

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
5.942 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
REQTE.(S) : **PARTIDO DOS TRABALHADORES**
ADV.(A/S) : **RAQUEL DE OLIVEIRA SOUSA E OUTRO(A/S)**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
AM. CURIAE. : **PETROLEO BRASILEIRO S A PETROBRAS**
ADV.(A/S) : **TALES DAVID MACEDO E OUTRO(A/S)**
AM. CURIAE. : **INSTITUTO BRASILEIRO DE PETRÓLEO, GÁS E
BIOCOMBUSTÍVEIS - IBP**
ADV.(A/S) : **FLÁVIO SPACCAQUERCHE BARBOSA E
OUTRO(A/S)**

DECISÃO

**LICITAÇÃO – PETROBRÁS – DECRETO
– FLEXIBILIZAÇÃO – AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE –
MEDIDA ACAUTELADORA – RELATOR
– ATUAÇÃO – EXCEPCIONALIDADE
VERIFICADA – DEFERIMENTO.**

1. O assessor Dr. Eduardo Ubaldo Barbosa prestou as seguintes informações:

O Partido dos Trabalhadores – PT ajuizou ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, questionando a compatibilidade, com a Constituição Federal, do Decreto nº 9.355, de 25 de abril de 2018, a estabelecer processo especial de cessão, pela Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS, empresas subsidiárias e controladas, de direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos.

Ressalta cabível a formalização de ação direta de

ADI 5942 MC / DF

inconstitucionalidade contra o decreto, tendo como presentes, no ato impugnado, contornos de abstração e autonomia a autorizarem a aplicação primária do texto constitucional.

Afirma inconstitucional a norma atacada, mencionando o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Segundo assevera, considerado o artigo 22, inciso XXXVII, compete privativamente à União legislar, por intermédio do Congresso Nacional, sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, a alcançarem sociedades de economia mista, especialmente em relação aos limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo e bens do domínio da União – artigos 48, cabeça e inciso V, e 173, § 1º, inciso III, da Lei Maior.

Conforme destaca, a publicação do Decreto em debate revela usurpação de competência do Congresso Nacional, no que versa matéria cuja regulamentação é reservada a lei em sentido formal. Aduz que os procedimentos licitatórios, no âmbito de empresas públicas e sociedades de economia mista, estão previstos nos artigos 28 a 84 da Lei federal nº 13.303/2016. Discorre sobre o processo legislativo que resultou na aprovação do diploma, tomando-o como complexo e instruído por extensos debates parlamentares.

Argui ofensa aos princípios da legalidade e da separação dos poderes – artigos 2º e 5º, inciso II, da Constituição Federal. Frisa a ocorrência de desvio de finalidade. Assevera que, sob o pretexto de disciplinar preceitos legais os quais, segundo alega, prescindem de regulamentação – artigos 29, 61, cabeça e § 1º, e 63 da Lei nº 9.478/1997 e 31 da Lei nº 12.351/2010 –, pretendeu-se, com a edição do Decreto questionado, por via oblíqua, retirar a eficácia da Lei federal nº 13.303/2016, substituindo-a com o propósito de criar regime licitatório próprio a alcançar apenas a PETROBRAS, ao largo de qualquer discussão no campo político e legislativo. A partir de cotejo entre disposições

ADI 5942 MC / DF

da Lei federal nº 13.303/2016 e do ato atacado, assinala inversão das fases do procedimento licitatório, em desrespeito aos princípios da moralidade, da impessoalidade e da eficiência, permitindo, segundo salienta, a alteração do vencedor do certame em momento posterior à publicação do resultado.

Sublinha tratar-se de nova investida do Executivo federal em meio ao denominado “plano de desinvestimentos” levado a efeito pela diretoria da PETROBRAS, o qual, conforme argumenta, consiste na desestatização dos ativos da sociedade a preços vis e ao largo da legislação de regência. Alude a tentativas de venda de campos de petróleo a pessoas jurídicas estrangeiras, em negociações tidas como deletérias aos interesses nacionais, reportando-se a decisões judiciais nas quais suspensos, no campo precário e efêmero, procedimentos de venda de campos petrolíferos. Enfatiza consubstanciar a edição do pronunciamento questionado permissão à continuidade da política de privatização dos bens da sociedade de economia mista sem as restrições apontadas pelo Poder Judiciário.

Realça a formalização, em 1º de dezembro de 2017, da ação direta nº 5.841, relator ministro Luiz Fux, na qual impugnado o Decreto nº 9.188/2017, igualmente direcionado, segundo afirma, a esvaziar as disposições da Lei nº 13.303/2016 mediante a instituição de preceitos parcialmente reproduzidos no Decreto em exame. Aponta ter o Ministro Relator acionado o artigo 12 da Lei nº 9.868/1999.

Sob o ângulo do risco, indica que, no dia imediatamente posterior à publicação do Decreto, a PETROBRAS pôs à venda 36% da capacidade nacional de refino. Sustenta a existência de prejuízos irreparáveis à mencionada sociedade e ao País, considerado o difícil desfazimento de negócios celebrados sob a égide do Decreto, ante a criação de direitos titularizados por terceiros de boa-fé.

ADI 5942 MC / DF

Requeru, liminarmente, a suspensão da eficácia da norma atacada. Postula, alfim, seja confirmada a tutela de urgência, com a declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 9.355, de 25 de abril de 2018.

Vossa Excelência, em 15 de maio de 2018, acionou o disposto no artigo 12 da Lei nº 9.868/1999, determinando fossem providenciadas as informações, a manifestação da Advocacia-Geral da União e o parecer da Procuradoria-Geral da República.

O Presidente da República destaca o caráter secundário, não autônomo, do ato impugnado, voltado a regulamentar os artigos 29, 61, cabeça e § 1º, e 63 da Lei nº 9.478/1997, a versar a “política energética nacional e as atividades relativas ao monopólio do petróleo”, e o artigo 31 da Lei nº 12.351/2010, a dispor sobre “a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas”. Aduz tratar-se de circunstância a afastar a submissão do Decreto questionado ao controle concentrado de normas. Menciona precedentes do Supremo. Diz inadmissível esta ação. Discorre sobre o contexto de edição do diploma atacado, originado de recomendação formalizada pelo Tribunal de Contas da União no âmbito do projeto de desinvestimentos levado a efeito pela PETROBRAS para o fim de redução da denominada “alavancagem financeira” – deliberação nº 442/2017. Sublinha a higidez do Decreto, articulando com o fato de limitar-se a regulamentar o procedimento de transferência de contratos de concessão e de partilha previamente obtidos a partir de certames licitatórios vencidos por consórcios formados pela PETROBRAS, nos termos dos marcos legais em vigor. Aponta inadequado confundir-se desinvestimento, tido como medida de caráter empresarial, com desestatização. Conforme entende, os artigos 29 da Lei nº 9.478/1997 e 31 da Lei nº

ADI 5942 MC / DF

12.351/2010 não condicionam a transferência ou a cessão contratuais à realização de nova licitação, razão pela qual afirma insubsistentes as alegações do requerente alusivas à criação, pelo Executivo, de caso de dispensa de licitação, ao arripio de lei em sentido formal, em usurpação de competência reservada ao Legislativo. Reportando-se ao critério da especialidade, diz inaplicáveis, ao caso, as disposições contidas nos artigos 28 a 67 da Lei nº 13.303/2016, os quais instituem regras licitatórias voltadas às empresas públicas e sociedades de economia mista. Assinala a criação, pelo Decreto, de processo competitivo, com fases de seleção impessoais e regras objetivas, para a escolha de cessionários, em harmonia com os princípios da Administração contidos na cabeça do artigo 37 da Constituição Federal. Junta parecer elaborado pela Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Requer seja julgado improcedente o pedido.

A Advocacia-Geral da União manifesta-se pela inadmissão da ação direta e, sucessivamente, pela improcedência do pedido, reiterando as razões veiculadas pelo Presidente da República, ante fundamentos assim resumidos:

Administrativo. Decreto nº 9.355/2018. Procedimento especial de cessão de direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos pela Petrobras. Preliminar. Ausência de interesse de agir. O instituto da cessão de direitos está expressamente disciplinado na legislação federal pertinente à indústria petrolífera (Leis nº 9.478/1997 e 12.351/2010). Mérito. Constitucionalidade da transferência de direitos nas condições estipuladas pelos marcos normativos federais, sem necessidade de realização de nova licitação. Previsão de procedimento semelhante relativamente à exploração de recursos minerais em geral, pelo artigo 176, § 3º, da Constituição. Ato presidencial que uniformiza o procedimento especial

ADI 5942 MC / DF

de cessão, conferindo maior clareza, transparência e impessoalidade às operações dessa natureza. Ausência de usurpação de competência do Congresso Nacional ou de violação à cláusula de reserva legal. A cessão de direitos de exploração não foi alterada pela Lei nº 13.303/2016. A disciplina prevista pela referida lei não alcança empresas privadas participantes de consórcios operados pela Petrobras. Manifestação pelo não conhecimento da ação direta e, no mérito, pela improcedência do pedido formulado pelo requerente.

Por meio da petição/STF nº 49.401/2018, o requerente renovou o pedido de implemento de medida acauteladora objetivando a suspensão da eficácia do Decreto nº 9.355/2018 articulando com a existência de fatos novos a exigir, conforme assevera, a pronta atuação do Supremo. Sublinha a aprovação, em 30 de junho último, da inclusão, no Regulamento de Licitações e Contratos da PETROBRAS, do artigo 223, cuja redação é idêntica à do § 7º do artigo 1º do ato questionado. Ressalta estarem em fase avançada os processos de alienação dos Campos de Petróleo em Águas Profundas da Bacia de Sergipe e Alagoas e dos Polos de Pampo e Enchova, de acordo com o previsto no Decreto impugnado. Reitera os argumentos lançados na peça primeira.

Em 10 de agosto de 2018, Vossa Excelência liberou o processo para inserção na pauta dirigida do Pleno, visando a apreciação do pleito de concessão de liminar, sem prejuízo da sequência instrutória do processo.

A Procuradoria-Geral da República opina pelo deferimento da tutela de urgência, nos seguintes termos:

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.
DECRETO 9.355/2018. REGRAS DE GOVERNANÇA,**

ADI 5942 MC / DF

TRANSPARÊNCIA E BOAS PRÁTICAS DE MERCADO PARA A CESSÃO DE DIREITOS DE EXPLORAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL E HIDROCARBONETOS FLUIDOS. CONTRATAÇÃO DE EMPRESAS PARA EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO. NECESSIDADE DE PRÉVIO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 22-XXVII, 37-XXI E 173- §1º-III DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CESSÃO OU TRANSFERÊNCIA DE CONTRATOS DE CONCESSÃO OU PARTILHA DE PRODUÇÃO. MECANISMO PREVISTO NOS ARTS. 29 DA LEI 9.478/1997 E 31 DA LEI 12.351/2010. INCOMPATIBILIDADE COM DEVER DE LICITAR E COM OS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, ISONOMIA E LIVRE CONCORRÊNCIA. PRÁTICA DE ATOS CONCRETOS PELA PETROBRÁS, VOLTADOS A ALIENAR BENS E DIREITOS EM DESCONFORMIDADE COM A EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE LICITAÇÃO. NECESSIDADE DE CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR. 1. Ofende a exigência constitucional de prévia licitação para contratação de obras, serviços, compras e alienações, a previsão de cessão ou transferência de contratos ou direitos de exploração de petróleo, gás natural e hidrocarbonetos fluidos, sem a realização de prévio procedimento licitatório. Parecer pela concessão da medida cautelar.

O processo foi incluído, pela Presidência, na Pauta da Sessão Plenária do dia 28 de novembro de 2018, não tendo havido o pregão e o respectivo exame do pedido de implemento de medida acauteladora, razão pela qual designado julgamento para a data de 27 de fevereiro de 2019.

2. Atentem para a organicidade do Direito, em especial dos procedimentos atinentes ao itinerário processual das ações trazidas a

ADI 5942 MC / DF

exame do Supremo. Tenho por princípio inafastável a inviabilidade de haver, em processo objetivo, no curso do Ano Judiciário, quando o Colegiado realiza sessões semanais, determinação de suspensão de ato normativo mediante decisão individual, ante a competência do Pleno para implemento de medida acauteladora, exigida a maioria absoluta – 6 votos.

Firme nessa premissa, liberei, em 10 de agosto de 2018, o processo para inserção na pauta dirigida do Plenário, o que ocorreu na Sessão do dia 28 de novembro seguinte, não tendo havido o pregão na oportunidade – circunstância a autorizar a excepcional atuação unipessoal do Relator, na forma dos artigos 10 da Lei nº 9.868/1999, 5º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999 5º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999 e 21, inciso V, do Regimento Interno, tendo em vista a impossibilidade de imediato enfrentamento da matéria pelo Colegiado em virtude do encerramento do segundo Semestre Judiciário de 2018 e, via de consequência, do início do período de recesso.

Em sede precária e efêmera, está-se diante de quadro a exigir pronta atuação, considerada a urgência da causa de pedir lançada pelo requerente na petição/STF nº 49.401/2018 e o risco revelado pelo início da denominada fase vinculante do procedimento referente à cessão parcial, pela Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS, de direitos de exploração, desenvolvimento e produção em campos de petróleo no âmbito da Bacia de Sergipe-Alagoas – BM-SEAL-4, BM-SEAL-4A, BM-SEAL-10 e BM-SEAL-11 –, com fundamento no Decreto nº 9.355, de 25 de abril de 2018, cuja compatibilidade, ou não, com a Constituição Federal consiste no pano de fundo desta ação direta de inconstitucionalidade.

Cumprido rejeitar a preliminar de inadmissibilidade suscitada pela Presidência da República e pela Advocacia-Geral da União.

Por meio do Decreto em jogo, fixou-se o objetivo do “procedimento

ADI 5942 MC / DF

especial”: concretizar a transferência, pela PETROBRAS, de direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, indicando-se as operações resguardadas da incidência das normas então estabelecidas, submetidas ao regime próprio das empresas privadas em caráter de livre competição – artigo 1º. Foram indicados os parâmetros próprios do “procedimento especial” versado no ato presidencial – artigo 2º –, bem assim as situações nas quais dispensada a realização do “processo competitivo” ao final do qual consagrado o participante mais bem colocado – artigo 3º. Definiram-se as normas gerais aplicáveis durante a tramitação do certame – artigos 4º a 10 – mediante a descrição pormenorizada das etapas do “procedimento especial”, cindido nas fases de preparação, consulta de interesse, apresentação de propostas preliminares e firmes, negociação, resultado e, alfim, assinatura dos instrumentos jurídicos negociais – artigos 11 a 35. Foram estipulados e outorgados poderes fiscalizatórios a órgãos de controle externo e interno da União – artigo 36.

Apesar de reclamar fundamento de validade na legislação infraconstitucional – artigos 29, 61, cabeça e § 1º, e 63 da Lei nº 9.478/1997 e 31 da Lei nº 12.351/2010 –, o ato questionado encerra normas dotadas de generalidade e abstração. Nem mesmo a existência de lei federal sobre licitações e contratos administrativos firmados por empresas públicas e sociedades de economia mista obsta o exame, em abstrato, do Decreto com base exclusivamente na Constituição Federal.

Revelado o caráter primário e autônomo do ato atacado, passo à análise do pedido de implemento de medida acauteladora, voltado à suspensão da eficácia do Decreto impugnado.

Observem as balizas do caso. Apesar dos argumentos lançados na petição inicial, no sentido de estar a edição da norma revestida do propósito de suplantar, mediante a criação de regime licitatório próprio a alcançar apenas a PETROBRAS, a aplicação dos artigos 28 a 67 da Lei

ADI 5942 MC / DF

federal nº 13.303/2016 – reveladores das regras gerais licitatórias voltadas às empresas públicas e sociedades de economia mista –, permitindo a desestatização dos ativos da sociedade a preços tidos como vis, o processo tem causa de pedir aberta, porquanto o Tribunal, ao apreciar a constitucionalidade do ato questionado, leva em conta o texto constitucional como um todo, não ficando adstrito aos fundamentos articulados pelo requerente.

Descabe analisar seja a eventual incompatibilidade do Decreto com a Lei nº 13.303/2016 – circunstância a encerrar crise de legalidade e, por consequência, afastar a atuação do Supremo em sede concentrada –, seja a harmonia, com a Constituição Federal, do instituto da cessão de direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, previsto nos artigos 29 da Lei nº 9.478/1997 e 31 da Lei nº 12.351/2010¹.

1 Lei nº 9.478/1997

[...]

Artigo 29 – É permitida a transferência do contrato de concessão, preservando-se seu objeto e as condições contratuais, desde que o novo cessionário 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.

Lei nº 12.351/2010

[...]

Artigo 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.

ADI 5942 MC / DF

Com relação ao último ponto, aliás, o Tribunal tem encontro marcado com a controvérsia atinente à possibilidade de permitir-se a assunção do contrato de concessão por empresa distinta da vencedora em certame licitatório, ante a liberação, para inserção na pauta dirigida do Pleno, em 26 de agosto de 2016, da ação direta de nº 3.596, relatora ministra Cármen Lúcia, por meio da qual questionada a constitucionalidade do artigo 29 da Lei nº 9.478/1997, entre outros preceitos.

Observado o artigo 84, incisos IV e VI, alínea “a”, da Constituição Federal, cumpre perquirir se, ao instituir, mediante a edição de decreto, “procedimento especial de cessão de direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos”, o Chefe do Executivo federal incorreu, ou não, em excesso do poder de regulamentar.

A cessão de contrato – ou, mais precisamente, a cessão da posição contratual – implica, nas palavras do mestre Orlando Gomes, a transferência “na sua unidade orgânica dos direitos e obrigações da parte cedente” (*Contratos*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1987, p. 163), podendo ser conceituada como:

[...] o ajuste de vontades, por intermédio do qual um dos integrantes de certo contrato é substituído inteiramente por outro, na posição contratual que até então ocupava. Isto significa que outra pessoa, distinta da que contratou originalmente, passa a ocupar a condição de contratante e a se sujeitar a todos os ônus daí decorrentes, obtendo, em contrapartida, os direitos derivados do contrato. (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil – vol. 2: Obrigações*. Salvador: Ed. JusPodium, 2014, p. 361)

Consistindo a posição contratual num feixe de direitos e obrigações

ADI 5942 MC / DF

inerentes a determinado negócio jurídico, a transferência de contratos de concessão e partilha revela-se instituto afeto ao Direito das Obrigações, de nítido caráter negocial, cujo cerne é a integral substituição do cedente pelo cessionário.

Atentem para o disposto no artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, o qual prevê competir privativamente à União legislar, por intermédio do Congresso Nacional, sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, a alcançarem as sociedades de economia mista – gênero do qual a PETROBRAS é espécie. No mesmo sentido, o artigo 173, § 1º, inciso III, da Lei Maior expressamente versa a imprescindibilidade de lei para disciplinar “licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações” no âmbito das sociedades de economia mista. Eis o teor dos preceitos:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

[...]

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.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

ADI 5942 MC / DF

[...]

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

[...]

Mostra-se razoável compreender, no âmbito de abrangência da locução empregada pelo constituinte no inciso XXVII do artigo 22 – “contratação, em todas as modalidades” –, a figura da cessão da posição contratual, circunstância a afastar a regulamentação pretendida mediante o ato presidencial questionado, sob pena de violação do princípio da reserva legal.

Mesmo aceita a premissa articulada pela Presidência da República e pela Advocacia-Geral da União referente à ausência de obrigação de licitar para o fim de cessão da posição contratual anteriormente ocupada pela PETROBRAS – matéria, repita-se, não versada neste processo, mas no revelador da ação direta de nº 3.596 –, a realidade surgida da análise do Decreto nº 9.355/2018 se impõe.

Criou-se, com o ato atacado, verdadeiro microsistema licitatório ordinariamente veiculado por lei, apesar de a utilização do vocábulo “licitação” ter sido substituída, sob o ângulo redacional, pela singela expressão “procedimento especial”. Trata-se de conclusão extraível especialmente do contido nos artigos 11 a 35, nos quais descritas, com riqueza de detalhes, as etapas do certame a ser realizado entre os interessados na assunção de concessão anteriormente contratada pela PETROBRAS, sendo elas as fases de (I) preparação; (II) consulta de interesse; (III) apresentação de propostas preliminares; (IV) apresentação de propostas firmes; (V) negociação; (VI) resultado; e, alfim, (VII) assinatura dos instrumentos jurídicos negociais.

A ressaltar essa óptica, apesar de o objeto desta ação direta não se confundir com o exame de possível conflito a partir do cotejo do Decreto nº 9.355/2018 com a Lei nº 13.303/2016, inegável é a similitude estrutural

ADI 5942 MC / DF

entre os atos a disciplinarem os respectivos procedimentos concorrenciais, ressalvada, entre outros aspectos, a simplificação e a inversão de fases do procedimento licitatório previsto no Estatuto Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, em especial com relação à fase de negociação, no que permitida a realização de negociações sucessivas não apenas com o “participante mais bem classificado”, mas igualmente com os “demais participantes”. A conclusão é única: o Chefe do Executivo federal disciplinou matéria constitucionalmente reservada a lei em sentido formal.

A partir dos artigos 22, inciso XXVII, e 173, § 1º, inciso III, da Constituição Federal, depreende-se estar o tema em debate sujeito ao princípio da legalidade estrita. A ausência de disciplina específica, em lei, a versar a cessão de posição contratual anteriormente exercida pela PETROBRAS em contratos de concessão e de partilha não implica dar-se, em linguagem popular, “carta branca” ao Chefe do Executivo no exercício do poder de regulamentar franqueado pela Lei Maior. Descabe cogitar de delegação legislativa em branco quando em jogo matéria sujeita à reserva legal, sob pena de permitir-se graves inovações na ordem jurídica, ao arrepio do devido processo legislativo.

A par desse aspecto, o ato questionado, com a redação do § 7º do artigo 1º, consagrou situação de dispensa de licitação para “as contratações de bens e serviços efetuados pelos consórcios operados pela PETROBRAS”, uma vez “sujeitas ao regime próprio das empresas privadas”. Está-se diante de violação do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, o qual reserva à lei a excepcional criação de caso de dispensa de licitação, inclusive no âmbito da Administração Pública indireta – matéria, a propósito, regulada pela mencionada Lei nº 13.303/2016, cujo artigo 1º, § 5º, prevê a aplicação do regime jurídico nela veiculado às sociedades de economia mista integrantes, nas condições de operadoras, de consórcios.

ADI 5942 MC / DF

Conclui-se que, sob o pretexto de disciplinar cessão, pela PETROBRAS, de direitos de exploração, desenvolvimento e produção em campos de petróleo, o Chefe do Executivo federal, com o Decreto nº 9.355/2018, não se limitou a expedir regulamentação objetivando a fiel execução de preceitos contidos nas Leis nº 9.478/1997 e nº 12.351/2010 – óptica a autorizar a glosa, em sede cautelar, do Supremo, guarda maior da Constituição Federal.

Não leva a conclusão contrária o reconhecimento de haver-se, desde a promulgação da Emenda de nº 9/1995, flexibilizada a execução do monopólio da atividade do petróleo, permitindo-se a atividade de empresas privadas por meio da celebração de contratos administrativos de concessão de exploração de bem público em ambiente de livre concorrência. O robustecimento dos mecanismos de atuação da PETROBRAS em ambiente de competição com os demais agentes econômicos, essencial à higidez financeira da sociedade, não pode conduzir ao afastamento do previsto na Constituição Federal, sob pena de abrir-se a porta para todo tipo de fraude, ao arrepio dos princípios constitucionais da Administração Pública – artigo 37, cabeça, da Lei Maior.

Na quadra vivenciada, reconhecidamente marcada por escândalos e desvios éticos nos mais diversos âmbitos da vida pública e empresarial do País, cumpre observar a envergadura das instituições pátrias, a eficácia da ordem jurídica, a independência e a harmonia entre os Poderes. Paga-se um preço por viver-se num Estado de Direito. É módico e está, por isso mesmo, ao alcance de todos: o respeito irrestrito às regras estabelecidas.

Ausente ato normativo primário, aprovado pelo Congresso Nacional mediante o devido processo legislativo, a disciplinar especificamente o processo especial de cessão, pela Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS, empresas subsidiárias e controladas, de direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás natural e outros

ADI 5942 MC / DF

hidrocarbonetos fluidos, há que se aplicar, no que couber, o definido na mencionada Lei nº 13.303/2016, a versar o estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista.

3. Convencido da urgência da apreciação do tema, aciono os artigos 10 da Lei nº 9.868/1999, 5º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999 e 21, inciso V, do Regimento Interno e defiro a medida acauteladora para suspender, até ulterior pronunciamento do Tribunal, a eficácia do Decreto nº 9.355, de 25 de abril de 2018.

4. Submeto este ato ao referendo do Plenário, declarando-me habilitado a relatar e votar quando da abertura do primeiro Semestre Judiciário de 2019.

5. Publiquem.

Brasília, 19 de dezembro de 2018 – às 14 horas.

Ministro MARCO AURÉLIO

Relator