

RECLAMAÇÃO Nº 42576

José Levi Mello do Amaral Júnior¹

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MINISTRO LUIZ FUX,

EXMAS. SRAS. MINISTRAS CÁRMEN LÚCIA E ROSA WEBER,

EXMOS. SRS. MINISTROS, A TODOS CUMPRIMENTO NA PESSOA DA EXMO. SR. RELATOR DA RECLAMAÇÃO 42576, MINISTRO EDSON FACHIN,

EXMO. SR. VICE-PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA,

EXMAS. SRAS. ADVOGADAS, EXMOS. SRS. ADVOGADOS,

Reclamação tem duas hipóteses. Aqui, estamos a discutir a segunda: garantia da autoridade de decisão deste Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Afirmo desde logo: no caso vertente não há nenhum descumprimento. E isso por dois motivos rigorosamente objetivos: (i) o que se tem, no caso, guarda absoluta sintonia com os votos majoritários que embasam o Acórdão apontado como descumprido; e (ii) o que se tem, no caso, é

1 - Advogado-Geral da União. Procurador da Fazenda Nacional desde o ano 2000. Procurador-Geral da Fazenda Nacional entre janeiro de 2019 e abril de 2020. Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo (USP), onde também é professor livre-docente em Direito Constitucional. Também dá aulas para a pós-graduação no Centro Universitário de Brasília (Uniceub). Com mestrado em Direito do Estado e Teoria do Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), também cumpriu estágio de pós-doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal) e na Faculdade de Direito da Universidade de Granada (Espanha).

cumprimento de um “Termo de Compromisso de Cessação de Prática”, firmado perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

(I)

No caso, importa avaliar se teria havido descumprimento do quanto decidido na ADI n. 5.624/DF, Relator S. Exa. o Ministro Ricardo Lewandowski, cuja medida cautelar monocraticamente deferida foi parcialmente referendada em 06 de junho de 2019.

Na Ação Direta paradigma, ficou definida a distinção entre **desestatizar** e **desinvestir**: uma coisa é alienar a própria estatal, a “empresa-mãe”; outra, bastante diversa, é quando as estatais, na autonomia empresarial e negocial que possuem, podem e devem criar, extinguir ou alienar subsidiárias segundo a conveniência da realização dos respectivos objetos sociais.

O ponto que importa ao caso vertente – à Reclamação em julgamento – consta do item II da Ementa do Acórdão:

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.

As Mesas do Congresso Nacional e do Senado Federal argumentam que a alienação das refinarias Landulpho Alves (RLAM) e do Paraná (REPAR) estaria supostamente a contornar os limites do Acórdão porque estariam sendo afetadas competências do Congresso Nacional, no caso, prévia autorização legislativa. Vale registrar que, em face de esclarecimentos, a Mesa da Câmara dos Deputados não aderiu à impugnação.

No Acórdão lavrado nos autos da ADI n. 5.624/DF, prevaleceu – pelo Voto médio – o entendimento do Ministro Alexandre de Moraes, qual seja:

O Congresso Nacional, nos exatos termos do inciso XX do artigo 37 do texto constitucional, concedeu a necessária autorização legislativa para que o Poder Executivo organizasse empresarialmente a PETROBRAS, para que pudesse cumprir suas atividades estipuladas em seu objeto social.

A autorização legislativa não criou ou autorizou especificamente a criação da subsidiária “A” ou “B”; não obrigou qualquer criação; mas, sim, permitiu que o Executivo, em atos de gestão empresarial, analisasse essa possibilidade, que, se concretizada, deveria vincular-se a uma única exigência congressional: respeitar a finalidade de cumprir as atividades de seu objeto social.

Inexiste lei específica para a criação das subsidiárias X ou Y. Elas foram criadas pelo Poder Executivo com base na autorização legislativa, em regra, genérica do artigo 64, para garantir a melhor execução das atividades da PETROBRAS.

O Poder Executivo, mesmo com base na autorização legislativa prevista no artigo 64 da Lei 9.478/1997, poderia ter optado por não criar nenhuma outra empresa; ou criá-las todas com associação majoritária em relação a outras em-

presas (subsidiárias); ou, ainda, com associação minoritária (empresas privadas), pois o Congresso Nacional concedeu essa possibilidade, repita-se, desde que a efetiva criação estivesse direcionada ao “estrito cumprimento de atividades do objeto social da PETROBRAS”.

O Poder Executivo, com base nessa mesma autorização legislativa, pode entender que a dinâmica empresarial de mercado foi alterada e que novas subsidiárias precisam ser criadas, assim como pode entender que, em antigas subsidiárias, há a necessidade de alienações societárias, com ou sem perda de controle acionário, pois não estariam mais cumprindo sua finalidade legal, qual seja, auxiliar o efetivo cumprimento de atividades do objeto social da PETROBRAS que integrem a indústria do Petróleo.

Digo eu. Essa compreensão de coisas está devidamente sintetizada na parte dispositiva do julgado: “a exigência de autorização legislativa, *todavia*, não se aplica à alienação do controle de suas subsidiárias e controladas”.

Seguiram integralmente a divergência aberta pelo Ministro Alexandre de Moraes os Ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Celso de Mello. No ponto, também acompanharam a divergência as Ministras Cármen Lúcia e Rosa Weber, bem assim os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli.

S. Exa., a Ministra Cármen Lúcia, foi bastante direta, objetiva e didática: “se o Poder Executivo não estava obrigado a valer-se da autorização, não vejo por que ele não possa atuar posteriormente em uma outra conjuntura, no sentido de ser possível se afastar e desinvestir nessa área.” **Digo eu.** É dever de lealdade anotar que S. Exa., a Ministra Cármen Lúcia fez ressalvas próprias e naturais ao juízo cautelar proferido no momento do julgamento.

Também S. Exa., a Ministra Rosa Weber anotou com muita propriedade: “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 (...) ressalvada sempre a hipótese de eventual patologia no fatiamento de estatais, a caracterizar intolerável desvio de finalidade.” **Digo eu.** No caso vertente, é precisamente a alienação que estará a evitar patologias decorrentes da concentração de mercado, como bem decorre do Termo de Compromisso de Cessação de Prática firmado perante o CADE e por influxo da atividade profilática do CADE.

No mesmo sentido foi o Voto de S. Exa. o Ministro Gilmar Mendes: “a necessidade de autorização legislativa específica é desnecessária para a alienação de ações de entidades subsidiárias, mesmo havendo perda de controle acionário”.

Por fim, importa destacar do Voto de S. Exa. o Ministro Dias Toffoli: “para a subsidiária, entendo que a lei não é necessária, desde que haja a autorização para criá-la”.

(II)

Pois bem. O que a petição inicial da presente Reclamação **não conta** é que o procedimento da PETROBRÁS, no caso, é decorrência direta de “Termo de Compromisso de Cessação de Prática”, firmado perante o CADE, cujo objeto é “propiciar condições concorrenciais, incentivando a

entrada de novos agentes econômicos no mercado de refino” (Cláusula Primeira, n. 1.1). Em síntese, foi firmado “**Compromisso de Desinvestimento**” (Cláusula Segunda, letra A), segundo o qual:

2.1. A PETROBRAS se compromete a alienar integralmente os seguintes ativos: Refinaria Abreu e Lima (RNEST), Unidade de Industrialização de Xisto (SIX), Refinaria Landulpho Alves (RLAM), Refinaria Gabriel Passos (REGAP), Refinaria Presidente Getúlio Vargas (REPAR), Refinaria Alberto Pasqualini (REFAP), Refinaria Isaac Sabbá (REMAN); Lubrificantes e Derivados de Petróleo do Nordeste (LUB-NOR) e seus respectivos Ativos de Transporte (conjuntamente “Ativos Desinvestidos”).

É dever de lealdade anotar que o CADE não determina o modo de venda. A PETROBRÁS é que optou pelo modelo de subsidiária para robustecer a transação de modo a torná-la mais vantajosa, inclusive do ponto vista operacional, uma vez que haverá, ao natural, transferência de contratos e de obrigações tributárias. Aliás, essa mecânica de coisas foi examinada e expressamente validada pelo TCU em 29 de julho de 2020, ficando consignado que a venda de refinarias da PETROBRÁS, a partir do Termo firmado com o CADE, “vem sendo acompanhada desde a sua origem (...) sem que se tenha identificado qualquer irregularidade até este momento” (item 9.2 do Acórdão), sendo tudo isso informado às Mesas do Congresso Nacional, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados na forma do itens 9.2 e 9.3 do Acórdão do TCU.

Por fim, destaco que esses desinvestimentos revelam-se estratégicos não apenas para o fomento da competição no setor, bem assim para a atração de novos investidores, mas, também, para permitir à PETROBRÁS novos investimentos reputados mais estratégicos no contexto vivenciado e na lógica negocial levada a efeito. **Explico.**

Primeiro. Dentre as principais petroleiras, a PETROBRÁS ainda é a mais endividada: nos últimos cinco anos, a PETROBRÁS pagou US\$ 107 bilhões de encargos financeiros, sendo US\$ 70 bilhões em dívida e US\$ 37 bilhões em juros.

Por outro lado, a PETROBRÁS desinvestiu, em 2019, US\$ 16 bilhões, mas investiu outros US\$ 27 bilhões.

Segundo. Graças a esses movimentos, a PETROBRÁS pode arrematar o Campo de Búzios, no pré-sal, permitindo recordes de produtividade e exportação mesmo em meio à pandemia (1,1 milhão de barris/dia em abril de 2020).

Só no primeiro semestre a PETROBRÁS foi responsável por 10% da nossa balança comercial (US\$ 13,6 bi). Isso só em petróleo.

É a empresa que mais paga tributos e **royalties**.

Terceiro. É preciso abrir o setor de refino, porque a PETROBRÁS detém 98% do setor. Daí o Termo do CADE. Só assim será possível a competição e, claro, novos – e maiores – investimentos de outros atores.

O Termo de Compromisso de Cessação de Prática no CADE implica a venda de oito refinarias, metade das que a PETROBRÁS possui, mantendo as melhores), sem desfavorecer quaisquer regiões do país, aí incluído o Nordeste. Exemplo é o Programa de Revitalização da Atividade

de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural em Áreas Terrestres – REATE, a permitir a produção de petróleo em áreas terrestres.

Por fim, Excelências, a presente Reclamação pretende reabrir o mérito do quanto decidido na ADI n. 5.624/DF. Não há nenhum descumprimento do quanto decidido na Ação Direta. O que pretendem os Reclamantes é impedir um desinvestimento permitido do ponto de vista legal e jurisprudencial (e, no caso, diretamente decorrente de um acordo firmado perante o CADE).

Já temos carros elétricos nas ruas... Não vender agora, seria rasgar dinheiro público!

Por todo o exposto, a União roga seja julgada improcedente a Reclamação.

