

V O T O

O Senhor Ministro Dias Toffoli (Presidente):

Ante o transcurso do lapso temporal iniciado no julgamento do feito até o presente momento, venho rememorar o último quadro decisório.

Após convertido o referendo da medida cautelar em julgamento definitivo de mérito, o Ministro Relator **Marco Aurélio** julgou procedente o pedido, sendo acompanhado pelos Ministros **Edson Fachin**, **Rosa Weber** e **Ricardo Lewandowski**.

Iniciada a divergência pelo Ministro **Luiz Fux**, que votou pela improcedência do pedido, também votaram no mesmo sentido, os Ministros **Alexandre de Moraes**, **Roberto Barroso** e **Gilmar Mendes**.

Não participaram da sessão, justificadamente, a Ministra **Cármem Lúcia** e, por motivo de licença médica, o Ministro **Celso de Mello**.

Sobre a ação, trata-se de ação direta de constitucionalidade, com pedido de medida cautelar, em face do Decreto nº 9.355/2018, cuja ementa possui a seguinte redação:

“Estabelece regras de governança, transparência e boas práticas de mercado para a cessão de direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos pela Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras, na forma estabelecida no art. 29, no art. 61, caput e § 1º, e art. 63, da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, e no art. 31 da Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010.”

Sustenta-se que o decreto impugnado ofende os seguintes dispositivos constitucionais:

a) art. 2º (Separação dos Poderes), sob argumento de que a “publicação de um Decreto Autônomo, que não visa regulamentar Lei alguma, e que pretende negar eficácia a uma Lei Federal se constitui em evidente USURPAÇÃO DO PODER LEGIFERANTE POR PARTE DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA”.

b) art. 5º, II (legalidade), sob argumento de que ofende o Princípio da Reserva da Lei, ínsito naquele dispositivo, o fato de o Decreto nº

9.355 estabelecer todo um regramento de Licitações para a Petrobrás, criando direitos e obrigações;

c) art. 37, caput e inc. XXI, sob argumento de que “o Decreto nº 9.355 viola o Princípio da Legalidade por sua própria gênese heterodoxa”, “viola os Princípios da Moralidade e de Eficiência em todas as suas disposições que visam criar hipóteses de dispensa de Licitação não previstas em Lei, em especial em relação aos Consórcios e às Parcerias”; e “a exigência constitucional para a realização de alienações é que estes negócios sejam ‘contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes’, enquanto que o Decreto nº 9.355 é pródigo em criar exceções ao comando constitucional, incluindo até mesmo as ‘contratações de bens e serviços efetuadas pelos consórcios operados pela Petrobras’;

d) art. 22, caput e inc. XXVII c/c art. 48, caput e inc. V, sob argumento de que a publicação do Decreto nº 9.355 representa a invasão de competência legislativa reservada ao Congresso Nacional, além de indicar desvio de finalidade ao excepcionar as normas sobre licitação previstas na Lei nº 13.303/2016, instituindo hipóteses de dispensa desse procedimento quanto às operações de cessão de direitos de exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

e) art. 84, caput e inc. IV, sob argumento de que a competência do Presidente da República limita-se a “expedir decretos e regulamentos” para a fiel execução das leis, tendo sido essa competência extrapolada na edição do Decreto ora questionado; e

f) art. 173, § 1º, III, sob argumento de o Decreto nº 9.355 usurpa função reservada à Lei e ainda cria hipóteses de dispensa de licitação sem fonte legal válida.

Passo à análise do feito.

Em 19/12/2018, o Ministro Relator deferiu a liminar para suspender a eficácia do Decreto nº 9.355/18.

Em 12/1/2019, no bojo da STP 106, suspendi os efeitos da tutela provisória deferida nos autos da ADI 5942, “até que o colegiado maior aprecie a matéria, já pautada para o dia 27 de fevereiro deste ano, consoante calendário de julgamento publicado no DJe de 19/12/2018”.

Adotei como razão de decidir o seguinte fundamento:

“Tenho por relevante consignar, inicialmente, que é de muito evidenciado que o incidente da suspensão de tutela provisória não

autoriza o exame cognitivo da demanda subjacente, devendo, em verdade, nessa via, limitar-se o julgador à análise da potencialidade lesiva do ato combatido diante dos interesses públicos expressamente destacados em lei. Assim, a apreciação realizada na presente decisão não adentrará nos argumentos jurídicos alinhavados na ação direta de constitucionalidade quanto à existência ou não de violação ao texto constitucional pelo ato impugnado.

Como já assentado por esta Corte, no limitado âmbito das suspensões, a apreciação de mérito só se justifica, e sempre de modo perfunctório, quando se mostre indispensável à apreciação do alegado rompimento da ordem pública pela decisão combatida.

Sob essas limitações, comprehendo que o caso configura hipótese de excepcional concessão da ordem de suspensão, ante a iminente ameaça de violação à ordem pública, no caso, o risco de gravíssimo comprometimento das atividades do setor de petróleo no país.

Sem adentrar na plausibilidade jurídica quanto à constitucionalidade ou não do Decreto nº 9.355, de 25 de abril de 2018, a qual será apreciada oportunamente, quando da apreciação da ação direta pelo Supremo Tribunal Federal, verifico, a partir das razões apresentadas pela requerente, a existência de potencial lesão à ordem pública, acaso não seja suspensa a decisão concessiva do provimento liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.942/DF.

Infere-se das razões deduzidas pela requerente que a decisão liminar obstará a participação da empresa estatal na 6ª Rodada de Licitação para Partilha de Produção de Blocos Exploratórios do pré-sal, autorizada pelo Conselho Nacional de Política Energética. Isso porque o direito de preferência sobre a titularidade dos direitos de exploração das áreas a serem licitadas, que é assegurado a Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS, pela Lei 12.351/2010, deverá ser exercido até o dia 18/1/2019.

Entretanto, a complexidade e o vulto da operação financeira para manifestação dessa preferência demandam a formação de parcerias com outros agentes econômicos que atuam no setor, o que não será possível ante as exigências previstas na Lei nº 13.303/2016.

A decisão monocrática que suspendeu os efeitos do Decreto nº 9.355, de 25 de abril de 2018, inibe a formação de eventuais Joint Ventures (modelo estratégico de parceria comercial), uma vez que os agentes econômicos não se submeterão às externalidades negativas decorrentes das delongas próprias dos procedimentos mais rígidos e solenes de contratação, em marcante descompasso com a dinâmica e complexa realidade do mercado internacional do petróleo.

Ressalte-se que tais parcerias são indispensáveis para o compartilhamento dos riscos inerentes a essas sofisticadas atividades,

bem como viabilizam aportes necessários à implementação da política de pagamento de bônus fixados e aos investimentos nas áreas a serem exploradas.

Ademais, a atuação em parcerias permite que a empresa estatal exerça o papel de Operadora de Consórcios de Exploração e Produção nos contratos a serem celebrados, assim como nas avenças em vigência, podendo, nessa condição, entre outras vantagens competitivas, desenvolver expertise e assumir a condução de investimentos de elevada envergadura no setor petrolífero, exercendo a prerrogativa de ditar a forma e o momento de aplicação de recursos.

Por outro lado, ao perder a condição de Operadora de Consórcios de Exploração e Produção, a Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS deixará de perceber das empresas não-operadoras os expressivos valores de ressarcimento por gastos administrativos e custos adicionais, obrigando-se, em razão da inversão de posição, a repassar a sua cota-parte relativa aos custos administrativos e demais encargos.

Por fim, sobreleva mencionar que a Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS, principal afetada pelos efeitos da decisão concessiva da medida acautelatória, encontra-se em processo de recuperação financeira, com endividamento correspondente ao valor de R\$ 291,83 bilhões de reais, não sendo prudente, nesta fase do processo, manter a decisão cautelar cujos efeitos aprofundarão ainda mais o quadro econômico-financeiro da empresa estatal.

Presentes, portanto, os requisitos para a concessão da tutela provisória, à luz do art. 4º da Lei n.º 8.437/92, defiro a liminar para suspender os efeitos da decisão proferida no dia 19 de dezembro de 2018, nos autos da ADI nº 5.942/DF, até que o colegiado maior aprecie a matéria, já pautada para o dia 27 de fevereiro deste ano, consoante calendário de julgamento publicado no DJe de 19/12/2018”.

Na ocasião, o exame cognitivo da demanda se limitou à análise da potencialidade lesiva do ato combatido diante do risco de lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas.

A controvérsia ora discutida na presente ação, por sua vez, cinge-se em saber se o ato normativo incide em vício de constitucionalidade formal e material.

O relator, Ministro **Marco Aurélio**, conheceu da ação, por considerar o caráter primário e autônomo do ato atacado, e julgou o pedido procedente, ante a ilegalidade do decreto ao disciplinar “matéria constitucionalmente reservada a lei em sentido estrito” (normas gerais de contratação e licitação – art. 22, XXVII, da CF).

Feito esse breve resumo, faz-se necessário verificar, por ora, a plausibilidade da tese levantada pela Presidência da República e pela Advocacia-Geral da União sobre a preliminar de inadmissibilidade da ação direta de constitucionalidade porque alegam que o Decreto nº 93555/18 “encontra sua regência primária estabelecida na legislação federal que disciplina os regimes de exploração desses combustíveis”.

DA PRELIMINAR: NÃO CONHECIMENTO DA AÇÃO DIRETA

É certo que as hipóteses que autorizam o Presidente da República a editar decreto de natureza autônoma estão previstas taxativamente nas alíneas “a” e “b” do inciso VI do art. 84 da CF/88, **nas quais não se insere a presente nos autos.**

O objeto a ser enfrentado diz respeito a ato normativo editado em regulamentação às leis nele citadas como fonte de amparo a sua edição.

Destacam-se o art. 29 da Lei nº 9.478/97, que dispõe sobre a figura da “transferência do contrato de concessão”, e o art. 31 da Lei nº 12.351/2010, que versa acerca da “cessão de direitos e obrigações relativos ao contrato de partilha de produção”.

São eles:

Lei 9.478/97

“Art. 29. É permitida a transferência do contrato de concessão, preservando-se seu objeto e as condições contratuais, desde que o novo concessionário atenda aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pela ANP, conforme o previsto no art. 25”.

Lei 12.351/2010

“Art. 31. A cessão dos direitos e obrigações relativos ao contrato de partilha de produção somente poderá ocorrer mediante prévia e expressa autorização do Ministério de Minas e Energia, ouvida a ANP, observadas as seguintes condições:

I - preservação do objeto contratual e de suas condições;

II - atendimento, por parte do cessionário, dos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pelo Ministério de Minas e Energia; e

III - exercício do direito de preferência dos demais consorciados, na proporção de suas participações no consórcio.

Parágrafo único. A Petrobras somente poderá ceder a participação nos contratos de partilha de produção que obtiver como vencedora da licitação, nos termos do art. 14”.

O Decreto questionado estabelece regras procedimentais para a cessão de direitos aludidas nas leis citadas, não versando em nenhum de seus dispositivos acerca de instituto não previsto em lei.

Eventual dissonância entre o conteúdo de suas normas e a lei que pretendeu regulamentar não estará inserida no âmbito do controle abstrato que compete ao Supremo Tribunal na via da ação direta de inconstitucionalidade.

Para que o decreto fosse objeto de ação direta, necessário seria o questionamento de todo o complexo normativo que o ampara, no caso, as leis nº 9.478/97 e a lei nº 12.351/2010, conforme destacado pelos Ministros **Alexandre de Moraes e Roberto Barroso**.

Nesse sentido, é a ampla jurisprudência desta Corte:

“AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 1º, 2º E 3º DA RESOLUÇÃO Nº 102/2007 DO SECRETÁRIO DE ESTADO DA AGRICULTURA E DO ABASTECIMENTO DO ESTADO DO PARANÁ. FUNDAMENTO EM LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. NATUREZA REGULAMENTAR. ATO SECUNDÁRIO. CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. INVIABILIDADE. 1. Decisão denegatória de seguimento de ação direta de inconstitucionalidade por manifesto descabimento. 2. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, somente os atos normativos qualificados como essencialmente primários ou autônomos expõem-se ao controle abstrato de constitucionalidade. Precedido o conteúdo do ato normativo atacado por legislação infraconstitucional que lhe dá amparo material, a evidenciar sua natureza de ato regulamentar secundário, inviável a sua impugnação pela via da ação direta. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido. (ADI 4095 AgR, Relator(a): Min. **ROSA WEBER** , Tribunal Pleno, Dje 6/11/2014).

“1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Condição. Objeto. Decreto que cria cargos públicos remunerados e estabelece as respectivas denominações, competências e remunerações. Execução de lei inconstitucional. Caráter residual de decreto autônomo.

Possibilidade jurídica do pedido. Precedentes. É admissível controle concentrado de constitucionalidade de decreto que, dando execução a lei inconstitucional, crie cargos públicos remunerados e estabeleça as respectivas denominações, competências, atribuições e remunerações.

2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Art. 5º da Lei nº 1.124 /2000, do Estado do Tocantins. Administração pública. Criação de cargos e funções. Fixação de atribuições e remuneração dos servidores. Efeitos jurídicos delegados a decretos do Chefe do Executivo. Aumento de despesas. Inadmissibilidade. Necessidade de lei em sentido formal, de iniciativa privativa daquele. Ofensa aos arts. 61, § 1º, inc. II, "a", e 84, inc. VI, "a", da CF. Precedentes. Ações julgadas procedentes. São inconstitucionais a lei que autorize o Chefe do Poder Executivo a dispor, mediante decreto, sobre criação de cargos públicos remunerados, bem como os decretos que lhe dêem execução. (ADI 3232, Relator(a): Min. **CEZAR PELUSO**, Tribunal Pleno, DJe 3/10/2008).

O complexo normativo, portanto, não foi questionado pelo autor, que submeteu a esta Corte tão somente o Decreto nº 9.355/2018.

Todavia, como destacado pelo Ministro **Roberto Barroso**, embora seja hipótese de não conhecimento, é necessário “sacrifica[r]mos um pouco a tecnicalidade em favor da segurança jurídica numa matéria que é importante”.

Assim, passo à análise do mérito.

DO MÉRITO

Como bem assinalado pelo Ministro **Luiz Fux**, o mercado de petróleo, óleo e gás tem suas especificidades, devendo observar regras próprias, que considerem a necessidade recursos para desenvolvimento de tecnologia e compensação dos riscos inerentes à atividade.

Na ADI 5624-MC, de relatoria do Ministro **Ricardo Lewandowski**, a Suprema Corte assentou a dispensabilidade de anuênciam do Poder Legislativo para efetuar a transferência do controle de subsidiárias e controladas, assim como a possibilidade de operacionalizá-la 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.

Eis o teor da ementa:

“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 5624 MC-Ref, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, Tribunal Pleno, DJe 29/11/2019).

Na ADI 5624-MC, apresentei a seguinte conclusão:

“Ante o exposto, voto pelo deferimento, em parte, da medida cautelar anteriormente concedida pelo Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), de modo a se conferir ao art. 29, caput, inciso XVIII, da Lei nº 13.303/2016 interpretação conforme à Constituição Federal, nos seguintes termos:

i) a alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista exige autorização legislativa e licitação; e

ii) a exigência de autorização legislativa, todavia, não se aplica à alienação do controle de suas subsidiárias e controladas. Nesse caso, a operação pode ser realizada sem a necessidade de licitação, desde que siga procedimentos que observem os princípios da administração pública inscritos no art. 37 da Constituição e que seja respeitada a exigência de competitividade”.

Ou seja, é permitida a compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que as empresas públicas e sociedades de economia mista produzam ou comercializem, independentemente de procedimento

licitatório, desde que observadas regras que assegurem os princípios da Administração Pública, previstos no art. 37 da CF, e não envolvam a alienação do controle acionário das empresas-matrizes.

Para o Ministro **Alexandre de Moraes**, o tratamento conferido à ADI 5624-MC segue a mesma lógica do caso ora discutido, conforme se observa do seguinte excerto de seu voto:

“Já adianto que vou divergir do eminentíssimo Ministro Marco Aurélio, acompanhando o Ministro Luiz Fux, no sentido de que a excepcionalidade da regra restrita de licitação está prevista e tem embasamento legal nos arts. 173, § 3º, da Constituição Federal, 29 da Lei nº 9.478/1997, e 31 da Lei nº 12.351/2010, que possibilitam tratamento diverso. Inclusive - no primeiro semestre do ano passado, salvo engano -, **decidimos, em questão semelhante, nas ADIs nº 5.624, 5.846, 6.029 e 5.924, que a legislação dá tratamento diverso da Lei Geral de Licitações.** O Plenário, por maioria, entendeu pela possibilidade de venda de subsidiárias não criadas por lei. A lei cria a empresa e autoriza a criação de subsidiárias - não diretamente criadas por lei - e essas subsidiárias podem ser vendidas. É um regime diferenciado.

Aqui, parece-me que há tratamento semelhante. Uma análise do artigo 176, § 3º, permite que a legislação estabeleça situações excepcionais e foi o que se fez desde 1997. É importante salientar que essa possibilidade existe desde a Lei nº 9.478/1997 e, depois, a Lei nº 12.351/2010, que expressamente admitem a possibilidade de cessão, partilha de contratos de exploração e produção de combustíveis. À época, lembro, nas ações diretas, chamei de empresa-mãe. Aqui, seria, na verdade, licitação-mãe, primeira licitação, processo originário de concessão ou de partilha é feito por meio do procedimento geral licitatório. Agora, existe a possibilidade de cessão de contratos de exploração e produção de combustíveis. Eles podem ser transferidos sem a necessidade de novo procedimento licitatório - obviamente, desde que observadas as condições estabelecidas na legislação citada, tanto no artigo 29 da Lei nº 9.478 quanto no artigo 31 da Lei nº 12.351, que deixo aqui de dimensionar, mas consta no voto” (grifei).

No presente caso, o art. 37, XXI, da Constituição prevê a exigência da licitação, como regra geral, nas contratações públicas e, também, a **dispensa** do certame no casos ressalvados na legislação específica.

Eis o teor do dispositivo:

"XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Regulamento)".

A legislação pertinente, Lei nº 9.478/97 e Lei nº 12.351/10, excepcionou expressamente a prévia licitação, conforme se observa da dicção dos arts. 29 da Lei 9.478/97 e 31 da Lei 12.351/10, respectivamente:

"Art. 29. É permitida a transferência do contrato de concessão, preservando-se seu objeto e as condições contratuais, desde que o novo concessionário atenda aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pela ANP, conforme o previsto no art. 25.

Parágrafo único. A transferência do contrato só poderá ocorrer mediante prévia e expressa autorização da ANP.

Art. 31. A cessão dos direitos e obrigações relativos ao contrato de partilha de produção somente poderá ocorrer mediante prévia e expressa autorização do Ministério de Minas e Energia, ouvida a ANP, observadas as seguintes condições:

- I - preservação do objeto contratual e de suas condições;
- II - atendimento, por parte do cessionário, dos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pelo Ministério de Minas e Energia; e
- III - exercício do direito de preferência dos demais consorciados, na proporção de suas participações no consórcio."

Observa-se que, em atendimento ao comando constitucional do inciso XXI do art. 37, o Congresso Nacional editou lei **excepcionando** a licitação para os casos de transferência de concessão. E o decreto impugnado veio a regulamentar a legislação, não havendo excesso.

Ademais, a legislação infraconstitucional e infralegal atende às especificidades do mercado de petróleo, em especial a busca por recursos, tendo em vista a necessidade permanente de desenvolvimento de novas tecnologias e de compensação dos riscos inerentes à atividade.

Nesta senda, faz-se pertinente recordar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Veja-se: não faria sentido pretender que uma sociedade de economia mista ou empresa pública *exploradoras de atividade econômica* (art. 173 e parágrafo 1 da Constituição) efetuassem licitação para adquirir os insumos que rotineiramente necessitam para regularidade da produção industrial ou comercial a que estejam legalmente prepostas. Tanto quanto não o faria pretender que instaurassem dito certame para colocarem no mercado o que produzirem.”

Conforme ressaltado pela Petrobrás,

“as operações de cessão de parte dos direitos de exploração surgiram como uma estratégia de mitigação desse risco, com sua pulverização entre os diversos agentes de mercado, e ainda como forma de atração de novos investimentos necessários para fazer frente a tais riscos.

Trata-se de prática já estabelecida na indústria internacional, internalizada por meio do art. 29 da Lei 9.478/1997 (“Lei do Petróleo”) e art. 31 da Lei 12.351/2010 (“Lei da Partilha de Produção”), para todo os atores do mercado de petróleo brasileiro, de sorte que sequer haveria que se falar em aplicação da Lei 13.303/2016, diploma amplo e genérico que trata, dentre outros pontos, das licitações das estatais como um todo, notadamente para aquisição de obras e serviços.

E por trazer um regime aplicável ao artigo 29 da Lei do Petróleo e art. 31 da Lei de Partilha, que em momento algum exigem licitação para a cessão de direitos, é que o Decreto 9355/2018 não se presta a regulamentar o procedimento licitatório previsto na Lei 13.303/2016 ou qualquer outro aspecto desta” (doc. 47).

Assim, não vejo inconstitucionalidade do ato impugnado.

Ante o exposto, acompanho o Ministro **Luiz Fux** e julgo o pedido improcedente.