



**Gabriela Dicker Garini**

**O DEVER DE LICITAR DA PETROBRAS NO  
PROCEDIMENTO DE CESSÃO DE DIREITOS:  
Uma leitura da ADI 5942**

**Monografia apresentada  
à Escola de Formação da  
Sociedade Brasileira de  
Direito Público – SBDP,  
sob orientação do  
Professor Ricardo  
Alberto Kanayama.**

**SÃO PAULO**

**2022**

**Resumo:** O presente trabalho realiza um estudo de caso sobre a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 5942 que trata da constitucionalidade do Decreto nº 9.355/2018, o qual estabelece um procedimento especial para a cessão de direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos pela Petrobras. A doutrina apresenta grande discussão acerca do regime jurídico das empresas estatais e da aplicação do regime licitatório às atividades empresariais, sobretudo para as sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica. À vista disso, o objetivo da monografia é entender como o Supremo Tribunal Federal analisou a constitucionalidade do Decreto 9.355/2018 em relação ao dever da empresa estatal de licitar. Como resultado, foi constatado que o STF entende não ser necessário a realização do procedimento licitatório para o procedimento de cessão de direitos pela Petrobras. Foi identificado que a decisão travou considerável diálogo a respeito do dever de licitar. Além disso, foram apontadas algumas fragilidades na decisão.

**Palavras chave:** Supremo Tribunal Federal; empresa estatal; sociedade de economia mista; Petrobras; licitação; dever de licitar; cessão de direitos

## **Agradecimentos**

Esse trabalho foi resultado de uma jornada que me proporcionou mergulhar em debates e entrar em contato com temas que me despertaram ainda mais interesse e curiosidade pelo Direito Público, em especial pelo Administrativo e Constitucional.

Foi uma imensa oportunidade fazer parte, neste ano de 2022, da 25ª turma da Escola de Formação Pública da Sociedade Brasileira de Direito Público. Tenho muita gratidão por todas as discussões travadas em sala de aula, por todas as dúvidas não respondidas e por todas as experiências trocadas.

Obrigada a minha família, por sempre me apoiar nas minhas decisões. Obrigada mãe e pai. Obrigada vó. Obrigada às minhas irmãs e a Rê.

Essa monografia não teria acontecido sem o apoio do meu orientador, Ricardo, que confiou no meu trabalho e que sempre me ajudou com muita disposição e paciência. Obrigada por todo o suporte, comentários e discussões.

Agradeço também a Bia, minha tutora, que me apoiou durante todo o ano na Escola de Formação.

Não posso deixar de agradecer a minha turma, que caminhou junto comigo durante toda essa trajetória que foi fazer parte da EFp. Em especial a Bel, Sandro, Pedro e Giu. Foi muito especial compartilhar esse ano com vocês.

Obrigada Clara, por todo o companheirismo durante a jornada acadêmica. Não estaria aqui sem você.

Obrigada à coordenação da Escola de Formação, Jolivê, Mari e Yasser, que são os verdadeiros responsáveis por tudo isso ter acontecido.

## **LISTA DE TABELAS**

Tabela 1 - Acórdãos que utilizam a Lei das Estatais e possuem proximidade temática com o tema da pesquisa.....	14
Tabela 2 - Distribuição dos votos dos ministros em relação a admissibilidade da ação.....	37
Tabela 3 - Distribuição dos votos dos ministros em relação a competência para estabelecer regras a respeito da cessão de direitos.....	40
Tabela 4 - Distribuição dos votos dos ministros em relação a violação dos princípios constitucionais da Administração Pública pelo decreto.....	45
Tabela 5 - Distribuição dos votos dos ministros acerca da aplicação do procedimento licitatório para a cessão de direitos pela Petrobras.....	48

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

AGU - Advocacia-Geral da União

CN - Congresso Nacional

IBP - Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis

PGR - Procuradoria-Geral da República

PT - Partido dos Trabalhadores

STF - Supremo Tribunal Federal

TCU - Tribunal de Contas da União

## SUMÁRIO

<b>1. Introdução</b>	6
<b>2. Metodologia</b>	13
2.1. Objetivo inicial	13
2.2. Seleção de acórdãos	13
2.3. Estudo de caso	17
2.4. Perguntas de pesquisa	18
2.5. Metodologia de análise	19
2.6. Dificuldades metodológicas	20
<b>3. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.942</b>	22
3.1. Petição inicial	22
3.2. Presidência da República	27
3.3. Manifestação Advocacia-Geral da União	27
3.4. Manifestação Procuradoria-Geral da República	29
3.5. Manifestação Petrobras	30
3.6. Manifestação Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis	33
<b>4. Análise do acórdão</b>	36
4.1. Preliminar de admissibilidade	36
4.2. Competência do Congresso Nacional em relação ao Decreto 9.355/2018	39
4.2.1. Decreto usurpa a competência do Congresso Nacional	41
4.2.2. Decreto usurpa a competência do Congresso Nacional apenas no procedimento de cessão	42
4.2.3. Decreto não usurpa a competência do Congresso Nacional	43
4.3. Deferência aos princípios constitucionais da Administração Pública	45
4.3.1. Violação dos princípios da Administração Pública	46
4.3.2. Compatibilização com os princípios da Administração Pública	46
4.4. Procedimento de cessão de direitos	47
4.4.1. Aplicação do procedimento especial	48
4.4.2. Aplicação do procedimento licitatório	53
<b>5. Considerações finais</b>	56
<b>REFERÊNCIAS</b>	63

## 1. Introdução

Este trabalho consiste em um estudo de caso sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5942 do Supremo Tribunal Federal (STF). A motivação inicial que levou ao tema da presente pesquisa foi compreender o como o STF entende o dever de licitar das empresas estatais.

O art. 37, *caput*<sup>1</sup>, da Constituição Federal prevê que a Administração Pública deve se sujeitar aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A partir desses princípios decorre o dever de licitar, previsto no inciso XXI<sup>2</sup> do mesmo artigo constitucional. A licitação é um processo administrativo competitivo utilizado como regra pela Administração Pública para assegurar igualdade de condições para os concorrentes, qualificação técnica e econômica nas obrigações, obras, serviços, compras e alienações com todos órgãos e entes da administração. Por meio desse procedimento, garante-se a escolha imparcial de contrato mais vantajoso para a administração pública.

De acordo com Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza (2007), a partir do *caput* do art. 37 entende-se que o alcance do dever de licitar é amplo, ou seja, todos os órgãos e entes da Administração Pública direta e indireta estão submetidos a este dever.

A partir da Emenda Constitucional nº 19/98, o art. 173, §1º da Carta Constitucional passou a prever que o estatuto jurídico de empresa estatal – prestadora de serviço público e exploradora de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços – seria estabelecido por lei. Nesse sentido é a Lei nº 13.303 de 2016, conhecida como Lei das Estatais, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa

---

<sup>1</sup> Constituição Federal. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.

<sup>2</sup> Constituição Federal. Art. 37, 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.

pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, seja no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

As empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, mais comumente conhecidas como “empresas estatais”<sup>3</sup> são atualmente regidas pela Lei nº 13.303 de 2016. O diploma normativo define empresa pública em seu art. 3º como:

Entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios. (BRASIL, 2016)

Já o art. 4º, da mesma norma, entende sociedade de economia mista como uma:

Entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta. (BRASIL, 2016)

A partir das definições, é perceptível que enquanto na empresa pública o capital social é integralmente de propriedade estatal, a sociedade de economia mista caracteriza-se pelo controle acionário pertencente ao Estado. Entretanto, resta claro que tanto na empresa pública, quanto na sociedade de economia mista, ocorre a participação do Estado, na forma de quaisquer de seus entes políticos, no desenvolvimento de atividade econômica.

Alexandre Santos de Aragão (2017), acerca do regime jurídico das empresas estatais, dispõe que não se trata de regime de Direito Privado, nem de Direito Público, nem de regime jurídico de direito privado com derrogações em favor do direito público. O autor enuncia que:

Trata-se de outro **regime jurídico, híbrido e atípico**, decorrente da junção de elementos de ambos, elementos estes que, depois de colocados no mesmo ambiente, se modificam recíproca e intrinsecamente, de modo que, nem o elemento de direito privado o será como se estivesse sendo aplicado a um particular qualquer, nem os elementos de direito público que continuarem sendo aplicáveis às estatais o serão

---

<sup>3</sup> No presente trabalho, foi utilizado o termo “empresa estatal” como sinônimo de empresa pública e sociedade de economia mista.

como incidem sobre o geral dos organismos públicos.  
(ARAGÃO, 2017, p. 165-166)

A partir das palavras de Aragão, entende-se que há um hibridismo na disciplina jurídica das empresas estatais, expresso pela conjugação de lógicas do direito privado e do direito público. Isto é, à medida que contratos de estatais são de direito privado, a estatal pode estar sujeita a procedimentos administrativos, tais como a licitação, e sujeita ao controle, como por exemplo dos tribunais de contas.

Ademais, o autor expõe que não existe homogeneidade quanto à conjugação das lógicas para todas as estatais, de modo que há variações relevantes no regime híbrido e atípico entre as empresas, a depender, por exemplo, da natureza da atividade econômica exercida ou da dependência de dinheiro público.

Além disso, existe discussão doutrinária<sup>4</sup> acerca do regime jurídico das estatais em função da atividade que desenvolvem. Enquanto a estatal prestadora de serviço público teria um regime mais publicista, a exploradora de atividade econômica em sentido estrito teria regime jurídico mais próximo ao de uma empresa privada.

Ainda no debate do regime jurídico, sobretudo no que diz respeito às estatais exploradoras de atividade econômica, por estarem em regime competitivo com particulares no mercado, há uma classificação que foi estabelecida entre atividade-meio e atividade-fim<sup>5</sup>. Para as atividades-meio, o regime se aproximaria mais ao de direito público, enquanto para as atividades-fim<sup>6</sup> o regime seria menos publicista. Nesse sentido, SUNDFELD (2013, p. 78) diz que "a caracterização tem importância por haver uma tendência doutrinária no direito administrativo de entender que empresas estatais não são obrigadas a licitar para contratar "atividades-fim"".

---

<sup>4</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresas Estatais. O regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 207.

<sup>5</sup> ARAÚJO, A. J. B. O Estatuto das Estatais (Lei 13.303/2016) e a inaplicabilidade do regime licitatório nas atividades-fim desempenhadas pelas empresas estatais que exploram atividade econômica. Revista dos Tribunais. v. 973/2016, p. 97 - 161, nov./2016.

<sup>6</sup> Tal expressão foi cunhada para designar o plexo de atribuições constantes do próprio objeto social da instituição estatal, atinentes à essência de sua atuação empresarial" (SUNDFELD, 2013, p. 78).

Aragão traz que as empresas estatais estão submetidas a princípios constitucionais e exigências procedimentais decorrentes dos princípios instituídos no *caput* do art. 37 da CFRB<sup>7</sup>. Assim, há um desafio que é “buscar mecanismos que façam com que os controles sobre elas incidentes atinjam o mesmo nível de eficácia do existente nas organizações privadas, sem dificultar o seu dinamismo econômico”<sup>8</sup>.

Nessa lógica, ARAGÃO (2017) defende que deve haver uma adaptação na aplicação dos princípios constitucionais da Administração Pública às empresas estatais, uma vez que se houvesse aplicação homogênea tradicional dos princípios a todos os ramos da Administração Pública, haveria a aplicação do Direito Administrativo em sua forma mais tradicional. Isso implicaria em duas consequências: (i) em um regime jurídico público único; (ii) na restrição dos meios que podem ser utilizados para perseguir os fins da Administração Pública, o que pode impedir a concretização dos fins.

Nessa direção, o autor expõe seu entendimento acerca do princípio da legalidade: os entes públicos devem utilizar base legal para amparar suas ações. Para as empresas estatais, isso significa que devem atuar dentro de autorização legal (lei instituidora de sua criação e atuação), e desde que sua atuação esteja dentro do objeto social definido em lei, pode realizar todas as atividades que não possuem vedação pelo Direito.

De acordo com Aragão, a Lei das Estatais adota critérios e procedimentos<sup>9</sup> de origem da governança corporativa privada, a fim de

---

<sup>7</sup> Esses princípios são: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, aos quais toda a Administração Pública se submete.

<sup>8</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais. O regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 180.

<sup>9</sup> A este respeito, o ARAGÃO (2017, p. 188) dispõe que: “No sentido do fortalecimento da governança corporativa nas empresas estatais, o Estatuto teve grande importância, contendo nove referências expressas ao instituto, espelhados em dezenas de normas de transparência e publicidade, de auditorias interna e externa (ex.: arts. 9º, § 3º, e 24), de gestão de riscos (art. 9º), Código de Conduta e Integridade (art. 9º, § 1º), membros independentes do conselho de administração (art. 22), metas para seus diretores (arts. 13, III; 18, IV; e 23), bem como de requisitos e vedações para a designação dos seus diretores e membros dos conselho de administração e fiscal, visando a evitar a excessiva influência de interesses políticos sobre a administração das estatais, o que também tenderia a favorecer malversações de recursos (ex.: arts. 17 e 26), com um órgão específico para fiscalizar o atendimento a esses requisitos e vedações (art. 10) e limite de prazos para a ocupação da posição (art. 13, VI e VIII).”

satisfazer os princípios de moralidade, impessoalidade e eficiência<sup>10</sup> nas empresas públicas e sociedades de economia mista.

No que tange o princípio da publicidade, há incidência completa do princípio sobre as estatais, exceto quando houver prejuízo à atuação concorrencial no mercado.

As empresas estatais estão, em alguma medida, submetidas aos princípios constitucionais da Administração Pública, provenientes do regime jurídico administrativo e dos procedimentos nele presentes. Sobre esse respeito, SUNDFELD e SOUZA (2007) expõem que a EC nº 19/98 alterou a redação do art. 22, XXVII da CF<sup>11</sup>, o que demarcou uma distinção no regime licitatório das estatais com relação ao regime licitatório da administração pública direta, autárquica e fundacional. Nesse sentido, como bem dizem os autores, a partir de previsão constitucional de regime licitatório diferenciado para as empresas estatais, o Estatuto das Estatais adequa o certame à natureza jurídica híbrida da estatal<sup>12</sup>.

A partir do exposto, demonstra-se que há uma importante discussão doutrinária acerca do regime jurídico das empresas estatais, e conseqüentemente da aplicação do procedimento licitatório no desenvolvimento das atividades dessas empresas.

A Lei nº 13.303 de 2016 é uma legislação que completa atualmente seis anos, de forma que pode ser compreendida como uma legislação relativamente recente. Apesar de ser nova no sistema jurídico administrativo, possui grande importância, seja porque prevê estatuto jurídico próprio às

---

<sup>10</sup> O princípio da impessoalidade é aquele que determina que o administrador não pode perseguir suas preferências e interesses individuais. O princípio da moralidade significa que o gestor público deve atuar como um "bom administrador", o que significa que deve atuar de acordo com a ética e boa-fé. Já o princípio da eficiência implica que deve ser perseguido pelo administrador o melhor resultado, sempre com o mínimo ônus possível.

<sup>11</sup> Constituição Federal. 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**; (grifos próprios)

<sup>12</sup> O procedimento licitatório das empresas estatais está previsto nos arts. 28 a 84 da Lei 13.303/2016.

empresas estatais ou porque regulamenta previsão constitucional, como mencionado anteriormente.

Tendo em vista a relevância da matéria do dever de licitar como reflexo de princípios basilares da Administração Pública, como a imparcialidade, isonomia e moralidade, entende-se relevante a compreensão acerca do dever de licitar das empresas estatais. Ainda, considerando que houve uma lacuna no que tange ao regime jurídico das estatais, e mais especificamente o regime licitatório das estatais, por quase duas décadas no ordenamento jurídico brasileiro, é de grande relevância entender a posição do Supremo Tribunal Federal diante do procedimento licitatório inaugurado pela Lei nº 13.303/2016.

Com vistas ao exposto, o objeto do trabalho é um estudo de caso acerca da ADI 5942, principalmente um estudo analítico acerca dos votos dos ministros do STF contidos no acórdão. A ADI foi ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores (PT) em face do Decreto nº 9.355/2018, cuja ementa leva 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. (BRASIL, 2018)

O Tribunal decidiu pela constitucionalidade do decreto, e a decisão perpassou pela discussão acerca do regime jurídico da Petrobras, sobre a competitividade do mercado em que se insere e sobre a prática de cessão de direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos. Além disso, o caso apresenta controvérsia quanto à aplicação do regime jurídico previsto pelo Estatuto das Estatais, bem como se cessão em questão deve ser objeto de procedimento licitatório. Ainda, há debate acerca da competência do Presidente da República para dispor acerca da matéria de que trata o decreto.

Além desta introdução, em que foi exposta a motivação e a questão doutrinária que originou o tema da presente monografia, o trabalho segue

com um capítulo dedicado à metodologia de pesquisa adotada. Nesse segundo capítulo, é apresentado o objetivo inicial de pesquisa, a forma que o acórdão objeto da pesquisa foi selecionado, a metodologia de estudo de caso, as perguntas de pesquisa adotadas, a metodologia de análise do material e as dificuldades enfrentadas. Em seguida, no terceiro capítulo, trata-se da explicação da ADI 5942 e das principais peças do processo. No quarto capítulo consta a análise dos votos dos ministros a partir das três perguntas adotadas na pesquisa, bem como pela questão de admissibilidade enfrentada na ação. No quinto capítulo, por fim, busca-se responder as perguntas de pesquisa e apresentar as considerações finais geradas a partir da análise do acórdão.

## **2. Metodologia**

### **2.1. Objetivo inicial**

Inicialmente, a presente pesquisa pretendia responder a seguinte pergunta: “Como o Supremo Tribunal Federal (STF) entende a aplicação do dever de licitar das empresas estatais à luz da Lei nº 13.303 de 2016?”. O objetivo inicial era realizar uma análise das ações, já julgadas pelo STF, que tratassem do dever de licitar de empresas estatais, aplicando a Lei das Estatais.

### **2.2. Seleção de acórdãos**

Para a obtenção dos acórdãos que constituiriam o objeto de análise da presente pesquisa, foram realizadas algumas buscas no campo “pesquisa de jurisprudência” no *site* do Supremo Tribunal Federal. Foram realizadas nove buscas, utilizando as seguintes combinações de termos: “estatal” E “licitação”; “sociedade de economia mista” E “licitação”; “empresa estatal” E “licitação”; “estatal” E “contratação”; “estatal” E “dever de licitar”; “lei das estatais” E “dever de licitar”; “lei das estatais” E “licitação”; “empresa pública” E “licitação”; “empresa pública” E “contratação”. Em todas as buscas foi aplicado o filtro “data de julgamento” com o dia 30/06/2016 – data de edição da Lei nº 13.303 de 2016.

A busca retornou 358 acórdãos e 12.575 decisões monocráticas. Devido à limitação de tempo e a dificuldade de analisar a grande quantidade de monocráticas, essas foram excluídas. No que diz respeito às decisões colegiadas, 153 eram repetidos entre si, de modo que restaram 205 acórdãos. Em uma leitura preliminar, os acórdãos obtidos no buscador do STF foram classificados a partir dos seguintes critérios: (i) A decisão aplica a Lei nº 13.303 de 2016? (ii) Se sim, quais artigos? (iii) O dever de licitar é abordado na discussão central? (iv) A decisão trata de outra temática? Qual?

Após esta classificação, foi constatado que apenas 15 ações<sup>13</sup> citam o Estatuto das Estatais em seu acórdão. Dessas decisões, seis eram reclamações que tratavam da responsabilidade subsidiária da Administração Pública com empregados de empresa terceirizada contratada pelo Poder Público. Esses acórdãos utilizam o art. 77, §1º da Lei das Estatais<sup>14</sup>, que versa sobre a responsabilidade dos encargos trabalhistas nos contratos celebrados por empresas estatais. Dessa forma, entendeu-se que essas ações não tratavam especificamente do dever de licitar, de modo que foram descartadas da análise.

As demais nove decisões encontram-se na tabela abaixo, que foram categorizadas de acordo com os critérios estabelecidos para a análise preliminar realizada.

**Tabela 1 - Acórdãos que utilizam a Lei das Estatais e possuem proximidade temática com o tema da pesquisa**

<b>Classe e número do processo</b>	<b>Arts. da Lei 13.303/16 utilizados</b>	<b>O dever de licitar é abordado na discussão central?</b>	<b>Trata de qual temática?</b>
ADI 5624 MC-Ref	Art. 29, caput	Sim	Trata de necessidade de licitação e autorização legislativa para alienar o controle acionário de empresas públicas e sociedade de economia mista.
ADI 5841 MC	Art. 29, caput	Sim	ADI para declarar inconstitucionalidade ao decreto que regulamenta o art. 29 da Lei 13.303/2016 e

<sup>13</sup> ADI 5624 MC-Ref, ADI 5841 MC, ADI 5942, ADPF 794, MS 23294 AgR, MS 27796 AgR, MS 31718 AgR-segundo, Rcl 38230 AgR, Rcl 38656 AgR, Rcl 40050 AgR, Rcl 42184 AgR, Rcl 42451 AgR, Rcl 42576 MC, Rcl 48848 AgR, RE 441280.

<sup>14</sup> Lei 13.303/2016. Art. 77. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. § 1º A inadimplência do contratado quanto aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à empresa pública ou à sociedade de economia mista a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

			estabelece processo competitivo para alienação de controle de empresa estatal.
ADI 5942	Arts. 28 a 84 + art. 1º, §5º + art. 29, caput e XVIII	Sim	Trata da cessão de concessão de exploração de jazidas e de que não é necessário realizar procedimento licitatório para tal. Não é considerado inobservância aos princípios da Administração Pública a não realização de licitação. (Petrobras; sociedade de economia mista)
ADPF 794	Art. 29, caput	Não	ADPF para Impugnação do Edital de Leilão n. 01/2020 da Companhia Energética De Brasília – CEB, que alienou controle acionário da CEB-Distribuição S.A. Trata de autorização legislativa para alienação de controle acionário de empresa subsidiária de empresa estatal
MS 23294 AgR	Art. 29, XVIII	Não	Trata de exigência de concurso público para admissão de empregados por empresa estatal, que é subsidiária integral do Banco do Brasil. Questão de qual regime (público ou privado) será aplicado.
MS 27796 AgR	Art. 91, §3º	Não	Trata de recurso impetrado pela Petrobras para cassação de decisão do Tribunal de Contas que vedou a utilização do Procedimento Licitatório Simplificado. A Lei das Estatais é mencionada porque revoga o art. 67 da Lei 9.478/1997, fundamento de validade do Decreto 2.745/1998, que aprovou o Regulamento do

			Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras. A decisão é no sentido de perda do objeto da impetração.
MS 31718 AgR-segundo	art. 30; art. 28	Sim	Trata de agravo interposto pelo TCU contra decisão que concedeu ordem para anular decisão do órgão de controle, que determinava que a impetrante (Eletrobrás) se abstivesse de realizar contratação de serviços advocatícios. Há uma discussão sobre as condições de não realização de procedimento licitatório; margem de discricionariedade à estatal exploradora de serviço econômico.
Rcl 42576 MC	Art. 29, caput e XVIII	Sim	Licitação de alienação de subsidiária de empresa estatal (Petrobras)
RE 441280	Art. 28, §3º, I + art. 96	Sim	Recurso extraordinário contra acórdão do TJRS que anulou procedimento de contrato de transporte marítimo celebrado pela Petrobras não precedido de licitação.

Fonte: elaboração própria.

A partir dessas nove decisões foram estabelecidos três critérios para encontrar as ações que guardavam relação com o tema da presente pesquisa. O primeiro recorte foi temático, de modo que as ações que não abordavam a temática do dever de licitar na discussão central foram excluídas<sup>15</sup>. O segundo recorte tratou do tipo de decisão que o acórdão tratava, ou seja, aqueles em

<sup>15</sup> Desse recorte, foram excluídas as seguintes ações: ADPF 794, MS 23294 AgR e MS 27796 AgR.

que a decisão se tratava de uma medida cautelar (e não decisão final) foram excluídos<sup>16</sup>. O terceiro recorte se deu em virtude da classe processual<sup>17</sup>.

Assim, a ADI 5942 foi a ação que resultou da seleção aqui descrita. Após o resultado obtido, o acórdão foi cuidadosamente analisado e constatou-se que ele tratava de tema correlato ao tema que buscava-se abordar na pesquisa, e que houve divergência na Corte, uma vez que a decisão se deu por maioria. É necessário, entretanto, ressaltar que a ADI 5942, até o momento em que se desenvolve a presente pesquisa, não transitou em julgado.

Portanto, a seleção resultou em apenas um acórdão, de modo que houve uma mudança relevante na metodologia da presente pesquisa. Inicialmente a pesquisa que seria desenvolvida a partir de uma análise de jurisprudência, passou a ter como método o estudo de caso.

### **2.3. Estudo de caso**

Como mencionado, o resultado da seleção dos acórdãos se apresentou como um óbice para a realização de uma análise de jurisprudência. Por isso, foi definido que a presente pesquisa seria elaborada a partir de um estudo de caso da ação direta de inconstitucionalidade 5942.

Em um primeiro momento, buscou-se compreender o que é um estudo de caso, com o objetivo de compreender o alcance da pesquisa, suas limitações e potencialidades. Neste esforço, foi adotada a seguinte definição de estudo de caso, de MACHADO (2017, p. 361):

É possível caracterizar o “estudo de caso” como uma estratégia metodológica de construção de um objeto empírico muito bem definido e específico, **potencialmente revelador de aspectos e características de uma problemática que não seriam facilmente acessados por intermédio de**

---

<sup>16</sup> Assim, a ADI 5624 MC e a ADI 5841 MC foram excluídas. A decisão da ADI 5624 MC se trata de uma medida cautelar referendada em plenário, enquanto a da ADI 5841 MC é uma medida cautelar indeferida em plenário. Também foi excluída a Rcl 42576 MC.

<sup>17</sup> Esse recorte se deu em virtude do entendimento de que a ação direta de inconstitucionalidade realiza o controle de constitucionalidade abstrato a fim de assegurar a preservação da segurança jurídica e impedir o surgimento de decisões discrepantes acerca da constitucionalidade (DIMOULIS e LUNARDI, 2016). Diferentemente da ADI que efetua o controle de constitucionalidade abstrato, o recurso extraordinário e o mandado de segurança tratam de um caso concreto (demandas entre partes e da proteção de um direito individual). Dessa apreciação, foram excluídos o MS 31718 AgR-segundo e o RE 441280.

**outras estratégias.** Tomado dessa forma, o estudo de caso nos convoca a mergulhar profundamente em um fenômeno e a observar a partir de variadas fontes e perspectivas. (grifos próprios)

Com isso, entendeu-se que um estudo acerca da ADI 5942 seria capaz de expor a problemática de como a Corte Constitucional brasileira entende o dever de licitar. Entretanto, pelo fato da ação direta tratar de um tema muito específico – o requerente buscou a impugnação do Decreto nº 9.355 de 2018, o qual estabelece regras acerca do procedimento de cessão de direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos pela Petrobras – a pergunta de pesquisa foi alterada.

A partir da modificação da pergunta e definição de subperguntas, que serão a seguir expostas, foi possível abarcar as questões enfrentadas pelos ministros do Tribunal ao julgar a ação de forma mais completa. E dentre os assuntos tratados, o dever de licitar encontra-se no pano de fundo da discussão.

#### **2.4. Perguntas de pesquisa**

Para a definição das perguntas que seriam enfrentadas na presente pesquisa, foi realizada uma leitura da petição inicial e do acórdão. A partir disso, foi feita uma listagem das principais questões que o requerente apresentou na inicial, e das principais questões enfrentadas pelos ministros em seus votos. O objetivo deste exercício era estabelecer perguntas capazes de organizar a decisão e enfrentar os elementos centrais debatidos na decisão, de forma que o caso pudesse ser organizado a partir dos principais argumentos disputados.

A partir disso, foi estabelecida a seguinte **pergunta de pesquisa**: É necessária a realização de procedimento licitatório para a cessão de direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos pela Petróleo Brasileiro S.A. de acordo com o Supremo Tribunal Federal?

De modo a complementar a pergunta de pesquisa e a direcionar o estudo desenvolvidos, foram adicionadas as seguintes **subperguntas**:

1. O Decreto nº 9.355 de 2018 usurpa a competência do Congresso Nacional ao estabelecer as regras para cessão de direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos pela Petrobras?
2. A ausência de licitação prevista pelo Decreto nº 9.355 de 2018 viola os princípios constitucionais da Administração Pública?
3. O procedimento licitatório previsto pela Lei das Estatais é aplicável no caso de cessão de direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos pela Petrobras?

## **2.5. Metodologia de análise**

A análise da ADI 5942 consistiu na leitura das peças do processo e fichamento<sup>18</sup>, a fim de organizar os principais argumentos e informações contidas nos documentos. Da mesma forma, foi realizada uma leitura aprofundada do acórdão da ação. Com base nessa leitura, foi feito um fichamento dos votos dos ministros em uma planilha, a partir das seguintes perguntas:

- O/a ministro/a entende pela admissibilidade da ação? (conhece da ADI ou não conhece da ADI)
- Quais argumentos apresentados para sustentar sua posição quanto à admissibilidade?
- O mérito da ação é procedente? (procedente, improcedente ou parcialmente procedente)
- O decreto usurpou a competência do Congresso Nacional?
- O decreto violou os princípios da Administração Pública?
- Decreto desrespeita a exigência constitucional de licitar?
- Qual o regime jurídico aplicado à Petrobrás? A Petrobrás deve se submeter ao regime licitatório?
- Como a Lei nº 13.303 aparece no voto?

---

<sup>18</sup> Foi realizado o fichamento das peças que constam no capítulo 3: Petição inicial; Presidência da República; Manifestação Advocacia-Geral da União; Manifestação Procuradoria-Geral da República; Manifestação Petrobras; Manifestação Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis.

- O voto faz referência a precedente, jurisprudência ou outro julgado?<sup>19</sup>
- Observações sobre o voto

Depois de recolhidas todas essas informações, foi feita uma análise sistemática das informações contidas no processo. Nesse momento, buscou-se ponderar as matérias que foram impugnadas na petição inicial em relação às questões enfrentadas pelos votos dos ministros. A partir desse exame foram elaboradas as perguntas de pesquisa do presente trabalho, descritas no item 2.4 do trabalho.

Com a definição das perguntas de pesquisa, foi realizada outra leitura do acórdão, a fim de realizar um segundo fichamento que buscou extrair o argumento central de cada um dos votos, bem como a resposta que cada ministro ofereceu para as subperguntas de pesquisa. Os votos dos ministros expostos no capítulo 4 foram selecionados<sup>20</sup> a partir desse segundo fichamento.

## **2.6. Dificuldades metodológicas**

Na realização da presente monografia, algumas dificuldades foram enfrentadas. A primeira delas foi relativa à seleção dos acórdãos. As buscas efetuadas no *site* do Supremo Tribunal Federal resultaram em uma quantidade considerável de acórdãos. Entretanto, ao efetuar a leitura das ações e aplicar os recortes expressos no item 2.2 do presente capítulo, o resultado foi apenas um acórdão. Assim, foi necessário alterar a metodologia pretendida.

No momento de análise do acórdão foram verificadas outras três dificuldades. A primeira foi em extrair de cada voto o argumento central

---

<sup>19</sup> Essa categoria foi adotada porque notou-se que a maioria dos votos fez referência a outros julgados. Os outros julgados que tiveram mais relevância – seja pela frequência que apareceram, ou pela relação que guardam com a ADI 5942 – nos votos dos ministros são os seguintes: ADI 5624 MC, RE 441.280, ADI 3596. Apesar de aparecerem com frequência no acórdão, essas ações não fazem parte do objeto da presente pesquisa.

<sup>20</sup> A escolha dos votos apresentados em cada um dos subtópicos do capítulo 4 se deu em virtude dos votos que: (i) abordaram as perguntas de pesquisa; (ii) buscaram aprofundar a fundamentação. Além disso, a seleção dos votos apresentados visou garantir que fossem apresentados os argumentos levantados pelos ministros de forma ampla - razão pela qual em algumas questões apenas um ministro foi mencionado, e em outras questões houve menção a mais de um ministro.

apresentado pelo ministro, e da mesma forma as respostas oferecidas por cada ministro às perguntas de pesquisa.

Do mesmo modo, houve grande dificuldade na escolha dos votos que seriam apresentados como representativos na pesquisa. O objetivo da seleção dos votos era apresentar os argumentos fundamentais, sem deixar o texto repetitivo ou descritivo de todos os votos. Ou seja, além de entender o argumento central dos ministros, era necessário compreender a novidade ou diferença existente em cada um dos votos – o que nem sempre era evidente.

Nessa toada, ao atribuir resposta a cada pergunta, houve grande dificuldade em destrinchar os argumentos de cada ministro. Isso se deu porque (i) nem todos os ministros se posicionaram acerca de todas as perguntas definidas e (ii) a argumentação desenvolvida pelos ministros em relação às perguntas de pesquisa estava muito conectada.

### **3. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.942**

O presente capítulo tratará de descrever e fazer um resumo sobre o caso, abordando as principais peças do processo, que são: a Petição Inicial do Partido dos Trabalhadores, prestação de informações do Presidente da República, a manifestação da Advocacia-Geral da União, a manifestação da Procuradoria-Geral da República, bem como a manifestação dos *amicus curiae*, a Petrobras e o Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis (IBP).

É necessário fazer um apontamento em relação ao pedido de tutela provisória elaborado pelo requerente. Houve deferimento da medida acauteladora para suspender a eficácia do decreto impugnado, em decisão monocrática do ministro relator, Marco Aurélio. Posteriormente, o então Presidente do Tribunal, Dias Toffoli, deferiu liminar que suspendeu os efeitos da decisão proferida pelo relator até que houvesse apreciação da matéria pelo colegiado. Nessa toada, em Plenário houve a conversão da medida cautelar em exame de mérito.

#### **3.1. Petição inicial**

A ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 5942 foi ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores (PT) em face do Decreto nº 9.355 de 25 de abril de 2018<sup>21</sup>, que trata de 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.

O PT requereu deferimento de medida cautelar, visando imediata suspensão dos efeitos do Decreto, bem como a declaração de inconstitucionalidade do Decreto, alegando afronta aos seguintes dispositivos constitucionais: art. 2º (usurpação do poder legiferante pelo Presidente da República); art. 5º, II (infringimento da garantia constitucional de reserva da lei, pela natureza de decreto autônomo); art. 37, *caput* e XXI (violação dos princípios da legalidade, moralidade e eficiência, pela criação de dispensa de

---

<sup>21</sup> Optou-se por não reproduzir a íntegra do decreto no presente trabalho. Entretanto, ele pode ser encontrado no seguinte endereço eletrônico: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/d9355.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9355.htm).

licitação não prevista em lei); art. 22, *caput* e XXVII c/c art. 48, *caput* e V (usurpação da competência legislativa ao dispor sobre normas de licitação); art. 84, *caput* e IV (abuso do poder regulamentar do Presidente da República); e art. 173, §1º e III (ao excepcionar empresa estatal das regras previstas na Lei das Estatais relacionadas ao regime de licitação).

O argumento central desenvolvido pela requerente é o de que o Decreto nº 9.355/2018 usurpa a competência do Congresso Nacional, uma vez que possuiria características de Lei Federal, sendo direcionado a furtar a competência da Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016). Segundo o requerente, o art. 37, XXI da Constituição determina que regras de regência para realização ou dispensa de licitação devem ser dispostas por lei. Assim, o decreto visaria substituir o Estatuto das Estatais, ofendendo o princípio da separação dos poderes.

O pretexto da publicação do decreto é a regulamentação dos arts. 29, 61 *caput* e §1º e 63, da Lei nº 9.478/1997<sup>22</sup>, bem como do art. 31, da Lei nº 12.351/2010<sup>23</sup>, a seguir dispostos:

Lei nº 9.478, de 6 de Agosto de 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.

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

Art. 61. A Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS é uma sociedade de economia mista vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que tem como objeto 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

---

<sup>22</sup> De acordo com a ementa da Lei nº 9.478/1997, ou Lei do Petróleo, ela “dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências” (BRASIL, 1997).

<sup>23</sup> A ementa da Lei nº 12.351/2010, ou Lei de partilha, leva a seguinte redação: “Dispõe 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; cria o Fundo Social - FS e dispõe sobre sua estrutura e fontes de recursos; altera dispositivos da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências” (BRASIL, 2010).

fluidos, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins, conforme definidas em lei.

§ 1º As atividades econômicas referidas neste artigo serão desenvolvidas pela PETROBRÁS em caráter de livre competição com outras empresas, em função das condições de mercado, observados o período de transição previsto no Capítulo X e os demais princípios e diretrizes desta Lei.

Art. 63. 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. (BRASIL, 1997)

Lei nº 12.351, de 22 de Dezembro de 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. (BRASIL, 2010)

A partir dos dispositivos, a requerente alega que a previsão legal de dispensa de licitação para transferência de contrato de concessão não necessita de qualquer espécie de regulamentação. Portanto, o Decreto nº 9.355 estaria desviando a sua finalidade.

Ainda, o Partido dos Trabalhadores argumenta que o Decreto nº 9.355 pretende criar uma situação particularizada para a Petrobras, o que não corresponderia à intenção do legislador no Estatuto das Estatais. Nesse diploma normativo, segundo o requerente, o legislador visou unificar os procedimentos licitatórios para todas as empresas estatais.

No art. 1º, §5º da Lei 13.303/2016<sup>24</sup>, está contida a previsão de que empresa pública e sociedade de economia mista que participem de consórcio devem submeter-se ao regime previsto na lei. Isto implicaria que consórcios em que a Petrobras atuar como operadora sujeitam-se à obrigação de licitar. Diferentemente, o art. 1º, §7º do Decreto nº 9.355/2018<sup>25</sup>, prevê que em hipótese de contratação de bens e serviços realizada por consórcios operados pela Petrobras, não ocorre aplicação do procedimento licitatório. Assim sendo, o Decreto apresenta incompatibilidade com a legislação federal.

Outras duas incompatibilidades do decreto com a Lei das Estatais foram identificadas pelo requerente. A primeira diz respeito à criação pelo decreto de procedimento licitatório diverso do previsto pela legislação, e a segunda é a supressão da exigência de justificar a inviabilidade do procedimento competitivo em casos de dispensa de licitação.

Em relação à primeira, o Estatuto das Estatais prevê as seguintes fases de licitação<sup>26</sup>: (i) preparação; (ii) divulgação; (iii) apresentação de lances ou propostas, conforme o modo de disputa adotado; **(iv) julgamento**; (v) verificação de efetividade dos lances ou propostas; **(vi) negociação**; (vii) habilitação; (viii) interposição de recursos; (ix) adjudicação do objeto; (x) homologação do resultado ou revogação do procedimento.

Já no Decreto, as fases licitatórias são as seguintes<sup>27</sup>: (i) preparação; (ii) consulta de interesse; (iii) apresentação de propostas preliminares; (iv)

---

<sup>24</sup> Lei 13.303/2016. Art. 1º, § 5º Submetem-se ao regime previsto nesta Lei a empresa pública e a sociedade de economia mista que participem de **consórcio**, conforme disposto no art. 279 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, na condição de operadora. (grifo próprio)

<sup>25</sup> Decreto 9.355/2018. Art. 1º, § 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. (grifo próprio)

<sup>26</sup> Lei 13.303/2016. Art. 51. As licitações de que trata esta Lei observarão a seguinte sequência de fases: I - preparação; II - divulgação; III - apresentação de lances ou propostas, conforme o modo de disputa adotado; IV - julgamento; V - verificação de efetividade dos lances ou propostas; VI - negociação; VII - habilitação; VIII - interposição de recursos; IX - adjudicação do objeto; X - homologação do resultado ou revogação do procedimento.

<sup>27</sup> Decreto 9.355/2018. 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.

apresentação de propostas firmes; (v) negociação; (vi) resultado; e (vii) assinatura dos instrumentos jurídicos negociais.

Com isso, percebe-se que há uma alteração entre a fase de julgamento e a fase de negociação: enquanto na lei há a precedência do julgamento em relação à negociação, no decreto a negociação precede o resultado. O requerente avalia que na hipótese da negociação ocorrer antes do resultado, há o risco do vencedor da licitação ser alterado após o resultado, pela aplicação de critérios não determinados.

Em relação à segunda incompatibilidade, na hipótese de dispensa de licitação da Lei das Estatais, é necessário que seja justificada a inviabilidade do procedimento competitivo<sup>28</sup>, enquanto que no Decreto<sup>29</sup> não está expressa a necessidade de justificação da inviabilidade do procedimento competitivo.

O Partido dos Trabalhadores ainda traz outro argumento alegando que o decreto seria um instrumento utilizado para “destruição” da Petrobras, visto que viabilizaria a transferência do patrimônio da empresa a particulares. Com essa alegação, o requerente aponta para a incompatibilidade do Plano de Desinvestimentos com os interesses nacionais, e ainda afirma que o Decreto nº 9.355 seria uma proteção jurídica para que não haja mais questionamentos judiciais sobre o procedimento adotado para a venda de ativos da Petrobras.

---

<sup>28</sup> Lei 13.303/2016. Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, **serão precedidos de licitação** nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.

§3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista **dispensadas** da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:

II - nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, **justificada a inviabilidade de procedimento competitivo**. (grifo próprio)

<sup>29</sup> Decreto 9.355/2018. 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; (grifo próprio)

Além disso, o requerente invoca precedentes<sup>30</sup> do Supremo Tribunal Federal (STF) para justificar a admissão da ação, uma vez que se trata de uma ADI em face de decreto, e não de lei<sup>31</sup>.

Por fim, o pedido da liminar baseia-se no argumento da existência de perigo na demora em conceder a tutela pretendida, uma vez que se “vendas” de ativos da empresa estatal forem efetuadas, há risco do desfazimento das operações ser oneroso. O *fumus boni iuris*, por sua vez, foi demonstrado pela incompatibilidade do decreto tanto com os dispositivos constitucionais elencados, quanto com a Lei das Estatais.

### **3.2. Presidência da República**

O Presidente da República suscitou o não conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade, devido à natureza secundária do ato atacado, e no mérito pela constitucionalidade do Decreto nº 9.355/2018.

### **3.3. Manifestação Advocacia-Geral da União**

A Advocacia-Geral da União manifesta-se pela inadmissibilidade da ação, bem como pela improcedência do pedido.

Sobre a questão preliminar, a AGU aduz que há falta de interesse de agir, visto que a autorização normativa para a cessão de direitos de exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos decorre de previsão legislativa de dispensa de licitação no art. 29 da Lei 9.478/1997 e art. 31 da Lei 12.351/2010. Nesse sentido, é defendido que a autorização legislativa para a cessão não decorre de discricionariedade presidencial, mas sim da positivação jurídica do Congresso Nacional. Ao invocar precedente, afirma que o requerente deveria ter incluído como objeto da ação a legislação federal que integra o sistema normativo, sob pena de inviabilizar a ação direta.

---

<sup>30</sup> Precedentes do STF que admitem Ação Direta de Inconstitucionalidade em face de Decretos Autônomos: Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.950-RJ; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.664.

<sup>31</sup> Esta problemática será desenvolvida adiante, no item 4.1 do capítulo 4.

Ainda em sede de preliminar e indicando precedente, a AGU alega que pelo caráter infralegal do decreto impugnado, a ação não deve ser conhecida.

No que diz respeito ao mérito, em primeiro lugar a AGU defende que o decreto não configura inovação quanto à cessão de direitos de exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, vez que o ordenamento jurídico disciplina sobre o assunto na Lei do Petróleo e Lei de Partilha de Produção.

Em segundo lugar, ao descrever o contexto dentro do qual o decreto foi originado, isto é, de gerar estabilidade e previsibilidade a partir de tratamento uniforme, para cessões relevantes do ponto de vista do desenvolvimento da indústria de exploração e petróleo e gás natural. Assim, o decreto, ao prever um procedimento especial de cessão de direitos, visa adequar a governança do procedimento decisório da Petrobras a parâmetros da Administração Pública, tais como a transparência e impessoalidade.

A AGU entende que as operações de cessão estão vinculadas à atividade-fim da Petrobras, o que significa que relacionam-se à exploração da atividade econômica da empresa em sentido estrito. Logo, o procedimento previsto no decreto compatibiliza os princípios da Administração Pública com o alcance do melhor retorno econômico-financeiro, de acordo com o art. 2º, V, do próprio decreto<sup>32</sup>.

Em terceiro lugar, a AGU defende que não há violação à garantia de reserva legal, usurpação da competência do Congresso Nacional ou desvio de finalidade do decreto. O procedimento especial previsto pelo decreto decorre de previsão de legislação especial (art. 29 da Lei 9.478/1997 e art. 31 da Lei 12.351/2010), sendo o exercício do poder regulamentar do Presidente da República legítimo.

Ainda, em relação ao art. 1º, §7º do decreto, a Advocacia-Geral da União entende que não há incompatibilidade com o art. 1º, §5º da Lei das Estatais, porque a previsão regulamentar estaria cumprindo função negativa

---

<sup>32</sup> Decreto 9.355/ 2018. Art. 2º O procedimento especial de que trata este Decreto tem como objetivos: 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.

por meio da delimitação da abrangência do decreto. Isto é, o decreto prevê que não se submetem ao rigor das licitações as contratações de bens e serviços efetuadas por consórcios operados pela Petrobras, distinguindo contratações realizadas pelos consórcios operados pela empresa das contratações efetuadas em seu próprio nome.

Por fim, o decreto realiza os propósitos previstos no art. 173, §1º e inciso III da Constituição Federal ao aperfeiçoar os processos decisórios sobre as cessões de direitos, tornando-os mais previsíveis e mais seguros juridicamente.

### **3.4. Manifestação Procuradoria-Geral da República**

A Procuradoria-Geral da República posiciona-se pela concessão da medida cautelar pleiteada pelo requerente, sobretudo pela possibilidade de prejuízos financeiros de difícil reversibilidade. Defende que seja efetuada a suspensão da eficácia do decreto questionado em sede de cautelar, senão em sua totalidade, ao menos quanto ao disposto no art. 1º, §7º.

Em relação à cessão ou transferência de direitos para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás natural e hidrocarbonetos fluidos, a PGR entende que as disciplinas do art. 29, da Lei 9.478/1997, e do art. 31, da Lei 12.351/2010, são constitucionais e foram editadas a fim de regulamentar as previsões contidas no art. 177, §1º da CF<sup>33</sup>. Nesse sentido, o decreto visa conferir maior impessoalidade, segurança jurídica e probidade à cessão de direitos, a partir da previsão de procedimento especial.

---

<sup>33</sup> Constituição Federal. Art. 177. Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal. § 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.

Entretanto, a PGR aduz que há extrapolação do campo regulamentar pelas previsões contidas no art. 1º, §7º do decreto, uma vez que é verificada inovação indevida na ordem jurídica ao afastar a realização de licitação nas contratações de bens e serviços efetuadas por consórcios operados pela Petrobras. No art. 1º, §5º, da Lei nº 13.303/2016, há previsão expressa de aplicação das regras a empresas participantes de consórcios, isto é, quando trata-se de contratação de prestação de serviços, aquisição, locação e alienação de bens, execução de obras e outros, é verificada a exigência de realização do certame licitatório.

No que tange o procedimento previsto a partir do art. 11 do decreto, o entendimento da Procuradoria-Geral é no sentido da constitucionalidade, já que não há na Lei das Estatais regulamentação à cessão de direitos. A razão de ser do Decreto nº 9.355 é estabelecer procedimento especial a ser aplicado na cessão de direito de exploração de petróleo, o que justifica a previsão de procedimento próprio, o que assegura o cumprimento dos princípios constitucionais da Administração Pública. Ainda, o entendimento da PGR é de que não há exigência de prévia licitação para o procedimento especial de que trata o decreto, e que não figura a inconstitucionalidade por estabelecer procedimento distinto com relação à Lei das Estatais.

### **3.5. Manifestação Petrobras**

A Petrobras se manifestou em dois momentos no processo. A primeira manifestação da empresa estatal é o seu pedido de ingresso como *amicus curiae*. A sua segunda manifestação se dá logo após a decisão monocrática de deferimento da medida cautelar e suspensão da eficácia do decreto, constituindo-se em uma petição para deferimento do efeito suspensivo para sustar os efeitos da decisão monocrática que deferiu o pedido liminar.

O pedido de ingresso como *amicus* circunscreve-se na demonstração da legitimidade da Petrobras para figurar como terceiro no processo, os impactos das operações de cessão de direitos de exploração para a empresa, bem como para o mercado brasileiro. Assim, é demonstrada a relevância do objeto da ação direta de inconstitucionalidade para a estatal.

Em relação ao mérito, a Petrobras alega que a perda de eficácia do decreto – norma que regulamenta os procedimentos aos quais a empresa deve obedecer – implica em indesejável ausência de regulamentação para as operações de cessão de direitos de exploração. Nessa direção, a empresa expõe que o Programa de Parcerias e Desinvestimentos tem o objetivo de reduzir o nível de endividamento da estatal, para alcançar sua recuperação financeira.

Assim, são verificados efeitos na atuação da empresa, o que inclusive pode ocasionar na inviabilização da continuidade de operações diárias no mercado de óleo e gás. Nesse ponto, a empresa alega que a suspensão da eficácia do decreto impugnado, em razão de deferimento da medida cautelar, geraria efeitos desastrosos e irreversíveis para seus negócios.

A empresa, ao citar jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, alega que a via impugnativa eleita pelo requerente é inadequada, uma vez que o controle concentrado é incabível para ato concreto. A Petrobras defende que não há incompatibilidade do Decreto 9.355/2018 com a Lei das Estatais, porque essa é inaplicável nos casos de contratação por consórcio e de cessão de direitos de exploração pela Petrobras.

No que diz respeito à contratação por consórcio em parceria com agentes privados e em livre concorrência, ainda que operado por empresa estatal, a Lei 13.303/2016 é inaplicável. O art. 1º, §7º do decreto – que prevê a inaplicabilidade do regime licitatório em contratações de bens e serviços por consórcios operados pela Petrobras – apenas regulamenta as previsões do art. 44, VI, da Lei 9.478/97<sup>34</sup>, e do art. 173, §1º, II e III<sup>35</sup>, da Constituição Federal.

---

<sup>34</sup> Lei 9.478/1997. Art. 44. O contrato estabelecerá que o concessionário estará obrigado a: VI - adotar as melhores práticas da indústria internacional do petróleo e obedecer às normas e procedimentos técnicos e científicos pertinentes, inclusive quanto às técnicas apropriadas de recuperação, objetivando a racionalização da produção e o controle do declínio das reservas.

<sup>35</sup> Constituição Federal. 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: II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis,

Em relação à cessão de direitos de exploração pela Petrobras, o entendimento exposto pelo *amicus* é o de que o Estatuto das Estatais é norma geral de licitação, que versa sobre licitação de estatais. O procedimento especial previsto pelo decreto, por sua vez, é previsão específica que se adequa à inexigibilidade de procedimento licitatório formal prevista pelos arts. 29, da Lei do Petróleo, e art. 31, da Lei de Partilha.

A estatal também defende que o decreto impugnado não viola o princípio da reserva legal, visto que sua edição ocorreu após recomendação do Tribunal de Contas da União<sup>36</sup> que indicou a necessidade de regulamentação específica para os casos de cessão de direito de exploração pela Petrobras. Em relação à invasão de competência legislativa alegada pelo requerente, o *amicus* se manifesta no sentido de que não há invasão, visto que a norma impugnada formaliza as regras previstas nas leis 9.478/1997 e 12.351/2010.

É levantado o argumento de que a cessão de direitos de exploração se trata de atividade finalística da empresa estatal, hipótese em que a própria Lei das Estatais reconhece a dispensa do regime licitatório no art. 28, §3º, I<sup>37</sup>. Assim, o entendimento é de inaplicabilidade da licitação, e não de inviabilidade de competição.

---

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

<sup>36</sup> O Tribunal de Contas da União, no acórdão 442/17-PL (TC nº 013.056/16-6, da Relatoria do Min. José Múcio) recomendou à Casa Civil da Presidência da República que elaborasse norma com disposições específicas a respeito de alienações e desinvestimentos de sociedades de economia mista. A ação do TCU que tinha como objeto a análise da Sistemática de Desinvestimentos da Petrobras, entendeu pela necessidade de adequar o procedimento da Petrobras a diretrizes que garantissem maior observância dos princípios da Administração Pública, como publicidade, isonomia e impessoalidade.

<sup>37</sup> Lei 13.303/2016. Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, **serão precedidos de licitação** nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.

§3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista **dispensadas** da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:

I - comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no caput, de produtos, serviços ou obras **especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais**; (grifo próprio)

Logo, a empresa conclui que<sup>38</sup>:

Assim, imperiosa a conclusão de que o decreto 9.355/18, ao estabelecer regras para a cessão de direitos de exploração, representou um grande avanço na regulamentação específica, estando em perfeita harmonia não apenas com o art. 173 da Constituição, mas também com todos os princípios constitucionais da Administração Pública, equilibrando as garantias necessárias à salvaguarda do interesse público e a necessidade de atuação em um mercado dinâmico e concorrencial.

### **3.6. Manifestação Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis**

O Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis (IBP) busca a sua admissão na ação como *amicus curiae*, alegando a sua representatividade na indústria do Petróleo, Gás e Biocombustíveis, bem como a relevância da sua participação no debate constitucional.

Em sua manifestação, o IBP cuida de trazer os impactos econômicos relacionados à matéria discutida na ação direta de inconstitucionalidade. Para tanto, traça o contexto histórico, jurídico e econômico acerca da regulação do setor de óleo e gás no país e discorre sobre a cessão de direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos no Brasil e no cenário internacional.

Além disso, o Instituto disserta sobre o contexto histórico-normativo que envolve a edição do Decreto 9.355/2018, sendo a sua função a de regulamentar os artigos da Lei do Petróleo e Lei de Partilha. O decreto foi editado no contexto da Sistemática de Desinvestimento da Petrobras<sup>39</sup>, após

---

<sup>38</sup> PETROBRAS, Petição de reconsideração com efeito suspensivo, peça 58, p. 8. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5459537>>.

<sup>39</sup> O IBP define a Sistemática de Desinvestimentos da Petrobras como o “conjunto de regras elaboradas pela companhia com o detalhamento dos procedimentos a serem por ela seguidos para a venda de ativos, a definição dos agentes envolvidos, as responsabilidades de cada área, o papel do assessor financeiro, a governança do processo, entre outros aspectos relevantes à venda do ativo”. As vendas de ativos fazem parte das metas de desinvestimentos da empresa, as quais derivam da necessidade do aumento da liquidez e da redução da alavancagem da Petrobras no curto prazo. O plano de gestão dos ativos se deu a partir de 2015, contexto em que a empresa vivia os impactos de “variações cambiais, flutuação do preço do barril de petróleo no mundo, crise institucional relacionada às consequências da Operação Lava-Jato, entre outras”. Assim, a Petrobras buscava priorizar sua atuação em projetos mais rentáveis, como de exploração e produção de óleo e gás natural no Brasil.

recomendação do TCU. A norma impugnada visa abranger as peculiaridades do mercado de óleo e gás (de dinamismo e competitividade) e a natureza jurídica de empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica<sup>40</sup>, o que traz segurança jurídica e previsibilidade para atuação da Petrobras.

Posteriormente, o IBP se posiciona pela constitucionalidade do decreto impugnado, defendendo: (i) a ausência de usurpação de competência do Congresso Nacional e ausência do desvio de finalidade e (ii) inexistência de inconstitucionalidade material.

Para o Instituto, o decreto impugnado visou regulamentar as práticas para a cessão de direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos pela Petrobras. As Leis do Petróleo e de Partilha versam sobre a indústria do Petróleo e são entendidas como especiais, de modo que prevalecem em relação a normas genéricas, como a Lei 13.303/2016

Ademais, não se verifica violação ao princípio da legalidade, visto que o Decreto 9.355/2018 não se submete à reserva legal. Isso, pois as matérias de que tratam o decreto impugnado não implica restrição de direitos fundamentais. Ainda, é afirmado que de certa maneira, os regulamentos inovam no direito, sob pena de se tornarem desprezíveis.

A partir disso, o IBP desenvolve o argumento de que o Estatuto das Estatais não deve ser usado como parâmetro de controle do decreto, visto que ele regulamenta as leis especiais supracitadas.

Mesmo assim, não há inconsistência alguma do decreto com relação à Lei 13.303/2016, visto que as previsões da norma impugnada possuem fundamento na prática comercial e garantem a efetivação dos princípios constitucionais em suas previsões, seja garantindo a melhor proposta ou assegurando a concorrência. Nessa toada, o art. 1º, §7º do decreto assegura

---

<sup>40</sup> Regime jurídico próprio das empresas privadas, a partir da EC 19/98 no art. 173, §1º, II, CF. Essa questão será aprofundada no capítulo seguinte.

que a Petrobras esteja em situação de igualdade com relação aos outros participantes do consórcio.

Além disso, o IBP argumenta que a operação de cessão de direitos pela Petrobras não deve se submeter à licitação, por ser uma atividade relacionada ao objeto social da empresa que atua em regime competitivo de mercado. As previsões contidas na Lei do Petróleo, e conseqüentemente as previsões do Decreto 9.355/2018, são compatíveis com as previsões constitucionais do art. 22, XXVII, do art. 37, XXI e do art. 173, §1º, II.

Isso porque o texto constitucional permite exceções à obrigatoriedade de licitar e admite que haja legislação específica para as empresas estatais. Assim, a Lei 9.478/97 possui fundamento nas características da indústria petrolífera, que é competitiva, dinâmica e flexível, de modo que o procedimento licitatório poderia ser um óbice ao exercício das atividades da empresa.

Ainda, no que diz respeito à admissibilidade da ação, o IBP se posiciona pelo não cabimento da ADI, de acordo com a jurisprudência citada do STF, visto que a ação impugna ato normativo secundário.

#### **4. Análise do acórdão**

O Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou improcedente por maioria o pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade (ADI), em julgamento virtual. Venceram os Ministros Luiz Fux, e Redator para o acórdão, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello. Foram vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e, em parte, a Ministra Cármen Lúcia.

O capítulo em questão tratará da análise do acórdão em quatro subtópicos, sendo o primeiro dedicado à preliminar de admissibilidade<sup>41</sup> e os três seguintes a cada uma das subperguntas da presente pesquisa. O objetivo do capítulo é apresentar os principais posicionamentos dos ministros acerca das questões que se objetivam responder nesta pesquisa. Assim, será realizado um mapeamento dos principais posicionamentos com relação às questões enfrentadas no acórdão.

##### **4.1. Preliminar de admissibilidade**

Antes de adentrar à análise do mérito de que trata a ADI 5942, é preciso enfrentar a questão preliminar de admissibilidade disposta nos votos dos ministros. Como descrito no capítulo anterior, o Presidente da República suscitou o não conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade, devido à natureza secundária do ato atacado. Portanto, faz-se necessário compreender se a ação em questão foi admitida pelos ministros: é admissível a ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto é a impugnação de um decreto?

Acerca da questão da admissibilidade da ação direta de inconstitucionalidade, há quatro posicionamentos predominantes: (i) ação não é admitida; (ii) seria hipótese de não conhecer a ação, mas a ação é admitida pela relevância da matéria; (iii) ação é admitida; (iv) ministro não

---

<sup>41</sup> Também há uma discussão acerca da conversão da medida cautelar em julgamento definitivo de mérito, que não será abordada neste trabalho.

se manifestou a respeito dessa questão. Os ministros se dividem da seguinte forma a esta questão:

**Tabela 2 - Distribuição dos votos dos ministros em relação a admissibilidade da ação**

Ministros	A ADI é admissível?			
	Não	Sim		Não se manifestou a respeito
		Admitida pela relevância da matéria	Hipótese de admissibilidade	
<b>Marco Aurélio</b>			X	
<b>Luiz Fux</b>	X			
<b>Alexandre de Moraes</b>	X			
<b>Edson Fachin</b>				X
<b>Luís Roberto Barroso</b>		X		
<b>Rosa Weber</b>				X
<b>Ricardo Lewandowski</b>				X
<b>Cármen Lúcia</b>			X	
<b>Dias Toffoli</b>		X		
<b>Gilmar Mendes</b>	X			
<b>Celso de Mello</b>				X

Fonte: elaboração própria.

O ponto de partida da posição que o ministro Gilmar Mendes assume em relação à questão de admissibilidade da ADI é o entendimento de que são as Leis 9.478/1997 e 12.351/2010 que originam o afastamento do procedimento licitatório para as operações de cessão. O Decreto nº 9.355/2018 apenas regulamenta os diplomas legais, de modo que a norma impugnada não dispõe de caráter geral e abstrato – que tornaria apto o ingresso na via de controle abstrato de constitucionalidade. Para o ministro: “o eventual afastamento do princípio licitatório, caso existente, desenvolve-

se no plano legal e não no plano regulamentar, como alegado pelos autores da presente ADI<sup>42</sup>.

Nesse sentido, Gilmar Mendes invoca a jurisprudência do Tribunal<sup>43</sup>, que “firmou-se no sentido de que, quando se está diante de um complexo normativo incindível, não há como fragmentar as impugnações de constitucionalidade”<sup>44</sup>. Assim, entende que o alcance impugnativo da ADI não é suficiente.

O ministro Luís Roberto Barroso inaugura a posição de conhecimento pela relevância da matéria alegando que o decreto impugnado é regulamentar, e que não foram impugnadas as leis que excepcionam a regra do procedimento licitatório. O ministro argumenta que, com rigor técnico, a ação não deveria ser conhecida. Entretanto, entende que a matéria possui relevância que justifica o sacrifício da tecnicidade em prol da segurança jurídica.

O ministro Dias Toffoli apresenta o entendimento de que a totalidade do complexo normativo que ampara o decreto deveria ter sido impugnado para que fosse admitido como objeto da ação, no sentido da jurisprudência da Corte<sup>45</sup>. Entretanto, no mesmo sentido de Barroso, Toffoli entende que mesmo sendo hipótese de não conhecimento, a ação deve ser admitida para que haja segurança jurídica nesta matéria importante.

A hipótese de admissibilidade da ação é acolhida pelo ministro relator Marco Aurélio e pela ministra Cármen Lúcia. O voto do ministro nesta questão foi breve, não tendo apresentado fundamentação para a sua posição, razão pela qual o voto representativo dessa posição é o da ministra.

---

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.942, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 13 de out. 2020, p. 116. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754987820>>.

<sup>43</sup> ADI 2.422 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 10.5.2012, acórdão eletrônico dje213 divulg 29.10.2014 public 3010.2014.

<sup>44</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.942, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 13 de out. 2020, p. 114. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754987820>>.

<sup>45</sup> ADI nº 4095-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe de 6/11/14 e ADI nº 3232, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe de 3/10/08.

Cármén Lúcia expõe jurisprudência<sup>46</sup> assentada do Supremo Tribunal Federal no sentido de que:

É incabível o controle abstrato de constitucionalidade de atos normativos secundários, que se limitam a regulamentar disposição de lei, pois a validade dessas normas deve ser aferida à luz do controle de legalidade, e não de constitucionalidade.

Entretanto, a ministra entende que o Decreto 9.355/2018 é um ato normativo dotado de caráter primário<sup>47</sup>, e nesse sentido invoca precedentes<sup>48</sup> de ações diretas de constitucionalidade, que possuíam como objeto um ato normativo de caráter primário, que foram admitidas.

A principal questão que envolve a posição da ministra é o entendimento de que o decreto impugnado não é um decreto com caráter regulamentar. Esse entendimento deriva da compreensão do que está sendo questionado pelo requerente: para Cármén Lúcia, a questão central diz respeito à competência regulamentar pelo Presidente da República ao editar o decreto; não se trata, portanto, de questionar a constitucionalidade do procedimento especial de cessão de direitos de exploração pela Petrobras. Desse modo, a não inclusão, pelo requerente, da Lei do Petróleo e da Lei de Partilha como objeto da ação não implica na ausência de interesse de agir.

#### **4.2. Competência do Congresso Nacional em relação ao Decreto 9.355/2018**

O presente tópico abordará se os ministros entendem que o Decreto 9.355/2018 usurpou, ou não, a competência do Congresso Nacional ao prever

---

<sup>46</sup> ADI 4.127-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 5.11.2014; ADI 3.074-AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 13.6.2014; ADI 4.176-AgR, Rel. Min. Cármén Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 1º.8.2012; ADI 2.413-MC, Relator o Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 16.8.2002.

<sup>47</sup> Um ato normativo é dotado de caráter primário quando suas “notas tipológicas derivam da conjugação de diversos elementos inerentes e essenciais à sua própria compreensão: (a) coeficiente de generalidade abstrata, (b) autonomia jurídica, (c) impessoalidade e (d) eficácia vinculantes das prescrições dele constantes” (ADI 3.345, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe 20.8.2010)”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.942, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 13 de out. 2020, p. 85. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754987820>>.

<sup>48</sup> ADI n. 3.936-MC, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 9.11.2007 e ADI n. 3.936-MC, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 9.11.2007.

as regras para cessão de direitos de exploração. O posicionamento dos ministros se divide da seguinte forma:

**Tabela 3 - Distribuição dos votos dos ministros em relação a competência para estabelecer regras a respeito da cessão de direitos**

<b>Ministros</b>	<b>O Decreto 9.355/2018 usurpa a competência do Congresso Nacional ao estabelecer as regras para cessão de direitos?</b>		
	<b>Não</b>	<b>Sim</b>	<b>Não se manifestou a respeito</b>
<b>Marco Aurélio</b>		X	
<b>Luiz Fux</b>	X		
<b>Alexandre de Moraes</b>	X		
<b>Edson Fachin</b>			X
<b>Luís Roberto Barroso</b>			X
<b>Rosa Weber</b>		X	
<b>Ricardo Lewandowski</b>			X
<b>Cármem Lúcia</b>	Não para o procedimento especial previsto no decreto	Sim para contratações pelos consórcios operados pela Petrobras	
<b>Dias Toffoli</b>	X		
<b>Gilmar Mendes</b>	X		
<b>Celso de Mello</b>			X

Fonte: elaboração própria.

Acerca desta questão, foram escolhidos três votos representativos com posicionamentos distintos, dos ministros Marco Aurélio, Luiz Fux e da ministra Cármem Lúcia.

#### **4.2.1. Decreto usurpa a competência do Congresso Nacional**

O ministro Marco Aurélio entende que ao editar o Decreto nº 9.355/2018, o Chefe do Executivo federal não se limitou à observância dos preceitos disciplinados nas Leis de Partilha e do Petróleo. Isso, porque o decreto disciplina sobre duas questões principais: uma é o procedimento especial para cessão de direitos de exploração pela Petrobras, e a outra é a autorização para os consórcios operados pela Petrobras contratarem bens e serviços sem a realização do procedimento licitatório (art. 1º, §7º do decreto). O ministro Marco Aurélio entende que, de acordo com o art. 22, XXVII e art. 173, §1º, III da CF, as duas previsões contidas no Decreto nº 9.355/2018 usurpam a competência legislativa do Congresso Nacional.

O ministro entende que o procedimento previsto pela norma impugnada cria um “microsistema licitatório”, porque mesmo justificando que está regulamentando os arts. 29, 61, caput e § 1º, 63 da Lei nº 9.478/1997 e art. 31 da Lei nº 12.351/2010, o decreto estabelece normas genéricas e abstratas que extrapolam preceitos da Lei do Petróleo e da Lei de Partilha. O procedimento é previsto pelos arts. 11 a 35 do decreto, sendo descritas minuciosamente as 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.

No que tange a situação de dispensa de licitação prevista pelo art. 1º, §7º do decreto, o ministro entende que há violação ao art. 37, XXI<sup>49</sup> da CF, por haver criação de hipótese de dispensa do certame não feita por lei. O texto constitucional prevê que as situações de dispensa de licitação para contratações públicas, inclusive da Administração indireta, devem ser

---

<sup>49</sup> Constituição Federal. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: 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. (grifos próprios)

determinadas em lei. Nesse sentido é o art. 1º, §5º da Lei 13.303/2016<sup>50</sup>, que estabelece que é aplicável aos consórcios operados por empresa pública ou sociedade de economia mista o regime previsto pelo Estatuto das Estatais, o que inclui o procedimento licitatório para contratações de bens e serviços nela veiculado. Dessa forma, além do decreto criar previsão que deveria ser legal, há divergência com previsão da Lei das Estatais.

Com isso, Marco Aurélio entendeu que por meio do decreto questionado, o Presidente da República disciplinou sobre matéria que deveria ser reservada à lei em sentido formal. A inconstitucionalidade ocorre pelo infringimento aos arts. 22, XXVII e 173, §1º, III, da CF, que preveem como competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades<sup>51</sup>, para a Administração Pública direta, e para as empresas estatais.

#### **4.2.2. Decreto usurpa a competência do Congresso Nacional apenas no procedimento de cessão**

A ministra Cármen Lúcia, se posiciona acerca desta questão estabelecendo uma diferenciação entre previsões do decreto que inovam na ordem jurídica e aquelas que são apenas regulamentares. Dentro desta distinção, depreende-se que o procedimento de cessão previsto pelo decreto não usurpa a competência do Congresso Nacional, enquanto que a dispensa de licitação para contratações feitas pelos consórcios operados pela Petrobras prevista pelo ato normativo usurpa o poder regulamentar do Presidente da República.

---

<sup>50</sup> Lei 13.303/2016. Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos. **§ 5º Submetem-se ao regime previsto nesta Lei a empresa pública e a sociedade de economia mista que participem de consórcio**, conforme disposto no art. 279 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, na **condição de operadora**. (grifos próprios)

<sup>51</sup> O ministro entende que a expressão "contratação, em todas as modalidades" contida no art. 22, XXVII da Constituição da República compreende a figura jurídica de cessão de posição contratual.

A ministra argumenta que o procedimento especial determinado pelo decreto impugnado está de acordo com a hipótese prevista pelos arts. 29 da Lei 9.478/1997 e 31 da Lei 12.351/2010, que não exigem a realização de procedimento licitatório para cessão de direitos pela Petrobras. Com isso, o Chefe do Poder Executivo exerce, constitucionalmente, sua competência regulamentar com a finalidade de uniformizar as práticas da Administração Pública. Assim, garante-se segurança jurídica para o procedimento de cessão, conforme determinação legal.

Por outro lado, o §7º, do art. 1º do decreto, que trata de dispensa de licitação para as contratações realizadas por consórcios operados pela Petrobras, usurpa o poder regulamentar do Chefe do Executivo, e ainda ofende os arts. 37, XXI e 173, III da Carta Magna. Isso porque aplicando a mesma lógica desenvolvida acerca do procedimento especial, não há previsão legislativa a respeito da dispensa de licitação para consórcios. Muito pelo contrário, o art. 1º, §5º da Lei 13.303/2016 prevê que estatais que participem de consórcio submetem-se ao regime previsto na Lei das Estatais.

#### **4.2.3. Decreto não usurpa a competência do Congresso Nacional**

O ministro Luiz Fux, redator para o acórdão, se coloca no sentido de que o decreto não usurpa a competência do Congresso Nacional, já que suas determinações não inovam na ordem jurídica. O fundamento legal do procedimento especial de cessão de direitos estabelecido pelo decreto são os arts. 29 e 63 da Lei 9.478/96, e o art. 31 da Lei 12.351/2010. Dessa forma, a norma impugnada não instituiu hipóteses de dispensa de licitação ao regular o procedimento; a Lei do Petróleo, em seu art. 29, é que permitiu a transferência do contrato sem exigência do procedimento licitatório.

Ainda é posto pelo ministro que nem a Lei das Estatais nem a Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93, vigente à época) exigiam a obrigatoriedade de observância de licitação nesse caso, o que está de acordo com as determinações constitucionais, que delegou a determinação de dispensa de licitação à lei específica (art. 37, XXI, CF). Com isso, pelas

especificidades das operações de cessão na indústria petrolífera<sup>52</sup>, entende-se que a escolha do legislador nas Leis do Petróleo e de Partilha é legítima. Desse modo, o decreto não apresenta inovação na ordem jurídica e, portanto, não viola a separação de poderes nem os arts. 2º, 5º, II, 48, V, e 84, IV, da Constituição Federal.

Fux afirma que há uma premissa irrefutável, a de que a Lei 13.303/2016 se aplica à Petrobras, mas não sobre todas as operações da empresa estatal, e sim sobre as operações de aquisição de bens e serviços. O decreto impugnado, de acordo com o ministro, determina regras próprias da indústria de petróleo, o que não se confunde com as regras de contratação de obras, serviços e produtos dispostas na Lei das Estatais.

Nesse sentido, no que diz respeito ao art. 1º, §7º do decreto, o ministro argumenta<sup>53</sup>:

Por fim, importante apontar que **o §7º do art. 1º do Decreto 9.355/2018 deve ser interpretado à luz do caput e cotejado com o artigo 1º, § 5º da Lei das Estatais**, segundo o qual a empresa pública ou a sociedade de economia mista que participe de consórcio, na condição de operadora, submete-se ao regime previsto na Lei 13.303/16. (...)

É que **o afastamento da realização de licitação nas contratações de bens e serviços efetuadas por consórcios operados pela Petrobras justifica-se pelas especificidades estratégicas de um determinado setor econômico**. Ainda que não trate especificamente de operações de cessão de direitos, mas da **contratação ordinária de bens e serviços pelo consórcio, esse tipo de contrato administrativo submeter-se à regra específica de operacionalização de cessão de direito**, excepcionando a geral de licitação, que dispõe sobre sua aplicabilidade à estatais operadoras de consórcios (grifos nossos)

Assim, a melhor exegese do dispositivo é aquela segundo a qual a **Petrobras não se submete ao regime licitatório para as contratações de bens e serviços realizadas pelo**

---

<sup>52</sup> O ministro argumenta que a operação de cessão de direitos é uma prática comum na indústria internacional do petróleo - mercado competitivo, dinâmico e flexível - que visa garantir que haja a continuidade de investimentos e de exploração petrolífera em determinado bloco. Assim, restringir essa prática na Petrobras reduziria sua atratividade.

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.942, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 13 de out. 2020, p. 32-33. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754987820>>.

**consórcio, quando integrado majoritariamente por agentes privados.** É que, neste caso, à semelhança de uma pessoa jurídica que não integra a Administração Pública, o consórcio concretiza o interesse privado de terceiros consorciados com a Petrobras.

Por um lado o ministro alega que o art. 1º, §7º do decreto impugnado deve ser interpretado à luz do art. 1º, §5º da Lei das Estatais, o que implica na submissão, de contratações efetuadas por consórcios operados pela Petrobras, ao certame licitatório. Por outro lado, argumenta que o afastamento do procedimento licitatório para contratação por consórcios operados pela Petrobras justifica-se pelas especificidades estratégicas do setor, de modo que a contratação ordinária deve ser enquadrada na regra específica de cessão de contrato.

Logo, no que tange ao afastamento da licitação pelos consórcios, o ministro afirma que deve ser interpretado à luz do Estatuto das Estatais, e que o afastamento se justifica pelas especificidades do setor.

#### **4.3. Deferência aos princípios constitucionais da Administração Pública**

Nesta seção serão levantados os posicionamentos dos ministros sobre a violação, ou não, dos princípios constitucionais da legalidade, moralidade e eficiência pelo procedimento especial previsto pelo decreto impugnado.

**Tabela 4 - Distribuição dos votos dos ministros em relação a violação dos princípios constitucionais da Administração Pública pelo decreto**

<b>Ministros</b>	<b>A ausência de licitação prevista pelo Decreto nº 9.355 de 2016 viola os princípios constitucionais da Administração Pública?</b>		
	<b>Não</b>	<b>Sim</b>	<b>Não se manifestou a respeito</b>
<b>Marco Aurélio</b>			X
<b>Luiz Fux</b>	X		
<b>Alexandre de</b>	X		

<b>Moraes</b>			
<b>Edson Fachin</b>			X
<b>Luís Roberto Barroso</b>			X
<b>Rosa Weber</b>		X	
<b>Ricardo Lewandowski</b>			X
<b>Cármen Lúcia</b>			X
<b>Dias Toffoli</b>	X		
<b>Gilmar Mendes</b>	X		
<b>Celso de Mello</b>			X

Fonte: elaboração própria.

#### **4.3.1. Violação dos princípios da Administração Pública**

A ministra Rosa Weber entende que o decreto prevê inovações no ordenamento jurídico, seja ao inverter as fases do procedimento especial de cessão, em relação ao procedimento licitatório, seja ao determinar a ausência de realização de novo certame licitatório para cessão. A ausência de certame licitatório implica em restrição à ampla participação de novas empresas nos casos de cessão, o que representa uma incompatibilidade do procedimento com os princípios da impessoalidade, isonomia e livre concorrência, determinados nos arts. art. 5º; art. 37, XXI; art. 170, IV, da Constituição Federal.

Logo, depreende-se que a ausência de licitação, para a ministra, implica automaticamente em uma incompatibilidade com os princípios da Administração Pública – o que leva a pensar que para Rosa, a única forma de efetivar os princípios da administração é através do procedimento licitatório.

#### **4.3.2. Compatibilização com os princípios da Administração Pública**

O ministro Alexandre de Moraes, por seu turno, entende que o procedimento previsto pelo decreto exerce uma função importante de padronizar a cessão de direitos. Ao prever um procedimento simplificado, –

em relação ao procedimento licitatório da Lei das Estatais – o decreto compatibilizou a prática com os princípios da Administração Pública, previstos na Constituição. A ausência do procedimento licitatório, de acordo com o voto do ministro Luiz Fux, não implica necessariamente no descumprimento dos princípios constitucionais da Administração Pública, “máxime porque outras formas de seleção proba, objetiva e eficiente de contratação podem ser cogitadas”<sup>54</sup>.

Nesse sentido, o ministro Gilmar Mendes se posiciona dizendo<sup>55</sup>:

O Decreto 9.355/2018 tentou conferir **competitividade** aos procedimentos de cessão dos direitos de exploração, desenvolvimento e produção pela Petrobras. O procedimento especial previsto visou a incentivar a adoção de **métodos de governança que assegurem a realização do objeto social da Petrobras** (art. 2, inciso I) e a 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. 2, inciso V). Tal procedimento contempla ainda **sete fases formais** de (i) preparação, (ii) consulta de interesses, (iii) apresentação de propostas preliminares, (iv) apresentação de propostas firmas, (v) negociação, (vi) resultado e (vii) assinatura dos instrumentos jurídicos negociais. (grifos próprios)

Com isso, o ministro entende que a regulamentação oferecida pelo decreto – a partir das fases e métodos de governança – faz com que a disciplina legal esteja mais próxima aos princípios constitucionais da Administração Pública, principalmente a impessoalidade e eficiência administrativa.

#### **4.4. Procedimento de cessão de direitos**

Esta seção dedica-se a compreender como os ministros se posicionaram acerca da aplicação do procedimento licitatório previsto pela Lei

---

<sup>54</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.942, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 13 de out. 2020, p. 31. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754987820>>.

<sup>55</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.942, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 13 de out. 2020, p. 123-124. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754987820>>.

das Estatais em caso de cessão de direitos de exploração de petróleo, gás e hidrocarbonetos fluídos pela Petrobras.

Os votos dos ministros se dividem da seguinte forma:

**Tabela 5 - Distribuição dos votos dos ministros acerca da aplicação do procedimento licitatório para a cessão de direitos pela Petrobras**

Ministros	O procedimento licitatório previsto pela Lei das Estatais é aplicável no caso de cessão para a Petrobras?		
	Não	Sim	Não se manifestou a respeito
Marco Aurélio			X
Luiz Fux	X		
Alexandre de Moraes	X		
Edson Fachin		X	
Luís Roberto Barroso			X
Rosa Weber		X	
Ricardo Lewandowski			X
Cármem Lúcia	X		
Dias Toffoli	X		
Gilmar Mendes	X		
Celso de Mello			X

Fonte: elaboração própria.

#### 4.4.1. Aplicação do procedimento especial

O ministro Luiz Fux desenvolve a sua argumentação enquadrando a Petrobras no regime jurídico de direito privado. Ao citar precedente<sup>56</sup>, o

<sup>56</sup> "14. A Petrobras não é prestadora de serviço público. Não pode ser concebida como delegada da União. Explora atividade econômica em sentido estrito, sujeitando-se ao regime jurídico das empresas privadas [§ 1º, II, do art. 173 da CB/88]. Atua em regime de competição com empresas privadas que se disponham a disputar, no âmbito de procedimentos licitatórios [art.

ministro defende que a Petrobras é exploradora de atividade econômica em sentido estrito, o que a sujeitaria ao regime jurídico de empresas privadas, de acordo com o art. 173, §1º, II, da Carta Magna. A estatal está submetida ao regime competitivo do mercado para as contratações previstas no art. 177, §1º da CF.

Ao invocar doutrina, Fux explica que o objetivo da cessão de direitos é propiciar a continuidade de investimentos em exploração e desenvolvimento de bloco petrolífero, sendo uma prática frequente no mercado internacional que tem o potencial de aumentar a atratividade de um negócio que demanda um alto nível de investimento. Nesse sentido se encontra o programa de desinvestimento, que é uma medida gerencial adotada pela estatal, que firma parcerias negociais a partir de transferência de ativos e cessão de direitos, prestigiando a faceta empresarial da empresa estatal.

Assim, o ministro apresenta a noção de que as operações de cessão de concessões e partilhas estão vinculadas à exploração de atividade econômica em sentido estrito da Petrobras, sua atividade preponderante. Por isso, caso haja a possibilidade do certame licitatório comprometer o caráter concorrencial da empresa estatal, isto é, quando “o objeto do contrato corresponder ao objeto social ou se inserir na atividade preponderante da empresa”, o certame licitatório previsto na norma geral de licitação e contratos não é obrigatório<sup>57</sup>.

Ainda, Fux invoca precedente<sup>58</sup> para expor o entendimento da Corte de que não é necessária autorização legislativa ou realização de prévia licitação pública para alienação do controle acionário de empresas subsidiárias e controladas de empresas públicas e sociedades de economia mista, desde que assegurados os princípios constitucionais da Administração Pública. Com

---

37, XXI, da CB/88], as contratações previstas no § 1º do art. 177 da Constituição do Brasil.” (ADI 3273, Relator Min. Carlos Britto, Redator p/ Acórdão Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 16/03/2005, DJ 02-03-2007)

<sup>57</sup> Este argumento faz referência à Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93). O ministro Luiz Fux cita o voto vista que proferiu no RE 441.280. À época do julgamento da ADI 5942, o julgamento do recurso extraordinário ainda não havia se encerrado. Entretanto, o ministro faz uma ressalva importante, de que o caso do RE 441.280 é anterior à edição da Lei das Estatais e, portanto, do decreto questionado na ação direta objeto da presente pesquisa.

<sup>58</sup> ADI 5624 MC-Ref, Rel. Min, Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2019, DJe 29-11-2019.

isso, ao realizar comparação com o caso objeto da ADI 5624, o ministro coloca que é razoável a cessão de direitos e transferência de contratos sem a realização de procedimento licitatório, desde que observados os preceitos de probidade, objetividade e eficiência.

Paralelamente, Luiz Fux coloca que há uma premissa irrefutável de que a Lei das Estatais se aplica à Petrobras<sup>59</sup>, mas não a qualquer operação da estatal, e sim à aquisição de bens e serviços pela empresa. Deste modo, a previsão regulamentar do decreto impugnado não confunde-se com a matéria disciplinada na Lei 13.303/2016. O Decreto 9.355/2018 traz regras específicas da indústria petrolífera, que não esbarra com contratação de obras, serviços ou produtos regida pelo Estatuto da Estatais.

A partir do exposto, extrai-se que o entendimento do ministro Luiz Fux é no sentido de que a cessão de direitos pela Petrobras não deve ser regida pelo procedimento licitatório da Lei 13.303/2016, e sim pelo procedimento especial previsto pelo Decreto 9.355/2018. Nesse mesmo sentido é o entendimento do ministro Alexandre de Moraes.

Em seu voto, Alexandre de Moraes entende que a previsão constitucional e as previsões legais contidas na Lei das Estatais admitem exceção ao dever geral de licitar. O ministro expõe que o art. 173, §1º, da Constituição prevê o estabelecimento do Estatuto das Estatais, e que conjugado com o art. 37, XXI da Carta Magna, entende-se que pode haver norma que estabeleça casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação. Assim são as disposições da Lei 13.303/2016, que estabeleceu como regra a obrigatoriedade do procedimento licitatório, e como exceção as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade, nos seus artigos 29 e 30, respectivamente.

---

<sup>59</sup> Esse argumento é sustentado na ideia de que: "A análise da alegação de violação ao artigo 173, §1º, III, da CRFB deve partir da premissa irrefutável de que o Estatuto das Estatais se aplica à Petrobras. Quaisquer dúvidas foram dirimidas no artigo 1º, que ao estabelecer sua incidência, abrange qualquer sociedade de economia mista da União, que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços. Além disso, a Lei 13.303/16 expressamente revogou os artigos 67 e 68 da Lei 9.478, que estabeleciam o procedimento licitatório simplificado da Petrobras." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.942, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 13 de out. 2020, p. 23. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754987820>>.

O art. 29, XVIII da legislação previu a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista é dispensável “na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem”<sup>60</sup>. O ministro entende essa hipótese como um instrumento gerencial relevante para que as estatais possam atuar em posição de igualdade a concorrentes privados, o que é utilizado para o plano de desinvestimento nas medidas de alienação de ativos.

Mais especificamente, o ministro entende que a legislação específica que rege a exploração de petróleo admitiu a cessão de direitos de exploração a terceiros, sem a obrigatoriedade de licitar. As Leis 9.478/1997 e 12.351/2010 excepcionam a incidência do dever de licitar para essas operações que comumente são praticadas no mercado petrolífero.

O ministro Alexandre de Moraes invoca precedente da Corte<sup>61</sup> que reconhece que as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica em sentido estrito sujeitam-se ao regime jurídico de empresas privadas, de acordo com o art. 173, §1º da CF/88. Com isso, o regime jurídico próprio de empresas privadas é aplicado a estatais a fim de possibilitá-las eficiência gerencial, e concorrência leal da estatal com o particular.

Logo, o decreto impugnado se insere na hipótese constitucional e legal de dispensa licitatória. Ao estabelecer regras para o procedimento de cessão de direitos de exploração da Petrobras, confere-se uma adequação não apenas às práticas do mercado, mas também como aos princípios da Administração Pública.

O ministro Gilmar Mendes também entende no sentido dos ministros Luiz Fux e Alexandre de Moraes, porém ele desenvolve uma linha argumentativa distinta. No voto de Gilmar Mendes é central a ideia de que a Petrobras exerce atividade econômica em sentido estrito e que atua no mercado em regime de livre competição com empresas privadas.

---

<sup>60</sup> Lei 13.303/2016. 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.

<sup>61</sup> ADI 1.642, Rel. Min. Eros Grau, j. em 3/ 4/2008, Plenário, DJe de 19/9/2008.

Para o ministro, o instituto da transferência de contrato de concessão previsto no art. 29 da Lei nº 9.478/1997 não apenas é compatível com o ordenamento jurídico, mas é fundamental para a “dinamização da política nacional de exploração e desenvolvimento do petróleo que foi idealizada a partir da promulgação da Emenda Constitucional 9/1995”<sup>62</sup>.

A compatibilidade com o ordenamento jurídico se dá porque a lei que prevê o regime geral de licitação<sup>63</sup> não impede que haja normas específicas com previsão de regimes específicos, que confirmam competitividade ao Estado empresário. Nesse sentido, o ministro cita precedentes<sup>64</sup> que indicam que há razão de ser para a submissão da empresa estatal a um regime de licitação diferenciado, desde que respeitando os princípios da Administração Pública<sup>65</sup>:

**A submissão legal da Petrobrás a um regime diferenciado de licitação parece estar justificado pelo fato de que, com a relativização do monopólio do petróleo trazida pela EC nº 9/95, a empresa passou a exercer a atividade econômica de exploração do petróleo em regime de livre competição com as empresas privadas concessionárias da atividade, as quais, frise-se, não estão submetidas às regras rígidas de licitação e contratação da Lei nº 8.666/93. Lembre-se, nesse sentido, que a livre concorrência pressupõe a igualdade de condições entre os concorrentes.** (MS 25.888 MC, de minha relatoria, julgado em 22.3.2006, publicado em DJ 29.3.2006) (grifos próprios)

Dessa forma, o ministro coloca que há um reconhecimento da doutrina que ao vedar a possibilidade das operações de cessão de concessões no

---

<sup>62</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.942, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 13 de out. 2020, p. 122. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754987820>>.

<sup>63</sup> Gilmar Mendes se refere à Lei 8.666/93 e a atual Lei 13.303/2016.

<sup>64</sup> MS 25.888 MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 22.3.2006, publicado em DJ 29.3.2006; MS 28.745 MC, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 6.5.2010; ADI 5624 MC-Ref, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2019, DJe 29-11-2019.

<sup>65</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.942, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 13 de out. 2020, p. 119. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754987820>>.

mercado do petróleo, o mercado brasileiro ocuparia posição de menor atratividade dentro do contexto internacional.

Com isso, o ministro Gilmar Mendes se posiciona no sentido de que o procedimento de cessão deve ser regido pelo decreto impugnado, que encontra razão de ser em virtude da natureza da atividade econômica que rege, além de que complementa a disciplina jurídica prevista nas Leis do Petróleo e de Partilha, tornando o procedimento adepto aos princípios da Administração Pública.

#### **4.4.2. Aplicação do procedimento licitatório**

De forma oposta aos posicionamentos apresentados no item anterior, o ministro Edson Fachin entende que a Petrobras deve submeter-se incondicionalmente ao regime de licitações previstos na Lei 13.303/2016, o que inclui o procedimento de cessão de direitos de exploração.

O ministro defende, ao citar doutrina, que as sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica devem submeter-se aos princípios da Administração Pública e às previsões do estatuto jurídico das empresas estatais, conforme art. 173, §1º, III, da Constituição. Nesse sentido, as estatais exploradoras de atividade econômica não devem estar submetidas a restrições equivalentes a de empresas exploradoras de serviços públicos, uma vez que a própria Carta Constitucional prevê, no art. 173, §1º, II, a sujeição das exploradoras de atividade econômica a regime jurídico próprio de empresas privadas.

A partir da expressão constitucional as estatais exploradoras de atividade econômica submetem-se ao regime jurídico de direito privado, com derrogações em favor do direito público. Por se inserirem em contexto de perseguição do interesse público, ao constituir a Administração Pública indireta, devem efetivar os princípios de direito público expressos no art. 37 da Constituição Federal. O procedimento licitatório, para o ministro, se encontra no espaço de efetivação dos princípios de direito público dentro do regime jurídico privado e, sendo a Lei das Estatais a legislação que estabelece as regras licitatórias para as empresas estatais, a Petrobras está vinculada à lei.

Fachin entende que o art. 37, *caput* e XXI, da Constituição Federal, é consequência direta dos princípios de moralidade, impessoalidade, legalidade, isonomia e publicidade. Desse modo, a Lei das Estatais regulamenta exclusivamente as previsões constitucionais para as empresas públicas e sociedades de economia mista, sendo absoluta a sujeição da Petrobras aos procedimentos previstos na Lei 13.303/2016. Inclusive, o Estatuto das Estatais prevê, no art. 28 que submetem-se à licitação contratos com terceiros destinados à alienação de bens e ativos integrantes do patrimônio da empresa pública ou sociedade de economia mista – matéria estreitamente relacionada à cessão de direitos tratada pelo decreto impugnado.

Logo, o ministro se posiciona dizendo que o Decreto nº 9.355/2018, contraria a norma constitucional ao determinar procedimento especial de cessão de direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo. Disso, deduz-se que o procedimento de cessão deve ser regido pela Lei das Estatais.

A ministra Rosa Weber traz o assentado entendimento do Tribunal<sup>66</sup> de que a Petrobras está sujeita ao regime jurídico de empresas privadas, mas que está sujeita a procedimentos licitatórios. Nesse sentido, é a previsão do art. 23 da Lei do Petróleo<sup>67</sup>, que determina que as concessões de atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural serão precedidas de licitação. Além disso, a Lei de Partilha<sup>68</sup> determina a realização

---

<sup>66</sup> “Este Supremo Tribunal Federal já assentou o entendimento de que a **Petrobras sujeita-se ao regime jurídico das empresas privadas e à obrigação de participar de procedimentos licitatórios, nos termos do art. 173, § 1º, II** da Carta Política, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.273/DF. BRASIL.” (grifo próprio) Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.942, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 13 de out. 2020, p. 70. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754987820>>.

<sup>67</sup> Lei 9.478/1997. Art. 23. As atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural serão exercidas mediante contratos de concessão, **precedidos de licitação**, na forma estabelecida nesta Lei, ou sob o regime de partilha de produção nas áreas do pré-sal e nas áreas estratégicas, conforme legislação específica. (grifo próprio)

<sup>68</sup> Lei 12.351. Art. 8º A União, por intermédio do Ministério de Minas e Energia, celebrará os contratos de partilha de produção: I - diretamente com a Petrobras, dispensada a licitação; ou II - mediante licitação na **modalidade leilão**.

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

de leilão para a celebração de contratos de partilha, prevendo a cessão de direitos e obrigações desde que atendidos os requisitos do cessionário<sup>69</sup>. Entretanto, a ministra expõe que a Administração Pública não garante uma posição de vantagem através da cessão de contrato, uma vez que se fosse realizado procedimento licitatório em uma situação diferente de mercado, o vendedora poderia ser outro.

Ainda, Rosa Weber argumenta que a inversão de fases determinada pelo decreto para o procedimento especial, em relação à Lei das Estatais, é inovação jurídica indevida que deveria ser efetuado por lei em sentido formal. Além disso, a ministra considera que a inexistência de procedimento licitatório para a cessão de direitos da Petrobras é danosa aos princípios de impessoalidade, isonomia e livre concorrência – previstos nos arts. 5º, 37, XXI e 170, IV da CF/88 –, sendo um óbice principalmente à participação ampla de novos concorrentes.

A partir disso, conclui-se que o entendimento da ministra é de que deve-se aplicar o procedimento licitatório previsto pela Lei 13.303/2016 para a cessão de direitos de exploração de petróleo, gás e hidrocarbonetos fluídos pela Petrobras.

---

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. (grifos próprios)

<sup>69</sup> “Requisitos técnicos, econômicos e jurídicos pelo cessionário e observado o direito de preferência dos demais consorciados” Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.942, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 13 de out. 2020, p. 74. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754987820>>.

## **5. Considerações finais**

A posição vencedora dos ministros no acórdão da ADI 5942 permite responder a pergunta de pesquisa e afirmar que: de acordo com o Supremo Tribunal Federal, não é necessária a realização de procedimento licitatório para a cessão de direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos pela Petrobras.

A decisão do Tribunal pela constitucionalidade do Decreto nº 9.355/2018 se deu pelo reconhecimento de que o ato normativo editado pela Presidência da República respeita a competência regulamentar prevista no art. 84, IV da CFRB. De acordo com a decisão do STF, o decreto impugnado regulamenta as previsões contidas nos arts. 29 e 63 da Lei 9.478/96, e no art. 31 da Lei 12.351/2010. Essas leis, ao preverem que não é necessária a realização de procedimento licitatório para a cessão, se enquadram dentro da autorização constitucional para exceção ao dever geral de licitar (art. 37, XXI da CF). Com isso, a hipótese de dispensa de licitação foi instituída por lei, e não pelo decreto, de modo que não se verifica violação à previsão contida no art. 22, caput e XXVII da Constituição. Assim, não há usurpação da competência legislativa do Congresso Nacional e, portanto, não há violação à separação dos poderes.

Além disso, é extraído dos votos vencedores posicionamento quanto ao regime jurídico da Petrobras, a partir da natureza da atividade que a empresa exerce. Isto é, por explorar atividade econômica em sentido estrito – exploração de petróleo –, a estatal atua em regime competitivo no mercado e, portanto, para estar em condição de igualdade em relação a seus concorrentes seu regime jurídico é de direito privado.

O procedimento de cessão está inserido dentro das condições competitivas de mercado, e é uma prática corrente na indústria internacional do petróleo que assegura a continuidade de investimentos e de exploração petrolífera, a fim de garantir a autossuficiência da indústria. Dessa forma, prevalece o entendimento de que o procedimento de cessão é central para que haja atratividade do mercado de petróleo nacional.

Ademais, entende-se que há uma especialidade do decreto impugnado com relação à Lei 13.303/2016. As regras determinadas pelo decreto nos arts. 11 a 35 são específicas da indústria petrolífera, e refletem a prática de cessão praticada pelo mercado. O Estatuto das Estatais, por sua vez, estabelece regras gerais para contratação de obras, serviços e produtos.

As sete fases estabelecidas pelo Decreto 9.355/2018 garantem segurança jurídica para o procedimento de cessão, uma vez que ao trazer métodos de governança, uniformizam a prática. Nessa direção, depreende-se que o procedimento é compatível com os princípios constitucionais da Administração Pública, visto que garante seleção proba, objetiva e eficiente.

Dessa forma, a solução oferecida no acórdão da ADI 5942 é no sentido da constitucionalidade do Decreto nº 9.355/2018. A posição vencedora foi expressa pelos ministros Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello e, em parte, Cármen Lúcia<sup>70</sup>.

Os votos vencidos, por outro lado, entendem que o procedimento estabelecido pelo Decreto nº 9.355/2018 usurpa a competência do Congresso Nacional. Ao determinar procedimento distinto ao procedimento licitatório previsto na Lei das Estatais e ao possibilitar que haja cessão de direitos da Petrobrás sem realizar nova licitação, o decreto impugnado estaria prevendo inovações no ordenamento jurídico.

A não realização de licitação implica em restrição à livre concorrência e não assegura posição de vantagem para a Administração Pública, de modo que não garante o cumprimento dos princípios constitucionais da Administração Pública, sobretudo da impessoalidade e legalidade.

Ainda, o entendimento vencido considera que a Petrobras, enquanto sociedade de economia mista, deve se submeter às previsões da Lei 13.303/2016, de acordo com o art. 173, §1º, III, da CF. Nesse sentido, a

---

<sup>70</sup> A ministra Cármen Lúcia julgou o decreto como parcialmente procedente. A ministra se posicionou pela constitucionalidade do procedimento de cessão previsto no decreto. Porém, no que diz respeito à previsão de dispensa de procedimento licitatório para os consórcios operados pela Petrobras contida no art. 1º, §7º do decreto impugnado, Cármen Lúcia se posicionou pela inconstitucionalidade.

posição vencida entende que é necessária a realização de novo procedimento licitatório para a cessão de direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos pela Petrobrás.

A partir da análise dos votos, observa-se algumas questões que exprimem fragilidades na decisão, seja porque não enfrentadas de forma integral pelos ministros, seja por carecerem de fundamentação jurídica.

A primeira questão diz respeito ao enfrentamento do art. 1º, §7º do decreto<sup>71</sup>, que trata da dispensa de licitação para contratação realizada por consórcios operados pela Petrobras, pelo Tribunal. Na petição inicial, o requerente, apesar de impugnar a totalidade do ato normativo, desenvolve uma argumentação específica relacionada à incompatibilidade das previsões contidas no art. 1º, §7º do decreto impugnado com as previsões do art. 1º, §5º da Lei das Estatais.

Alguns ministros, como Cármen Lúcia, Luiz Fux, Marco Aurélio e Luís Roberto Barroso dedicam parte de seu voto para apreciar essa questão. Entretanto, ministros como Gilmar Mendes e Alexandre de Moraes apenas citam a questão, mas não se posicionam a respeito, enquanto os demais ministros não se manifestam a respeito.

Já que houve indicação expressa na inicial quanto ao artigo em questão, e alguns ministros apreciaram o tema, essa questão foi levantada no capítulo 4 do presente trabalho, sobretudo no item 4.2, dedicado à discussão acerca da usurpação da competência do Congresso Nacional.

Entretanto, como a solução do STF foi no sentido da constitucionalidade do decreto, sem observações específicas quanto à previsão contida no art. 1º, §7º do decreto, entende-se que a previsão é também constitucional. Ainda assim, interpreta-se essa questão da decisão como uma fragilidade.

---

<sup>71</sup> Como mencionado no capítulo de metodologia, a ADI 5942 ainda não transitou em julgado. O Partido dos Trabalhadores interpôs embargos de declaração alegando contradição no tratamento desta matéria pelo voto condutor, isto é, do ministro Luiz Fux. Assim, formulam pedido para julgar a ADI procedente no que diz respeito à inconstitucionalidade do art. 1º, §7º do Decreto 9.355/2018. O STF ainda não proferiu decisão a respeito dos embargos.

Inferre-se que essa questão não tenha sido enfrentada de forma central nos votos da maioria dos ministros porque não guarda relação direta com o procedimento de cessão, objeto principal do decreto impugnado. Entretanto, considera-se que a dispensa de licitação para contratação por consórcios operados pela Petrobras é uma questão relevante, que foi apontada na petição inicial como incompatível com a Lei das Estatais. Então, o fato dos ministros não terem enfrentado a questão de forma específica revela que, apesar de ser considerada constitucional na decisão do Tribunal, não recebeu uma resposta jurídica específica.

Outro aspecto que revela fragilidade da decisão é a questão da admissibilidade da ação. Foi suscitada a inadmissibilidade da ação pela Advocacia-Geral da República, porque o requerente buscava a impugnação de um decreto, isto é, ato normativo secundário. Como apontado na "Tabela 2", encontrada no item 4.1 da presente monografia, a corte se manifestou da seguinte forma: três ministros se posicionaram pela inadmissibilidade da ADI; dois ministros entenderam que a ADI não seria admissível, mas admitiram-na pela relevância da matéria; dois ministros entenderam que seria hipótese de admissibilidade; e quatro ministros não se posicionaram sobre esse tema.

Primeiramente, nota-se que houve relevante divergência entre os sete ministros que se posicionaram quanto à questão da admissibilidade da ação: foram estabelecidas três linhas argumentativas distintas. Nesse sentido, causa surpresa que quatro dos onze ministros da Corte não enfrentaram esse controvertido assunto em seus votos.

Ainda, chama a atenção a posição dos dois ministros que admitiram a ação pela relevância da matéria, mesmo entendendo que seria hipótese de inadmissibilidade. Como os próprios ministros argumentam, houve reivindicação da "tecnicidade" em favor da segurança jurídica, que seria gerada pelo julgamento do objeto da ação. Entretanto, essa apreciação carece de embasamento jurídico, visto que não traz à colação dispositivo normativo ou precedente para sustentar a posição.

A ADI foi admitida pelo Tribunal, porém sem que quatro ministros enfrentassem a questão (o que significa mais de 30% dos ministros), e sem

que dois dos quatro ministros que se posicionaram pela admissibilidade (ou seja, 50% dos ministros que votaram pela admissibilidade) utilizassem fundamentação jurídica para sustentar seu posicionamento. Logo, embora a admissibilidade não se trate de uma questão central de mérito, essa matéria aponta para uma fragilidade do STF com relação a uma questão processual na ADI 5942.

Além disso, cabe uma reflexão acerca do enfrentamento do dever de licitar das empresas estatais no acórdão. Inicialmente, o tema que se buscava estudar na presente monografia era justamente o dever de licitar das empresas estatais à luz da Lei nº 13.303/2016, como foi trazido no capítulo introdutório do trabalho. A partir da análise da decisão, reconhece-se que essa questão, apesar de não ter sido a principal enfrentada, foi subjacente ao debate travado entre os ministros no Tribunal.

A questão central enfrentada era definir se o procedimento especial previsto no Decreto nº 9.355/2018 era constitucional. Para definir essa questão, três frentes centrais foram desenvolvidas. A primeira refere-se a determinação de que as previsões contidas no decreto respeitavam o poder regulamentar do Presidente da República. A esse respeito, foi entendido que o decreto impugnado regulamenta as previsões contidas nas Leis do Petróleo e de Partilha, ou seja, há previsão legal que excepciona a regra geral de exigência de licitação, o que é constitucional conforme o art. 37, XXI.

A segunda frente diz respeito ao enquadramento do regime jurídico da Petrobras enquanto de direito privado, e da contextualização das condições de mercado e do procedimento de cessão dentro do regime competitivo. Nesse ponto, discutiu-se o tipo de operação que a empresa estatal deve submeter a procedimento licitatório, e o óbice que a licitação representa para a concorrência no caso de cessão de direitos.

A terceira frente discutiu se o procedimento especial previsto pelo Decreto 9.355/2018 garantia a efetivação dos princípios constitucionais da Administração Pública. Nesse aspecto, houve posição que indicava que apenas o procedimento licitatório era compatível com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Por outro

lado, o entendimento majoritário indicou que o procedimento especial que versa o decreto é aderente aos princípios constitucionais.

Logo, os três pontos enfrentaram a questão do dever de licitar, o que levou ao entendimento do STF de que é constitucional o procedimento especial para cessão de direitos, ou seja, não é necessário que haja certame licitatório para a cessão pela Petrobras. Ainda, a partir da fundamentação desenvolvida na decisão, nota-se considerável diálogo com o debate doutrinário – esse que foi exposto no capítulo introdutório da presente monografia.

Entretanto, questiona-se se o debate travado na Corte se ateve à questão central impugnada na ADI 5942. A ministra Cármen Lúcia identificou que o objeto da ação seria analisar a constitucionalidade do Decreto 9.355/2018, tendo como foco o exame da competência regulamentar do Presidente da República. Por outro lado, ministros como Alexandre de Moraes e Edson Fachin reconheceram que o objeto da ação era definir sobre a aplicabilidade do regime licitatório às contratações feitas por uma sociedade de economia mista, a Petrobras. Nesse sentido, parece haver um embate acerca da questão central atacada nos votos dos ministros, diante de uma ação que visava impugnar um decreto, ato normativo secundário.

Tal observação relaciona-se diretamente com o fato de que nem todos os ministros se posicionaram acerca de todas as perguntas de pesquisa. A coluna “não se manifestou a respeito” nas tabelas 3, 4 e 5 imprimem que há vários votos que não atacam todas as perguntas de pesquisa. Essa constatação aponta, não apenas para o embate da questão central atacada na ação, mas também para a observação de que alguns votos carecem de fundamentação – seja por não enfrentar questões centrais, seja por elaborar seu voto em declarações genéricas sem amparo legal ou jurídico.

Por fim, o trabalho levanta a hipótese que o posicionamento do STF é no sentido de que estatais exploradoras de atividade econômica no desenvolvimento de sua atividade-fim, isto é, na realização de seu objeto social, não se sujeitam ao dever geral de licitar disposto no art. 37, XXI da Constituição. Tal hipótese foi levantada a partir da análise dos votos dos

ministros na ADI 5942 desenvolvida no presente estudo de caso. Por isso, não é possível universalizar o entendimento do Tribunal, muito menos afirmar que em ações futuramente enfrentadas pela Corte a decisão será nesta direção.

Essa hipótese foi extraída de um caso de grande particularidade: uma ação que decidiu pela constitucionalidade do Decreto 9.355/2018 que versa sobre o procedimento de cessão de direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos pela Petrobras. Ou seja, se trata de um decreto que prevê um procedimento especial para um tipo de operação realizada por uma sociedade de economia mista específica. Desse modo, a particularidade do caso aqui analisado não permite uma aplicação tão simples ou fácil para outros casos.

Além disso, o julgamento do acórdão foi concluído em setembro de 2020, momento em que a composição da Corte Constitucional era distinta da composição do momento em que conclui-se este trabalho (novembro de 2022).

Por último, sugere-se que futuros trabalhos – caso possuam interesse no tema aqui desenvolvido – tenham como objeto investigar a hipótese apresentada a partir do estudo das ADIs 5624, 5841 e 3596, que aguardam julgamento. As três ações possuem estreita relação com o objeto da ADI 5942. A ADI 3596, que aguarda julgamento desde 2007, tem por objeto o art. 29 da Lei 9.478/1997, de maneira que trata de autorização legislativa para transferência de contrato de concessão. As ADIs 5624 e 5841, por sua vez, foram julgadas em sede de cautelar pelo Plenário, e tratam da necessidade de procedimento licitatório para alienação de controle acionário de empresa estatal, e de empresa subsidiárias e de controladas de empresa pública e sociedade de economia mista. A partir dessas ações, é possível fazer novos estudos de caso, a fim de aprofundar na compreensão do posicionamento da corte acerca do dever de licitar das empresas estatais. Ainda, é possível que seja desenvolvido um estudo comparativo entre as ações e os casos por ela tratados.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas estatais**: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 496 p.

ARAÚJO, A. J. B. O Estatuto das Estatais (Lei 13.303/2016) e a inaplicabilidade do regime licitatório nas atividades-fim desempenhadas pelas empresas estatais que exploram atividade econômica. **Revista dos Tribunais**. v. 973/2016, p. 97 - 161, nov./2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>.

BRASIL. Decreto nº 9.355, de 25 de abril de 2018. 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. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 abr. 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/d9355.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9355.htm)>.

BRASIL. Lei nº 12.351/2010, de 22 de dez. de 2010. Dispõe 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; cria o Fundo Social - FS e dispõe sobre sua estrutura e fontes de recursos; altera dispositivos da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 dez. 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12351.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12351.htm)>

BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre 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. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 jun. 2016. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm)>

BRASIL. Lei nº 9.478/1997, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6 ago. 1997. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9478.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm)>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.942, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 13 de out. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5459537>>.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Curso de Processo Constitucional - Controle de Constitucionalidade e Remédios Constitucionais, 4ª edição: Grupo GEN, 2016. E-book. ISBN 9788597006056. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597006056/>.

JOTA. **Inaplicabilidade de licitação nas empresas estatais**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/inaplicabilidade-de-licitacao-nas-empresas-estatais-17082017>>.

JOTA. **Lei das Estatais e uma nova etapa de suas funções**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lei-das-estatais-e-uma-nova-etapa-de-suas-funcoes-28042017>>.

MACHADO, Máira Rocha. O estudo de caso na pesquisa em direito in MACHADO, Máira Rocha (Org). Pesquisar empiricamente o direito. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. 428 p.

SUNDFELD, Carlos Ari. O Dever de Licitar nas Empresas Estatais in SUNDFELD, Carlos Ari. Pareceres, vol. III. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 75-82.

SUNDFELD, C. A.; SOUZA, R. P. de. Licitação nas Estatais: Levando a Natureza Empresarial a Sério. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 245, p. 13-30, 2007. DOI: 10.12660/rda.v245.2007.42118. Disponível em:

<<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42118>>.