

MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO 42.576 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Vogal): Trata-se de pedido de tutela provisória incidental apresentada pelas Mesas do Congresso Nacional, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, autuada como reclamação, na qual é apontado o descumprimento da decisão proferida pelo Plenário desta Suprema Corte, nos autos da ADI 5.624-MC-Ref/DF, de minha relatoria, que referendou, em parte, a medida cautelar, 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.”

RCL 42576 MC / DF

As requerentes sustentam, em suma, que a Petrobras pretende paulatinamente alienar o patrimônio estratégico da empresa a partir da criação de novas empresas subsidiárias, de modo a permitir que “a decisão tomada pela Suprema Corte será, em sua essência, fraudada, pois, por meio desse expediente de desvio de finalidade, a soberania popular estará privada de influenciar os contornos da venda substancial de ações da empresa-matriz” (pág. 7 do documento eletrônico 1).

Argumentam que se fez necessário buscar “a proteção judicial cautelar de suas prerrogativas, a fim resguardar a autoridade do texto constitucional e os balizamentos que levaram à decisão tomada em 6 de junho de 2019 por essa E. Corte” (pág. 13 do documento eletrônico 1).

Aduzem, ainda, que

“[...] a Petrobras está instituindo empresas para alienar parte integrante do seu patrimônio direto, e portanto desvirtuando a autorização legal para a criação de novas subsidiárias com o objetivo de não submeter a venda de seus ativos ao procedimento licitatório e autorização legislativa, **conforme determina** o art. 37, inciso XXI, da CF, a Lei 13.303/16, bem como **acórdão vinculante STF na ADI 5.624**” (pág. 16 do documento eletrônico 1; grifei).

Acrescentam, ademais, que se trataria de venda disfarçada e simulada dos ativos da sociedade de economia mista

“[...] **sem que para tanto a empresa tenha de se submeter ao procedimento licitatório e autorização do Congresso Nacional, tal como exige a Lei 13.303/16, a Constituição Federal e o entendimento recente do Supremo Tribunal Federal consagrado na ADI 5.624 em julgamento plenário de pedido liminar, o que há de ser rechaçado pelo Pretório Excelso em homenagem à autoridade de sua decisão judicial e também para permitir o efetivo funcionamento do sistema de**

RCL 42576 MC / DF

freios e contrapesos estabelecidos pela Constituição Federal e a plena harmonia e independência dos Poderes da República” (pág. 18 do documento eletrônico 1).

Por isso, indicam

“[...] a necessidade de nova e imediata prestação da tutela jurisdicional cautelar pelo Supremo Tribunal Federal, com a integração do acórdão que referendou a medida cautelar, a fim de expurgar a omissão ensejadora do desvio de finalidade acima apontada, de modo a explicitar-se que é inconstitucional a criação de subsidiárias, sem autorização legal específica, por meio de fatiamento da empresa-matriz para ulterior alienação de ativos em mercado” (págs. 20-21 do documento eletrônico 1).

Ao final, requerem que, “diante da retomada da alienação de ativos da Refinaria Landulpho Alves (Rlam) e da Refinaria do Paraná (Repar)”, 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” (págs. 21-22 do documento eletrônico 198).

Ante a reautuação do pedido de tutela de urgência formulada na ADI 5.624/DF como reclamação constitucional, a Mesa do Congresso Nacional e a Mesa do Senado emendaram a inicial, conforme documento eletrônico 55.

O Ministro Edson Fachin, Relator do feito, propõe o deferimento da

liminar, até o julgamento do mérito desta reclamação, para “suspender a criação e a alienação de subsidiárias com o desmembramento da empresa-matriz com o simples intuito de alienação dos ativos”. Para tanto, sustenta que

“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:

[...]

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:

[...]

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.

[...]

Dessa forma, entendo não ser possível a livre criação de subsidiárias com o consequente repasse de ativos e posterior venda direta no mercado. [...]

[...]

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.”

Pois bem, como os diversos oradores que se alternaram na tribuna trouxeram à consideração da Corte argumentos meta-jurídicos, em reforço aos seus raciocínios técnicos, para justificar a alienação de refinarias sem autorização congressional e com dispensa de licitação, permito-me levar à consideração dos eminentes pares provocativa entrevista do diretor da Associação dos Engenheiros da Petrobras (AEPET), Ricardo Maranhão, (embora sem comprometer-me com o seu teor), recentemente concedida ao periódico PETRONOTÍCIAS¹, sobretudo porque estamos diante de uma questão que, a meu sentir, mais do que uma simples opção gerencial, configura, ao revés, uma opção empresarial que diz respeito à própria segurança nacional. Confira-se:

“Gostaria que começasse [...] sobre a sua visão geral a respeito do mercado brasileiro e o processo de desinvestimentos da Petrobrás na área de refino.

Na realidade, a venda das oito refinarias, com capacidade de processamento de 1,1 milhão de barris de petróleo por dia, é uma entrega de um pouco menos da metade do mercado brasileiro.

As refinarias instaladas no Brasil tem capacidade de 2,2 milhões de barris de petróleo por dia. E o país também importa de derivados de petróleo.

Em qualquer nação ou qualquer segmento da economia, o mercado é um parâmetro. No caso do Brasil, a importância do mercado é maior ainda, porque possui grandes dimensões e é o sexto maior do mundo.

Além das grandes dimensões do mercado, os derivados de

1 “AEPET diz que venda de refinarias prejudicará consumidores e fará a Petrobras abrir mão de mercado bilionário. <https://petronoticias.com.br/aepet-diz-que-venda-de-refinarias-prejudicara-consumidores-e-fara-petrobras-abrir-mao-de-mercado-bilionario/>. Acesso em 1 de outubro de 2020.

petróleo são produtos estratégicos.

[...]

O consumo de combustíveis no Brasil ainda é baixo/moderado. O consumo per capita de energia ainda é baixo – é cerca de um quinto do consumo de energia da Noruega, por exemplo.

Ou seja, o mercado brasileiro tende a crescer muito, porque existe uma correlação entre energia e desenvolvimento. Ou seja, quanto maior o consumo de energia, mais rico e desenvolvido é o país.

As gestões passadas [...] cometeram um gravíssimo erro estratégico quando praticamente abandonam a atividade de refino.

A Petrobras hoje se limita a investir na atividade de refino para manutenção desta atividade e não investe na construção de novas refinarias.

Por que considera um erro estratégico grave?

Vamos admitir que o mercado brasileiro seria plenamente atendido por 2,2 milhões de barris de petróleo por dia – que é a capacidade de refino da Petrobras. Então, se a empresa pretende vender oito refinarias, isto representaria cerca de 1,1 milhão barris de petróleo por dia.

Esse volume equivale a, aproximadamente, 400 milhões barris de derivados por ano ou a 66 bilhões de litros de derivados por ano. Só por este número se nota a dimensão deste mercado.

Vender metade das refinarias é um erro estratégico gravíssimo. Esta decisão é uma negação dos objetivos que levaram à criação da Petrobras.

A Petrobras foi criada para dar autossuficiência ao Brasil em petróleo bruto e também em derivados. Então, quando eu vejo um país como o Brasil ainda dependente de derivados e reduzindo os investimentos em refino, trata-se de um erro estratégico gravíssimo.

E essa dependência de importação de derivados tende a aumentar. Isso porque a Petrobras só faz investimentos em

manutenção e operação; e não investe em novas refinarias.

À medida que a produção de petróleo cresce aceleradamente, a tendência é que nós vamos aumentar rapidamente a exportação de petróleo cru e, simultaneamente, aumentar a importação de derivados de petróleo. Ou seja, estamos retomando o caminho do Ciclo Colonial em pleno século 21.

Devemos caminhar, sempre que possível, para agregar valor aos nossos produtos.

Se o Brasil é um grande produtor de petróleo e de gás natural, devemos procurar ser um grandes produtores de gasolina, nafta, diesel, querosene de aviação e outros derivados.

Devemos procurar beneficiar esse petróleo bruto que nós temos em abundância, inclusive entrando na indústria petroquímica. Aliás, sair de petroquímica é mais um erro [...] da Petrobras, porque esta indústria agrega valor aos insumos petrolíferos.

Então, não investir em refino é um erro gravíssimo e torna o país cada vez mais dependente da importação de derivados e nos obriga a exportar mais petróleo cru sem valor agregado. Vamos perder nas duas pontas.

Há muitas críticas sobre o fato da Petrobrás ainda deter um quase monopólio na área de refino. Como enxerga essa questão?

Os que defendem a venda das refinarias afirmam que a Petrobras tem uma posição dominante no mercado, controlando cerca de 98% da capacidade de processamento do país.

Afirmam também que há a necessidade de novos atores na atividade de refino e que a venda de parte das refinarias vai diminuir os preços. [Diz-se], inclusive, que os monopólios são incompatíveis com as democracias.

O assunto monopólio é amplamente discutido e debatido na legislação e na literatura no direito econômico. Em primeiro lugar, é preciso distinguir o monopólio privado e o monopólio público.

O monopólio privado não controlado é crime. A Constituição Brasileira estabelece que o Estado tem que combater os monopólios, que abusam do poder, para proteger os consumidores.

Esse dispositivo foi regulamentado e resultou na criação do CADE.

O monopólio privado é crime e é mais perigoso quando se trata de um monopólio estrangeiro – ainda mais em um setor absolutamente estratégico como é o de petróleo.

Quanto aos monopólios públicos, eles são legais e impostos por razão de interesse nacional.

Desde a lei 9478/1997, não existe nenhuma restrição que proíba ou que vete o acesso à indústria do refino por empresas públicas ou privadas; nacionais ou multinacionais.

Qualquer empresa pode construir refinarias no Brasil, basta que tenha o desejo. Isto pode ser feito há 20 anos e não foi feito por nenhum grupo nacional ou estrangeiro.

Se vendermos as refinarias, não vamos aumentar a capacidade de processamento do país, que continuará sendo de 2,2 milhões de barris por dia.

Nós continuaremos com a mesma capacidade de refino e com a mesma dependência de derivados importados. Esta não me parece a melhor solução.

Ao meu ver, a melhor solução seria a construção de novas refinarias, que podem ser feitas inclusive com parcerias com a Petrobras ou com o Estado brasileiro.

Além de aumentar a capacidade de refino e diminuir a nossa dependência das importações, será investimento novo em novos projetos. Isso vai demandar serviços de engenharia, fornecimento de materiais e equipamentos e geração de tecnologia.

Então, é muito mais vantajoso construir novas refinarias do que comprar refinarias que já estão implantadas. Eu acho que está muito claro isso.

Passados 20 anos desde a flexibilização imposta pela Lei 9478/1997, nenhum grupo se interessou em construir

refinarias no Brasil. Ao que se deve isso, na sua visão?

Eles alegam que tem um receio de fazer investimentos em novas refinarias e correr o risco de controle de preços pelo governo. Eu questiono esse argumento...

Então, nós queremos um capitalismo sem risco? Esta é uma atividade - que produz combustíveis - altamente estratégicos.

Ela mexe com a segurança do país, com a segurança militar, com abastecimento, com direitos dos consumidores...

Queremos que essa atividade seja totalmente livre, sem qualquer interferência governamental? Nós queremos que monopólios privados estrangeiros pratiquem os preços e façam o que quiserem?

Então, não me parece que seja boa esta alternativa de vender refinarias prontas e amortizadas, mantendo o país dependente da importação de derivados.

A melhor alternativa seria exigir que esses grupos entrem para construir novas refinarias, contratando serviços de engenharia, comprando materiais e equipamentos com um determinado índice de nacionalização.

Precisamos de investimento produtivo e não de mera transferência de ativos amortizados do capital nacional para controle estrangeiro.

Há ainda uma alegação de que a política de paridade de importação da Petrobras aumentou ainda mais os preços de derivados...

Em outubro de 2016, a diretoria da Petrobras aprovou a política de preços internacionais. Isso significa que a Petrobras iria praticar os preços vigentes no mercado internacional, na área do Golfo do México, considerando a taxa de câmbio.

Esse preço de paridade internacional depois evoluiu para o preço de paridade de importação (PPI). Com essa mudança, alguns custos extras foram acrescentados: o custo para transportar a gasolina até o porto americano, embarque do navio, frete dos EUA para o Brasil, seguro, descarga e custos de internacionalização.

Assim, o consumidor brasileiro passou a ser obrigado a pagar o preço vigente no mercado americano acrescido desses valores que acabei de citar.

Ao adotar o PPI, você permite que o importador traga esse derivado de fora e faça concorrência com a Petrobras, que chegou a perder 30% do mercado. Assim, ela passou a diminuir o processamento das refinarias, que ficaram ociosas.

Esta política é uma exigência daqueles que querem comprar as refinarias da Petrobras.

Eles querem impedir que o Estado brasileiro tenha qualquer interferência nos preços dos derivados do petróleo. Não que acho que deva existir um controle rígido dos preços, mas o Estado não pode abrir mão de certo controle sobre preços públicos.

Então, ao seu ver, a situação de quase monopólio da Petrobrás não é prejudicial para o mercado brasileiro?

No direito econômico, existe a figura do monopólio virtuoso. É aquele que é decorrente de lei, estabelecido por razões de segurança nacional de interesse público.

Ele pode ser benéfico, em muitos casos. Eu posso lhe garantir que os custos de refino da Petrobras são inferiores aos custos de refino das refinarias do Caribe e dos EUA.

Eu posso lhe garantir também que nenhuma empresa privada estrangeira pode trazer derivado de petróleo ao mercado brasileiro por preços inferiores aos da Petrobras.

A Petrobras produz petróleo no pré-sal a preço decrescentes e suas refinarias são eficientes e refinam mais barato que as refinarias americanas.

O custo do refino da Petrobras está em torno de US\$ 2,40/barril (3º trimestre de 2019). No Golfo do México, a média foi de US\$ 4,70/barril no período de 2015/2018.

É importante lembrar que com combustíveis e energia caros, uma das consequências nocivas é a perda de competitividade da nossa economia.

Existe um estudo elaborado pelo Departamento de Engenharia Industrial da Pontifícia Universidade Católica do

Rio de Janeiro (PUC-RJ), que afirma que a venda das refinarias tem uma alta probabilidade de transformar essas unidades em monopólios privados regionais.

Serão monopólios de empresas estrangeiras, porque provavelmente serão grupos do exterior que irão comprar essas refinarias.

Essas unidades foram planejadas para atuar em mercados com determinada abrangência geográfica.

Por exemplo, a Refinaria Alberto Pasqualini (Refap) em Canoas (RS), vai atender ao mercado do Rio Grande do Sul. Mas não conseguirá atingir mercados mais amplos, porque não existe logística para fazer com que ela consiga atacar regiões fora de uma determinada área de jurisdição.

Então, se a Refap for privatizada, ela será um monopólio regional. O mesmo irá acontecer na Repar, Rnest e Regap, em graus diferentes.

Eu gostaria de ouvi-lo também sobre o TCC firmado entre a Petrobras e o CADE. Como avalia a decisão da Petrobras em assinar esse acordo?

Nesse Termo de Cessação de Conduta (TCC), a Petrobras – de forma muito estranha – se comprometeu a vender oito de suas refinarias, seu sistema de transporte de gás, a Gaspetro e sair também em grande parte do gasoduto da Bolívia.

Isso tudo começou a partir de uma denúncia da Associação Brasileira de Importadores de Combustíveis (Abicom).

A Abicom foi ao CADE denunciar que a Petrobras estaria abusando da sua posição dominante no mercado de refino.

Ter posição dominante não é crime. Crime é usar essa posição dominante para ter uma posição de mercado e praticar preços absurdos.

Em nenhum momento a Abicom sugeriu a venda de refinarias da Petrobras, mas denunciou a estatal como se ela tivesse abusando do seu poder dominante, praticando preços que impediriam a concorrência.

Em função desta denúncia, o CADE instaurou um

procedimento preliminar para apurar a denúncia.

Este procedimento não chegou, de forma nenhuma, a qualquer tipo de conclusão.

Ele estava apenas sendo iniciado quando o presidente da Petrobras [...] foi ao CADE e, inexplicavelmente, ofereceu as oito refinarias e outros ativos estratégicos da companhia, ao invés de defendê-la.

O CADE tinha um dever de fazer as apurações. Se a Petrobrás estava realmente praticando abusos, o conselho deveria punir a empresa e seus dirigentes.

Por outro lado, a Petrobras teria que demonstrar que não estava abusando do poder econômico e processar a Abicom por fazer uma denúncia falsa.

Então, ao meu ver, o CADE furtou-se do cumprimento do seu dever e a direção da Petrobras também furtou-se da sua obrigação de defender a companhia.

Vender as refinarias é beneficiar os concorrentes da empresa. Isso é inexplicável. Existe o chamado abuso do acionista controlador.

No caso da Petrobras, o acionista controlador é a União. Um dos procedimentos que configuram esse abuso é adotar medidas que beneficiem os concorrentes.

Quem vai comprar essas refinarias serão os concorrentes da Petrobras. Logo, isso é um abuso de acionista controlador. [...]"

Nesse passo, peço licença, antes mesmo de adentrar propriamente em meu voto, para lembrar, a propósito da relevância do tema, e da importância de que seja objeto de ampla discussão, trecho de artigo que publiquei em importantes periódico nacional², que transcrevo abaixo:

“Internacionalizar ou privatizar ativos estratégicos não se reduz apenas a uma mera opção governamental, de caráter contingente, ditada por escolhas circunstanciais de ordem pragmática. Constitui uma decisão que se projeta no tempo,

2 Soberania nacional e ativos estratégicos. Folha de São Paulo, 27 de junho de 2018.

configurado verdadeira política de Estado, a qual, por isso mesmo, deve ser precedida de muita reflexão e amplo debate, pois suas consequências em o condão de afetar o bem estar de gerações presentes e até a própria sobrevivência das vindouras”

Em continuação, recorro que, conforme consignei no voto proferido na ADI 5.624-MC-Ref/DF, “não poderia o Estado abrir mão da exploração de determinada atividade econômica, expressamente autorizada por lei, sem a necessária participação do seu órgão de representação popular, porque tal decisão não compete apenas ao Chefe do Poder Executivo”.

Com efeito, ainda que o Plenário desta Suprema Corte tenha entendido que a autorização legislativa e a licitação pública se mostra obrigatória apenas nos casos de alienação do controle acionário das empresas públicas e sociedades de economia, ficando exoneradas dessa exigência as subsidiárias e controladas, tenho para mim, ao menos num exame perfuntório, próprio desta fase processual, que a criação de subsidiárias, tal como vem sendo praticada, ou seja, unicamente com a finalidade de vender parte dos bens e ativos pertencentes às primeiras nomeadas, não só afronta a Constituição e o quanto decidido pelo Plenário desta Suprema Corte, nos autos da ADI 5.624-MC-Ref/DF, como também parece configurar expediente empregado para frustrar o controle da operação por parte do Congresso Nacional.

Além disso, observo que o *caput* do art. 28 da Lei 13.303/2016, em consonância com o texto constitucional, exige, expressamente, que a alienação de bens e ativos integrantes do patrimônio da empresa estatal deve ser precedida de licitação nos termos do referido diploma legal, *verbis*:

“Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à **alienação de bens e ativos integrantes do**

respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, **serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30**” (grifei).

No caso específico da empresa em comento, observo, ademais, que o art. 64 da Lei 9.478/1997 (Lei do Petróleo), cuja constitucionalidade foi confirmada pelo Plenário desta Suprema Corte, no julgamento da ADI 1.649/DF, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, dispõe que, **“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” (grifei).

Ora, qual é o objeto social da PETROBRAS? Quanto a isso não se mostra possível entreter quaisquer dúvidas, eis que ele se encontra cristalinamente explicitado no art. 61 da Lei do Petróleo, contemplando exclusivamente, o seguinte: **“a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo”** (grifei).

Com se vê, a criação de subsidiárias somente se mostra possível, do ponto de vista legal, caso tenha como escopo a realização de um desses fins, ficando, à toda a evidência excluído o de vender os bens e ativos da Petrobras no mercado privado, sem maiores formalidades, levando não só à sua descapitalização como também à restrição de sua capacidade operacional. E insisto, tal expediente não só aparenta burlar o art. 64, combinado com o art. 61 da Lei do Petróleo, como também a decisão desta Suprema Corte sobre o tema. E pior: ele aparenta contornar a necessária autorização do Congresso Nacional.

Como fez ver o eminente Relator, também registro que se afigura plausível a hipótese da ocorrência de desvio de finalidade na alienação de subsidiárias, mesmo porque tal assunto foi amplamente debatido durante

o julgamento da cautelar deferida na ADI 5.624/DF. Transcrevo abaixo excertos da discussão travada naquela assentada:

“O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - [...] O Congresso - eu volto a insistir - não é forçado a isso; o Congresso, ao estabelecer no art. 64 essa possibilidade - e é uma autorização legislativa genérica - repito o texto do 64: "fica a Petrobras autorizada a constituir subsidiárias, as quais poderão" - e não é só subsidiária majoritária - "majoritariamente ou minoritariamente a outras empresas".

Só fez um condicionante o Congresso Nacional, poderia ter feito outros, poderia ter dito pode uma subsidiária ou pode a TAG, mas não o fez. Só fez uma condicionante, a da finalidade: a constituição de subsidiárias deve ter uma finalidade, o estrito cumprimento de atividades e seu objeto social que integrem a indústria do petróleo. Se, eventualmente, investir e constituir uma subsidiária de turismo, por exemplo, sem nenhuma relação aqui, obviamente há o desvio de finalidade da autorização genérica legislativa concedida pelo Poder Legislativo.

[...]

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. [...]

[...]

A SENHORA 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.

[...]” (Grifei).

Quanto ao possível desvio de finalidade ou de poder, cogitado no voto do ilustre Relator, leciona Hely Lopes Meirelles que este se verifica

“[...] quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público. O

desvio de finalidade ou poder é, assim, a violação ideológica da lei, ou, por outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal”³.

O referido doutrinador acrescenta, ainda, que “[o] ato praticado com desvio de finalidade – como todo ato ilícito ou imoral – ou é consumado às escondidas ou se apresenta disfarçado sob o capuz da legalidade e do interesse público”⁴. Diante disso, numa análise ainda precária dos autos, penso que convém emprestar o devido relevo à linha argumentativa formulada pelas Mesas do Congresso Nacional, do Senado e da Câmara dos Deputados.

Isso posto, acompanho o Relator e voto pelo deferimento da liminar para suspender a criação de subsidiárias e, conseqüentemente, a sua alienação, até o julgamento de mérito da presente reclamação.

3 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 123.

4 *Idem*, loc. cit.