

Rcl 34560 ED / SE - SERGIPE

EMB.DECL. NA RECLAMAÇÃO

Relator(a): Min. EDSON FACHIN

Julgamento: 02/09/2019

Partes

EMBTE. (S) : VANDO SANTANA GOMES
ADV. (A/S) : RAQUEL DE OLIVEIRA SOUSA E OUTRO (A/S)
EMBDO. (A/S) : PETROLEO BRASILEIRO S A PETROBRAS
ADV. (A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
EMBDO. (A/S) : UNIÃO
PROC. (A/S) (ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
EMBDO. (A/S) : ENGIE BRASIL ENERGIA S.A.
ADV. (A/S) : GIUSEPPE GIAMUNDO NETO
ADV. (A/S) : PHILIPPE AMBROSIO CASTRO E SILVA
INTDO. (A/S) : PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ADV. (A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
ADV. (A/S) : BRUNO JOSE SILVESTRE DE BARROS
ADV. (A/S) : CARLOS EDUARDO REIS CLETO

Decisão

Decisão: Trata-se de embargos de declaração opostos em face de decisão monocrática que, em vista da alteração do paradigma invocado, negou seguimento à reclamação. A decisão tem o seguinte teor (eDOC 44):

“Decisão: A medida liminar da presente reclamação foi deferida tendo em conta a plausibilidade dos argumentos que indicavam possível ofensa à decisão deste Supremo Tribunal Federal dotada de efeitos vinculantes e eficácia erga omnes. A decisão que se alegava descumprida foi deferida nos seguintes termos:

“Diante do exposto, com base no art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999, e no art. 21, V, do RISTF, concedo parcialmente a medida cautelar pleiteada, ad referendum do Plenário deste Supremo Tribunal, para, liminarmente, conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 29, caput, XVIII, da Lei 13.303/2016, afirmando que a venda de ações de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias

ou controladas exige prévia autorização legislativa, sempre que se cuide de alienar o controle acionário, bem como que a dispensa de licitação só pode ser aplicada à venda de ações que não importem a perda de controle acionário de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas.”

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 por maioria pelo 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 as presentes reclamações, tornando sem efeito a decisão liminar anteriormente deferida.”

O embargante aponta omissão na decisão, porquanto a reclamação foi interposta com fundamento tanto na violação da decisão dotada de efeitos vinculantes, quanto na usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Isso porque, no entender do reclamante, a suspensão de liminar, quando veicular matéria constitucional, deve ser dirigida à Presidência do Supremo Tribunal Federal e não ao Superior Tribunal de Justiça. Por isso requer o conhecimento dos embargos, para acolhendo esse fundamento, processar a presente Reclamação.

Em contrarrazões, a PETROBRAS afirmou que não houve por parte do Superior Tribunal de Justiça qualquer manifestação sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de dispositivo legal.

De igual modo, a Engie Brasil Energia S.A. alegou que a decisão reclamada não examinou a constitucionalidade de dispositivo legal, tendo se limitado a examinar o tema à luz da legislação infraconstitucional.

É, em síntese, o relatório. Decido.

Não assiste razão jurídica ao embargante.

A decisão reclamada tem o seguinte teor (eDOC 16):

"A UNIÃO requer a suspensão dos efeitos do acórdão da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que, no Agravo de Instrumento n. 0805253-27.2018.4.05.0000, deferiu o pedido de antecipação de tutela recursal nestes termos:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. SISTEMÁTICA DE DESINVESTIMENTOS DA PETROBRÁS. ALIENAÇÃO DE 90% DAS AÇÕES DA TAG. TRANSFERÊNCIA DE CONTROLE DA SUBSIDIÁRIA. APLICAÇÃO COGENTE DO PROGRAMA NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO - PND. LEI

9.494/97. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. LESIVIDADE PRESUMIDA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DEFERIDA.

1. Conquanto o pedido de atribuição de efeito suspensivo, em regra, seja analisado monocraticamente pelo Relator, este é julgado de forma colegiada, conforme a faculdade contida no art. 28, XXII, do Regimento Interno desta Corte, por se tratar de

medida que visa à sua concessão em sede de agravo de instrumento, recurso cujo julgamento é da competência do citado órgão.

2. A pretensão liminar é a suspensão da venda do controle acionário de 90% da TAG - TRANSPORTADORA ASSOCIADA DE GÁS S.A., sem a realização de procedimento licitatório e sem obediência às regras da Lei 9.491/1997 - Programa Nacional de Desestatização

- PND, fundada na alegação de que acarretaria lesão não só ao patrimônio público, mas também a princípios mestres do sistema jurídico-administrativo, entre os quais a legalidade, a moralidade e a isonomia.

3. O Decreto nº 9.188/17 regulamentou o regime especial de desinvestimentos das sociedades de economia mista, com base na dispensa de licitação prevista no art. 29, caput, inciso XVIII, da Lei nº 13.303/16, no que tange a "compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem". Esta, entretanto, não é

a hipótese dos autos. Na casuística, discute-se a possibilidade de a Petrobrás proceder à alienação de 90% da participação acionária na TAG. Tal operação implica transferência de controle da subsidiária, sendo cogente a aplicação do Programa Nacional de Desestatização - PND, ex vi da disposição contida no art. 2º, § 1º, alínea "a", da Lei nº 9.491/97.

4. A Petrobrás não pode proceder à alienação de controle societário de empresa subsidiária, sem a prévia realização de licitação, em princípio, nos termos do Decreto nº 2.745/98, o qual afirma ser o leilão a modalidade adequada para a alienação de ativos da estatal, havendo, no particular, conformidade com o art. 4º, § 3º, da Lei 9.491/97.

5. A utilização da ação popular, como meio de promoção da defesa da legalidade e moralidade administrativa, em hipótese na qual - aparentemente - há ilegal dispensa de procedimento licitatório, prescinde da demonstração de efetivo prejuízo financeiro ao erário. Precedentes RE 160.381/S; AgRg no REsp 1378477/SC, entendimento que, com maior razão, aplica-se ao exame de tutela de urgência.

6. Tutela antecipada recursal deferida para determinar a imediata suspensão do procedimento de venda de 90% das ações da TRANSPORTADORA ASSOCIADA DE GÁS S.A. (TAG), ressalvada a possibilidade de continuidade do procedimento licitatório, nos termos da Lei nº 9.491/97 e do Decreto 2.745/98."

Na origem, foi ajuizada ação popular com pedido de liminar contra a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) e a Agência Nacional do Petróleo (ANP) em que os interessados argumentaram que "[...] a venda de 90% das Ações da Transportadora Associada de Gás S.A (TAG) - da empresa subsidiária integral da PETROBRÁS, sem licitação" afrontava o disposto nos arts. 37 e 177 da Constituição Federal (fl. 138).

Alegaram que a pretensão da Petrobras no tocante à venda de ações da empresa subsidiária ofendia princípios que regem a administração pública - moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.

Após o indeferimento do pleito liminar pelo Juízo de primeiro grau em agravo de instrumento, como já salientado, a Quarta Turma do TRF5 deferiu o pedido de antecipação de tutela recursal nos termos do voto do desembargador relator.

Contra esse decisum, a União formula o presente pleito suspensivo, sob o argumento de que a manutenção do acórdão impugnado enseja grave lesão à ordem e à economia públicas.

Assevera que há "[...] sério risco à recuperação da sociedade de economia mista, o que é de interesse da própria coletividade e justifica a presença da União com manejo do presente pedido de suspensão" (fl. 184).

Alega que "[...] é iminente o risco de proliferação de decisões semelhantes, que, ao final, terminarão por simplesmente inviabilizar a recuperação financeira da estatal, o que, conforme cabalmente demonstrado [...], não apenas impede a recuperação da maior empresa do país, mas também, e principalmente, afeta a economia pública brasileira, comprometendo em especial: a geração de empregos, a arrecadação de royalties e participações governamentais, e de tributos decorrentes e a balança comercial brasileira, além de majorar o risco de ter a União de realizar aporte financeiro, comprometendo, ainda mais, o orçamento público federal" (fl. 187).

Relata que o Ministro José Múcio Monteiro registrou, em seu voto no Acórdão n. 3.166/2016 (TCU, Plenário), reiterado no Acórdão n. 422/2017 (TCU), que "[...] [a paralização dos] processos que já estão em fase final implicaria, [...] um prejuízo ainda maior, haja vista o montante negociado, a necessidade premente de obter liquidez para arcar com o pagamento de dívidas e a proximidade de concretização das alienações, pois o período necessário para efetivar um novo processo de venda é estimado pela companhia entre nove a doze meses'" (fl. 8).

No pleito liminar, aduz que está caracterizado o periculum in mora inverso, porquanto "[...] a manutenção da citada decisão representa uma forte insegurança em todo o mercado na medida que pode estimular novas demandas judiciais e desestimular o investimento de outros players o que sem sombra de dúvidas prejudica o cenário econômico nacional" (fl. 178). Os interessados apresentaram manifestação (fls. 222-228).

O deferimento da suspensão de segurança é condicionado à demonstração da ocorrência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas. Seu requerimento é prerrogativa de pessoa jurídica que exerce munus público, decorrente da supremacia do interesse estatal sobre o particular.

Ademais, esse instituto processual é providência extraordinária, sendo ônus do requerente indicar e comprovar na inicial, de forma patente, que a manutenção dos efeitos da medida judicial que busca suspender viola severamente um dos bens jurídicos tutelados, pois a ofensa a tais valores não se presume.

A propósito, confira-se trecho da decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello na SS n. 1.185/PA (DJ de 4/8/1998):

(...)

A excepcionalidade a que se refere a legislação de regência desse instituto foi devidamente demonstrada. Os fatos e argumentos apresentados pela requerente evidenciam que a decisão impugnada, de fato, provoca grave lesão à ordem e à economia públicas.

Na espécie, a requerente demonstrou, de forma efetiva e com elementos concretos, que a referida decisão prejudica "a recuperação da maior empresa do país", "afeta a economia pública brasileira" e majora "o risco de ter a União de realizar aporte financeiro, comprometendo, ainda mais, o orçamento público federal" (fl. 187).

Nessa questão, pontuou os efeitos gravosos à economia pública com a redução de investimentos, elencando que "(i) reduzirá o nível de compras de seus fornecedores de serviços e materiais, o que afetará visceralmente a geração de emprego e renda; (ii) a produção de petróleo futura será reduzida, o que acarretará o pagamento de menos royalties e demais participações governamentais, além de tributos, com impacto direto nos cofres da União, Estados e Municípios; (iii) será reduzida também a arrecadação da União, Estados e Municípios com tributos indiretos incidentes na indústria do petróleo; (iv) acarretará a redução da produção de petróleo, diminuindo a exportação dessa commodity, gerando impacto negativo sobre a balança comercial do Brasil" (fls. 190-191).

Ademais, constata-se que, diferentemente do registrado na decisão impugnada, o procedimento realizado a título de desinvestimento e recuperação econômico-financeira da Petrobras, consistente no processo de alienação de 90% da participação da TAG, subsidiária integral da referida sociedade de economia mista, deu-se de forma competitiva e pública, tendo sido estabelecidas regras claras e objetivas para a participação das empresas interessadas.

Entre os vários requisitos a serem cumpridos pelos investidores, destacam-se os seguintes previstos no procedimento apresentado pela

Petrobras: a) a capacidade financeira suficiente; b) a presença e a expertise no setor de atuação alvo do procedimento; c) política de investimento alinhada com as características do ativo; d) práticas e condutas em conformidade com a Lei Anticorrupção e outras normas relativas à ética comercial, nacional e internacional.

Com efeito, houve ampla competição e não ocorreu aparente direcionamento, tendo em vista que, além do número expressivo de empresas convidadas, outros investidores que inicialmente não tinham sido convidados, ao cumprirem os requisitos, tiveram os pedidos de inclusão no procedimento atendidos. Além disso, do total de participantes, 28 investidores assinaram acordo de confidencialidade.

Por último, cumpre destacar que, em 14/1/2019, o Presidente do STF, Ministro Dias Toffoli, deferiu, nos autos da STP n. 106/DF, medida liminar para suspender os efeitos da liminar concedida na ADI n. 5.942/DF, em 19/12/2018. Ressaltou o seguinte(grifei):

(...)

Portanto, ao examinar os efeitos do acórdão impugnado, entendo que a manutenção do decisum afeta o interesse público e enseja grave lesão à ordem e à economia públicas, pois foram comprovados os impactos, diretos e indiretos, para o setor petrolífero e para a requerente, acionista controladora da Petrobras, em atual processo de recuperação econômico-financeira, além da insegurança jurídica gerada aos investidores interessados no procedimento, afetando a confiança do mercado quanto às perspectivas do setor de petróleo e gás brasileiro.

Ante o exposto, defiro o pedido de suspensão para sustar os efeitos do acórdão da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região nos autos do Agravo de Instrumento n. 0805253-27.2018.4.05.0000.”

O acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por sua vez, houvera acolhido os seguintes fundamentos (eDOC 14 e 15):

“O Exmº. Sr. Desembargador Federal EDILSON PEREIRA NOBRE JUNIOR (Relator):

(...)

Segue, portanto, que o Órgão Fracionário deliberou pela imediata suspensão do procedimento de venda de 90% das ações da TRANSPORTADORA ASSOCIADA DE

GÁS S.A. (TAG) por entender que tal operação implica transferência de controle da subsidiária, sendo cogente a utilização de procedimento licitatório, nos termos da Lei nº 9.491/97 e do Decreto 2.745/98.

No mesmo sentido, foi proferida decisão cautelar pelo Ministro Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI 5624 MC/DF, como pode se observar do seguinte excerto:

(...)

Não se sustenta a alegação de que há permissivo legal que autoriza a Petrobras a conduzir o procedimento de alienação de 90% das ações da TAG sem licitação. Tal operação resulta alienação de controle da subsidiária, não podendo ser conduzida como se estivéssemos diante de simples venda de ações, não sendo aplicáveis, ao caso em análise, o art. 8.1 do Decreto Federal 2.745/98 e o art. 29, XVIII, da Lei nº 13.303/2016.

Igualmente não procede defender que a divulgação de teaser atende com perfeição aos princípios que estão estabelecidos do Decreto nº 2.745/1998 bem como no Decreto Federal nº 9.188/2017, e da própria Lei nº 13.303/2016, a saber: os princípios da obtenção de competitividade, da impessoalidade, da economicidade, da publicidade, da igualdade e da moralidade.

O teaser não é um procedimento licitatório, não havendo lastro legal que sustente a tese invocada pela Estatal. Não se trata de "atribuir rótulo", mas sim a legalidade, norteadora do agir administrativo.

Registre-se, ainda, que o presente julgamento não examina a existência de interesse estratégico da União na alienação da TAG. Em absoluto. Dispõe, ao revés, que a alienação do controle da subsidiária pressupõe a manifestação expressa de vontade da União Federal, não podendo ser realizada sem o necessário procedimento licitatório.

Por tais fundamentos, DOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento para ratificar a decisão liminar de imediata suspensão do procedimento de

venda de 90% das ações da TRANSPORTADORA ASSOCIADA DE GÁS S.A. (TAG), ressalvada a possibilidade de continuidade

do procedimento licitatório, nos termos da Lei nº Lei nº 9.491/97 e do Decreto 2.745/98. Embargos de declaração prejudicados.

É como voto.”

(...)

O Sr. Desembargador Federal RUBENS CANUTO:

(...)

Todavia, no caso concreto, a criação da TAG, empresa subsidiária da Petrobrás com atribuição específica de transporte de hidrocarbonetos, não se deu por mera lei autorizativa, mas sim por intermédio de imposição legal.

É que a Lei 9.478/97 (Lei do Petróleo), em capítulo próprio destinado a Petrobrás, estabeleceu duas regras sobre a criação de subsidiárias: uma de caráter geral e outra especial.

A primeira regra de natureza geral, prevista no art. 64 da Lei do Petróleo, autorizou a Petrobrás a constituir subsidiárias desde que elas estejam dentro das atividades de seu objeto social que integrem a indústria do petróleo.

Já a segunda regra de caráter especial, estabelecida no art. 65 da Lei 9.478/97, determinou a Petrobrás a criação de subsidiária com atribuições específicas de construir dutos, terminais marítimos e embarcações para transporte de petróleo, seus derivados e gás natural.

Então, apesar de crível e razoável a tese baseada no princípio da simetria de que o art. 64 da Lei 9.478/97, ao autorizar a Petrobrás a constituir subsidiárias, permitiria também, no fluxo inverso, a sua retirada dos mesmos negócios jurídicos, tal interpretação não se aplica ao caso da alienação do controle acionário da TAG. Isso porque, por se tratar a TAG de empresa subsidiária da Petrobrás com a atribuição específica de transporte de petróleo, há

imposição legislativa (e não autorização) por força do art. 65 da mesma Lei do Petróleo que determina (e não faculta) a constituição de subsidiária com essa atribuição, razão pela qual não é possível a retirada da Petrobrás sem que haja a edição de lei que disponha nesse sentido.

Por outro lado, ainda que houvesse legislação específica que permita a venda da TAG, não seria possível para tanto a utilização da chamada "Sistemática de Desinvestimento" do Decreto n. 9.188/2017, uma vez que a Lei 9.491/1997 (Lei que estabeleceu a

Política Nacional de Desestatização), em seu art. 4º, I, § 3º, estabelece o leilão como modalidade de licitação própria para a alienação do controle acionário de subsidiária.

Nesse cenário, comprovada a probabilidade do direito que alega possuir o autor popular, ora agravante, ante a ilegalidade na alienação do controle acionário da TAG quanto à forma utilizada, aliado ao inerente perigo de dano proveniente dos prejuízos que poderiam advir da anulação de eventual contrato que viesse a ser celebrado, tendo em vista a evidente nulidade do procedimento em tais condições, deve ser ratificada a tutela provisória de urgência, de natureza antecipada, para SUSPENDER DE IMEDIATO o procedimento de alienação da venda de 90% das ações da Transportadora Associada de Gás S.A. (TAG) - empresa subsidiária integral da Petrobrás.

Do mesmo modo, na espécie, à guisa de obiter dictum, uma vez que o autor popular apenas impugna o procedimento utilizado pela Petrobrás, não seria possível a alienação do controle acionário da TAG à míngua de lei nesse sentido, devido a imposição legal do art. 65 da Lei 9.478/97 para que a Petrobrás constitua subsidiária com atribuição específica para operar com transporte de hidrocarbonetos.

ANTE O EXPOSTO, com o acréscimo dos presentes fundamentos, acompanho o Relator, e voto por DAR PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, ratificando, em definitivo, a tutela provisória, de

natureza antecipada, para SUSPENDER DE IMEDIATO o procedimento de alienação da venda de 90% das ações da Transportadora Associada de Gás S.A. (TAG) - empresa subsidiária integral da Petrobrás, ressalvada a possibilidade de continuidade do procedimento licitatório, nos termos da Lei 9.491/97 e do Decreto 2.745/98 e JULGAR PREJUDICADOS OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.”

Como se observa dos argumentos trazidos tanto pelo Tribunal Regional Federal, quanto pelo Superior Tribunal de Justiça, o argumento da constitucionalidade dos dispositivos impugnados são trazidos em reforço à interpretação legal. Por isso, eventual alegação de usurpação de competência somente teria sentido se a interpretação legal fixada por esta Suprema Corte fosse vinculante às partes, o que, ante a recente decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, não mais se verifica.

Não há, portanto, reparos a fazer na decisão que, face à posterior manifestação colegiada do Tribunal, reconheceu a perda de objeto da presente reclamação.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 2 de setembro de 2019.

Ministro Edson Fachin

Relator

Documento assinado digitalmente