

MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO 42.576 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. EDSON FACHIN
RECLTE.(S)	: MESA DO CONGRESSO NACIONAL
RECLTE.(S)	: MESA DO SENADO FEDERAL
ADV.(A/S)	: THOMAZ HENRIQUE GOMMA DE AZEVEDO E OUTRO(A/S)
RECLTE.(S)	: MESA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS
ADV.(A/S)	: ALEXANDRE SANKIEVICZ
RECLDO.(A/S)	: PETROLEO BRASILEIRO S A PETROBRAS
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTACAO NOS AUTOS
BENEF.(A/S)	: FEDERACAO NACIONAL DAS ASSOCIACOES DO PESSOAL DA CEF
BENEF.(A/S)	: CONFEDERACAO NACIONAL DOS TRABALHADORES DO RAMO FINANCEIRO
ADV.(A/S)	: LUIS OTTAVIO CAIXETA DE ARAUJO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: PARTIDO DEMOCRATICO TRABALHISTA
ADV.(A/S)	: WALBER DE MOURA AGRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
ADV.(A/S)	: JULIO CESAR BUENO
ADV.(A/S)	: VICENTE COELHO ARAUJO
ADV.(A/S)	: LIVIA CALDAS BRITO
ADV.(A/S)	: LUCAS SANTOS DE SOUSA

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (VOTO-VOGAL): Trata-se de medida cautelar em reclamação, inicialmente autuada como petição conjunta de tutela de urgência incidental que havia sido apresentada pelas Mesas do Congresso, do Senado e da Câmara dos Deputados nos autos da ADI 5.624.

Na referida petição, os órgãos autônomos sustentam que, após a decisão do STF de 6.6.2019, em que o Tribunal, por maioria, assentou que é dispensável autorização legislativa para alienação do controle acionário

de empresas públicas e sociedades de economia mista subsidiárias e controladas, a Petrobras teria retomado processos de alienação de ativos *“com o intuito de alijar o Congresso Nacional da participação de deliberações que podem levar, em último grau, ao esvaziamento completo do patrimônio desse ente da administração pública”*.

De acordo com os autores, essa tentativa de contornar a decisão do STF seria consubstanciada principalmente no andamento dos processos de alienação de ativos da Refinaria Landulpho Alves (Rlam) e da Refinaria do Paraná (Repar) pela Petrobras. Sustentam as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados que a Petrobras incorreria em desvio de finalidade ao criar novas empresas subsidiárias com a finalidade apenas de vender seus ativos.

Por esses motivos, pleiteiam *“seja concedida medida cautelar URGENTE pelo E. Ministro Relator, com posterior referendo do órgão plenário, diante da retomada da alienação de ativos da Refinaria Landulpho Alves (Rlam) e da Refinaria do Paraná (Repar), para que seja explicitado que a criação artificial de subsidiárias, isto é, a constituição de novas subsidiárias a partir de desmembramentos da empresa-matriz, quando se cuidar de um processo não orientado por novas oportunidades de negócios, mas sim pelo interesse na alienação de ativos, configura desvio de finalidade, sendo prática proibida e inconstitucional, ante a possibilidade de conduzir a ‘privatizações brancas’, em burla ao controle democrático do Congresso Nacional”* (eDOC 1, p. 22).

Em 18.9.2020, iniciou-se o julgamento da medida cautelar em reclamação, o qual foi interrompido em 21.9.2020, em razão de pedido de destaque formulado pelo eminente Presidente, Ministro Luiz Fux.

É o breve relatório.

I – Da ausência de desvio de finalidade na retomada dos procedimentos de desinvestimento da Refinaria Landulpho Alves (Rlam) e da Refinaria do Paraná (Repar)

A controvérsia em exame consiste tão somente em saber se a Petrobras, ao retomar o processo de alienação de ativos da Refinaria

Landulpho Alves (Rlam) e da Refinaria do Paraná (Repar), teria descumprido ou obliterado o decidido pelo STF no julgamento da ADI 5.624-MC, em acórdão assim ementado:

“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”. (ADI 5.624 MC-Ref, Relator RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 6.6.2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-261 DIVULG 28.11.2019 PUBLIC 29.11.2019).

Com as devidas vênias, considero improcedente a tese autoral, segundo a qual os atos impugnados configurariam desvios de finalidade, no sentido de que a Petrobras estaria empregando um artifício oculto para se furtar ao controle do Congresso Nacional.

Na realidade, os planos da Petrobras de desinvestir os seus ativos no segmento de refino por meio da criação de novas empresas subsidiárias,

a rigor, precedem a deliberação desta Corte na ADI 5.624-MC e parecem ter sido objeto de exame cuidadoso por este Tribunal quando da impetração da Reclamação 33.292 e da Reclamação 34.549, que tratavam especificamente dos desinvestimentos da Petrobras no segmento de refino.

Ainda em **27.4.2018**, a Petrobras anunciou, por meio de divulgação ao mercado de oportunidade (*teaser*), a intenção de realizar o desinvestimento da sua participação em refino e logística no país. Já nesta nota, a empresa salientava que o modelo de desinvestimento previa “*a criação de duas subsidiárias, uma reunindo ativos da região nordeste e outra reunindo ativos da região Sul*”. Ressalto aqui a centralidade da expressão “*criação de subsidiárias*”. Desde esse primeiro momento, a alienação do controle de controladas foi concebida como uma solução instrumental.

Em **17.1.2019**, a Petrobras anunciou novamente a retomada de processos competitivos que visavam à alienação de 90% da participação da companhia na Transportadora Associada de Gás S.A. (TAG) e de 100% da Araucária Nitrogenados S.A. (ANSA), bem como a realização de processo competitivo para a formação de parcerias em refino. No bojo desses processos competitivos, já era declarada e evidenciada a intenção da empresa de formar novas subsidiárias com finalidade única de posterior alienação dos ativos de refino e logística.

Ainda em **26.4.2019**, a Petrobras divulgou novo comunicado sobre as diretrizes de desinvestimento para o seu reposicionamento no setor de refino e, dessa vez, esclareceu que outras 4 (quatro) refinarias seriam incluídas no escopo do desinvestimento, totalizando, portanto, 8 (oito) refinarias a serem totalmente desinvestidas, quais sejam, (i) a Refinaria Abreu e Lima (RNEST), a Refinaria Landulpho Alves (RLAM), a Refinaria Presidente Getúlio Vargas (REPAR), a Refinaria Alberto Pasqualini (REFAP), a Refinaria Gabriel Passos (REGAP), a Unidade de Industrialização do Xisto (SIX), a Refinaria Isaac Sabbá (REMAN) e a Lubrificantes e Derivados de Petróleo do Nordeste (LUBNOR).

A intenção da Petrobras de **criar** – com o perdão do pleonasmo – **novas subsidiárias** para **posterior** alienação dos ativos da Refinaria

Landulpho Alves (Rlam) e da Refinaria do Paraná (Repar) era estratégia empresarial não apenas pública quanto conhecida do Supremo Tribunal Federal. Nesse ponto, não há como deixar de anotar que os atos da Petrobras de retomada desses processos competitivos de alienação dos ativos nos mercados de gás natural e também na etapa de refino ensejaram o ajuizamento, perante esta Corte, da Reclamação 33.292/SE, relatada pelo eminente Ministro Edson Fachin.

Na reclamação referida, ajuizada por entidade de classe representativa de petroleiros, impugnavam-se justamente os atos da Petrobras que visavam (i) ao procedimento de venda da TAG e da ANSA – empresas subsidiárias integrais da Petrobras –, bem como (ii) à formação de parcerias em refino que implicariam a **alienação de ativos dessas refinarias por meio da criação e venda de subsidiárias até então inexistentes**.

Peço vênia nesse ponto para transcrever trecho de decisão monocrática da lavra do eminente Ministro Edson Fachin, de **24.5.2019**, que reflete, ao meu ver, a plena **ciência das fases do processo de desinvestimento** no setor de refino, envolvendo a criação de **novas** subsidiárias **com finalidade única e exclusiva** de posterior alienação dos ativos:

“Ainda que seja certo que a presente reclamação reflita apenas uma parcela do universo de contratações que envolvem a Petrobrás, qual seja, a venda da TAG e da ANSA – empresas subsidiárias integrais da PETROBRÁS e de formação de parcerias em refino que impliquem, como informado pela Petrobrás, a alienação de 60% das refinarias Landulpho Alves (RLAM) e Abreu e Lima (RNEST), bem como das refinarias Alberto Pasquialini (REFAP) e Presidente Getúlio Vargas (REPAR), **por meio da criação de subsidiárias e posterior alienação de suas ações**, englobando ainda ativos de transporte e logística integrados a estas unidades, é necessário decidir se tal operação deve ou não ser precedida de procedimento licitatório e autorização legislativa”. (grifos nossos)

Após o julgamento, pelo Plenário do STF, do referendo da medida cautelar na ADI 5.624, o Ministro Edson Fachin, na condição de relator da **Reclamação 33.292/SE**, proferiu nova decisão, em 6.6.2019, revogando a decisão liminar anterior, justamente por considerar que o entendimento da maioria do Plenário sobre a matéria havia sido alterado, de modo que não mais subsistiria fundamento jurídico a obstar a continuidade dos processos de desinvestimentos. Transcrevo trecho da decisão:

“Submetida a decisão paradigma à apreciação do Plenário desta Corte na data de hoje (06.06.2019), o colegiado a referendou parcialmente, afastando a exigência de autorização legislativa para a alienação do controle das subsidiárias e controladas das empresas públicas e estatais. Assentou, ainda, que, nesse caso, a operação pode ser realizada com dispensa de licitação, desde que siga procedimento que observe os princípios da administração pública e a garanta a competitividade.

Como se observa dos termos em que a medida foi parcialmente referendada, houve substancial alteração pela deliberação majoritária do Plenário quanto ao alcance de seu dispositivo.

Ante o exposto, com fundamento no art. 21, § 1º, do RISTF e em respeito à decisão colegiada tomada pela maioria do Tribunal Pleno nesta data, alterada substancialmente a decisão de efeito vinculante que servia de paradigma para amparar a pretensão dos reclamantes, e com a ressalva da posição deste Relator, nego seguimento às presentes reclamações, tornando sem efeito a decisão liminar anteriormente deferida”.

A bem da verdade, o único ato praticado pela Petrobras após o julgamento da ADI 5.624-MC-Ref consistiu na simples divulgação de um *teaser* ao mercado, em 28.6.2019, noticiando-se que, após a decisão do STF, a Petrobras iria dar continuidade à venda dos ativos em refino e logística correspondentes à chamada Fase 1, que envolve quatro refinarias (REFAP, RLAM, RNEST e REPAR).

Desse conjunto de fatos, percebe-se, como bem afirmado pela empresa que *“a intenção de constituir subsidiárias para alienar os ativos do refino foi declarada pela Petrobras em diversos comunicados ao mercado e no exercício de ampla defesa em diversas instâncias, como apreciado pelo STF”* (eDOC 17, p. 8). Dessa maneira, não encontro, com as vênias de estilo, fundamento fático na afirmação de que a Petrobras teria atuado com algum tipo de ardil ou artificiosidade para realizar um *by-pass* naquilo que foi decidido por esta Suprema Corte.

Para que isso fique ainda mais claro, considero oportuno retomar brevemente aquilo que foi decidido no acórdão-paradigma invocado.

II – Desnecessidade de autorização legislativa específica para alienação do controle societário de empresas estatais controladas ou subsidiárias, conforme decidido na ADI 5.624-MC-Ref

A decisão-paradigma do STF no julgamento da ADI 5.624-MC-Ref, ao firmar a desnecessidade de autorização legislativa para alienação de controle de empresas estatais subsidiárias e controladas, fundamentou-se na interpretação das regras constitucionais de organização do Estado previstas no art. 37, incisos XIX e XX, da CF/88, bem como das regras de intervenção direta no domínio econômico contempladas no art. 173, *caput*, da CF/88, *in verbis*:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...) 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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de

1998)

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

(...) 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.”.

Como amplamente discutido no referendo da medida cautelar na ADI 5.624, diante do silêncio eloquente do texto constitucional, parte da doutrina passou a defender a imprescindibilidade de lei específica para as privatizações com base no argumento do paralelismo de formas. Como sintetizado por **PATRÍCIA SAMPAIO** e **CAROLINA FIDALGO**:

“O fundamento apresentado por quem defende a necessidade de prévia autorização legislativa, em síntese, consiste em argumentar que, se a Constituição Federal exige a participação do Poder Legislativo (...), por paralelismo de formas também seria necessária a aprovação do Poder Legislativo para dizer que esse interesse ou imperativo já não mais existe, autorizando a extinção da estatal ou a alienação do seu controle” (SAMPALIO, P. R. P.; FIDALGO, C. B. **Privatizações de empresas estatais do setor elétrico e a polêmica acerca da necessidade (ou não) de prévia lei autorizativa**. In: Marina Ferrara; Marina Scalon. (Org.). Recursos naturais e meio ambiente sob a ótica delas: mineração, energia, óleo e gás, sustentabilidade e meio ambiente. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2019, v. 1, p. 167-186).

Conforme se depreende da leitura dos dispositivos constitucionais relativos à matéria, na hipótese de criação de empresas estatais, é inegável a necessidade de autorização legislativa específica, nos termos do inciso

XIX do art. 37 do texto constitucional. Já na hipótese de criação de subsidiárias dessas entidades, por outro lado, há exigência de autorização legal, mas não fica claro se se trata de autorização legal específica ou genérica.

Foi justamente a partir dessa distinção que se desenvolveu a *ratio decidendi* paradigma. Ressalta-se que o entendimento vencedor, no sentido de que a lei que autoriza a criação da empresa estatal matriz já seria suficiente para viabilizar a criação de empresas controladas e subsidiárias encontra longínquo apoio na doutrina administrativista nacional (CRETELA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**, v. IV, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 2239 e TÁCITO, Caio. **As empresas estatais no direito administrativo**. In: TELLES, Antônio A. Queiroz; ARAÚJO, Edmir Netto de (Coord.). **Direito Administrativo na década de 90: estudos jurídicos em homenagem ao prof. José Cretella Júnior**. São Paulo: Editora RT, 1997, p. 15).

Essa diferenciação se faz relevante porque há situações no nosso ordenamento jurídico em que a própria lei que cria a empresa estatal expressamente autoriza a criação de suas subsidiárias. Esse é o caso, por exemplo, da Lei 9.478/1997, que dispõe sobre as atividades relativas ao monopólio do petróleo.

O art. 64 do referido diploma firma a possibilidade de a Petrobras constituir empresas subsidiárias que poderão se associar majoritária ou minoritariamente a outras empresas, *in verbis*:

“Art. 64. Para o estrito cumprimento de atividades de seu objeto social que integrem a indústria do petróleo, fica a Petrobras autorizada a constituir subsidiárias, as quais poderão associar-se, majoritária ou minoritariamente, a outras empresas”.

Tal dispositivo teve a sua constitucionalidade declarada pelo STF no julgamento da ADI 1.649, Rel. Min. Maurício Corrêa, Dje 28.5.2004. Nesse caso, o Tribunal expressamente confirmou que “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". Transcrevo a ementa abaixo:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9478/97. AUTORIZAÇÃO À PETROBRAS PARA CONSTITUIR SUBSIDIÁRIAS. OFENSA AOS ARTIGOS 2º E 37, XIX E XX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA. ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE. 1. A Lei 9478/97 não autorizou a instituição de empresa de economia mista, mas sim a criação de subsidiárias distintas da sociedade-matriz, em consonância com o inciso XX, e não com o XIX do artigo 37 da Constituição Federal. 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.** Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente”. (ADI 1.649, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 24.3.2004, DJ 28.5.2004).

Foi a partir da invocação desse precedente que o Tribunal deliberou que: se é compatível com a Constituição a possibilidade de criação de subsidiárias quando houver previsão na lei que cria a respectiva empresa estatal – **também por paralelismo de formas** –, nessas hipóteses, não há como obstar a alienação de ações da empresa subsidiária, ainda que tal medida envolva a perda do controle acionário do Estado.

No limite, contrariar tal entendimento implicaria declarar a inconstitucionalidade das próprias criações de subsidiárias de empresas estatais feitas com autorização legislativa não específica. Daí porque resplandece o acerto do raciocínio de LUCIANO FERRAZ e FABRÍCIO MOTTA em importante publicação sobre o tema, ao esclarecerem que:

“Tem-se como aplicável ao caso o princípio do paralelismo de formas, mas não do paralelismo de conteúdo. Para as empresas estatais, dito paralelismo exige presença de autorização legislativa, que não precisa ser dada em lei específica, senão em atos genéricos, formalmente legislativos, correspondendo, em *ultima ratio*, à concordância republicana com a extinção dessas empresas e com a alienação de ativos que compõem o patrimônio estatal.

Relativamente às empresas subsidiárias das estatais, considerando-se que a autorização legislativa para a respectiva criação pode ser realizada genericamente na própria lei que institui a empresa-mãe (ou em outra que cumpra essa finalidade), admite-se que o legislador proceda a uma delegação legislativa aos órgãos de governança interna da empresa estatal, que passarão a ser responsáveis pela decisão sobre a criação, extinção ou alienação das suas subsidiárias” (FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício. **Empresas estatais e suas subsidiárias: requisitos constitucionais para a transferência do controle acionário**. Revista Interesse Público [recurso eletrônico]. Belo Horizonte, v. 20, n.112, nov./dez. 2018).

Assim, afastando-se a insegurança jurídica que permeia o tema, entendo que não há qualquer necessidade de reparo ao que foi decidido pelo STF na ADI 5.624-MC-Ref. Repiso, portanto, que, nos termos da jurisprudência desta Corte, é dispensável a autorização legislativa para a alienação de controle acionário de empresas subsidiárias quando houver previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa estatal-matriz.

Ademais, no caso concreto, parece-me que os atos impugnados nesta reclamação, além de já serem conhecidos do Supremo, em nada afrontam a *ratio decidendi* da decisão-paradigma.

É que a própria gestação das novas empresas subsidiárias constituídas para posterior alienação dos ativos se insere, por decisão legislativa expressa, no âmbito da discricionariedade gerencial da empresa estatal. Em outras palavras, se o legislador não quis exigir

autorização congressional prévia específica para a criação dessas figuras societárias, tampouco seria possível extrair diretamente do texto constitucional – silente sobre a matéria – uma reserva legal que impedisse a sua alienação posterior.

Aqui cabe talvez afastar o fantasma que se construiu em torno do julgamento desta reclamação: a tese escatológica de que a decisão do STF seria uma carta branca para que as empresas estatais brasileiras pudessem realizar uma sucessiva formação de subsidiárias para tão somente empreender uma extinção *in totum* da empresa estatal.

Essa visão, com as devidas vênias, é totalmente incompatível com a visão estratégica que tem sido perseguida pela Petrobras, conforme será discutido a seguir. Além disso, a tese escatológica, com o devido respeito, parece presumir que a exigência de autorização legislativa seria a única via possível de controle público sobre atos de desinvestimentos.

Ocorre que, como apreciado no próprio caso Petrobras, o exercício do controle externo é dever atribuído ao próprio Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas da União, que tem, nos últimos dois anos, revisado absolutamente todos os atos de desinvestimento daquela empresa estatal. Assim, a decisão tomada pelo STF na ADI 5.624-MC-Ref não afasta – antes reforça – a centralidade dos mecanismos de controle administrativo das estatais.

A fim de afastar dúvidas remanescentes sobre a questão constitucional do caso específico aqui julgado, considero salientar uma proposta de distinção do regime jurídico aplicável aos chamados planos de desinvestimento daquele que incide sobre os planos de desestatização.

III – Proposta de aprimoramento conceitual: distinção entre o regime jurídico das desestatizações e o regime jurídico de desinvestimento

O regramento constitucional da intervenção direta do Estado no domínio econômico previsto nos arts. 173 e 177 da CF/88 carrega em si uma opção política de atribuir ao Poder Público o figurino do Estado-

empresário, o qual se pauta por um regime jurídico intencionalmente mais próximo ao Direito Privado.

A noção de que o texto constitucional, nas hipóteses autorizadas, preferiu a atração da lógica privada da racionalidade empresarial à rigidez do regime publicista é pressuposto estruturante para a compreensão dos limites legais dos atos de gestão praticados no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista.

A doutrina administrativista nacional e estrangeira há muito situa o chamado fenômeno da “fuga” para o direito privado (ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado – Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1999). Isto é, havendo enorme dificuldade da prestação de atividades submetidas a uma lógica de mercado por parte de órgãos centrais do Poder Público, prefere o ordenamento a alternativa que privilegia a assunção do regime privado subjacente à criação de novas formas empresariais.

Nesse aspecto, a adoção do figurino empresarial pelo Estado não deve ser confundida com uma obliteração do regime jurídico típico da Administração Pública. Antes, deve ser concebida como **instrumento, como ferramenta**, para promoção dos interesses públicos coletivos. Nesse sentido, não há reparos à afirmação de **PAULO OTERO**, quando assenta que:

“A liberdade de eleição das formas de organização do setor empresarial do Estado não constitui qualquer decorrência de uma regra de liberdade ou de desnomativização do exercício de um poder de organização administrativa ainda herdado do Estado Absoluto (...), antes traduz um corolário da exigência constitucional de eficiência do setor público, enquanto incumbência prioritária do Estado e, por isso mesmo, fonte atribuidora de uma faculdade tendencialmente discricionária de instrumentalização da forma organizativa das empresas do Estado às concretas exigências da realidade de um modelo eficiente de prossecução do interesse público” (OTERO, Paulo. **Vinculação e liberdade de conformação jurídica do setor**

empresarial do Estado. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 235).

É justamente a partir desse contexto de adoção de instrumentos societários típicos do Direito Comercial pelas empresas estatais com vistas à concretização da eficiência econômica que deve ser examinada a opção conferida às empresas estatais de criação de subsidiárias. Como destacado por **RAFAEL WALLBACH SCHWIND**:

“Se as empresas privadas podem se valer da constituição de outras empresas para a consecução de objetos específicos, também as empresas estatais podem adotar esse expediente. (...) Na verdade, seria até mesmo contraditório que as empresas estatais não pudessem se valer de participações em empresas privadas. Trata-se de uma prática tipicamente empresarial que permite bons resultados, inclusive com o emprego de menor quantidade de recursos públicos. Se a posição da estatal como acionista minoritária não impede a consecução das finalidades buscadas, não há por que vedar essa prática” (SCHWIND, Rafael Wallbach. **O Estado Acionista: empresas estatais e empresas privadas com participação estatal.** São Paulo: Editora Almedina, 2017, p. 218).

Nessa linha de adequação ao dinamismo empresarial típico do sistema de economia de mercado, as sociedades de economia mista têm-se tornado cada vez mais complexas do ponto de vista societário. Como explicado por **ALÉCIA BICALHO**: *“as estatais criam, adquirem, alienam e reorganizam seus empreendimentos de acordo com seu próprio planejamento gerencial, utilizando-se das técnicas acionárias típicas do direito societário, o que induz a uma natural integração entre o direito administrativo e societário no seio destas empresas”* (BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. **Desestatizações: privatizações, delegações, desinvestimentos e parcerias.** Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 235).

As escolhas de gerenciamento estratégico dessas companhias renderam, no Plano Federal, um aumento significativo do número de empresas estatais em que a União detém tão somente o controle societário

indireto. Segundo dados do 13º Boletim das Estatais do Ministério da Economia, referentes ao quarto trimestre de 2019, havia, somente no plano federal, 154 empresas estatais subsidiárias, que se organizam em 5 (cinco) grandes grupos econômicos, formados pelos conglomerados da Eletrobras (70 subsidiárias), Petrobras (50 subsidiárias), Banco do Brasil (26 subsidiárias), Caixa Econômica Federal (5 subsidiárias) e BNDES (3 subsidiárias) (BRASIL. **Boletim das Empresas Estatais Federais** [recurso eletrônico] / Ministério da Economia, Secretaria Especial de Desestatização, Desinvestimento e Mercados, Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais. Vol.13 (out./dez.2019). Brasília: SEST/ME, 2019).

Considerando o contexto de retração econômica e aumento dos gastos públicos sofridos no Brasil nos últimos anos, é **absolutamente natural que as empresas estatais se vejam compelidas a optar pela priorização de seus investimentos em áreas mais rentáveis**. Nesse ponto, contudo, há de se diferenciar as alternativas possíveis ao enfrentamento da crise econômica que são colocados à disposição das empresas estatais.

A doutrina administrativista recente, com arrimo no célebre Acórdão 442/2017, do Tribunal de Contas da União, tem apontado a necessidade de se diferenciarem **dois instrumentos de alienação de ativos** de empresas estatais que, embora em alguma medida consolidem a mesma tendência de reversão à atuação direta no domínio econômico, possuem diferenças sensíveis nas finalidades públicas que lhe são correlatas e que demandam tratamento jurídicos distintos.

Trata-se da recente diferenciação entre os **processos de privatização** ou **desestatização em sentido estrito** e os **processos de desinvestimento**. As duas classes se distinguem por seus fundamentos factuais e legais.

Enquanto **a privatização ou desestatização em sentido estrito** envolve necessariamente uma **decisão governamental** de reversão da atuação direta do Estado em determinado domínio econômico, os **processos de desinvestimento** cingem-se à execução de **decisões estratégicas empresariais de reorganização do portfólio de investimentos de uma empresa**. Diferenciar esses dois institutos permite

esclarecer que nem toda alienação de ativos de uma empresa estatal corresponde à opção de se desfazer a intervenção direta da União no domínio econômico. Como bem destacado por **ALÉCIA BICALHO**:

“Os desinvestimentos não decorrem necessariamente de decisões governamentais – pelo contrário, no mais das vezes estes processos resultam de decisões vinculadas à gestão empresarial relacionadas à condução dos negócios quotidianos da empresa. (...) Haverá situações de desinvestimentos de índole tipicamente empresarial, visando à retração do volume do investimento público em determinadas empresas, mas sem a retirada do estado do cenário da atividade econômica” (BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. **Desestatizações: privatizações, delegações, desinvestimentos e parcerias**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 191).

No mesmo sentido, colhe-se a esclarecedora definição de desinvestimento apresentada por **MAURO RIBEIRO NETO**, Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e atual vice-presidente do Banco do Brasil:

“O instituto do Desinvestimento (...) pode ser conceituado como a sistemática empresarial e endógena de alienação de controle societário de empresas estatais, dentro do âmbito da autonomia de gestão de portfólio de ativos conferida a cada empresa pública ou sociedade de economia mista, que busca o atingimento de objetivos estratégicos corporativos e acarreta a redução do Estado Empresário.

É empresarial e endógena porque seu trâmite e suas motivações são eminentemente negociais. Iniciam-se e findam-se dentro da governança da própria empresa estatal, sem interferência do Poder Público, seja sob o aspecto autorizativo, seja impulsionando a respectiva alienação. Trata-se de processo de alienação de controle societário que ocorre **dentro do âmbito de liberdade empresarial para gestão de ativos conferida a cada entidade.** Esta liberdade é essencial para se ter maior

agilidade, flexibilidade e capacidade de competir com agentes privados que atuam no mesmo setor estratégico” (RIBEIRO NETO, Mauro. **Uma Análise Constitucional dos Processos de Desinvestimento das Empresas Estatais**. Dissertação de Mestrado. Escola de Direito de Brasília. Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília: 2019, p. 65). (grifos nossos)

A importância desse esforço doutrinário de separação do regime de privatização em relação ao regime de desinvestimento foi respaldada no voto-vogal do Presidente Ministro Luiz Fux, no julgamento da referida ADI 5.624-MC-Ref, ao pontuar que *“assumem relevância os chamados planos de investimento, os quais não se confundem com o conceito jurídico de desestatização. Enquanto os primeiros são estratégia de gestão empresarial, voltada ao manejo e otimização do portfólio da sociedade, por meio de alienações e retratações na presença de mercado, a segunda significa a retirada completa do Estado do desempenho direto de uma atividade econômica latu sensu”*.

Essa distinção sobreleva que os atos de desinvestimento se voltam unicamente a materializar uma solução gerencial das empresas estatais, voltada a promover a reorganização do seu portfólio de investimentos.

O caso em tela veicula justamente situações de execução de planos de desinvestimento ancorados em decisões empresariais racionais que foram, ao longo dos últimos anos, auditadas pelo Tribunal de Contas da União e pelo próprio Poder Judiciário.

A opção de alienação dos ativos de refino deve ser considerada nesse cenário. Atualmente, a Petrobras concentra boa parte dos seus ativos no segmento de refino (art. 177, inciso II, da CF/88). O grupo econômico controla um parque de refino com capacidade de processamento atual de 2,2 milhões de barris de petróleo por dia. A decisão de alienar os conjuntos de ativos de suas refinarias, nesse contexto, visa ao redirecionamento dos investimentos para a exploração do pré-sal na região sudeste do Brasil, onde se espera uma rentabilidade maior da exploração empresarial.

Daí porque, como bem esclarecido pela Petrobras em sua manifestação juntada aos autos, *“com a venda de apenas parte de suas*

refinarias, a Petrobras não estará, de forma alguma, esvaziando seu objeto social, mas efetivamente robustecendo sua capacidade de geração de valor, eis que irá concentrar seus esforços na consecução da parte mais rentável do seu vasto objeto social, sem contudo se afastar do seguimento de refino” (eDOC 17 ,p . 8). Tudo isso, portanto, consoante salientado pela empresa, foi “considerado mutuamente benéfico, para a Petrobras, que espera auferir as vantagens de uma gestão eficiente de seus ativos, e em contrapartida, o projeto contribuiria para a ampliação do ambiente concorrencial no segmento de refino de petróleo” (eDOC 17 ,p . 10).

Além da racionalidade empresarial que se volta à concretização de um valor de eficiência na atuação estatal, a alienação das refinarias também se insere dentro de um contexto de promoção da competitividade da indústria brasileira no segmento. Nesse sentido, ressalta-se que a Petrobras firmou Termo de Compromisso de Cessação (TCC) com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), no qual a estatal se comprometeu vender 8 (oito) refinarias de petróleo, incluindo os ativos relacionados a transporte de combustível.

O objetivo dessa medida foi justamente estimular a concorrência no mercado nacional de refino, o qual hoje é praticamente monopolizado pela Petrobras, apesar de, desde a Emenda Constitucional 9/95, ser permitida a contratação das atividades previstas nos incisos I a IV do art. 177 com empresas estatais ou privadas (art. 177, § 2º, CF/88).

Diante desse contexto, o que de fato se verifica é que os atos questionados na presente reclamação estão muito longe de configurar um esvaziamento da estatal. Ao contrário, mesmo se alienadas todas as oito refinarias previstas para serem desinvestidas, a empresa continuará a ser a principal agente do mercado no segmento do refino, sendo certo ainda que as refinarias de Rlam e RPAR – aqui em discussão – representam tão somente 7,5% do Ativo Imobilizado da Petrobras.

De igual modo, também não se verifica estar em curso um processo de desaparecimento da Estatal. Ao contrário, o Plano Estratégico da Empresa de 2020-2024 prevê investimentos de US\$ 75,7 bilhões, enquanto os desinvestimentos previstos variam entre US\$ 20-30 bilhões, 26-40% dos

investimentos para o mesmo período, portanto.

Assim, resta bem caracterizado que os atos impugnados nesta ação concretizam tão somente um plano de desinvestimentos de ativos da empresa e não uma privatização propriamente dita, o que só reforça o juízo de desnecessidade de autorização legislativa específica.

IV – Dispositivo

Por todo o exposto, pedindo vênias ao eminente relator, voto pelo indeferimento da medida cautelar requerida.