

HORA FICTA LEGAL

Recurso 08051635920204058500
Tribunal TRF5
Relator Desembargador Federal Paulo Roberto De Oliveira Lima
Julgado em 04/12/2023

PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. PETROBRAS. ALIENAÇÃO DO POLO CARMOPOLIS.

RESUMO

Ação popular contra alienação do Polo Carmópolis pela Petrobras sem licitação. O tribunal confirmou a legitimidade passiva do banco e da Petrobras, reconhecendo que a venda de subsidiária exige licitação ou competitividade conforme decisão do STF na ADI 5624, e rejeitou argumentos de que não houve violação aos princípios constitucionais da administração pública.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. PETROBRAS. ALIENAÇÃO DO POLO CARMOPOLIS. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO BANCO. ADI Nº 5624. DESNECESSIDADE DE SUBSUNÇÃO ÀS REGRAS DA LEI Nº 8.666/1993. PREÇO VIL. INOCORRÊNCIA. FAIRNESS OPINION. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INOCORRÊNCIA.

1. Apela o BANCO J. P. MORGAN S.A. e os autores, de sentença que julgou improcedente os pedidos por estes formulados em ação popular, na qual objetivam: Declarar a nulidade do processo de VENDA SEM LICITAÇÃO e SEM AS OBSERVÂNCIAS DOS PRINCÍPIOS DO ARTIGO 37 DA CF/88, do POLO CARMÓPOLIS; condenar os Réus PETROBRÁS e ANP a se absterem de promover qualquer forma de ALIENAÇÃO POLO CARMÓPOLIS sem a realização de procedimento licitatório; condenar os requeridos e demais beneficiários dos atos ora impugnados na indenização dos prejuízos causados ao erário público, conforme se apurar em liquidação de sentença
2. É de ser rejeitada preliminar de cerceamento de direito de defesa, levantada pelos autores, uma vez que, como restou consignado na sentença, a análise da contenda se restringiu ao procedimento adotado pela Petrobras, não se imiscuindo em decisões empresariais, referentes à venda ou ao objeto da venda, permitindo o julgamento antecipado da lide. Demais disso, ao juiz é dado não produzir provas que entenda ser inúteis e desnecessárias para o deslinde da controvérsia;
3. Analisando detidamente os autos, entende-se que a sentença não merece qualquer reparo, de modo que, pactuando com seus fundamentos, adotam-se os mesmos como razões de decidir o mérito da contenda:

(...)

Da preliminar de ilegitimidade passiva dos réus Roberto da Cunha Castello Branco e BANCO J. P. MORGAN S. A.

Reconheço a legitimidade passiva dos respectivos réus, tendo em vista que, tratando-se de Ação Popular, necessário o litisconsórcio passivo do gestor e das pessoas jurídicas, quando tem efetiva participação para a

realização do ato que se pretende anular, ou quando também dele se beneficia.

(...)

Passo à análise do mérito.

Inicialmente, destaco que este Juízo não se imiscuirá em decisões empresariais, referentes à venda ou ao objeto da venda. Analisará, tão somente, o procedimento adotado pela Petrobras, nos limites propostos na exordial.

No tópico VI da inicial o autor delimita a controvérsia dos autos, assim denominando:

VI — DA CONTROVÉRSIA: AS ALIENAÇÕES DEVEM SER PRECEDIDAS DE LICITAÇÃO SOB PENA DE NULIDADE POR VIOLAÇÃO FRONTAL E DIRETA DA CONSTITUIÇÃO, DA LEI E DOS PRINCÍPIOS REGENTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Não havendo necessidade de produção de outras provas, julgo antecipadamente a lide, nos termos do art. 355, I, do CPC/15.

Pois bem. O STF, na ADI 5624, de Relatoria do Min. Lewandowisk, conferiu interpretação conforme a Constituição ao art. 29, caput, XVIII, da Lei 13.303/2016, cuja ementa transcrevo:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONCESSÃO PARCIAL MONOCRÁTICA. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. ART. 29, CAPUT, DA LEI 13.303/2016. VENDA DE AÇÕES. ALIENAÇÃO DO CONTROLE ACIONÁRIO DE EMPRESAS PÚBLICAS, SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA OU DE SUAS SUBSIDIÁRIAS E CONTROLADAS. NECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA E DE LICITAÇÃO. VOTO MÉDIO. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE PELO PLENÁRIO.

I — A alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista exige autorização legislativa e licitação pública.

II — A transferência do controle de subsidiárias e controladas não exige a anuência do Poder Legislativo e poderá ser operacionalizada sem processo de licitação pública, desde que garantida a competitividade entre os potenciais interessados e observados os princípios da administração pública constantes do art. 37 da Constituição da República. (destaquei)

III — Medida cautelar parcialmente referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

O eminente Relator concedeu medida cautelar, ad referendum do Plenário, referendada posteriormente, sob os termos que seguem:

[...]

Entendi também necessária a concessão da medida cautelar, ad referendum do Plenário, para fixar a interpretação conforme a Constituição ao dispositivo acima mencionado, segundo a qual a dispensa de licitação só pode ser aplicada à venda de ações que não importem a perda de controle acionário de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas.

Isso porque convém emprestar relevo à linha argumentativa segundo a qual a Constituição não autorizaria a alienação direta de controle acionário de empresas estatais, uma vez que a Lei 9.491/1997 (art.4º, I e § 3º), ainda vigente, exige, nos procedimentos de desestatizações, que a "alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, preferencialmente mediante a pulverização de ações" dar-se-á por meio de licitação, a qual "poderá ser realizada na modalidade de leilão".

[...]

Nesse sentido, permitir a venda direta de ações, em montante suficiente a perder o controle societário de empresa estatal, de maneira a impossibilitar a concorrência pública, poderia atentar contra o texto constitucional, o qual consigna que as alienações serão realizadas "mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes" (art. 37, XXI).

O acórdão, publicado em 29/11/2019, foi no sentido de referendar, em parte, a medida cautelar anteriormente concedida pelo Ministro Relator, conferindo ao art. 29, caput, inc. XVIII, da Lei nº 13.303/2016 interpretação conforme a Constituição Federal, nos seguintes termos: i) a alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista exige autorização legislativa e licitação; e ii) a exigência de autorização legislativa, todavia, não se aplica à alienação do controle de suas subsidiárias e controladas. Nesse caso, a operação pode ser realizada sem a necessidade de licitação, desde que siga procedimentos que observem os princípios da administração pública inscritos no art. 37 da Constituição, respeitada, sempre, a exigência de necessária competitividade.

No que se relaciona à contenda posta pelos autores, cito trechos dos votos proferido por alguns Ministros que justificaram a prescindibilidade de licitação, em expressa divergência ao defendido pelo Relator:

Voto do Min. Alexandre de Moraes:

III) QUESTÃO DA OBRIGATORIEDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO:

A posição secundária e subsidiária do estado na ordem econômica reforçada pela EC 19/1998 estabeleceu, no § 1º do artigo 173 diferentemente de sua redação original, o condicionamento da atuação das empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços a específico "estatuto jurídico" editado pelo Congresso Nacional, por meio de lei ordinária e com o imperativo constitucional de sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, estabelecendo, igualmente, como regra, nos termos da Constituição Federal, a exigência de licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da Administração Pública.

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

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

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

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

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

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

O legislador constituinte, com a finalidade de preservação dos princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade, probidade e da própria iletividade do patrimônio público, determinou, na referida norma constitucional, a regra da obrigatoriedade da licitação.

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

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

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

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

Ora, se a Constituição exige como regra a licitação e, excepcionalmente, admite que a lei defina os casos em que esta poderá ser afastada, claro está que o legislador constituinte propugnou na norma constitucional uma interpretação absolutamente restrita e taxativa das hipóteses infraconstitucionais de dispensa e inexigibilidade do certame licitatório, em respeito ao caráter finalístico da norma constitucional.

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

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

O objetivo colimado pela Constituição Federal está na previsão de que a regra geral é a da obrigatoriedade de se realizar o procedimento licitatório.

No entanto, o próprio dispositivo constitucional que estatui essa obrigatoriedade (art. 37, inc. XXI, anteriormente citado) reconhece a existência de exceções à regra de licitar ao efetuar a ressalva dos casos especificados na legislação.

Dessa maneira, o legislador constituinte, ao fazer essa ressalva, admitiu a possibilidade de existirem casos em que a licitação poderá deixar de ser realizada, autorizando, assim, a Administração Pública a celebrar contratações diretas. Tais situações, contudo, configuram exceções à regra geral, sendo as hipóteses de dispensa e inexigibilidade.

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

Art.

29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista: XVIII - na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem.

A ratio desse dispositivo decorre diretamente das alterações realizadas pela EC 19/98, que realçou a isonomia de tratamento existente entre empresas privadas e empresas públicas, sociedade de economia mista e suas subsidiárias, mesmo em relação a estas quando explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços, com a finalidade de evitar que a intervenção estatal na ordem econômica gerasse inadmissível concorrência desleal do Estado em relação ao particular, permitindo, ainda, que o regime jurídico próprio das empresas privadas possibilitasse maior eficiência gerencial às sociedades de economia mista e suas subsidiárias.

Exatamente nesse sentido, conforme já decidido por esta CORTE, "as sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no § 1º do art. 173 da Constituição do Brasil, ao regime jurídico próprio das empresas privadas" (ADI 1.642, Rel. Min. EROS GRAU, j. em 3/ 4/2008, Plenário, Dje de 19/9/2008).

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

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

Observe-se, ainda, que o Decreto 9.188/2017 regulamentou a Lei 13.303/2016, em relação às sociedades de economia mista, e estabeleceu criterioso modelo para as operações de desinvestimento, em consonância com o determinado pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão nº442/2017-TCU-Plenário), incorporando padrões de governança, transparência e boas práticas.

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

O desinvestimento não se confunde com desestatização, pois nessa última hipótese, regulamentada pelas Leis 8.031/1990 e 9.491/1997, o Poder Público pretende afastar-se da intervenção econômica estatal em determinada área setorial, enquanto na primeira não haverá nenhuma alteração em relação à intervenção econômica estatal, que permanecerá, porém, buscando uma readequação empresarial para melhor poder cumprir suas finalidades, seja por meio de alteração de portfólios de investimentos da Empresa-mãe, seja por meio de liquidação total ou parcial de parcerias com subsidiárias ou empresas privadas.

Por exemplo, no caso da PETROBRAS, os procedimentos de desinvestimento em momento algum apontam para o encerramento de suas atividades ou para qualquer possibilidade de perda do controle acionário do Estado.

Em conclusão:

(a) O inciso XIX do artigo 37 da Constituição Federal exige autorização legislativa específica para criação de Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e Fundações (Empresas-mães), na forma de "lei formal específica", bem como para permitir a cessão ou alienação de seu controle acionário.

(b) O inciso XX do artigo 37 da Constituição Federal exige autorização legislativa genérica, que, inclusive, pode ser concedida na própria lei específica que autorizou a criação da "Empresa-mãe", para a criação de subsidiárias; porém não há necessidade de qualquer autorização legislativa para a cessão ou alienação de suas ações, inclusive no tocante ao controle acionário.

A hipótese de dispensa licitatória prevista no inciso XVIII do artigo 29 da Lei 13.303/2016 é constitucional e

compatível com os artigos 37, inciso XXI, e 173, §1º, inciso III, da Constituição Federal. (destaquei)

Voto do Min. Luiz Roberto Barroso:

[...]

E por fim, Presidente, quanto ao segundo tópico, a questão da legitimidade da dispensa de licitação, acredito que existe um certo fetiche dessa malsinada Lei nº 8.666, para se supor que tudo, para ser legítimo, tenha que seguir os ritos dela. Vejam os eminentes Colegas o que diz o art. 29, inc. XVIII, da Lei das Estatais, que é, em última análise, o dispositivo em questão aqui. Diz ele textualmente:

"Art.

29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista: (...)XVIII - na compra e venda de ações (...)"

Não há nenhuma dúvida de que a lei pode dispensar a realização de licitação. A própria Lei nº 8.666 tem um longo dispositivo que dispensa a licitação num conjunto grande de situações e a própria Constituição, no inc. XXI do art. 37, diz:

"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 (...)"

A Constituição diz: "ressalvados os casos especificados na legislação". Veio a legislação e especificou um caso para dizer que ali não era preciso. Portanto, a lei, claramente, poderia ter dispensado a licitação.

Porém, compreendo que, no fundo, no fundo, não se trata de dispensa de licitação aqui, e, sim, de dispensa do procedimento da Lei nº 8.666. Mas há um procedimento competitivo, sofisticado, com muitas etapas definidas em decreto, que foi seguido no processo de alienação da TAG. Então, o que a Constituição deseja é que se respeitem princípios como o da moralidade e da impessoalidade, que se faça um certame competitivo em que todos os que preencham os requisitos mínimos possam competir, e que a Administração seja capaz de fazer a melhor escolha de contrato para si. Penso que é um equívoco supor que há um modelo carimbado único de melhor forma de realização desse certame competitivo.

Observei, aqui, que as alienações - esta específica da TAG e as que estão previstas nessa lei - seguem um procedimento competitivo de alienação minudentemente regulado pelo Decreto nº 9.188/2017, com criteriosas etapas mais consentâneas com alienação de ações de uma empresa. Porque vender tais ações é diferente de contratar uma obra ou de vender um imóvel. A dinâmica da alienação de uma empresa é completamente distinta do processo de se contratar obras, fornecedores ou venda de um imóvel. Inclusive, para preservar segredos de mercado, para evitar a concorrência e a concentração de mercados, existem cogitações que não são apenas de ordem financeira em uma licitação dessa natureza.

E verifiquei, Presidente, do material apresentado pela Petrobras, de indagações que eu mesmo formulei, que, após o anúncio público da venda da TAG, apareceram 87 empresas interessadas na aquisição. Dessas empresas que obtiveram as informações, 28 apresentaram propostas preliminares. E, depois, 3 grandes

consórcios fizeram propostas finais, tendo vencido a proposta de R\$ 8,6 bilhões, que era, embora não houvesse um preço mínimo especificado, superior à avaliação interna de R\$ 7,5 bilhões.

Portanto, considero que houve uma competição, que se realizou a melhor contratação que o mercado ofereceu no momento da venda. Logo, ainda que não se tenha seguido à risca a Lei nº 8.666, a minha posição é a de que houve um certame competitivo, baseado em uma exceção prevista em lei e regulamentado de maneira satisfatória por um decreto.

De modo, Presidente, que, pedindo vênias e reconhecendo que há diferentes pontos de observação de uma questão como esta, eu termino meu voto - não é uma proposta de tese, mas gosto sempre de concluir com proposições objetivas, são as duas seguintes:

1 - A alienação do controle acionário de empresas subsidiárias de empresas públicas e sociedades de economia mista não exige autorização legislativa. 2 - Essas operações podem ser realizadas com dispensa de licitação, desde que sigam procedimento que propicie a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração e assegure a competitividade entre potenciais interessados.

2 - Essas operações podem ser realizadas com dispensa de licitação, desde que sigam procedimento que propicie a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração e assegure a competitividade entre potenciais interessados.

Na decisão, o Ministro Ricardo Lewandowski, ao interpretar o art. 29, XVIII - eu a respeito e até considero legítima, só divirjo da solução -, na verdade, não é propriamente uma interpretação conforme a Constituição, porque o dispositivo, como eu li, diz assim: "é dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista na compra e venda de ações".

Quando Sua Excelência exclui a incidência deste dispositivo na hipótese de alienação de controle, não é propriamente uma interpretação conforme a Constituição, é uma decisão manipulativa aditiva.

É o acréscimo de algo que aqui não estava, não é a exclusão de algo que aqui já estava. É o acréscimo de algo que aqui não estava, o que eu acho que é legítimo, em certos casos, mas, neste, estou divergindo.

De modo, Presidente, que estou julgando improcedente o pedido, pedindo todas as vênias ao Ministro Lewandowski e ao Ministro Fachin, cujas argumentações ouvi com interesse e cujo mérito não desmereço, mas que não correspondem à minha convicção.

Voto do Min. Dias Toffoli:

[...]

A Petrobras aduz que suas operações de alienação de participações societárias não estão abrangidas pelo Plano Nacional de Desestatização (PNS), previsto na Lei nº 9.491/97, porque se sujeita a regramento específico, a Lei nº 9.478/97.

[...]

Segundo a Petrobras, a Lei nº 13.303/16 não autoriza de forma irrestrita a negociação direta com terceiros, porquanto o Decreto nº 9.188/17, que o regulamenta, estabelece procedimento competitivo próprio, que

assegura a competitividade necessária e garante o resultado mais vantajoso, sendo consentâneo, ainda, com o regime de mercado no qual a Petrobras está inserida.

Ressalte-se que tal flexibilidade é indispensável para assegurar uma posição de competitividade e minimizar os riscos inerentes a essas sofisticadas atividades, bem como para viabilizar eficiência nas tratativas por meio da redução dos entraves burocráticos para a obtenção do melhor retorno econômico para a sociedade de economia mista.

O procedimento atende aos princípios constitucionais inerentes à administração pública, em especial a publicidade e a transparência. A título de exemplo, cito o disposto no art. 7º do Decreto 9.188/17, in verbis:

"o procedimento competitivo de alienação observará os princípios da publicidade e da transparência, que possibilitarão a fiscalização, a conformidade e o controle dos atos praticados pela sociedade de economia mista".

[...]

Contudo, a dispensa de licitação não permite a alienação a terceiros sem critérios, devendo-se observar os princípios da administração pública inscritos no art. 37 da Constituição, respeitando-se, sempre, a exigência de necessária competitividade.

Nesse sentido, adiro à tese levantada pelo Ministro Gilmar Mendes, no sentido de conferir interpretação conforme ao inciso XVIII do art. 29da Lei nº 13.303/16, a fim de se exigir a observância dos princípios inerentes à administração pública, previstos no art. 37, caput, da CF, e dos princípios constitucionais da licitação, em especial o da competitividade.

[...]

Assim, é constitucional o procedimento competitivo próprio estabelecido na Lei nº 13.303/16 e regulamentado pelo Decreto 9.188/17, desde que observados os princípios do art. 37 da Constituição da República e a competitividade necessária.

No caso, além da ausência de plausibilidade jurídica do direito posto em debate, há o risco de dano inverso, causado pelo deferimento da medida cautelar. Isso porque a situação econômico-financeira da Petrobras é delicada, conforme destacado pela estatal, no sentido de que o desfazimento das operações de alienação pode causar prejuízos incalculáveis, conforme se destaca do seguinte excerto:

"A respeito do programa de desinvestimentos da PETROBRAS, vale mencionar ainda que a situação financeira da PETROBRAS era extremamente crítica no ano de 2015, quando a Companhia era a empresa de óleo e gás que detinha a maior dívida corporativa do mundo.

Nesta ocasião, intensificaram-se os esforços despendidos no Programa de Parcerias e Desinvestimentos da PETROBRAS, que se demonstrou crucial para catalisar o alcance da meta de redução de endividamento e recuperação financeira da companhia.

O Programa de Desinvestimentos da PETROBRAS tornou-se assim uma das alavancas do Plano Estratégico e de Negócio se Gestão da Companhia para o período de 2017 a 2021 e foi notoriamente determinante para a sua recuperação financeira e para a viabilização de investimentos futuros. Reduzir a

dívida significa pagar menos juros e, por conseguinte, possibilitar o aumento da capacidade de investimento da empresa.

Destaque-se que a PETROBRAS atualmente tem como um de seus principais objetivos a gestão ativa de seu portfólio de investimentos, o que significa manter os esforços para a continuidade de redução da dívida - ainda em patamares bastante elevados - bem como concentrar o foco de sua atuação naqueles ativos que representam sua vocação empresarial e que geram maior rentabilidade para a companhia, alienando, total ou parcialmente, aqueles que não se alinham a estas diretrizes. Para o quinquênio 2019-2023, a meta é alcançar o valor de US\$ 26 bilhões em operações de parcerias e desinvestimentos. Entre 2015 e 2018, a PETROBRAS executou 19 operações de venda de participações ou de cessão de ativos, somando US\$ 20,6 bilhões, sendo que o desfazimento dessas operações pode fazer retornar a dívida aos patamares anteriores a 2015, quando os investimentos em novas fronteiras petrolíferas ficaram severamente comprometidos, comprometendo não só a recuperação da empresa, como a recuperação fiscal do Estado Brasileiro" (doc. 138 da ADI 5624). (destaquei)

[...]

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

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

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

Cumprе ressaltar ainda que o STF, ao analisar a alegada inconstitucionalidade do Decreto nº 9.355/2018, em sede da ADI 5942, mais uma vez lançou luz sobre a questão da Sistemática de Desinvestimento da Petrobras. Convém transcrever o voto condutor do acórdão (ainda não transitado em julgado), da Relatoria do Ministro Luiz Fux:

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhor Presidente, eminentes pares, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados, a controvérsia posta em debate cinge-se à possibilidade de a Petrobras estabelecer, por meio do Decreto 9.355/2018, um regime diferenciado de contratação, a par das normas gerais vigentes.

A despeito das singularidades dos normativos objurgados, a questão não é nova. No Recurso Extraordinário 441.280, anterior à edição do Decreto 2.745/98, a Corte iniciou o julgamento da possibilidade de se excepcionar a Lei Geral de Licitações e Contratos no caso concreto; no Mandado de Segurança 28626, discutia-se a obrigatoriedade de submissão às regras da Lei 8.666/93 ou ao Decreto 2.745/98, que instituiu o Regime Simplificado de Contratação; enquanto na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3273 avaliou-se a constitucionalidade de dispositivos da Lei 9.478/97 que permitiam a licitação por procedimento próprio.

O procedimento especial de cessão de direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos pela Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras estabelecido pelo Decreto

9.355/2018, objeto da presente ação, remete expressamente à forma da legislação específica, nomeadamente os artigos 29 e 63 da Lei 9.478/96, assim como o artigo 31 da Lei 12.351/2010, que, portanto, servem-lhe de fundamento legal. Dessa forma, por tratar-se de ato normativo secundário, descabe figurar como objeto de ação direta de inconstitucionalidade.

Em que pese tais dispositivos legais não exigirem norma regulamentadora, servem de fundamento de validade para o decreto ora impugnado, vez que tratam da transferência do contrato de concessão e, especificamente, da cessão de direitos e obrigações relativos ao contrato de partilha de produção. Confira-se, in verbis:

Lei 9.478/96:

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 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.

Lei n. 12.351/2010:

Art.

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

I — preservação do objeto contratual e de suas condições;

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

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

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

14. 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.

Isso não significa, entretanto, que a Lei 13.303/16 deva ser aplicada a qualquer operação da Petrobras, mas à aquisição de bens e serviços pela Petrobras, o que não se confunde com a matéria disciplinada pelo Decreto 9.355/2018, como reconhece a Procuradoria Geral da República.

É que, para além da obrigatoriedade de licitar inscrita no artigo 37, XXI, e, especialmente em relação às estatais, no artigo 173, §1º, da CRFB, as operações da Petrobras encontram fundamento constitucional no artigo 177, cujo parágrafo primeiro permite que a União celebre diversos contratos específicos "observadas as condições estabelecidas em lei". Lista dentre os temas cuja contratação será disciplina na lei (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; e (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.

A lei de que trata o dispositivo é justamente a Lei 9.478/96, que, no mencionado artigo 29, permitiu "a transferência do contrato de concessão, preservando-se seu objeto e as condições contratuais" sem exigir o procedimento licitatório. Assim sendo, ao afastar a necessidade de licitação quanto às operações de cessão de direitos de exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, o decreto não instituiu hipóteses de dispensa de procedimento licitatório.

Nesses casos, já não havia obrigatoriedade de observância do procedimento licitatório disposto na Lei 13.303/16 e muito menos na Lei 8.666/93, porquanto a Constituição delegou a determinação à lei específica, que não exigiu. Diante da escolha legítima do legislador, dadas as especificidades desse tipo de operação, não há que se falar em inovação por decreto ou violação à separação de poderes, afastando as alegações de violação aos artigos 2º, 5º, II, 48, V, e 84, IV, da CRFB.

Importa, então, analisar os termos controvertidos do decreto, a fim de avaliar eventuais excessos ou abuso de poder, bem como violação aos princípios da moralidade, da impessoalidade e da eficiência:

Art. 1º Este Decreto estabelece o procedimento especial de cessão de direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos pela Petrobras

Brasileiro S.A. - Petrobras, na forma estabelecida no art. 29, no art. 61, caput e §1º, e no art. 63 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, e no art. 31 da Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010.

§ 2º A assunção de direitos e a formação de consórcios com empresas, nacionais ou estrangeiras, na condição ou não de empresa líder, incluída a participação em licitações para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, permanecerão regidas pelo regime próprio das empresas privadas em caráter de livre competição, e não ficarão sujeitas ao procedimento especial de que trata este Decreto.

No artigo 1º, § 2º, do Decreto 9.355/2018, explicitou-se que o ato impugnado não incide sobre algumas operações societárias típicas da indústria petrolífera, tais como assunção de direitos e a formação de consórcios, porquanto essas já estão reguladas pelo regime próprio da iniciativa privada.

Já no que se refere ao tratamento das operações de cessão de direitos de exploração, a Constituição Federal admitiu expressamente a possibilidade da cessão, total ou parcial, das concessões de exploração de jazidas.

Conforme dispõe o art. 176, §3º, "a autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente." Ficam vedadas apenas as transferências que não contem com prévia anuência do poder concedente, como nos termos da Lei 9.478/96. Nesse sentido, destaca Alexandre Aragão:

"Deste modo, vencida uma licitação visando a concessão de exploração, os direitos dela decorrentes são, inclusive por força constitucional, sempre divisíveis e cessionáveis, no todo ou em parte, porque o concessionário não é proprietário do bloco, não é usufrutuário do bloco, mas apenas e tão somente titular do feixe de direitos de explorá-lo, direitos esses que são o objeto próprio do contrato de concessão. A concessão é uma legitimação para exercício de atividade, o que se denomina de norma atributiva, por oposição à norma proibitiva (de ser proprietário, diretamente, da jazida)". (ARAGÃO, Alexandre Santos de. O contrato de concessão de exploração de petróleo e gás. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV, nº 239, jan./mar. 2005, pp. 433-436.)

A doutrina aponta, ainda, que a cessão de direitos teria como objetivo a continuidade de investimentos em exploração e no desenvolvimento de determinado bloco, o que seria indispensável à autossuficiência da indústria do petróleo. É que a cessão direta aumenta a atratividade do negócio que demanda altos investimentos, tanto pela tecnologia necessária para a exploração, quanto para suportar o risco de perdas, a exemplo das perfurações frustradas que não encontram nenhuma amostra de óleo ou a quantidade encontrada não é comercialmente viável para ser produzida.

Destaca-se, ainda, que, como a cessão é prática tradicionalmente aceita na indústria internacional, restringi-la, total ou parcialmente, poderia reduzir a atratividade do setor brasileiro para novos investidores, que poderiam explorar em outros ordenamentos. Além disso, "se uma empresa concessionária resolve compartilhar os riscos de exploração em um dado bloco, se esse compartilhamento não for admitido, o projeto tornar-se-á inviável e a empresa devolverá o bloco para a ANP" (SÁ RIBEIRO, Maria Rosado de; e LIMA, Juliana Cardoso de. A cessão de direitos nos contratos de concessão e a ADIN 3596. In 4º PDPETRO, Campinas. SP. 2007).

Some-se, por fim, que as operações de cessão de concessões/partilhas constituem negócios jurídicos

vinculados à atividade preponderante da Petrobras na exploração de atividade econômica em sentido estrito. Foi como tive a oportunidade de desenvolver densamente no voto vista que proferi no RE 441.280, cujo julgamento ainda não se encerrou. Embora o caso fosse anterior à edição do Estatuto das Estatais e, portanto, do decreto ora questionado, convém transcrever excertos da ementa porquanto de grande pertinência, in verbis:

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. REGIME LICITATÓRIO DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA QUE ATUA EM REGIME DE CONCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DAS NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO QUE SOMENTE SE AFASTA QUANDO O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO COMPROMETER A COMPETITIVIDADE DA EMPRESA. PRESUNÇÃO DE INAPLICABILIDADE QUANDO A LICITAÇÃO COMPREENDER A ATIVIDADE PREPONDERANTE DA EMPRESA OU SEU OBJETO SOCIAL. OBRIGATORIEDADE DE OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...)

4) A PETROBRAS deve observar os princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade, economicidade, publicidade e eficiência em todas as contratações, assim como os princípios da administração pública previstos em diplomas legais.

(...)

6) O procedimento licitatório previsto nas normas gerais para licitações e contratos não é obrigatório quando a realização do certame possa comprometer o caráter concorrencial da empresa estatal, o que se presume apenas nos casos em que o objeto do contrato corresponder ao objeto social ou se inserir na atividade preponderante da empresa.

7) A PETROBRAS na disputa de espaço no mercado com particulares não se desobriga a priori da observância das normas jurídicas aplicáveis à Administração Pública, tanto mais que seu regime não é exclusivamente privado, o que a obriga a se submeter ao controle do Tribunal de Contas, realizar concurso público para a contratação de seus empregados e a realizar licitação para as suas contratações.

8) As atividades desempenhadas pela PETROBRAS podem ser divididas em atividades instrumentais e atividades preponderantes. As primeiras são acessórias em relação ao objeto social da companhia e imprescindíveis para que a PETROBRAS funcione, mercê de exorbitarem do seu core business; vale dizer: do negócio principal executado em conformidade com o seu Estatuto Social. É que, além de refinar e comercializar petróleo, seus derivados e gás natural, que configuram exemplos de sua atividade preponderante, a PETROBRAS também necessita adquirir resmas de papel A4, impressoras, computadores, mesas, cadeiras, elevadores para seus prédios, reformar seus edifícios, contratar pessoas jurídicas para a conservação e limpeza de seus bens e outras atividades que não dizem respeito ao núcleo de negócios da companhia.

(...)

10) A atividade preponderante é aquela diretamente relacionada ao objeto social da PETROBRAS e que afeta imediatamente o negócio principal da sociedade, por isso que reclama acompanhar a agilidade e fluidez do mercado competidor.

(...)

12) A inexigibilidade de a PETROBRAS promover certame licitatório no caso dos autos não afasta o dever geral de fiel observância aos princípios gerais previstos na Constituição da República aplicáveis à Administração Pública, especialmente os princípios da moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, bem como de seus corolários, ainda que infraconstitucionais. Deveras, in casu, revelam-se ausentes as provas de que esses princípios foram descumpridos pela Recorrida quando procedeu à contratação de transportadora marítima no período narrado neste processo.

13) O art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 deve ser interpretado de forma a esclarecer que a PETROBRAS se submete aos ditames da Lei 8.666/93, salvo nos casos em que a realização do certame licitatório prejudicar a competitividade da empresa no exercício de sua atividade preponderante.

(...).

Ainda sobre as restrições de aplicabilidade das normas gerais sobre licitação e contratos administrativos à Petrobras, houve profunda manifestação na ADI 3273, em que a Corte mostrou-se deferente ao desenho normativo escolhido pelo poder público. Confira-se os principais excertos da ementa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MONOPÓLIO. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO. PETRÓLEO, GÁS NATURAL E OUTROS HIDROCARBONETOS FLUÍDOS. BENS DE PROPRIEDADE EXCLUSIVA DA UNIÃO. ART. 20, DA CB/88. MONOPÓLIO DA ATIVIDADE DE EXPLORAÇÃO DO PETRÓLEO, DO GÁS NATURAL E DE OUTROS HIDROCARBONETOS FLUÍDOS. ART. 177, I a IV e §§ 1º E 2º, DA CB/88. REGIME DE MONOPÓLIO ESPECÍFICO EM RELAÇÃO AO ART. 176 DA CONSTITUIÇÃO. DISTINÇÃO ENTRE AS PROPRIEDADES A QUE RESPEITAM OS ARTS. 177 E 176, DA CB/88. PETROBRAS. SUJEIÇÃO AO REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS PRIVADAS [ART. 173, § 1º, II, DA CB/88]. EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ART. 26, § 3º, DA LEI N. 9.478/97. MATÉRIA DE LEI FEDERAL. ART. 60, CAPUT, DA LEI N. 9.478/97. CONSTITUCIONALIDADE. COMERCIALIZAÇÃO ADMINISTRADA POR AUTARQUIA FEDERAL [ANP]. EXPORTAÇÃO AUTORIZADA SOMENTE SE OBSERVADAS AS POLÍTICAS DO CNPE, APROVADAS PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA [ART. 84, II, DA CB/88].

(...) 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. 37, XXI, da CB/88], as contratações previstas no § 1º do art. 177 da Constituição do Brasil.

15. O art. 26, § 3º, da Lei n. 9.478/97, dá regulação ao chamado silêncio da Administração. Matéria infraconstitucional, sem ofensa direta à Constituição.

16. Os preceitos dos arts. 28, I e III; 43, parágrafo único; e 51, parágrafo único, da Lei n. 9.478/98 são próprios às contratações de que se cuida, admitidas expressamente pelo § 2º do art. 177 da CB.

17. A opção pelo tipo de contrato a ser celebrado com as empresas que vierem a atuar no mercado petrolífero não cabe ao Poder Judiciário: este não pode se imiscuir em decisões de caráter político. () (ADI 3273, Relator Min. CARLOS BRITTO, Redator p/ Acórdão Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 16/03/2005, DJ 02-03-2007)

A deferência ao desenho normativo escolhido pelo poder público para contratações específicas de empresas que vierem a atuar no mercado petrolífero baseia-se no caráter político e técnico do setor economicamente estratégico.

Mais recentemente, em junho de 2019, o Plenário desta Corte assentou que a autorização legislativa e a realização de prévia licitação pública, exigidas para a alienação do controle acionário de empresas públicas e de sociedades de economia mista, não são necessárias à alienação de subsidiárias e de controladas, desde que observados os princípios constitucionais que regem a Administração Pública e da Ordem Econômica (ADI 5624 MC-Ref, Relator Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2019, DJe 29-11-2019; ADI 5.846 MC, Relator Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2019, DJe 29-11-2019; ADI 6029 MC, Relator Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2019, DJe 29-11-2019; ADI 5924 MC, Relator Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2019, DJe 29-11-2019). Confira-se a ementa representativa, in verbis:

[...]

Ora, se a empresa estatal pode alienar uma empresa subsidiária sem licitação, é razoável que possa se desfazer de seus ativos, via cessão de direitos ou transferência de contrato, desde que não configure alienação do controle e que sejam observados os princípios constitucionais aplicáveis. Não se pode equalizar a inexistência de licitação com a inobservância dos princípios da Administração Pública, máxime porque outras formas de seleção proba, objetiva e eficiente de contratação podem ser cogitadas.

À ocasião do julgamento das ações supra mencionadas, tive oportunidade de reconhecer que a novel legislação visa imprimir nos investimentos e desinvestimentos das empresas estatais - incluindo-se as suas subsidiárias - uma indispensável carga de dinamismo e responsividade às flutuações do mercado, de modo a prestigiar a faceta empresarial das empresas estatais. A empresa estatal controladora, ao alienar ativos - inclusive como forma de se capitalizar ou atrair investimentos em outras áreas de atuação -, não dispõe das finalidades públicas que nortearam a sua própria criação, tampouco se retrai do mercado.

Desinvestimento não se confunde com desestatização, que decorre de juízo político quanto à retração do próprio Estado sobre uma atividade anteriormente exercida de forma direta. Como medida gerencial ínsita ao exercício da atividade econômica pela empresa estatal, o desinvestimento abrange a transferência de ativos e a cessão de direitos, que, como escolhas no sentido de firmar parcerias negociais, deverão ser tomadas nos termos do que estabeleceram os mecanismos de planejamento e de controle interno da sociedade.

Nessa perspectiva, o decreto, na linha das leis ordinárias em que se lastreia, pretendeu prestigiar a faceta empresarial das empresas estatais, a fim de evitar a criação, por via transversa, de desincentivos à atividade negocial ou à aquisição de novas participações, justamente em razão da dificuldade de se desvencilhar, posteriormente, de ativos que não mais se coadunam com seu planejamento institucional. Torna-se válida a referência, neste ponto, à chamada teoria da business judgment rule, enquanto standard de autocontenção judicial no julgamento de escolhas societárias. Como assentado pela Suprema Corte norteamericana, no caso *Aronson vs. Lewis*, há "uma presunção de que, ao tomar uma decisão comercial, os diretores de uma corporação agiram com base em informações, de boa fé e na crença sincera de que a ação tomada era do melhor interesse da empresa" (tradução livre. 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984)).

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. Confira-se a redação do dispositivo cuja constitucionalidade ora se questiona, in verbis:

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.

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.

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 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.

Em síntese, o Decreto 9.355/2018 traz regras bastante específicas da indústria petrolífera - sabidamente internacionalizada, competitiva e nacionalmente estratégica. Em nada se confunde com a contratação de obras, serviços ou produtos, que se submete indiscutivelmente à Lei 13.303/16. Assim, considero prudente cancelar as opções feitas pelo Presidente da República, à luz dos argumentos trazidos pela Petrobras e pela AGU e desenvolvidos acima, ressalvada a aplicação dos princípios da Administração Pública em qualquer caso.

Ex positis, peço vênia ao eminente Ministro Relator, para divergir de Sua Excelência, e julgar IMPROCEDENTE a presente ação direta de inconstitucionalidade.

Pois bem, as manifestações da Suprema Corte sobre a matéria jurídica relativa aos autos dispensa maiores digressões sobre o assunto, sobretudo porque, ainda que de viés, dispôs claramente sobre a Sistemática de Desinvestimento da Petrobras - cujos métodos combatem os autores.

Outrossim, o TRF5 ressaltou no julgamento do AI 0813156-16.2018.4.05.0000:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUSPENSÃO DE LIMINAR. AÇÃO POPULAR. PETROBRAS. POLÍTICA DE DESINVESTIMENTO. PRESENÇA DO RISCO DE GRAVE LESÃO À ORDEM ECONÔMICA. RECURSO PROVIDO. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO.

1. Agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela UNIÃO FEDERAL contra decisão que, em ação popular, deferiu pedido de liminar e determinou a suspensão do procedimento de venda dos campos petrolíferos situados na Costa do Rio Grande do Norte (Ubarana, Cioba, Oeste de Ubarana, Agulha, Pescada e Arabaiana), bem como das instalações industriais que lhes são conexas.

2. Para a antecipação da tutela recursal, exige-se o preenchimento dos mesmos requisitos da tutela provisória requerida em primeiro grau de jurisdição, de modo que, em se tratando de pedido de tutela

provisória de urgência, devem estar presentes dois requisitos básicos: fundamento relevante e risco de ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida (art. 7º, inciso III, da Lei nº 12.106/2009).

3. No que diz respeito ao caso concreto, parece não haver dúvidas de que o processo de desinvestimento em questão (cessão de direitos de exploração dos campos de petróleo situados na Costa do Rio Grande do Norte) teve início já segundo a nova Sistemática de Parcerias e Desinvestimentos da Petrobrás, haja vista que o teaser (Divulgação de Oportunidades de Desinvestimentos), que ordinariamente se elabora na fase inicial do processo de desinvestimento, teve seu conteúdo divulgado ao público em 28/7/2017 (id. 4058500.1614380).

4. Em caso semelhante, a 4ª Turma desta Corte Regional assim se manifestou: "O art. 37, XXI, da Constituição Federal preceitua a necessidade de efetivação de procedimento licitatório para realização de obras, serviços, compras e alienações, porém, expressamente autoriza o legislador a criar exceções, situações em que, por lei, haja dispensa de licitação pública. No particular, a Lei nº 9.478/97, nos artigos. 25 e 29, os quais se aplicam à Petrobrás quando a estatal exerce atividade econômica, visando conciliar a necessidade de preservação do interesse público na continuidade do serviço, com a autonomia patrimonial do concessionário, autoriza - de forma expressa - a cessão de contratos de concessão, independentemente de licitação". (PROCESSO: 08088474920184050000, DESEMBARGADOR FEDERAL EDÍLSON NOBRE, Segunda Turma, Julgamento: 04/12/2018) 5.

Conforme decido por esta Corte em sua composição plenária: "Impedir a política de desinvestimento da PETROBRÁS implica, indireta e necessariamente, obrigar a União a ter que se valer de recursos que seriam aplicados em áreas essenciais para socorrer a empresa da "falência", ou, do contrário, ter que aceitar (a médio ou longo prazo) todas as consequências nefastas à economia do País resultantes da "falência" da PETROBRÁS". Precedentes: PROCESSO: 08082865920174050000, DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT, Pleno, JULGAMENTO: 04/06/2018; PROCESSO: 08018707520174050000, DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT, Pleno, JULGAMENTO: 09/06/2017.

6. Pesa em favor da Petrobrás a presunção de legalidade de sua nova Sistemática de Parcerias e Desinvestimento e, por conseguinte, do processo de desinvestimento em questão, tendo em vista, por um lado, que o Tribunal de Contas da União, no exame aprofundado da matéria, proferiu o Acórdão 442/2017 - Plenário, Rel. Min. José Múcio Monteiro, entendendo ter havido a adequação dessa nova Sistemática às exigências legais e aos princípios que regem a Administração Pública, e por outro, que todos os julgados deste Tribunal entendendo pela ilegalidade dos processos de desinvestimento se basearam na sistemática anterior.

7. Estando assente neste Tribunal que a imposição determinada pela decisão do magistrado de primeiro grau constitui entrave à reestruturação da estatal, causando grave lesão à ordem econômica pública, restam evidenciadas as condições para o provimento recursal.

8. Agravo de instrumento que se dá provimento para, confirmando a liminar recursal deferida, afastar a decisão que determinou a suspensão do procedimento de venda dos campos petrolíferos situados na Costa do Rio Grande do Norte (Ubarana, Cioba, Oeste de Ubarana, Agulha, Pescada e Arabaiana), bem como das instalações industriais que lhes são conexas.

9. Agravo interno prejudicado. (AG 08131561620181050000, Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira, 3ª Turma, 12/04/2019). (g.n.)

Quanto à alegada lesividade pela inobservância do devido procedimento licitatório, há de se notar que "Sobre a necessidade de comprovação de dano em Ação Popular, é possível aferir que a lesividade ao patrimônio público é in re ipsa. Sendo cabível para a proteção da moralidade administrativa, ainda que inexistente o dano material ao patrimônio público, a Lei 4.717/65 estabelece casos de presunção de lesividade, bastando a prova da prática do ato nas hipóteses descritas para considerá-lo nulo de pleno direito" (REsp 1.559.292/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 23/5/2016).

No caso dos autos, contudo, não houve reconhecimento de ilegalidade. Assim, não há que se falar em lesividade presumida.

De outra parte, ainda que os autores sustentem que a lesividade adviria do preço da negociação, o qual seria inferior ao seu valor real, há de se observar que a Petrobras adotou um Programa de Desinvestimento, sob o argumento de reduzir o grau de endividamento da empresa.

Nessa sistemática de desinvestimento, a empresa fixou critérios técnicos, a fim de determinar os ativos a serem desinvestidos e avaliar a economicidade de cada negócio. Para tanto, além de todos os dados e expertise que tem sobre o ativo, a Petrobras vem se utilizando de avaliação profissional de agente financeiro independente (fairness opinions), o qual aquilata, de maneira técnica, se o preço de mercado eventualmente obtido é justo e adequado.

3. DISPOSITIVO

Diante do exposto, afasto as preliminares arguidas e julgo improcedente os pedidos dos autores, extinguindo a presente Ação Popular na forma do art. 487, I, do CPC, c/c art. 332, II, do C."

4. Precedente desta Eg. Corte: PJE 0805662-48.2017.4.05.8500, 3ª Turma, Relator Desembargador Federal Rafael Chalegre do Rêgo Barros, julgado em 11/05/2023;

5. Apelações improvidas.

NC