

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

JÉSSICA LOYOLA CAETANO RIOS

**REGIME SIMPLIFICADO DE CONTRATAÇÃO DA PETROBRAS E A
POSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS
PRÓPRIOS NO ÂMBITO DAS EMPRESAS ESTATAIS**

BRASÍLIA

2016

JÉSSICA LOYOLA CAETANO RIOS

**REGIME SIMPLIFICADO DE CONTRATAÇÃO DA PETROBRAS E A
POSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS
PRÓPRIOS NO ÂMBITO DAS EMPRESAS ESTATAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de bacharel em Direito pela
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Márcio Nunes Iório Aranha
Oliveira

Brasília
2016

JÉSSICA LOYOLA CAETANO RIOS

**REGIME SIMPLIFICADO DE CONTRATAÇÃO DA PETROBRAS E A
POSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS
PRÓPRIOS NO ÂMBITO DAS EMPRESAS ESTATAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito
pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Professor Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira
Orientador

Professor André Luís de Carvalho
Membro da banca

Professor Tarcísio Vieira de Carvalho Neto
Membro da banca

Professor Othon de Azevedo Lopes
Membro suplente da banca

Brasília, 29 de junho de 2016

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo confirmar a constitucionalidade do regime simplificado de contratações da Petrobras, implantado pelo Decreto 2.745/98. A fim de reforçar este posicionamento, inicialmente será apresentado o contexto político-jurídico em que foi publicado o Decreto, destacando-se a Reforma Administrativa da década de 90, cujo objetivo central foi a transição de um modelo burocrático de gestão pública para o modelo gerencial. Em relação a este período, serão especialmente examinadas as Emendas Constitucionais 9/95 e 19/98, que exerceram papel fundamental na viabilização da adoção de regimes de contratação mais flexíveis pelas empresas estatais. Em seguida, serão analisadas a jurisprudência do TCU e do STF sobre o tema, apresentando-se as divergências existentes entre os posicionamentos adotados pelas duas cortes. Neste contexto, serão expostos e desenvolvidos os argumentos que apontam para as inconsistências do posicionamento da Corte de Contas e, assim, para a tendência de que a Suprema Corte mantenha seu entendimento atual no sentido da possibilidade jurídica da utilização do regime simplificado de contratações pela Petrobras. Por fim, far-se-á uma breve digressão acerca do regime jurídico das empresas estatais para, à luz da teoria processual administrativa da regulação, demonstrar a viabilidade jurídica de que todas as empresas públicas e sociedades de economia mista adotem seu próprio regime de licitações.

Palavras chaves: Licitação. Empresas estatais. Regime simplificado de contratações. Constitucionalidade. Viabilidade jurídica. Teoria processual administrativa da regulação.

ABSTRACT

This study addresses the constitutionality of the simplified bidding process applied by Petrobras and established by the Decree no. 2,745, of 1998. In order to reach a conclusion on the constitutionality of the bidding process, this study is organized in three main parts. The first one presents the political and juridical context in which the decree was published, emphasizing the Brazilian Administrative Reform of the 1990s, which aimed to change the prevalent bureaucratic government into a managerial model of public behavior, by exploring specially the 9th and 19th Amendments, of 1995 and 1998, that introduced a more flexible bidding process for state-owned companies. The second part delves into the comparative analysis of the Brazilian Supreme Federal Court and the Brazilian Federal Court of Accounts' decisions, where the main flaws of the Court of Accounts arguments are pointed out to demonstrate that the current position of the Supreme Federal Court upholding the decree should prevail. Finally, a brief description of state-owned companies and the Administrative Process Theory proposed by Steven Croley will be used to support the constitutionality of unique bidding regimes by these companies.

Key-words: Bidding. State-owned enterprises. Simplified bidding procedure. Constitutionality. Administrative Process Theory.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	1
2	O REGIME SIMPLIFICADO DE CONTRATAÇÃO DA PETROBRAS.....	4
2.1	REFORMA ADMINISTRATIVA DO ESTADO: O CONTEXTO DE CRIAÇÃO DO DECRETO 2.745/98.....	4
2.2	O REGIME SIMPLIFICADO DE CONTRATAÇÕES DA PETROBRAS E A LEI GERAL DE LICITAÇÕES	9
3	A CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO 2.745/98	15
3.1	A DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO	15
3.2	O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	17
3.3	O POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: CONTRAPONTO AOS ARGUMENTOS ADOTADOS PELA CORTE DE CONTAS ...	24
4	A CRIAÇÃO DE MODELOS SIMPLIFICADOS DE CONTRATAÇÃO NO ÂMBITO DAS EMPRESAS ESTATAIS.....	33
4.1	A TEORIA PROCESSUAL ADMINISTRATIVA DA REGULAÇÃO E O REGIME SIMPLIFICADO DE CONTRATAÇÕES DA PETROBRAS	33
4.2	O PROCEDIMENTO SIMPLIFICADO DE CONTRATAÇÕES DA PETROBRAS E OS PRINCÍPIOS GERAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	38
4.3	REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS: A ADOÇÃO DE REGIME PRÓPRIO DE CONTRATAÇÕES PELAS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA.....	47
5	CONCLUSÃO	52
6	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	56

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar o Decreto 2.745/98, que instaurou o Regime Simplificado de Licitações da Petrobras, comparativamente à Lei Geral de Licitações – Lei 8.666/93 e à luz do entendimento do Tribunal de Contas da União e do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Mediante esta análise, pretende-se, ao longo do trabalho, estudar a possibilidade jurídica da criação, por todas as empresas estatais, de um regime jurídico próprio e simplificado de contratações.

Para tal, primeiramente será analisado o contexto em que o Decreto da Petrobras foi editado, considerando-se notadamente as alterações no texto constitucional promovidas à época, que expressaram a necessidade de que as contratações no âmbito das empresas estatais respeitassem procedimento licitatório adequado à sua natureza. Analisar-se-á também o cenário econômico brasileiro à época da edição do decreto, destacando-se que, naquele momento, vivia-se um período de intensa abertura do mercado à competição, o que trouxe novas necessidades às empresas estatais.

Será especialmente relevante a análise das medidas integradoras do chamado Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (1995), marcado pela implementação de diversas modificações no texto constitucional, notadamente através da Emenda Constitucional 9, de 9 de novembro de 1995, responsável pela flexibilização do monopólio do petróleo até então detido pela Petrobras, o que possibilitou à União a contratação das atividades relacionadas à exploração do petróleo com empresas privadas, e da Emenda Constitucional 19, de 4 de junho de 1998, que alterou a redação do artigo 22, XXVII, bem como a do artigo 173, §1º da Constituição Federal. Aqui, as alterações implicaram a manutenção da competência privativa da União para editar normas gerais de licitação, prevendo, no entanto, a existência de um regime aplicável à Administração Pública Direta e outro aplicável aos integrantes da Administração Pública Indireta. No artigo 173, por sua vez, foi alterado o §1º, para dispor que as licitações realizadas pelas empresas estatais exploradoras de atividades econômicas estariam submetidas a estatuto jurídico próprio.

A análise das modificações implementadas no ordenamento jurídico, além da compreensão do pensamento econômico prevalecente no período, evidencia as razões que culminaram na publicação da Lei 9.478/97 e, posteriormente, do Decreto 2.745/98.

Ainda no Capítulo 2, será realizado um breve comparativo entre o Decreto 2.745/98 e a Lei 8.666/93, apresentando as principais semelhanças e diferenças entre seus dispositivos, a fim

de constatar de que forma o procedimento de contratação do Regime Simplificado da Petrobras apresenta facilidades frente ao complexo procedimento previsto na Lei de Licitações. A comparação dos textos legais evidencia uma série de semelhanças entre eles, sugerindo uma forte inspiração da Lei de Licitações na elaboração do Regime Simplificado da Petrobras.

No Capítulo 3, serão apresentadas as controvérsias existentes quanto à constitucionalidade do artigo 67 da Lei 9.478/97 - que conferiu ao Chefe do Poder Executivo a competência para regulamentar o regime licitatório da Petrobras -, dispositivo posteriormente consumado pelo Decreto 2.745/98, cuja constitucionalidade, por consequência, também tem sido questionada. A divergência reside no fato de que o Tribunal de Contas da União, sempre que confrontado com questões pertinentes à utilização do Decreto 2.745/98 pela Petrobras, tem entendido por sua inconstitucionalidade, afirmando a submissão da estatal ao regime previsto na Lei 8.666/93, ao passo em que o Supremo Tribunal Federal já deferiu uma série de pedidos liminares da Petrobras, determinando a suspensão das decisões da Corte de Contas e a continuidade da aplicação do Regime Simplificado de Contratações pela estatal.

Com isso, pretende-se analisar as decisões da Corte de Contas que declararam a inconstitucionalidade do artigo 67 da Lei 9.478/97 e do Decreto 2.745/98, apresentando os fundamentos do Tribunal para sustentar tal entendimento. Dentre outras decisões, além de pareceres apresentados pelo Ministério Público junto ao TCU, destaca-se a Decisão Plenária 663/2002, que, após profunda análise das modificações implementadas pelas Emendas Constitucionais 9/95 e 19/98, declara a inconstitucionalidade do Regime Simplificado de Contratações da Petrobras afirmando que (i) o artigo 67 da Lei 9.478/97 teria delegado ao decreto matéria sujeita à reserva legal absoluta, (ii) a licitação das empresas estatais deve ser regulada no Estatuto Geral previsto pelo artigo 173, §1º da Constituição Federal, e a Lei 9.478/97 não pode ser enquadrada como tal e (iii) o Decreto 2.745/98 teria inovado o ordenamento jurídico e violado a Lei de Licitações.

Embora não exista ainda posicionamento definitivo sobre o tema, o trabalho pretende, pela análise das decisões proferidas pelo Tribunal de Contas da União, bem como das motivações até então firmadas pelo Supremo Tribunal Federal para afastar as determinações daquela Corte de Contas, expor as inconsistências que podem ser verificadas nos fundamentos supramencionados e, assim, os motivos pelas quais o entendimento da Suprema Corte, em análise futura e definitiva, deverá se manter.

Finalmente, o Capítulo 4 pretende verificar a viabilidade e possibilidade jurídica da adoção, por todas as empresas públicas e sociedades de economia mista, de um regime de

contratação próprio e procedimentalmente mais simples que aquele previsto na Lei Geral de Licitações, à luz da teoria processual administrativa da regulação.

Para tal, serão apresentados os aspectos principais da teoria processual administrativa da regulação, tal como apresentada por Steve Croley, a fim de destacar que a lisura do procedimento licitatório da Petrobras não depende da edição de lei específica a instituir o estatuto das empresas estatais, mas sim da observância das salvaguardas processuais previstas no Decreto 2.745/98. Neste cenário, o Decreto 2.745/98 será confrontado com os princípios da Administração Pública para que se demonstre a presença de tais garantias no procedimento ali disposto e, assim, conclua-se por sua adequação ao ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, considerando-se as principais características, a natureza jurídica e o regime jurídico ao qual as empresas estatais estão submetidas, será evidenciada a possibilidade jurídica da adoção de regime licitatório próprio por todas as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica.

2 O REGIME SIMPLIFICADO DE CONTRATAÇÃO DA PETROBRAS

2.1 Reforma Administrativa do Estado: o contexto de criação do Decreto 2.745/98

A Constituição Federal de 1988, em continuidade ao *status* conferido à matéria relativa à exploração do petróleo pela constituição anterior, manteve o monopólio da União Federal, através da Petrobras, sobre a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, a refinação, a importação, exportação e transporte de petróleo e derivados básicos no país:

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.

§ 1º O monopólio previsto neste artigo inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades nele mencionadas, sendo vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, ressalvado o disposto no art. 20, § 1º

Contudo, esta realidade seria profundamente alterada com o advento da Emenda Constitucional 9/95¹, que, por intermédio da modificação do artigo 177 da Constituição Federal, relativizou o monopólio detido pela Petrobras, estendendo as atividades de pesquisa e lavra das jazidas de petróleo, dentre outros serviços, também às empresas privadas.

As alterações implementadas pela Emenda Constitucional 9/95 integraram o conjunto de reformas introduzidas a fim de reduzir o inchaço do aparelho estatal e o esgotamento do

¹ 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).

modelo burocrático de gestão, resultantes da intensificação da atuação estatal na prestação de serviços públicos essenciais e responsável pela consolidação de uma Administração Pública ineficiente e deficitária². O período foi marcado pela abertura da economia brasileira ao mercado internacional e pela adoção de políticas governamentais cada vez mais próximas aos princípios neoliberais, caracterizados pela redução da intervenção estatal na economia com o intuito de possibilitar o livre funcionamento do mercado e, assim, a ampla competitividade entre diferentes agentes econômicos, além da redução da máquina estatal, cujos resultados seriam a privatização e a terceirização dos serviços e, por fim, o aumento da governança e da governabilidade³.

Neste cenário, de todas as propostas e medidas voltadas à reforma da Administração Pública, destaca-se o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado de 1995, desenvolvido pelo extinto Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE) a fim de implantar o modelo gerencial de gestão pública, cujos princípios estão essencialmente voltados à consolidação de uma máquina administrativa eficiente, destinada ao atendimento das necessidades sociais e ao fortalecimento da figura de um Estado direcionado ao controle e fiscalização dos serviços que estão sendo prestados, em contraposição à ideia de um Estado que presta diretamente tais serviços à sociedade⁴.

Assim, destacavam-se como objetivos principais da Reforma a realização do ajuste fiscal, a modernização e o aumento da eficiência da Administração Pública. Especificamente no tocante ao fornecimento de bens e prestação de serviços para o mercado, o novo modelo de gestão previa que as atividades deveriam centralizar-se no setor privado, que teriam suas atividades e a qualidade de seus serviços fiscalizados pelo Estado. Também durante este período, destacou-se a figura do “cidadão-cliente”, cunhado por Luís Carlos Bresser Pereira, ex-Ministro da Administração do MARE, para aproximar o novo modelo de gestão estatal dos princípios do mercado.

Segundo o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, as reformas ali propostas destinavam-se à superação da Crise de Estado existente à época, a qual seria resultado de três fatores principais, a saber, (1) a crise fiscal vivenciada pelo Estado, decorrente da perda de

² MACHADO, Fernando Moreno. Destatização e privatização no Brasil. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 2, n. 1, p. 99-119, 2015.

³ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. Disponível em: http://www.bresserpereira.org.br/papers/1998/A_reforma_do_estado_dos_anos_90.pdf.

⁴ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. In: Revista do Serviço Público, 1996. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/recipient3.asp?cat=149>

crédito e da negativação da poupança pública; (2) o esgotamento do modelo intervencionista de Estado e (3) o esgotamento do modelo burocrático de gestão. Nessa toada, o Plano Diretor apresenta como objetivo central da reforma a “redefinição do papel do Estado, que deixa de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de bens e serviços, para fortalecer-se na função de promotor e regulador desse desenvolvimento⁵”.

Dentre outras medidas adotadas pelo Governo para implementação deste novo modelo de gestão, destaca-se a edição de uma série de Emendas Constitucionais (Emenda Constitucional 5/95 até a Emenda Constitucional 20/98), que possibilitariam a consumação das mudanças propostas pelo Plano Diretor. Para a matéria ora estudada, é especialmente relevante o estudo das alterações implantadas pela Emenda Constitucional 5/95, analisada anteriormente, bem como a 19/98, que teria papel fundamental na edição do Decreto 2.745/98.

Nessa conjuntura, a Emenda Constitucional 19/98 trouxe importantes alterações ao texto dos artigos 22, inciso XXVII, que passou a ter a seguinte redação:

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).

A nova redação atribuída ao artigo 22, inciso XXVII, deixa clara a pretensão do legislador em distinguir a existência de regime de licitação distinto para as “administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios”, que deverá seguir o disposto no artigo 37, XXI, da Constituição Federal, “e para as empresas públicas e sociedades de economia mista”, cujo regime deverá atender ao disposto no artigo 173, §1º, do Texto Maior.

Neste tocante, diante do novo texto do artigo 22, XXVII, naturalmente surgem questões acerca da aplicabilidade do artigo 1º, §1º, da Lei 8.666/93, o qual prevê a subordinação das empresas públicas e sociedades de economia mista ao regime de licitações ali regulamentado⁶.

⁵ Para maiores informações sobre o Plano de Reforma do Aparelho do Estado, acessar: <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>

⁶ Segundo Gustavo Binbenojm, apesar de a Lei de Licitações prever a aplicação de seus dispositivos também às empresas públicas e sociedades de economia, doutrina e jurisprudência, mesmo antes das modificações implementadas pela EC 19/1998, já havia flexibilizado tal exigência, dispensando a observância da Lei 8.666/93 pelas empresas estatais no que se referia às suas atividades-meio. Contudo, explica que a previsão insculpida no artigo 22, XXVII, da Constituição de 1988, inserida pela EC 19/1998, “não se trata de uma mera possibilidade aberta pelo constituinte, mas de um comando imperativo: a Lei 8.666/93 não será mais aplicável às licitações promovidas por empresas estatais”. In: BINENBOJM,

A despeito dessa discussão, é fundamental reconhecer que o texto constitucional, mesmo após as mudanças implementadas pela Emenda Constitucional 19/98, manteve a obrigatoriedade da realização de licitações para toda a Administração Pública, inclusive para as empresas estatais. Contudo, deve-se observar que a Constituição Federal passou a prever expressamente a existência de dois modelos licitatórios distintos⁷.

Desta forma, também foi preservada a compatibilidade com o texto do artigo 37, XXI, do Texto Maior, que dispõe que “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”.

O dispositivo estabelece, assim, a obrigatoriedade de realização de licitação prévia para todas as contratações administrativas, sem disciplinar o regime licitatório ou, ainda, fixar um único regime a ser utilizado por toda a Administração Pública.

A Emenda Constitucional 19/98 trouxe também alterações ao texto do artigo 173, §1º, da Constituição Federal de 1988, o qual vislumbrou a necessidade de criação de estatuto jurídico próprio das empresas estatais exploradoras de atividade econômica para, dentre outras finalidades, dispor sobre licitação e contratos:

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)
(...)

Gustavo. Regulamentos simplificados de licitações das empresas estatais: o caso da Petrobras. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 6, n. 68, p. 10-25, ago/2007.

⁷ Conforme explica Marieli Patta Strumer, a aplicabilidade do artigo 1º, §1º, da Lei 8.666/93 após as alterações inseridas pela EC 19/1998 é uma questão de soberania das normas constitucionais. Em suas palavras, após a previsão constitucional de dois regimes licitatórios distintos, a situação das contratações no âmbito das empresas estatais alterou-se profundamente: “É preciso considerar que os artigos 1º, § único, art. 118 e 119 da lei no 8.666/93 e demais dispositivos que estabeleçam a incidência do regime desta lei àquelas empresas estatais de que trata o art. 173, § 1º não podem mais ser lidos com esta abrangência desde a edição da Emenda Constitucional nº 19/98. Também não é possível ignorar que as leis incompatíveis em conteúdo com a Constituição não têm mais validade, se contrárias a ela e não podem continuar a produzir efeitos no mundo jurídico”. In: STÜRMER, Marieli Patta. Qual o Limite Para a Aplicação da Lei 8.666/93 às Estatais Exploradoras de Atividade Econômica após a Edição da Emenda 19/98? Porto Alegre, 2005.

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

A partir desta alteração, o Texto Constitucional passou a reconhecer, portanto, que às empresas públicas e sociedades de economia mista aplica-se regime licitatório diverso do regime comum de licitação regido pela Lei 8.666/93 e aplicável à Administração Pública em geral, o qual deveria estar previsto em estatuto jurídico próprio. Com a nova dicção, o dispositivo apenas confirma expressamente o que já estava previsto em sua redação anterior⁸ quanto à sujeição das empresas estatais exploradoras de atividade econômica a regime de direito privado, notadamente aquelas que exercem suas atividades em regime de concorrência com empresas privadas.

O dispositivo denota, então, a clara intenção do legislador de resguardar as atividades das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, afastando a incidência da Lei Geral de Licitações sobre as contratações de empresas públicas e sociedades de economia e determinando, em seu lugar, a aplicação de normas licitatórias adequadas à sua natureza empresarial.

A flexibilização do modelo licitatório a ser adotado pelas empresas estatais, o qual, como visto, deveria ser disciplinado por estatuto jurídico próprio e obediente aos princípios da Administração Pública previstos no artigo 37 da Constituição Federal, integrou, portanto, a série de medidas adotadas entre os anos de 1995 e 1998 para implementação do modelo gerencial de gestão pública e para o alcance de uma Administração Pública centrada na eficiência dos serviços prestados à sociedade.

Também neste período, pouco antes da promulgação da Emenda Constitucional 19/98, foi editada a Lei 9.478/97, cujo principal objeto era regulamentar as atividades de exploração do petróleo, considerando a flexibilização do monopólio outrora detido pela Petrobras. Como será apresentado a seguir, a nova legislação gerou profunda polêmica, especialmente em relação ao seu artigo 67, dispositivo no qual futuramente se embasaria o Decreto 2.745/98, que implementou o Regime Simplificado de Contratação da Petrobras.

⁸ Redação original do artigo 173 da CF: 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 empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

2.2 O Regime Simplificado de Contratações da Petrobras e a Lei Geral de Licitações

A Lei 9.478/97, posteriormente chamada de Lei do Petróleo, foi sancionada em agosto de 1997 pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, com o intuito de regulamentar os artigos 177, §§1º e 2º da Constituição Federal, notadamente quanto às atividades de exploração e produção de petróleo, após a flexibilização do monopólio do petróleo. Para tal, além de todas as previsões sobre a política energética brasileira e situação da Petrobras neste novo cenário, a nova legislação instituiu a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustível – ANP e também o Conselho Nacional de Política Energética. A Lei do Petróleo possibilitou, então, a abertura do mercado petrolífero ao mercado nacional e internacional, estabelecendo as diretrizes a serem observadas por todas as companhias entrantes no setor.

A relativização do monopólio e consequente abertura das atividades do setor petrolífero a empresas nacionais e internacionais trouxe grandes impactos à Petrobras⁹. O regime concorrencial em que fora inserida impôs à Petrobras a necessidade de realizar suas atividades com maior autonomia, buscando a expansão dos negócios no Brasil e no exterior, o estabelecimento de parcerias com empresas brasileiras e internacionais, bem como o constante desenvolvimento de tecnologias e técnicas.

Tais mudanças alavancaram os negócios da estatal, que assumiu importante posição no cenário energético mundial, firmando-se como uma das maiores empresas de petróleo do mundo. Nos anos que sucederam as alterações implementadas, a Estatal ocupou as mais altas posições em rankings internacionais de empresas exploradoras de atividades petrolíferas e companhias do setor de energia. Em 2007, a Petrobras ocupou a 7ª posição no ranking das maiores empresas de petróleo do mundo segundo a *Petroleum Intelligence Weekly* (PIW) e em 2014 alcançou a 9ª posição entre as maiores companhias de energia do mundo, com base no

⁹ Sobre os impactos provocados pela quebra do monopólio exercido pela Petrobras, Bruno Lima de Andrada explica que “as mudanças no setor petróleo provocaram grandes reformulações na Petrobras. [...] A concorrência impõe o início da atuação em novos negócios, o estabelecimento de parcerias com empresas privadas nacionais e internacionais e uma presença mais efetiva no exterior. A companhia busca o crescimento no mercado brasileiro de petróleo e derivados, com o maior retorno possível aos seus acionistas, preparando-se para se tornar uma corporação internacional de energia, líder na América Latina”. In: ANDRADA, Bruno Lima Caldeira de. A análise da constitucionalidade do Decreto 2.745/98. (Regulamento Licitatório da Petrobras) em face do art. 173 da Constituição da República. Brasília, 2009. Também neste sentido, Gustavo Binembojm leciona que “o novo regime do setor do petróleo exige um novo tratamento para as licitações da empresa estatal brasileira, sob pena de tratamento concorrencial anti-isonômico [...]”. In: BINENBOJM, Gustavo. Regulamentos simplificados de licitações das empresas estatais: o caso da Petrobras. Fórum de Contratações e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 6, p. 10-25, ago/2007.

valor de mercado, segundo a IHS Energy¹⁰.

Para o presente trabalho, o artigo 67 Lei do Petróleo guarda especial relevância, por ter autorizado ao Poder Executivo a edição de decreto estabelecendo normas de licitação e contratos no âmbito do Petrobras, disposto nos seguintes termos:

Art. 67. 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. (Vide Decreto 2.745, de 1998)

Posteriormente à Lei do Petróleo, foi promulgada a Emenda Constitucional 19/98, a qual, como visto anteriormente, explicitou a possibilidade de que as empresas estatais seguissem regimes próprios de contratação mais simples e flexíveis.

Assim, em agosto de 1998, foi publicado o Decreto 2.745/98, que aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras, inaugurando um regime de contratações de obras e serviços mais simples que o procedimento regulado pela Lei 8.666/93, o que possibilitaria à estatal a manutenção de suas atividades em concorrência com outras empresas do setor. A edição do Decreto justificou-se, portanto, pela necessidade de flexibilização das normas licitatórias no âmbito da Petrobras para garantir o desenvolvimento, celeridade e a qualidade dos negócios. Naturalmente, o resultado da aplicação do Decreto às licitações da Petrobras foi a inaplicabilidade da Lei 8.666/93, cujo regime deixou de ser observado nas contratações de obras e serviços pela estatal.

Embora alguns defensores da aplicabilidade da Lei Geral de Licitações à Petrobras e argumentem que o artigo 67 da Lei 9.478/97 conferiu ampla discricionariedade ao Poder Executivo na regulamentação do regime de contratação da Petrobras, deve-se lembrar que a Constituição Federal impôs às estatais o dever de licitar, mas não a sujeição a um regime único de licitações¹¹.

Ademais, a leitura do texto legal nos permite verificar que o Decreto 2.745/98, embora tenha implementado importantes alterações nas contratações realizadas no âmbito da Petrobras, tornando-a mais célere e eficiente, manteve estrutura muito semelhante àquela do regime

¹⁰ Sobre os prêmios e certificações da Petrobras, acessar <http://www.petrobras.com.br/pt/quem-somos/trajetoria/premios-e-certificacoes/>

¹¹ Nas palavras do professor Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza: “Todavia, de todos esses comandos constitucionais - seja do art. 37, XXI, seja dos que proclamam os citados princípios (republicano, da igualdade e da impessoalidade) - não se segue que haverá um único regime licitatório para toda a Administração. Para as empresas estatais e suas subsidiárias, a Constituição prevê um sistema diferenciado de licitação e contratação. Afinal, são entidades que, ao mesmo tempo em que integram o aparelho do Estado e, via de consequência, submetem-se nalguma medida ao regime de direito público, também se organizam sob a forma empresarial, tendo, pois, personalidade de direito privado”. (Licitação nas estatais: levando a natureza empresarial a sério. RDA 245/13, Rio de Janeiro, Atlas/FGV, maio-agosto/2007).

previsto pela Lei 8.666/93.

Pela análise do Decreto 2.745/98, percebe-se, inicialmente, o cumprimento da exigência de licitação prévia insculpida no artigo 37 da Constituição Federal. Mais importante ainda é notar que o referido dispositivo legal admite a existência de um procedimento licitatório geral, que deverá ser simplificado por meio do Decreto. Ou seja, ao que tudo indica, a Lei 9.478/97 reconhece a validade e incidência da Lei de Licitações para a realização de compras e contratação de serviços por todos os integrantes da Administração Pública, estabelecendo, contudo, adaptações a fim de viabilizar a realização das atividades da Petrobras e sua competitividade no mercado. O Decreto 2.745/98, portanto, recorreu à Lei 8.666/93 como modelo padrão para implementar o procedimento de licitação a ser adotado pela Petrobras, tendo replicado inclusive uma série de dispositivos da Lei de Licitações.

Em primeiro lugar, deve-se destacar que o Regime da Petrobras prevê as mesmas modalidades licitatórias já entabuladas na Lei 8.666/93, a saber: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. No entanto, o Decreto 2.745/98, ao contrário da Lei 8.666/93, não fixa as diretrizes para escolha da modalidade a ser utilizada pelo valor da contratação, mas com base em critérios a serem avaliados na situação concreta. Também são semelhantes à Lei 8.666/93 as disposições do Decreto da Petrobras quanto às hipóteses de impedimento de participar de licitação promovida pela Petrobras, além das cláusulas indispensáveis aos contratos e a necessidade de projeto básico detalhado para realização da licitação. Ademais, são também muito semelhantes no que tange às hipóteses de inexigibilidade e dispensa de licitação e ao procedimento de julgamento da licitação.

No que se refere às diferenças existentes entre a Lei Geral de Licitações e o Regime Simplificado de Contratações da Petrobras, destacam-se os Capítulos II e III, onde constam as principais novidades trazidas pelo Decreto 2.745/98 e, portanto, responsáveis pelos constantes questionamentos que recaem sobre sua aplicação no âmbito da Petrobras.

No Capítulo II, estão dispostas as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação. Quanto às hipóteses de dispensa, não se verificam grandes alterações em comparação à Lei 8.666/93. Contudo, em relação à inexigibilidade de licitação, o diploma que instituiu o Regime da Petrobras trouxe inovações frente à Lei de Licitações, ampliando as previsões da Lei 8.666/93 e apresentando um rol meramente exemplificativo das situações em que há “inviabilidade fática ou jurídica de competição”, configuradoras da hipótese de inexigibilidade. De maneira geral, é possível afirmar que as hipóteses de inexigibilidade de licitação abarcam “atos tipicamente comerciais que se poderiam enquadrar como “atividades-fim” da

PETROBRAS. De todo modo, mesmo que o Regulamento fosse silente, as atividades identificadas como finalísticas estariam hoje afastadas da incidência do procedimento administrativo, em consonância com o já tratado posicionamento do Tribunal de Contas da União a respeito do tema”.¹²

O Capítulo III trata, por seu turno, das modalidades e tipos de licitação. Como mencionado anteriormente, o Regime de Licitação da Petrobras prevê as mesmas modalidades dispostas na Lei Geral de Licitações. O Decreto, contudo, destoa da Lei 8.666/93 quanto ao parâmetro de escolha do modelo licitatório a ser adotado em cada caso, pois, enquanto na Lei Geral de Licitações o critério de eleição da modalidade de licitação a ser aplicado é estritamente o valor do objeto a ser licitado, no Regime Simplificado da Petrobras, a escolha da modalidade está condicionada ao preenchimento de diversos 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.

Neste ponto reside um dos maiores questionamentos acerca do Regime Licitatório da Petrobras, pois o maior espectro de critérios a serem considerados pelo administrador na escolha da modalidade licitatória a ser adotada admite o uso da modalidade como Convite, cujo uso é previsto na Lei de Licitações para obras e serviços de engenharia até R\$ 150.000,000 (cento e cinquenta mil reais) e para demais compras e serviços de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Pelo Regime da Petrobras, o Convite poderá ser utilizado nas mais diversas situações,¹³

¹² PINTO, Tarcísio Zimmermann. Flexibilização do regime licitatório nas estatais exploradoras de atividade econômica: um olhar sobre três empresas do setor financeiro. Porto Alegre, 2011.

¹³ Segundo Luís Roberto Barroso: “Além da rigidez de se utilizarem valores fixos, no caso específico da modalidade convite, os valores estimados – muito baixos – praticamente tornariam inútil essa modalidade de licitação, tendo em conta as dimensões econômicas dos negócios do setor. De forma geral, a

independentemente do valor do contrato em questão, a depender da adequação do critério adotado com o objetivo final da licitação. Naturalmente, o resultado foi a ampliação da utilização do Convite nas contratações realizadas pela Petrobras, modalidade de licitação de menor complexidade e onerosidade, capaz de conferir à Petrobras, nas circunstâncias adequadas, maior agilidade e eficiência (BARROSO, 2006).

A utilização do Regime Simplificado pela Petrobras, contudo, é tema que gera ainda controvérsias, na medida em que ainda não foi editada a lei regulamentadora a que o artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, faz alusão. As discussões acerca da constitucionalidade do Decreto da Petrobras não receberam ainda uma solução definitiva, de modo que o Tribunal de Contas da União, sempre que confrontado com o tema, determina à Petrobras que se submeta aos ditames da Lei 8.666/93, declarando inclusive a inconstitucionalidade do decreto. O Supremo Tribunal Federal, por outro lado, inclina-se pela constitucionalidade do decreto, tendo deferido uma série de medidas liminares em mandados de segurança impetrados pela Petrobras contra as decisões proferidas pela Corte de Contas.

Além disso, não raro, defensores da aplicabilidade da Lei 8.666/93 às licitações e contratações das empresas estatais levantam a tese de que a adoção de regimes simplificados por tais empresas acentua a ocorrência de irregularidades em tais contratações. Contudo, uma breve análise da atuação dos Tribunais de Contas brasileiros nos permitiria verificar que a aplicação da Lei de Licitações não impede a atuação fraudulenta de gestores nas licitações públicas, sendo confrontados frequentemente com a pactuação de contratos superfaturados e licitações forjadas.

É preciso, contudo, debruçar-se sobre o Regime Simplificado de Contratações da Petrobras, utilizado pela estatal há mais de uma década, e, levando em consideração o contexto jurídico, político e econômico em que fora instituído, a natureza jurídica e o papel destinado às empresas públicas e sociedades de economia e, por fim, o posicionamento atual – embora ainda não definitivo, mas que deverá confirmar-se futuramente – concluir pela compatibilidade do Decreto 2.745/98 com a Constituição Federal de 1988.

Neste tocante, a constitucionalidade do artigo 67 da Lei do Petróleo e,

possibilidade de se adotar uma modalidade de licitação de maior ou menor complexidade e onerosidade em função das circunstâncias e necessidades do caso é certamente um mecanismo que pode conferir maior agilidade e eficiência à atuação da empresa. *In*: BARROSO, Luís Roberto. Regime Jurídico da Petrobras, delegação legislativa e poder regulamentar: validade constitucional do procedimento licitatório simplificado instituído pelo Decreto 2.745/98”. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-luis-roberto-barroso-procedimento.pdf>.

consequentemente, do Decreto 2.745/98 será demonstrada mediante a análise e o contraponto dos argumentos apresentados pelos defensores de sua inconstitucionalidade, notadamente aqueles expendidos na Decisão 663/2002 do Tribunal de Contas da União, onde ficou assentado que (i) o artigo 67 da Lei 9.478/97 teria delegado ao decreto matéria sujeita à reserva legal absoluta, (ii) a licitação das empresas estatais deve ser regulada no Estatuto Geral previsto pelo artigo 173, §1º da Constituição Federal, e a Lei 9.478/97 não pode ser enquadrada como tal e (iii) o Decreto 2.745/98 teria inovado o ordenamento jurídico e violado a Lei de Licitações.

3 A CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO 2.745/98

3.1 A divergência jurisprudencial entre o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Contas da União

Como visto, a Constituição Federal de 1988, após as diversas alterações implementadas pela Emenda Constitucional 19/98, não obstante tenha mantido a obrigatoriedade de realização de licitação, trouxe expressa previsão no sentido de que o regime licitatório a ser observado pela Administração Pública Direta e Indireta seriam diversos¹⁴. No caso das empresas estatais, a nova redação conferida ao artigo 173, §1º, da Constituição Federal denota a intenção do legislador de excepcionar as sociedades de economia mista e empresas públicas da aplicação da Lei 8.666/93, determinando sua submissão a um regime jurídico próprio.

Entretanto, devido à inexistência da lei que inaugura o estatuto jurídico das empresas estatais, a questão da constitucionalidade da aplicação do Decreto 2.745/98 às contratações da Petrobras acendeu forte divergência entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União.

De um lado, o Tribunal de Contas da União coleciona uma série de decisões em que declara a inconstitucionalidade do Decreto 2.745/98, argumentando basicamente que (i) o artigo 67 da Lei 9.478/97 teria delegado ao decreto matéria sujeita à reserva legal absoluta, (ii) a licitação das empresas estatais deve ser regulada no Estatuto Geral previsto pelo artigo 173, §1º da Constituição Federal, e a Lei 9.478/97 não pode ser enquadrada como tal e (iii) o Decreto 2.745/98 teria inovado o ordenamento jurídico e violado a Lei de Licitações. Pautada em tais argumentos, a Corte de Contas, sempre que confrontada com a questão da aplicabilidade do Decreto 2.745/98, impõe à Petrobras a submissão à Lei 8.666/93 e, por conseguinte, a interrupção da utilização do Regime Simplificado de Contratações disposto no decreto¹⁵.

O Supremo Tribunal Federal, por seu turno, ao deferir diversas liminares em Mandados de Segurança impetrados pela Petrobras destinados à suspensão das decisões proferidas pelo

¹⁴ Segundo Lucas Rocha Furtado, “O intuito da Constituição Federal é evidente: as empresas estatais, em especial as que exploram atividades empresariais necessitam de um regime jurídico de contratação mais flexível, mais ágil do que aquele utilizado pelas entidades autárquicas ou mesmo pelas entidades políticas. É evidente que a Petrobras não pode, no exercício de sua atividade fim, empresarial, se submeter ao mesmo regime do qual se utiliza a administração do STF para comprar veículos”. In: FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo, p. 173. 4ª edição revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

¹⁵ TCU – Plenário. Decisão 663/2002. Processo 016.176/2000-5.

Tribunal de Contas da União, acolheu os argumentos da estatal, posicionando-se no sentido de que o decreto que implementou seu regime simplificado de contratações possui o devido amparo legal – a saber, a Lei 9.478/97. Além disso, a Suprema Corte também tem reconhecido que submeter a Petrobras ao regime de licitação regulado pela Lei 8.666/93 representa verdadeira afronta ao princípio da legalidade, pois impõe à Petrobras a obediência a procedimento diverso daquele previsto na lei que regulamenta suas atividades, e também ao princípio da eficiência, uma vez que a Lei de Licitações apresenta procedimentos morosos e burocráticos para a contratação de bens e serviços, comprometendo a competitividade da empresa no mercado mundial¹⁶.

Embora não haja ainda posicionamento definitivo do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, é possível constatar, pelas decisões liminares até então proferidas¹⁷, uma inclinação da Corte no sentido do reconhecimento da constitucionalidade do artigo 67 da Lei 9.748/97 e, assim, do Decreto 2.745/98.

Neste cenário, o estudo dos fundamentos encampados pelo Supremo Tribunal Federal e Tribunal de Contas da União para sustentar seus (divergentes) posicionamentos ganha especial relevância, sobretudo para apurar eventuais inconsistências apresentadas e, desta forma, a preponderância de um entendimento sobre o outro. Neste ponto, o presente trabalho pretende destacar as principais inconsistências atribuídas ao posicionamento do Tribunal de Contas da União, destacando o entendimento encampado pela Suprema Corte no que tange à constitucionalidade do artigo 67 da Lei do Petróleo e do Decreto 2.745/98.

¹⁶ Nesse sentido já decidiu o Ministro Gilmar Mendes, no Mandado de Segurança 25.888: “A submissão legal da Petrobrás a um regime diferenciado de licitação parece estar justificada pelo fato de que, com a relativização do monopólio do petróleo trazida pela EC n° 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 n° 8.666/93. Lembre-se, nesse sentido, que a livre concorrência pressupõe a igualdade de condições entre os concorrentes. Assim, a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal de Contas da União, do art. 67 da Lei n° 9.478/97, e do Decreto n° 2.745/98, obrigando a Petrobrás, conseqüentemente, a cumprir as exigências da Lei n° 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)”.

¹⁷ Até o momento, os Ministros Dias Toffoli, Ellen Gracie, Eros Grau, Cármen Lúcia, Rosa Weber, Luiz Fux, Marco Aurélio, Teori Zavascki, Edson Fachin e Celso de Mello decidiram liminarmente os Mandados de Segurança impetrados pela Petrobras, acompanhando o posicionamento inaugurado pelo Ministro Gilmar Mendes no MS 25.888.

3.2 O posicionamento do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, embora não tenha se posicionado ainda definitivamente sobre a constitucionalidade do artigo 67 da Lei 9.478/97 e do decreto que o regulamenta, já esposou entendimento, em diversas oportunidades¹⁸, no sentido da constitucionalidade do dispositivo mencionado e na aplicação do regime instaurado pelo Decreto 2.745/98 às contratações da Petrobras.

Além das decisões liminares proferidas pela Suprema Corte, todas em mandados de segurança impetrados pela Petrobras contra determinações do Tribunal de Contas da União no sentido de suspender a aplicação do Decreto 2.745/98, encontra-se ainda pendente de análise pela Corte o Recurso Extraordinário 441.280¹⁹, em que se discute a aplicação ou não, à Petrobras, do disposto no art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.666/93²⁰. Contudo, não obstante o recurso ainda deva ser apreciado pelo Plenário, as discussões encorpadas em torno da matéria de que trata o apelo viabilizam algumas conclusões quanto ao posicionamento que poderá ser firmado pelo Supremo quando de seu julgamento.

O Recurso Extraordinário 441.280, interposto por Petrosul S/A e Brasilmar Navegação S/A em face da Petrobras, insurge-se contra procedimento licitatório adotado pela estatal para abertura do mercado de afretamento de navios destinados ao transporte de cargas. Segundo as recorrentes, o procedimento seria nulo, por afronta ao artigo 37, XXI e 173, §1º, III, da Constituição Federal, argumentando que, embora o último dispositivo preveja que as empresas estatais exploradoras de atividades econômicas devam ser regidas por estatuto jurídico próprio, tal fato não as desobrigaria de adotar o regime de licitação preconizado pelo artigo 37, XXI (o

¹⁸ Decisões proferidas pelo STF pela aplicabilidade do Decreto 2.745/98 à Petrobras: ADI 3.273; ADI 3.366; ADI/MC 3.596; MS 31.235; MS 30.349; MS 28.744 MC; MS 29.326 MC; MS 29.123 MC; MS 27.743; MS 27.337; MS 25.888 MC; MS 30.358; MS 25.481; AC 1.193 MC-QO; MS 28.626; MS 27.837; MS 26.783 MC-ED; MS 29.468 MC; MS 28.745 MC; MS 28.504; RE 441.280; MS 28.252; MS 27.344; MS 27.796; MS 25.986 ED-MC; MS 26.808; MS 26.410 e MS 27.232.

¹⁹ Figuram como Recorrente a Petrosul e outros e, como Recorrida, a Petrobras. Inicialmente, o RE estava sob a Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence. Contudo, o recurso foi afetado ao Pleno em setembro de 2009, estando atualmente sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli. Em 03 de agosto de 2011, após voto do atual Relator pelo não provimento do Recurso e de voto do Ministro Marco Aurélio pelo seu provimento, pediu vista o Ministro Luiz Fux. O julgamento do RE está suspenso desde então.

²⁰ 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

qual, antes da Reforma Administrativa, não distinguia regime licitatório da Administração Direta e Administração Indireta) e regulado pela Lei de Licitações.

Anteriormente à afetação do processo ao Plenário pela 1ª Turma²¹, já haviam decidido os Ministros Menezes Direito, seguido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, posicionando-se pelo desprovimento do recurso, sob o fundamento de que, com a Emenda Constitucional 19/98, o constituinte pretendeu proteger a atividade das empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, sujeitando-as ao regime das empresas privadas para garantir seu desempenho em relação a tais empresas, sobretudo para afastar a proteção de determinadas empresas em detrimento das outras concorrentes. Ademais, frisou que a flexibilização do monopólio do petróleo pela Emenda Constitucional 9/95, na medida em que inseriu a Petrobras em regime de livre concorrência com empresas privadas, tornou inaplicável o procedimento previsto na Lei 8.666/93 e, como consequência direta, levou ao afastamento da aplicação do artigo 1º, parágrafo único, da Lei de Licitações à estatal²². A votação, contudo, terminou empatada, haja vista terem a Ministra Cármen Lúcia²³ e o Ministro Ayres Britto dado provimento ao recurso e em razão de pedido de vista do Ministro Marco Aurélio.

Após remessa dos autos ao Tribunal Pleno, o Ministro Dias Toffoli, novo relator, decidiu pelo desprovimento do recurso, destacando que o artigo 173, §1º, da Constituição Federal, anterior e posteriormente à Emenda Constitucional 19/98, sujeitou as empresas estatais ao regime jurídico próprio de empresas privadas, com o intuito de proteger suas atividades e manter seu desempenho face às empresas privadas, afastando qualquer mecanismo de privilégio ou proteção. Destacou também que não se pode exigir da Petrobras a obediência “aos rígidos limites da Lei de Licitações, sob pena de se criar grave obstáculo ao normal desempenho de suas atividades comerciais”, afirmando também que “empresas de economia mista que disputam livremente o mercado, sob o regime de empresas privadas, conforme a Constituição, deveriam estar submetidas a regramento próprio e diferenciado²⁴”.

²¹ A 1ª Turma decidiu remeter o processo ao Plenário, por requerimento do Ministro Marco Aurélio, considerando que foi julgado incidente de inconstitucionalidade pela Corte de origem e, ainda, por fundar-se o recurso no artigo 102, III, “b”, da Constituição (“III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: ... b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”), o que, segundo a Turma, atrai a competência do Plenário.

²² Informativo STF 522. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo522.htm#Art.%201%BA,%20Par%E1grafo%20DAnico.%20da%20Lei%208.666/93%20e%20Petrobr%E1s%20-%201>.

²³ No entanto, em Mandado de Segurança de sua relatoria, a Ministra deu provimento ao pedido liminar da Petrobras para suspender decisão proferida pelo TCU, em consonância ao entendimento inaugurado pelo MS 25.888, adotado em todos os writs impetrados perante a Suprema Corte até o momento.

²⁴ Informativo STF 634. Disponível em:

No julgamento do Recurso Extraordinário pelo Plenário, o Ministro Marco Aurélio abriu divergência ao voto do Relator, provendo o apelo sob o argumento de que não haveria incompatibilidade entre o artigo 1º, parágrafo único, da Lei 8.666/93, o qual prevê a sujeição das empresas públicas e sociedades de economia mista às suas disposições, e o artigo 173, §1º, da Constituição Federal.

Atualmente, o processo encontra-se sob vista do Ministro Luiz Fux e aguarda julgamento definitivo pelo Plenário da Corte. Assim, enquanto os demais ministros da Corte não apreciam a matéria, é imperioso destacar e dar a devida atenção às liminares proferidas até então, as quais possivelmente influenciarão na construção do entendimento final do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Pela via do Mandado de Segurança, a Petrobras insurge-se contra as determinações do Tribunal de Contas da União no sentido de que a estatal abstenha-se de utilizar o Procedimento Simplificado de Contratações previsto no Decreto 2.745/98, apresentando os seguintes argumentos: (i) o Tribunal de Contas de União não possui competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo; (ii) a Petrobras está submetida ao princípio da legalidade e, portanto, deve cumprir o art. 67 da Lei nº 9.478/97 e o Decreto nº 2.745/98, que permanecem vigentes; (iii) por força do § 1º do art. 40 da LC nº 73/93, a Petrobras está obrigada a cumprir o Parecer AC-15, da Advocacia-Geral da União, que conclui que "a inaplicação (do Decreto nº 2.745/98) - por alegada inconstitucionalidade do regime simplificado - à todo o Grupo Petrobras, esbarra no respeito ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis e da legalidade dos atos da administração até que sobrevenha decisão judicial em contrário, sendo insuficiente a opinião do TCU, a quem cabe tão só julgar a regularidade das contas"; (iv) após a Emenda Constitucional nº 9/95, que alterou o § 1º do art. 177 da Constituição, a impetrante passou a atuar na exploração do petróleo em regime de livre concorrência com outras empresas, o qual ensejou a previsão de um regime de licitação e contratação adequado para a atuação da empresa num ambiente de livre competição.

Conforme mencionado anteriormente, a primeira ocasião em que o Supremo Tribunal Federal apreciou a questão da aplicação do Procedimento Simplificado de Contratação à Petrobras se deu no Mandado de Segurança 25.888, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. O Mandado tinha por objetivo a suspensão de acórdão²⁵ da Corte de Contas que determinou à

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo634.htm#Art.%201%BA.%20par%E1grafo%20FAnico,%20da%20Lei%208.666/93%20e%20Petrobr%E1s%20-%205>.

²⁵ Acórdão 1.498/2004.

Petrobras que deixasse de utilizar o regime licitatório aprovado pelo Decreto 2.745/98. No Tribunal de Contas da União, o processo foi à fase de recursos, onde restou consignado pela Corte que: (i) a Súmula 347²⁶ editada pelo STF previa a competência do TCU para realizar o controle difuso de constitucionalidade, (ii) o art. 67 da Lei 9.478 já havia sido declarado inconstitucional pelo TCU e (iii) o Parecer da AGU vincularia somente os órgãos do Poder Executivo. Posteriormente à análise da matéria pelo Ministro Gilmar Mendes, diversos outros Ministros da Suprema Corte também se defrontaram com a matéria repisando, na maior parte das vezes, os fundamentos expendidos no MS 25.888²⁷.

Apreciando todos os pontos apresentados pelo Tribunal de Contas da União para submeter a Petrobras ao regime da Lei 8.666/93 e, em contrapartida, os argumentos apresentados pela estatal para sustentar a aplicação do Procedimento Simplificado em suas contratações, o Ministro Gilmar Mendes inaugurou posicionamento adotado, até o momento, pela Suprema Corte, destacando os principais pontos pelos quais deve ser reconhecida a sujeição da Petrobras ao Decreto 2.745/98.

Em relação à declaração de inconstitucionalidade do artigo 67 da Lei 9.478/97 pelo Tribunal de Contas da União, com base na Súmula 347 do STF, o Ministro Gilmar Mendes afirma que a decisão parece afrontar o princípio da legalidade, o artigo 71 da Constituição Federal, que estabelece a competência do TCU, além do artigo 177 da Constituição, que fixa a o regime de exploração das atividades do petróleo.

O Ministro explica que a Súmula 347 foi aprovada em 1963, em um contexto constitucional em que o controle difuso de constitucionalidade era bastante abrangente, o que viria a ser profundamente alterado com a introdução do controle abstrato de normas pela Constituição Federal de 1988. Assim, explica, com a ampliação da legitimação conferida ao controle abstrato e a consequente possibilidade de levar qualquer questão constitucional à Suprema Corte, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade foi restringida.

Após todo o exposto, o Ministro destaca a necessidade de “se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988”, sugerindo, desta forma, que o referido verbete não teria sido recepcionado pelo texto

²⁶ Súmula no 347/STF: O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

²⁷ Para maiores informações acerca dos casos julgados pelo STF até o momento, bem como dos ministros que apreciaram a matéria até o momento, verificar tabelas explicativas em: GEBRIM, Larissa Santiago. A adoção do procedimento licitatório simplificado pela Petrobras sob as perspectivas do STF e do TCU. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/227_Larissa%20Gebrim.pdf.

constitucional atual.

Doutrinariamente, persistem controvérsias acerca da recepção da Súmula 347/STF pela Constituição de 1988 e, conseqüentemente, quanto à competência dos Tribunais de Contas para exercer o controle difuso de constitucionalidade²⁸. Para o presente trabalho, é importante apresentar a discussão e despertar a reflexão em torno dos questionamentos que se põem quanto à competência do TCU para declarar a inconstitucionalidade das leis, justamente por ser uma das razões que poderão ser resgatadas pela Suprema Corte quando da apreciação definitiva da matéria.

Neste sentido, parte da doutrina acompanha o posicionamento adotado pelo ministro Gilmar Mendes no sentido de que a Constituição Federal de 1988, por ter provocado profundas alterações quanto ao acesso à Suprema Corte para exercício do controle difuso de constitucionalidade, não teria recepcionado o enunciado da Súmula 347/STF. Para alguns destes estudiosos, inclusive, a incompetência do Tribunal de Contas da União para declarar a inconstitucionalidade de normas decorre não apenas da ampliação do rol de legitimados a ingressar na Suprema Corte para propositura de ADI e ADC, mas também por inexistir previsão expressa para tal na Constituição Federal²⁹.

A questão da competência das Cortes de Contas para declarar inconstitucionalidade de normas, como dito, é alvo de muitas controvérsias e merece ser aprofundada em trabalhos específicos para o tema. Para o que ora se propõe, é suficiente a consciência de que há uma divergência de entendimento jurisprudencial (no que tange ao entendimento do STF e do TCU sobre o assunto) e doutrinário em relação a esta questão. Neste sentido, são diversos os argumentos que assumem a apreciação da constitucionalidade de normas como umas das

²⁸ Explica Bruno Ribeiro Marques: Para alguns autores, em vista deste novo posicionamento do STF, permanecem os questionamentos: os Tribunais de Contas ainda possuem a competência para apreciar a constitucionalidade das leis, conforme posicionamento firmado pelo STF em 1963 ou o novo entendimento do MS. 25.888 implica superação da Súmula 347 do STF? Se os Tribunais de Contas ainda detêm a prerrogativa de analisar a constitucionalidade das leis, de que formas devem fazê-lo? Somente por decisão do plenário ou as câmaras também estão habilitadas, e no caso das decisões singulares, estão habilitadas a afastar normas inconstitucionais? In: MARQUES, Bruno Ribeiro. A prática do Controle de Constitucionalidade dos Tribunais de Contas, após a abstrativização da Súmula 347 do STF pela transcendência dos motivos determinantes e em face à Reserva de Plenário – Súmula Vinculante no 10 do STF. Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá e Escola da Magistratura Mato-Grossense, v. 4, p. 9-36, jan./dez. 2016.

²⁹ Helena Telino aponta ainda que “num País em que qualquer órgão ou cidadão pode declarar a inconstitucionalidade (ou furtar-se ao cumprimento da lei por atribuir a pecha da inconstitucionalidade) vive-se em constante insegurança jurídica e presume-se a inconstitucionalidade da lei, até que alguém resolva segui-la”. In: 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. Disponível em: <http://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/13916>.

atribuições do Tribunal de Contas da União.

Para o presente trabalho, destacaram-se brevemente as razões que fundamentam o posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal, as quais, desde a liminar proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, foram repetidas em diversos outros Mandados de Segurança impetrados pela Petrobras.

Em seguida, o Ministro explica que a Emenda Constitucional 9/95 remete à lei a disciplina sobre o novo regime de exploração das atividades do petróleo, o qual inseriu a Petrobras em regime de livre concorrência com empresas privadas. Neste cenário, veio a Lei 9.478/97 para disciplinar a matéria, cujo artigo 67 posteriormente seria também regulamentado pelo Decreto 2.745/98. Através de tais constatações, finalmente conclui que a submissão da Petrobras a um regime simplificado de contratações estaria justificada pelo novo cenário instaurado pela Emenda Constitucional 9/95³⁰.

Ainda sobre as alterações implementadas pela Emenda Constitucional 9/95, o Ministro cuidou de esclarecer que a livre concorrência pressupõe a igualdade de condições entre os concorrentes, o que, como pode-se inferir da decisão, não seria possível se a Petrobras permanecesse submetida às rígidas disposições da Lei 8.666/93, as quais não devem ser observadas pelas empresas privadas.

Ao final desse tópico, o ministro aponta para a tese de que o artigo 67 da Lei 9.478/97 e, portanto, o Decreto 2.745/98, possuem supedâneo constitucional direto a sustentar a sua conformidade com o ordenamento jurídico, a saber, a Emenda Constitucional 9/95, a qual, inserindo a Petrobras em regime de livre concorrência com empresas privadas, impôs também um novo tratamento às contratações realizadas pela estatal, sob pena de instaurar-se um cenário de concorrência desleal e anti-isonômico.

A propósito, a análise da decisão nos permite observar que o raciocínio esposado não se mostra desligado dos conceitos de igualdade, mas, ao contrário, compreende a livre concorrência como garantia constitucional de concorrência em igualdade de condições, assegurada contra arbitrariedades e abusos³¹.

Assim sendo, uma vez que as empresas privadas não estão subordinadas à realização de

³⁰ Nesse mesmo sentido, ver PEIXOTO, Maria Andrade de Godoy. A Análise Econômica do Direito no Tribunal de Contas da União: um estudo a partir da fiscalização da PETROBRAS.

³¹ MONTEIRO, Helena Telino; XAVIER, Yanco Marcus de Alencar. O decreto de licitações da Petrobras à luz do princípio constitucional da eficiência: uma contribuição da análise econômica do Direito.

licitação para contratação de obras e serviços, exigir-se da Petrobras a subordinação à Lei 8.666/93 implicaria dificuldades à concretização da livre concorrência entre empresas privadas e empresas estatais³².

Finalmente, o Ministro conclui que a declaração de inconstitucionalidade do artigo 67 da Lei do Petróleo e do Decreto 2.745/98 pelo Tribunal de Contas da União confrontaria normas constitucionais, especialmente o artigo 71 da Constituição, que estabelece a competência da Corte de Contas – dentre as quais, como visto anteriormente, não está prevista a competência para exercício do controle difuso de constitucionalidade -, e o princípio da legalidade, na medida em que a Lei 9.478/98 é a lei a que faz menção a redação do artigo 177 da Constituição para regulamentar o novo regime instaurado pela Emenda Constitucional 9/95³³, estando a Petrobras, portanto, sujeita às suas disposições, bem como às do Decreto 2.745/98 oriundo daquela mesma lei.

Foram esses, então, os fundamentos utilizados pelo Ministro Gilmar Mendes para determinar a suspensão das determinações do Tribunal de Contas da União à Petrobras e que vem sendo constantemente reproduzidos por outros ministros da Corte em casos semelhantes. Parte desses argumentos, como mencionado anteriormente, foram também abordados por alguns membros da Corte quando da apreciação do Recurso Extraordinário 441.280, notadamente no sentido de que a inserção da Petrobras em regime de livre concorrência com empresas privadas afastou a incidência da Lei 8.666/93 sobre a estatal e justificou juridicamente a elaboração da Lei 9.478/97 e do Decreto 2.745/98. Por isso, tais fundamentos tem recebido especial tratamento perante a Corte e deverão ser decisivos para o estabelecimento definitivo do posicionamento adotado até o momento.

³² Segundo Helena Telino, “a viabilidade de livre concorrência só é possível em cenário em que há iguais chances de acesso ao mercado. Caso sejam implementadas maiores dificuldades à Companhia do que à outras empresas, não se poderá falar em promoção da livre concorrência”. In: 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.

³³ Sobre o assunto, destaca-se trecho do Parecer AC-15 da AGU: “Por outro lado, a inaplicação - por alegada inconstitucionalidade do regime simplificado - a todo o Grupo Petrobrás, esbarra no respeito ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis e da legalidade dos atos da administração até que sobrevenha decisão judicial em contrário, sendo insuficiente a opinião do TCU a quem cabe tão só julgar a regularidade das contas”. No mesmo sentido, Marçal Justen Filho, em seus Comentários à Lei de Licitações, também afirma que a questão do exercício de controle de constitucionalidade pelo TCU está superada, pois tal controle violaria a presunção de validade dos atos emanados pelo Poder Público, oferecendo risco ao poder vinculativo do Direito e à segurança jurídica dele decorrente.

3.3 O posicionamento do Tribunal de Contas da União: contraponto aos argumentos adotados pela Corte de Contas

O Tribunal de Contas da União já decidiu diversos processos³⁴ cuja questão central é a utilização do regime licitatório previsto no Decreto 2.745/98 nas contratações da Petrobras. Como paradigma, destaca-se a Decisão Plenária 663/2002, em cujos argumentos posteriormente basearam-se as demais decisões proferidas pela Corte de Contas, notadamente pela abordagem minuciosa que faz em torno da constitucionalidade do artigo 67 da Lei 9.478/97 e do Regime Simplificado de Contratação da Petrobras.

Inicialmente, a decisão discorre sobre o histórico da Lei 9.478/97, apresentando sucintamente as alterações promovidas pela Emenda Constitucional 9/95 no que tange à relativização do monopólio do petróleo, tratando também das inovações implementadas pela Emenda Constitucional 19/98.

Após, debruça-se especificamente sobre o artigo 67 da Lei 9.478/97 à luz do Texto Constitucional, reforçando que a Emenda Constitucional 9/95 não importou nenhuma modificação ao artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, argumentando que o dispositivo manteve a competência privativa da União para legislar sobre licitações e contratos, sem impor qualquer alteração ao texto anterior³⁵:

Não tendo havido alteração no art. 22, continuou inalterada a competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as empresas sob seu controle, competência essa exercida quando da sanção da Lei 8.666/93. A interpretação é límpida e, guardando a devida vênia a teses divergentes, qualquer outra forma de se fazer a leitura dessa parte do texto constitucional é uma tentativa de distorcer o que foi estabelecido pelo poder constituinte.

³⁴ Decisões do TCU quanto à inconstitucionalidade do Decreto 2.745/98: (TCU) - Acórdão 125/1998; Decisão 156/2000; Acórdão 663/2002; Decisão 645/2002; Acórdão 447/2003; Acórdão 29/2004; Acórdão 101/2004; Acórdão 1390/2004; Acórdão 1842/2005; Acórdão 392/2006; Acórdão 549/2006; Acórdão 908/2006; Acórdão 266/2007; Acórdão 501/2007; Acórdão 624/2007; Acórdão 866/2007; Acórdão 920/2007; Acórdão 1125/2007; Acórdão 1678/2007; Acórdão 2176/2007; Acórdão 39/2008; Acórdão 132/2008; Acórdão 422/2008; Acórdão 710/2008; Acórdão 1969/2008; Acórdão 2115/2008; Acórdão 1854/2009; Acórdão 1732/2009; Acórdão 1910/2009; Acórdão 2413/2009; Acórdão 2745/2009; Acórdão 328/2010; Acórdão 405/2010; Acórdão 560/2010; Acórdão 1097/2010; Acórdão 8356/2010; Acórdão 1548/2011; Acórdão 1689/2011; Acórdão 1784/2011; Acórdão 2834/2011.

³⁵ Embora assuma que a EC 19/98 não tenha promovido alterações no texto do artigo 22, XXVII, o Ministro Relator Ubiratan Aguiar admite que, após a edição do Estatuto jurídico das empresas estatais, “haverá dois regimes básicos, um destinado à Administração direta, autárquica e indireta prestadora de serviços públicos (af incluída a atuação de suporte à Administração) e outro para as entidades privadas exercentes de atividade econômica”.

Já neste ponto, apresentam-se críticas ao posicionamento adotado pela Corte de Contas, uma vez que a nova redação do artigo 22, XXVII, da Constituição, evidencia uma clara e expressa distinção entre as normas de licitação que irão reger as Administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais e aquelas que disciplinarão as contratações no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista³⁶. Assim, ao alterar a redação do dispositivo, a intenção foi justamente “explicitar que o regime licitatório das empresas estatais não é o mesmo da Administração direta, autárquica e fundacional (SUNDFELD; SOUZA, 2007)”.

Em seguida, o acórdão aprofundou-se na análise do artigo 173, §1º, da Magna Carta, segundo o qual lei específica disporá sobre regime de licitação e contratação das empresas estatais e suas subsidiárias. Para o Relator, a inexistência do estatuto jurídico³⁷ a que faz menção o referido dispositivo constitucional é suficiente para justificar a submissão das empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas aos ditames da Lei de Licitações, situação que deverá se manter enquanto tal estatuto não for criado³⁸.

Para o relator do Acórdão, tal posicionamento justifica-se pela preponderância do princípio do interesse público, o qual deve permear todos os procedimentos realizados no âmbito da Administração Pública direta e indireta e cujos consectários encontram-se amplamente abrangidos pela Lei de Licitações.

Ademais, afirmou-se também que a aplicação da Lei 8.666/93 não afeta o bom

³⁶ Segundo o professor Gustavo Binbenbajm: “O artigo 22, XXVII, é de clareza meridiana ao fazer a divisão entre a legislação de licitações aplicável às administrações diretas, autarquias e fundações públicas – representada pela Lei 8.666/93 – e aquela que seria aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista. Não se trata de uma mera possibilidade aberta pelo constituinte, mas de um comando imperativo: a Lei 8.666/93 não será mais aplicável as licitações promovidas por empresas estatais”. In: BINENBOJM, Gustavo. Regulamentos simplificados de licitações das empresas estatais: o caso da Petrobras. Fórum de Contratações e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 6, p. 10-25, ago/2007.

³⁷ Sobre o assunto, imperioso destacar que há Projetos de Lei destinados à regulamentação do art. 173, § 1º, III, a saber, o PL 622/2011, proposto pelo Deputado Rodrigo Garcia, aprovado com emendas em 25 de abril de 2012, e o PLS 238/2009, proposto pelo Senador Álvaro Dias.

³⁸ Em contraponto a esta tese, Adilson Abreu Dallari, Licitações nas empresas estatais, *Revista de Direito Administrativo*, 229:69, 2002, p. 72: “entendem alguns, entretanto, com base em outra linha de pensamento e num processo interpretativo radicalmente diferente do esposado neste estudo, que essa desoneração somente se verificaria após a edição do estatuto de tais empresas. Tal entendimento somente se sustenta caso se atribua ao dispositivo constitucional em exame (o § 1º do art. 173 e seus incisos) a qualidade de um NADA JURÍDICO, de uma norma total e absolutamente ineficaz”. E Gustavo Binbenbajm: “Por evidente, a Lei 9.478/97 não é o estatuto das empresas estatais, previsto no artigo 173, §1º, da Constituição. Mas isso não significa, todavia, que não possa servir para tornar eficaz um dos comandos do dispositivo constitucional: exatamente aquele que, reiterando o já disposto no art. 22, XXVII, determina a existência de um regime diferenciado de licitações para as empresas estatais. (...) Primeiro: é preferível que se dê eficácia e efetividade a um dos comandos constantes da norma constitucional do que a nenhum. In: BINENBOJM, Gustavo. Regulamentos simplificados de licitações das empresas estatais: o caso da Petrobras. Fórum de Contratações e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 6, p. 10-25, ago/2007.

gerenciamento das empresas, afastando a tese de que a economicidade e eficiência das empresas estatais estaria vinculada à aplicação dos mesmos procedimentos de contratação das empresas particulares, uma vez que estes princípios são abarcados também pela Lei de Licitações e, ainda, que a sua defesa não pode implicar no afastamento da incidência dos demais princípios da Administração Pública.

Sobre essa questão, é preciso ponderar que são muitos os estudos doutrinários que apontam para a existência de deficiências na Lei de Licitações, notadamente por ter imposto um procedimento licitatório caro, burocrático e moroso, muitas vezes desprezado da noção de custo-benefício e eficiência, à Administração Pública³⁹.

Como explicam André Rosilho e Guilherme Juiksaitis⁴⁰, a criação da Lei de Licitações remonta à certeza de que um procedimento rígido garantiria ao Poder Público o menor preço e o menor negócio e, ainda, protegeria as contratações públicas de desvios e irregularidades. Segundo os autores, a realidade mostra-se de maneira diametralmente oposta, na medida em que os desafios impostos atualmente à gestão pública extrapolam os limites da Lei 8.666/93, provocando um aumento nas hipóteses de contratação direta e na criação de regimes distintos de contratação, como é o caso do Regime Diferenciado de Contratações, por exemplo. Ademais, explicam ainda que são frequentes os casos de desvios e irregularidades em contratações públicas pautadas pela Lei 8.666/93.

Nesta esteira, Carlos Ari Sunfeld⁴¹ também afirma que a Lei 8.666/93 caracterizou-se pela “falta de preocupação com o problema do peso do custo”. Quando de sua elaboração, explica, o objetivo da Lei de Licitações consistia em impossibilitar o exercício da discricionariedade por parte do Administrador Público, a fim de evitar desvios nas contratações. Em um segundo momento, a Lei 8.666/93, já apresentando críticas quanto à sua eficiência, ensejou a modificação de seu texto para a ampliação das previsões de dispensa de licitação e de contratação direta. Finalmente, destacou a necessidade de que modificações fossem implementadas no regime licitatório atual, sejam por alterações na legislação ou mudanças na prática administrativa, apontando também para a necessidade de que as empresas e fundações

³⁹ JURKSAITIS, Guilherme Jardim. “Em defesa do RDC”. Artigo publicado em 6/9/2011 no sítio eletrônico da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP.

⁴⁰ JURKSAITIS, Guilherme Jardim e ROSILHO, André Janjácómo. Existe licitação para além da Lei 8.666/93? Para maiores informações sobre a evolução das licitações no Brasil através do tempo, ver também ROSILHO, André Janjácómo. Licitação no Brasil.

⁴¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Como reformar as licitações? *Revista Interesse Público* 54/19-28, Belo Horizonte, Fórum, 2009.

estatais de direito privado tenha seu próprio regime de licitações.

Em consonância com as ideias apresentadas, destaca-se que houve a flexibilização, pelo Tribunal de Contas da União⁴², do dever de licitar das empresas públicas e sociedades de economia mista, mediante a dispensa da realização de licitação por estas e suas subsidiárias nas contratações que dissessem respeito à sua atividade-fim. Desta forma, a Corte reconheceu a incidência do artigo 173, §1º, da Constituição Federal, às atividades-fim das empresas estatais, afastando a incidência da Lei 8.666/93⁴³. Posteriormente, o entendimento foi alterado pelo Acórdão 624/2003, por voto revisor do Ministro Benjamin Zymler, onde restou consignado que o fato de se tratar de atividade-fim, por si só, não afasta o dever de licitar, mas que é necessário que tal dever constitua óbice indisponível à realização das atividades negociais da estatal e de sua competitividade.

Percebe-se, portanto, que o próprio Tribunal de Contas da União relativizou as exigências da Lei de Licitações no que tange às empresas estatais, assumindo que suas disposições podem impor entraves às atividades daquelas empresas.

Por fim, passou-se à análise da delegação da função legiferante do Poder Legislativo, assumindo, ao fim, que o estatuto jurídico próprio às empresas estatais deve ser instituído por lei ordinária específica, que disporá sobre o regime licitatório e contratual próprio dessas entidades. Assim, conclui seu entendimento afirmando que o artigo 67 da Lei do Petróleo teria realizado uma delegação legislativa em branco de matéria sujeita à reserva legal que, por isso, não poderia ter sido tratada pelo Presidente da República:

8.2.55. Não foi o que ocorreu. Ao editar o Decreto 2.745/98, 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 art. 22, XXVII, c/c art. 173, § 1º, III, da Constituição; ambos com as redações dadas pela EC 19, abaixo reproduzidas: [...].

Após extensa exposição e remissões da doutrina sobre as hipóteses de delegação do poder legiferante do Poder Legislativo ao Poder Executivo, o Ministro Ubiratan concluiu que o Decreto 2.745/98 exorbitou de sua competência legislativa, por tratar-se de delegação imprópria, e inovou no ordenamento jurídico, o que é vedado pelo ordenamento jurídico em sede de decreto.

Com isso, conclui, ao fim, pela inconstitucionalidade do artigo 67 da Lei 9.478/97 e do Decreto 2.745/98, nos seguintes termos:

⁴² Acórdão Plenário 121/1998, Acórdão Plenário 1268/2003, Acórdão 1581/2003 e Acórdão 403/2004.

⁴³ BINENBOJM, Gustavo. Regulamentos simplificados de licitações das empresas estatais: o caso da Petrobras. Fórum de Contratações e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 6, p. 10-25, ago/2007.

8.2.60. Considerando que a lei com 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 ainda não foi elaborada. Considerando que a competência para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades para as administrações pública diretas, autárquicas e fundacionais de todas as esferas de governo; bem como para as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços; é privativa da União. Considerando que a única lei em vigor que regula procedimentos licitatórios e contratos, para todos os entes citados, é a Lei 8.666/93. Considerando que não é admissível regular matéria reservada a lei por meio de decreto. Conclui-se que, mesmo após a Emenda Constitucional 19 e antes da publicação da lei prevista no § 1º do art. 173 da Constituição, a Petrobrás mantém-se submissa à Lei 8.666/93.

Para contrapor a tese pacificada pelo Tribunal de Contas da União, por meio da apresentação dos fundamentos apresentados por parte da doutrina quanto à constitucionalidade do Decreto 2745/98, faz-se necessário, em primeiro lugar, tecer algumas considerações acerca do instituto da delegação legislativa.

As hipóteses de transferência do poder legiferante do Poder Legislativo ao Poder Executivo estão previstas nos artigos 62 e 68 da Constituição Federal. Tratam-se de hipóteses específicas e excepcionais em que o Chefe do Poder Executivo poderá editar normas primárias. Especificamente no artigo 68, encontram-se limitações formais e materiais ao exercício da função legiferante pelo Poder Executivo⁴⁴. Neste ponto, cumpre destacar que não se trata aqui de transferência plena e irrestrita do poder de legislar. Ao contrário, o Presidente da República deve se submeter aos parâmetros e limitações previamente fixadas pelo Legislativo.

Ademais, destaca-se ainda as disposições do artigo 84 da Constituição Federal, segundo a qual, especificamente no inciso IV, compete ao Presidente da República a expedição de decretos para regulamentar e garantir a fiel execução da lei e, ainda, no inciso VI, alínea “a”, dispor sobre a organização da Administração Federal.

Assim, considerando as hipóteses de delegação legislativa previstas constitucionalmente, parte da doutrina é firme ao reconhecer que o artigo 67 da Lei 9.478/97 constitui hipótese de delegação legislativa conforme os preceitos constitucionais, contrariando os fundamentos levantados pelo Tribunal de Contas da União para afastar sua validade.

Em primeiro lugar, destaca-se refinado entendimento no sentido de que a matéria regulamentada pelo Decreto 2.745/98 – a saber, o regime simplificado de contratações da

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9ª edição ver. e atual – São Paulo: Saraiva, 2014.

Petrobras - não se submete à reserva de lei formal do art. 62, §1º, da Constituição⁴⁵, nem à reserva legal absoluta, “mesmo porque a simplificação do regime licitatório não envolve a restrição de direitos fundamentais, não limita direitos subjetivos e nem cria obrigações oponíveis aos particulares” (BARROSO, 2006). Desta forma, não se vislumbra a impossibilidade de que a matéria referente às licitações da Petrobras seja regulamentada por decreto⁴⁶.

Neste cenário, cumpre-nos observar que, anteriormente à Lei 8.666/93, as contratações realizadas no bojo da Administração Pública eram reguladas pelo Decreto-lei 2.300/86, o qual foi precedido também por outros Decretos que regulamentavam as licitações públicas⁴⁷. A propósito, Carlos Ari Sundfeld destaca a necessidade de que seja retomado o mecanismo vigente até a promulgação da Lei de Licitações, a saber, a possibilidade de que as empresas estatais possuam seu regimento próprio de licitações, apontando que “o objetivo é dar flexibilidade para os chefes do Poder Executivo aprovarem regulamentos próprios para empresas e fundações estatais de direito privado”.

Alguns autores apontam ainda a ocorrência da chamada Crise do Legislativo⁴⁸, decorrente da incapacidade das normas, bem como de seu moroso procedimento de reforma e elaboração, acompanharem a dinâmica do Estado e da sociedade. Segundo esta parte da doutrina, o desenvolvimento do aparelho administrativo, mediante sua fragmentação em órgãos e entidades independentes e cada vez mais especializadas, levou “à necessidade de novos

⁴⁵ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I - relativa a:

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;
b) direito penal, processual penal e processual civil;
c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

II - que vise a detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III - reservada a lei complementar;

IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

⁴⁶ Nesse mesmo sentido: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Método, 2012. Aliás, tanto é assim que a própria Lei 8.666/93 prevê hipóteses em que à Administração Pública é autorizada a expedição de regulamentos, como se verifica, por exemplo, nos artigos 115 e 123.

⁴⁷ Decreto 4.536/1922 (Código de Contabilidade da União) e Decreto 15.783/1922 (Regulamento Geral de Contabilidade Pública).

⁴⁸ Conceito utilizado por Luís Roberto Barroso com base nas lições de Clèmerson Merlin Clève, *Atividade legislativa do Poder Executivo*, 2000; Vicente Paulo Francisco Ráo, *Fatores políticos e sociais da legislação delegada*, *Revista dos Tribunais* 742:765, 1997, p. 766-7; e Alexandre Santos de Aragão, *O poder normativo das agências reguladoras*, *Revista Forense* 354:3, 2001, p. 354-5.

instrumentos de integração e coordenação, e ao reconhecimento de novos graus do exercício autônomo de competências normativas⁴⁹”. Naturalmente, a consequência desta nova conformação da máquina administrativa estatal seria a ampliação da atuação do Poder Executivo⁵⁰.

Além disso, importante que se afaste também a tese de que o Decreto 2.745/98 se enquadraria como decreto autônomo. Em primeiro lugar, tal decreto se fundamenta em legislação infraconstitucional, ao passo em que os decretos autônomos se caracterizam pela ausência de intermediação legal entre seu texto e a Constituição e que, portanto, inovam no ordenamento jurídico. Ademais, a figura dos decretos autônomos surgiu em nosso ordenamento jurídico com a Emenda Constitucional 32/2011, posterior à publicação do decreto 2.745/98⁵¹.

Da mesma forma, também parece não se sustentar o entendimento de que o artigo 67 da Lei do Petróleo constitui delegação legislativa⁵² em branco ao Poder Executivo, como se este pudesse arbitrária e incondicionalmente regulamentar o regime de contratações simplificado da Petrobras.

É notório o entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante no sentido de que a delegação legislativa é legítima “se, do ato legislativo, constassem os ‘standards’, isto é, os princípios jurídicos inerentes à espécie legislativa”⁵³. E neste ponto, conforme leciona Luís Roberto Barroso⁵⁴, o Decreto 2.745/98 atendeu a todos os parâmetros fixados no ordenamento jurídico em matéria de licitações:

De forma mediata, o Decreto procura estabelecer um equilíbrio ótimo entre dois

⁴⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado de Direito. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 37, n. 148, out-dez/2000.

⁵⁰ GUERRA, Sérgio. Função normativa das agências reguladoras: uma nova categoria de direito administrativo? Revista direito GV. São Paulo 7(1) | p. 131-152 | jan-jun 2011.

⁵¹ Segundo Rafael Oliveira, “ainda que não houvesse a Lei 9.478/97, poderia ser editado decreto autônomo para tratar de licitação, pois o tema relacionado aos procedimentos administrativos insere-se na expressão “organização e funcionamento da administração”, prevista no art. 84, VI, “a”, da Constituição Federal, habilitando o chefe do Executivo a manejar decretos com fundamento diretamente no texto constitucional”. In: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Método, 2012.

⁵² Nas palavras de Luís Roberto Barroso, delegação legislativa é a expressão empregada “para descrever as hipóteses nas quais o Legislador fixa determinados parâmetros – mais ou menos gerais – e autoriza o Executivo a disciplinar de forma mais detalhada um tema”.

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira. Questões Fundamentais de Técnica Legislativa. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>

⁵⁴ 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>.

parâmetros constitucionais: a sujeição da consulente aos princípios gerais incidentes sobre a Administração Pública (CF, art. 37, *caput*) e o dever de licitar (CF, art. 22, XXVII, art. 37, XXI e art. 173, § 1o, III), de um lado, e, de outro, o fim constitucional atribuído às estatais exploradoras de atividade econômica (CF, art. 173, *caput*), sua sujeição ao direito privado e ao regime concorrencial (CF, art. 173) e a diretriz constitucional que determinou a edição de regime jurídico diferenciado para tais empresas em matéria de licitações e contratos (CF, art. 22, XXVII, e art. 173, § 1o, III). O Decreto faz referência explícita a tais parâmetros.

Com isso, verifica-se que o Decreto 2.745/98 atende aos critérios que, segundo Carlos Mário da Silva Velloso (VELLOSO, 1989), deverão ser observados para que se configure legítima a delegação legislativa, a saber: (i) a possibilidade de, a qualquer momento, a delegação ser retirada daquele que a recebeu, sob pena de violação à separação de poderes, uma vez que a Constituição conferiu ao Congresso Nacional todos os poderes legislativos; (ii) a fixação de *standards*, isto é, parâmetros que limitem a ação do delegado, cuja observância poderá ser verificada a todo tempo pelo Supremo Tribunal Federal e, por fim, (iii) a razoabilidade da delegação legislativa, passível de análise pela Suprema Corte.⁵⁵

Como visto, o Decreto 2.745/98 possui amparo na Lei 9.478/97, que expressamente dispôs que o regulamento de licitações da Petrobras seria regulamentado por decreto do presidente da República. Da mesma maneira, é certo que sobre Decreto 2.745/98 se impuseram uma série de limitações, configurando-se a chamada delegação por *standards*, a saber, os princípios gerais da Administração Pública, o regime jurídico aplicável às empresas estatais, a previsão constitucional de regime licitatório distinto para Administração direta e Administração indireta e, por fim, a própria Lei 8.666/93.

Por fim, também não há dúvidas de que o Decreto estará sempre sujeito ao controle do Poder Judiciário e do próprio Congresso Nacional, que poderão revogar o dispositivo apreciado, sustar atos que exorbitem a delegação legislativa e, ainda, dispor de maneira diversa por meio de lei – o que significaria, por exemplo, que se fosse editado o estatuto jurídico das empresas estatais, esta afastaria a aplicação do Decreto.

Restou demonstrado, portanto, que os argumentos apontados pelo Tribunal de Contas

⁵⁵ Sérgio Guerra também aponta requisitos para que se configure válida delegação legislativa, 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. In: GUERRA, Sérgio. Função normativa das agências reguladoras: uma nova categoria de direito administrativo? Revista direito GV. São Paulo 7(1) | p. 131-152 | jan-jun 2011.

da União padecem de inconsistências que acabaram por levar esta Corte a se posicionar pela inconstitucionalidade do Decreto 2.745/98, muito embora existam grandes esclarecimentos na doutrina, além do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, que demonstram sua juridicidade e compatibilidade com as normas que regem as licitações em nosso ordenamento.

4 A CRIAÇÃO DE MODELOS SIMPLIFICADOS DE CONTRATAÇÃO NO ÂMBITO DAS EMPRESAS ESTATAIS

4.1 A Teoria Processual Administrativa da regulação e o regime simplificado de contratações da Petrobras

Ao longo deste trabalho, foram apresentados os argumentos esposados pelo Tribunal de Contas da União para sustentar a inconstitucionalidade do artigo 67 da Lei 9.478/97 e, consequentemente, do decreto que criou o regime simplificado de contratações da Petrobras.

Em primeiro lugar, a Corte de Contas sustenta que a Lei 8.666/93 só poderia deixar de ser aplicada pelas empresas estatais quando fosse instituído, por lei específica, o estatuto jurídico a que faz menção o artigo 173, §1º, da Constituição Federal, assumindo que a previsão do dispositivo determina a criação de uma lei única, aplicável a todas as empresas públicas e sociedades de economia mista. Contudo, pairam dúvidas acerca da real intenção do legislador – se prevê a criação de um único estatuto aplicável às estatais ou permite que cada empresa edite seu próprio estatuto⁵⁶.

Além disso, parte da doutrina⁵⁷ também assume que, ainda que se considerasse a obrigatoriedade de edição de um estatuto jurídico único a todas as empresas estatais, não se pode desconsiderar que o texto constitucional prevê, tanto no artigo 22, XXVII, quanto no artigo 173, §1º e incisos, a aplicação de regime licitatório distinto pelas empresas estatais. Nesta perspectiva, recusar-se a aplicar essas determinações constitucionais expressas sob o argumento de que não foi ainda criado o estatuto jurídico das empresas estatais, também previsto constitucionalmente, seria o mesmo que enquadrar determinados dispositivos constitucionais na qualidade de um “nada jurídico”, sendo preferível, assim, conferir eficácia a apenas um comando constitucional do que a nenhum.

O posicionamento adotado pela Corte de Contas funda-se ainda na percepção de que a

⁵⁶ Segundo Larissa Gebrim, “o que se constata é a tendência, por parte de algumas empresas estatais, de terem seus próprios regulamentos licitatórios simplificados autorizados em lei, o que poderia conduzir à segunda hipótese de interpretação do art. 173, § 1º, III da Constituição Federal”. In: GEBRIM, Larissa Santiago. A adoção do procedimento licitatório simplificado pela Petrobras sob as perspectivas do STF e do TCU. São Paulo, 2013.

⁵⁷ DALLARI, Adilson Abreu. Licitações nas empresas estatais, *Revista de Direito Administrativo*, 229:69, 200. No mesmo sentido: BINENBOJM, Gustavo. Regulamentos simplificados de licitações das empresas estatais: o caso da Petrobras. Fórum de Contratações e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 6, p. 10-25, ago/2007.

adoção de um regime único pela Administração direta e indireta – a saber, a Lei 8.666/93, única lei aplicável enquanto não for editado o estatuto jurídico das empresas estatais – não inviabiliza a dinâmica empresarial e as atividades exercidas por essas empresas em regime de livre concorrência. Contudo, tal entendimento, como evidenciado em tópico anterior, foi flexibilizado pelo próprio TCU, que relativizou a incidência da Lei de Licitações no âmbito das empresas estatais, ampliando as hipóteses de dispensa de licitação para as contratações que dissessem respeito às atividades-fim dessas empresas e suas subsidiárias.

Ademais, foram apresentadas também as críticas e questionamentos que se põem em relação à rigidez e complexidade do procedimento previsto na Lei 8.666/93, os quais influenciaram, como visto, na ampliação das hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, bem como na criação de regimes licitatórios mais modernos, como é o caso do Pregão e do Regime Diferenciado de Contratações (RDC).

Finalmente, o posicionamento firmado pelo Tribunal de Contas da União questiona a delegação do poder legiferante ao Poder Executivo para edição do decreto que dispõe sobre o regime simplificado de licitações da Petrobras. A Corte afirma que a previsão do artigo 67 da Lei 9.478/97 extrapola as competências do Executivo, tratando-se de verdadeira delegação em branco, que permitiu àquela esfera de poder a possibilidade de inovar na ordem jurídica, o que seria vedado pela via do decreto.

Assim, o presente trabalho destacou o posicionamento de aclamada doutrina que defende a constitucionalidade do referido dispositivo, assumindo que a matéria ali aventada não está albergada pela reserva absoluta ou, ainda, nas hipóteses de reserva relativa de lei, não havendo óbices para sua regulamentação por meio de decreto presidencial. Ademais, frisou-se que o Decreto 2.745/98 atende aos critérios configuradores de uma delegação legislativa legítima, assim considerados, resumidamente, a possibilidade de controle pelo próprio Congresso Nacional e pelo Judiciário da razoabilidade do decreto e o respeito a standards ou parâmetros que obriguem e limitem o poder delegado. Neste ponto, cumpre destacar que a existência desses standards se destaca sobremaneira em relação ao dever constitucional de respeito, por todos os integrantes da Administração Pública direta e indireta, aos princípios elencados no artigo 37 da Constituição de 1988.

Por tudo o que foi exposto, pretendeu-se demonstrar a prevalência dos argumentos que apontam para a constitucionalidade do artigo 67 da Lei 9.478/97 e, assim, do decreto que instituiu o regime simplificado de licitações da Petrobras, destacando-se também as razões pelas quais o posicionamento do Supremo Tribunal deverá manter-se neste sentido quando do

juízo definitivo da matéria.

Retomadas tais considerações acerca do posicionamento esposado pelo Tribunal de Contas da União e às críticas que recaem sobre os argumentos apresentados pela Corte, passaremos a analisar o decreto 2.745/98 à luz da teoria processual administrativa da regulação, a fim de demonstrar que o procedimento simplificado de licitações da Petrobras atende a aspectos processuais que lhes conferem legitimidade e adequação às normas jurídicas a que está subordinado.

A análise do procedimento licitatório da Petrobras, apontada para a conclusão de que é juridicamente possível que todas as empresas estatais adotem seu próprio regime de contratações, será realizada à luz da teoria processual administrativa da regulação, tal qual desenvolvida pelo professor Steven Croley⁵⁸.

Para a teoria processual administrativa da regulação, os atos regulatórios do Estado devem ser percebidos como um complexo de procedimentos e garantias, cujos mecanismos são empregados para promover e realizar o interesse coletivo. Assume, com isso, que a regulamentação do Estado pode e contribui efetivamente para a concretização do interesse e bem-estar sociais, destacando que a análise dos resultados alcançados por essas atividades deve ser realizada mediante a avaliação da compatibilidade entre o procedimento ou mecanismos utilizados no processo de tomada de decisão e os objetivos por elas almejados.

Em diversas situações, conforme explicita Croley, o Poder Legislativo delega aos entes administrativos a competência para regulamentar vácuos legislativos, criando e definindo como as normas deverão ser aplicadas e, ainda, garantindo às leis efetividade. Neste cenário, deve-se ter em mente que o exercício da atividade regulamentadora do Estado está sempre sujeito ao controle do Congresso Nacional, bem como ao controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Legislativo.

Croley expõe, sinteticamente, que a atuação dos administradores no sentido de ultrapassar as barreiras dos chamados “interesses especiais”, ou interesses de grupos privilegiados bem organizados, capazes de exercer grande influência no cenário político e econômico, depende do respeito a um procedimento de tomadas de decisão cujas premissas e expectativas garantam o atingimento do fim público.

Sob a perspectiva da atuação das agências reguladoras, Croley⁵⁹ assume que a análise

⁵⁸ CROLEY, Steven P. *The possibility of good regulatory Government*. Princeton and Oxford.

⁵⁹ Citando Kenneth Warren, explica Guilherme Pinheiro: Croley expõe, sinteticamente, que “a teoria do processo administrativo propõe alcançar seus objetivos de transparência, isenção e tecnicidade por meio:

da atividade regulatória pela ótica do processo de tomada de decisão pelos administradores, permite a realização da regulação publicamente interessada e imune às pressões de grupos especiais político e economicamente influentes. Assim, considerados os elementos que integram o processo de tomada de decisões, isto é, as normas justificadoras dos procedimentos adotados para exercício da regulação, assim como a motivação das decisões e o ambiente em que estas são tomadas, é possível a implementação de regulações favoráveis ao interesse público.

No caso específico da Petrobras, o presente trabalho já cuidou de demonstrar que a implementação do regime simplificado de contratações da estatal, através de decreto presidencial, não se tratou de delegação legislativa em branco ou imprópria, mas, na verdade, do exercício do poder regulamentar conferido ao Presidente da República, disposto no artigo 84, IV, da Constituição Federal de 1988. Além disso, confirmou-se também que a matéria de licitações não está incluída nas hipóteses de reservas legais previstas no texto constitucional, inexistindo óbices à sua regulamentação por meio de decreto.

Por estas e demais razões aqui expostas, demonstrou-se que não há ilegalidades quanto à delegação constante do artigo 67 da Lei 9.478/67, o que desconstrói a fundamentação do Tribunal de Contas da União no sentido da inconstitucionalidade do Decreto 2.745/98 e do regime de contratações simplificado da Petrobras.

À luz da teoria processual administrativa da regulação, também não subsiste a tese de que o regime simplificado de contratações da Petrobras, ante a inexistência de lei específica dispondo sobre a matéria das licitações no âmbito das empresas estatais, não atende aos princípios gerais da Administração Pública e ao interesse público. No acórdão 663/2002 do Tribunal de Contas da União, amplamente citado neste trabalho, são diversos os trechos em que o relator, Ministro Ubiratan Aguiar, relaciona a estrita obediência à Lei 8.666/93, pelas empresas estatais, enquanto não criado o estatuto jurídico dessas empresas, à observância do princípio da supremacia do interesse público⁶⁰.

(i) da publicação da intenção de agir da Agência; (ii) do esclarecimento das motivações de agir da Agência; (iii) da abertura de oportunidades para o recebimento de contribuições acerca da ação da Agência; (iv) da adoção de um processo decisório racional; (v) da fundamentação detalhada acerca do porquê a Agência agiu de determinada forma. Muitos desses instrumentos já constam do direito brasileiro, necessitando apenas ser submetidos a ajustes mais finos e concretamente utilizados”.

⁶⁰ Segundo o Ministro Relator Ubiratan Aguiar, dentre as competências do Estatuto das empresas estatais, estaria “a definição do limite de discricionariedade do gestor e a forma como deverá proceder ao administrar o bem público, tendo sempre em mente a supremacia do interesse público”. Além disso, afirma que “A defesa da tese de que, até que o estatuto das empresas estatais exploradoras de atividade

Tal insubsistência decorre do fato de que, através da teoria processual administrativa da regulação de Steven Croley, segundo a qual um modelo regulatório de Estado dispõe de garantias processuais que irão conferir às decisões e atividades conduzidas pelos administradores legitimidade e respeito ao interesse coletivo, a lisura das contratações públicas não depende da submissão a uma lei específica de licitações, como parece crer o Tribunal de Contas da União.

Deste modo, no caso do regime de licitações da Petrobras, é a observância de tais garantias processuais, nas contratações da estatal, que irão garantir o atendimento ao interesse público. Assim, sob esta perspectiva, a viabilidade jurídica do regime simplificado de contratações da Petrobras deve ser analisada pela conformação das contratações realizadas pela estatal e a observância às salvaguardas processuais previstas do Decreto 2.745/98, as quais, a propósito, são muito semelhantes àquelas dispostas na Lei 8.666/93.

As regras do regime simplificado de contratações da Petrobras estabelecem salvaguardas para assegurar que o procedimento licitatório realizado alcance patamares adequados de competitividade entre os concorrentes e a oferta mais vantajosa à estatal. Para tal, portanto, conforme dispõe o tópico 1.2 das Disposições Gerais do Decreto 2.745/98⁶¹:

1.2. A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a realização da obra, serviço ou fornecimento pretendido pela PETROBRÁS e será processada e julgada com observância dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da igualdade, bem como da vinculação ao instrumento convocatório, da economicidade, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Sendo assim, são estes os parâmetros que deverão ser considerados para concluir que o procedimento adotado pela Petrobras garante o interesse público. Isto é, não é a edição de uma lei específica que irá garantir o respeito ao interesse público, mas a obediência às garantias processuais estabelecidas no Decreto 2.745/98 e que, portanto, vinculam a realização do procedimento simplificado de contratações no âmbito da Petrobras⁶².

econômica esteja em vigor, a Lei de Licitações e Contratos de 1993 ainda é aplicável àquelas entidades vem sendo feita, primordialmente, sob o prisma do princípio do interesse público”.

⁶¹ Da mesma forma, o artigo 3º da Lei 8.666/93 também estabelece garantias processuais a serem observadas na condução do procedimento licitatório sobre o qual dispõe: “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”.

⁶² Embora fundada em premissa distinta, Helena Telino chega à conclusão semelhante sobre a constitucionalidade do Decreto 2.745/98: Nos dizeres de Rothenburg, a alteração da atribuição constitucional original de competência (quem) justificar-se-ia por interpretação sistemática e teleológica, para preservar a imposição constitucional original de realização (o que). É mais importante, questiona o autor, apenas exemplificativamente, do ponto de vista constitucional, que haja proteção da relação de

4.2 O procedimento simplificado de contratações da Petrobras e os princípios gerais da Administração Pública

Conforme demonstrado, o Decreto 2.745/98 reproduziu, na íntegra⁶³, diversos dispositivos da Lei Geral de Licitações, limitando-se a implementar alterações no procedimento padrão, a fim de simplificar as contratações no âmbito da Petrobras e, assim adequá-lo, ao regime de concorrência em que a estatal foi inserida com a Emenda Constitucional 9/95.

Neste sentido, as alterações apresentadas pelo Decreto 2.745/98 no que tange ao procedimento licitatório disposto na Lei 8.666/93 destinaram-se à simplificação das modalidades e tipos de licitação previstos na Lei Geral de Licitações para conformá-los às demandas e necessidades do mercado do petróleo. Deve-se destacar, contudo, que o procedimento simplificado de contratações da Petrobras, a despeito das diferenças que apresenta em relação ao regime geral de licitações, está em estrita conformidade aos princípios gerais da Administração Pública, parâmetros estes que devem nortear todo e qualquer procedimento de compras ou alienações de bens e serviços pelo Poder Público.

Inicialmente, a observância ao princípio da legalidade reside no fato, já amplamente abordado neste trabalho, de que delegação legislativa prevista no artigo 67 da Lei 9.478/97 amparou-se validamente na hipótese do artigo 84, IV, da Constituição Federal, que confere ao Presidente da República a edição de decretos que garantam a fiel execução da lei. A propósito, a legalidade da mencionada delegação legislativa decorre ainda do fato de que a matéria de licitações não se enquadra em nenhuma das hipóteses de reserva legal, não havendo óbices para sua disposição por meio do decreto presidencial.

Neste cenário, é imperioso destacar que atualmente não prevalece mais a ideia de

emprego ‘contra despedida arbitrária ou sem justa causa’ (art. 7o, I, da Constituição Federal), ou que essa proteção somente possa ser veiculada por lei complementar? In: MONTEIRO, Helena Telino. A constitucionalidade do decreto de licitações da Petrobras à luz dos princípios da legalidade e da eficiência. Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2010. Disponível em: <http://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/13916>.

⁶³ Como aponta Tarcísio Pinto, algumas das disposições integralmente reproduzidas pelo Decreto 2.745/98 foram: a exigência de previa dotação orçamentária como condição necessária para a realização da licitação; as compras balizadas pelo princípio da padronização, pela adoção de condições similares às praticadas no setor privado, pela definição de quantidades e pela especificação completa do bem – porém, diferentemente do que dispõe a Lei das Licitações, não há no Regulamento a vedação à indicação de marca; o impedimento do autor do projeto e da pessoa jurídica a ele vinculada – o Decreto aproveita as ressalvas da lei geral e adiciona nova exceção, a contratação global (*turn-key*) para obra ou serviço de engenharia; a supremacia do interesse público no caso de revogação do certame; a publicidade da licitação e a vedação a cláusulas discriminatórias; e, por fim, a empreitada integral – “contratação integrada”, na definição do Decreto-, quando economicamente recomendável.

legalidade como sendo a vinculação da Administração Pública à lei. Ao contrário, a dinâmica e celeridade que se impõem ao Poder Público no exercício de suas atividades fez com que o Poder Legislativo, por si só, fosse incapaz de produzir leis que acompanhassem este processo. Com isso, ampliou-se a produção normativa pelo Poder Executivo, o qual, em diversas situações, faz-se valer de órgãos especializados para regulamentação de determinadas matérias⁶⁴.

Sendo assim, evidencia-se a inconsistência dos argumentos que pretendam afirmar que o Regime Simplificado da Petrobras não atende aos parâmetros da Legalidade ou, ainda, queiram sustentar que a disposição do regime de contratações da estatal por meio de decreto a afasta do interesse público.

O princípio da impessoalidade, por sua vez, está intimamente relacionado ao princípio do julgamento objetivo e à isonomia entre os licitantes. A obediência a tais princípios garante a lisura do processo licitatório, de modo que todos os licitantes sejam tratados igualmente⁶⁵ pela Administração Pública, sem quaisquer favorecimentos ou perseguições a um concorrente em detrimento do outro.

Neste ponto, a maior crítica que se apresenta em relação ao procedimento simplificado de contratações da Petrobras reside na previsão da participação apenas dos convidados para os certames realizados sob a modalidade convite⁶⁶. Evidentemente, tal dispositivo diverge da Lei 8.666/93, que estende o convite a todos os demais cadastrados que manifestem seu interesse em participar do certame até vinte e quatro horas antes da abertura das propostas.

Contudo, o fato de o Decreto 2.745/98 apresentar entendimento diverso àquele previsto na Lei Geral de Licitações não o afasta da impessoalidade e isonomia que devem nortear todos

⁶⁴ Conforme explica Helena Telino: A criação de normas jurídicas pelo Executivo, que cada vez mais se incrementa, como fenômeno que vem ocorrendo desde o século passado, decorre não só da crise do Parlamentarismo, mas, principalmente, da incapacidade revelada pelo chamado Poder Legislativo de fazer leis. De fato, trata-se de órgão que representa as diferentes correntes de opinião pública, manifestadas nos partidos políticos e nas organizações profissionais, mas sem preparo técnico, científico, sociológico e jurídico para o mister legislativo. Daí a entrega ao Executivo de tal cometimento, que se vale de órgãos administrativos especializados para tanto. In: MONTEIRO, Helena Telino. A constitucionalidade do decreto de licitações da Petrobras à luz dos princípios da legalidade e da eficiência. Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2010. Disponível em: <http://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/13916>.

⁶⁵ Consoante lições do professor Lucas Rocha Furtado, “a impessoalidade não conduz ao exagero de se entender que todos devem ser sempre tratados de forma absolutamente idêntica. Em face do objeto a ser contratado, a lei autoriza a imposição de requisitos de qualificação técnica, econômica, etc”. In: FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 4ª edição. Belo Horizonte. Fórum, 2013.

⁶⁶ Decreto 2.745/98. 3.1.1. 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

os processos licitatórios.

Para tanto, deve-se levar em consideração que o princípio da obrigatoriedade, assim como todos os outros princípios balizadores das licitações públicas, não são absolutos e devem ser aplicados conforme as particularidades de cada caso. Tanto é assim que a própria Lei 8.666/93, fundada em elementos pessoais de casos específicos, relativiza o conceito de impessoalidade, apresentando uma série de hipóteses em que é dispensável ou inexigível a realização de licitação⁶⁷.

Demonstra-se, assim, que a restrição da participação no certame apenas aos convidados não implica o descumprimento da impessoalidade do procedimento licitatório da Petrobras. Isso porque, além dos argumentos expostos, deve-se considerar ainda que o Decreto 2.745/98 dispõe que, para escolha da modalidade de licitação a ser utilizada, o administrador deverá considerar aquela que garanta maior amplitude de participação⁶⁸.

Por tudo isso, deve-se analisar a questão da impessoalidade do procedimento simplificado de licitações da Petrobras sob a perspectiva da amplitude dos meios de acesso dos interessados ao registro cadastral da Petrobras. Pelos dispositivos que tratam dos requisitos a serem preenchidos para participação no cadastro de fornecedores da Petrobras, percebe-se a disposição de critérios objetivos⁶⁹ e a abertura a qualquer entidade que os atender. Sendo assim, é a ampla abertura da possibilidade de ingresso ao cadastro de fornecedores da Petrobras que evidencia a impessoalidade do procedimento licitatório.

Além disso, o Decreto 2.745/98 também apresenta um mecanismo de rotatividade⁷⁰ dos convidados, dispondo, no item 5.6.2, que “a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado, a convocação será estendida a, pelo menos, mais uma firma, dentre as

⁶⁷ Sobre o assunto, Gustavo Binenbojm lembra ainda que “a participação de não convidados, no convite disciplinado pela Lei 8.666/93, é restrita aos cadastrados”. In: BINENBOJM, Gustavo. Regulamentos simplificados de licitações das empresas estatais: o caso da Petrobras. Fórum de Contratações e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 6, p. 10-25, ago/2007.

⁶⁸ Decreto 2.745/98. 3.3. Para a escolha da modalidade de licitação serão levados em conta, dentre outros, os seguintes fatores: (...)b) participação ampla dos detentores da capacitação, especialidade ou conhecimento pretendidos. Ainda sobre este assunto, dispõe o Manual de Contratações da Petrobras: 1.3.4 Devem ser chamados pela Gerência solicitante e Gerência licitante, preferencialmente, todos os fornecedores cadastrados na atividade objeto da licitação. Sempre que houver fornecedores cadastrados e não chamados deve ser justificado pela Gerência solicitante.

⁶⁹ Decreto 2.745/98. 4.1.1. Para efeito da organização e manutenção do Cadastro de Licitantes, a PETROBRÁS publicará, periodicamente, aviso de chamamento das empresas interessadas, indicando a documentação a ser apresentada, que deverá comprovar: a) habilitação jurídica; b) capacidade técnica, genérica, específica e operacional; c) qualificação econômico-financeira; d) regularidade fiscal.

⁷⁰ BINENBOJM, Gustavo. Regulamentos simplificados de licitações das empresas estatais: o caso da Petrobras. Fórum de Contratações e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 6, p. 10-25, ago/2007.

cadastradas e classificadas no ramo pertinente”. Ou seja, todas as empresas cadastradas no registro de fornecedores serão, em algum momento, convidadas a participar das licitações empreendidas pela estatal.

Por fim, ainda sobre o tema da impessoalidade, destaca-se o fundamental papel que o sistema eletrônico de licitações da Petrobras, o chamado Petronect⁷¹, tem contribuído para uma maior “despersonalização” dos processos licitatórios, pois os licitantes não possuem contato pessoal uns com os outros e com a comissão responsável pela licitação⁷², tendo em vista que todo o processo se dá através de meios eletrônicos. Assim, pode-se assumir ainda que o uso da Internet para realização das licitações contribui também para a elevação do número de licitantes, vez que, por ser um processo licitatório não presencial, permite que empresas das mais diversas localidades possam participar do certame.

Da mesma forma, reconhece-se que o regime de contratações simplificado da Petrobras também estabelece parâmetros de transparência e publicidade que deverão ser observados durante o processo licitatório.

Em primeiro lugar, o item 1.8.1 dispõe que “a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis a todos os interessados os atos de seu procedimento”. Além disso, ao descrever o processamento das licitações, especialmente nos tópicos 5.3, 5.4, 5.4.1, 5.5, 5.5.2 e 5.6 do Decreto 2.745/98, que determinam a publicação do edital de licitação em diário oficial ou jornal de grande circulação, estabelecendo os prazos a serem observados para divulgação do edital para as modalidades concorrência e tomada de preços.

Para a modalidade convite, assim como ocorre na Lei 8.666/93, não há previsão de publicação de edital no diário oficial. Contudo, neste ponto, o Decreto 2.745/98 difere da Lei Geral de Licitações na medida em que não prevê a afixação do resumo do ato convocatório (carta-convite) no quadro de avisos do órgão licitante. Por esta razão, alguns estudiosos insistem em afirmar que o regime simplificado de contratações da Petrobras violaria o princípio da Publicidade.

Inicialmente, deve-se levar em consideração, mais uma vez, que o princípio da

⁷¹ Petronect é o portal utilizado pelo Sistema Petrobras onde são realizadas diversas transações pertinentes ao processo licitatório: o leilão reverso, o direto, a modalidade de convite e a dispensa de licitação. Para maiores detalhes acerca do funcionamento e utilização do sistema Petronect: de Carvalho, Mariana Spinelli. "A percepção dos mercados eletrônicos quanto à adoção dos leilões reversos eletrônicos por empresas brasileiras."

⁷² BINENBOJM, Gustavo. Regulamentos simplificados de licitações das empresas estatais: o caso da Petrobras. Fórum de Contratações e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 6, p. 10-25, ago/2007.

Publicidade não pode ser aplicado de forma absoluta. Sendo assim, o fato de que as licitações devem pautar-se pela publicidade não implica dizer que os instrumentos convocatórios do convite sejam sempre divulgados em meios oficiais de publicação. Como explica o notório Marçal Justen Filho⁷³, a não obrigatoriedade de divulgação da carta-convite na imprensa não coaduna com a ideia de licitação sigilosa, o que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Em continuidade, explica que a publicidade se destina a tornar conhecida publicamente a instauração e o curso da licitação, o que não implica, necessariamente, a divulgação da carta-convite na imprensa oficial. Neste ponto, destaca-se que é possível verificar, através do sítio eletrônico da Petrobras⁷⁴, as informações pertinentes às licitações atualmente em curso, inclusive aquelas realizadas na modalidade convite, como situação da licitação, valor do contrato, local de abertura, dentre outras.

Além disso, destaca-se que o processamento das licitações por meios eletrônicos, como frequentemente utilizado pela Petrobras em suas contratações, confere ainda maior publicidade ao certame, justamente porque amplia o acesso dos dados e informações sobre os atos e andamentos do procedimento licitatório a toda população, conferindo ainda maiores mecanismos de controles dos atos praticados pela Administração Pública, seja pelos cidadãos, seja pelos próprios órgãos fiscalizatórios estatais⁷⁵.

O procedimento licitatório simplificado adotado pela Petrobras atende também aos parâmetros de moralidade previstos em nosso ordenamento jurídico, segundo o qual “o administrador deve sempre praticar atos em estrita conformidade com a lei, deverá igualmente não promover tratamento de modo a favorecer ou prejudicar qualquer dos licitantes⁷⁶”.

A confirmar tal afirmação, destacam-se alguns dispositivos do regime simplificado de contratações da Petrobras e do manual de licitações, que complemente as previsões do Decreto 2.745/98. O item 1.5⁷⁷ do Decreto 2.745/98 e 1.3.5⁷⁸ do Manual de Licitações, por exemplo,

⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005.

⁷⁴ Para mais informações, acessar: <http://sites.petrobras.com.br/minisite/acessoainformacao/licitacoes-e-contratos>.

⁷⁵ BANDEIRA, Luiz Fernando. A licitação eletrônica e a prevenção da corrupção. Brasília a. 42 n. 165 jan./mar. 2005

⁷⁶ FURTADO, Lucas Rocha. FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 4ª edição. Belo Horizonte. Fórum, 2013.

⁷⁷ 1.5. Estarão impedidos de participar de licitações na PETROBRÁS firma ou consórcio de firmas entre cujos dirigentes, sócios detentores de mais de dez por cento do Capital Social, responsáveis técnicos, bem assim das respectivas subcontratadas, haja alguém que seja Diretor ou empregado da Petrobras.

⁷⁸ 1.3.5 É proibida a contratação de empresas que tenham em seus quadros societários empregados ou diretores do Sistema Petrobras.

proíbem a participação, nas licitações realizadas pela Petrobras, de empresas cujo quadro social seja integrado por empregados ou funcionários da estatal e suas subsidiárias.

Sobre a questão da moralidade, há ainda quem diga que a utilização ampliada da modalidade convite pela Petrobras, de maneira diversa à forma disposta na Lei Geral de Licitações, implica a violação à moralidade do procedimento licitatório, haja vista o regime simplificado de contratações prever a escolha de três participantes sem estender a participação a empresas cadastradas e não convidadas, como é o caso da Lei 8.666/93. Contudo, como demonstrado anteriormente, tal previsão não fere a moralidade do certame, sobretudo porque o cadastro de empresas no sistema de fornecedores da Petrobras, a ensejar sua participação nas licitações da estatal, depende do cumprimento de critérios específicos de qualificação⁷⁹, os quais deverão ser respeitados e analisados objetivamente pelos administradores.

Frise-se que a moralidade vincula também a conduta das empresas que participam do processo de licitação, sobre os quais impõem-se deveres de ética e moralidade, bem como penalidades quando de seu descumprimento. Neste sentido, o Decreto 2.745/98 prevê hipóteses de suspensão do cadastro no sistema de fornecedores, quando constatado o descumprimento de normas legais e contratuais, e o seu cancelamento, quando declarada a inidoneidade da empresa. Da mesma forma, também o Manual de Licitações⁸⁰ estabelece hipóteses de suspensão da possibilidade de contratar com a Petrobras quando evidenciada a má-fé, a omissão ou quaisquer irregularidades na proposta apresentada pelos licitantes.

Finalmente, há que se observar o procedimento licitatório simplificado da Petrobras à luz dos princípios da eficiência e economicidade, ambos relacionados aos resultados e custos decorrentes da atividade administrativa.

Em primeiro lugar, o princípio da eficiência impõe à Administração Pública o dever de direcionar sua atuação de maneira idônea, transparente e visando ao atendimento das

⁷⁹ 4.1.1. Para efeito da organização e manutenção do Cadastro de Licitantes, a PETROBRÁS publicará, periodicamente, aviso de chamamento das empresas interessadas, indicando a documentação a ser apresentada, que deverá comprovar: a) habilitação jurídica; b) capacidade técnica, genérica, específica e operacional; c) qualificação econômico-financeira; d) regularidade fiscal.

⁸⁰ 2.8.2 A BR não aceita, em hipótese alguma, futuras alegações de omissão na proposta, de elementos necessários à execução do contrato, ou de inexatidão relativamente às quantidades contratadas, com o objetivo de alterar a classificação ou o preço proposto.

2.8.3 Se, por ocasião do julgamento da licitação, da celebração do instrumento contratual ou da execução dos serviços, ficar comprovada a existência de irregularidades que denunciem dolo, má-fé ou grave omissão no cumprimento do dever inerente à execução dos serviços por parte dos licitantes, estes, sem prejuízo das sanções legais cabíveis, ficam impossibilitados, a critério da BR, de contratar com a Companhia, conforme PG-GCONT-016 Bloqueio e Desbloqueio de Fornecedor, circunstância que deve ser comunicada a todas as Gerências do Sistema Petrobras.

necessidades e interesses coletivos. Ou seja, a ideia de eficiência encontra-se vinculada aos resultados alcançados através da atuação da Administração Pública. A economicidade, por sua vez, enquanto corolário do princípio da eficiência, constitui fator importante a ser considerado para realização do interesse público⁸¹. Assim, ao passo em que a eficiência se consuma na destreza da Administração Pública em articular recursos, sejam estes financeiros, sociais ou materiais, para o atingimento do fim público, a economicidade “associa-se à ideia fundamental de obter o melhor resultado estratégico possível a partir de determinada alocação de recursos econômico-financeiros, em dado cenário socioeconômico⁸²”.

Como visto, o Decreto 2.745/98 consagra estes dois princípios como norteadores do procedimento simplificado de contratações da Petrobras. Do ponto de vista da economicidade, destaca-se, por exemplo, o item 6.23 do Decreto:

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.

Tal disposição coaduna-se com o princípio da economicidade na medida em que prevê o melhor manejo dos recursos financeiros a serem implementados na contratação, admitindo a negociação direta entre a Petrobras e os licitantes. Contrariamente à conclusão que uma análise desatenta poderia provocar, deve-se ressaltar que a medida prevista no item 6.23 atende aos demais princípios e salvaguardas previstas no Decreto 2.745/98 para garantia da lisura do procedimento licitatório da Petrobras, uma vez que a negociação deverá ser realizada em respeito à ordem de classificação dos licitantes no certame. Não fosse assim, estar-se-ia em flagrante desrespeito ao procedimento licitatório inicialmente instaurado, que acabaria por ter sua função absolutamente esvaziada.

A eficiência⁸³, por sua vez, parece ser fator de especial relevância no procedimento licitatório da Petrobras, afinal, a implementação de um regime simplificado de contratações à estatal decorre do próprio texto constitucional. Como demonstrado em tópicos anteriores, a flexibilização do monopólio do petróleo e a conseqüente inserção da Petrobras em regime de livre concorrência com empresas privadas fez surgir a necessidade de maior dinamização e

⁸¹ ARAÚJO, Leticia Malta; RODRIGUES, Maria Isabel Araújo. A relação entre os princípios da eficiência e da economicidade nos contratos administrativos. Revista do Serviço Público Brasília 63 (1): 43-62 jan/mar 2012.

⁸² Ibidem.

⁸³ Destaca-se que a observância ao princípio da eficiência pela Administração Pública foi incluída no rol do artigo 37 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional 19/98.

celeridade nas contratações realizadas pela estatal, o que não foi ignorado pelo ordenamento jurídico.

De pronto, deve-se relacionar à eficiência do procedimento licitatório simplificado do Decreto 2.745/98 as disposições quanto aos critérios a serem observados para escolha da modalidade de licitação que será utilizada. Como visto, o Decreto 2.745/98 conferiu maior discricionariedade ao administrador quando da escolha da modalidade licitatória, desvinculando-o da escolha pautada exclusivamente pelo valor da licitação.

Neste sentido, imperioso destacar que a adoção de critérios subjetivos para escolha da modalidade licitatória, cujo cumprimento deverá ser considerado caso a caso, resulta da vultuosidade dos contratos da Petrobras. Isto é, fossem considerados tão somente os valores dos contratos para escolha da modalidade de licitação, certamente impor-se-ia à Petrobras, muitas vezes, a utilização de modalidades absolutamente ineficientes se considerado o contexto fático da contratação⁸⁴.

Especificamente no caso da utilização da modalidade convite, o atrelamento da escolha ao preço da licitação inutilizaria tal modalidade nas contratações da Petrobras, impossibilitando a adoção, pela estatal, de procedimentos mais simples e menos burocráticos e, assim, contrariando os objetivos de eficiência e agilidade sobre ela impostos. Assim o é pois, considerando-se a dimensão econômica dos contratos firmados pela Petrobras, que alcançam a monta de milhões de reais, o uso da modalidade convite é a opção mais adequada para, em tais casos, atender à necessidade pública.

Com isso, considerando-se a eficiência como a responsabilidade que se impõe ao administrador de aplicar os recursos públicos pelo exame da relação custo/benefício de sua atuação, conforme a “necessidade de planejamento, a definição das necessidades e a indicação das melhores soluções para o atendimento dessa necessidade pública⁸⁵”, reputam-se adequados os critérios de escolha previstos no procedimento simplificado de contratações da Petrobras. Em primeiro lugar, porque tais critérios ampliam as possibilidades do administrador para, analisando o contexto fático da contratação e as necessidades dela decorrentes, definir a

⁸⁴ Segundo Helena Tolino: “a ausência de limites pecuniários e o estabelecimento de amplo campo de conformação permite ao administrador (que se torna direta e pessoalmente responsável) adaptar melhor o procedimento licitatório às vicissitudes práticas, bem como permite selecionar de forma mais rápida e eficiente propostas compatíveis e vantajosas, sem que tenha que seguir alguma espécie mais difícil de procedimento”. In: MONTEIRO, Helena Telino. A constitucionalidade do decreto de licitações da Petrobras à luz dos princípios da legalidade e da eficiência.

⁸⁵ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 4ª edição ver. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

modalidade que melhor atende à busca pela proposta mais vantajosa ao interesse público⁸⁶. Além disso, permitem a redução de custos e tempo para realização do procedimento licitatório e consumação da contratação, fatores que, em um cenário de livre concorrência como o da Petrobras, melhor atendem aos objetivos desta empresa e demais estatais que exploram atividades econômicas.

Pelo exposto, conclui-se que as disposições do procedimento simplificado de contratações da Petrobras atende aos princípios da Administração Pública. Neste propósito, destacou-se que o Decreto 2.745/98, em diversos pontos, reproduziu integralmente o procedimento disposto na Lei Geral de Licitações, trazendo simplificações ao regime padrão de licitações a fim de adequá-lo à dinâmica da Petrobras.

Sendo assim, o atendimento ao procedimento formal previsto no Decreto 2.745/98 não constitui, *per se*, violação ao ordenamento jurídico vigente. Ao contrário, trata-se de procedimento conforme os princípios da Administração Pública, decorrente de previsões constitucionais que preveem a criação de regimes licitatórios próprios às empresas estatais, em respeito à sua conformação empresarial e à sua natureza essencialmente privada. Em outras palavras, pode-se afirmar que o objetivo almejado pelo Decreto 2.745/98 é o mesmo pretendido pela Lei 8.666/93, a saber, a realização do interesse público pela contratação da proposta mais vantajosa à Administração Pública, através de procedimento formal, transparente e acessível a todos os interessados (BARROSO, 2006).

Finalmente, a análise das conclusões ora apresentadas, segundo as premissas da teoria processual administrativa da regulação de Croley, nos permite concluir que é o respeito ao procedimento licitatório formal disposto no Decreto 2.745/98, cujas disposições atendem às garantias de transparência, publicidade, igualdade e outras salvaguardas indispensáveis à lisura das licitações, que irá garantir a realização do interesse público pela Petrobras. O simples fato de inexistir lei específica que disponha sobre o estatuto das empresas estatais e, ainda, de o regime simplificado de contratações da Petrobras estar disposto por decreto presidencial, não impedem que a estatal aja em prol do interesse público.

⁸⁶ Como explica Luís Roberto Barroso: “É certo que os critérios objetivos – como os previstos na Lei nº 8.666/93 – facilitam a fiscalização e simplificam, nesse aspecto, o processo decisório. Sua utilidade persiste, não há dúvida, mas a utilização de critérios objetivos não é a única forma de atingir os fins constitucionais e, eventualmente, pode não ser sequer uma forma adequada de atingi-los, sobretudo quando a realidade – e o mercado de petróleo é certamente um exemplo – oferece questões que não podem ser solucionadas por essa espécie de fórmula”. In: BARROSO, Luís Roberto. Regime jurídico da Petrobras, delegação legislativa poder regulamentar: validade constitucional do procedimento licitatório simplificado instituído pelo Decreto no 2.745/98. 2006.

4.3 Regime Jurídico das empresas estatais: a adoção de regime próprio de contratações pelas empresas públicas e sociedades de economia mista

Da mesma forma, deve-se reconhecer que o mesmo raciocínio anteriormente adotado quanto ao Decreto 2.745/98 estende-se às demais empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividades econômicas, a quem a Constituição Federal reconheceu a adoção de regime licitatório próprio e mais simples que o procedimento da Lei 8.666/93. Isto é, respeitadas as salvaguardas inerentes a um procedimento licitatório idôneo, é juridicamente possível que todas as empresas estatais adotem seu próprio regime licitatório.

Inicialmente, a possibilidade de criação de modelos simplificados de contratação por todas as empresas públicas e sociedades de economia mista, em conformidade com os argumentos apresentados até aqui e à luz da teoria processual administrativa da regulação, deve ser iniciada a partir do estudo da natureza jurídica e características fundamentais dessas empresas. Assim o é, pois, como destacado no caso da Petrobras, a função precípua das empresas estatais é um dos fatores considerados para justificar a viabilidade jurídica da adoção de regimes de contratação simplificados.

Cumprе ressaltar, em primeiro lugar, o conceito de empresa pública e sociedade de economia mista trazido pelo Decreto-lei 200/67, que dispõe sobre a organização da Administração Federal:

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.

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.

Resumidamente, pode-se afirmar que as empresas estatais são pessoas jurídicas de direito privado criadas pelo Estado para realização de suas atividades, incluindo a prestação de serviços públicos e o exercício de atividades econômicas. Trata-se, portanto, de instrumento estatal, integrante da Administração Pública indireta, cuja criação depende de autorização por lei específica, em situações nas quais o Estado entenda que o modelo empresarial se apresenta mais vantajoso ao alcance da finalidade e interesse públicos.

Por possuírem personalidade jurídica de direito privado, as empresas públicas e sociedades de economia mista submetem-se essencialmente às normas de direito privado, que

irão reger sua organização e atuação. A propósito, o texto constitucional é claro ao prever que as empresas estatais estão submetidas ao regime jurídico de direito privado e a um regime diferenciado de licitações, destacando, no artigo 173, §1º, seu formato empresarial⁸⁷. Sendo assim, o Estado, ao criar empresas estatais para realização de suas atividades, submete-se a regras comuns⁸⁸, próprias ao direito privado, lançando mão de normas e prerrogativas aplicáveis às pessoas de direito público⁸⁹.

Contudo, a despeito de sua natureza privada, as empresas estatais submetem-se a regime jurídico híbrido, já que integram a Administração Pública indireta, constituindo, assim, parte da máquina estatal. A submissão a um regime jurídico híbrido implica dizer que sobre as empresas estatais recaem também normas de direito público, de tal forma que suas atividades devem se pautar pela observância dos princípios gerais da Administração Pública ao interesse público. Entretanto, é imperioso ressaltar que a incidência de normas de direito público sobre as empresas estatais não as descaracterizam como organizações empresariais, significando apenas que sobre tais empresas recaem obrigações adicionais se comparadas àquelas que devem ser observadas pelas empresas privadas⁹⁰.

Aliás, a incidência de normas de direito público sobre as empresas estatais é realidade que se observa já no momento de sua criação, posto que as empresas públicas e sociedades de economia mista emanam somente de lei ordinária específica, que autoriza a sua concepção. Especialmente no caso das empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, as normas de direito privado serão preponderantes, considerando-se estarem tais empresas inseridas em um contexto de livre concorrência em que a rigidez das normas aplicáveis às entidades de direito

⁸⁷ SOUZA, Rodrigo Pagani de; SUNDFELD, Carlos Ari. Licitações nas estatais: levando a natureza empresarial a sério. RDA 245/13, Rio de Janeiro, Atlas/FGV, maio-agosto/2007, p. 17-19.

⁸⁸ Como explica Henrique Pinto: Tais normas são comuns não só por se aplicarem simultaneamente às empresas do setor privado e às estatais, mas também porque perfazem um conjunto de regras ordinárias, habituais, normais da organização da sociedade e geralmente aplicáveis às relações entre as pessoas em geral. Esse conjunto de regras usuais pode ser identificado, grosso modo, como o direito privado, especialmente se a ele se opuser o conjunto de regras formadoras do direito público. In: PINTO, Henrique Motta. A autarquia das empresas estatais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: um obstáculo para as reformas na Administração Pública. Cadernos Gestão Pública e cidadania, v. 15, n. 57, São Paulo, 2010.

⁸⁹ PINTO, Henrique Motta. A autarquia das empresas estatais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: um obstáculo para as reformas na Administração Pública. Cadernos Gestão Pública e cidadania, v. 15, n. 57, São Paulo, 2010.

⁹⁰ As empresas estatais estão obrigadas, por exemplo, a realizar concurso público (37, II, da CF/1988), 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, CF/1988) e, ainda, à realização de licitação (37, XXI, CF/1988).

público comprometeria sua agilidade perante as empresas privadas⁹¹.

Neste sentido, o próprio texto constitucional, no artigo 173, distinguiu o regime jurídico aplicável às empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, determinando sua “sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.

Sendo assim, como explorado anteriormente, a sujeição dessas empresas à Lei 8.666/93 contraria a distinção expressamente prevista pela Constituição, exigindo o cumprimento de uniformidade de regime licitatório que o próprio texto constitucional afastou. Dentre outros, este foi um dos argumentos apresentados para justificar a constitucionalidade do Decreto 2.745/98, que instituiu o regime simplificado de contratações da Petrobras.

Por todo o exposto até aqui, a reflexão acerca da incidência da Lei de Licitações deve ultrapassar as questões em torno do regime licitatório da Petrobras, atingindo também a possibilidade de adoção, por todas as empresas estatais, de procedimentos licitatórios simplificados.

Conforme demonstrado, tal necessidade justifica-se essencialmente pelas alterações implementadas no texto constitucional pela Emenda Constitucional 19/98, que exigiram uma nova interpretação acerca da sistemática das licitações no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista, assumindo que estas deveriam se sujeitar a regime licitatório compatível com sua natureza empresarial e, assim, limando quaisquer dúvidas que poderiam existir quanto à distinção entre ao procedimento licitatório a ser adotado por entes da administração direta e indireta⁹².

Ainda, sob a ótica da teoria processual administrativa da regulação, pode-se concluir que a consumação do interesse público nas licitações realizadas no âmbito das empresas estatais independe da edição do estatuto jurídico único a regulamentar suas atividades, mas do respeito às garantias processuais de um regime licitatório idôneo e conforme ao ordenamento jurídico

⁹¹ SCHIRATO, Vitor Rhein. Novas anotações sobre as empresas estatais. Revista Dir. Adm., Rio de Janeiro, 239: 209-240, Jan./Mar. 2005.

⁹² Sobre a inaplicabilidade da Lei 8.666/93 às empresas estatais, Carlos Sundfeld destaca que “a falta de um regime de licitação que lhes seja apropriado tem levado a um certo paradoxo: embora sujeitas em princípio ao dever de licitar - como não poderia deixar de ser num Estado republicano -, o que temos observado são inúmeras situações concretas em que há pura inexigibilidade de licitação, justamente porque licitar, nos termos rígidos da Lei no 8.666/93, seria o mesmo que inviabilizar o alcance das legítimas finalidades de interesse público que devem perseguir. Houvesse um regime licitatório mais flexível e adequado à atuação empresarial dessas entidades do Estado, não haveria espaço para tantas situações de inexigibilidade. In: SOUZA, Rodrigo Pagani de, e SUNDFELD, Carlos Ari. Licitações nas estatais: levando a natureza empresarial a sério. RDA 245/13, Rio de Janeiro, Atlas/FGV, maio-agosto/2007.

vigente.

A propósito, cumpre destacar que a inexistência do estatuto jurídico das empresas estatais não impediu que sobre elas se impusesse as obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias típicas do regime de Direito Privado, previsão esta igualmente disposta no artigo 173, §1º⁹³, da Constituição Federal, que estabelece a matéria a ser regulada no mencionado estatuto. Assim, não se apresentam discussões, seja na doutrina ou jurisprudência, quanto à necessidade de criação do estatuto jurídico para que as empresas estatais se sujeitem às normas de direito privado referentes a aspectos civis, comerciais, trabalhistas e tributários⁹⁴.

No mesmo sentido, em recente parecer⁹⁵ da lavra do professor Lucas Furtado, Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, frisou-se que o artigo 173 situa-se no Título VII da Constituição Federal, o qual dispõe sobre a Ordem Econômica e Financeira, devendo ser, portanto, interpretado à luz das finalidades concernentes àquele tópico. Destaca-se, assim, que o fundamental objetivo do artigo 173 foi garantir a isonomia entre empresas privadas e empresas estatais, sujeitando estas últimas ao regime de Direito Privado a fim de impedir a incidência de prerrogativas típicas de Direito Público sobre elas. Admite-se, assim, que a eficácia daquele dispositivo constitucional não depende da edição do estatuto das empresas estatais, uma vez que, desde a Emenda Constitucional 19/98, fora afastada a aplicabilidade da Lei 8.666/93 às sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividades econômicas.

Ainda, em absoluta consonância com os argumentos ora apresentados, destacou-se que:

A própria Constituição, que obriga a realização de licitação, inclusive pelas empresas estatais, delinea também os elementos essenciais que autorizam um procedimento a ser reconhecido como tal. Além de atender todos os princípios que regem a

⁹³ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

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

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários

⁹⁴ O Ministro Marcos Bemquerer, do Tribunal de Contas da União, apresenta detalhada análise do regime jurídico das empresas estatais, explicando, dentre outras coisas, que (i) a despeito da obrigatoriedade de realização de concurso público, as empresas públicas e sociedades de economia mista submetem-se ao regime da CLT; (ii) o regime tributário aplicável às empresas estatais exploradoras de atividade econômica e suas subsidiárias é o mesmo aplicado às empresas privadas, assumindo que “são proibidos quaisquer incentivos fiscais (...) se tais incentivos não forem dados às empresas privadas; (iii) as empresas estatais exploradoras de atividade econômica sujeitam-se às regras de responsabilidade subjetiva previstas na lei civil. In.: BEMQUERER, Marcos. O regime jurídico das empresas estatais após a Emenda Constitucional 19/98. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2012.

⁹⁵ TC-029.884/2012-8.

Administração Pública, implícitos e explícitos, a licitação das empresas estatais deverá garantir também o atendimento das exigências previstas no art. 37, XXI, às quais essas entidades se vinculam em razão de integrarem a administração pública indireta: um processo público que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes; obrigações de pagamento que mantenham as condições efetivas da proposta; qualificação técnica e econômica limitada às exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Neste exato sentido, o presente trabalho demonstrou que a lisura do procedimento administrativo independe da criação de lei específica disposta sobre a matéria, mas deve ser atendida mediante a observância de garantias intrínsecas ao procedimento licitatório.

Diante disso, admite-se que a edição de regulamentos licitatórios próprios por todas as empresas estatais exploradoras de atividades econômicas não é apenas juridicamente possível, mas também desejável. Em primeiro lugar, a Constituição Federal de 1988 foi expressa ao conferir tratamento diferenciado às empresas estatais quanto ao procedimento licitatório a elas aplicável, privilegiando sua natureza de direito privado e seu caráter essencialmente empresarial. Além disso, deve-se admitir também que a criação de regime licitatório próprio, desde que constituído por parâmetros claros e objetivos a nortearem a atuação do administrador, não impede o controle externo por parte do Tribunal de Contas.

Finalmente, destaca-se que, advindo um único estatuto jurídico aplicável a todas as empresas públicas e sociedades de economia mista⁹⁶, nada impede que os regimes licitatórios próprios de tais empresas sejam revistos e modificados para adequarem-se ao novo estatuto, como o próprio procedimento simplificado da Petrobras prevê em suas disposições finais⁹⁷.

Por tais razões, conclui-se pela constitucionalidade do procedimento simplificado de contratações da Petrobras, justamente por apresentar, conforme demonstrado, parâmetros norteadores que garantem a idoneidade do regime. Também por isso, admite-se não haver óbices jurídicos à criação de regulamentos próprios pelas demais empresas estatais, desde que disponham de salvaguardas processuais que atendam à finalidade precípua da licitação, qual seja, a obtenção da proposta mais vantajosa ao interesse público.

⁹⁶ Ao fim da elaboração deste trabalho, em 21 de junho de 2016, foi aprovado o Projeto de Lei do Senado 555/2016, que “dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. No dia 30 de junho de 2016, o projeto de lei foi sancionado, com dez vetos, pelo Presidente em exercício Michel Temer, dando origem à Lei 13.303/16. Ainda, frisa-se que, embora o artigo 96 da nova lei revogue os artigos 67 e 68 da Lei 9.478/97, não há revogação expressa do Decreto 2.745/98, de forma que este deverá ser apreciado face às disposições da Lei 13.303/2016 para que se conclua pela recepção ou não de suas previsões.

⁹⁷ Decreto 2.745/98. 10.2. Quando da edição da lei a que se refere o § 1º do art. 173 da Constituição, com a redação dada pela Emenda nº 19, de 4 de junho de 1998, o procedimento licitatório disciplinado neste Regulamento deverá ser revisto, naquilo que conflitar com a nova lei.

5 CONCLUSÃO

A Reforma Administrativa do Estado, instaurada na década de 1990 durante o governo Fernando Henrique Cardoso, implementou uma série de transformações na Constituição Federal de 1988 com o claro objetivo de superar os entraves do modelo burocrático de gestão pública e substituí-lo, em determinados setores da Administração Pública, pelo modelo gerencial de gestão. Especificamente no campo da prestação de bens e serviços para o mercado, o período se destacou pela construção de um novo ideal de Estado, cujo papel seria o de fiscalizar e gerir o fornecimento desses bens e serviços à coletividade, e não mais o de fornecê-los diretamente.

Para o objeto do presente trabalho, interessam especialmente as Emendas Constitucionais 9/95 e 19/98. Assim o é, pois as alterações implementadas no texto constitucional trouxeram significantes impactos no que se refere às atividades estatais, notadamente quanto à obrigatoriedade de realização de licitação por essas empresas. Se, por um lado, a Constituição Federal jamais liberou as sociedades de economia mista e empresas públicas do dever de licitar, por outro, é imperioso reconhecer que tais modificações privilegiaram o princípio da livre concorrência, destacando a natureza de regime de Direito Privado das empresas estatais.

De início, a Emenda Constitucional 9/95 importou na flexibilização do monopólio sobre o exercício da pesquisa e lavra das jazidas de petróleo, dentre outras atividades, até então detido pela Petrobras, estendendo-as às empresas privadas, que competiriam em regime de livre concorrência com a estatal. Diante disso, a Petrobras viu-se diante da necessidade de aprimorar a dinâmica de suas atividades, exercendo-as com maior autonomia e aproximando-as das demais empresas do setor. Como demonstrado, neste período a estatal petrolífera sofreu vertiginoso crescimento, destacando-se entre as principais empresas do setor em rankings nacionais e internacionais.

Assim, com o objetivo de regulamentar os artigos 177, §§1º e 2º, da Constituição Federal, cujos textos foram alterados pela Emenda Constitucional 9/95, foi publicada a Lei 9.478/97, amplamente conhecida como Lei do Petróleo. A nova lei veio para regulamentar as atividades da Petrobras, destacando-se, neste cenário, o artigo 67, segundo o qual os contratos celebrados pela Petrobras seriam precedidos da realização de um procedimento licitatório simplificado, a ser regulamentado por decreto presidencial.

À Lei do Petróleo sobreveio a Emenda Constitucional 19/98, que alterou o texto do

artigo 22, XXVII, da Constituição Federal, para diferenciar os regimes licitatórios aplicáveis à Administração Direita e à Administração Indireta, afastando por completo a tese de que haveria um único regime de licitações aplicável a toda Administração Pública. As alterações implementadas na redação do artigo 173, §1º, por sua vez, importaram o afastamento das empresas estatais exploradoras de atividades econômicas às disposições da Lei 8.666/93, assumindo que tais empresas estariam sujeitas a regime licitatório diferenciado, o qual deveria ser regulamentado por estatuto jurídico próprio.

Neste contexto, foi editado o Decreto 2.745/98, que regulamenta o regime simplificado de contratações da Petrobras e, desde sua publicação, tem sido utilizado pela estatal. De maneira geral, a leitura de seus dispositivos permite concluir que o procedimento de licitações ali posto tem fundamento no regime padrão inaugurado pela Lei 8.666/93, apresentando, conforme a necessidade e os objetivos almejados, simplificações em relação a tal modelo. Neste concernente, destacam-se as modalidades de licitação, idênticas àquelas previstas na Lei de Licitações, bem como a similitude das hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação.

Contudo, desde que foi publicado, o Decreto 2.745/98 acende polêmicas quanto à sua constitucionalidade e aplicabilidade face à Lei Geral de Licitações. Neste ponto, destacam-se as divergências apresentadas entre o posicionamento do Tribunal de Contas da União e o Supremo Tribunal Federal.

Por um lado, o Tribunal de Contas da União, sempre que confrontado com a matéria, posiciona-se pela inconstitucionalidade do decreto. Embora reconheça que o texto constitucional prevê a aplicação de regime licitatório diferenciado às empresas estatais, afirma que todas as empresas públicas e sociedades de economia mista estão sujeitas à Lei de Licitações enquanto não for publicada lei específica dispondo sobre o estatuto jurídico a que faz menção o artigo 173, §1º, da Constituição.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, em diversas oportunidades suspendeu a eficácia das decisões do Tribunal de Contas da União, autorizando a Petrobras a continuar realizando suas licitações com base no Decreto 2.745/98. Embora não haja decisão definitiva sobre o tema, já que todas as decisões existentes até então foram proferidas liminarmente em mandados de segurança impetrados pela Petrobras, pode-se assumir que há uma tendência de que a Corte mantenha seu raciocínio em posicionamento futuro sobre a matéria. Assim se entende, pois, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 441.280, parte dos membros da Suprema Corte repisaram os argumentos esposados nos diversos mandados de segurança da Petrobras, posicionando-se pela aplicabilidade do Decreto à estatal.

O confronto dos fundamentos utilizados pelo Tribunal de Contas da União para declarar a inconstitucionalidade do Decreto 2.745/98 com a argumentação exposta pelo Supremo Tribunal Federal aponta para algumas inconsistências no posicionamento da Corte de Contas. Assim, o desenvolvimento de tal análise acaba por demonstrar que não há vícios de constitucionalidade no decreto hábeis a afastar sua incidência nas contratações firmadas pela Petrobras. Como visto, o artigo 67 da Lei do Petróleo e, por consequência, o Decreto 2.745/98 possuem amparo constitucional e estão em consonância com as normas jurídicas vigentes.

Ademais, analisando-se o Decreto 2.745/98 à luz da teoria processual administrativa de Steven Croley, fica também demonstrada sua compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio. Conforme demonstrado, a inexistência do estatuto jurídico das empresas públicas, das sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividades econômicas, por si só, não afasta a Petrobras e seu regimento simplificado de contratações do alcance à proposta mais vantajosa e da realização do interesse público. Na verdade, tais expectativas serão atendidas na medida em que o procedimento licitatório disposto no decreto disponha de salvaguardas cuja observância garanta a lisura do certame.

Sendo assim, é o respeito a um procedimento formal, que disponha de garantias como publicidade, transparência, impessoalidade e probidade às licitações, que irá determinar a idoneidade do regime licitatório adotado. E neste respeito, não há dúvidas de que o Decreto 2.745/98 está em consonância com os princípios gerais da Administração Pública, dispondo de um procedimento que prevê a publicidade das licitações, a ampla possibilidade de participação nos certames, entre outros.

Com isso, não se pretende afirmar que o procedimento licitatório da Petrobras está a salvo de irregularidades. Entretanto, tampouco se pode assumir que a criação de lei específica dispondo sobre o estatuto jurídico das empresas estatais exploradoras de atividades econômicas garante a lisura do procedimento licitatório. Para chegar a tal conclusão, basta que se observe a intensa atuação dos Tribunais de Contas na fiscalização de contratos firmados em patente violação à Lei de Licitações.

Da mesma forma, deve-se concluir também pela possibilidade jurídica de que todas as empresas estatais que exploram atividades econômicas adotem regime próprio de licitações, uma vez que a Emenda Constitucional 19/98 alterou o texto constitucional de modo a declarar expressamente que as empresas estatais exploradoras de atividades econômicas deveriam

adotar regime de contratações próprio, diverso àquele previsto na Lei 8.666/93⁹⁸.

Além disso, estendendo-se o raciocínio da teoria processual administrativa da regulação a todas as sociedades de economia e empresas públicas exploradoras de atividades econômicas, deve-se reconhecer que a lisura do procedimento licitatório independe da edição de lei específica, afinal, a própria Constituição Federal estabeleceu as diretrizes para que o procedimento licitatório seja reconhecido como tal.

Assim, demonstra-se a constitucionalidade do regime licitatório simplificado adotado pela Petrobras. Além disso, pelos mesmos argumentos, não há dúvidas de que a criação de modelos licitatórios próprios pelas empresas estatais é juridicamente possível, não apenas porque a própria Constituição conferiu especial atenção à sua natureza jurídica de Direito Privado e ao regime de concorrência em que estão inseridas, mas também pelo fato de que a adoção de procedimento licitatório próprio, desde que atendidas garantias como a transparência, publicidade e impessoalidade, viabiliza o atendimento ao interesse público.

⁹⁸ A Lei 13.303, de 30 de junho de 2016, criou o estatuto jurídico das empresas estatais exploradoras de atividades econômicas e suas subsidiárias, dispondo, em seu Título II, sobre licitações no âmbito de tais empresas, confirmando a tese ora defendida no sentido da inaplicabilidade da Lei 8.666/93 às empresas públicas e sociedades de economia mista, estabelecendo regime licitatório próprio a essas empresas.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADA, Bruno Lima Caldeira de. A análise da constitucionalidade do Decreto 2.745/98 (Regulamento Licitatório da Petrobras) em face do art. 173 da Constituição da República. Brasília, 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado de Direito. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 37, n. 148, out-dez/2000.

BARROSO, Luís Roberto. Regime jurídico da Petrobras, delegação legislativa poder regulamentar: validade constitucional do procedimento licitatório simplificado instituído pelo Decreto no 2.745/98. 2006. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-luis-roberto-barroso-procedimento.pdf>. Acessado em: 28/04/2016.

BINENBOJM, Gustavo. Regulamentos simplificados de licitações das empresas estatais: o caso da Petrobras. Fórum de Contratações e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 6, p. 10-25, ago/2007.

BEMQUERER, Marcos. O regime jurídico das empresas estatais após a Emenda Constitucional 19/1998. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

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

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

_____. Da administração pública burocrática à gerencial. Revista do Serviço Público, 47(1) janeiro-abril 1996.

BORGES, Alice Gonzales. Aplicabilidade de normas gerais de lei federal aos Estados. RDA 194/97. Renovar. Rio de Janeiro. Out-Dez/1993.

CROLEY, Steven P. The possibility of good regulatory Government. Princeton and Oxford.

DALLARI, Adilson Abreu. Licitações nas empresas estatais. Revista de Direito Administrativo, 229: 69-85. Rio de Janeiro, Julho – Setembro/2002.

DEIMLING, Márcio Joel, e TRICHES, Divanildo. Uma avaliação da regulação e concessão do setor de petróleo no Brasil após a Lei 9.478/97. Revista Eletrônica em Gestão, Educação e Tecnologia Ambiental Santa Maria, v. 19, n. 2, mai-ago. 2015, p. 805–829. Revista do Centro de Ciências Naturais e Exatas – UFSM.

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

FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 4ª edição. Belo Horizonte. Fórum, 2013.

GEBRIM, Larissa Santiago. A adoção do procedimento licitatório simplificado pela Petrobrás sob as perspectivas do STF e do TCU. São Paulo, 2013. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/227_Larissa%20Gebrim.pdf.

GUERRA, Sérgio. Função normativa das agências reguladoras: uma nova categoria de direito administrativo? Revista direito GV. São Paulo 7(1) | p. 131-152 | jan-jun 2011.

LEITE, Sandro Grangeiro. Contraponto a liminares concedidas no âmbito do STF: análise da jurisprudência do TCU acerca da obrigatoriedade de as estatais licitarem nos moldes previstos pela Lei 8.666/1993. Revista do TCU 110. Set/Dez 2007.

JURKSAITIS, Guilherme Jardim. “Em defesa do RDC”. Artigo publicado em 6/9/2011 no sítio eletrônico da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP.

JURKSAITIS, Guilherme Jardim e ROSILHO, André Janjácomo. Existe licitação para além da

Lei 8.666/93?

MACHADO, Fernando Moreno. Desestatização e privatização no Brasil. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 2, n. 1, p. 99-119, 2015.

MONTEIRO, Helena Telino. A constitucionalidade do decreto de licitações da Petrobras à luz dos princípios da legalidade e da eficiência. Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2010. Disponível em: <http://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/13916>.

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.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Método, 2012.

PEIXOTO, Maria Andrade de Godoy. A Análise Econômica do Direito no Tribunal de Contas da União: um estudo a partir da fiscalização da Petrobras. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/11187/DISSERTAÇÃO%20Maria%20Andrade%20Godoy.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

PINHEIRO, Guilherme Pereira. A regulação do espectro de radiofrequências no Brasil: uma visão crítica sob a perspectiva dos bens públicos. Brasília: Universidade de Brasília, 2015. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18897/1/2015_GuilhermePereiraPinheiro.pdf

PINTO, Henrique Mota. Empresa estatal: modelo jurídico em crise? Dissertação de Mestrado (Orientador: Carlos Ari Sundfeld). São Paulo, Faculdade de Direito da PUC/SP, 2010.

PINTO, Tarcísio Zimmermann. Flexibilização do regime licitatório nas estatais exploradoras de atividade econômica: um olhar sobre três empresas do setor financeiro. Porto Alegre, 2011.

ROSA, Mariana Aguiar da. O procedimento licitatório simplificado para empresas estatais.

Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2013. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/104357/Monografia_MarianaA.daRos_a.pdf?sequence=1.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Novas anotações sobre as empresas estatais. Revista Dir. Adm., Rio de Janeiro, 239: 209-240, Jan./Mar. 2005

SOUZA, Rodrigo Pagani de, e SUNDFELD, Carlos Ari. Licitações nas estatais: levando a natureza empresarial a sério. RDA 245/13, Rio de Janeiro, Atlas/FGV, maio-agosto/2007.

STÜRMER, Marieli Patta. Qual o Limite Para a Aplicação da Lei 8.666/93 às Estatais Exploradoras de Atividade Econômica após a Edição da Emenda 19/98? Porto Alegre, 2005.

VENTURA, Tamiris Bauer. O procedimento licitatório da Petrobras e a inconstitucionalidade do Decreto 2.745/1998. Brasília: Universidade de Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.docs.ndsr.org/docmonografia20152PetrobrasTamiris.pdf>.