.5101:

“No caso, o processo é de venda de quatro refinarias com sua logística associada (RNEST, RLAM, REFAP e REPAR).

O modelo, portanto, passa a ser o seguinte:

Em um primeiro momento, a Petrobras criaria quatro subsidiárias integrais para o recebimento dos ativos relativos a cada um dos clusters. Tal como aconteceria no projeto anterior, para cada refinaria será constituído um cluster representado por meio de uma subsidiária integral da Petrobras.

Em um segundo momento, a Petrobras irá alienar 100% das ações representativas do capital social das referidas subsidiárias integrais para o terceiro selecionado por meio de processo competitivo.”(eDOC 6, p. 22-23)

Ou seja, ao menos em juízo de cognição sumária, a criação da subsidiária não serve “ao estrito cumprimento de atividades de seu objeto social que integrem a indústria do petróleo”. Ao contrário. Serve apenas à venda dos ativos da empresa-mãe.

Não se está afirmando que essa venda não seja possível, necessária ou desejável dentro do programa de desinvestimentos da empresa, mas que essa ação depende do necessário crivo do Congresso Nacional e procedimento licitatório.

Aqui, penso ser sintomático que seja o próprio Congresso Nacional – que supostamente teria dado essa autorização genérica – a reclamar que essa autorização não vale para o que se pretende fazer. Ou seja, ainda que seja possível a autorização genérica, ela precisa ser inequívoca.

Dessa forma, entendo não ser possível a livre criação de subsidiárias com o consequente repasse de ativos e posterior venda direta no mercado. Como trouxe a peça inaugural desta ação “ *A falta de critérios balizadores quanto à liberdade de conformação empresarial em relação às subsidiárias abre espaço para um cenário de fraude, resultando em um esvaziamento do papel congressual na deliberação sobre os bens de domínio da União* ” (eDoc 1, p. 11).

Zelar pelos dos bens pertencentes à União e a disponibilidade destes é atribuição do Congresso Nacional, sendo obrigatória sua participação para sustar atos que exorbitem o poder regulamentar do Poder Executivo, nos termos dos arts. 48 e 49 da Constituição.

Se o refino do petróleo é monopólio da União (art. 177, II), ainda que este possa ser exercido por terceiros (art. 177, §1º), que não necessariamente a Petrobrás (art. 53 da Lei n.º 9.478), a importância da atividade ensejou a preocupação constitucional com o devido processo legal na disciplina quanto ao seu regime.

E o arranjo institucional da Constituição demanda, afinal, a independência e harmonia entre os Poderes (art. 2º), que se faz por meio dos seus freios e contrapesos:

“A separação dos poderes pretende, ao mesmo tempo, limitar e legitimar o poder estatal.

Seu objetivo fundamental é preservar a liberdade individual, combatendo a concentração de poder, isto é, a tendência ‘absolutista’ de exercício do poder político pela mesma pessoa ou grupo de pessoas. A distribuição do poder entre órgãos estatais dotados de independência é tida pelos partidários do liberalismo político como garantia de equilíbrio político que evita ou, pelo menos, minimiza os riscos de abuso de poder. O Estado que estabelece a separação dos poderes evita o despotismo e assume feições liberais. Do ponto de vista teórico, isso significa que na base da separação dos poderes encontra-se a tese da existência de nexos causal entre a divisão do poder e a liberdade individual.”

Esse objetivo é buscado de duas formas:

Primeiro, impondo a colaboração e o consenso de várias autoridades estatais na tomada de decisões. Segundo, estabelecendo mecanismos de fiscalização e responsabilização recíproca dos poderes estatais, conforme o desenho institucional dos freios e contrapesos. ” (DIMOULIS, Dimitri. Significado e atualidade da separação dos poderes. In: AGRA, Walber; CASTRO, Celso L; TAVARES, André R. (coord.) *Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio*. Belo Horizonte: Forum, 2008, p. 143-161, p. 145-146, g)

Ressalto que, tanto na presente Reclamação como na decisão paradigma, está-se diante de um juízo de cognição sumária, a demandar a ponderação em relação ao perigo de dano irreparável – revelado pela iminência de alienação dos ativos, que poderá futuramente ser realizada, sendo, portanto, reversível – e a probabilidade do direito – que indicia o desvio de finalidade na criação da subsidiária, não para a realização do objeto social, mas para a mera venda de ativos da empresa-mãe.

Ao contrário do que afirma a União (eDOC 16, p.7), é possível a instrução no âmbito da ADI, assim como o contraditório poderá infirmar essa conclusão na Reclamação.

O diálogo processual servirá a fomentar, enfim, o necessário diálogo institucional e preencher a carência referente ao debate democrático da questão constitucional que o dissenso entre os atores políticos, ora partes, evidenciou.

Destarte, defiro a liminar, nos termos dos arts. 300 e 989, II, do CPC, para, até o julgamento do mérito desta reclamação, suspender a criação e a alienação de subsidiárias com o desmembramento da empresa-matriz com o simples intuito de alienação dos ativos.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta do voto 18/09/2020