

## VOTO

**O Senhor Ministro Alexandre de Moraes:** Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade em que o Partido dos Trabalhadores, PT, questiona o Decreto 9.355/2018, editado pelo Presidente da República a pretexto de regulamentar o procedimento especial para a cessão de direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo pela Petróleo Brasileiro S.A., Petrobras.

O Requerente alega, essencialmente, que a regulamentação do tema via decreto implicaria ofensa à reserva legal e à competência do Congresso Nacional para tratar de normas gerais de licitações (art. 22, XXVIII, da CF), abuso do poder regulamentar (art. 84, IV, da CF), além de veicular hipótese de dispensa de licitação não prevista em lei (art. 37, XXI, da CF), por procedimento não compatível com a Lei 13.303/2016, que disciplina o estatuto das empresas públicas prestadoras. Nessa linha de argumentação, o Decreto 9.355/2018 implicaria violação ao art. 173, § 1º e inciso III, CF, que atribui ao legislador a regulamentação do estatuto dessas empresas, inclusive no tocante a licitações e contratos). Além disso, o procedimento para a cessão de direitos previsto no Decreto 9.355/2018 destoaria do procedimento licitatório previsto no art. 51 da Lei 13.303/2016, no tocante a inversão das fases de negociação e julgamento.

A petição inicial também se insurge contra as hipóteses que tratam da formação de consórcios pela Petrobrás, possibilidade constante do art. 63 da lei 9.478/1997 – “ *A PETROBRÁS e suas subsidiárias ficam autorizadas a formar consórcios com empresas nacionais ou estrangeiras, na condição ou não de empresa líder, objetivando expandir atividades, reunir tecnologias e ampliar investimentos aplicados à indústria do petróleo* ” - e não alterada pela Lei 13.303/2016, que, em seu art. 1º, § 5º, consigna que “ *submetem-se ao regime previsto nesta Lei a empresa pública e a sociedade de economia mista que participem de consórcio, (...), na condição de operadora* ”.

O Decreto impugnado, por outro lado, teria flexibilizando a contratação de bens e serviços pelos consórcios operados pela própria Petrobrás em parceria com particulares (art. 3º, inciso I).

A Advocacia-Geral da União apresentou manifestação em que opinou pelo não conhecimento da ação direta, ante a ausência de impugnação a todo o conjunto normativo que embasaria a alegada inconstitucionalidade. Alega que o Decreto 9.355/2018 não teria nenhuma inovação relevante em

relação à matéria, dado que a cessão de direitos de exploração de petróleo decorreria de autorização legislativa, em especial o art. 29 da Lei 9.478/1997 e o art. 31 da Lei 12.351/2010. No mérito, sustentou a constitucionalidade do Decreto impugnado.

A Procuradoria-Geral da República opinou no sentido de que a cessão de contratos ou direitos de exploração de petróleo, gás natural e hidrocarbonetos fluidos ofenderia a exigência constitucional de prévia licitação para contratação de obras, serviços, compras e alienações.

O Ministro MARCO AURÉLIO proferiu decisão monocrática em 19/12/2018, na condição de relator da ação direta, em que deferiu a medida cautelar requerida liminarmente, para determinar a suspensão da eficácia do Decreto impugnado. Essa decisão teve sua eficácia sustada por decisão da Presidência da CORTE proferida nos autos da Suspensão de Tutela Provisória 106 (decisão de 11/1/2019), até a apreciação, por este Plenário, do referendo da medida cautelar, que vem a julgamento nesta oportunidade.

É o relatório.

O caso trata de definir se a cessão de direitos de exploração de petróleo, gás natural ou outros hidrocarbonetos fluidos dependeria de prévio procedimento licitatório, de amplo acesso a todos os interessados, ou se prescindiria dessa exigência, considerado que o contrato fora originariamente licitado e a cessão a terceiro preserva as condições contratuais estipuladas pelo Poder Público concedente.

O Decreto impugnado regulamenta a cessão desses direitos de exploração, prescrevendo critérios e procedimentos para a sua formalização. Escuso-me da transcrição integral da norma impugnada, mas reproduzo a seguir alguns dos dispositivos que permitem uma compreensão inicial de seu objeto:

Art. 1º Este Decreto estabelece o procedimento especial de 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 no 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.

§ 1º O procedimento especial de que trata este Decreto poderá abranger a cessão de direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos pela Petrobras, suas subsidiárias ou suas controladas.

(...)

§ 6º O disposto neste Decreto não afasta:

I - a necessidade de aprovação da cessão:

a) pela Agência Nacional do Petróleo - ANP, na hipótese de regime de concessão; ou

b) pela União, por meio do Ministério de Minas e Energia, na hipótese de regime de partilha de produção; e

II - a observância às regras estabelecidas pela ANP ou pelo Ministério de Minas e Energia, conforme o caso.

§ 7º **As contratações de bens e serviços efetuadas pelos consórcios operados pela Petrobras ficarão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, hipótese em que não se aplica o procedimento licitatório, observados os princípios da administração pública previstos na Constituição.**

Art. 2º O procedimento especial de que trata este Decreto tem como objetivos:

I - incentivar a adoção de métodos de governança que assegurem a realização do objeto social da Petrobras;

II - conferir impessoalidade à gestão do portfólio de exploração e produção da Petrobras;

III - garantir a segurança jurídica aos processos de cessão;

IV - garantir a qualidade e a probidade do processo decisório que determina a cessão de direitos a que se refere o art. 1º; e

V - permitir a obtenção do melhor retorno econômico-financeiro à Petrobras, considerada a sua sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas em caráter de livre competição.

(...)

Art. 3º O processo competitivo a ser observado no âmbito do procedimento de cessão previsto neste Decreto não se aplica nas seguintes hipóteses:

I - de **formação ou de modificação de parcerias ou consórcios, quando a escolha do parceiro estiver associada a características particulares e vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas** ;

II - quando justificada a inviabilidade de realização do procedimento em caráter de livre competição previsto neste Decreto; e

III - ao direito de retirada decorrente de acordos de parceria.

(...)

Art. 11. O **procedimento especial de cessão de direitos** de que trata este Decreto obedecerá às seguintes fases:

I - preparação;

II - consulta de interesse;

III - apresentação de propostas preliminares;

IV - apresentação de propostas firmes;

V - negociação;

VI - resultado; e

VII - assinatura dos instrumentos jurídicos negociais.

§ 1º O início das fases de que trata os incisos II a IV do caput será divulgado no sítio eletrônico da Petrobras.

§ 2º A critério da comissão de cessão a que se refere o § 2º do art. 5º, a fase de apresentação de propostas preliminares será opcional.

§ 3º A Petrobras regulará a competência para apreciação das fases descritas no caput .

Art. 12. Para fins de seleção da melhor proposta, será utilizado o critério de julgamento do melhor retorno econômico, que será analisado com base no valor da proposta e em outros fatores como responsabilidades e condições comerciais, contratuais, fiscais, ambientais, entre outros que possam ser considerados relevantes para a análise da melhor proposta.

(...)

Art. 36. Os órgãos de controle externo e interno da União fiscalizarão as cessões de direito efetuadas pela Petrobras, quanto à economicidade e à eficácia da aplicação do disposto neste Decreto, sob os pontos de vista contábil, financeiro, operacional e patrimonial.

§ 1º Para a fiscalização de que trata o **caput** , os órgãos de controle terão acesso aos documentos e às informações necessários à realização das atividades relacionadas ao procedimento especial de cessão de direitos de que trata este Decreto, inclusive aqueles classificados como sigilosos pela Petrobras, observado o disposto na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento fornecido.

(...)

A tese de inconstitucionalidade declinada pelo Requerente é a de que essa normatização estaria em conflito com a legislação de regência, permitindo a transferência de bens e direitos sem a observância do dever de licitar. Esse conflito decorreria: (a) do fato de o Decreto 9.355/2018 não ter se limitado a regulamentar a execução da legislação de regência, mas tratado de hipótese diversa; (b) de o mesmo haver subvertido a disciplina da Lei 13.303/2016, simplificando e invertendo as fases do procedimento para a escolha do cessionário dos direitos de exploração.

O contraponto argumentativo deduzido nos autos pelas demais autoridades e interessados – Presidência da República, Advocacia-Geral da União e a própria Petrobras, na qualidade de *amicus curiae* – está fundamentado na assertiva de que: (a) existe fundamento legal para a cessão de direitos de exploração, independente de nova licitação – Leis 9.478 /1997 e 12.351/2001, não modificadas, no ponto, pelo Estatuto das Empresas

Públicas, Lei 13.303/2016 –; (b) o dever de licitar não seria aplicável às atividades-fim desenvolvidas por empresas públicas e sociedade de economia mista prestadoras de atividade econômica; e (c) o procedimento regulado pelo Decreto impugnado satisfaz os princípios constitucionais da Administração Pública, em especial a publicidade (transparência) e a impessoalidade.

De início, anoto que o confronto da norma impugnada com os dispositivos legais que pretendeu regulamentar indicam, na linha suscitada em caráter preliminar pela Presidência da República e pela Advocacia-Geral da União, a caracterização de mera crise de legalidade – caso se entenda que o vício de que padeceria o Decreto 9.355/2018 surgiria de sua incongruência com as Leis 9.478/1997 e 12.351/2001, ou mesmo com a Lei 13.303/2016 – ou mesmo a ausência de interesse processual na declaração de sua inconstitucionalidade, uma vez que não impugnado todo o conjunto normativo que a norma impugnada compõe.

De fato, parte das alegações do Requerente se insurgem contra a própria possibilidade de cessão de direitos de exploração, prática contratual que não surgiu com o advento do Decreto 9.355/2018, mas já constava das Leis 9.478/1997 e 12.351/2001:

Lei 9.478/1997

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 12351/2010

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.

Ainda que se admita que o Decreto impugnado tenha exorbitado de sua função regulamentar, as previsões constantes dos dispositivos acima seriam suficientes, na linha do que foi argumentado pelo Requerente, para criar o conflito com o parâmetro de controle invocado na petição inicial, daí porque era imprescindível a sua impugnação conjunta.

A Jurisprudência da CORTE exige a impugnação conjunta de todas as normas que integram o conjunto normativo apontado como inconstitucional, a fim de que o efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade não resgate a vigência de normas que veiculem o mesmo conteúdo inconstitucional, ou, como ocorre no caso em julgamento, que a apontada inconstitucionalidade persista com respaldo em outras normas não tratadas na ação. Do contrário, caracteriza-se a ausência do interesse de agir da parte requerente. Nesse sentido: ADI 2.132-MC, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ de 5/4/2002; ADI 2.215-MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 26/4/2001; ADI 3.218, Rel. Min. EROS GRAU, DJ de 14/12/2004; ADI 3.148, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 28/9/2007; entre outros julgados.

Merece destaque, igualmente, o precedente firmado no julgamento da ADI 2.422-AgR (Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJe de 29/10/2014), de cuja ementa transcrevo o excerto seguinte:

Tratando-se de normas legais e de diplomas legislativos que se interconexionam ou que mantêm, entre si, vínculo de dependência jurídica, cabe ao autor da ação direta, ao postular a declaração de inconstitucionalidade, abranger, no alcance desse “judicium”, todas as regras unidas pelo vínculo de conexão, sob pena de, em não o fazendo, tornar inviável a própria instauração do controle concentrado de constitucionalidade.

– Em situação de mútua dependência normativa, em que as regras estatais interagem umas com as outras, condicionando-se, reciprocamente, em sua aplicabilidade e eficácia, revela-se incabível a impugnação tópica ou fragmentária de apenas algumas dessas normas, considerada a circunstância de o complexo normativo que elas integram qualificar-se como unidade estrutural incidível, a inviabilizar questionamentos seletivos e isolados de determinadas prescrições normativas.

– Em tal contexto, e pelo fato de referidas normas integrarem a totalidade do sistema, não se admitem, em sede de controle normativo abstrato, impugnações isoladas ou tópicas, sob pena de completa desarticulação e desagregação do próprio sistema normativo a que se acham incorporadas

Sem dúvida, a apreciação da constitucionalidade das Leis 9.478/1997 e 12.351/2001 é imprescindível para o controle do Decreto 9.355/2018. Veja-se que pende de apreciação pela CORTE a Ação Direta 3596, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, ação na qual o Partido Socialismo e Liberdade, PSOL, questiona a constitucionalidade do art. 29 da Lei 9.478/1997, entre outros dispositivos desse diploma normativo.

Por esses motivos, a impugnação exclusiva do Decreto 9.355/2018 não me parece apta a deflagrar a Jurisdição Constitucional perante essa CORTE, pelo que NÃO CONHEÇO DA AÇÃO e, conseqüentemente, DIVIRJO do eminente Relator para NÃO REFERENDAR A CAUTELAR CONCEDIDA.

Caso a CORTE entenda de maneira diversa, examino o mérito da Ação Direta para, ainda em sede cautelar, pronunciar-me quanto à medida implementada pelo eminente Relator.

Esse Plenário se pronunciou recentemente, embora também em sede cautelar (ADIs 5624, 5846, 6029 e 5924, rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 6/12/2019), sobre a constitucionalidade de vários dispositivos da Lei 13.303/2016, entre os quais o art. 29, XVIII, da mencionada lei, que permitiu a compra e venda de ações, títulos e bens produzidos ou comercializados por empresas públicas independentemente de procedimento licitatório. Argumentava-se, então, que a alienação do controle acionário de empresas estatais, subsidiárias e controladas dependeria de prévia autorização legislativa, além de não prescindir de procedimento licitatório (art. 37, XIX, XX e XI, da CF).

Parte do mérito apreciado naquele julgamento tem pertinência para o deslinde da questão ora posta, qual seja, a aplicabilidade do regime jurídico público às contratações de empresas públicas e sociedade de economia mista prestadoras de atividades econômicas.

A posição secundária e subsidiária do Estado na ordem econômica reforçada pela EC 19/1998 estabeleceu, no § 1º do artigo 173, diferentemente de sua redação original, o condicionamento da atuação das empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços a específico “estatuto jurídico” editado pelo Congresso Nacional, por meio de lei ordinária e com o imperativo constitucional de sujeição ao regime jurídico próprio das empresas

privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, estabelecendo, igualmente, como regra, nos termos da Constituição Federal, a exigência de licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da Administração Pública.

Observe-se, portanto, que, ao determinar a edição de “Estatuto Jurídico” próprio para o condicionamento das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, inclusive no tocante à licitação e contratação, a Constituição Federal, expressamente, estabeleceu a possibilidade de edição de norma especial em relação à Lei 8.666/1993, genérica.

Obviamente, o “Estatuto Jurídico” previsto pelo § 1º do artigo 173 da CF subordina-se a todos os princípios da Administração Pública consagrados no caput do artigo 37 e aos preceitos e normas de seus diversos incisos, entre os quais o estabelecido no inciso XXI:

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.

Dessa maneira, a conjugação do §1º do artigo 173 com o inciso XXI, do artigo 37, ambos da Constituição Federal, estabelece que a lei definidora do Estatuto Jurídico poderá estabelecer casos específicos de dispensa ou inexigibilidade licitatória.

O Estatuto Jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, foi consubstanciado pelo Congresso Nacional pela edição da Lei 13.306/2016, que, em seu Título II, Capítulo I, Seção I, regulamentou, como regra, a obrigatoriedade licitatória, bem como as hipóteses excepcionais de dispensa (artigo 29) e inexigibilidade (artigo 30) de licitação.

A Lei 13.303/2016 respeitou, integralmente, o comando constitucional do art. 37, XXI, no tocante à exigência de licitação.

O legislador constituinte, com a finalidade de preservação dos princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade, probidade e da própria ileividade do patrimônio público, determinou, na referida norma constitucional, a regra da obrigatoriedade da licitação. Enquanto os particulares desfrutam de ampla liberdade na contratação de obras e serviços, a Administração Pública, em todos os seus níveis, para fazê-lo, precisa observar, como regra, um procedimento preliminar determinado e balizado na conformidade da legislação. Em decorrência dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e probidade administrativa, os contratos que envolvem responsabilidade do erário público necessitam adotar a licitação, sob pena de invalidade, ou seja, devem obedecê-la com rigorosa formalística como precedente necessário a todos os contratos da administração, visando a proporcionar-lhe a proposta mais vantajosa e a dar oportunidade a todos de oferecerem seus serviços ou mercadorias aos órgãos estatais, assegurando, assim, sua licitude. A participação da Administração Pública no pacto contratual compromete a res pública, devendo, portanto, sua conduta pautar-se pelos imperativos constitucionais e legais, bem como pela mais absoluta e cristalina transparência.

Ora, o administrador público deve pautar-se em suas condutas na Constituição e nas leis, para garantir o princípio da legalidade e o da igualdade de possibilidades de contratar com o Poder Público. Dessa forma, exigível sempre é a realização do procedimento licitatório, com o fim de afastar o arbítrio e o favorecimento.

Consoante esta interpretação, em regra, qualquer contratação, sem prévia e necessária licitação, não só desrespeita o princípio da legalidade, como vai mais além, pois demonstra favoritismo do Poder Público em contratar com determinada empresa, em detrimento de todas as demais, que nem ao menos tiveram oportunidade de oferecimento de propostas e verificação de condições, em frontal desrespeito ao princípio constitucional da igualdade (art. 5º, caput e inciso I, da Constituição Federal).

O próprio texto constitucional, entretanto, de maneira excepcional, autorizou que a legislação estabelecesse hipóteses de ausência de licitação.

Ora, se a Constituição exige como regra a licitação e, excepcionalmente, admite que a lei defina os casos em que esta poderá ser afastada, claro está que o legislador constituinte propugnou na norma constitucional uma interpretação absolutamente restrita e taxativa das hipóteses

infraconstitucionais de dispensa e inexigibilidade do certame licitatório, em respeito ao caráter finalístico da norma constitucional.

Esse objetivo, em relação à norma existente no art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, é obrigar o Poder Público a licitar, sempre que houver possibilidade de concorrência e de escolha da melhor e mais vantajosa oferta ao Poder Público, sem prejuízo ao interesse público.

A exegese constitucional indica que, havendo possibilidade de concorrência, sem prejuízo ao interesse público, deverá haver licitação, e somente excepcionalmente a dispensa ou a inexigibilidade previstas na legislação ordinária deverão ser aplicadas.

O objetivo colimado pela Constituição Federal está na previsão de que a regra geral é a da obrigatoriedade de se realizar o procedimento licitatório. No entanto, o próprio dispositivo constitucional que estatui essa obrigatoriedade (art. 37, inc. XXI, anteriormente citado) reconhece a existência de exceções à regra de licitar ao efetuar a ressalva dos casos especificados na legislação. Dessa maneira, o legislador constituinte, ao fazer essa ressalva, admitiu a possibilidade de existirem casos em que a licitação poderá deixar de ser realizada, autorizando, assim, a Administração Pública a celebrar contratações diretas. Tais situações, contudo, configuram exceções à regra geral, sendo as hipóteses de dispensa e inexigibilidade.

Uma das hipóteses excepcionais previstas no Estatuto Jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, está prevista no inciso XVIII:

Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:

XVIII - na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem.

A *ratio* desse dispositivo decorre diretamente das alterações realizadas pela EC 19/98, que realçou a isonomia de tratamento existente entre empresas privadas e empresas públicas, sociedade de economia mista e suas subsidiárias, mesmo em relação a estas quando explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços, com a finalidade de evitar que a intervenção estatal na ordem

econômica gerasse inadmissível concorrência desleal do Estado em relação ao particular, permitindo, ainda, que o regime jurídico próprio das empresas privadas possibilitasse maior eficiência gerencial às sociedades de economia mista e suas subsidiárias. Exatamente nesse sentido, conforme já decidido por esta CORTE, “ *as sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no § 1º do art. 173 da Constituição do Brasil, ao regime jurídico próprio das empresas privadas* ” (ADI 1.642, Rel. Min. EROS GRAU, j. em 3/ 4/2008, Plenário, DJe de 19/9/2008).

Manteve-se como regra a obrigatoriedade de licitação, mas, em casos específicos, em que se torna necessária a atuação semelhante àquelas empresas que possuem regime jurídico privado, excepcionalmente, permitiu-se a dispensa licitatória, como é o caso existente na Lei 8666/1993, para alienação de ações ou bens comercializados pela própria Administração Pública e venda de ações (art. 17, II, “c” e “d”).

A hipótese prevista no inciso XVIII do artigo 29 da Lei 13.303/2016 constitui importante instrumento gerencial para atuação de empresas estatais em condições de igualdade no setor privado, como determina a própria Constituição Federal, e vem sendo utilizada para o denominado *desinvestimento* , que inclui medidas de alienação de ativos, tanto representativos de participações acionárias (com ou sem controle), como de demais bens e direitos de qualquer natureza no patrimônio da empresa.

A legislação que rege a atividade de exploração de petróleo e outros recursos naturais também excepcionou a incidência do dever de licitar no tocante à hipótese tratada na presente Ação Direta. Os já referidos dispositivos das Leis 9.478/1997 e 12.351/2010 admitam a transferência de direitos de exploração a terceiros, sem necessidade de licitação, mesmo antes da edição do decreto impugnado. Trata-se, portanto, de operações usualmente conduzidas pelo Poder Concedente (ANP ou Ministério de Minas e Energia), como prática comum do mercado em questão.

Na forma do art. 61 da Lei 9.478/1997, o objeto social da Petrobras é a “ *a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins* ”. Mostra-se evidente que a negociação de direitos de exploração de petróleo em conformidade com as práticas de mercado, na linha da jurisprudência da CORTE já referida, é uma exceção ao dever constitucional de licitar.

O decreto impugnado visou, mesmo ausente esse dever de licitar, a padronizar e compatibilizar essa prática com os princípios constitucionais da Administração Pública; seu conteúdo é significativamente convergente com a disciplina da Lei 13.303/2016, feitas adaptações relacionadas a simplificação das fases do procedimento.

Observe-se, ainda, que o Decreto 9.188/2017 – tratado no julgamento da ADI 5624 – também estabeleceu criterioso modelo para as operações de desinvestimento, em consonância com o determinado pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 442/2017-TCU-Plenário), incorporando padrões de governança, transparência e boas práticas.

Assim, em que pese o inciso XVIII do artigo 29 da Lei 13.303/2016 estabelecer hipótese excepcional de dispensa licitatória, com base no §1º do art. 173 e no inciso XXI do artigo 37, ambos da CF, o Decreto 9188/2017, em seus artigos 17 , 21, 24, 31, 35 e 36, estabeleceu a necessidade de realização de procedimento visando à efetividade dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, previstos no caput do citado artigo 37, com as seguintes etapas: preparação, consulta de interesses, apresentação de propostas preliminares, apresentação de propostas firmes, negociação e resultado e assinatura do contrato.

Na mesma linha, o Decreto 9.355/2018, impugnado nesta ADI 5942, também visou ao estabelecimento de “ *regras de governança, transparência e boas práticas de mercado para a cessão de direitos de exploração* ”, no mesmo contexto de esforços da Petrobras em prol do desinvestimento e adequação de seus procedimentos às normas e práticas do mercado em que atua. A padronização de regras para a cessão de direitos de exploração também atendeu à mesma recomendação do Tribunal de Contas da União acima referida (Acórdão 442/2017-Plenário).

Por esses motivos, peço vênua ao eminente Ministro MARCO AURÉLIO para dissentir de Sua Excelência, pois não me parece que o Decreto 9.355 /2018 tenha criado um “ *microssistema licitatório* ”, subvertendo o regramento da Lei 13.303/2016, usurpando a competência do Congresso Nacional e vulnerando o dever constitucional de licitar.

DIVIRJO do Ministro Relator para NÃO REFERENDAR A CAUTELAR CONCEDIDA.

É o voto.

*Plenário Virtual - minuta de voto - 28/08/20 00:00*