



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TAMIRIS BAUER VENTURA

**O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO DA PETROBRAS E A  
INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO Nº 2.745/1998**

BRASÍLIA

2015

TAMIRIS BAUER VENTURA

**O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO DA PETROBRAS E A  
INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO Nº 2.745/1998**

Monografia apresentada como requisito parcial  
à obtenção do grau de Bacharel em Direito  
pela Faculdade de Direito da Universidade de  
Brasília - UnB

**Orientador:** Prof. Dr. Márcio Nunes Iorio  
Aranha Oliveira

Brasília  
2015

TAMIRIS BAUER VENTURA

**O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO DA PETROBRAS E A  
INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO Nº 2.745/1998**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito  
pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) e aprovada pela banca  
examinadora composta pelos seguintes professores:

---

Professor Doutor Marcio Nunes Iorio Aranha Oliveira  
Orientador

---

Professor Doutor Lucas Rocha Furtado  
Membro da banca

---

Professor Mestre Adriano Drummond Cançado Trindade  
Membro da banca

---

Professor Doutor Othon de Azevedo Lopes  
Membro suplente da banca

Brasília, 5 de outubro de 2015

A Deus, força sempre constante em minha vida,  
Aos meus pais, razão de tudo,  
Aos meus irmãos, primeiros e eternos amigos,  
Ao André, presente em cada entrelinha.

## AGRADECIMENTOS

Meus primeiros agradecimentos são para aqueles que sempre estiveram ao meu lado, que me apoiaram e que deram o que tinha de melhor para que eu, acima de tudo, alcançasse a felicidade. Pai e mãe, este trabalho tem um bocado de vocês, não fosse todo o suporte que me ofereceram durante todos esse anos, jamais chegaríamos aqui. Meu mais sincero “obrigada” nunca seria suficiente para expressar toda a gratidão que preenche minha mente ao pensar em vocês.

Agradeço aos meus irmãos, Iazsmin e Tarik, de quem eu sinto muita falta no meu cotidiano. Apesar de fisicamente distantes, vocês estiveram aqui comigo todo esse tempo. Obrigada pela paciência que sempre tiveram e pelo carinho que me deram.

À UnB, universidade de beleza única, que me apresentou outros mundos, que engrandeceu meus conceitos, que me transformou nos mais diversos sentidos. Obrigada por ampliar meus horizontes. Levarei para sempre enorme orgulho de ter feito parte de sua história.

Ao meu orientador, Professor Márcio, que sempre se mostrou extramente solícito e paciente para me auxiliar. Obrigada por todas as sugestões, que muito contribuíram para este trabalho, e por toda inspiração.

Aos professores Lucas Rocha Furtado, Adriano D. Cançado Trindade e Othon de Azevedo Lopes pela disponibilidade e pela honra em tê-los nesta banca.

Às irmãs que a UnB me deu: Ana Paula e Fernanda. Obrigada pelo constante companheirismo, pelo amor e pela satisfação de tê-las sempre comigo. À Ana, um exemplo de mulher a ser seguido, que foi minha primeira amiga na UnB e desde o começo me mostrou que juntas somos capazes de alcançar nossos sonhos e delinear um mundo mais belo. À Fernanda, sempre atenciosa e presente, meu obrigada por compartilhar não apenas seu conhecimento comigo, mas também todos os momentos de amizade verdadeira.

À Larissa, responsável por me apresentar o mundo jurídico na prática, que sem dúvidas em muito me influenciou na maneira de pensar e na forma de escrever. Obrigada pelo exemplo de profissional dedicada e perfeccionista que você me deu, sempre a me mostrar que, de fato, o trabalho nos enobrece.

Ao André, exemplo único de determinação, por todo o apoio e carinho durante a elaboração deste trabalho. Sem você este não teria se concretizado da maneira que foi, você é parte disso e sou muito grata. Obrigada pelo exemplo, pelos ensinamentos e por todos os nossos instantes juntos.

*“I am not an advocate for frequent changes in laws and constitutions, but laws and institutions must go hand in hand with the progress of the human mind. As that becomes more developed, more enlightened, as new discoveries are made, new truths discovered and manners and opinions change, with the change of circumstances, institutions must advance also to keep pace with the times.”*

**Thomas Jefferson**

## RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar o procedimento licitatório simplificado utilizado pela Petrobras em batimento com o princípio da legalidade estrita administrativa. Para tanto, em um primeiro momento, será realizado retrospecto histórico do quadro de transformações que a Reforma Gerencial trouxe para o Brasil na década de 90. Nesse contexto, serão examinadas as Emendas Constitucionais nº 9 e nº 19, de 1995 e 1998, as quais, respectivamente, relativizaram o monopólio do petróleo e instituíram a necessidade de um estatuto jurídico próprio para as empresas públicas e as sociedades de economia mista que explorem atividades econômicas. Sobre essas entidades, convém esclarecer, que serão apresentados maiores detalhes acerca do regime jurídico ao qual se submetem, de forma a dar enfoque, principalmente, sobre a temática de licitações e contratações. Em seguida, o caso da Petrobras será analisado: uma breve digressão sobre a sua instituição até a sua inserção no mercado de livre concorrência será realizada para facilitar o entendimento sobre o cenário em que foi aprovado o Decreto nº 2.745/1998 por autorização contida no artigo 67 da Lei nº 9.478/1997. Investigar-se-á, então, alguns dos dispositivos do ato citado, com o objetivo de compará-lo com a Lei de Licitações e Contratos, bem como com o de confrontá-lo com a Constituição Federal de 1988. Posteriormente, será exposto o posicionamento do Tribunal de Contas de União acerca da Lei nº 9.478/1997 e do Decreto nº 2.745/1998 e a evolução que esse entendimento sofreu com as sucessivas decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de liminar sobre a temática. Por fim, confrontar-se-ão os argumentos relativos à inconstitucionalidade do procedimento licitatório simplificado da Estatal com os que o defendem a constitucionalidade desse procedimento para, assim, traçar um posicionamento firme no presente trabalho sobre a inconstitucionalidade do Decreto nº 2.745/1998.

**Palavras-chave:** regime jurídico, empresas estatais, licitação na Petrobras, Decreto nº 2.745/1998.

## ABSTRACT

This study analyzes the simplified bidding procedure utilized by Petrobras compared to the principle of strict administrative legality. To that effect, it first implements a historic retrospective of the transformation scenario brought about by the Managing Reform in Brazil in the 1990s. In this context, the Constitutional Amendments 9 and 19, respectively of 1995 and 1998, were examined. The first one mitigated oil monopoly and latter instituted the need for a legal statute specific to public companies and mixed economy societies that explore economic activities. It is worth mentioning that the legal regime to which they are subject are detailed to focus mainly on public biddings and contracts. The next section of this study focuses on Petrobras tackling: (i) A brief digression about its creation until liberalization of its market for competition, paving the way to the understanding of the scenario in which the decree no. 2,745/1998 was issued pursuant article 67 of the Law no. 9,478/1997. This work will investigate the aforementioned act so as to compare it to the Law of Public Biddings and Contracts, as well as to confront it with the Federal Constitution of 1988. Finally, this study addresses arguments of the Brazilian Court of Accounts regarding the Law no. 9,478/1997 and the Decree no. 2,745/1998, and also the evolution of its position, not least after judicial review at the the Supreme Court. The arguments that addressed the unconstitutionality of the simplified bidding procedure adopted by the aforementioned state-owned company are then confronted with arguments that defend the constitutionality of the procedure in order to outline a conclusion for the unconstitutionality of the Decree no. 2,745/1998.

**Key-words:** legal statute, state-owned companies, bidding procedure Petrobras, Decree no. 2,745/1998.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>CAPÍTULO 1: O REGIME JURÍDICO APLICÁVEL ÀS EMPRESAS ESTATAIS EXPLORADORAS DE ATIVIDADES ECONÔMICAS</b> .....	12
1.1 A reforma administrativa.....	12
1.2 Características gerais das empresas estatais.....	16
1.3 A Emenda Constitucional nº 19/1998 e o jurídico das empresas estatais exploradoras de atividades econômicas .....	19
1.4 A aplicabilidade da Lei nº 8.666/1993 às empresas estatais exploradoras de atividades econômicas e a distinção entre as atividades-fim e atividades-meio ...	24
<b>CAPÍTULO 2: O CASO DA PETROBRAS</b> .....	29
2.1. A Petrobras e o regime monopolista relacionado à exploração do petróleo.....	29
2.2. O procedimento licitatório da Petrobras.....	32
a) Aspectos gerais do Decreto.....	32
b) A revogação da licitação, a recusa da adjudicação e o cancelamento ou a suspensão do registro cadastral.....	34
c) A modalidade convite.....	36
d) A firma, o produtor ou o representante comercial exclusivo.....	39
e) A regência das contratações pelo direito privado.....	40
f) A ausência de controle de aceitabilidade dos preços global e unitário.....	43
g) A negociação com o vencedor da licitação.....	45
<b>CAPÍTULO 3: O ARTIGO 67 DA LEI Nº 9.478/1997 E O DECRETO Nº 2.745/1998 NO MUNDO JURÍDICO E NO CONTEXTO DO MERCADO DE LIVRE CONCORRÊNCIA</b> .....	46
3.1. A evolução na análise do Decreto pelo Tribunal de Contas da União .....	46
3.2. A legalidade, a delegação legislativa, a teoria da deslegalização e o mercado concorrencial.....	61
<b>CONCLUSÃO</b> .....	74
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	78

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar o procedimento licitatório simplificado utilizado pela Petrobras, bem como a constitucionalidade do Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998, que o aprovou.

Para tanto, inicialmente será realizado um breve panorama histórico, de suma importância para entender os fatores e o pensamento da época que foram decisivos para alterar não somente parte do regime jurídico das empresas estatais, como também questões relacionadas à exploração e ao monopólio do petróleo.

Os aspectos gerais das empresas estatais serão abordados com ênfase para questão do procedimento licitatório ao qual essas entidades devem se sujeitar. O ponto crucial para a análise diz respeito, em verdade, ao regime jurídico das empresas estatais que exploram atividades econômicas, tais como a Petrobras.

Em capítulo reservado à Administração Pública, a Constituição Federal estabelece no artigo 37, inciso XXI, a obrigatoriedade de licitação pública para a contratação de obras, serviços, compras e alienações. Esse inciso foi regulamentado pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, conhecida como a Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Já no parágrafo único do artigo 1º, esse diploma legal determina que serão subordinados ao regime disposto na Lei todos os entes da Administração Pública Direta e Indireta. Na condição de sociedade de economia mista, a Petrobras passou a se subordinar a esse regime.

Durante a Reforma Gerencial, foi editada a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, que, entre outras providências, alterou a redação do artigo 22, XXVII, bem como a do § 1º do artigo 173. De acordo com as modificações do texto constitucional, a União mantém a competência para editar normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, inclusive para as empresas estatais, nos moldes do artigo 173, § 1º, III, o artigo 37, XXI, da CF.

E, no que tange às empresas estatais – em particular, aquelas que exploram atividades econômicas -, essas seriam submetidas a estatuto jurídico próprio, o qual deveria se atentar aos princípios da Administração Pública, insculpidos no artigo 37, *caput*, da CF.

Ocorre que o regulamento jurídico próprio das empresas estatais até o momento não foi editado. Por essa razão, grande parte da doutrina entende que essas

empresas deverão se sujeitar à Lei de Licitações e Contratos até que venha o novo regramento específico. Nesse sentido, é essencial trazer a discussão de que tipo de atividades devem se sujeitar ao procedimento licitatório típico da Administração Pública. Isto é, será abordada a temática acerca das atividades-fim e das atividades-meio das empresas que exploram atividades econômicas e quais delas deverão obedecer as normas da Lei nº 8.666/1993.

Especificamente sobre o caso da Petrobras, destaque-se que, pouco antes de ser promulgada a EC nº 19/1998, foi editada a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Esse ato normativo, para o que ora importa, veio dispor sobre atividades relativas ao monopólio do petróleo e instituir a Agência Nacional do Petróleo.

A Lei teve como um de seus objetivos regulamentar o artigo 177 da Constituição, alterado pela Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995. A partir da mudança constitucional trazida pela EC nº 9/1995, o monopólio do petróleo deixou de ser pleno, porquanto foi possibilitado à União contratar empresas privadas para exercer as atividades como pesquisa, lavra, importação, exportação do petróleo, entre outras.

Além de regulamentar a relativização do regime de monopólio desse combustível fóssil, a Lei nº 9.478/1997 estabeleceu que os contratos firmados pela Petrobras para aquisição de bens e serviços seriam regidos por procedimento licitatório simplificado a ser expedido pelo Chefe do Poder Executivo. A regulamentação do procedimento foi efetivada pelo citado Decreto nº 2.745/1998, objeto do presente estudo.

A partir de 1997, a Petrobras passou a atuar no campo econômico em concorrência com a iniciativa privada. Objetiva-se contextualizar a criação da Petrobras e a inegável importância dessa estatal para o Brasil, fundada em 1953, durante o governo de Getúlio Vargas, no início do segundo capítulo. Em razão de ser impossível tratar da Petrobras sem que seja relatado o percurso da exploração de petróleo no país e, conseqüentemente, a evolução jurídica do monopólio desse combustível fóssil, essas questões serão juntamente apresentadas no tópico.

Tecidas todas essas considerações, pretende-se brevemente realizar uma análise do Decreto nº 2.745/1998. Alguns de seus dispositivos serão examinados de acordo com uma perspectiva principiológica e comparativa com a Lei Geral de Licitações e Contratos. Questões relativas à modalidade licitatória, aos parâmetros

utilizados para a escolha de cada uma, assim como a regência de direito privado e o controle de preços global e unitário merecerão destaque nesse tópico.

Como será exposto, o teor do artigo 67 da Lei nº 9.478/1997, bem como o Decreto nº 2.745/1998 são permeados de polêmicas formais. Desse modo, receberá destaque uma análise jurisprudencial sobre o tema no último capítulo. Julgados paradigmas do Tribunal de Contas da União e do Supremo Tribunal Federal serão apresentados a fim de travar a discussão acerca da constitucionalidade do Decreto nº 2.745/1998.

Enquanto a Corte de Contas mantém o entendimento de que o Decreto é inconstitucional e, por esse motivo, ordena que a Petrobras deva seguir a Lei de Licitações e Contratos, a Corte Superior, em sede de decisões liminares, não acolhe os argumentos do TCU e autoriza que a Estatal prossiga suas licitações e contratações com base em seu regulamento próprio.

Finalmente, será reservado um tópico para abordar os argumentos que compõem a discussão da inconstitucionalidade do procedimento licitatório simplificado da Estatal.

Serão abrangidos, nesse ponto, as teorias da legalidade e da deslegalização, bem como o instituto da delegação legislativa e o mercado de livre concorrência no qual a Petrobras está inserida. Após esse confronto argumentativo, objetiva-se traçar um posicionamento consolidado a respeito da questão problematizada e, assim, responder à pergunta se o Decreto nº 2.745/1998 é constitucional.

## **CAPÍTULO 1: O REGIME JURÍDICO APLICÁVEL ÀS EMPRESAS ESTATAIS EXPLORADORAS DE ATIVIDADES ECONÔMICAS**

### **1.1. A reforma administrativa**

As empresas estatais têm sua origem histórica em instituto inspirado no Direito Empresarial. Trata-se de modelo orgânico de sociedades empresariais com instrumentos que possibilitam a ação administrativa. São entes híbridos que atualmente possuem inegável importância nos contextos social e jurídico brasileiro.

O auge da criação dessas entidades ocorreu nas décadas de 60 e 70, período marcado por uma política desenvolvimentista. Diferentemente, os anos 80 foram notados pela desaceleração na criação dessas e pelo fenômeno da desestatização, que efetivamente ganhou força entres os anos de 1995 a 1998 (BEMQUERER, 2012, p. 17).

O intervalo mencionado recebeu forte influência dos ideais neoliberais, que deixaram como uma de suas heranças a tendência de redução da máquina estatal. Para marcar esse interstício, várias foram as alterações constitucionais que levaram o Brasil a um intenso programa de privatização e de busca por resultados (BEMQUERER, 2012, p. 18).

Esse contexto histórico é essencial para examinar o que de fato a Reforma Gerencial alterou no regime jurídico ao qual se submetem as empresas estatais, em especial, a Petrobras. Estatal essa que, durante a época delineada, teve o monopólio de exploração de atividades petrolíferas relativizado, começou a atuar em regime concorrencial e passou a seguir um procedimento licitatório simplificado próprio.

Em 4 de junho de 1998, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 19, cujo objetivo, entre outras providências, foi a modificação de normas gerais no âmbito da Administração Pública. A reforma administrativa realizada no período foi fruto de um contexto de crise financeira, enfrentada na década anterior. Desta feita, o período compreendido entre 1995 a 1998 foi marcado pela chamada “Reforma Gerencial”, implementada pelas Emendas Constitucionais nº 5, de 15.08.1995, a nº 20, de 15.12.1998.

Nesse cenário, entendeu-se que a reforma estatal seria instrumento indispensável para estabilizar e garantir o crescimento econômico brasileiro, e, dessa forma, possibilitar a redução e a correção de desigualdades sociais e regionais.

A fim de promover e detalhar uma mudança no âmbito da Administração Pública, foi elaborado o “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado” para traçar objetivos e diretrizes na almejada reforma. O documento foi desenvolvido pelo extinto Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE) e aprovado pela Câmara da Reforma do Estado, em 21 de setembro de 1995, e, em seguida, aprovado pelo então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso.

Na busca dos propósitos mencionados, definiu-se como inadiáveis questões relativas ao ajuste fiscal duradouro, às reformas econômicas que garantissem concorrência interna e condições concorrenciais perante o mercado externo, à reforma

previdenciária, aos novos instrumentos de políticas sociais e, por fim, à “reforma do aparelho do Estado, com vistas a aumentar sua ‘governança’, ou seja, sua capacidade de implementar de forma eficiente políticas públicas” (BRASIL, 1995, p. 11).

Destaque-se como orientação base do citado plano a migração da Administração Pública Burocrática, vivenciada pelo país à época, para a Administração Pública Gerencial.

Em linhas gerais, o Estado Burocrático, segundo o Plano Diretor em comento, seria a reação à forma anterior de Administração Pública Patrimonialista. É o modelo decorrente do Estado Liberal, que surge para combater a corrupção e o nepotismo. Tem como princípios a profissionalização, a carreira dentro do funcionalismo público, a hierarquia funcional, a impessoalidade e o formalismo. Uma das maiores críticas ao Estado Burocrático diz respeito à incapacidade que ele teria para se voltar ao serviço e ao cidadão, isto é, a perda da noção da missão básica do Estado, que é servir à sociedade (BRASIL, 1995, p. 15).

O visado modelo de Estado Gerencial, por sua vez, advém como uma resposta à expansão das funções econômicas e sociais do Estado, juntamente com os demais problemas associados ao Estado Burocrático, em um novo contexto mundial de desenvolvimento tecnológico e de globalização (BRASIL, 1995, p. 15-16).

Busca-se a eficiência estatal, a redução de custo e o aumento na qualidade do serviço, em suma, propõe-se a priorização e a satisfação das necessidades do cidadão inserido em sua sociedade. Não há negação aos princípios do Estado Burocrático, e a principal diferença entre os modelos “está na forma de controle, que deixa de se basear nos processos para concentrar-se nos resultados, e não na rigorosa profissionalização da administração pública, que continua um princípio fundamental” (BRASIL, 1995, p. 16).

Sobre essa nova conjuntura, o Presidente Fernando Henrique Cardoso abordou brevemente o contexto de globalização e a conseqüente necessidade de reforma estatal no prefácio do livro “Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial”, de autoria de Luiz Carlos Bresser-Pereira. Na ocasião, frisou que a globalização impõe aos Estados Nacionais uma reestruturação tanto econômica como política, sob pena de comprometimento do desenvolvimento nacional.

Segundo ele, reorganização significa reduzir os gastos estatais e possibilitar à iniciativa privada a produção de bens e serviços, até então concentrados no Estado, a

fim de que a competitividade implique em maior eficiência e em menores custos à sociedade consumidora. É necessário, para tanto, que o Estado se foque em resultados. Por oportuno, vale conferir as palavras do Presidente:

Mudar o Estado significa, antes de tudo, abandonar visões do passado de um Estado assistencialista e paternalista, de um Estado que, por força de circunstâncias, concentrava-se em larga medida na ação direta para a produção de bens e serviços. Hoje, todos sabemos que produção de bens e serviços pode e deve ser transferida à sociedade, à iniciativa privada, com grande eficiência e com menor custo ao consumidor.

(...)

Não há dúvida de que (...) o Estado deve também concentrar-se na prestação de serviços básicos à população – educação, saúde, segurança, saneamento, entre outros.

Mas, para bem realizar essa tarefa - que é ingente e difícil -, para efetivamente ser capaz de atender às demandas crescentes da sociedade, é preciso que o Estado se reorganize e para isso é necessário adotar critério de gestão capazes de reduzir custos, buscar maior articulação com a sociedade, definir prioridades democraticamente e cobrar resultados.<sup>1</sup>

Várias foram as providências tomadas na idealização da nova organização do Estado. Para atingir a administração com caráter gerencialista, focada na obtenção de resultados e no atendimento aos interesses da população, desenvolveram-se propostas pautadas a partir de um tipo especial de contratos de gestão, que se fundamentavam, especialmente, nos princípios da flexibilização e da descentralização administrativa.

A proposta dos contratos de gestão é firmar um compromisso administrativo, no qual, em linhas gerais, o Estado impõe metas e resultados a determinada entidade, enquanto essa, para cumpri-los, ganhará maior autonomia.

Nesse contexto, é essencial a supervisão por alguma instituição do Estado a fim de garantir a execução das metas com efetividade, eficiência e eficácia. De acordo com o “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”, as empresas estatais, as organizações sociais, as autarquias e as fundações de direito público seriam potenciais candidatas a firmarem o compromisso (ANDRÉ, 1999, p. 42).

Os primeiros contratos de gestão celebrados com empresas estatais federais foram com a Petrobras e com a Companhia Vale do Rio Doce, ambos com base no Decreto nº 137, de 27 de maio de 1991, o qual instituiu o Programa de Gestão das Empresas Estatais (DI PIETRO, 1996, p. 179).

A celebração do contrato de gestão com a Petrobras foi autorizada pelo Decreto nº 1.050, de 27 de janeiro de 1994. Esse instrumento garantiu à Estatal maior autonomia para a prática de determinados atos de gestão administrativa e

<sup>1</sup> CARDOSO, Fernando Henrique. Reforma do Estado. In: Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial, BRESSER-PREREIRA, Luiz Carlos, Editora Getúlio Vargas, 7ª Edição, Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 15-16.

empresarial<sup>2</sup>, o que foi objeto de muitas críticas. O ano de 1996 marcou o fim do contrato de gestão da Petrobras bem como o início de uma nova era para a Estatal, consoante será exposto no capítulo seguinte (DI PIETRO, 1996, p. 180).

## 1.2. Características gerais das empresas estatais

Antes de adentrar propriamente nos desdobramentos que a Emenda Constitucional nº 19/1998 trouxe para as empresas estatais<sup>3</sup>, cumpre pontuar algumas de suas características.

As entidades da Administração Pública Indireta – autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista – decorrem do fenômeno da descentralização técnica, funcional ou de serviço. Essa descentralização ocorre através de lei específica, em obediência ao artigo 37, XIX, da CF<sup>4</sup>, e admite a transferência da titularidade e da execução de atividades públicas aos entes da Administração Indireta (COELHO, 2009, p. 73).

Empresas públicas e sociedades de economia mista, assim como as demais entidades que compõem a Administração Indireta, possuem personalidade jurídica própria, gozam de autonomia financeira, administrativa, técnica e operacional.

---

<sup>2</sup> Decreto nº 1,050/1994. Art. 5º Ressalvados os casos previstos em lei e os termos do contrato individual de gestão, não dependerá de autorização prévia do Poder Executivo a prática, pela PETROBRÁS, dos seguintes atos de gestão administrativa e empresarial;

I - seleção, admissão, remuneração, promoção e desenvolvimento de pessoal, bem como a prática de todos os demais atos próprios de gestão de recursos humanos;

II - negociação e celebração de acordos coletivos de trabalho, de natureza econômica ou jurídica, bem como sua defesa ou postulação judicial por meios próprios;

III - realização de viagens ao exterior de administradores e empregados;

IV - contratação e renovação de operações de crédito de quaisquer espécies com instituições financeiras e com fornecedores de bens e serviços, nacionais e internacionais, inclusive arrendamento mercantil, bem como a emissão de obrigações e de quaisquer outros títulos nos mercados nacional e internacional, observados os limites de endividamento fixados pelo Senado Federal;

V - contratação e renovação de operações de empréstimos e financiamentos, títulos descontados, adiantamentos, arrendamento mercantil e garantias de qualquer natureza, realizadas pelas instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil;

VI - elaboração, execução e revisão do planejamento e dos respectivos orçamentos, em consonância com as orientações gerais do planejamento federal.

<sup>3</sup> A título de esclarecimento, vale trazer a definição que Maria Sylvania Zanella Di Pietro expõe sobre as empresas estatais: “Com a expressão estatal ou governamental designamos todas as entidades, civis ou comerciais, de que o Estado tenha o controle acionário, abrangendo a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras empresas que não tenham essa natureza e às quais a Constituição faz referência, em vários dispositivos, como categoria à parte (arts. 37, XVII, 71, II, 165, § 5º, II, 173, § 1º).”

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 27ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 515.

<sup>4</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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)



No que tange à autonomia política, ressalva-se que esse atributo é de exclusividade da Administração Direta. Isso porque, mesmo que não haja subordinação entre esses 2 (dois) âmbitos da Administração, há o sistema de vinculação, caracterizado pelo instituto da tutela administrativa, a partir do qual é feito um controle finalístico ou de resultados. Para que esse tipo de controle seja legítimo, deve haver previsão legal, sob pena de mitigar a autonomia da entidade descentralizada.

No particular, as empresas estatais são instrumentos de intervenção econômica do Estado. E, a despeito de o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, no artigo 5º, II e III, estabelecer que ambas se destinam à realização de atividades econômicas, frise-se que o campo de atuação dessas entidades é mais extenso, eis que podem prestar serviços públicos, podem exercer atividades econômicas ou, ainda, podem ser destinadas a apoiar a Administração Direta.

Segundo o já mencionado “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”, o Decreto-Lei em comento, que traz disposições sobre a organização administrativa e conceitos acerca das Administrações Direta e Indireta, constituiu o primeiro marco pela busca do Estado Gerencial na tentativa de superar a vivenciada rigidez burocrática, uma vez que

(...) Mediante o referido decreto-lei, realizou-se a transferência de atividades para autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, a fim de obter-se maior dinamismo operacional por meio da descentralização funcional. Instituíram-se como princípios de racionalidade administrativa o planejamento e o orçamento, o descongestionamento das chefias executivas superiores (desconcentração/descentralização), a tentativa de reunir competência e informação no processo decisório, a sistematização, a coordenação e o controle.<sup>5</sup>

Por meio desse ato normativo foram instituídos na prática conceitos como descentralização e delegação de competências. Além disso, as entidades da Administração Indireta passaram a receber maior importância no cenário brasileiro.

Acerca das empresas estatais, registra-se que essas possuem personalidade jurídica de direito privado, e, enquanto as empresas públicas possuem capital exclusivo do Poder Público, as sociedades de economia mista, que devem atender à forma empresarial de sociedade anônima, terão suas ações com direito a voto

---

<sup>5</sup> BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, 1995, p. 19.

pertencentes, em sua maioria, à União ou à Entidade da Administração Indireta, conforme prescreve o artigo 5º, II e III<sup>6</sup> do DL nº 200/1967.

O regime de bens é classificado como privado<sup>7</sup>, a não ser que esses sejam afetados ao serviço público, hipótese em que poderão ser enquadrados como bens públicos e, assim, sujeitarem-se às prerrogativas que esse tipo de bem detém.

No que se refere ao regime jurídico das empresas estatais, pode-se afirmar que essas possuem regime híbrido, isto é, ora estão sujeitas a normas de direito privado, ora a normas de direito público<sup>8</sup>.

Em relação ao regime jurídico público aplicável às empresas estatais, destaque-se que se estendem às empresas públicas e às sociedades de economia mista normas relativas à obrigatoriedade de concurso público (artigo 37, II); à vedação de acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas (artigo 37, XVI e XVII); à sujeição à legislação que estabelece as sanções por atos de improbidade administrativa (artigo 37, §4º); assim como à incidência de teto remuneratório quando as empresas estatais receberem recursos públicos para o pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral (37, §9º).

Além desses campos de subordinação ao regime público, é indispensável realçar que, a partir de leitura literal do texto constitucional, verifica-se a sujeição das empresas estatais ao regime de licitação e de contratação exposto no artigo 37, XXI, da CF<sup>9</sup>. Em outras palavras, as empresas estatais, em obediência a esse dispositivo,

<sup>6</sup> Decreto-Lei nº 200/1967. Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

(...)

II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969)

III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969)

<sup>7</sup> Código Civil. Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

<sup>8</sup> A título exemplificativo: ADMINISTRATIVO. BANCO DO BRASIL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA SOBRE SERVIÇOS MEDIANTE CESSÃO DE MÃO DE OBRA. LEI 8.212/91.

1. A entidade da administração indireta, quando contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, não responde solidariamente pelas obrigações decorrentes da lei 8.212/91.

2. Embora as sociedades de economia mista tenham personalidade de direito privado, o regime jurídico é híbrido, sofrendo influxo do direito público. Assim, o direito a elas aplicado nem sempre é o privado. Essa derrogação parcial do direito comum é imprescindível para manter a subordinação entre a entidade e o ente que a instituiu, posto atuar como instrumento de ação do Estado.

3. A responsabilidade solidária não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes, a teor do art. 896 do Código Civil.

4. A questão pertinente à fixação de honorários advocatícios com base no critério da equidade (art. 20, § 4º do CPC) enseja reexame de matéria de fato, incidindo a súmula 07 desta Corte a obstar o conhecimento do recurso.

5. Recurso improvido.

(Superior Tribunal de Justiça, REsp 417.794/RS, Relator Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03.09.2002, DJ 30.09.2002.)

<sup>9</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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

deverão contratar obras, serviços, compras e alienações mediante processo de licitação pública, de modo a assegurar a igualdade de condições a todos os concorrentes.

A licitação serve como um palco para que os concorrentes, em um mercado de livre concorrência, ofereçam suas propostas e a Administração decida, a partir de critérios objetivos, por aquela que lhe trazer melhores condições. Assim, o procedimento de contratações a que se refere a Constituição visa a atingir interesse público, na medida em que seleciona a proposta mais vantajosa para a Administração e, conseqüentemente, para seus administrados.

Busca-se atender por esse procedimento os princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, bem como do julgamento objetivo da proposta<sup>10</sup>.

Não é só, merece atenção também a função regulatória da licitação. Por meio dela é possível satisfazer outras finalidades públicas e buscar demais valores consagrados constitucionalmente, tais como a proteção ao meio ambiente, o tratamento diferenciado a micro e pequenas empresas, e, inclusive, a contratação direta de cooperativas de catadores de lixo ou associações de deficientes físicos (OLIVEIRA, 2012, p. 149-151).

### **1.3. A Emenda Constitucional nº 19/1998 e o estatuto jurídico das empresas estatais exploradoras de atividades econômicas**

Sucintamente exposto o panorama vivenciado pelo Brasil em busca de um modelo de Estado Gerencial, e brevemente apresentados conceitos relativos às empresas estatais, passa-se à análise da Emenda Constitucional nº 19/1998, especificamente no que tange à alteração do artigo 22, inciso XXVII e do § 1º do

---

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

<sup>10</sup> Lei nº 8.666/1993. Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

artigo 173 da Constituição de Federal de 1988 (CF) que, desde a edição da Emenda ora em relevo, contam com a redação seguinte:

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

É inegável que a submissão ao procedimento licitatório comum, apresentado no artigo 37, XXI, da CF, à empresa que atua em ramos econômicos seria prejudicial à sua inserção e à sua manutenção no dinâmico mercado. A iniciativa de formular um estatuto que regesse as empresas públicas, portanto, mostra-se de suma importância para que haja organicidade no sistema e uniformidade nos procedimentos de contratação (FERNANDES, 2014, p. 542).

Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que, para atuações na esfera econômica, o regime de licitações do Poder Público “não seria exequível em relação aos seus rotineiros procedimentos para operar o cumprimento das atividades negociais em vista das quais foram criadas” (MELLO, 2014, p. 213). Por essa razão o Autor defende a suma importância de um estatuto próprio para essas entidades, com normas específicas capazes de adequar as contratações ao tempo do mercado e obedientes apenas aos princípios da Administração Pública, insculpidos no artigo 37, da CF.

Sobre a reforma trazida pela EC nº 19/1998, Maria Sylvia Zanella Di Pietro garante que, inicialmente, 2 (duas) são as possíveis conclusões a serem tiradas da redação do artigo 173.

A primeira é que, quando a entidade exerce atividade econômica – reservada ao particular e exercida pelo Estado em situações específicas, por meio de empresas

de economia mista ou públicas -, deverá, silente a lei, sempre observar as normas de direito privado. Em outras palavras, na hipótese, as normas de direito privado “são a regra; o direito público é a exceção e, como tal, deve ser interpretado restritivamente” (DI PIETRO, 2014, p. 516). A outra lição que a doutrinadora traz

(...) é a de que, se a própria Constituição estabelece o regime de direito privado, as derrogações a esse regime somente são admissíveis quando delas decorrem implícita ou explicitamente. A lei ordinária não pode derrogar o direito comum, se não admitida essa possibilidade pela Constituição.<sup>11</sup>

A aproximação que a redação da EC nº 19/1998 objetivou realizar entre as empresas estatais exploradoras de atividades econômicas e as empresas privadas é visível não apenas em razão conclusão acima esposada, mas claramente comprovada pelos termos do §2º do artigo 173, que assim dispõe: “As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”.

Ainda segundo expõe o texto constitucional, fica evidente que o referido estatuto a ser elaborado deverá reger apenas as empresas estatais, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias “que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços”<sup>12</sup>. Isto é, o artigo 173 trata dos casos em que o Estado, por circunstâncias excepcionais – de segurança nacional ou de relevante interesse público – atua em esferas que não são próprias ao seu exercício, qual seja, o âmbito da iniciativa privada.

Dessa afirmação extraem-se 2 (duas) novas conclusões. A primeira é a interpretação restritiva de que tão somente as empresas públicas que atuem em exploração de atividade econômica, independentemente do ramo, submeter-se-ão ao futuro estatuto.

A segunda, também em uma análise literal da redação, informa que as empresas assim caracterizadas não poderiam ser regidas por um estatuto particular de cada empresa, “porque a norma do art. 173 está inserida no campo de regência da ordem econômica do País, de tal sorte que o disciplinamento só pode ser feito para preservar a hegemonia nacional” (FERNANDES, 2014, p. 542).

---

<sup>11</sup> DI PEITRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 27ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 516.

<sup>12</sup> Artigo 173, § 1º, Constituição Federal.

Isso quer dizer que, o texto constitucional, ao excepcionar um estatuto jurídico diferenciado para as empresas estatais exploradoras de economia mista, não autorizou que cada uma fosse regida por um regramento privativo.

Essa segunda assertiva não parece se compatibilizar com as peculiaridades de cada empresa estatal. A Constituição faz referência a um estatuto jurídico no singular, e, de fato, pode-se entender que haverá apenas um estatuto. E esse traçará diretrizes e procedimentos gerais em consonância com o texto constitucional para que as sociedades de economia mista e empresas públicas, a partir de então, adequem esses ditames para seus cotidianos de contratações.

De qualquer forma, a partir dessas conclusões, verifica-se que o ordenamento pátrio buscou aproximar o regime jurídico ao qual deverão se submeter todas as empresas estatais exploradas de atividade econômica.

A primeira interpretação restritiva supramencionada é corroborada pela doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro. De acordo com a Autora, se o Poder Público exerce atividade econômica - seja industrial, seja comercial -, para fins de serviço público, o novo estatuto jurídico próprio não terá regência sobre essa estatal (DI PIETRO, 2014, p. 516).

Nesse caso, portanto, teria aplicação o artigo 175, da CF, segundo o qual “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” Daí, assevera a Autora que:

(...) a empresa estatal que desempenha serviço público atua como concessionária de serviço público submetendo-se à norma do artigo 175, especialmente no que diz respeito aos deveres perante os usuários, à política tarifária, à obrigação de manter o serviço adequado, bem como a todos os princípios que regem os serviços públicos, como continuidade, isonomia, mutabilidade, dentre outros.<sup>13</sup>

Essa distinção no que tange ao emprego de regime jurídico é apoiada por grande parte da doutrina, como também esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello ao afirmar que

(...) é da mais esplendorosa obviedade que o estatuto jurídico a que se refere o preceptivo em questão é o estatuto das estatais que se ocupem da produção de bens, da comercialização de bens ou da prestação de serviços que se constituam em exploração de atividade econômica; não, portanto, daquelas entidades estatais que, ao contrário das mencionadas, se

---

<sup>13</sup> Op. cit. p. 517

ocupam de atividades visceralmente distintas: serviços públicos, é dizer: atividades essencialmente da alçada do estado.<sup>14</sup>

A título de esclarecimento, como adverte Marçal Justen Filho, cabe noticiar que a redação original da Constituição de 1988 não previa distinção de estatuto jurídico entre as 2 (duas) categorias de empresas estatais – exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviços públicos.

Tanto era assim que foi a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, - Lei de Licitações e Contratos -, que estabeleceu um regime uniforme para as licitações e as contratações no âmbito de toda a Administração Pública. É o que se confere a partir da leitura do parágrafo único<sup>15</sup> do artigo 1º da Lei nº 8.666/1993, o qual abrangeu toda a Administração – Direta e Indireta - ao regulamentar um único procedimento licitatório (JUSTEN FILHO, 2014, p. 34).

A alteração constitucional, assim, enquanto ausente ato normativo que regulamente a questão nos termos do artigo 173, § 1º, da CF, não pode ser traduzida como uma efetiva mudança no regime licitatório dessas empresas, eis que o dispositivo em comento não é autoaplicável. Nas palavras de Justen Filho:

Rigorosamente, a EC nº 19 não trouxe qualquer modificação efetiva nesse ponto (a atuação das empresas públicas e sociedades de economia mista, em relação às contratações). É que a alteração da redação do art. 22, inc. XXVII, da CF/88 não foi suficiente para estabelecer um regime especial para as sociedades de economia mista e empresas públicas. Aliás, a modificação do texto constitucional foi inútil nesse ponto. Não era necessário modificar a constituição para dar um novo regime para licitações e contratos daquelas entidades. Bastava mudar a lei de licitações e contratos. Mais ainda, sem mudar a lei de licitações e contratos atual, não há como alterar o regime jurídico a que elas se subordinam.<sup>16</sup>

A fim de complementar o raciocínio de que a Emenda Constitucional nº 19/1998 não alterou até o momento o modo como devem ser operadas as contratações nas empresas estatais exploradoras de atividade econômica, frise-se que, a Constituição, mesmo antes da EC nº 19/1998, não impôs que a Administração Pública Direta e a Indireta seguissem regime licitatório uniforme. Logo, essa sistemática de licitações e contratações homogêneas independe de alteração constitucional, pois é apenas exposta na Lei nº 8.666/1993 (JUSTEN FILHO, 2014, p. 34).

---

<sup>14</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 31ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p. 217.

<sup>15</sup> Lei nº 8.666/1993. Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

<sup>16</sup> JUSTEN FILHO, MARÇAL. Informativo Licitações e Contratos nº 54 – agosto/98 – **Revista Zênite** – Informação e consultoria em administração pública.

Das elucidações feitas, é possível afirmar, para o que ora importa, que as empresas estatais que explorem atividades econômicas sujeitar-se-ão a um estatuto específico, como determina o artigo 173, § 1º, da CF.

Esse regramento, destaque-se, até o momento não foi editado, de forma que não há nenhum diploma legal específico que comande as licitações e as contratações no âmbito desse setor da Administração Indireta. A ausência do diploma referido não elimina a realidade da atuação concorrencial de tais entidades estatais no mercado. É necessária a adoção de solução consentânea com essa atuação, constitucionalmente prevista e desejada (PEREIRA, 2013, p. 438).

#### **1.4. A aplicabilidade da Lei nº 8.666/1993 às empresas estatais exploradoras de atividades econômicas e a distinção entre as atividades-fim e atividades-meio**

Na vigência do vácuo legislativo deixado pelo artigo 173, § 1º, da CF, a doutrina majoritária, bem como o Tribunal de Contas da União (TCU)<sup>17</sup> apontam que deverão as estatais atuantes no ramo econômico submeter-se à Lei nº 8.666/1993. Para justificar o emprego desse ato normativo à situação, Celso Antônio de Mello conclui que a aplicação da Lei de Licitações e Contratos

Resulta, em última instância, [ser] (...) inevitável, entre as alternativas de interpretação, adotar aquela que se apresenta como mais ajustada à inteireza do texto onde se encarta a regra sub examine, aquela que não contravém a princípios básicos e que não se choca com outros dispositivos a que se reporta e que, ademais, evita incoerência, absurdos ou inconveniências óbvias.<sup>18</sup>

Nesse ponto, outra questão que se mostra de relevada importância é saber se todas as atividades praticadas pelas estatais que atuam no ramo em comento deverão se sujeitar à Lei nº 8.666/1993. Isto é, estariam as estatais obrigadas a licitar mesmo quando de sua atuação finalística? Essa discussão, em verdade, surgiu antes da

---

<sup>17</sup> A título exemplificativo: “(...) Assim, o entendimento jurisprudencial desta Corte evoluiu no sentido de que empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que exploram atividade econômica, como regra geral, devem se submeter aos princípios licitatórios insculpidos na Lei 8.666/1993 até edição da norma prevista no § 1º do art. 173 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional 19/1998, salvo em circunstâncias excepcionais, devidamente motivadas, em que a utilização daquele diploma legal pode acarretar riscos à atividade comercial da empresa.” (Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 566/2012, Relator Ministro VALMIR CAMPELO, PLENÁRIO, julgado em 14.3.2002)

<sup>18</sup> Op. Cit. p. 221-222.



reforma que alterou o artigo 173 da Constituição, e, mesmo após a Emenda Constitucional nº 19/1998, a nova redação não fez com que a problemática fosse superada.

É que o Plenário do TCU decidiu em sessão de 26 de agosto de 1998 e com base na redação original do artigo 173, da CF, que não seria necessária a instauração de procedimento licitatório para as atividades-fim de empresas estatais exploradoras de atividades econômicas.

No caso concreto, entendeu-se que a Petrobras, sociedade de economia mista, estaria desobrigada a seguir os ditames da Lei nº 8.666/1993 para as contratações de transportes que sejam atividade-fim da empresa. Por oportuno, vale conferir trecho do voto do Ministro Relator Iram Saraiva, no Acórdão nº 128/1998:

O art. 37 efetivamente estabelece uma obrigatoriedade geral de licitar, para todas as entidades da administração indireta ou descentralizada, sem exceção. Lido isoladamente, fora de seu contexto, essa é a interpretação dele decorrente.

Mas nenhuma disposição normativa tem vida fora do contexto em que está necessariamente inserida. O universo normativo não é um amontoado caótico de prescrições, mas, sim, um sistema, organizado, articulado e hierarquizado, no qual as contratações são apenas aparentes. Interpretado sistematicamente, em conjunto com o disposto no art. 173 (em sua redação original) o art. 37 apenas estabelece uma regra geral, que, entretanto, não é absoluta, pois encontra exceção exatamente na disciplina jurídica constitucionalmente estabelecida para as empresas estatais exploradoras da atividade econômica, as quais devem atuar em regime de competição, ao lado dos particulares, em relação aos quais não pode ter nem privilégios nem desvantagens, salvo aqueles decorrentes dos fins sociais que determinam sua criação.

No caso em exame, a Petrobrás Distribuidora S/A - BR deve arcar com os ônus decorrentes de sua obrigação de distribuir seus produtos mesmo onde isso é anti-econômico, mas não pode ser compelida a competir com os 85 concorrentes particulares em desvantagem, onde essa atividade for lucrativa.

Portanto, a liberdade de contratação de serviços de transporte, como parte essencial da atividade de distribuição, que é a atividade-fim por excelência dessa empresa, nunca foi ilícita. Aliás, o direito nunca foi incompatível com o simples bom-senso.<sup>19</sup>

Desde então, a não obrigatoriedade de as estatais exploradoras de atividade econômica se sujeitarem à Lei de Licitações e Contratos em suas atividades-fim passou a receber especial atenção pela doutrina e pela jurisprudência.

Marçal Justen Filho, ao comentar a decisão acima colacionada, afirmou que a submissão das contratações à licitação em atividades-fim levaria a estatal à inferioridade administrativa perante os demais competidores do mercado, porquanto a estatal passaria a ter preços mais elevados e não poderia aproveitar vantagens do

---

<sup>19</sup> Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 128/1998, Relator Ministro IRAM SARAIVA, PLENÁRIO, julgado em 26.8.1998

mercado, eis que suas contratações não seguiriam os procedimentos da atividade mercantil (JUSTEN FILHO, 2014, p. 37).

Essa orientação restou sedimentada com o voto do Ministro Revisor Benjamin Zymler, em 4 de junho de 2003, quando da prolação do Acórdão nº 624/2003. Na oportunidade, definiu-se quais as ocasiões em que a Lei nº 8.666/1993 poderia ser afastada para que a estatal não competisse em desigualdade com seus concorrentes de mercado.

O Ministro enfatizou que o fato de a atividade ser finalística, por si só, não impede a aplicação Lei de Licitações e Contratos. Exige-se, para tanto, que o procedimento expresso no diploma legal traga reais prejuízos à estatal, ou seja, deve ser intransponível às atividades negociais. É o que se constata do trecho a seguir colacionado:

No que concerne ao primeiro ponto, julgo que o só fato de tratar-se de atividade-fim não afasta, de pronto, a obrigatoriedade da realização de procedimento licitatório. Isso só ocorre quando se verificar, no caso concreto, que os trâmites inerentes a esse procedimento constituem óbice intransponível à atividade negocial da empresa, que atua em mercado onde exista concorrência.

Esse foi o entendimento que norteou o Voto Revisor, por mim apresentado no TC 008.232/1999-7 (relatado pelo eminente Ministro Ubiratan Aguiar), no qual se examina a regularidade dos termos da licitação realizada pela Petrobrás para contratação de serviços de afretamento de unidades flutuantes de perfuração semi-submersíveis. Não há dúvidas de que os contratos daí resultantes encontram-se umbilicalmente ligados à atividade-fim da Petrobrás: exploração de petróleo. Mas, nem por isso, deixou a empresa de realizar processo licitatório, como, aliás, vem realizando há anos. Não se aventa, naqueles autos, seja pela empresa, seja pelo Relator, seja pelo Revisor, a juridicidade da exigência da aplicação das normas de licitação à atividade-fim, mas tão-somente a adequação das exigências contidas no Edital à Lei nº 8.666/93.

Dessa forma, a jurisprudência deste Tribunal sobre a não incidência das normas de licitação à atividade-fim das empresas estatais (como na hipótese do Acórdão nº 121/1998 – Plenário, no qual foi dado provimento parcial a Pedido de Reexame interposto contra a aplicação multa de membros da Diretoria Executiva da BR Distribuidora por não realização de licitação para contratação de serviços de transportes) deve ser aplicada de forma cautelosa, porque constitui premissa lógica dessas decisões, ainda que não mencionada expressamente, a existência de óbices intransponíveis para a realização das atividades negociais, em função do procedimento licitatório.

Assim sendo, sempre que a realização de licitação não trouxer prejuízos à consecução dos objetivos da entidade, por não afetar a agilidade requerida para sua atuação eficiente no mercado concorrencial, remanesce a obrigatoriedade da licitação.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 624/2003, Relator Ministro GUILHERME PALMEIRA, PLENÁRIO, julgado em 4.6.2003

Em suma, compreende-se como descabida a sujeição à prévia licitação nos moldes de Lei nº 8.666/1993 “quando se identifica que a concorrência da empresa estatal no mercado (i) é necessária para que sejam atingidas as finalidades da sua atuação e (ii) pode ser afetada de modo negativa se imposta essa exigência” (HAIKAL, 2013, p. 442).

Finalmente, a despeito de o posicionamento majoritário assegurar que o futuro estatuto jurídico a que se refere o artigo 173 aplicar-se-á tão somente às empresas estatais exploradoras de atividade econômica - especialmente, quando do exercício de atividades-meio ou atividades-fim que não prejudiquem a competitividade -, e jamais àquelas que prestam serviços públicos, vale abordar interessante questão que leva em conta não a prestação em si do serviço público, mas sim o fator da competitividade.

Sem maiores delongas, não é novidade que a competição não é exclusividade de serviços prestados no âmbito da iniciativa privada, é dizer: existe competição na prestação de serviços públicos, fato esse que corrobora para a efetivação do essencial princípio da eficiência administrativa.

O prejuízo à competitividade seria fator suficiente para a inexigibilidade de licitação também para esses casos em que há prestação de serviço público e não somente para as atividades-fim das empresas estatais exploradoras de atividades econômicas. É caso em que uma estatal - seja prestadora de serviço público ou não -, ao disputar a preferência do usuário, necessita de mecanismos jurídicos que garantam competitividade com as empresas privadas do ramo.

Marçal Justen Filho, na obra “Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, adota o critério esposado e alega que a diferenciação de regimes jurídicos aplicáveis às prestadoras de serviço e às exploradoras de atividades econômicas enfrenta dificuldades no presente, eis que apenas as segundas estariam desobrigadas a licitar em determinadas situações e submetidas ao futuro estatuto do artigo 173, § 1º, da CF. Sobre assunto, argumenta que

(...) existe entendimento no sentido de que a distinção entre serviço público e atividade econômica é problemática e tende a ser superada. A ponderação não é destituída de procedência, eis que muitas atividades econômicas são altamente reguladas e desempenhadas em condições similares às do serviço público. Por outro lado, muitas atividades de serviço público são desempenhadas em regime de competição. Isso não autoriza, no entanto, ignorar que a Constituição diferenciou as duas figuras e lhes reservou disciplina jurídica distinta. Talvez a evolução do ordenamento jurídico propicie a superação da distinção entre serviço

público e atividade econômica. No presente, o direito vigente adota essa diferenciação e lhe atribui efeitos relevantes.<sup>21</sup>

Resumidamente, infere-se dessa nova concepção que “O fator fundamental não será se a contratação se vincula à prestação de serviço público ou à exploração de atividade econômica, mas se está sujeita à competição e esta pode ser prejudicada de modo essencial pela exigência de licitação” (PEREIRA, 2013, p. 444).

Tecidas essas considerações, conclui-se que as empresas estatais que atuam na exploração de atividade econômica são pessoas jurídicas de direito privado que obedecem um regime jurídico híbrido, ou seja, quando silente a lei, seguem as normas de direito privado e, quando expressamente determinado pelo ordenamento jurídico, submetem-se às normas de direito público.

Não se pode olvidar que não cabe ao Estado explorar atividades econômicas quando julgar conveniente ou oportuno. Essa prerrogativa não está no âmbito de discricionariedade administrativa, pois as atividades de exploração econômica estão restritas aos casos em que a exploração seja necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

Ressalta-se ainda que, enquanto não editada lei específica que trate do estatuto jurídico das empresas estatais, nos moldes do artigo 173, § 1º, da CF, essas deverão se submeter a Lei nº 8.666/1993, a não ser nas hipóteses em que o procedimento licitatório expresso no citado diploma legal traga prejuízos intransponíveis à atuação no mercado.

Por fim, e de acordo com um pensamento mais contemporâneo sobre o assunto, menciona-se que o critério de submissão da estatal à Lei de Licitações e Contratos não seria se a empresa explora atividade econômica ou presta serviço público, mas sim se há competitividade no ramo que a estatal atua, de forma que as contratações pela empresa não poderiam ser prejudicados tão somente pelo fato de se tratar de uma estatal prestadora de serviços públicos.

---

<sup>21</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Revista dos Tribunais, 16ª Edição, São Paulo, 2014, p.33-34.

## CAPÍTULO 2: O CASO DA PETROBRAS

### 2.1. A Petrobras e o regime monopolista relacionado à exploração do petróleo

Em 1951, o Presidente Getúlio Vargas propôs a criação de uma sociedade de economia mista, com o objetivo de acelerar a exploração e o desenvolvimento dos recursos petrolíferos brasileiros. Após 22 (vinte e dois) meses de discussão no Congresso Nacional, foi autorizada a criação da Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras<sup>22</sup>) com a promulgação da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953 (ALMEIDA, 1993, p. 33).

A Petrobras é uma sociedade anônima, tem como acionista majoritário a União<sup>23</sup> e é vinculada ao Ministério de Minas e Energia<sup>24</sup>. Trabalha nos setores de exploração e produção, refino, comercialização, transporte, petroquímica, distribuição de derivados, gás natural, energia elétrica, gás-química e biocombustível. De 1954 a 1997, a Estatal atuou em atividades relacionadas ao petróleo sob o regime de monopólio.

A Lei nº 2.004/1953, além de criar a Petrobras, estabeleceu, no artigo 1º, o monopólio da União sobre a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e outros hidrocarbonetos fluídos e gases raros, a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados de petróleo produzidos no País, e bem como o transporte, por meio de condutos, de petróleo bruto e seus derivados, assim como de gases raros de qualquer origem. Esse monopólio, nos termos da lei, seria exercido pela União, por meio do Conselho Nacional do Petróleo (CNP) – órgão de orientação e fiscalização -, e por intermédio da Petrobras e de suas subsidiárias, atuantes como órgãos de execução.

---

<sup>22</sup> Observação: O acento do acrônimo (Petrobrás) foi retirado em meados dos anos 90, com o objetivo de facilitar a entrada da Estatal no mercado internacional. (MARTINS, 2006, p. 9)

<sup>23</sup> Lei nº 9.478/1997: Art. 62. A União manterá o controle acionário da PETROBRÁS com a propriedade e posse de, no mínimo, cinquenta por cento das ações, mais uma ação, do capital votante.

<sup>24</sup> Lei nº 9.478/1997: 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 fluídos, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins, conforme definidas em lei.

A exploração do petróleo e das atividades relacionadas a esse produto sempre foram objeto de controle pelo Estado, inicialmente por meio do CNP, criado pelo Decreto-Lei nº 395, de 29 de abril de 1938. O controle Estatal, em seguida, foi exercido pelo Departamento Nacional de Combustíveis (DNC) – criado pelo Decreto-Lei nº 99.180/1990 -, e atualmente, as atividades relacionadas ao monopólio do petróleo são reguladas pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) – criada pela Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 (MARTINS, 2006, p. 14-15).

O monopólio sobre as atividades de pesquisa e de lavra passaram a constar do texto constitucional em 1967. E, em 1988, a Constituição Cidadã, a despeito de privilegiar a liberdade de iniciativa e a livre concorrência, manteve, na redação original do artigo 177, as atividades relacionadas à exploração petrolífera sob o regime de monopólio da União. Foi com Emendas Constitucionais aprovadas durante o período da Reforma Administrativa, que se verificou a progressiva abertura de mercado no ramo.

A Emenda Constitucional nº 5, de 15 de agosto 1995, possibilitou a concessão a empresas privadas da exploração de distribuição de gás canalizado, o que antes era apenas permitido se fosse diretamente pelo Estado ou por concessão a empresa estatal. Após essa mudança, várias foram as alterações que as sucessivas emendas ao texto constitucional trouxeram à ordem econômica do país.

Destaque-se, dentre elas, a EC nº 9<sup>25</sup>, de 9 de novembro de 1995, que oportunizou que empresas privadas realizassem atividades relacionadas à exploração do petróleo até então monopolizadas pela União. Essa Emenda Constitucional estabeleceu que a lei determinaria as condições de contratações das empresas que desenvolveriam as atividades expostas nos incisos I a V do artigo 177.

<sup>25</sup> 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006)

§ 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

II - as condições de contratação; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

§ 3º A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional. (Renumerado de § 2º para 3º pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

As principais justificativas para tanto, segundo a Exposição de Motivos nº 39<sup>26</sup>, de 16 de fevereiro de 1995, seriam a atração de capitais privados para determinadas atividades, a expansão de investimentos e um projeto econômico de desenvolvimento social “compatível com a construção de uma economia mais aberta, dinâmica e competitiva” (BRASIL, 1995, p. 3.247).

Com a mudança constitucional, o “monopólio Estatal já não significa a existência de apenas um agente econômico no mercado; o que se tem é a União Federal como detentora do poder de permitir a atuação de empresas estatais e privadas no mercado, da forma que for disposta por lei federal” (MARTINS, 2006, p.27).

Ainda sobre as decorrências da EC nº 9/1995, Alexandre Santos Aragão, em artigo intitulado “As Concessões E Autorizações Petrolíferas e o Poder Normativo da Agência Nacional Do Petróleo”, afirmou que o setor petrolífero foi dos mais atingidos pela reforma administrativa.

Após décadas de uma única empresa pública atuante no ramo, encontrar dificuldades pelo ineditismo do modelo adotado em relação aos demais países não poderia ser mais previsível. Isso porque a Petrobras continuou a existir, porém, com a Lei que veio regulamentar a relativização do monopólio do petróleo, foi criada uma agência reguladora, com competências para assinar contratos de exploração e produção, bem como para emitir autorizações (ARAGÃO, 2002, p. 171).

O Brasil passou a apresentar, portanto, um sistema de intervenção misto, eis que o Estado mantém o exercício da atividade econômica através da Petrobras e, simultaneamente, permite a exploração de atividades relacionadas à exploração do petróleo a empresas privadas, de modo a incentivar a concorrência e a competitividade.

Para implementar as modificações geradas pela EC nº 9/1995 e, conseqüentemente, possibilitar a empresas privadas o exercício de atividades ligadas à exploração petrolífera, foi editada a Lei nº 9.478/1997. O diploma passou a dispor sobre política energética nacional e atividades relativas ao monopólio do petróleo, assim como instituiu o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo.

A partir da quebra do monopólio e da busca pelo crescimento da empresa que começaria a atuar em concorrência, a Petrobras atingiu maior autonomia empresarial e

---

<sup>26</sup> Disponível em [http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/EmendasConstitucionais/EC9/Camara/EC009\\_cam\\_20021995\\_ini.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/EmendasConstitucionais/EC9/Camara/EC009_cam_20021995_ini.pdf). Acesso em 4 de agosto de 2015.

ampliou seus negócios. Em 1998, a Estatal posicionava-se como a décima quarta maior empresa de petróleo do mundo e a sétima maior entre as empresas de capital aberto<sup>27</sup>, segundo a pesquisa sobre a atividade da indústria do petróleo divulgada pela publicação *Petroleum Intelligence Weekly*.

Classificada como a nona maior companhia de energia do mundo, com base no valor de mercado pela *IHS Energy*<sup>28</sup>, costuma figurar em rankings<sup>29</sup> de marcas brasileiras mais valiosas e receber destaque internacional devido ao desenvolvimento tecnológico<sup>30</sup>. Atualmente, é a líder no setor petrolífero no Brasil e está presente em mais 17 (dezessete) países.<sup>31</sup>

## **2.2. As características do procedimento licitatório da Petrobras**

### **a) Aspectos gerais do Decreto**

Como exposto, em atenção à alteração política no regime do petróleo foi editada a Lei nº 9.478/1997, que veio implementar as medidas trazidas na EC nº 9/1995, e, portanto, regulamentar os §§ 1º e 2º do artigo 177 da Constituição, além de abranger demais providências relacionadas à política energética brasileira. O diploma reservou o Capítulo IX, intitulado “A Petrobras”, para tratar sobre questões conceituais, abertura do setor ao caráter de livre competição<sup>32</sup>, instituição de subsidiárias e contratações. É sobre esse último ponto que será dedicado o presente tópico.

Por oportuno, note-se que a EC nº 19/1998 – a qual determinou que a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa exploradora de atividade econômica acerca de licitação e de contratação – foi editada exatamente entre a promulgação da Lei nº 9.478/1997 e a expedição do Decreto nº 2.745/1998.

---

<sup>27</sup> Informações disponíveis em: <http://exposicao60anos.agenciapetrobras.com.br/de cada-1990.php>. Acesso em 13 de agosto de 2015.

<sup>28</sup> Informações disponíveis em: <https://www.ihs.com/info/en/a/energy50/index.html>. Acesso em 4 de agosto de 2015.

<sup>29</sup> Informações disponíveis em: <http://www.rankingmarcas.com.br>. Acesso em 4 de agosto de 2015.

<sup>30</sup> Informações disponíveis em: <http://presal.hotspotspetrobras.com.br/tecnologias-pioneiras/#2>. Acesso em 4 de agosto de 2015.

<sup>31</sup> Informações disponíveis em: <http://www.petrobras.com.br/pt/quem-somos/perfil/> Acesso em 4 de agosto de 2015.

<sup>32</sup> Lei nº 9.498/1998. Artigo 61. § 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.



A necessidade de um regime de licitação diferenciado para Petrobras, ou melhor, “simplificado” – para usar o termo legal -, derivava da particular circunstância de abertura de mercado e, por conseguinte, da necessidade de agilidade para se mostrar competitividade perante as concorrentes. “Na avaliação do constituinte derivado que aprovou a EC nº 19/1998, porém, essa necessidade generalizou-se para todas as sociedades de economia mista” (BARROSO, 2006, p. 11).

Pois bem, o artigo 67 da Lei nº 9.478/1997 prevê que “Os contratos celebrados pela PETROBRÁS, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República”. O regulamento de contratações a que se refere esse artigo foi aprovado pelo Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998.

Como se vê, o dispositivo supramencionado não estabeleceu qualquer norma acerca do procedimento de licitação ao qual a Estatal iria se submeter, de forma a possibilitar ampla margem de atuação para o Poder Executivo “regulamentar” a questão. Trata-se, inegavelmente, de uma espécie de delegação legislativa ao transferir a inteireza do procedimento licitatório da Estatal ao Executivo, por meio de decreto – norma fundamentalmente regulatória.

Para o que ora importa, este tópico limitar-se-á a expor e analisar características do procedimento licitatório em questão. A partir de uma investigação geral do Decreto nº 2.745/1998, percebe-se que o ato não é muito inovador quando comparado com a Lei nº 8.666/1993.

Para ilustrar alguns dos empréstimos da Lei nº 8.666/1993, chama-se atenção às modalidades licitatórias trazidas pelo Decreto. Nesse aspecto, o Decreto nº 2.745/1998 não trouxe inovações quando comparado com a Lei de Licitações e Contratos, foram mantidas no item 3.1 as modalidades apresentadas no artigo 22 da Lei de Licitações e Contratos: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão.

Segundo o item 1.2 do Decreto em comento, certamente inspirado no artigo 3º da Lei nº 8.666/1993, a licitação tem por objetivo selecionar a proposta mais vantajosa para a realização da obra, do serviço ou do fornecimento pretendido pela Estatal. Os princípios típicos da Administração Pública, como a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade, a igualdade, a vinculação ao instrumento convocatório e ao julgamento da proposta deverão ser obedecidos.

Exige-se, no item seguinte, a aprovação do projeto básico para a licitação de obra ou de serviço, o qual deverá trazer definições acerca das características, das referências, bem como dos demais elementos necessários para a realização do trabalho. As compras somente poderão ser feitas se especificados os objetos e indicados os recursos financeiros necessários ao pagamento (item 1.4).

No entanto, as compras segundo o Decreto nº 2.745/1993 deverão seguir como balizadores: o princípio da padronização, condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado e definições das unidades e quantidades calculadas em função de prováveis consumo e utilização.

#### **b) A revogação da licitação, a recusa da adjudicação e o cancelamento ou a suspensão do registro cadastral**

Ao averiguar o disposto no item 1.7<sup>33</sup>, verifica-se que a Estatal teria o direito de, antes da assinatura do contrato, revogar a licitação ou recusar a adjudicação a firma que, em contrato anterior, tenha revelado algum tipo de incapacidade, a critério exclusivo da Petrobras e sem a exigência de motivação por parte da Estatal. Frise-se que, desse “direito potestativo” nenhum dos participantes terá direito à reclamação ou à indenização de qualquer tipo, de acordo com a previsão do Decreto.

Indubitavelmente, a norma em apreço viola a um só tempo os princípios da ampla defesa e do contraditório – consagrados no artigo 5º, LV, da CF. Nas palavras do Procurador do Estado do Rio de Janeiro Villela Souto: “não se nega a possibilidade de revogação da licitação. O que se destaca é a motivação da decisão e a garantia aos interessados do direito à ampla e prévia defesa, bem como ao contraditório” (SOUTO, 2010, p. 790).

No que tange à necessidade de motivação “clara e congruente”<sup>34</sup> - elemento imprescindível à Administração Pública em casos em que há decisão em processos administrativos de seleções públicas, consoante expõe o artigo 50 da Lei nº 9.784, de 29.01.1999 -, cumpre fazer um paralelo com o artigo 49<sup>35</sup> da Lei nº 8.666/1993.

---

<sup>33</sup> Decreto nº 2.745/1998. Item 1.7: O ato de convocação da licitação conterà, sempre, disposição assegurando à PETROBRÁS o direito de, antes da assinatura do contrato correspondente, revogar a licitação, ou, ainda, recusar a adjudicação a firma que, em contratação anterior, tenha revelado incapacidade técnica, administrativa ou financeira, a critério exclusivo da PETROBRÁS, sem que disso decorra, para os participantes, direito a reclamação ou indenização de qualquer espécie.

<sup>34</sup> Artigo 50, *caput*, Lei nº 9.784/1999

<sup>35</sup> Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

O dispositivo mencionado da Lei de Licitações e Contratos condiciona o exercício da discricionariedade da Administração à existência de motivação que exponha “fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para anular tal conduta”, no teor da lei. Além disso, o §3º do artigo assegura o contraditório e a ampla defesa, em casos que desfeito o processo licitatório. O decreto, ao contrário,

(...) menciona critérios exclusivos da Petrobras que, sem a devida motivação, podem acarretar a prática de arbitrariedade e vulneração ao próprio princípio da impessoalidade, na medida em que se autoriza o afastamento de empresas em razão de incapacidade demonstrada em contratações anteriores por critérios que são pouco claros.<sup>36</sup>

Frise-se que, a despeito de o item 1.7 assegurar a possibilidade de a Petrobras revogar a licitação ou, ainda, recursar a adjudicação em firma, “sem que disso decorra, para os participantes, direito a reclamação ou indenização de qualquer espécie”, no âmbito da Administração Pública, essa conduta é condenada.

A partir da leitura do artigo 49 da Lei nº 8.666/1993, percebe-se que não há impedimento para que se proceda à indenização capaz de suprir os gastos que o particular teve na legítima esperança de contratar com a Administração Pública nos casos em que revogado o certame. A opinião é partilhada pela jurisprudência<sup>37</sup> e pela doutrina, em geral. Nesse sentido, vale conferir o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

151. Entendemos que, com ou sem previsão legal, o licitante vencedor cuja proposta haja sido satisfatória terá, no caso de revogação lícita, direito a ser indenizado pelas despesas em que incorreu para disputar o certame. Com efeito, se a Administração exige seriedade dos concorrentes e firmeza em suas propostas, não pode, depois, mesmo socorrida por razões de interesse público, deixar de atuar com seriedade e honrar a firmeza da convocação que fez, ignorando os gastos em que incorreu aquele que venceu o certame apresentado oferta satisfatória. Se a revogação for ilícitamente efetuada e, por qualquer razão, não mais existirem meios de assegurar a efetivação do contrato, aquele que teria direito a ele fará jus a uma indenização que acoberte, já agora, não apenas as despesas que efetuou para disputar o certame, mas também o que perdeu e deixou de ganhar em decorrência do ato ilícito que lhe frustrou os proveitos que auferiria com o contrato.<sup>38</sup>

§ 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

§ 4º O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

<sup>36</sup> Op. cit. p. 791

<sup>37</sup> Nesse sentido: STJ, MC 11.055/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16.05.2006, DJ 08.06.2006.

<sup>38</sup> Op. Cit. p. 622

Fica claro, do exposto, que o item 1.7 vai de encontro a todas essas orientações que têm como objetivo prestigiar a segurança jurídica, a ampla defesa e o contraditório, ao não garantir a motivação necessária por parte da Estatal quando da prolação de decisão no procedimento licitatório e sequer o direito de defesa do licitante.

De fato, a ampla defesa e o contraditório não são princípios privilegiados pelo Decreto nº 2.745/1998. Outra violação a essas diretrizes é encontrada nos itens 4.9<sup>39</sup> e 4.9.1<sup>40</sup>, que autorizam o cancelamento ou a suspensão da inscrição no registro cadastral da Petrobras mediante decisão de “qualquer Diretor, ou pela Diretoria da Petrobrás”.

É evidente que tal restrição prejudica o acesso às contratações a serem realizadas no âmbito da Petrobras, não é por menos essas limitações demandariam a observação dos princípios insculpidos no artigo 5º, LV, da CF.

Neste ponto, interessa também dar relevo ao princípio da impessoalidade. A Petrobras, como sociedade de economia mista cujas ações são majoritariamente controladas pela União, deve-se atentar a esse princípio na medida em que manuseia o patrimônio público.

O conteúdo do Decreto, ao possibilitar que qualquer Diretor ou que a Diretoria da Estatal cancelem ou suspendam a inscrição, impacta significativamente nos parceiros privados da Estatal, o que pode acabar por negligenciar o interesse público, eis que entidades privadas que ofereçam condições mais vantajosas para a Administração são facilmente afastadas dos procedimentos licitatórios.

### **c) A modalidade convite**

Matéria de reconhecida polêmica no Decreto diz respeito à modalidade licitatória “Convite”. Isso porque não há obrigatoriedade para que o convite seja publicado. Além disso, diferentemente da Lei nº 8.666/1993<sup>41</sup>, o Decreto nº

---

<sup>39</sup> Decreto nº 2.745/1998. 4.9 A suspensão da inscrição será feita pela unidade encarregada do Cadastro, por iniciativa própria ou mediante provocação de qualquer unidade da PETROBRÁS. O cancelamento da inscrição será determinado por qualquer Diretor, ou pela Diretoria da PETROBRÁS no caso da letra " b " do subitem anterior, com base em justificativa da unidade administrativa interessada.

<sup>40</sup> Decreto nº 2.745/1998. 4.9.1 O ato de suspensão, ou de cancelamento, que será comunicado, por escrito, pela unidade encarregada do Cadastro, fixará o prazo de vigência e as condições que deverão ser atendidas pela firma, para restabelecimento da inscrição.

<sup>41</sup> Lei nº 8.666/1993. Artigo 22. § 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

2.745/1998, no item 3.1.3<sup>42</sup>, elimina a obrigatoriedade de extensão do convite aos demais cadastrados que manifestem interesse em participar da licitação com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas. Tal fato exclui a possibilidade de determinada pessoa física ou jurídica, pertencente ao ramo e interessada em participar do certame, contratar com a Petrobras nessa situação, o que afronta os princípios da impessoalidade e da isonomia.

E, como isso já não fosse o suficiente para possibilitar esquemas de fraudes licitatórias, deve-se atentar ao fato de que tal modalidade, assim como as demais expressas no Decreto, não impõe limites de valores.

A escolha das modalidades, cabe esclarecer, é orientada pelos critérios apresentados no item 3.3<sup>43</sup>, dentre eles: participação ampla dos detentores da capacitação, especialidade ou conhecimento pretendidos; satisfação dos prazos ou características especiais da contratação; garantia e segurança dos bens e serviços a serem oferecidos. Em outras palavras, as modalidades licitatórias a serem utilizadas são definidas de acordo com critérios que muitas vezes fogem à objetividade.

Na ausência de critérios objetivos e de referências de valores, a Petrobras faz uso indiscriminado do convite e é praticamente autorizada a convidar a participar do certame quem quiser. Inegável é a violação aos princípios da livre concorrência e da impessoalidade.

Para ilustrar a situação descrita, vale conferir o caso do Recurso Especial nº 772.505/RJ<sup>44</sup>, de relatoria do Ministro Herman Benjamin. A Ação Ordinária nº 2003.01.090576-0, que deu origem a esse REsp, foi ajuizada pela LM Tratamento de Resíduos Ltda. contra a Petrobras. Em linhas gerais, a lide consistia no fato de que a Estatal promoveu licitação na modalidade convite para a contratação de serviços de coleta e seleção de tratamento de resíduos derivados de atividade de exploração de

---

<sup>42</sup> Decreto nº 2.745/1998. 3.1.3. CONVITE - é a modalidade de licitação entre pessoas físicas ou jurídicas, do ramo pertinente ao objeto, em número mínimo de três, inscritas ou não no registro cadastral de licitantes da PETROBRÁS.

<sup>43</sup> Decreto nº 2.745/1998. Item 3.3: Para a escolha da modalidade de licitação serão levados em conta, dentre outros, os seguintes fatores:

- a) necessidade de atingimento do segmento industrial, comercial ou de negócios correspondente à obra, serviço ou fornecimento a ser contratado;
- b) participação ampla dos detentores da capacitação, especialidade ou conhecimento pretendidos;
- c) satisfação dos prazos ou características especiais da contratação;
- d) garantia e segurança dos bens e serviços a serem oferecidos;
- e) velocidade de decisão, eficiência e presteza da operação industrial, comercial ou de negócios pretendida;
- f) peculiaridades da atividade e do mercado de petróleo;
- g) busca de padrões internacionais de qualidade e produtividade e aumento da eficiência;
- h) desempenho, qualidade e confiabilidade exigidos para os materiais e equipamentos;
- i) conhecimento do mercado fornecedor de materiais e equipamentos específicos da indústria de petróleo, permanentemente qualificados por mecanismos que verifiquem e certifiquem suas instalações, procedimentos e sistemas de qualidade, quando exigíveis.

<sup>44</sup> STJ, REsp 772.505/RJ, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03.09.2009, DJe 15.12.2009

petróleo. Esse serviço, segundo os autos, demandam conhecimento de alta tecnologia e exigem elevada remuneração para a contratação.

O valor do contrato para a execução da atividade licitada era de R\$ 37.077.547,64 (trinta e sete milhões setenta e sete mil e quinhentos e quarenta e sete mil reais e sessenta e quatro centavos) e a modalidade licitatória escolhida pela Estatal, frise-se, foi convite. A Autora, entre outros pedidos, requereu, em sede de antecipação de tutela, fosse suspenso o procedimento licitatório realizado, uma vez que ele violaria os princípios da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da igualdade. A medida de urgência foi deferida pelo juízo de 1º grau e, em seguida, mantida pelo Tribunal, que analisou o agravo de instrumento interposto pela Petrobras.

Em sede de mérito, o Superior Tribunal de Justiça, entendeu que não seria possível examinar as alegadas irregularidades no procedimento licitatório quanto à modalidade convite, nem quanto à questão de publicidade. Neste ponto, portanto, foi mantida a decisão exarada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

O caso foi exposto com o objetivo de realizar uma comparação com o convite do Decreto e o da Lei nº 8.666/1993. Para que a modalidade convite seja utilizada de acordo com a Lei nº 8.666/1993, as obras e os serviços de engenharia não poderão exceder o valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) e as compras e os serviços não abrangidos pelos de engenharia deverão ser de no máximo R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), consoante informa o artigo 23, I, “a” e II, “a”. Por mais que os referenciais de valores das modalidades licitatórias possam estar desatualizados, vez que foram alterados em 1998, eles expressam critérios de escolha objetivos.

O convite prevê que a entidade a licitar escolha no mínimo 3 (três) potenciais interessados em participar do certame. A faculdade de escolha, por si só, pode oferecer riscos à moralidade e à isonomia, e a eleição de determinados licitantes e a exclusão de outros, de acordo com critérios meramente subjetivos, poderia caracterizar desvio de finalidade (JUSTEN FILHO, 2014, p. 353). Ocorre que, no caso do Decreto nº 2.745/1998 o cenário é ainda agravado pelo uso indiscriminado da modalidade.

Por mais que o procedimento licitatório da Petrobras utilize as normas desse ato e não os valores da Lei de Licitações e Contratações, o Decreto também traz princípios constantes da Lei nº 8666/1993 e está adstrito aos princípios típicos da

Administração Pública do artigo 37, da CF, que provavelmente afastariam a escolha do convite para contratações em montantes tão altos.

#### **d) A firma, o produtor ou o representante comercial exclusivo**

No mais, o item 2.3.2<sup>45</sup>, que traz o conceito de firma, produtor ou representante comercial exclusivo pode gerar ambiguidade na interpretação. Segundo o item, produtor, firma ou representante comercial exclusivo é o único a explorar a atividade no local da contratação ou território nacional, ou, ainda, o único que esteja registrado no cadastro de licitantes da Petrobras.

Da leitura dessa parte final do item, depreende-se que um representante comercial exclusivo não necessariamente seria o único a exercer a atividade no local/território nacional, mas poderia ser aquele que, mesmo atuando em concorrência na atividade, é o único que obteve seu cadastro junto ao registro da Petrobras.

À redação, inegavelmente, pode ser dada uma interpretação duvidosa capaz de violar princípios como o da isonomia e o da impessoalidade. Não poderia ser diferente, uma vez que a qualidade de exclusividade afasta a exigibilidade de licitação, como atesta o item 2.3, “a”<sup>46</sup> do Decreto. Por essa razão é necessário que averigüe se o fornecedor ou o representante exerce de fato a atividade com exclusividade, isto é, não basta que seja o único cadastrado nos registro da Petrobras.

A inexigibilidade de licitação apenas pode ocorrer em hipóteses em que não há viabilidade fática ou jurídica de competição, de modo a sempre privilegiar a diretriz contida no artigo 37, inciso XXI, da CF, bem como os demais princípios que decorrem da busca pelo procedimento licitatório competitivo e igualitário. A importância de investigar a factual exclusividade do representante, fornecedor ou produtor é tanta que o Tribunal de Contas da União sumulou, em 2010, o entendimento de que

Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público, responsável pela contratação, a adoção das providências necessárias para

---

<sup>45</sup> Decreto nº 2.745/1998. Item 2.3.2. Considera-se como produtor, firma ou representante comercial exclusivo, aquele que seja o único a explorar, legalmente, a atividade no local da contratação, ou no território nacional, ou o único inscrito no registro cadastral de licitantes da PETROBRÁS, conforme envolva a operação custo estimado nos limites de convite, concorrência ou tomada de preços.

<sup>46</sup> É inexigível a licitação, quando houver inviabilidade fática ou jurídica de competição, em especial:  
a) para a compra de materiais, equipamentos ou gêneros que possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca;

confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade.<sup>47</sup>

Portanto, é de competência do gestor verificar a alegada exclusividade da empresa que se declare como a única fornecedora/produzora de determinado serviço ou bem. Quando isso ocorre, restaria afastada a licitação, porquanto inexistentes concorrentes no ramo. A contratação, assim, seria realizada de forma direta.

Desta feita, inviável definir como representante exclusivo aquele único inscrito no registro de licitantes da Petrobras, se não houver apurada pesquisa que comprove a exclusividade.

### **e) A regência das contratações pelo direito privado**

Ao seguir para o item 7.1.1 verifica-se que os contratos da Estatal serão regidos por “normas de direito privado e pelo princípio da autonomia da vontade, ressalvados os casos especiais, obedecerão a minutas padronizadas, elaboradas com a orientação do órgão jurídico e aprovadas pela Diretoria”.

Essa disposição, aparentemente, seria justamente o que a Petrobras buscaria ao seguir um Decreto próprio que a afastasse da Lei nº 8.666/1993, uma vez que a Estatal se sujeita “ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”<sup>48</sup>, atua em mercado de livre concorrência e não pode gozar de privilégios fiscais não extensíveis às empresas privadas.

Ocorre que, o Decreto prevê cláusulas que são típicas da relação vertical que muitas vezes a Administração trava com a entidade privada a fim de alcançar o interesse público. Trata-se de cláusulas que não são típicas de uma relação contratual celebrada entre particulares, porquanto um está em patamar distinto do outro, com direito a prerrogativas asseguradas somente ao Poder Público.

O já citado Autor Marcos Juruena Villela Souto anuncia essa ausência de horizontalidade nos contratos da Petrobras da seguinte forma:

(...) o próprio decreto prevê uma série de prerrogativas incompatíveis com a horizontalidade de uma relação tipicamente privada, conferindo à Petrobras a possibilidade de utilizar cláusulas exorbitantes típicas de um contrato administrativo, e não de um contrato regido pelo Direito Privado.

---

<sup>47</sup> Súmula nº 255/TCU

<sup>48</sup> Artigo 173, § 1º, II, da CF.



É o que se vê, por exemplo, dos itens 7.3 e 7.3.1 do decreto, que preveem a possibilidade da aplicação ao contratado, chegando a autorizar a rescisão do contrato, em modelo que muito se aproxima das disposições da Lei nº 8.666/93.

Em sendo a Petrobras uma sociedade de economia mista que integra a Administração Pública federal indireta, é natural que se sujeite a algumas derrogações do regime de direito público, como, por exemplo, o dever de licitar, de realizar concurso público e de ser fiscalizada em suas contas.<sup>49</sup>

Os itens mencionados dizem respeito aos motivos para rescisão do contrato (7.3.1)<sup>50</sup> e à possibilidade de aplicação de sanções - sem prejuízo de rescisão, consequências contratuais e legais - quando da inexecução total ou parcial do contrato (7.3)<sup>51</sup>. Particularmente, discorda-se do Autor sobre a afirmação de que a cláusula 7.3.1 demonstraria uma relação de supremacia da Estatal com o contratado, afinal, instrumentos celebrados entre particulares geralmente trazem as situações capazes de romper essa relação. A questão em pauta não é a leitura solitária do item em comento, mas sim, a interpretação da cláusula com o item 7.3.

As sanções trazidas no item 7.3 são objeto de crítica pelo Autor em razão de muito se assemelharem àquelas expostas no artigo 87<sup>52</sup> da Lei nº 8.666/1993. As diferenças, basicamente, consistem na garantia de prévia defesa do contrato pela Lei de Licitações e Contratos e que essa, além de poder declarar a inidoneidade do contrato, abrange todo o âmbito da Administração Pública; enquanto que o Decreto nº 2.745/1998 restringe as sanções às contratações com a Petrobras, como era de se esperar.

<sup>49</sup> Op. Cit. p. 793

<sup>50</sup> Os contratos regidos por este Regulamento poderão ser alterados, mediante acordo entre as partes, principalmente nos seguintes casos:

- a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
- b) quando necessária a alteração do valor contratual, em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, observado, quanto aos acréscimos, o limite de vinte e cinco por cento do valor atualizado do contrato;
- c) quando conveniente a substituição de garantia de cumprimento das obrigações contratuais;
- d) quando necessária a modificação do regime ou modo de realização do contrato, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;
- e) quando seja comprovadamente necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, respeitado o valor do contrato.

<sup>51</sup> A inexecução total ou parcial do contrato poderá ensejar a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei, além da aplicação ao contratado das seguintes sanções:

- a) advertência;
- b) multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;
- c) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a PETROBRÁS, por prazo não superior a dois anos;
- d) proibição de participar de licitação na PETROBRÁS, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação, perante a própria autoridade que aplicou a pena.

<sup>52</sup> Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

- I - advertência;
- II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;
- III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;
- IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

As sanções expostas no bojo do artigo 87, Lei nº 8.666/1993, classificadas como penalidades administrativas, configuram uma aproximação ao regime jurídico penal, de acordo com Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, 2014, p. 1138). Assim como a Lei de Licitações e Contratos, o item 7.3 contemplou um rol de sanções sem definir com clareza as hipóteses de aplicação de cada uma.

Observa-se, primeiramente, que a falta de especificação acerca de qual situação exatamente ensejará a adoção de qual medida, acaba por tornar inócuas essas providências. Isso porque não se mostra compatível com o texto constitucional remeter à discricionariedade administrativa a escolha das infrações e das medidas que serão eleitas para puni-las.

Essa falha de redação em ambos atos normativos, em verdade não é a única razão da crítica. O que acontece também é que a possibilidade de a Administração Pública aplicar as sanções do artigo 87, Lei nº 8.666/1993, advém das prerrogativas especiais que o regime jurídico de contratos administrativos detêm, descritas no artigo 58<sup>53</sup>. As prerrogativas se justificam na medida em que as finalidades buscadas pela atividade administrativa não poderiam ser satisfatoriamente atingidas se houvesse aplicação do regime jurídico de direito privado (JUSTEN FILHO, 2014, p. 962).

No que tange à aplicação de sanções, o Autor aduz que, ao contrário do que se verifica nos contratos privados, a Administração Pública pode impor sanções pelo inadimplemento – total ou parcial – do contrato, em atenção à característica de autoexecutoriedade dos contratos administrativos. Ora, dessa assertiva pode-se inferir que o Decreto nº 2.745/1998 contém contrariedade ao afirmar que os contratos da Petrobras serão regidos por normas de direito privado e, ao mesmo tempo, prever a possibilidade de aplicação de sanções típicas da seara dos contratos administrativos.

Ressalva-se, porém, que dentre as prerrogativas típicas dos contratos administrativos, incluem-se aquelas de alteração unilateral pela Administração a fim de melhor atender ao interesse público, tais como as cláusulas exorbitantes apresentadas no artigo 65 da Lei de Licitações e Contratos.

---

<sup>53</sup> Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

Sobre esse ponto, o Decreto nº 2.745/1998 não exhibe a possibilidade de a Estatal, unilateralmente, alterar as cláusulas contratuais. Pelo contrário, há expressa disposição (item 7.2<sup>54</sup>) no sentido de que os contratos poderão ser alterados mediante o acordo entre as partes em situações específicas. Essa previsão atende ao item 7.1.1 do Decreto, que estabelece a obediência às normas de direito privado nas contratações da Petrobras.

#### **f) A ausência de controle de aceitabilidade dos preços global e unitário**

Merece destaque o fato de o Decreto nº 2.745/1998 não estabelecer mecanismos de controle de aceitabilidade dos preços global e unitário. Ao fazer um paralelo com o artigo 7º, §2º<sup>55</sup>, II, da Lei nº 8.666/1993 comprova-se que a Lei de Licitações e Contratos fixa condicionantes obrigatórios e sucessivos para a abertura de licitações de obras e serviços, tais como: projeto básico aprovado e disponível para os concorrentes e orçamento detalhado em planilhas com os custos unitários e previsão de recursos unitários capazes de garantir o pagamento das obrigações.

A importância dessas condicionantes é enorme para uma contratação bem planejada e principalmente bem sucedida, consoante enfatiza Marçal Justen Filho nas palavras seguintes:

Proíbe-se a aplicação de recursos públicos ou empreendimentos com dimensões não estimadas ou estimadas em perspectivas irreais, inexecutáveis, onerosas ou não isonômias, não poderá ser desencadeado um empreendimento sem serem cumpridas todas as exigências prévias. Nem sequer poderá iniciar-se a licitação sem o cumprimento de tais requisitos, que se inserem na fase interna da atividade administrativa.  
(...) A ausência de planejamento adequado é a principal causa de problemas no relacionamento contratual. Mais grave ainda é o risco de

<sup>54</sup> Os contratos regidos por este Regulamento poderão ser alterados, mediante acordo entre as partes, principalmente nos seguintes casos:

- a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
- b) quando necessária a alteração do valor contratual, em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, observado, quanto aos acréscimos, o limite de vinte e cinco por cento do valor atualizado do contrato;
- c) quando conveniente a substituição de garantia de cumprimento das obrigações contratuais;
- d) quando necessária a modificação do regime ou modo de realização do contrato, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;
- e) quando seja comprovadamente necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, respeitado o valor do contrato.

<sup>55</sup> Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

(...)

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

- I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;
- II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;
- III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;
- IV - o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o art. 165 da Constituição Federal, quando for o caso.

planejamento intencionalmente equivocada visando promover benefícios indevidos em prol de apaniguados.<sup>56</sup>

A condição expressa no inciso II trata da exigência de planilhas que identifiquem os itens e as estimativas de despesas necessárias à execução do objeto. Menciona-se que a elaboração de planilhas com os quantitativos, preços unitários e preços globais também encontra respaldo no artigo 40, §2º do diploma legal em apreço. A identificação dos preços de mercado é imprescindível para a elaboração correta das planilhas.

A estimativa de custos é essencial na busca de um procedimento licitatório que atenda o interesse público em todas suas formas, a fim de se garantir seriedade do planejamento administrativo. Com isso, possibilita-se que a Administração determine a existência dos recursos orçamentários necessários à execução do objeto, a modalidade mais adequada para a realização, bem como o prazo que será necessário para que se execute o objeto.

Além disso, como destacou o Ministro Benjamin Zymler no Acórdão nº 98/2010<sup>57</sup>, “a ausência de planilhas orçamentárias detalhando a composição do preço final do objeto, bem como seus custos unitários (...) acarreta a impossibilidade dos licitantes terem noção da dimensão do serviço licitado para avaliar se poderão ou não participar do certame”.

Em outras palavras, o orçamento para execução a ser apresentado permite que os licitantes estimem os custos e formulem com mais precisão suas propostas, o que está em consonância com o princípio da eficiência administrativa e, inclusive, da economicidade nas licitações.

A competição entre os particulares conduz à redução do valor a ser desembolsado pela Administração e essa assertiva decorre do fato que os licitantes dispõem de condições de executar o objeto com um custo inferior ao considerado na planilha da Administração. Daí a importância da seriedade na elaboração da planilha, que necessariamente deverá trazer dados concretos e objetivos.

Planilhas com valores acima do mercado induzem os licitantes a considerarem que a Administração não está ciente das condições à execução do objeto, de forma a possibilitar que o participante do certame tire vantagem desse desconhecimento. Por outro lado, a planilha que contém valores reduzidos desestimula a participação de

---

<sup>56</sup> Op. Cit. p. 178

<sup>57</sup> TCU, Acórdão nº 98/2013, Relator Ministro BENJAMIN ZYMLER, Plenário, sessão de 30.01.2013.

licitantes, o que prejudica a competição e, por consequência, prejudica o Poder Público, que não terá a chance de contratar participantes efetivamente competitivos que apresentem bons preços e que atendam às exigências de qualidade e de técnica.

O Tribunal de Contas entende como indispensável a elaboração de planilhas que contenham todos os custos unitários da contratação de forma detalhada. Esse, inclusive, é o tema da Súmula nº 258 da Corte, que assim dispõe:

As composições de custos unitários e o detalhamento de encargos sociais e do BDI integram o orçamento que compõe o projeto básico da obra ou serviço de engenharia, devem constar dos anexos do edital de licitação e das propostas das licitantes e não podem ser indicados mediante uso da expressão ‘verba’ ou de unidades genéricas.

Não são necessários maiores esforços para compreender a necessidade de elaboração de uma planilha de custos para o interesse público, de modo a permitir a compatibilidade entre os preços propostos pelos licitantes e os preços oferecidos no mercado.

No caso concreto da Petrobras, a exigência de “orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários” de maneira alguma frustra o desempenho em ambiente concorrencial. Até porque uma avaliação orçamentária realizada com seriedade é recomendável a qualquer contratação no âmbito de privado, e com muito mais razão em uma Estatal, que deve atender aos princípios típicos da Administração Pública.

É essencial que seja dada transparência na composição de custos nas contratações, sob pena de a licitação, a um só tempo ferir o interesse público, a eficiência, a economicidade, a impessoalidade, a isonomia e a moralidade.

#### **g) A negociação com o vencedor da licitação**

Por fim, no que se refere ao julgamento das licitações, o item 6.23<sup>58</sup> merece destaque. No citado item, o Decreto prescreve que a Petrobras poderá negociar melhores condições de contratação com firma vencedora ou, sucessivamente, com os demais licitantes.

---

<sup>58</sup> Decreto nº 2.745/1998. Item 6.23. Qualquer que seja o tipo ou modalidade da licitação, poderá a Comissão, uma vez definido o resultado do julgamento, negociar com a firma vencedora ou, sucessivamente, com as demais licitantes, segundo a ordem de classificação, melhores e mais vantajosas condições para a PETROBRÁS. A negociação será feita, sempre, por escrito e as novas condições dela resultantes passarão a integrar a proposta e o contrato subsequente.

Não há dúvidas de que, principalmente em um ambiente concorrencial, a negociação em busca de melhores condições de contratação é desejável. Ocorre que o Decreto nº 2.745/1998 não expõe qualquer procedimento a ser seguido para essa transação. A ausência de transparência leva a crer que a negociação será realizada a partir de uma análise casuística ou a depender do licitante.

Assim, mais uma vez, pode-se afirmar que a inexistência de rito estabelecido viola a impessoalidade, a isonomia e o julgamento objetivo da proposta, princípios estampados não apenas na Lei nº 8.666/1993, como também no próprio Decreto nº 2.745/1998.

Pelo exposto, algumas conclusões podem ser traçadas. São várias as inspirações que o Decreto nº 2.745/1998 toma da Lei nº 8.666/1993. Assim, a agilidade perante o mercado, que seria o fundamento principal para o afastamento da Lei de Licitações e Contratos, parece ter sido prejudicada em vários procedimentos.

Outra questão que merece destaque é a mitigação de vários princípios constitucionais em diversos dispositivos do Decreto, tais como a impessoalidade, o contraditório, a ampla defesa e a isonomia. Trata-se de diretrizes aplicáveis a qualquer procedimento seletivo, independentemente da natureza jurídica da entidade que o realiza, que são gravemente e reiteradamente violadas nesse rito simplificado.

Assim, brevemente analisadas algumas disposições do Decreto que aprova e regulamenta o procedimento licitatório simplificado da Petrobras, vale investigar os entendimentos do Tribunal de Contas da União e do Supremo Tribunal Federal sobre a adoção desse rito específico.

### **CAPÍTULO 3: . O ARTIGO 67 DA LEI Nº 9.478/1997 E O DECRETO Nº 2.745/1998 NO MUNDO JURÍDICO E NO CONTEXTO DO MERCADO DE LIVRE CONCORRÊNCIA**

#### **3.1. A evolução na análise do Decreto pelo Tribunal de Contas da União**

Antes de adentrar propriamente no entendimento que o TCU profere acerca do juízo de constitucionalidade do artigo legal que autorizou a aprovação do

procedimento licitatório da Petrobras por um decreto, cumpre justificar brevemente a atuação do Tribunal no caso.

A função primordial dos tribunais de contas é fiscalizatória, que se efetiva mediante a realização de inspeções e de auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial; fiscalização das contas nacionais das empresas de cujo capital social a União participe; e da aplicação de recursos repassados pela União aos Entes da Federação; assim como mediante convênio, acordo, ajuste ou instrumentos congêneres e apuração de denúncias e representações sobre ilegalidades (CASTARDO, 2007, p. 4-5).

Em consonância com o entendimento de Carlos Pinto Coelho MOTTA (2004, p. 591), afirma-se que o TCU não mais se restringe ao controle de legalidade meramente formal, como o de prazos e de despesas precedidas de licitação. A atuação dessa Corte abrange o controle das despesas, que devem ser realizadas em conformidade com os preceitos constitucionais, com as diretrizes de todo o ordenamento e de todo o planejamento da Administração Direta e Indireta, isto é, envolve o controle de toda a gestão patrimonial.

Portanto, a fiscalização de atos que envolvam receitas ou despesas públicas é uma complexa teia de providências a serem tomadas pelo TCU na busca da efetividade e da eficiência do controle (HAIKAL, 2013, p. 447).

A Constituição Federal estabelece no artigo 70, parágrafo único<sup>59</sup>, a obrigatoriedade de prestação de contas por qualquer pessoa física ou jurídica, seja pública ou seja privada, “que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária”.

A fiscalização dos atos praticados pela Administração Pública Direta e Indireta “será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder”. O dever ético de prestar contas do dinheiro público a todas as entidades que se encontrem na condição descrita no parágrafo único do artigo 70, da CF é, portanto, uma imposição constitucional inafastável.

---

<sup>59</sup> Constituição Federal: Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária.

O controle externo, portanto, compreende 2 (duas) facetas: o controle político – realizado pelas Casas Legislativas -, e o controle técnico – que conta com o auxílio do TCU em atividades de fiscalização contábil, financeira e orçamentária (ZYMLER, 2015, p. 166).

A competência do TCU para julgar as contas instituídas e mantidas pelo Poder Público dos administradores, bem como dos demais responsáveis por valores públicos, emana do artigo 71, II<sup>60</sup>, da CF. E, embora a Corte de Contas não detenha o poder para anular ou sustar contratos administrativos, preceitua o artigo 71, IX, da CF, a possibilidade de determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se necessário, da licitação que o originou. Assim, em nível institucional, é tarefa do TCU aplicar penalidades aos responsáveis por ilegalidades ou irregularidades em atos de gestão (ZYMLER, 2015, p. 171).

Em nível infraconstitucional, vale trazer o artigo 113<sup>61</sup> da Lei nº 8.666/1993. Esse dispositivo assegura o controle pelo Tribunal de Contas competente das despesas decorrentes dos contratos e dos demais instrumentos regidos pela Lei de Licitações e Contratos. O § 1º do dispositivo mencionado garante a possibilidade de qualquer licitante, contratado, pessoa física ou pessoa jurídica representar junto ao TC contra irregularidades na aplicação da Lei de Licitações e Contratos. Segundo expõe Carlos Pinto Coelho Motta, esse parágrafo equivale a

(...) um dos pontos de apoio de uma concepção abrangente de controle e fiscalização dos institutos da licitação e do contrato, vistos como instrumentos de melhoria do gasto público. Essa concepção adquire, hoje, maior alcance ético perante a sociedade (...)<sup>62</sup>

Revela-se evidente, portanto, o poder-dever que detém o Tribunal de Contas na análise da legalidade, da regularidade e da legitimidade de contratos firmados entre entes da Administração Pública, inclusive entidades privadas como as sociedades de economia mista. Em suma, nas palavras do Ministro Ewald Pinheiro<sup>63</sup>, o Tribunal de

<sup>60</sup> Constituição Federal: Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

<sup>61</sup> Lei nº 8.666/1993: Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

<sup>62</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas licitações e contratos. 12ª edição, Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 871

<sup>63</sup> TCU, Ministro Ewald Pinheiro, DOU 28.2.1985



Contas “é o guardião máximo da moralidade administrativa e da probidade e do bom e regular emprego daqueles recursos”.

Essas prerrogativas dos Tribunais de Contas não são capazes de gerar maiores polêmicas para o que será examinado. O que ocorre é que, tradicionalmente, reconhecia-se a competência do TCU para apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, nos termos da Súmula nº 347<sup>64</sup> do STF. Esse entendimento foi aprovado em dezembro de 1963, em um contexto bem distinto do atual.

No âmbito do Tribunal de Contas da União, a jurisprudência é firme na afirmação de sua competência para declarar a inconstitucionalidade, em concreto, das leis e dos atos administrativos no exercício de suas atribuições, em atenção ao entendimento sumulado pelo STF. Também é ressaltada a não vinculação do TCU às decisões judiciais incidentais em razão da independência de jurisdição do Tribunal, vigente no ordenamento jurídico brasileiro (VIDIGAL, 2010, p. 29).

Por oportuno, cabe conferir os seguintes sumários, referentes aos Processos TC 008.815/2000-3 e TC 016.176/2000-5, que tratam especificamente sobre a questão:

PROCESSIONAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONTRA ACÓRDÃO ADOTADO EM PEDIDO DE REEXAME EM FACE DO ACÓRDÃO PROFERIDO EM PROCESSO DE LEVANTAMENTO DE AUDITORIA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA DO TCU. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. REJEIÇÃO.

1. Embora o TCU não possua competência para declarar, em abstrato, a inconstitucionalidade de atos normativos, pode declará-la na apreciação, em concreto, de atos normativos e demais atos do poder público.
2. Não se verificando a omissão apontada, rejeitam-se os embargos declaratórios.

RELATÓRIO DE AUDITORIA. INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO Nº 2.745/1998, QUE APROVOU O REGULAMENTO DE LICITAÇÕES DA PETROBRAS, E DO ARTIGO 67 DA LEI Nº 9.478/1997. DETERMINAÇÃO PARA A OBSERVÂNCIA DA LEI Nº 8.666/1993. PEDIDO DE REEXAME. CONHECIMENTO. NÃO-PROVIMENTO.

1. O TCU possui competência para declarar, em concreto, a inconstitucionalidade de atos normativos e demais atos do poder público.
2. A Petrobras está sujeita, até o advento da lei a que se refere o art. 173, § 1º, inciso I da Constituição Federal, à Lei nº 8.666/1993, em face da inconstitucionalidade do Decreto nº 2.745/1998.

O novo texto constitucional em 1988 trouxe enormes mudanças ao sistema de controle de constitucionalidade, com ênfase na ampla legitimação conferida aos

---

<sup>64</sup> Súmula nº 347: O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

sujeitos que podem suscitar o controle abstrato, nos moldes do artigo 103<sup>65</sup> da CF. Em razão da alteração do cenário em que aprovada a Súmula nº 347, os Ministros do STF têm reavaliado a sua subsistência, apesar de, até o momento, não ter havido a expressa revogação da Súmula em questão.

Em decisão monocrática proferida no bojo do Mandado de Segurança nº 27.837/DF<sup>66</sup>, o Ministro Gilmar Mendes relaciona as mudanças oriundas da promulgação da Constituição Federal de 1988 com a incompatibilidade do entendimento sumulado ora debatido. Vale conferir excerto sobre a temática:

Assim, a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal de Contas da União, do art. 67 da Lei nº 9.478/97, e do Decreto nº 2.745/98, obrigando a Petrobrás, conseqüentemente, a cumprir as exigências da Lei nº 8.666/93, parece estar em confronto com normas constitucionais, mormente as que traduzem o princípio da legalidade, as que delimitam as competências do TCU (art. 71), assim como aquelas que conformam o regime de exploração da atividade econômica do petróleo (art. 177). Não me impressiona o teor da Súmula nº 347 desta Corte, segundo o qual 'o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público'. A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual.

Até o advento da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional. No entanto, é preciso levar em conta que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Em escritos doutrinários, tenho enfatizado que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil.

Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas. Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil,

<sup>65</sup> Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

<sup>66</sup> STF, MS nº 27837 MC, Presidente Ministro GILMAR MENDES, julgado em 19.01.2009, publicado em DJe-024 05.02.2009

verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988. (...)

Igualmente, para o doutrinador Marçal Justen Filho, a competência de o Tribunal de Contas pronunciar a inconstitucionalidade de atos normativos estaria superada. A justificativa seria a de que, em um Estado Democrático, os atos emanados pelo Poder Público presumem-se válidos e perfeitos. A análise de constitucionalidade realizada por outro âmbito além do Poder Judiciário ofereceria perigo à manutenção da segurança jurídica e poderia romper com a força vinculante do Direito (JUSTEN FILHO, 2014, p. 1.217).

Ultrapassada ou não a Súmula nº 347, não é objeto deste trabalho esmiuçar essa controvérsia. O que se visa a examinar é, primeiramente, a análise do Tribunal de Contas da União acerca do Decreto que aprova o procedimento licitatório simplificado da Petrobras.

O Plenário desse Tribunal, em maio de 2002<sup>67</sup>, registrou que o Decreto nº 2745/1998 seria uma norma válida, vez que não atestada sua inconstitucionalidade até então. Além disso, assinalou que não caberia ao administrador afastá-la quando da realização de contratações no âmbito da Estatal. O Ministro Adylson Motta declarou nesses termos o seu posicionamento:

4.8. Apesar do convencimento firmado no sentido da ilegalidade do Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado para a PETROBRAS, aprovado pelo Decreto no 2.745/98, essa norma é válida e vigente, não tendo sido, até o momento, afastada a sua aplicação nem decretado qualquer vício quanto a sua legalidade ou constitucionalidade. Nessas condições, não é dada liberdade ao administrador da Empresa para não cumprir o estatuído no Regulamento Simplificado. No caso em apreço, houve obediência estrita ao que nele está consagrado.

O caso em que foi proferida essa decisão tinha como interessada a Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC) contra procedimento licitatório da Petrobras. Segundo a CBIC, o certame impugnado conteria uma série de falhas legais<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> TCU, Decisão nº 469/2002, Relator Ministro, ADYLSO MOTA, Plenário, sessão de 8.2.2002.

<sup>68</sup> Os defeitos consistiriam basicamente em: i) violação ao princípio da publicidade, uma vez que o aviso de licitação foi realizado apenas em jornal de circulação nacional sem grande penetração no Estado em que executada a obra, e o artigo 21, III, da Lei nº 8.666/1993 exige a publicação, entre outros, de avisos contendo os resumos dos editais das tomadas de preços, no mínimo uma vez, com antecedência, em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra; ii) escolha inadequada da modalidade de licitação tomada de preços, pois o valor estimado dos serviços era de R\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de reais) e por essa razão deveria ser licitada na modalidade concorrência; iii) afronta aos princípios da impessoalidade e da isonomia, porquanto as limitações exigidas para qualificação técnica e econômica seriam superiores às permitidas pela Lei, e iv) limitação ao caráter competitivo do certame, especialmente quanto ao impedimento de que terceiros não cadastrados na Petrobras possam retirar o edital e participar do certame.

Ademais, a CBIC alegou que a edição de um regulamento simplificado mais adequado aos contextos das empresas estatais não poderia ser traduzida como uma autorização para o descumprimento da Lei nº 8.666/1993. Em resposta, a Petrobras esclarece que a lisura e a regularidade do certame estariam ancoradas exclusivamente na legalidade e legitimidade do Decreto nº 2.745/1998.

Quando da análise dessa representação pelo Tribunal, ressaltou-se que a discussão sobre a legalidade do Decreto não seria aprofundada por haver outro processo sobre a matéria (TC nº 016.176/2000-5), que ainda não tinha sido julgado de maneira definitiva.

O TC nº 016.176/2000-5 a que o Ministro Adylson Motta fez referência, ao ser julgado, deu origem à Decisão nº 663/2002<sup>69</sup>, de relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar, decisão essa que passou a servir como paradigma para o Corte de Contas quando se punha em questão a possibilidade de a Petrobras se utilizar ou não do procedimento licitatório simplificado para efetuar suas contratações e licitações.

O processo em tela tratava de uma auditoria que tinha por objetivo “analisar os procedimentos licitatórios da entidade e seus contratos, especialmente após o advento do Decreto nº 2.745/1998, bem como verificar a *homepage* Contas Públicas”.

Em julgamento, apresentou-se digressão sobre o regime jurídico das empresas estatais no que tange ao procedimento licitatório, de forma a perpassar pelas Emendas Constitucionais nº 9/1995 e nº 19/1998 para tratar de assuntos relativos à quebra do monopólio do petróleo e à disposição sobre o estatuto jurídico das empresas estatais.

Frisou-se que a EC nº 9/1995 não promoveu qualquer alteração na redação do artigo 22, XXVII da CF, de maneira que permanece intacta a competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação, em todas as modalidades, nas searas da Administração Pública Direta e Indireta. Do mesmo modo, informou-se que consoante a EC nº 19/1998, as normas de licitação e contratação para as empresas públicas e as sociedades de economia mista serão estabelecidas por lei específica. Isto é, mesmo após essa alteração constitucional, persiste como prerrogativa da União legislar sobre a matéria em comento.

A partir desse retrospecto, constatou-se que as empresas estatais submetem-se às regras da Lei de Licitações e Contratos e, apenas com o advento do futuro estatuto jurídico previsto no § 1º do artigo 173, da CF, é que a Lei nº 8.666/1993 será afastada.

---

<sup>69</sup> TCU, Acórdão nº 663/2002, Relator Ministro Ubiratan Aguiar, Plenário, Sessão de 19.06.2002.

Salientou-se que a empresa estatal jamais tem a mesma liberdade da empresa privada em razão de 3 (três) principais características de que as estatais: i) pertencem ao Estado e, por força da indisponibilidade e da preponderância do interesse público, estão obrigadas a seguir certas diretrizes como o dever de licitar; ii) devem prestar contas à sociedade brasileira, em atenção ao exercício de sua função social e pelo dever de dar conhecimento de suas ações ao seu proprietário; e iii) seguem certas restrições impostas pelo Poder Público quando da efetivação de contratações por lidarem com dinheiro público.

Ponderou-se, ainda, que o interesse público está acima dos interesses da própria empresa estatal. A supremacia do interesse público e a sua indisponibilidade são ícones inafastáveis na atuação do administrador e devem permear todos os procedimentos a serem adotados quando se lida com verbas públicas. Nesse contexto, chamou-se a atenção ao fato de que a Reforma Administrativa não impôs a renúncia ao controle das empresas estatais e à necessidade de seus administradores observarem os princípios da Administração Pública.

Além disso, defendeu-se que a aplicação da Lei nº 8.666/1993 não inviabiliza o bom gerenciamento das empresas estatais que exploram atividades econômicas. Isso porque, a eficiência e a economicidade não estão dissociadas da Lei de Licitações e Contratos. Pelo contrário, a ela estão intimamente ligadas na medida em que se busca a proposta mais vantajosa para a Administração.

Em seguida, discorre-se sobre a função legiferante - própria do Poder Legislativo - para concluir que, a partir da leitura do texto constitucional, deve-se entender que a Lei nº 9.478/1997 não pode ser utilizada como um instrumento de delegação de competências constitucionalmente definidas.

A edição do Decreto nº 2.745/1998 invadiu a competência do Legislativo, imiscuiu-se em seara alheia às suas possibilidades normativas e estabeleceu regras para situações que já são regidas por lei pré-existente. Assim, por estar em desacordo com a Lei nº 8.666/1993, o Decreto nº 2.745/1998 é materialmente ilegal.

Como conclusão da exposição, reforçou-se a urgente necessidade de edição da lei prevista no § 1º do artigo 173 da CF e que, mesmo na sua ausência, não cabe ao Presidente da República usurpar sua competência e suprir o vácuo legislativo. Ademais, constatou-se que as regras do Decreto nº 2.745/1998 deveriam estar expressas em lei ordinária por exigência constitucional, e que, em razão de os ditames de licitação se encontrarem dispostos na Lei nº 8.666/1993, a qual o regulamento

simplificado não obedece, todos os procedimentos administrativos baseados no Decreto nº 2.745/1998 são irregulares.

Não fosse a manifesta ilegalidade do ato regulamentar suficiente, o Decreto viola ainda preceitos constitucionais no que diz respeito aos princípios da igualdade, da isonomia e da impessoalidade. Mas, em razão de os administradores terem agido de boa-fé, por se pautarem em norma exarada pelo Poder Executivo quando da realização de contratações na Petrobras, não há como responsabilizá-los pelo uso do Decreto até então.

Do exposto e em consonância com a Súmula nº 347 do STF, consignou-se que a Corte deveria firmar o entendimento de que são inconstitucionais o artigo 67 da Lei nº 9.478/1997 e o Decreto nº 2.745/1998, de modo a afastar sua aplicação e dar ciência à Petrobras de que todos os atos praticados com fundamento nesses dispositivos serão considerados irregulares e implicarão responsabilização pessoal dos agentes que lhes deram causa.

A ressalva, como já discorrido no presente trabalho, refere-se às atividades-fim da empresa. Isto é, afastamento do Decreto não impõe que todas as contratações sejam realizadas com base na Lei nº 8.666/1993, uma vez que há peculiaridades inerentes às sociedades de economia mista que conduzem à necessidade de soluções não contempladas pela Lei de Licitações e Contratos. Para ilustrar essa possibilidade, menciona-se o Acórdão nº 121/1998<sup>70</sup>, oportunidade em que se julgou legítima a contratação direta em atividades-fim, especificamente na Petrobras.

Pelos motivos resumidamente elencados, o Tribunal Pleno, com fulcro no artigo 71, IV da Constituição Federal, combinado com o artigo 43 da Lei Orgânica do TCU – Lei nº 8.443 de 16 de julho de 1992 – determinou que a Petrobras observasse os ditames da Lei nº 8.666/1993 até a edição do estatuto a que se refere o § 1º do artigo 173 da CF, nos termos da decisão a seguir transcrita em parte:

8.1. determinar à Petrobrás que se abstenha de aplicar às suas licitações e contratos administrativos o Decreto no 2.745/98 e o artigo 67 da Lei no 9.478/97, em razão de sua inconstitucionalidade, e observe os ditames da Lei no 8.666/93 e o seu anterior regulamento próprio, até a edição da lei de

<sup>70</sup> TCU, Acórdão nº 121/1998 Plenário, Ministro Relator Iram Saraiva, julgado em 26.08.1998.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, e com fundamento nos arts. 32, Parágrafo único; 48 e Parágrafo único; ambos da Lei nº 8.443/92, c/c os arts. 228 e 233 do RITCU, em:

(...)

8.3 - dar nova redação à Decisão nº 414/94-TCU-Plenário, para excluir a obrigatoriedade de a PETROBRÁS Distribuidora - BR, realizar processo licitatório para as contratações de transportes que sejam atividade-fim da empresa, como a de transporte de produtos, permanecendo esta obrigatoriedade para as atividades-meio;

que trata o § 1º do artigo 173 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional 19/98;

8.2. aceitar como legítimos os procedimentos praticados, no âmbito da Petrobrás, com arrimo nas referidas normas, ante a presunção de legalidade então operante;

8.3. dar ciência à Petrobrás do entendimento consignado no item 8.1 retro, alertando-a de que os atos doravante praticados com base nos referidos dispositivos serão considerados como irregulares por esta Corte e implicarão na responsabilização pessoal dos agentes que lhes derem causa, devendo a entidade valer-se, na realização de suas licitações e celebração de seus contratos, das prescrições contidas na Lei nº 8.666/93; (...)

Contra essa decisão, a Petrobras interpôs recurso administrativo – Pedido de Reexame - com efeito suspensivo, nos moldes dos artigos 33 e 48 da Lei nº 8.443/1992, a fim de obter a nulidade do julgado condenatório. O pedido foi julgado no Acórdão nº 560/2010<sup>71</sup>, pelo Plenário da Corte de Contas.

Em síntese, a Recorrente alegou que o TCU, ao afastar a aplicação do artigo 67 da Lei nº 9.478/1997 e do Decreto nº 2.745/1998, teria invadido a competência privativa do STF por exercer o controle concentrado de constitucionalidade. Foi sustentado também que o Decreto não poderia ser submetido ao controle de constitucionalidade pois seria norma destituída de abstração, generalidade e impessoalidade.

Em sede de mérito, a Estatal aduziu que o tratamento como entidade da Administração no que se refere à submissão do procedimento licitatório seria prejudicial à sua subsistência. Em seguida, informou que a Lei nº 8.666/1993 não teria regência sobre a Petrobras, pois sua aplicação uniforme a todos os âmbitos da administração seria incompatível após a edição da EC nº 19/1998.

Por fim, com intuito de comparar o cenário vivenciado pela Estatal a uma situação análoga, a Recorrente invocou julgados do STF nos quais esse Tribunal teria consagrado a possibilidade de as agências reguladoras afastarem a incidência da Lei de Licitações e Contratos em razão de aplicabilidade de procedimento simplificado próprio aprovado por decreto.

Primeiramente, acerca desse paralelo, algumas considerações devem ser feitas. Em 20 de agosto de 1998, o Plenário do STF, em sede de cautelar, julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668-5/DF, que tinha por objetivo impugnar uma série de dispositivos da Lei Geral de Telecomunicações - Lei nº 9.472, de 16.7.1997.

---

<sup>71</sup> TCU, Acórdão nº 560/2010, Ministro Relator Augusto Nardes, Plenário, julgado em 24.03.2010.

Para o que ora importa, na ação em apreço intentou-se suspender a eficácia de determinados artigos que tratam especificamente de licitação e contratações, pois seriam contrários ao artigo 22, XXVII, da CF.

Na decisão, deferiu-se o pedido dos Autores<sup>72</sup> para suspender, até deliberação final, as expressões “simplificado” e “nos termos por ela regulados” do artigo 119 – que estabelece que “A permissão será precedida de procedimento licitatório simplificado, instaurado pela Agência, nos termos por ela regulados, ressalvados os casos de inexigibilidade previstos no art. 91, observado o disposto no art. 92, desta Lei”.

O pleito dos Autores foi deferido em parte para dar interpretação do artigo 22, II<sup>73</sup>, conforme à Constituição, o qual determina ser de competência do Conselho Diretor da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) “aprovar normas próprias de licitações e contratação”. Assim, entendeu a Suprema Corte que a competência do Conselho Diretor deve ficar submetida às normas gerais da Lei de Licitações e Contratos.

Acerca do artigo 59<sup>74</sup>, o STF consignou a necessidade de interpretar que contratações previstas nesse dispositivo serão regidas pela Lei nº 8.666/1993, de forma a observarem o processo licitatório. O pedido foi parcialmente deferido para que o artigo 59 fosse interpretado conforme a Constituição, sem que houvesse redução textual.

No que se refere ao artigo 89 da Lei nº 9.472/1997 – que determina que “A licitação será disciplinada pela Agência, observados os princípios constitucionais, as disposições desta Lei e, especialmente: (...)” – a redação foi mantida na íntegra. Da leitura do dispositivo, verifica-se que sua intenção é, em verdade, declarar que haverá um poder regulamentador que não poderá desobedecer à Constituição e a legislação. Assim, o dispositivo é permeado de um conteúdo básico, afinal, nenhum regulamento de lei pode violar a lei e a Constituição (MATINS, 2003, p. 94).

---

<sup>72</sup> ADI nº 1.668/DF foi proposta pelo Partido Comunista do Brasil - PC do B, pelo Partido dos Trabalhadores - PT, pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT e pelo Partido Socialista Brasileiro - PSB

<sup>73</sup> Sobre a redação do artigo 22, II, o Ministro Relator Marco Aurélio afirmou que: “A competência ora atribuída ao Conselho Diretor não há de resultar no afastamento das normas gerais e específicas de licitação previstas nas lei de regência. Deve ficar restrita ao atendimento de peculiaridades inerentes aos serviços, sem prejuízo, portanto, do sistema de licitação, como existente na ordem jurídica em vigor”.

<sup>74</sup> Art. 59. A Agência poderá utilizar, mediante contrato, técnicos ou empresas especializadas, inclusive consultores independentes e auditores externos, para executar atividades de sua competência, vedada a contratação para as atividades de fiscalização, salvo para as correspondentes atividades de apoio.



No mais, indeferiu-se o pedido dos Autores de suspensão cautelar de eficácia do artigo 210<sup>75</sup> do diploma em tela. Isso porque, consoante comunica o Informativo nº 119<sup>76</sup> do STF:

Considerou-se que o dispositivo impugnado não afasta a exigência de licitação, mas apenas estabelece para os serviços de telecomunicações um procedimento licitatório específico, previsto na própria Lei 9.472/97, tendo em conta a natureza destes serviços.

Verifica-se que a Suprema Corte não cogitou a possibilidade de essa entidade da Administração Indireta se afastar de uma Lei de Licitações e Contratos quando de suas contratações. E o mais relevante para o que ora importa é que o STF entendeu como inviável que o texto legal previsse a possibilidade de que a ANATEL, em alguma forma de contratação, tivesse um regime licitatório “simplificado” “nos termos por ela regulados”.

Ademais, a redação do artigo 210 remete “As concessões, permissões e autorizações de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência” à Lei, e, quanto a esse diploma, o STF expressamente determinou que fosse dada interpretação aos artigos 22, II, e 59 conforme a Constituição “com o objetivo de fixar a exegese segundo a qual a contratação há de reger-se pela Lei nº 8.666/1993, ou seja, considerando-se, como regra a ser observada, o processo licitatório (...)”.

Consoante se depreende dos dispositivos mencionados, a Lei nº 9.472/1997 reservou maior espaço para a temática licitação quando comparada com a Lei nº 9.478/1997. Inclusive, constata-se da leitura do artigo 55 remissão ao procedimento licitatório da Lei nº 8.666/1993 para as contratações de obras e serviços de engenharia<sup>77</sup>. Diante disso, pode-se afirmar, inclusive, que o paralelo trazido pela Estatal iria contra a defesa de constitucionalidade do seu Decreto.

Ressalta-se, todavia, que as legislações em tela são bem distintas quanto à temática de licitação. E, por todas essas razões, o Ministro Augusto Nardes deixou claro que o julgamento da citada ação direta de inconstitucionalidade não serve como paradigma para essa situação totalmente diversa do artigo 67 da Lei nº 9.478/1997.

Exposto esse cenário, deve-se retornar à apreciação do recurso interposto pela Petrobras contra a Decisão nº 663/2002, na qual o TCU declarou inconstitucional o

---

<sup>75</sup> Art. 210. As concessões, permissões e autorizações de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência e as respectivas licitações regem-se exclusivamente por esta Lei, a elas não se aplicando as Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e suas alterações

<sup>76</sup> Informativo do STF, datado de 17 a 21 de agosto de 1998. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo119.htm>. Acesso em 1º de setembro de 2015.

<sup>77</sup> Item 65, TCU, Acórdão nº 560/2010, Ministro Relator Augusto Nardes, Plenário, julgado em 24.03.2010.

artigo 67 da Lei nº 9.478/1997 e o Decreto nº 2.745/1998. O Pedido de Reexame teve relatoria do Ministro Augusto Nardes que, em seu voto, refutou todos os argumentos da Estatal e a ele negou provimento.

Preliminarmente, afirmou-se que a questão constitucional afigura-se como antecedente lógico e necessário para que os auditores do TCU possam examinar os procedimentos licitatórios da Petrobras. Além disso, elucidou-se que a Decisão nº 663/2000 é aplicável somente à Estatal, ou seja, não produz efeito *erga omnes* – característico do controle concentrado – e sequer gerou efeito retroativo, por esse motivo, estar-se-ia diante de controle difuso.

Sobre a alegada impossibilidade de análise de constitucionalidade do Decreto nº 2.745/1998, esclareceu-se que, diante da inconstitucionalidade do artigo 67 da Lei nº 9.478/1998, o regulamento, naturalmente, padeceria de idêntica incompatibilidade com o texto constitucional.

No que se refere ao mérito recursal, restou claro no voto que a norma contida no artigo 173, § 1º, III, da CF, possui eficácia limitada e, inexistente o estatuto jurídico previsto no dispositivo, não seria possível afastar a incidência da única lei que tratou do tema de licitações e que permanece aplicável à Administração Direta e à Indireta. Reiterou-se que a EC nº 19/1998 não retirou da União a competência para legislar sobre licitações e contratos, em todas as modalidades, inclusive para as sociedades de economia mista. Portanto, em atenção ao artigo 37, XXI, da CF, todos os entes da Administração devem seguir os preceitos da Lei nº 8.666/1993.

Arguiu-se, também, que o artigo 67 da Lei nº 9.478/1967 prescreveu permissão incompatível com o ordenamento constitucional ao possibilitar que um decreto produzisse inovações na ordem jurídica. Finalmente, defendeu-se que os julgados da Suprema Corte referentes à Lei Geral dos Serviços de Telecomunicações não servem de paradigma ao caso em tela uma vez que a tal Lei, é consideravelmente mais ampla que a Lei do Petróleo.

É repisado, ao final do julgamento, que a jurisprudência da Corte de Contas sedimentou o entendimento de ser “inconstitucional o Decreto nº 2.745/1998 e o art. 67 da Lei nº 9.478/1997, sendo, pois, obrigatória a observância da Lei das Licitações

como norte para os negócios da Petrobras que envolvam a contratação de terceiros"<sup>78</sup>. Por essas motivações, a Petrobras teve seu Pedido de Reexame desprovido.

Outra questão que merece relevo nesse ponto é o Parecer nº AC-15, de 21 de maio de 2003, exarado pela Advocacia-Geral da União (AGU). O documento discorreu, entre outras questões, acerca da constitucionalidade do Decreto que aprova o procedimento simplificado da Petrobras.

Na ocasião, a AGU sustentou não ser da competência da Corte de Contas – que não exerce funções legislativas e judiciais - o controle de constitucionalidade de leis e decretos. A consequência dessa premissa seria a de que “a manifestação quanto à inconstitucionalidade representa um posicionamento, mas não uma decisão”. Assim, defendeu-se estar “em pleno vigor a lei e o decreto de que aqui se trata e, em relação a eles – vigentes – nenhuma ilegalidade foi apontada como tendo sido praticada pela empresa. Ao contrário, o que se lhes imputa é exatamente a observância dos mesmos”.

O parecer foi invocado pela Petrobras em vários Pedidos de Exame contra as sucessivas decisões do TCU que determinavam a observância dos ditames da Lei nº 8.666/1993. De acordo com a Estatal, por força do artigo 40<sup>79</sup> da Lei Complementar nº 73, de 10.02.1993, a característica vinculadora do documento obrigaria a observância do parecer por todo o grupo Petrobras.

Em resposta, o Tribunal de Contas informa que os Pareceres da AGU, ainda que referendados pelo Presidente da República, vinculam tão-somente os órgãos do Poder Executivo e não atingem a atuação desse Tribunal, que detém independência e possui sua jurisdição expressa nos artigos 70 a 73 da Constituição<sup>80</sup>.

Com o objetivo de manter a aplicação do procedimento simplificado aprovado pelo Decreto, a Petrobras impetrou inúmeros mandados de segurança no Supremo Tribunal Federal. Até o momento, essa Corte não se manifestou de forma definitiva sobre a controvérsia, mas em sede de liminar tem suspenso a orientação do TCU de

---

<sup>78</sup> Para ilustrar a consolidação desse posicionamento no âmbito do TCU, citam-se, de maneira não exaustiva, os seguintes acórdãos: 447/2003, 1.329/2003, 29/2004, 101/2004, 450/2004, 723/2005, 624/2007, 748/2007, 866/2007, 1763/2008 e 401/2009.

<sup>79</sup> Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

§ 2º O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência.

<sup>80</sup> Com esse posicionamento, indicam-se o Acórdãos nº 1.842/2005, 1.39/2006, 549/2006, 1.366/2006, 1.765/2006 e 920/2007.

forma a permitir que a Estatal não se abstenha a empregar as determinações do Decreto<sup>81</sup>.

A decisão que serviu como precedente para as demais liminares deferidas pelo STF foi prolatada pelo Ministro Gilmar Mendes nos autos do MS nº 25.888/DF - impetrado pela Petrobras contra o TCU com o objetivo de suspender as determinações contidas no Acórdão nº 1.498/2004 -, em 22 de março de 2006.

Para deferir a liminar, o Ministro afirmou que a submissão da Petrobras a um regime próprio de licitação estaria justificada pela relativização do regime do monopólio do petróleo trazida pela EC nº 9/1995, cenário em que a Estatal passou a atuar em livre competição, o que pressupõe igualdade de condições entre os concorrentes, com empresas privadas concessionárias, que não estão submetidas às rígidas regras de contratação da Lei nº 8.666/1993.

Ao partir dessa premissa, aduziu que a declaração de inconstitucionalidade pelo TCU do artigo 67 da Lei nº 9.478/1997 e do Decreto nº 2.745/1998 confrontaria normas constitucionais. Com essa orientação, ressaltou que exigir o cumprimento da Lei nº 8.666/1993 iria de encontro com o princípio da legalidade, com as competências da Corte de Contas delineadas no artigo 71, bem como com as regras de exploração da atividades econômicas do petróleo descritas no artigo 177.

Em seguida, discorreu sobre o contexto em que a Súmula nº 347 foi formulada para ressaltar que a evolução no sistema de constitucionalidade no país demonstra a necessidade de verificar a subsistência desse enunciado. Finalmente, justificou que a pretensão cautelar do processo se justificaria nas consequências de ordem econômica e política a serem suportadas pela Impetrante caso tivesse que cumprir as deliberações do TCU.

O aumento na quantidade de mandados de segurança impetrados pela Petrobras e as reiteradas liminares do STF contrárias à jurisprudência da Corte de Contas têm, atualmente, feito com que o TCU se incline a aguardar decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade do Decreto nº 2.745/1998.

---

<sup>81</sup> Nesse sentido, conferem-se as seguintes decisões monocráticas: MS 29.123-MC/DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8.9.2010; MS 28.745-MC/DF, Rel. Ministra Ellen Gracie, DJ 13.5.2010; MS 28.626-MC/DF, Rel. Ministro Dias Toffoli, DJ 5.3.2010; MS 28.252-MC/DF, Rel. Ministro Eros Grau, DJ 29.9.2009; MS 27.796-MC/DF, Rel. Ministro Ayres Britto, DJ 9.2.2009; MS 27.344-MC/DF, Rel. Ministro Eros Grau, DJ 2.6.2008; MS 27.337-MC/DF, Rel. Ministro Eros Grau, DJ 28.5.2008; MS 27.232-MC/DF, Rel. Ministro Eros Grau, DJ 20.5.2008; MS 26.808-MC/DF, Rel. Ministra Ellen Gracie, DJ 2.8.2007; MS 26.783-MC/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJ 1º.8.2007; e MS 25.986-ED-MC/DF, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ 30.6.2006, MS 29.326/DF, 27.743-MC/DF, Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe 15.12.2008, 28.897-MC/DF, Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe 2.8.2010, Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJ 22.08.2011.

Na sessão de 11 de abril de 2012, o Plenário do TCU, por meio do Acórdão nº 2.811/2012, de Relatoria do Ministro Raimundo Carneiro<sup>82</sup>, relatou existirem à época 19 (dezenove) mandados de segurança impetrados pela Estatal, todos com liminares deferidas, para suspender a exigência de cumprimento da Lei nº 8.666/1993.

Em homenagem ao princípio da segurança jurídica e à racionalidade do sistema jurídico, o TCU expressou a moderna tendência de sobrestar a discussão de matérias idênticas. Além disso, ponderou que as determinações do Tribunal sobre o assunto têm gerado baixo resultado prático e não produzem o efeito desejado justamente em razão da impetração das ações mandamentais.

A par desse cenário, passa-se à análise dos argumentos da constitucionalidade ou não do artigo 67 da Lei nº 9.478/1997 e, conseqüentemente, do Decreto nº 2.745/1998.

### **3.2. A legalidade, a delegação legislativa, a teoria da deslegalização e o mercado concorrencial**

No tópico anterior foram apresentados alguns dos argumentos capazes de defender a inconstitucionalidade do artigo 67 da Lei nº 9.478/1997 e do Decreto nº 2.745/1998, assim como foram expostos os argumentos que fundamentam a constitucionalidade dos atos. O objetivo deste item é aprofundar esse debate para possibilitar conclusões acerca da matéria problematizada no presente trabalho.

No ordenamento constitucional brasileiro, o “poder legislativo” foi conferido ao Chefe do Executivo em apenas 2 (duas) oportunidades distintas na Constituição. São elas o artigo 62 – que trata de medidas provisórias – e o artigo 68 – que aborda as

---

<sup>82</sup> Nas palavras do Ministro: 20. Sem dúvida que isso oferece certo risco de desgaste deste Tribunal perante o STF, tendo em vista a insistência desta Corte na imposição de um entendimento que a própria Corte Suprema já suspendeu cautelarmente por 19 vezes, até que se pronuncie quanto ao mérito.

21. Não se pode também deixar de reconhecer que essa estratégia, de certo modo, vai contra a tendência atual do processo judicial, de sobrestar a discussão das matérias idênticas, quando um dos processos que a discute dá entrada no STF. É o que se vê hoje com o instituto da repercussão geral, em sede de recurso extraordinário, criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004 que acrescentou o §3º ao art. 102 da Constituição Federal e disciplinado pela Lei nº 11.418/2006, que acrescentou os arts. 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil.

(...)

23. Reanalizando a matéria, estou convencido de que aguardar a decisão de mérito do STF sobre o assunto é, atualmente, a melhor estratégia tanto para o TCU quanto para a Petrobras e também para o STF, pois evitará longas discussões em processos cujo resultado final será o deferimento de uma liminar pelo ministro-relator no STF, a fim de suspender a decisão do TCU.

24. Aguardar a decisão do STF não significa, nem de longe, deixar de fiscalizar as contratações da Petrobras, o que continuará sendo feito, mas sob a ótica do Decreto nº 2.745/98 e dos princípios aplicáveis à matéria.

Dos reiterados descumprimentos de determinações desta Corte pela Petrobras e da aplicação de multa aos seus empregados e não aos seus dirigentes.

características das leis delegadas (MARTINS, 2003, p. 94). Nenhuma dessas hipóteses, pode-se certamente afirmar, foi utilizada pelo Poder Executivo quando se aprovou o procedimento licitatório simplificado da Petrobras.

A medida provisória é a expressa responsabilidade de legislar – em casos de relevância e urgência – do Executivo sem a prévia anuência do Legislativo. Enquanto que a lei delegada tem como objetivo garantir a celeridade à ação do Executivo, mas não sem antes a autorização do Legislativo: é clara a exigência do § 1º do artigo 68 quanto à necessidade de solicitação da delegação ao Congresso Nacional pelo Presidente.

A delegação, clara nesses casos, é a exteriorização da integração dos Poderes, na medida em que o Poder Legislativo reconhece a indispensabilidade de uma pronta ação do Executivo e, previamente, autoriza-o a legislar (BASTOS, 2002, p. 610). Não há maiores problemas em afirmar que o Decreto não se encaixa nos atos normativos apresentados.

Tampouco há falar que o Decreto nº 2.745/1998 pode ser classificado como regulamento autônomo, o qual prescinde de lei para sua existência, eis que está exposta na Constituição a competência para sua emanção (MONTEIRO, 2010, p. 89). Esse tipo de ato tem suas hipóteses de incidência exaustivamente expostas nas alíneas do artigo 84, VI, da CF, e é utilizado para fins de organização e funcionamento da Administração Pública sem que haja aumento de despesa, criação ou extinção de órgãos públicos.

Defender que o Decreto nº 2.745/1998 seja caracterizado como regulamento autônomo demonstra falta de preciosismo. Da redação do artigo 84, VI, percebe-se que a organização e o funcionamento da Administração Pública a que o dispositivo se refere diz respeito a atos internos do Poder Público que objetivem aprimorar a gestão da Administração.

Ao analisar o conceito de licitação de Hely Lopes Meireles, verifica-se que se trata de um procedimento administrativo por meio do qual a Administração seleciona a proposta mais vantajosa. Tal procedimento opera-se mediante a sucessão de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, com objetivo de gerar iguais oportunidades a todos (MEIRELES, 2012, p. 287)

A licitação, portanto, não é propriamente um ato interno da Administração na medida em que envolve particulares – pessoas físicas ou jurídicas -, que são os licitantes. No mais, o outro requisito para a regulamentação autônoma diz respeito à

impossibilidade de aumento de despesas. Ora, são desnecessários maiores esforços para inferir a inexistência de procedimentos licitatórios sem gastos para a Administração Pública.

Superadas essas questões meramente conceituais, duas outras argumentações podem ser levantadas para descaracterizar o Decreto nº 2.745/1998 como regulamento autônomo. A primeira, e mais simples de todas, diz respeito ao critério temporal. O Decreto é datado de agosto de 1998, enquanto que o regulamento autônomo apenas foi instituído no Brasil com a edição da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001.

A partir desses dados, afigura-se, no mínimo, estranho que o ato regulamentador seja definido como autônomo antes mesmo da existência desse instituto no país. Se assim fosse caracterizado, de 1998 a 2001, o Decreto nº 2.745/1998 teria subsistido em um vácuo conceitual e, portanto, não poderia ser aplicado, vez que suas hipóteses de incidência e estruturação não existiriam.

A segunda assertiva que vai de encontro a essa caracterização deve ser pautada no fato de que, enquanto os regulamentos autônomos não necessitam de lei para sua existência, o Decreto nº 2.745/1998 encontrou seu fundamento de validade em legislação infraconstitucional.

Por mais que se questione o aspecto da delegação que envolve o artigo 67, essa é uma argumentação que deve ser levada em consideração, uma vez que, inconstitucional ou não o dispositivo supramencionado, foi ele que autorizou a aprovação do procedimento licitatório pelo Executivo. Logo, inviável categorizar o Decreto nº 2.745/1998 como o decreto a ser editado nos moldes do artigo 84, VI, da CF.

Como é de conhecimento, a Administração detém o poder regulamentador. Os regulamentos executivos, assim, são aqueles exarados para a execução da lei. A temática licitação, por outro lado, não se insere no âmbito da discricionariedade administrativa. Procedimentos licitatórios são atos vinculados, como o conceito acima, cujas diretrizes básicas devem estar previstas em lei.

Sobre o tema, vale trazer a lição de Gilmar Ferreira Mendes na obra “Curso de Direito Constitucional”, na qual o Autor explicita as diferenças entre lei e regulamento. Segundo exalta, a este último ato não cabe inovar na ordem jurídica mas sim determinar as formas pelas quais as leis poderão ser executadas.

Ferreira Mendes ainda expõe que a discricionariedade utilizada no âmbito da regulamentação não pode ser entendida como uma delegação legislativa disfarçada de poder de legislar. Enquanto na discricionariedade a legislação fixa os requisitos e os destinatários dessa norma, na delegação não há norma a ser regulamentada, de forma que direitos, deveres, limitações e obrigações são identificados apenas no regulamento. No momento em que tal regulamento inova no ordenamento jurídico, tem-se a delegação indevida. Por oportuno, vale conferir as palavras desse Doutrinador para melhor ilustrar o entendimento esposado:

A diferença entre lei e regulamento, no Direito Brasileiro, não se limita à origem ou à supremacia daquela sobre este. A distinção substancial reside no fato de que a lei pode inovar originariamente no ordenamento jurídico, enquanto o regulamento não o altera, mas tão somente fixa as ‘regra orgânicas e processuais destinadas a pôr em execução os princípios institucionais estabelecidos por lei, ou para desenvolver os preceitos constantes da lei, expressos ou implícitos, dentro da órbita por ele circunscrita, isto é, as diretrizes, em pormenor, por ela determinada.’

(...) Não se há confundir, porém, a discricionariedade administrativa atinente ao exercício do poder regulamentar com a delegação disfarçada do poder de legislar. Na discricionariedade, a lei estabelece previamente o direito ou dever, a obrigação ou restrição, fixando os requisitos de seu surgimento e os elementos de identificação dos destinatários. Na delegação, ao revés, não se identificam na norma regulamentada, o direito, a obrigação ou a limitação. Estes são estabelecidos apenas no regulamento. Dentro desse raciocínio, há delegação indevida quando se permite ao regulamento inovar inicialmente na ordem jurídica, atribuindo-lhe a definição de requisitos necessários ao surgimento de direito, dever, obrigação ou restrição. Explicitando esse entendimento, sustenta Celso Antônio Bandeira de Mello que ‘inovar quer dizer introduzir algo cuja preexistência não se pode conclusivamente deduzir da ‘lei regulamentada’, verificando-se a inovação proibida toda vez que não seja possível ‘afirmar-se que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição incidentes sobre alguém não estavam estatuídos e identificados na lei regulamentada.’<sup>83</sup>

A partir da leitura da passagem exposta, ficam claros os vícios que o Decreto nº 2.745/1998, como um ato que objetiva regulamentar alguma questão, contém por inovar no ordenamento jurídico. Se o Decreto em comento não corresponde a nenhuma das espécies normativas acima elencadas a ele não cabe se “disfarçar de poder de legislar”.

Em tese de mestrado intitulada “A constitucionalidade do decreto de licitações da Petrobras à luz dos princípios da legalidade e da eficiência”, Helena Monteiro destaca a importância dos limites na atuação administrativa – resultado da teoria da separação dos poderes e da necessidade de freios e contrapesos – a fim de que o Poder

---

<sup>83</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 945-946.



Executivo reconheça os limites de sua atuação e não retome as falhas dos Estados Absolutistas (MONTEIRO, 2010, p. 74-75).

Portanto, em atenção aos princípios da legalidade administrativa e da separação dos poderes, fica clara a incongruência da delegação legislativa trazida no artigo 67 da Lei nº 9.478/1997 com o processo legislativo expresso no artigo 59 da Constituição<sup>84</sup>.

Em Parecer publicado pela Revista Boletim de Licitações e Contratos, Ives Gandra da Silva Martins argumenta que o artigo 67 da Lei nº 9.478/1997 representa verdadeira delegação legislativa direta e indevida, porquanto transfere a um Decreto toda a definição do procedimento licitatório a ser seguido pela Petrobras. Cumpre conferir o posicionamento do Autor:

É para mim de manifesta inconstitucionalidade [o artigo 67], pois implica delegação, a meu ver, não indireta, mas direta, na medida em que declara que todo o procedimento licitatório simplificado para a referida estatal será definido por delegação.

A própria expressão: “será definido” não ofertada dúvida de que a delegação foi absoluta, na medida em que definir é outorgar o regime jurídico pertinente, no Direito. Que define conforma, dá perfil, desenha, esculpe a disciplina legal e, no caso, tal disciplina não decorre de lei, mas exclusivamente de uma norma regulatória.

E, na definição desse “regime jurídico” – não por lei, mas por singelo ato regulatório do Executivo – as inovações são inúmeras (...).<sup>85</sup>

A delegação legislativa acima citada é definida por Luís Roberto Barroso como uma expressão geral para descrever hipóteses nas quais o legislador determina certos parâmetros e autoriza o Executivo a disciplinar de forma mais minuciosa sobre a matéria. Segundo o doutrinador, o ato expedido com fundamento nessa delegação é vinculado à lei e a ela, inferior (BARROSO, 2006, p. 16).

Sérgio Guerra leciona um conceito mais aprofundado. De acordo com ele, a delegação legislativa é a transferência da função normativa constitucionalmente atribuída ao Poder Legislativo aos demais Poderes do Estado ou a diferentes órgãos do próprio Poder Legislativo. Trata-se, assim, de uma espécie de transmissão da competência constitucional para editar normas jurídicas por intermédio da típica competência legiferante.

---

<sup>84</sup> Nessa linha, vale também conferir trechos dos itens 8.2.5.2 e 8.2.5.4 do relatório de auditoria da Decisão nº 663/2002, nesses termos: “A Lei nº 9.478/1997 não pode ser vista como um instrumento de delegação de competências que são constitucionalmente definidas. Não foi dado ao Executivo um cheque em branco assinado e que a ele caberia preencher como o valor que bem entendesse. (...) Ao editar o Decreto nº 2.745/1998, o Presidente da República invadiu a competência do Poder Legislativo. O Decreto imiscuiu-se em seara alheia às suas possibilidades normativas, dispondo sobre temas reservados à lei em sentido formal, conforme dispõe o artigo 22, XXVII, c/c o artigo 173, §1º, III, da Constituição; ambos com redação dada pela EC nº 19.”

<sup>85</sup> MARTINS SILVA, Ives Gandra da. Inconstitucionalidade do art. 67 da Lei nº 9.478/97, Ilegalidade do Dec. Nº 2.745/1998 em face da Lei nº 8.666/93. In: Boletim de Licitações e Contratos (BLC), v. 16, nº 2, p. 93, fevereiro de 2003.

O Autor esclarece que para que delegação legislativa ocorra é necessário que se observe a cumulação de 8 (oito) requisitos, quais sejam: i) previsão na Constituição ou em lei formal; ii) ato expresso de delegação da competência normativa; iii) transferência da função legiferante ordinária a outro Poder do Estado; iv) limitações fixadas pelo Poder delegante; v) possibilidade de revogação e indelegabilidade da delegação; vi) preservação da idêntica competência delegada pelo Poder delegante; vii) controle político do órgão delegantes sobre a legislação delegado e, por fim, viii) controle jurisdicional sobre a observância pela autoridade delegada das condições e dos limites estabelecidos pelo Poder Legislativo no ato de sua delegação.

Sérgio Guerra ainda discorre sobre as 2 (duas) espécies de delegação: a nominada e a inominada. Enquanto a primeira não é capaz de gerar maiores polêmicas, porquanto decorre de previsão constitucional, mais precisamente do artigo 68 no caso da Constituição brasileira, a segunda é resultado da interpretação sistemática de dispositivos constitucionais ou do ordenamento jurídico infraconstitucional. Isto é, a delegação inominada é a consequência de atribuição de função normativa sem expressa previsão constitucional. É desse tipo de delegação que Barroso faz referência, dado que trata de uma delegação em que o legislador oferece parâmetros para que outro Poder discipline a matéria.

A Constituição Federal de 1988 não fez menção à delegação legislativa inominada. A única disposição referente ao assunto foi exposta no artigo 25<sup>86</sup> dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, que revogou os dispositivos legais capazes de atribuir ou delegar a órgão do Poder Executivo competência do Congresso Nacional acerca de ação normativa. Não há consenso na doutrina se a nova Carta teria efetivamente abolido a delegação inominada, mas, o fato é que esse instituto é bastante utilizado. Basta verificar as mais diversas normas expedidas por conselhos, instituições, fundações etc. (GUERRA, 2011, p. 135-136).

Anunciado esse conceito, volta-se à situação concreta. Ives Gandra Martins afirma que quando o artigo 67 da Lei nº 9.748/1997 transferiu para um ato regulamentar a competência de definir um procedimento licitatório simplificado a ser seguido no âmbito da Estatal, configurando-se em desvirtuamento da tarefa do legislador, que já havia se ocupado da matéria com a edição da Lei nº 8.666/1993.

---

<sup>86</sup> CF 1988. ADCT. Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: *1 - ação normativa*.

No caso, não há falar em delegação inominada ou indireta para utilizar os termos do Autor. Isso porque não houve estabelecimento de parâmetros pelo legislador para que o Chefe do Executivo disciplinasse a respeito de licitação para a Estatal. O que ocorreu, portanto, foi a utilização da delegação legislativa nominada ou própria, sem que houvesse previsão constitucional para tanto.

Está certo Martins a defender a inconstitucionalidade do artigo 67 por esse dispositivo, sem qualquer base constitucional e sem a fixação de qualquer critério, delegar todo um procedimento licitatório para um ato regulamentador. Dito isso, verifica-se que não houve delegação legislativa imprópria/indireta na hipótese.

A Constituição Federal é clara ao atribuir à União a competência privativa para legislar sobre licitações, assim como o artigo 173, § 1º é concludente ao trazer que lei específica irá dispor sobre o estatuto das empresas estatais que explorem atividade econômica.

Não há como depreender a partir da leitura desses dispositivos a possibilidade de delegação legislativa inominada ou indireta do artigo 67 da Lei nº 9.478/1997 para a edição pelo Executivo do Decreto nº 2.745/1998. Dessa feita, evidencia-se que o Decreto é ato regulamentar que extrapola sua competência normativa. A autorização pela Lei nº 9.478/1997 não trouxe normas de licitações e contratos, as quais são encontradas na Lei nº 8.666/1993. E com relação a este último diploma legal, o decreto não encontra eco, pois inova no mundo jurídico e estabelece novas regras para disciplinar sobre o que a Lei de Licitações e Contratos já disciplina. Portanto, por contrariar a Lei nº 8.666/1993, o Decreto nº 2.745/1998 é materialmente ilegal e o artigo 67, por todo o histórico legislativo exposto, flagrantemente inconstitucional<sup>87</sup>.

Ainda em obediência ao princípio da legalidade administrativa, deve-se notar que todo o histórico constitucional pelo qual as empresas estatais passaram nos anos 90, explicitado no primeiro capítulo deste trabalho, não alterou a competência da União para legislar sobre licitações. O fato é que a Constituição Federal prestigiou para todas as esferas da Administração o dever de licitar no artigo 37, XXI. Dispositivo esse regulamentado pela Lei nº 8.666/1993, que reiterou a necessidade de submissão de empresas estatais ao regime ali apresentado.

Mesmo após a edição da EC nº 19/1998, a sujeição dessas empresas ao regime de licitação permaneceu idêntica, eis que o estatuto jurídico próprio, disposto no

---

<sup>87</sup> Itens 8.2.57 a 8.2.59 do julgamento do TCU, Acórdão nº 663/2002, Relator Ministro Ubiratan Aguiar, Plenário, Sessão de 19.06.2002.

artigo 173, § 1º, III, não foi editado. E, independentemente do estatuto, cumpre ressaltar que mesmo após a nova redação, manteve-se como competência privativa da União a edição de normas referentes à licitação e à contratação na Administração.

Nesse diapasão, deve-se enfatizar que a Lei nº 9.478/1997, ao autorizar a expedição do Decreto nº 2.745/1998, não teve como objetivo ser o estatuto jurídico mencionado no artigo 173, § 1º, III, da CF. Isso porque, frise-se, a Lei nº 9.478/1997 é anterior à própria Emenda Constitucional que estabeleceu a necessidade de editar o regimento da empresa estatal.

A partir dessa retrospectiva, por mais que seja plenamente visível o reconhecimento quanto à necessidade de um regime licitatório diferenciado para as empresas que atuem em mercado de concorrência, não é possível vislumbrar uma verdadeira mudança quanto ao regime a ser aplicado a elas que não aquele da Lei nº 8.666/1993.

É que não houve qualquer movimentação legislativa para que fosse cumprida a determinação do § 1º, artigo 173, da CF, de forma que fica mantida a regulamentação licitatória seguida pela Administração. Essa ausência legislativa não pode ser traduzida como a possibilidade de o Executivo legislar a fim de adequar o procedimento licitatório para uma Estatal.

Na contramão de toda essa fundamentação pautada na estrita observância da legalidade administrativa e do princípio da separação dos poderes, deve-se dar ênfase à teoria da deslegalização. Helena Monteiro e Yanko Xavier destacam que o fenômeno de crise da legalidade e conseqüente incremento da deslegalização é notado como uma resposta ao atraso do Poder Legislativo e de sua mora na efetivação de direitos. A deslegalização viria como uma tentativa de contornar o moroso processo legislativo em face das necessidades de celeridade e de eficiência comumente observadas no Direito Administrativo Econômico (MONTEIRO, 2010, p. 13, 76).

A complexidade de determinadas matérias somada com inércia do Poder Legislativo em responder de maneira célere a determinadas demandas da sociedade tem fortalecido essa teoria, que parte do pressuposto de necessidade de se expedir normas pelo Poder Executivo a fim de suprir, de maneira mais ágil, a ausência normativa (GUERRA, 2011, p. 134).

Importante advertir que a teoria já foi reconhecida pelo STF. Durante o julgamento do RE nº 140.669-1/PE<sup>88</sup>, o Ministro Relator Ilmar Galvão acolheu a tese da deslegalização na condição de que a norma observe os parâmetros de legalidade para ela traçados e os padrões de juridicidade do sistema jurídico, e, finalmente, desde que não se trate de matéria reservada à lei.

Posteriormente, o Ministro Luiz Fux em voto proferido nos autos da ADI nº 4.568/DF<sup>89</sup> identifica como válida a atuação do Poder Executivo, sem o rebaixamento do status normativo da matéria, desde que o ato seja revestido de “parâmetro inteligíveis, em prestígio ao princípio democrático”.

No caso concreto, Marcos Souto entende que o artigo 67 da Lei nº 9.748/1998 consistiria em uma hipótese de deslegalização. Segundo o Autor, esse fenômeno seria uma tendência do Direito Público contemporâneo, na medida em que o Poder Legislativo não teria a proximidade e a técnica necessárias para o tratamento de temas tão específicos (SOUTO, 2010, p. 789).

Ocorre que, além de o procedimento licitatório ser matéria reservada à lei, como bem ponderou o Ministro Ilmar Galvão, o artigo 67 não impôs quaisquer parâmetros de legalidade a serem seguidos pelo Decreto, o que, por si só, já descaracterizaria a aplicação da deslegalização no caso em tela.

Não fosse isso o bastante, Marçal Justen Filho questiona a possibilidade de o Legislativo transferir ao Executivo sua competência normativa constitucionalmente disposta ao afirmar que a única via legiferante permitida ao Executivo seria a lei delegada (JUSTEN FILHO, 2002, p. 495-497).

Com essa orientação, Gustavo Binenbojm igualmente defende a impossibilidade de subsistência dessa teoria com o texto constitucional e com o

---

<sup>88</sup> A condição para o acolhimento da deslegalização foi expressa com esses termos: “a deslegalização encontra limites constitucionais nas matérias constitucionalmente reservadas à lei. Sempre que exista uma reserva matéria de lei, a lei ou o decreto-lei (...) não poderão limitar a entregar aos regulamentos a disciplina jurídica da matéria constitucionalmente reservada à lei”.

RE 140669, Relator Ministro ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 02.12.1998, DJ 18.05.2001.

<sup>89</sup> Nas palavras do Ministro Luiz Fux: Gostaria de fazer também uma pequena abordagem, rapidamente conceitual, é que, na realidade, a hipótese do caso se amolda ao novel fenômeno da deslegalização, estudada com maestria pelos professores de Direito Administrativo e que consiste exatamente na retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei, passando-se ao domínio do regulamento.

Cito aqui as lições do professor Diogo Moreira Neto, que tem um trabalho específico, para concluir que, assim, a maior ou menor margem de atuação do Poder Executivo não descaracteriza o rebaixamento do *status* normativo da matéria, justamente porque configura o fenômeno da deslegalização.

Não é correto afirmar, como faz a inicial, que a sistemática da lei concederia exclusividade ao Poder Executivo para a fixação do valor do salário mínimo, supostamente conduzindo à conclusão de que o Congresso Nacional não poderá se manifestar sobre o valor na forma da lei. Ora, se a habilitação do Poder Executivo para estabelecer o valor do salário mínimo encontra sede na lei, como é próprio do fenômeno da deslegalização, simplesmente não há nada que impeça ou obstaculize que o próprio Poder Legislativo, se assim o desejar, revogue *in totum* essa sistemática que ele próprio instituiu. Em outras palavras, se é a lei que ampara o poder normativo do Executivo, também a lei poderá suprimir ou mitigar tais poderes, de modo que não cabe falar em silenciamento do Poder Legislativo.

ADI 4568, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 03.11.2011, DJe de 30.03.2012

princípio da legalidade. A argumentação do Autor, ressalva-se, é trazida para o âmbito da regulação, pois, como será adiante sumariamente apresentado, a tese da deslegalização ganhou bastante relevo quando o assunto é a edição de atos normativos pelas agências reguladoras. O objetivo aqui não é adentrar no mérito acerca da validade ou não da teoria para as agências reguladoras, mas tão somente importar dessa seara as ponderações que podem ser aplicáveis na hipótese em vértice.

Em linhas gerais, de acordo com Gustavo Binimbojm, não se pode admitir o fenômeno da deslegalização porquanto, a partir de uma visão formalista do direito, a possibilidade de o legislador alterar o procedimento legislativo está prevista na própria Constituição. E, como se sabe, essa Carta estabelece de maneira taxativa todas as hipóteses e os instrumentos por meio dos quais o Poder Executivo pode editar normas com força de lei, como é o caso das medidas provisórias e das leis delegadas (Binimbojm, 2005, p. 11).

A teoria da deslegalização é difundida na seara das agências reguladoras, as quais, por meio de resoluções, reiteradamente, estabelecem normas gerais e abstratas para a regulação do serviço prestado pelo particular, sempre direcionadas ao prestador do serviço público e não ao usuário. São casos, portanto, de regulação, em que há a função administrativa cujo objetivo é ponderar, de maneira neutra, os interesses concorrentes em conflitos setoriais, sejam eles potenciais ou efetivos (GUERRA, 2011, p. 145).

No caso da regulação, tratar-se-ia da necessidade de independência normativa oriunda do regime especial da agência em relação aos Poderes do Estado. Essa independência seria necessária para disciplinar os serviços públicos bem como as atividades econômicas submetidas ao controle da agência. O fenômeno de deslegalização entraria, portanto, para justificar que esses entes da Administração Indireta pudessem gozar de um amplo poder normativo (BINENBOJM, 2005, p. 7).

A tentativa de importar esse conceito e enquadrar o Decreto e o artigo que o autoriza na teoria da deslegalização aparenta uma verdadeira vontade de justificar a aplicabilidade do procedimento licitatório simplificado à Petrobras. Trata-se de real esforço para justificar a constitucionalidade de um procedimento incompatível com a delegação legislativa e com os procedimentos constitucionais, eis que é evidente que a aprovação não obedeceu qualquer processo legislativo ao ser formulado.

Não fosse apenas o caso do procedimento simplificado da Petrobras ser totalmente distinto das hipóteses em que se encontram as agências reguladoras para

tentar encaixá-lo na tese da deslegalização, outras críticas devem ser tecidas a respeito dessa teoria. Assinalam-se, entre elas, a tensão com o princípio da legalidade, com o sistema de separação de poderes e de freios e contrapesos e com o regime democrático, além da banalização de atos normativos (BINENBOJM, 2005, p. 8).

Ademais, não parece adequado afastar a atuação conforme a lei quando se julgar conveniente, por mais que haja a mora do legislativo. Inclusive, o afastamento, em última análise, corresponderia até à violação da segurança jurídica. Afinal, como explicar que determinados atos trariam em si a teoria da deslegalização e, assim, seriam válidos, mesmo sem preencherem os requisitos da delegação legislativa, enquanto que outros, ao não seguirem o procedimento legislativo seriam inconstitucionais? E mais: qual seria o parâmetro de mora do Legislativo capaz de autorizar que o Executivo atue? Por essas razões, a deslegalização aplicada ao caso não parece ter força para sustentar a tese da constitucionalidade.

Feitas essas considerações, parte-se para o argumento econômico na defesa do procedimento licitatório. Segundo esse raciocínio, a Petrobras, por atuar em diversos países e sistemas jurídicos próprios e sujeitar-se a complexidade desses mercados, bem como à intensa competitividade, não deveria se submeter à Lei nº 8.666/1993 (FARIA, 2013, p. 467).

As empresas estatais que exploraram atividades econômicas já possuem um regime diferenciado na Administração Pública, que considera as necessidades de flexibilidade, agilidade, competitividade e eficiência. E segundo opina Luís Roberto Barroso, um dos principais aspectos desse regime diferenciado seria justamente a disciplina distinta no regime de licitações aplicável a essas empresas (BARROSO, 2006, p. 30).

Carlos Sundfeld, nessa linha, sustenta que deve haver um regime próprio das empresas estatais que seja condizente com a natureza empresarial que elas possuem, e, portanto, distinto daquele que os entes do Direito Público se submetem. Isso porque o trabalho em condições de livre concorrência exige celeridade e respostas rápidas às diferentes situações. Nesse sentido, a edição da lei que trata de política enérgica e autoriza a edição de um decreto para dispor acerca de um procedimento simplificado decorre da necessidade de a Estatal se desenvolver no segmento em que atua (SUNDFELD, 2013, p. 19).

Na decisão paradigma do STF<sup>90</sup>, o Ministro Gilmar Mendes também abordou a questão com as palavras a seguir:

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.

Em suma, por a Petrobras participar do mercado, defende-se a impossibilidade de um procedimento de contratação engessado pela Lei de Licitações e Contrato, sob pena de se configurar a concorrência desleal, eis que em um mercado de livre concorrência, todos os atuantes são pressionados pelo risco de surgimento de um concorrente mais eficiente. Logo, para sobreviver nessa esfera, deve-se oferecer melhores condições e vantagens ao consumidor. As rígidas regras da Lei nº 8.666/1993 dificultariam a eficiência da Estatal no setor concorrencial e colocariam em risco sua existência, na medida em que a Petrobras não estaria a competir em condições de igualdade (MONTEIRO, 2010, p. 9-10).

De fato, essa argumentação é extremamente plausível. Não há dúvidas que as regras da Lei nº 8.666/1993 e o longo procedimento ali expresso podem prejudicar a Estatal que necessita de dinamismo para travar suas relações, tanto é que o constituinte derivado já reconheceu a imprescindibilidade de ser editado o estatuto jurídico das empresas estatais atuantes em atividades econômicas. A questão, em verdade, não diz respeito a se o mercado concorrencial exige ou não um procedimento que se coadune com o cotidiano da empresa, pois a própria Constituição Federal já identifica esse cenário.

O que se verifica é que esse discurso não é capaz de provar a constitucionalidade do procedimento aprovado. Não é porque existe a necessidade de um procedimento licitatório simplificado que o artigo 67 da Lei nº 9.478/1997 e o Decreto nº 2.745/1998 se tornam constitucionais e legais. Ora, não há qualquer relação de causa e efeito nessa argumentação.

Pondera-se, também, que se vive sob a égide de um Estado Democrático de Direito e daí decorre que não há como negligenciar todo um regramento constitucional para aplicar um procedimento licitatório que surgiu de maneira

---

90



manifestamente contrária ao ordenamento jurídico só porque se necessita um procedimento simplificado. Pensar assim vai de encontro com uma série de princípios balizadores da sociedade.

No mais, outro aspecto merece ênfase. É que tanto a jurisprudência como a doutrina, de uma maneira geral, consolidaram o entendimento de que as atividades-fim das empresas estatais atuantes como exploradoras de economia não precisam se submeter às regras de licitação.

Essas atividades já foram classificadas no capítulo 1 deste trabalho como aquelas que são intransponíveis às atividades negociais da empresa. O intuito dessa flexibilização é justamente não prejudicar a empresa que atua em concorrência. Por mais que essa providência não seja suficiente, não há como, a partir dessa premissa, afirmar que o procedimento aprovado pelo Decreto nº 2.745/1998 seja legal ou constitucional.

É interessante notar também o posicionamento do TCU, explicitado na Decisão nº 663/2002, ao discorrer que a Lei nº 8.666/1993 não afasta a Petrobras do mercado competitivo e defender que a busca pela proposta mais vantajosa, na realidade, não distancia a Estatal da eficiência. Nesses termos:

8.2.48. Os que preconizam a não sujeição das empresas estatais exploradoras de atividade econômica à Lei 8.666/93 alegam que sua utilização inviabiliza o bom gerenciamento. Além de não ser uma afirmação com base jurídica, é uma falácia. A eficiência e a economicidade não são alcançadas pelo simples fato de serem utilizados os mesmos procedimentos de licitação e contratação das empresas particulares. Esses dois princípios não se encontram dissociados da aplicação do Estatuto de Licitações e Contratos. Mui pelo contrário, estão intimamente ligados a ela, da mesma maneira que estão diretamente vinculados ao princípio básico do planejamento (art. 6o, I, Decreto-lei no 200/67) e ao da seleção da proposta mais vantajosa para Administração (Lei no 8.666/93). Cabe ter presente que a legítima defesa de dois princípios, os da economicidade e da eficiência, não justifica a inobservância de outros, como os da supremacia do interesse público, da publicidade, da isonomia, da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa. Mais uma vez, citamos Marçal Justen:

‘Tem-se atribuído à disciplina da Lei no 8.666 a responsabilidade por dificuldades na gestão da atividade administrativa. Sustenta-se que a uniformidade e exaustividade da regulação legal provocam prejuízos à Administração, que não lograria obter a agilidade indispensável à eficiência na gestão da coisa pública. Deve-se ter cautela com essas acusações, em grande parte não procedentes.

É imperioso tomar consciência de que o maior fator para os desencontros no curso da licitação reside na má redação dos atos convocatórios. Os inúmeros defeitos da Lei no 8.666 são agravados em decorrência de interpretações mecanicistas, que pretendem enfrentar o diploma legal como se fosse uma espécie de ‘manual de instruções’, a ser obedecido literal e textualmente. Um sem-número de problemas poderiam ser evitados se os editais deixassem de ser meras repetições automáticas do passado. São

incluídas exigências dispensáveis e despropositadas. Em contrapartida, regras úteis e necessárias deixam de constar do ato convocatório.

Logo, esses problemas não serão superados através de mero câmbio legislativo. Se uma nova legislação for editada e vier a ser aplicada segundo os mesmos critérios hermenêuticos ora adotados, o resultado continuará a ser desastroso.’ (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, pág. 21; 6a ed. rev. e ampl. - 1999; Dialética; São Paulo)

Trazidas as principais teorias que regem a polêmica acerca da constitucionalidade do procedimento licitatório simplificado da Petrobras fica clara que a argumentação utilizada na defesa desse procedimento se mostra insubsistente e, reiteradamente, afasta-se da legalidade e das prescrições constitucionais.

## CONCLUSÃO

O fato de a Constituição Federal de 1988 ter privilegiado o princípio da livre concorrência e ter contemplado uma economia de livre mercado não significou o sepultamento da atuação do Estado como agente econômico produtor de bens e serviços, em diversas searas (POSSAMAI, 2014, p. 231).

E, como não poderia ser diferente, as empresas estatais são as maiores protagonistas nesse papel. São entidades revestidas de personalidade jurídica de direito privado, cujos recursos econômicos são oriundos – no todo ou em parte – dos cofres públicos e compõem a estrutura Estatal por seus objetivos públicos (POSSAMAI, 2014, p. 232).

A grande peculiaridade acerca dessas empresas está no regime híbrido a que estão submetidas, porquanto sujeitas ao regime jurídico de Direito Privado, nos termos do artigo 173, § 1º, II, da CF, excetuadas as hipóteses expressamente previstas no texto constitucional (FURTADO, 2012, p. 164). Relativamente às ressalvas constitucionais quanto à obediência ao regime de Direito Público, destaque-se, em atenção ao artigo 37, XXI, da CF, a obrigatoriedade de licitar:

Sendo a licitação, à luz dos princípios da legalidade e da impessoalidade, a regra, a inexistência de lei específica relativa às empresas públicas e sociedades de economia mista referida pelo art. 173, § 1º, da Constituição Federal, obriga, destarte, a que todas as entidades e órgãos da Administração Pública se submetam ao que preceitua a Lei nº 8.666/93.<sup>91</sup>

---

<sup>91</sup> FURTADO, Lucas Rocha. Curso de licitações e contratos administrativos. 5ª edição, Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 21.

Esse regramento, entretanto, foi afastado pela Petrobras, que possui um regime próprio de licitações, descrito no Decreto nº 2.745/1998, cuja autorização para a aprovação advém do artigo 67 da Lei nº 9.478/1997. A aprovação do procedimento licitatório simplificado foi expedida em período de grandes transformações para a Estatal: a relativização do monopólio do petróleo e a consequente inserção da Petrobras no mercado de livre concorrência.

O Decreto, entretanto, é permeado de falhas. Desde a sua polêmica autorização, dada por diploma legal e não contemplada nas hipóteses constitucionais, até os seus procedimentos licitatórios, que muitas vezes acabam por violar princípios da Administração Pública contidos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

Contudo, este tópico, em verdade, não se presta para repetir, de maneira exaustiva, os dispositivos do ato regulamentar que contêm manifestas ilegalidades e inconstitucionalidades, tampouco para reviver os vícios envolvidos na aprovação do Decreto a partir do dispositivo legal. Reserva-se aqui um espaço para traçar reflexões a fim de adequar os ditames constitucionais ao cotidiano enfrentado pela Petrobras.

O argumento mais encontrado na busca pela defesa do procedimento licitatório simplificado diz respeito à incompatibilidade dos regramentos da Lei nº 8.666/1993 com o mercado de livre concorrência ao qual se submete a Estatal. A própria Constituição Federal, com redação dada pela EC nº 19/1998, manifesta a necessidade de as empresas públicas e as sociedades de economia mista atuantes em atividades econômicas possuírem um estatuto jurídico próprio que disponha acerca de “licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública”.

E não poderia ser diferente. A despeito da defesa neste trabalho para que a Estatal se utilize da Lei de Licitações e Contratos, em atenção aos princípios da Administração Pública e ao vácuo legislativo, reconhece-se que essas entidades da Administração Indireta não vivenciam as mesmas experiências das demais entidades administrativas.

Inclusive, o administrativista Marçal Justen Filho reviu o entendimento sobre a questão, que adotava em suas obras até o ano de 2013. Na 16ª edição de seu livro “Comentário a Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, o Autor reconhece a competitividade de dimensão internacional do mercado em que está imersa a Petrobras, bem como as dificuldades que o regime da Lei nº 8.666/19993 impõe,

mesmo quando é aplicado em atividades não classificadas como atividades-fim da empresa.

Com esse raciocínio, Justen Filho afasta o cenário em que contratações ocorreriam sem a submissão a procedimentos predeterminados e com inaplicabilidade de controles. Defende que a lei deve consagrar um estatuto licitatório próprio diferenciado para as empresas estatais, mas que essa disciplina, de fato, não é possível delegar a regulamento (JUSTEN FILHO, 2014, p. 41).

O procedimento licitatório simplificado surgiu como uma tentativa imediata de burlar a submissão da Petrobras à Lei nº 8.666/1993. Ocorre que, sua aplicação se traduz, em última análise, em contrariedade ao Estado Democrático de Direito, na medida em tudo que a ele se relaciona – sua aprovação e suas disposições licitatórias – significa uma verdadeira afronta a todo ordenamento jurídico que os entes da Administração devem observar.

Manter a utilização do Decreto nº 2.745/1998 é um retrocesso legislativo e uma premiação à deslegalização, portanto, não parece ser a solução. Assim, como pontua Villela Souto, “a prioridade deveria ser a edição da lei a que se refere o artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, cuja essência deveria ser principiológica, deixando os espaços necessários para que cada estatal pudesse flexibilizar a sua sistemática de licitar à luz das suas especificidades” (SOUTO, 2010, p. 798).

Certamente, a licitação e a contratação no âmbito das empresas estatais sofrerá restrições bem mais severas que as empresas privadas. Afinal, consoante bem esclarecido na Decisão nº 663/2002, as sociedades de economia mista e as empresas públicas apenas se assemelham às empresas privadas, frise-se: assemelham-se. Essas últimas não estão obrigadas a licitar, não se sujeitam ao controle ministerial, não dependem de concurso público para a contratação de funcionários e sequer de lei específica para serem criadas, não obedecem aos princípios da Administração Pública, e, via de regra, não se submetem à fiscalização do Poder Legislativo e do Tribunal de Contas.

O estatuto jurídico das empresas estatais, assim, deve vir a fim de delinear regras licitatórias que não poderão ferir direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias. Além disso, o estatuto terá como dever definir os limites de discricionariedade do gestor na forma em que ele deverá atuar ao administrar um bem de toda a sociedade, com ações que visem sempre à supremacia do interesse público e obedeçam aos princípios da Administração.

Como ressaltado pelo TCU na Decisão supramencionada, a lei prevista no artigo 173, § 1º, III da CF, poderá, inclusive, contestar os mandamentos da Lei de Licitações e Contratos, desde que não viole os princípios constitucionais. Contudo, na sua ausência, os limites das contratações, das licitações e das alienações não podem estar desregrados. Deve-se obediência à lei vigente no ordenamento que supre a lacuna da regulação do limite da discricionariedade e das obrigações do administrador.

O TCU espousa posicionamento muito interessante a ser pensado a respeito de contratações. Segundo a Corte, o acordo de vontades é pressuposto de um contrato e no instrumento não deve haver a preponderância de uma das partes. Ao celebrar um contrato, com a devida autorização legal, o gestor privado expressa a livre vontade daquela empresa, porquanto seus proprietários previamente definiram as competências de seus prepostos. O mesmo não ocorre com uma empresa estatal: sua diretoria, sua administração e seu conselho são vinculados ao interesse público.

Logo, o modo pelo qual o corpo social dessa entidade exterioriza seu interesse é por meio da Constituição e das leis. Por mais que o estatuto jurídico próprio ainda não tenha sido editado, existe outro diploma legal em vigor, que abrange essas empresas e dispõe sobre as regras de licitação, contratação e alienação.

De fato, a Lei de Licitações e Contratos contém certas normas que não são específicas para as empresas estatais que exercem atividades econômicas. Contudo, esse não é um argumento jurídico, consistente e válido para afastar por completo a sua incidência sobre essas entidades. Essa afirmação somente reforça a premência de que seja editada a lei que trará o estatuto jurídico próprio das empresas públicas e das sociedades de economia mista, não se pode usar essa assertiva a fim de justificar qualquer ação, apenas abrigada pelo Direito Civil e Direito Comercial<sup>92</sup>.

Assim, veementemente se defende a urgência de edição do estatuto jurídico das empresas estatais, com o objetivo de que as sociedades de economia mista e as empresas públicas possam seguir com suas atividades perante o mercado de livre concorrência sem que para isso tenham que negligenciar a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade, a eficiência, e, em especial, o interesse público.

---

<sup>92</sup> Item 8.2.43. TCU, Acórdão nº 663/2002, Relator Ministro Ubiratan Aguiar, Plenário, Sessão de 19.06.2002.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernando Galvão de. Os 40 anos da Petrobras, in: Conjuntura Econômica, v. 27, nº 10, p. 33-38, outubro de 1993.

ANDRÉ, Maristela Afonso de. A efetividade dos contratos de gestão no Estado, in: Revista de Administração de Empresas, v. 39, nº 3, p. 42-52, julho/setembro de 1999.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Concessões E Autorizações Petrolíferas e o Poder Normativo da Agência Nacional Do Petróleo. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 228, abril/junho, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Regime jurídico da Petrobras, delegação legislativa poder regulamentar: validade constitucional do procedimento licitatório simplificado instituído pelo Decreto nº 2.745/1998. 2006. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-luis-roberto-barroso-procedimento.pdf> > . Acesso em 6 de agosto de 2015.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988/ São Paulo: Saraiva, 2002.

BEMQUERER, Marcos. O regime jurídico das empresas estatais após a Emenda Constitucional nº 19/1998. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BINENBOJM, Gustavo. As agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público na Bahia, nº 3, agosto-setembro-outubro, 2005. Disponível em < <http://www.direitodoestado.com.br> > Acesso em 31 de agosto de 2015.

BRASIL, Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – Brasília: Presidência da República, Câmara de Reforma do Estado, 1995.

BRESSER-PREREIRA, Luiz Carlos, Editora Getúlio Vargas. Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial, 7ª Edição, Rio de Janeiro: FGV, 2006.

CASTARDO, Hamilton Fernando. Natureza Jurídica do Tribunal de Contas no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Piracicaba: Unimep, 2007.

COELHO, Daniela Mello. Regime jurídico das empresas públicas e sociedade de economia mista. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 8, nº 90, p. 73-78, junho 2009.

DI PEITRO, Maria Sylvia Zanella. Contratos de gestão. Contratualização do controle administrativo sobre a administração indireta e sobre as organizações sociais. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, nº 45/46, p. 173-194, janeiro/dezembro 1996.

\_\_\_\_\_, Direito Administrativo. 27ª edição. São Paulo: Atlas. 2014.

FARIA, Edimur Fereira de. A Petrobras e a licitação simplificada: conflitos de entendimento jurídico. In: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Coordenadora). Contratações Públicas: estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 457-469.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Novas estatais federais – Aplicabilidade da Lei nº 8.666/93 às contratações pertinentes à atividade-fim das empresas estatais exploradoras de atividade econômica por via de inexigibilidade de licitação. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, nº 244, p. 540-550, junho 2014.

FURTADO, Lucas Rocha. Curso de licitações e contratos administrativos. 5ª edição, Belo Horizonte: Fórum, 2013.

\_\_\_\_\_, Curso de Direito Administrativo. 3ª edição, Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GUERRA, Sérgio. Função normativa das agências reguladoras: uma nova categoria do direito administrativo? In: Revista direito GV, v. 7, nº 1. P. 131-152, janeiro/junho 2011.

HAIKAL, Daniela Mello Coelho. Aspectos do controle das licitações públicas pelo Tribunal de Contas. In: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Coordenadora). Contratações Públicas: estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 445-456.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014.

\_\_\_\_\_, Informativo Licitações e Contratos nº 54 – agosto/98 – Revista Zênite – Informação e consultoria em administração pública.

\_\_\_\_\_, O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002.

MARTINS, Daniela Couto. A regulação da indústria do petróleo: segundo o modelo constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

MARTINS SILVA, Ives Gandra da. Inconstitucionalidade do art. 67 da Lei nº 9.478/97, Ilegalidade do Dec. Nº 2.745/1998 em face da Lei nº 8.666/93. In: Boletim de Licitações e Contratos (BLC), v. 16, nº 2, p. 85-99, fevereiro de 2003.

MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 38ª edição, São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 31ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTEIRO, Helena Telino. A constitucionalidade do decreto de licitações da Petrobrás à luz dos princípios da legalidade e da eficiência. Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2010.

MONTEIRO, Helena Telino; DE ALENCAR XAVIER, Yanko Marcius. O decreto de licitações da Petrobras à luz do princípio constitucional da eficiência: uma contribuição da análise econômica do direito. In: Constituição e Garantia de Direitos, v. 3, nº 1, 2010.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Curso prático de Direito Administrativo. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

\_\_\_\_\_, Eficácia nas licitações e contratos. 12ª edição, Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

\_\_\_\_\_, O regime das licitações na Petrobras e a posição do Tribunal de Contas da União. In: Boletim de Licitações e Contratos (BLC), v. 16, nº 2, p. 100-106, fevereiro de 2003.



\_\_\_\_\_, Vertentes na Estrutura da Contratação das Entidades Privadas, Beneficiadas com Recursos Públicos. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 7, agosto/setembro/outubro de 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 20 de agosto de 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e contratos administrativos, teoria e prática. São Paulo: Editora Método, 2012.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Dicotomia entre serviço público e atividade econômica e o regime licitatória das empresas estatais. In: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Coordenadora). Contratações Públicas: estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 431-444.

POSSAMAI, Giancarlo Bernardi. Empresas estatais e a função regulatória das contratações administrativas: reflexões a partir das licitações da Petrobras. In: Boletim de Licitações e Contratos (BLC), v. 27, n.º 3, p. 231-238, março 2014.

SOUTO, Marcos Juruena Villela; GARCIA, Flávio Amaral. Regulamento de licitação da Petrobras e proposta de modificação por lei. In: Boletim de Direito Administrativo, p. 787-799, julho 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Licitação nas estatais: levando a natureza empresarial a sério. In: Contratações pública e seu controle. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 79-101

VIDIGAL, José Augusto Maciel. O controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União na visão do Supremo Tribunal Federal: o caso Petrobras. Vila Velha-ES: UVV, 2010.

ZYMLER, Benjamin. Direito Administrativo e controle. 4ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2015.