



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE**

ANTÔNIO JOSÉ ROCHA DE SIQUEIRA

**REGIME DE CONTRATAÇÃO NA PETROBRAS POR SEU PROCEDIMENTO
LICITATÓRIO SIMPLIFICADO – DECRETO Nº 2.745/98: PRINCIPAIS
DIFERENÇAS COM O REGIME DA LEI Nº 8.666/93; REPERCUSSÕES JURÍDICAS
E POSSÍVEIS FRAGILIDADES**

Recife

2017

ANTÔNIO JOSÉ ROCHA DE SIQUEIRA

REGIME DE CONTRATAÇÃO NA PETROBRAS POR SEU PROCEDIMENTO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO – DECRETO Nº 2.745/98: PRINCIPAIS DIFERENÇAS COM O REGIME DA LEI Nº 8.666/93; REPERCUSSÕES JURÍDICAS E POSSÍVEIS FRAGILIDADES

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco

Orientadora: Profa. Ma. Larissa Medeiros Santos

Recife

2017

RESUMO

As licitações da Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras são regidas pelo Decreto nº 2.745/98, que por um lado simplificou procedimentos, mas por outro trouxe controvérsias jurídicas. Para contratar, as empresas estatais têm o dever constitucional de licitar. Entretanto, estas se submetem a um regime de licitações diferenciado, conforme explicitado pela Emenda Constitucional nº 19/98. No caso específico da sociedade de economia mista Petrobras, cuja quebra do monopólio de exploração do petróleo ocorreu a partir da Emenda Constitucional nº 9/95, o Decreto nº 2.745/98 passou a regular suas licitações, dando-as celeridade, para conferir competitividade à empresa dentro do novo mercado concorrencial. Todavia, desde então, o procedimento licitatório simplificado da Petrobras vem sofrendo resistências por parte do Tribunal de Contas da União, tendo sua aplicação mantida, em substituição ao regime de licitação da Lei nº 8.666/93, por decisões preliminares do Supremo Tribunal Federal. Com a edição da Lei nº 13.303/16, a Petrobras se submeterá a um novo regime de licitações a partir de 30 de junho de 2018, quando talvez venha a se estabelecer segurança jurídica plena às suas contratações.

Palavras-chave: Licitação. Petrobras. Supremo Tribunal Federal. Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	4
2 O REGIME DE LICITAÇÃO DA PETROBRAS	6
2.1 O dever de licitar das empresas estatais	6
2.2 A quebra do monopólio da Petrobras	8
2.3 O Decreto nº 2.745/98	11
2.4 Comparação com a Lei nº 8.666/93	14
3 REPERCUSSÕES JURÍDICAS SOBRE O REGIME DA PETROBRAS	17
3.1 Controvérsias acerca da aplicabilidade do Decreto nº 2.745/98	17
3.1.1 Argumentos contrários à aplicação do Decreto nº 2.745/98 ..	17
3.1.2 Argumentos favoráveis à aplicação do Decreto nº 2.745/98 ..	20
3.2 O posicionamento do TCU	21
3.3 O posicionamento do STF	29
4 ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O REGIME DA PETROBRAS	34
4.1 A problemática atual	34
4.2 Um novo regime – A lei nº 13.303/16	37
5 CONCLUSÃO	39
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41

1 INTRODUÇÃO

Aduz o inciso XXI do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 (CF/88) que a Administração Pública direta e indireta, ressalvados os casos especificados na legislação, está obrigada a contratar mediante processo de licitação pública.

Durante o primeiro governo (1995 a 1998) de Fernando Henrique Cardoso, sob a égide de ideais liberais, foi implementada uma reforma da Administração Pública, em muito fundada na Emenda Constitucional (EC) nº 19/98. Conforme traz Souto (2001, p.372), é neste período que ocorrem uma série de concessões, como a das telecomunicações, uma série de privatizações, como a da Vale do Rio Doce e a introdução de novas e controversas figuras na administração, como as Organizações Sociais (OS) e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP): estas podem ser entendidas como uma tentativa de fuga do Estado ao regime regular das licitações e da exigência dos concursos públicos.

No âmbito da empresa estatal Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras, sociedade de economia mista, criada em 1953 para explorar as reservas de petróleo brasileiras, além do fracionamento do negócio da empresa, com vistas a abrir caminho à privatização, em uma série de subsidiárias, tal como a Transpetro, houve a adoção de um procedimento licitatório simplificado implementado pelo Decreto nº 2.745/98, o qual passou a disciplinar as licitações daquela empresa estatal, no lugar da Lei nº 8.666/93.

Por ser empresa estatal exploradora direta de atividade econômica, a adoção pela Petrobras de um procedimento licitatório específico tem fulcro no inciso III do parágrafo primeiro do artigo 173 da CF/88. Esta disposição constitucional em muito se deve ao fato de que o Estado, atuando diretamente na economia, deve dispor de meios mais ágeis para competir, o que especialmente se observa num mercado extremamente estratégico e competitivo como o das empresas de petróleo. Ou seja, tal como leciona Mello (2015, p. 535), do ponto de vista econômico se justifica um regime específico para licitações das estatais que atuam diretamente na economia.

Resta saber quais as principais implicações jurídicas, no lugar do regime que se estabelece sob a égide da Lei nº 8.666/93, da adoção de regulamento de licitação próprio pela Petrobras.

Esta monografia deverá, portanto, elucidar em que o regime licitatório da Petrobras é mais brando que o regime da Administração Pública direta, e se esta simplificação implica possivelmente em maior fragilidade deste regime de licitações e do controle a ele associado. Assim, dever-se-á verificar em que aspectos este regime próprio enfrenta resistência do Tribunal de Contas da União (TCU) e do Supremo Tribunal Federal (STF), se for o caso.

Quanto à análise da jurisprudência do STF, o estudo se justifica pelo fato de que a previsão de regimes distintos de licitação para a Administração Pública direta e indireta está na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Já o estudo da jurisprudência do TCU é necessário, por ter este órgão de controle competência para fazer determinações sobre aspectos das licitações nos casos concretos, como traz Magalhães (2014, p.38).

No cenário atual exposto pela operação Lava-jato da Polícia Federal, diante de inúmeras denúncias de corrupção nos contratos celebrados entre a Petrobras e um grupo de empreiteiras, tem-se por necessário analisar se o regime de licitação da estatal também facilitaria, de alguma forma, comportamentos que possam lesar seus cofres.

Assim, a pesquisa por potenciais fragilidades do procedimento licitatório simplificado da Petrobras, bem como a observação de que restrições interpretativas têm imposto as cortes superiores e órgãos de controle, são fontes para se elucidar se a adoção de um regime simplificado pode implicar em brechas à corrupção.

Num primeiro momento busca-se comparar o regime jurídico de contratação próprio da Petrobras e o regime jurídico de contratação implementado pela Lei nº 8.666/93. Em seguida, tenta-se identificar as principais repercussões, nas cortes superiores e órgãos de controle, da adoção pela Petrobras de procedimento licitatório simplificado ditado pelo Decreto nº 2.745/98 que disciplina suas licitações. Por fim, apresenta-se uma análise crítica sobre este regime licitatório simplificado e uma perspectiva sobre o novo regime advindo pela edição da Lei nº 13.303/16.

A pesquisa em publicações especializadas em contratação pública, a pesquisa da jurisprudência correlata do TCU, e do STF e a análise de conteúdo de argumentos jurisprudenciais terão enfoque metodológico principalmente qualitativo. Subsidiariamente, também far-se-á revisão bibliográfica e exposição da legislação correlata ao tema.

2 O REGIME DE LICITAÇÃO DA PETROBRAS

2.1 O dever de licitar das empresas estatais

A necessidade de licitações, para que as empresas estatais contratem, representa um conflito entre direito público e direito privado, como frisa Mukai (2004, p. 49). Tendo em vista a adoção da forma de sociedade limitada ou anônima, se por um lado a regra geral aplicada às estatais seria a mesma que regula o setor privado, conforme se deduz da atual redação do art. 173, § 1º, inc. II, da CF/88, por outro, existem exceções a esta regra de submissão das estatais ao regime privado, que trazem consigo características intrínsecas ao direito público.

O Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, determinava em seu art. 125 que “as licitações para compras, obras e serviços passam a reger-se, na Administração direta e nas Autarquias, pelas normas consubstanciadas neste Título e disposições complementares aprovadas [...]”. Portanto, podia-se chegar à conclusão de que as estatais não estariam submetidas ao dever de licitar, uma vez que não havia qualquer menção a estas empresas.

Segundo Meirelles (2014, p. 246), a norma, que estabeleceu a necessidade de licitar das empresas estatais, foi inicialmente prevista no Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, o qual, em seu art. 86, preconizava que “as sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas, [...] até que editem regulamentos próprios, devidamente publicados, com procedimentos seletivos simplificados e observância dos princípios básicos da licitação ficarão sujeitas às disposições deste Decreto-Lei”.

De fato, uma progressiva mitigação do regime de direito privado inicialmente conferido às empresas estatais é o que se observa a partir da edição do Decreto-Lei nº 2.300/86. Na lição de Pereira (2001, p. 147), a maior aproximação com as regras do direito público tem seu ápice com a promulgação da CF/88 e posterior edição da Lei nº 8.666/93.

Neste sentido, o inc. XXVII do art. 22 da CF/88 definiu, entre as competências privativas da União, uma para editar normas gerais de licitação e contratação para toda Administração Pública, sem fazer qualquer tipo de diferenciação entre a Administração direta e a Administração indireta, tal como antes se via no Decreto-Lei

nº 200/67. Da mesma forma ao art. 22 da CF/88, o art. 37 desta carta magna, ao estabelecer um dever geral de licitação à Administração Pública, também não fez distinção alguma a qualquer espécie, se direta ou indireta.

Entretanto, restado inequívoco o dever de licitar às estatais, cabe ressaltar, que não havia na CF/88, mesmo em sua redação original, qualquer vedação explícita à existência de diferentes regimes licitatórios entre os entes da Administração Pública. Por exemplo, segundo Sundfeld (2015, p.345), tal possibilidade de múltiplos regimes pode ser deduzida do conteúdo original do art. 173, § 1º, da CF/88, o qual previa, como regra geral, a submissão das estatais às regras de direito privado.

Eis que em 06 de junho de 1993, foi editada a Lei nº 8.666/93. Já em seu artigo 1º, parágrafo único, esta Lei de Licitações determina que “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”. E ainda com relação às empresas estatais, a Lei nº 8.666/93 contém disposição semelhante àquela constante do art. 86 do Decreto-Lei nº 2.300/86. Nesse sentido, prevê aquela em seu art. 119 que “as sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas [...] editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições desta Lei”. Porém, como se pode perceber, embora similares, há uma diferença significativa entre estes artigos.

O art. 86 do Decreto-Lei nº 2.300/86 previa que, editados os regulamentos próprios, as empresas estatais não mais se submeteriam às disposições ali presentes. Por seu turno, a Lei nº 8.666/93, em seu art. 119, definiu que a edição dos regulamentos próprios não excluiria a sujeição dos referidos entes a esta Lei de Licitações. Portanto, observa-se que a Lei nº 8.666/93 praticamente tentou anular a efetividade da existência de regimes licitatórios distintos, o que teve por intuito reforçar a estratégia de moralização da gestão pública traçada pelo constituinte originário, conforme preconiza Sundfeld (2010, p.218).

Contudo, a edição da EC nº 19/98 explicitou a existência de modelos licitatórios distintos entre a Administração direta (art. 37, inc. XXI) e a Administração indireta (art. 173, § 1º, III). Com as mudanças por ela introduzidas na CF/88, é

possível que alguns dispositivos da Lei nº 8.666/93, tais como o art. 1º e o art. 119, não estejam mais alinhados aos preceitos constitucionais. Antecipando abordagem futura, esse é um ponto relevante a ser analisado nas jurisprudências do TCU e do STF, de modo a mapear as soluções propostas pelos Ministros destas Cortes.

Assim, com o advento da EC nº 19/98 e da própria aprovação do Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras pelo Decreto nº 2.745/98, que doravante, por vezes será chamado apenas de Regulamento, constata-se uma tendência de serem editadas leis autorizando demais estatais a editarem regulamentos próprios. Conforme elenca Motta (2011, p.521), destacam-se, ainda, as autorizações para a edição dos regulamentos próprios da Hemobras, nos termos do Decreto nº 5.402, de 28 de março de 2005, da Eletrobras, previsto pela Lei nº 11.943, de 28 de maio de 2009, e da Infraero, conforme dispõe a Lei nº 5.862/72, de 12 de dezembro de 1972, com nova redação dada pela Lei nº 12.833/13.

Esta edição de regulamentos próprios para os processos licitatórios das estatais tanto parece concretizar a previsão constitucional de existência de um regime licitatório distinto para estas, quanto marca o afastamento do regime jurídico das estatais com relação à Administração direta e às autarquias.

Por fim, pelo exposto, pode-se dizer que, as normas que ditam o dever de licitar para as empresas estatais, dentre as exceções ao regime de direito privado de tais entes, podem ser entendidas como limitações. Neste sentido, a edição da EC nº 19/98 foi significativa para a delimitação do regime jurídico de tais limitações, ao explicitar que o modelo licitatório das empresas estatais é distinto daquele previsto para a Administração direta, conforme menciona Niebuhr (2013, p.135). Tal tendência se justifica como uma maneira de se conciliar o dever de licitar imposto às empresas estatais com a atividade empresária por elas desenvolvida.

2.2 A quebra do monopólio da Petrobras

Desde sua criação, em 3 de outubro de 1953 pela Lei nº 2.004, a Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras exerceu com exclusividade, por mais de 40 anos, na área de petróleo e gás, todas as atividades que compõem o monopólio da União, hoje previstas no art. 177 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998

(CF/88). Assim, a Petrobras iniciou suas atividades com o acervo recebido do antigo Conselho Nacional do Petróleo (CNP), que então manteve apenas função fiscalizadora até 1960, quando acabou sendo incorporado ao Ministério de Minas e Energia.

Porém, na lição de Pires (2000, p. 37), ocorre em 1995 a alteração constitucional de maior repercussão no setor de petróleo e gás desde a promulgação da CF/88. A Emenda Constitucional nº 9/95, reflexo de uma política nacional de abertura de mercado, deu início uma nova fase para a produção petrolífera do país. Desde então, a nova redação dada ao artigo 177 da CF/88 permite que empresas privadas possam exercer as atividades antes atribuídas à Petrobras com exclusividade.

Eis, em parte, o teor atual do artigo:

Art. 177. Constituem monopólio da União:
I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;
II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;
III – a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;
IV – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;
V – a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.
§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.
§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:
I – a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;
II – as condições de contratação;
III – a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;
[...]

Pelo que aduz o §1º do art. 177, a União poderia então contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV, observadas as condições estabelecidas em lei. Portanto, fazia-se necessária a edição de uma lei, que veio com a Lei nº 9.478/97 - Lei do Petróleo.

Em especial, observe-se o art. 61 da Lei nº 9.478/97:

Art. 61. A Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS é uma sociedade de economia mista vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que tem como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins, conforme definidas em lei.

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

§ 2º A PETROBRAS, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, associada ou não a terceiros, poderá exercer, fora do território nacional, qualquer uma das atividades integrantes de seu objeto social.

Portanto, a Lei do Petróleo reforçou a transposição de um modelo monopolista para outro concorrencial, no que toca às atividades descritas no art. 177 da CF/88, daí a sua importância enquanto marco legal dessas atividades. Entretanto, conferiu à Petrobras um período de transição até 31 de dezembro de 2001, o qual representou de certa forma um mecanismo de defesa e adaptação para a empresa.

Com essa previsão legal corrobora Aragão (2008, p.13), o qual aduz que para as estatais competirem em igualdade de condições no mercado se faz necessário conferir tratamento especial de suas atividades em comparação ao tratamento dado aos demais entes da Administração Pública. Desta forma, em relação especificamente à Petrobras, a Lei do Petróleo ajusta a sua natureza de empresa estatal a essa nova realidade de mercado aberto e prevê, em seu art. 67, que a empresa usufruirá de um procedimento licitatório simplificado.

Observe-se, portanto, o teor do art. 67 da Lei nº 9.478/97:

Art. 67. Os contratos celebrados pela Petrobras, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República.

Notadamente, esse artigo visa a dotar a Petrobras de mecanismo que a deixe preparada para abertura do mercado. Em obediência à Lei do Petróleo, seguiu-se a edição do Decreto nº 2.745/98, que “aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras previsto no art. 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997”.

Segundo Menezello (2009, p. 163), a Lei do Petróleo, funcionando como ferramenta de transição para um mercado competitivo, ainda instituiu o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo (ANP).

2.3 O Decreto nº 2.745/98

O Decreto nº 2745/98, que aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras, inicia-se com disposições gerais, entre as quais se destaca a ressalva sobre a hipótese de contratação global, que quando não ocorrer, a mesma pessoa física ou empresa que haja participado da elaboração do projeto básico ou do projeto executivo não poderá concorrer à licitação para execução de obra ou serviço de engenharia. Esta ressalva não está prevista na lei nº 8666/93: regime no qual necessariamente não pode haver esta coincidência de prestadores de serviço.

Essa flexibilização se explica no fato de que sempre que economicamente recomendável, a Petrobras poderá utilizar-se da contratação integrada, compreendendo realização de projeto básico e/ou detalhamento, realização de obras e serviços, montagem, execução de testes, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com a solidez e segurança especificadas.

Em seguida, no capítulo II do Regulamento, vêm as hipóteses de dispensa e inexigibilidade da licitação. O rol de hipóteses é menos amplo que na Lei nº 8666/93, por ser ajustado às atividades da empresa, e destaca-se que o decreto não prevê a dispensa por baixo valor e que o Manual da Petrobras para Contratação (MPC) em sua função de complementaridade é que prevê esta hipótese de dispensa.

Na sequência, o Capítulo III do decreto dispõe sobre as modalidades, tipos e limites de licitação. As modalidades de licitação expostas são as mesmas contidas na Lei nº 8666/93. Na modalidade concorrência na licitação será admitida a participação de qualquer interessado que reúna as condições exigidas no edital. Na tomada de preços, participam pessoas, físicas ou jurídicas previamente cadastradas e classificadas na Petrobras, no ramo pertinente ao objeto da licitação. No convite concorrem pessoas físicas ou jurídicas, do ramo pertinente ao objeto, em número mínimo de três, inscritas ou não no registro cadastral de licitantes da Petrobras.

Participam no concurso quaisquer interessados, para escolha de trabalho técnico ou artístico, mediante a instituição de prêmios aos vencedores. E, por fim, no leilão concorrem quaisquer interessados, para a alienação de bens do ativo permanente da Petrobras, a quem oferecer maior lance, igual ou superior ao da avaliação.

De acordo com a complexidade e especialização da obra, serviço ou fornecimento a ser contratado, as licitações poderão ser dos seguintes tipos:

i) Melhor Preço – quando não haja fatores especiais de ordem técnica que devam ser ponderados e o critério de julgamento indicar que a melhor proposta será a que implicar o menor dispêndio para a Petrobras, ou o maior pagamento, no caso de alienação, observada a ponderação dos fatores indicados no ato de convocação;

Aqui se deve observar que não necessariamente o melhor preço será o menor preço: uma proposta com melhor fluxo de caixa, por exemplo, pode ser avaliada como menos dispendiosa que uma com menor preço.

ii) Técnica e Preço – que será utilizada sempre que fatores especiais de ordem técnica, tais como segurança, operatividade e qualidade da obra, serviço ou fornecimento, devam guardar relação com os preços ofertados;

iii) Melhor Técnica – que será utilizada para contratação de obras, serviços ou fornecimentos em que a qualidade técnica seja preponderante sobre o preço.

Em seguida, o decreto, no seu capítulo IV, disserta sobre o registro cadastral, sobre a pré-qualificação e sobre a habilitação de licitantes. Já o Capítulo V trata do processamento da licitação. É neste que se descreve o procedimento de licitação propriamente dito e nele se define que as licitações da Petrobras serão processadas por Comissões Permanentes ou Especiais, designadas pela diretoria da empresa ou, mediante delegação desta, pelo titular da unidade administrativa interessada. Em seguida, o sexto capítulo trata dos critérios de julgamento das licitações.

O sétimo capítulo trata da contratação, na qual se destaca o fato de que os contratos celebrados entre a Petrobras e o licitante vencedor reger-se-ão pelas normas de direito privado e pelo princípio da autonomia da vontade. O capítulo VIII trata da alienação de bens e o nono dos recursos processuais, sendo estes de duas

espécies: o pedido de reconsideração deve ser dirigido à própria comissão de licitação; e o recurso hierárquico que deve ser dirigido à unidade administrativa imediatamente superior àquela responsável pelo ato impugnado.

Nas disposições finais e transitórias há a previsão para que, quando da edição da lei a que se refere o § 1º do art. 173 da CF/88, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, o procedimento licitatório disciplinado no Regulamento deva ser revisto, naquilo que conflitar com a nova lei.

Deve-se salientar que a Petrobras poderia complementar, e o fez, a exemplo da hipótese de dispensa de licitação por baixo valor, as disposições contidas no Regulamento, no que toca aos aspectos operacionais do processo licitatório, através de ato interno da Diretoria Executiva, como se vê expresso no item 10.1 do Decreto nº 2.745/98:

10.1 A disciplina estabelecida neste Regulamento poderá ser complementada, quanto aos aspectos operacionais, por ato interno da Diretoria Executiva da PETROBRAS, previamente publicado no Diário Oficial da União, inclusive quanto à fixação das multas a que se refere a alínea “g” do subitem 7.1.3.

E assim, o Manual de Procedimentos Contratuais da Petrobras foi publicado no Diário Oficial da União (DOU) em 15/12/2006. Este manual, que então complementa o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras, sofreu alteração, e uma versão mais recente, publicada no DOU em 08/05/2013, agora o denomina de Manual da Petrobras para Contratação (MPC).

O MPC acrescenta no texto da sua motivação, inserido na versão inicial, a visível demanda por adequação ao novo comando constitucional advindo da EC nº 19/98. Vide texto da motivação presente no MPC:

Dentro do novo posicionamento econômico do país, a nova regulamentação do setor petróleo norteou-se por princípios constitucionais afetos à ordem econômica (competitividade, livre iniciativa, livre concorrência, ...).

Assim, a Lei nº 9.478/97 ofereceu um novo papel a ser desempenhado pela Petrobras no mercado, o qual impõe a ela não mais o exercício do monopólio estatal do petróleo, mas a participação como agente econômico de mercado com atuação empresarial plena.

Para o efetivo cumprimento da nova missão, a Lei nº 9.478/97 determinou (art.67) a aplicação à Petrobras de procedimentos licitatórios simplificados.

Em face do art. 67, da Lei nº 9.478/97, bem como do art. 173, § 1º, da Constituição Federal, foi estabelecido o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras, mediante aprovação contida no Decreto nº 2.745/98.

O referido Regulamento (item 10.1) facultou a sua complementação, nos aspectos operacionais, por ato interno da Diretoria Executiva da Petrobras, motivando a elaboração, aprovação e utilização do presente Manual.

Reforça-se, portanto, que o procedimento licitatório da Petrobras foi instituído para ser deliberadamente diferenciado, adequando-se a sua natureza de sociedade de economia mista exploradora da atividade econômica à abertura de mercado, e permitindo-lhe contratar de forma mais próxima à realidade na qual está inserida.

No entanto, por mais que se adequasse aos objetivos explícitos de inserir a Petrobras num mercado concorrencial, com lastro em uma lógica prevista constitucionalmente, essa alteração legislativa no regime de licitação da Petrobras não foi absorvida sem críticas. Ao contrário, há conhecidas e profundas divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto à constitucionalidade do Regulamento, como se verá mais adiante.

2.4 Comparação com a Lei nº 8.666/93

Apesar das novidades e das diferenças entre as disposições normativas entre o Decreto nº 2.745/98 e a Lei nº 8.666/93, não se pode deixar de ressaltar que há muitas semelhanças entre ambos. Vários são os dispositivos do aludido Decreto que simplesmente repetem os preceitos da Lei de Licitações. Como exemplo, podem ser citadas a exigência de cláusulas necessárias ao contrato e a existência das mesmas modalidades de licitação.

A primeira grande inovação trazida pelo Decreto nº 2.745/98 com relação à lei nº 8666/93 diz respeito à previsão de contratação integrada. Nesse sentido, prevê o item 1.9 do Decreto que “sempre que economicamente recomendável, a Petrobras poderá utilizar-se da contratação integrada, compreendendo realização de projeto básico e/ou detalhamento, realização de obras e serviços, montagem, execução de testes, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com a solidez e segurança especificadas”. A contratação integrada tem como objetivo permitir que todas as etapas da realização de obras ou serviço de engenharia sejam realizadas pela mesma empresa, a partir de anteprojeto fornecido pela contratante.

O modelo de contratação integrada não é previsto na Lei nº 8.666/93, já que nesta é vedada a coincidência entre os autores do projeto básico e executivo, nos

termos do art. 9º, inc. I. Todavia, este modelo de contratação ganhou mais visibilidade ao ser previsto no art. 9º da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações (RDC). Dentre as supostas vantagens identificadas neste tipo de contratação é possível apontar a maior previsibilidade do custo total envolvido no projeto, bem como a maior integração entre o projeto e a execução, pela atribuição de responsabilidade em um único contratado, no caso.

Outra diferença entre o procedimento licitatório previsto na Lei nº 8.666/93 e o do Decreto nº 2.745/98, consiste na forma de escolha da modalidade de licitação a ser adotada.

A lei nº 8.666/93 estabelece critério objetivo à determinação da modalidade de licitação, nos termos do art. 23 da referida lei, sendo o convite para contratações de obras e serviços de engenharia estimados em até cento e cinquenta mil reais, depois a tomada de preços para estimativas até um milhão e quinhentos mil reais, e por fim, a concorrência, para valores acima de um milhão e quinhentos mil reais. Já para a contratação de outros serviços e compras não abrangidos no caso anterior, o legislador confere diferentes limites de valor para cada modalidade.

Já no Decreto nº 2.745/98, o legislador optou apenas, no item 3.3, por traçar critérios gerais que devem ser levados em conta para a determinação da modalidade de licitação. O rol de critérios não é taxativo e abrange: a necessidade de atingimento do segmento industrial, comercial ou de negócios correspondente à obra, serviço ou fornecimento a ser contratado; a participação ampla dos detentores da capacitação, especialidade ou conhecimento pretendidos; a satisfação dos prazos ou características especiais da contratação; a garantia e a segurança dos bens e serviços a serem oferecidos; a velocidade de decisão, eficiência e presteza da operação industrial, comercial ou de negócios pretendida; as peculiaridades da atividade e do mercado de petróleo; e a busca de padrões internacionais de qualidade e produtividade e aumento de eficiência.

Como uma terceira diferença substancial pode-se citar a obrigação prevista no art. 7º da Lei nº 8.666/93, que determina que as obras e os serviços somente possam ser licitados quando além de haver um projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados, houver

orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários, tal como ressalta Júnior (2009, p.217).

Ao contrário, o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras privilegiou o sigilo do orçamento, de forma a tornar a licitação mais competitiva, permitindo que a Petrobras obtenha o preço mais econômico, modelagem essa que também foi repetida no RDC.

De forma subsidiária, com relação a diferenças secundárias, cumpre destacar:

- i) a instituição do tipo de licitação “de melhor preço”, em vez “de menor preço”, de acordo com o subitem 3.2 do Decreto nº 2.745/98;
- ii) a possibilidade de negociação com o licitante vencedor em busca do melhor preço e da proposta mais vantajosa para a Petrobras;
- iii) a criação de novas hipóteses de dispensa e inexigibilidade previstas nos subitens 2.1 e 2.3 do Decreto nº 2.745/98;
- iv) a supressão da obrigatoriedade, no subitem 3.1.3 do Decreto nº 2.745/98, da extensão do convite aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte quatro) horas da apresentação das propostas, prevista no art. 22, § 3º, da Lei nº 8.666/93;
- v) a definição de representante comercial exclusivo como sendo aquele que seja o único inscrito no registro cadastral de licitantes da empresa, apesar da existência fática de outros fornecedores no mercado, conforme disposto no subitem 2.3.2 do Decreto nº 2.745/98;
- vi) a redefinição de prazos e formas da publicidade nos certames licitatórios. Os itens 5.3, 5.4, 5.4.1, 5.5, 5.5.2 e 5.6 do Decreto nº 2.745/98 dispõem de forma diversa aos artigos 20 e 21 da Lei nº 8.666/93;

vii) a restrição da publicidade do convite à empresa e aos seus convidados, sem a exigência de afixação da carta-convite em local apropriado, exigência esta prevista no art. 22, § 3º, da Lei nº 8.666/93.

Pelo exposto, é possível constatar que existem, de fato, diferenças significativas entre a Lei nº 8.666/93 e o Decreto nº 2.745/98. Cabe estudar, portanto, através de pesquisa, se algum órgão de controle entende como problemática alguma mudança específica trazida pelo procedimento licitatório simplificado da Petrobras, ou se, por si só, já seria inadmissível qualquer alteração ao modelo licitatório previsto na Lei nº 8.666/93.

3 REPERCUSSÕES JURÍDICAS SOBRE O REGIME DA PETROBRAS

3.1 Controvérsias acerca da aplicabilidade do Decreto nº 2.745/98

O debate acerca da constitucionalidade do regulamento do procedimento licitatório simplificado da Petrobras auxilia a compreensão das dificuldades práticas encontradas por esta empresa e seus gestores quando da condução dos procedimentos licitatórios e dos contratos deles decorrentes.

O embate envolvendo a constitucionalidade do Decreto nº 2.745/98 data de sua edição. Desde então, a doutrina já se manifestou sobre o assunto, alguns autores a favor, outros contra o texto do Decreto, e, tendo o tema chegado ao Supremo Tribunal Federal, também se conheceu o entendimento de boa parte dos Ministros sobre o assunto.

Desta forma, até a edição da Lei 13.303/16, para a Petrobras, permaneceu o quadro de instabilidade decorrente do questionamento acerca da constitucionalidade do Decreto, uma vez que, até então, na ausência de decisão definitiva favorável pela Corte Suprema, sempre foi possível que se manifestasse alguma insurgência contra o seu procedimento licitatório por qualquer interessado ou por algum órgão de controle.

3.1.1 Argumentos contrários à aplicação do Decreto nº 2.745/98

A Emenda Constitucional (EC) nº 19/98, posterior, portanto, à EC nº 9/95, alterou o art. 173 da Constituição Federal, que passou a ter a seguinte redação:

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:

[...]

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da Administração Pública;

Foi alterado, assim, o §1º daquele artigo, cuja redação assim dispunha:

§ 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.

Como indicado no inciso III, o §1º do artigo 173 da CF/88, na sua nova redação, passou a remeter à lei a disciplina do estatuto jurídico da empresa pública e da sociedade de economia mista que explore atividade econômica, devendo dispor sobre licitação e temas afins. Para Filho (2014, p.203), a EC nº 19/98 não trouxe qualquer modificação efetiva e as entidades da administração indireta deveriam permanecer sujeitas ao regime da Lei nº 8.666/93, até a edição da lei prevista na nova redação do §1º do artigo 173 da CF/88. Ressalte-se que apenas em 30/06/2016 foi editada a Lei nº 13.303/16.

Neste cenário, quanto ao regulamento do procedimento licitatório simplificado da Petrobras, funda-se ressalva baseada no argumento de que a sua inconstitucionalidade residiria no fato de que ele foi veiculado por meio de Decreto, e não de Lei. Seria, portanto, uma inconstitucionalidade formal, por incompatibilidade com o art. 173 da CF/88. E a Lei do Petróleo, sendo anterior à EC nº 19/98, não poderia ser a Lei a que faz menção a nova redação do art. 173 da CF/88. É a posição, por exemplo, de Martins (2002, p. 245), para quem a única lei que poderia dispor sobre o tema seria a Lei nº 8.666/93, que teria, segundo o autor, sido recepcionada pela EC nº 19/98.

Assim, o texto da Lei Geral de Licitações, Lei nº 8.666/93, que, em seu art. 1º, parágrafo único, determina que as sociedades de economia mista subordinam-se a seus comandos, seria plenamente aplicável à estatal. Vide texto do referido artigo:

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.

Com fulcro também no argumento apresentado, o Tribunal de Contas da União, na decisão paradigma de nº 663/2002, de relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar, e publicada no DOU em 10/06/2002, afastou a aplicação do Regulamento, expressando o seu entendimento pela sua inconstitucionalidade e determinando que, dali em diante, os gestores da Petrobras se abstivessem de utilizar aquele diploma legal. Eis parte do dispositivo da decisão:

8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, com fulcro no art. 71, IV, da Constituição Federal c/c art. 43, II, da Lei nº 8.443/92, DECIDE:

8.1. determinar à Petrobras que se abstenha de aplicar às suas licitações e contratos o Decreto 2.745/98 e o artigo 67 da Lei nº 9.478/97, em razão de sua inconstitucionalidade, e observe os ditames da Lei nº 8.666/93 e o seu anterior regulamento próprio, até a edição da lei de que trata o § 1º do artigo 173 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional 19/98; (...)

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

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

O TCU entendeu pela inconstitucionalidade formal do Regulamento e acrescentou que a Lei do Petróleo não poderia ser considerada a lei a que faz menção o art. 173, §1º, da CF/88. E não poderia ser diferente, uma vez que o próprio Decreto nº 2.745/98, nas suas disposições finais e transitórias aduz que “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.”

Portanto, reitera-se que por força da decisão nº 663/2002, entendeu-se haver a delegação legislativa imprópria, já que, como destacado pelo Ministro Relator em trecho do voto, “o Decreto não regulamentou dispositivos: os criou.”

Como exposto, em resumo, o grande obstáculo à aceitação do Regulamento vem da sua veiculação por meio de Decreto, quando o texto constitucional, no art. 173, §1º, remete à edição de lei para disciplina da matéria. Tem-se ainda o fato de que o Regulamento não detalhou uma norma hierarquicamente superior, mas sim, teria disposto sobre o tema das licitações da Petrobras de forma exaustiva.

3.1.2 Argumentos favoráveis à aplicação do Decreto nº 2.745/98

O elenco de argumentos, que apoiam a constitucionalidade do Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras, inicia-se por aquele que associa o Decreto nº 2.745/98 e da Lei do Petróleo ao art. 177 da CF/88, e não ao art. 173, §1º. Esse foi o entendimento presente no Parecer nº AC - 15, da Advocacia Geral da União (AGU), publicado no DOU de 19 de setembro de 2004.

Nesse particular, a alegação de que o art. 1º da Lei nº 8.666/93 submeteria as sociedades de economia mista integralmente ao regime geral de licitações é afastado sob o fundamento de que afrontaria o próprio art. 173 da CF/88, já em sua redação original, tendo em vista a previsão de que as estatais exploradoras da atividade econômica teriam o mesmo regime das empresas privadas.

Sobre o assunto, Dallari (2002, p.72) reforçou que a ressalva do art. 173, §1º, III, já impediria que as sociedades de economia mistas exploradoras da atividade econômica seguissem o mesmo regramento licitatório da Administração Pública direta.

Antes de ser ministro do STF, Barroso (2006, p. 31), em parecer, analisou o tema da delegação legislativa em detalhes, concluindo que a disciplina de licitações não se submete à reserva de lei formal do art. 62, §1º, da CF/88, nem à reserva absoluta de lei. E, sendo o Dec. nº 2.745/98 uma simplificação do procedimento licitatório geral, veicularia apenas parâmetros de aplicação, sem ofensa a dispositivos constitucionais.

Outros pontos são analisados no parecer do agora Ministro do STF, como a semelhança do art. 67 da Lei do Petróleo ao art. 123 da Lei de Licitações, que prevê uma delegação ao Poder Executivo, observando apenas os princípios gerais da Lei nº 8.666/93, para regulamentar licitações no exterior.

3.2 O Posicionamento do TCU

O Tribunal de Contas da União está entre os que comungam com a tese da inconstitucionalidade do Decreto nº 2.745/98. Por ser esta corte o órgão de fiscalização externa que audita as licitações da Petrobras, certamente, a incerteza e insegurança em torno destas são majoradas.

No que tange o tema das licitações das estatais, dentro do universo de debates no âmbito da jurisprudência do TCU, um caso paradigmático antecede a edição do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras. Trata-se do Acórdão 121/98, julgado em 26 de agosto de 1998, de relatoria do Ministro Iram Saraiva. O entendimento nele estabelecido é replicado em diversas situações, até mesmo após a edição do Decreto nº 2.745/98, como se verá mais adiante.

No caso, a Petrobras Distribuidora S.A. (BR), uma das tantas subsidiárias da Petrobras S.A., por meio de Pedido de Reexame, questionava a necessidade de licitar o transporte de combustíveis líquidos, uma atividade-fim, e diretamente relacionada com o objeto social pelo qual a empresa foi constituída. Logo, Este debate não se enquadra em uma discussão acerca do regime licitatório da Petrobras, mas sim no âmbito da extensão do dever de licitar propriamente dito, tendo como foco o caso das atividades fins empreendidas pelas estatais. Esta constatação é uma característica representativa do momento que antecede a edição da Lei do Petróleo e Decreto nº 2.745/98. Isso porque, até então, não estava em disputa o modo pelo qual as estatais deveriam licitar: se decidida a obrigação de licitar, mesmo em atividade fim, o procedimento seria o previsto na Lei nº 8.666/93, o vigente à época para a Petrobras.

De volta à análise do caso específico, em seguida, elencam-se os argumentos apresentados pelo Ministro do TCU Iram Saraiva, que o levaram a concluir pela exclusão da obrigatoriedade da BR licitar contratações de transporte que constituam atividade-fim da empresa.

Inicialmente o Ministro reconstrói um breve histórico do tratamento jurídico conferido às licitações nas estatais: do Decreto-Lei nº 200/67, passando pela CF/88 e Lei nº 8.666/93. Do primeiro ao último diploma, explicita que a mudança se justificou no sentido de se estabelecer normas mais rígidas para os entes da Administração Pública que atuavam no regime de direito privado. Por outro lado, entende o Ministro que o tratamento conferido ao tema das licitações nas estatais precisa ser revisitado, de forma a atribuir maior flexibilidade gerencial para tais entidades. A seu ver, o fundamento jurídico do seu posicionamento se encontraria na própria CF/88, a qual, em seu artigo 173, com redação anterior à da EC nº 19/98, já estabelecia um tratamento diferenciado no caso de empresas estatais que exercessem atividade econômica. Por fim, reforça o Ministro Iram Saraiva que a BR, ao exercer suas atividades fins, assumiria um relevante papel social, especialmente se considerado que a empresa se mostraria presente em áreas que não interessariam a outras distribuidoras.

Deve-se atentar que, tanto o próprio modo pelo qual a controvérsia suscitada no Acórdão 121/98 se apresenta, quanto a argumentação desenvolvida pelo Ministro, se baseiam, em última análise, na existência da dicotomia atividade-fim e atividade-meio, para, a partir daí, conferir o tratamento jurídico específico. Portanto, caso a atividade desenvolvida pela empresa fosse fim, logo seria dispensável a licitação, como também preconiza Niebuhr (2015, p. 122). Por outro, enquadrada a atividade como meio, persistiria a exigibilidade do procedimento licitatório, nos termos da Lei nº 8.666/93, à época.

No entanto, a apresentação da solução para o problema do regime jurídico das licitações para as estatais nos termos da dicotomia atividade-fim versus atividade-meio pode ser tida como problemática. Ao invés de efetivamente criar uma solução, esta dicotomia cria mais problemas, já que as atividades fins ou meios, de fato, não se apresentam como tais. Pelo contrário, tornam-se palco para disputas, já que a consequência de uma atividade se enquadrar em um, ou outro polo da dicotomia é essencial para definir se uma empresa estatal teria ou não que licitar. Nesse sentido, observe-se que:

De todo modo, esta doutrina da 'atividade-fim versus atividade-meio' mostra-se de difícil operacionalização, já que, no mais das vezes, classificar o que seja atividade-fim e o que seja atividade-meio, em concreto, não é tarefa tão fácil quanto fazem parecer os exemplos dos manuais. (SOUZA; SUNDFELD, 2013, p. 92).

Especificamente quanto à adoção de um regime próprio de licitações para a Petrobras, o TCU se manifestou acerca do Decreto nº 2.745/98, pela primeira vez, na Decisão 156/2000, julgada em 15 de março de 2000, e de relatoria do Ministro Lincoln Magalhães da Costa. No caso, discutia-se a possibilidade de contratação direta de empresa para prestar o serviço de consultoria na seleção de um software na gestão empresarial, assim como a inexigibilidade para a contratação do próprio software. A questão acerca do procedimento licitatório simplificado foi inicialmente abordada pelo TCU em caráter incidental, pois, antes de analisar o mérito propriamente dito, o relator optou por tecer considerações acerca da aplicabilidade da Lei nº 8.666/93 à Petrobras.

O Ministro Lincoln Magalhães da Costa entendeu que, enquanto não fosse editada a lei referida pelo art. 173, § 1º da CF/88, a Petrobras permaneceria obrigada a reger suas contratações pela Lei nº 8.666/93. Quanto ao Decreto nº 2.745/98, que se propõe a regular o art. 67 da Lei nº 9.478/97, o Ministro argumentou que “não se pode extrair desse dispositivo autorização para que sejam descumpridos o texto da Constituição Federal, e por conseguinte, da Lei nº 8.666/93”. Por fim, entendeu que a Lei nº 9.478/97 teria caráter genérico, quanto ao tema de licitações, e não poderia se sobrepor a Lei nº 8.666/93, de caráter específico.

Embora a edição do procedimento licitatório simplificado adotado pela Petrobras date de 1998, apenas após quatro anos, aproximadamente, é que o TCU enfrentou diretamente a legalidade do regime licitatório adotado pela estatal. Trata-se da Decisão 663/2002, anteriormente aqui já mencionada, de relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar, proferida em 09 de junho de 2002. A questão jurídica dizia respeito à legalidade dos procedimentos de contratação adotados pela Petrobras, especialmente após o advento do Decreto nº 2.745/98. Nesta decisão, o TCU determinou que a Petrobras “se abstenha de aplicar às suas licitações e contratos o Decreto nº 2.745/98 e o artigo 67 da Lei nº 9.478/97, em razão de sua inconstitucionalidade, e observe os ditames da Lei nº 8.666/93 e o seu anterior regulamento próprio, até a edição da lei de que trata o § 1º do artigo 173 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional 19/98”.

O Ministro Ubiratan Aguiar adotou a seguinte lógica argumentativa: o art. 37 da CF/88, ao dispor sobre os princípios aplicáveis à Administração Pública, seja ela direta ou indireta, teria determinado, em seu inc. XXI a obrigatoriedade da realização de procedimento licitatório para contratações. A Lei nº 8.666/93, por sua vez, regulamentaria o art. 37, inc. XXI da Constituição, e seria taxativa ao determinar, em seu art. 1º, sua aplicabilidade também às empresas públicas e sociedade de economia mista. A Petrobras, por ser sociedade de economia mista, estaria, portanto, sujeita à Lei de Licitações.

Em seguida, o Ministro explicita que em 24/08/98 foi editado o Decreto nº 2.745/98, o qual teria regulamentado o art. 67 da Lei nº 9.478/97, aprovando assim o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras. Ao seu ver, o Decreto nº 2745/98 regularia o art. 67 da Lei do Petróleo, já que tanto a ementa do Decreto, quanto os considerandos que o precedem, referem-se exclusivamente ao referido art. 67. Por isso, conclui que o art. 67 da Lei nº 9.478/97 funda-se em delegação legislativa imprópria, ao não “observar os princípios e critérios que deveriam ser seguidos pelo Chefe do Executivo no exercício da regulamentação. Mesmo que viesse no bojo de uma lei delegada – o que não ocorreu - o art. 67 da Lei nº 9.478/97 poderia ser tido como inconstitucional”. Logo, sua aplicação deveria ser afastada.

A Decisão 663/2002 veio a se tornar paradigmática, já que, em diversos casos o precedente é reiterado e citado como o processo no qual se determinou a inconstitucionalidade do art. 67 da Lei nº 9.478/97, e do Decreto nº 2.745/98. Em outras decisões, porém, para além da alegada inconstitucionalidade da delegação realizada pelo art. 67, o TCU apresenta novos argumentos para a aplicação da Lei nº 8.666/93 nos processos licitatórios da Petrobras.

Vide o Acórdão 101/2004, julgado em 11 de fevereiro de 2004, no qual a principal questão jurídica em debate dizia respeito à negativa, por parte da Petrobras, com fundamento no Decreto nº 2.745/98, de permitir que empresas interessadas inicialmente não convidadas pela modalidade convite, pudessem participar do certame licitatório.

O Ministro relator Ubiratan Aguiar faz duas ponderações, essencialmente. A primeira delas, apenas para ilustrar, diz respeito à forma pela qual a Petrobras interpretou as disposições da Decisão 663/2002: quando da pendência de recurso

com efeito suspensivo, ela manteve a aplicação do Decreto nº 2.745/98. Isso posto, entendeu o Ministro que a pendência de recurso com efeito suspensivo não admitiria a interpretação realizada pela Petrobras, mas tão somente significaria que o órgão de controle não poderia aplicar sanções ou realizar determinações naquele caso em concreto.

A segunda ponderação constante do Acórdão 101/2004 substancialmente representa um aspecto problemático do Decreto nº 2.745/98 perante a visão do TCU. Para além de enfrentar a questão jurídica, o Ministro Ubiratan Aguiar questiona a própria modalidade convite, na forma como prevista no Decreto nº 2.745/98. Nesse sentido, classifica como grave a constatação de que o procedimento licitatório simplificado adotado pela Petrobras não estabelece qualquer limite objetivo para a utilização da referida modalidade de licitação. A ausência de limitação para contratações por convite permitiria que contratações vultuosas fossem realizadas, selecionando-se os participantes previamente, e vedando-se a participação de outras empresas na licitação.

A argumentação apresentada parece procedente, pois ainda que o art. 67 da Lei nº 9.478/97 dispusesse acerca do procedimento licitatório adotado pela Petrobras, é possível que o TCU questionasse, não apenas a forma, mas também o próprio modelo de licitações, conforme evidencia Cabral (2014, p. 241). Considerando a atuação do órgão de controle na Decisão 663/2002, seria possível que o TCU vislumbrasse, no cenário proposto, eventual inconstitucionalidade, por exemplo, por violação dos princípios que regem a atuação administrativa.

Já a fundamentação constante do Acórdão 549/2006, de relatoria do Ministro Walter Rodrigues e julgado em 19 de abril de 2006, também converge para a aplicação da Lei nº 8.666/93 nos processos licitatórios da Petrobras, independentemente de declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei do Petróleo e do Decreto nº 2.745/98.

Esse novo caso em questão aborda a questão do orçamento. Em contraposição ao argumento da Petrobras, de que os expedientes burocráticos exigidos pelo órgão de controle poderiam comprometer a atividade comercial da empresa em um ambiente extremamente competitivo, sustenta o Ministro Walter Rodrigues justamente o contrário. Segundo o Ministro, de modo algum a exigência de estimativa de preço com a composição de custos unitários seria prejudicial ao

desempenho da estatal, já que em qualquer obra da iniciativa privada é recomendável avaliação orçamentária minuciosa.

Na medida em que as primeiras posições do STF sobre o regime licitatório do Decreto nº 2.745/98 se mostraram favoráveis à sua adoção, como no Mandado de Segurança (MS)/25.888, o TCU sentiu a necessidade de desenvolver novos argumentos para manter seu posicionamento contrário à adoção do procedimento licitatório simplificado pela Petrobras. Embora seja problemática a utilização de princípios, como preconiza Sundfeld (2013, p.294), o TCU passou a intensificar a menção a princípios que regem a atuação da Administração Pública. Nesta senda, na visão dessa corte, independentemente da adoção do Decreto nº 2.745/98 ou da própria Lei nº 8.666/93, caso a Petrobras adequasse seus procedimentos às determinações do TCU, isso seria supostamente melhor para a própria empresa.

Assim, outro ponto, levantado pelo Ministro Walter Rodrigues no próprio Acórdão 549/2006, é que, independentemente da Lei nº 8.666/93, ou da lei que à época ainda estava por ser editada dispendo sobre o estatuto jurídico das empresas estatais, aplicam-se à Petrobras os princípios da Administração Pública. Tais regras tanto seriam de observância obrigatória, que o próprio Decreto nº 2.745/98 prescreveu os princípios da economicidade e do julgamento objetivo. O descumprimento de tais princípios, por sua vez, ofereceria riscos, como, por exemplo, a existência de casos semelhantes com desfechos diferentes. Leia-se, portanto, parte do voto do Ministro:

A ausência de critérios pré-definidos para seleção da proposta mais vantajosa viola mandamentos básicos da impessoalidade, da isonomia e do julgamento objetivo, estampados no art. 37, caput e inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, art. 3º da Lei nº 8.666/93, e no próprio art. 1º do Decreto nº 2.745/98, podendo, inclusive, dar margem a direcionamentos indevidos nos procedimentos licitatórios.

Como se viu, essa argumentação atrai a aplicação da Lei nº 8.666/93 através de um fundamento externo à própria lei, que seriam os princípios que regem a Administração Pública. Entretanto deve-se ressaltar que, do ponto de vista lógico, o raciocínio traçado pelo Ministro Walter Rodrigues parece impor uma obrigação improcedente, uma vez que o dever de observância do princípio da economicidade e do julgamento objetivo não implica necessariamente no dever da Petrobras divulgar a estimativa de custos, com a composição de custos unitários.

Ainda com relação a utilização de princípios, ressalta-se o Acórdão 1.732/2009, julgado em 05 de agosto de 2009, e de relatoria do Ministro Augusto Nardes, no qual se debate, essencialmente, a inexistência de três propostas válidas em licitação. Esse caso é interessante, já que nem na Lei nº 8.666/93, nem no Decreto nº 2.745/98 há a obrigação da existência de três propostas válidas. Portanto, a solução encontrada pelo Ministro foi a aplicação dos princípios do interesse público, da competitividade e da eficiência. A seu ver, sequer seria necessária a previsão normativa de múltiplas propostas válidas no certame licitatório.

Por fim, o argumento fundado em princípios, encontrado no Acórdão 1.678/2007, julgado em 22 de agosto de 2007, e de relatoria do Ministro Valmir Campelo, revela que ainda que seja considerada a inaplicabilidade da Lei nº 8.666/93 à Petrobras, as determinações feitas pelo TCU seriam compatíveis com os princípios da eficiência e da seleção de proposta mais vantajosa. Mais do que isso, a aplicação desses princípios teria a função de proteger os interesses da própria Petrobras, “já que os procedimentos hoje adotados pela empresa, conforme demonstrado na auditoria realizada, são imprecisos, dão margem à eventual ocorrência dos chamados ‘jogos de planilhas’ em futuros aditivos contratuais e não asseguram a contratação mais vantajosa para a empresa”. Logo, em sua visão, tais princípios caso aplicados pela Petrobras, dadas a maior objetividade e segurança, contribuiriam para a prevenção de irregularidades.

Outro aspecto deve ser levado em conta no afincado do TCU em reiteradamente determinar a adequação dos procedimentos da Petrobras à Lei nº 8.666/93. Há de se pensar que o órgão de controle possa ter em sua memória os ânimos que circundaram a aprovação da Lei de Licitações, cujo intuito seria promover a moralidade pública e evitar escândalos de corrupção. De acordo com Rosilho (2013, p. 103), cabe ressaltar que o próprio Tribunal de Contas engajou-se institucionalmente para aprovar a Lei nº 8.666/93.

Ainda sobre a sua edição:

A Lei nº 8.666/93 representou a continuidade do Decreto-Lei nº 2.300/86, adotando e aprofundando seu modelo legal maximalista, o qual apostava na ideia de que as normas, se precisas, detalhistas, objetivas e bem direcionadas, seriam capazes de gerar, quase que automaticamente, boas contratações. (ROSILHO, 2013, p.129).

Assim, considerando o posicionamento da jurisprudência do TCU, percebe-se que o órgão faz a associação entre procedimento probo e eficiente com aquele que segue os ditames da Lei nº 8.666/93. Pode-se então entender que qualquer dispositivo normativo alternativo e diferente ao modelo de licitações previsto na Lei nº 8.666/93 é visto como problemático pelo Tribunal de Contas da União.

Neste sentido, de modo geral, o TCU manteve seu posicionamento esboçado no Acórdão 663/2002, pela inconstitucionalidade do art. 67 da Lei nº 9.478/97 e do Decreto nº 2.745/98, ainda que uma decisão paradigmática do STF já tivesse ocorrido em sentido contrário. Para tal, o TCU sustentou a ausência de caráter vinculante da decisão tomada em sede do MS/25.888, além de alegar o caráter sumário e precário do juízo e cautelar realizado na ocasião, e assim a impossibilidade desta decisão vincular o TCU. Em adição, no Acórdão 328/2010, de relatoria do Ministro Augusto Nardes, julgado em 10 de março de 2010 evoca-se a questão da independência das instâncias, no sentido que a existência de ações judiciais, por si só, não gera relação de prejuízo, nem conseqüente sobrestamento do caso até decisão definitiva do STF.

Destaca-se ainda que, no Acórdão 2115/2008, de relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, julgado em 24 de setembro de 2008, a Procuradoria Geral da República demonstrou preocupação para que o TCU se adequasse ao posicionamento do STF. Em resposta a tal manifestação, o Ministro contrapôs que as decisões proferidas em sede de Medidas Cautelares e Mandados de Segurança apenas indicam um prognóstico de uma futura decisão de mérito do STF. No Acórdão 2.834/2011, também de relatoria do Ministro Raimundo Carrero, e julgado em 25 de outubro de 2011, a descrição do histórico do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 441.280, o qual ainda não tem decisão final, é utilizada por este Ministro para expor a existência de controvérsia entre Ministros do próprio STF acerca da constitucionalidade do Decreto nº 2.745/98.

Em síntese, o posicionamento do TCU, contrário ao regime licitatório contido no Decreto nº 2.745/98, pode ser resumido na escalada argumentativa contida na paradigmática Decisão 663/2002, na qual se tem: o art. 37, inc. XXI aduziu que o tema de licitações e contratações fosse disciplinado por lei; a única lei que até então dispôs sobre o tema foi a Lei nº 8.666/93, já que a Lei nº 9.478/97 não o fez, e apenas delegou a matéria para norma de hierarquia inferior; por divergir do art. 37,

inc. XXI da CF/88, o art. 67 da Lei nº 9.478/97 seria inconstitucional; e por conseguinte o Decreto nº 2.745/98 também se revestiria de inconstitucionalidade.

3.3 O posicionamento do STF

Paradigmática é a ocasião, em que o STF analisou a aplicabilidade do Decreto nº 2.745/98, que se deu no Mandado de Segurança (MS)/25.888, julgado em 22 de março de 2006, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes. O MS/25.888 foi impetrado pela Petrobras contra decisão final do TCU na Tomada de Contas (TC) 008.210/2004-7, que havia determinado que a empresa se abstinhasse de aplicar o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado.

O TCU houvera analisado, na ocasião do pedido de reexame interposto pela Petrobras no âmbito desta corte, não ser procedente a argumentação da empresa, já que: a Súmula 347 editada pelo STF previa a competência do órgão de controle a realizar o controle difuso de constitucionalidade; o art. 67 da Lei nº 9.478/97 já havia sido declarado inconstitucional pelo TCU; e o Parecer nº AC - 15 da AGU vincularia tão só órgãos do Poder Executivo, não se aplicando ao TCU, que integraria a estrutura do Poder Legislativo.

A Petrobras então impetrou o MS/25.888, cuja causa de pedir se fundava em quatro vertentes. A primeira alegação dissertava sobre a falta de competência do TCU para proceder controle de constitucionalidade, já que tanto a Súmula 347 do STF, aprovada em 1963, teria sido revogada pela CF/88, quanto haveria, para o caso, impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade por órgão fracionário, em ofensa ao art. 97 da CF/88, com reiterada jurisprudência sobre o assunto, consolidada na forma da Súmula Vinculante nº 10 do STF. O segundo argumento da Petrobras consistia no fato de que a estatal, por ser integrante da Administração Pública indireta, estaria submetida ao princípio da legalidade, não tendo a faculdade de abster-se de aplicar o art. 67 da Lei nº 9.478/97 e o Decreto nº 2.745/98. O terceiro argumento aludia à existência do Parecer nº AC - 15 da AGU, o qual havia determinado que a alegada inconstitucionalidade do regime simplificado estaria em confronto com a presunção de legalidade dos atos normativos até que sobreviesse decisão judicial em contrário. Ainda sobre este parecer, que determina que a Petrobras aplique o Decreto nº 2.745/98 às suas licitações, alega também a empresa

que por força do §1º, do art. 40, da Lei Complementar nº 73/93, estaria vinculada às determinações do parecer. Por fim, o quarto argumento sustentava que a EC nº 9/95 havia alterado o regime de exploração do petróleo, submetendo a Petrobras à livre concorrência com empresas do setor privado. Neste cenário, o art. 67 da Lei nº 9.478/97, ao afastar a Lei nº 8.666/93 estaria adequando as licitações da Petrobras, dotando-a de competitividade em um ambiente competitivo.

O Ministro Gilmar Mendes deferiu a liminar e determinou a suspensão dos efeitos da decisão do TCU. Inicialmente, considerou que a EC nº 9/95 tornou possível que empresas privadas passassem a atuar na atividade petrolífera. Nesse cenário, o § 1º do art. 177 da CF/88, remeteu à lei a disposição sobre a forma de contratação. Desta forma, a lei que disciplinaria as contratações seria a Lei nº 9.478/97. Dando prosseguimento a seu raciocínio, o Ministro Gilmar Mendes identifica que o art. 67 da Lei nº 9.478/97 é claro ao dispor que os contratos da Petrobras seriam celebrados a partir de um regulamento próprio. O regulamento licitatório da Petrobras estaria, por sua vez, disciplinado no Decreto nº 2.745/98.

Passada a análise dos fundamentos legais que sustentam a adoção do Decreto nº 2.745/98 pela Petrobras em seus processos licitatórios, o Ministro Gilmar Mendes passa a refletir sobre as justificativas da existência de um regime licitatório diferenciado para Petrobras. Neste ponto, leiam-se as seguintes palavras do Ministro:

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

Quanto ao argumento do TCU, de que este órgão de controle já havia declarado a inconstitucionalidade do art. 67 da Lei nº 9.478/97, o Ministro Gilmar Mendes entendeu que tal declaração estaria em confronto com o princípio da legalidade, tanto sob a ótica do art. 71 da CF/88, que delimita as competências do TCU, quanto pela perspectiva do art. 177 da carta magna, o qual, como visto anteriormente, é o que prevê o regime de exploração do petróleo.

Ainda com relação ao argumento do TCU de que este teria a competência de proceder ao controle de constitucionalidade difuso, destacam-se as ponderações do Ministro em relação à Súmula 347 do STF. Ele sustenta que a CF/88 introduziu uma mudança radical no sistema de controle de constitucionalidade, caracterizada pela ampliação significativa do rol de atores legitimados a provocar o STF. Assim, a ampliação do controle abstrato de constitucionalidade teria, em contrapartida, a restrição da amplitude do controle difuso de constitucionalidade. Isso posto, infere-se que para o Ministro a Súmula 347 do STF não foi recepcionada pela CF/88.

Na batalha jurídica que a Petrobras passou a viver nas cortes superiores, observou-se que de cada decisão final do TCU, em desfavor da estatal, em que ficou consignado o entendimento da Corte de Contas pela inconstitucionalidade do Decreto nº 2.745/98, decorreu a impetração de um Mandado de Segurança dirigido ao STF, com a finalidade de sustar os seus efeitos.

Três meses depois de impetrado o MS/25.88, a Petrobras impetra o MS/25.986 contra decisão final do TCU na TC 004.147/2004-3. O Ministro Celso de Mello, utilizando-se de similar argumentação a do Ministro Gilmar Mendes, também deferiu a liminar e suspendeu, até final julgamento da ação, os efeitos das decisões proferidas naqueles autos.

Para além dos argumentos inicialmente encontrados no MS/25.888, é possível explicitar em outras decisões, novas abordagens que lastreiam juridicamente a admissão de um regime de licitações específico para a Petrobras.

Na Ação Cautelar (AC)/1.193, a empresa Marítima Petróleo e Engenharia Ltda. ajuizou ação para suspensão de licitações realizadas pela Petrobras com base na Lei nº 9.478/97 e no Decreto nº 2.745/98. No caso, o primeiro novo argumento a ser destacado é trazido no voto do Ministro Eros Grau. De acordo com o Ministro, haveria outro fundamento para além das razões constitucionais que sustentam a edição de regulamentos próprios pelas estatais. Vide, de antemão, o conteúdo do art. 119 da Lei nº 8.666/93:

Art. 119. As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições desta Lei.

Parágrafo único. Os regulamentos a que se refere este artigo, no âmbito da Administração Pública, após aprovados pela autoridade de nível superior a que estiverem vinculados os respectivos órgãos, sociedades e entidades, deverão ser publicados na imprensa oficial.

O Ministro Eros Grau identifica que a própria Lei nº 8.666/93 previu a edição de regulamentos próprios pelas sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas, dentre outros órgãos, que deveriam ser devidamente publicados. Depreende-se da colocação do Ministro Eros Grau que uma vez o regulamento próprio editado e publicado nos termos da lei, ocorreria hipótese que afastaria a aplicação da Lei nº 8.666/93.

Este argumento revela uma interessante interpretação do art. 119 da Lei nº 8.666/93. Isso porque o próprio art. 119 é expresso, não só em prever a edição de regulamentos, por exemplo, pelas sociedades de economia mista, como também ao definir que tais entes estariam sujeitos às disposições daquela lei. Portanto, o dispositivo parece sugerir que não obstante sejam editados regulamentos, estes não afastam a necessidade de continuar se observando as disposições da Lei de Licitações. No entanto, o Ministro Eros Grau apresentou interpretação na qual a sujeição à Lei nº 8.666/93 só persistiria até que se editassem os regulamentos próprios.

O segundo argumento a ser explicitado, ainda no âmbito da AC/1.193, é de autoria do Ministro Gilmar Mendes, o qual explicita as consequências econômicas e políticas que a Petrobras enfrentaria na hipótese de ter que aguardar pelo julgamento definitivo o Recurso Extraordinário (RE) por ela interposto. As consequências, na ótica do Ministro, adviriam do fato de que enquanto não julgado o recurso, a Petrobras estaria obrigada a aplicar em suas licitações a Lei nº 8.666/93, com rígidas disposições que afetam a competitividade da empresa em um mercado concorrencial, por determinação do Superior Tribunal de Justiça (STJ), emanada naquele processo. O Ministro Gilmar Mendes acrescenta que, de acordo com a própria Petrobras, a abstenção de aplicação da Lei nº 9.478/97 e do Decreto nº 2.745/98 poderia inviabilizar a atividade da estatal, podendo comprometer o processo de exploração e distribuição do petróleo no país, o que afetaria a indústria, o comércio e toda população. Assim, tal argumento revela a ponderação do STF, conforme também se constata em outros processos, como por exemplo, no RE 441.280 de relatoria do Ministro Dias Toffoli, acerca das consequências, no exercício das atividades econômicas da estatal, decorrentes das decisões do STF.

Em resumo, podem-se compilar encadeadamente os argumentos expostos pelo STF, em oposição às decisões do TCU, da seguinte forma: a Lei nº 9.478/97 disciplina o §1º do art. 177 da CF/88; o art. 67 da Lei nº 9.478/97 aduz que a Petrobras está submetida a um regime licitatório simplificado, o qual é regulamentado pelo Decreto nº 2.745/98; um regime licitatório diferenciado para a estatal está em consonância com a EC nº 09/95; a declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 2.745/98 pelo TCU afrontaria o princípio da legalidade e os artigos 71 e 177 da CF/88; por ter sido editada antes da instituição de um regime abstrato de controle de constitucionalidade, a Súmula 347 do STF não seria mais válida; a redação do art. 119 da lei nº 8.666/93 permite interpretação na qual uma vez editado regulamento, uma estatal pode deixar de aplicar tal Lei; e a abstenção de aplicação da Lei nº 9.478/97 e do Decreto nº 2.745/98 poderia inviabilizar a própria atividade econômica da Petrobras.

Entretanto, para além dos argumentos, deve-se destacar algo no comportamento do STF no que diz respeito aos julgamentos sobre tema das licitações da Petrobras. Veja-se o próprio exemplo do RE 441.280, antes na Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, e agora sob análise do Ministro Dias Toffoli, em que figura como Recorrente a Frota de Petroleiros do Sul LTDA (Petrosul), e recorrida a Petrobras. O RE 441.280 começou a ser julgado pela Primeira Turma do STF em 2008 e foi afetado ao Pleno, por decisão unânime proferida em 12/05/2009. Em 03/08/2011, após voto do Relator pelo não provimento do recurso, e pelo provimento, na visão do Ministro Marco Aurélio, o Ministro Luiz Fux solicitou vistas dos autos. Em 22/09/2016, o julgamento foi suspenso mais uma vez, para que se colhessem os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Roberto Barroso, ausentes à sessão. E desde então, suspenso permanece, mesmo o julgamento do RE 441.280 tendo se iniciado há quase dez anos. O mesmo comportamento se observa para outros processos em que o regime de licitações da Petrobras é discutido: não há até então proferimento de decisão definitiva pelo STF.

Portanto, para a questão da adoção pela Petrobras do seu procedimento licitatório simplificado, observou-se, embora decorrente de decisões cautelares, a existência de uma linha jurisprudencial do STF bem definida, na qual esta corte se mostra favorável à existência de um regime licitatório diferenciado para a estatal. Porém, a despeito de uma visão favorável, a demora do STF em proferir decisão

definitiva sobre o tema, veio representando certo quadro de insegurança jurídica às Licitações da Petrobras.

4 ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O REGIME DA PETROBRAS

4.1 A problemática atual

O que se constata da leitura conjunta dos casos no TCU e STF é que, na ausência de decisão definitiva, em especial da corte suprema, acerca da adoção do procedimento licitatório simplificado, a Petrobras sempre continuou a aplicar o Decreto nº 2.745/98, e sempre enfrentou o risco de ter os certames licitatórios questionados. Por outro lado, na medida em que a Petrobras continuou a fundamentar suas licitações no Decreto nº 2.745/98, aumentou-se o custo econômico e político em se reverterem tais procedimentos, se fosse o caso.

Um primeiro problema a se explicitar é o uso que as empresas licitantes fazem do STF, do ponto de vista estratégico. Na AC/1.193, a empresa Marítima Petróleo e Engenharia Ltda. ajuizou ação para suspensão de licitações realizadas pela Petrobras com base na Lei nº 9.478/97 e no Decreto nº 2.745/98. No MS/25.481, a empresa Mauá Jurong S.A. impetrou mandado de segurança contra ato do TCU que, na visão desta empresa, terminou por convalidar contrato advindo de certame licitatório fundado no Decreto nº 2.745/98. Ambas as empresas possuíam outros contratos em andamento com a Petrobras, provenientes de licitações regidas pelo procedimento simplificado.

Nestes e em outros casos, as partes questionam a licitude da adoção do procedimento licitatório simplificado, e conseqüente não aplicação da Lei nº 8.666/93, para tentarem anular licitações nas quais saíram como perdedoras. Portanto, empresas utilizaram o STF como mais uma instância para julgamento de recurso administrativo, já que só acusam o procedimento simplificado de ilegal, quando perdem as licitações.

Nesse sentido, leia-se parte do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, no MS/25.481:

Observe aliás que a empresa interessada em tal determinação teve pelo menos desde abril de 2003, quando foi convidada a participar do certame, para formular o pedido, mas preferiu se sujeitar às regras da Petrobras e só apresentá-lo 17 meses depois, à conta de cautelar, quando se viu excluída da contratação.

Como se viu, parece claro que o interesse de agir da empresa Mauá Jurong S.A. só surgiu com a sua exclusão da contratação, já que, se assim não tivesse ocorrido, em princípio, esta empresa não teria razões para questionar o procedimento licitatório simplificado, neste caso.

Outro aspecto relevante se revela através da jurisprudência do TCU e do STF. Um fenômeno comum às políticas públicas é o fato de que uma vez juridificadas, elas ganham vida própria e descolam-se da vontade daqueles que as conceberam. Conforme preconiza Júnior (2012, p.79), no curso da sua implementação, elas são moldadas e conformadas, especialmente pelos órgãos de controle, que, como visto, têm enorme potencial para influenciar seus rumos.

O Supremo, ao não proferir juízo definitivo sobre a juridicidade do procedimento licitatório simplificado da Petrobras, parece se valer de estratégia argumentativa, visando pura e simplesmente, postergar sua decisão, evitando o ônus de interferir em tema altamente complexo, controverso e polarizador de opiniões. É possível, portanto, como mostra Aragão (2017, p. 58), que esta Corte nada mais estivesse fazendo do que aguardar que o tema se resolvesse noutra instância, a do Legislativo, que veio enfim a editar o tal estatuto jurídico das empresas estatais, através da Lei nº 13.303/16, a qual alude o §1º do art. 173 da CF/88, criando, para elas, regras gerais de licitação.

Por certo, essa omissão do STF gerou enorme insegurança jurídica, visto que o TCU, desde há muito tempo, firmou convicção de que o modelo licitatório da Petrobras seria contrário ao Direito, por supostamente violar a Constituição, as leis ou os princípios jurídicos. Também como visto, a jurisprudência do TCU parece revelar certa preferência da Corte de Contas por um modelo licitatório em específico, o da Lei nº 8.666/93, do tipo maximalista, extremamente objetivo e rígido, primordialmente voltado a tolher a discricionariedade da Administração Pública, tal como leciona Di Pietro (2012, p.167).

Há outro ponto a ser abordado. A Petrobras, como se sabe, é alvo de investigações da Polícia Federal, cujo cerne recai justamente sobre suas contratações. Neste cenário de crise, pode-se questionar se a adoção Decreto nº 2.745/98 para os procedimentos licitatórios facilitaria a existência de atos de corrupção nas contratações desta estatal. Afinal, como visto anteriormente, a modalidade convite, por exemplo, pode ser realizada em qualquer licitação da

estatal, independentemente de valor a ser contratado, o que teoricamente poderia privilegiar um grupo limitado de empresas de um dado mercado fornecedor.

Entretanto, essa relação de causa e efeito, para que pudesse ser estabelecida, necessariamente dependeria da existência de provas concretas. Não obstante, na falta até mesmo de meros indícios, em reportagem publicada pelo jornal O globo, em 23 de novembro de 2014, o Presidente do TCU à época, Ministro Augusto Nardes, pediu ao Ministro Lewandowski do STF, então presidente desta corte, para que, à luz das investigações e das descobertas de supostos atos de corrupção na Petrobras, o STF obrigasse a empresa a licitar com base na Lei nº 8.666/93, e não com base no seu procedimento licitatório simplificado.

Como se viu anteriormente, as decisões que o TCU proferiu sobre o tema das licitações na Petrobras não identificaram reais problemas jurídicos ligados ao procedimento licitatório simplificado da empresa. Pontuou-se, no voto do Ministro relator Ubiratan Aguiar no âmbito do Acórdão 101/2004, a forma como a modalidade convite se estabelece em suas licitações. Entretanto, em geral, o que se nota é que o TCU em suas decisões se limitou a dizer, de diferentes maneiras, mas não explicitamente, que preferia um modelo específico de licitação, o da Lei nº 8.666/93.

Neste sentido, o TCU, ao insinuar que o procedimento licitatório simplificado da Petrobras seria a causa dos supostos atos de corrupção na empresa, a despeito de não haver prova concreta alguma para respaldar essa desconfiança, e ao pedir que o STF determine que a Petrobras passe a se submeter à Lei nº 8.666/93, pareceu, em favor de suas preferências, aproveitar-se do momento para influenciar a decisão do STF em propenso julgamento de mérito das ações em que se questionou a juridicidade do Decreto nº 2.745/98.

Contudo, embora o espaço para a discricionariedade da Administração Pública seja diminuto no regime da Lei nº 8.666/93, deve-se salientar que inúmeras são as denúncias de atos de corrupção em licitações que ocorrem sob a égide desta Lei. Ela não é capaz de, por si só, evitar desvios, conluíus e malversação de recursos públicos. A história prova exatamente o contrário.

Ou seja, tal como corrobora Furtado (2015, p.385), fica claro que não é o regime licitatório que evita atos de corrupção. Por certo, não se pode ter a pretensão determinística de que a Lei nº 8.666/93 representa a única forma juridicamente válida de expressar em texto de lei os comandos expressos no inciso XXI do artigo

37 da CF/88. As premissas fixadas pela jurisprudência do TCU parecem ser falsas e os regimes licitatórios simplificados são, ao menos em tese, instrumentos juridicamente legítimos que se propõem a ajudar no desenvolvimento da natureza empresarial das estatais.

4.2 Um novo regime - A lei nº 13.303/16

Se ao que parece o Supremo Tribunal Federal se esquivou de proferir decisão final sobre a aplicabilidade do Decreto nº 2.745, ao menos agora, com a edição da Lei nº 13.303/16, imagina-se que a celeuma representada pelos entendimentos opostos do TCU e do STF tenha um fim, e que finalmente a Petrobras tenha um cenário de maior estabilidade jurídica para suas licitações.

A Lei nº 13.303/16 – Lei das Estatais - dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Essa legislação revoga explicitamente o artigo 67 da Lei nº 9.478/97, e, portanto, afasta o Decreto nº 2.745/98, que aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras e o Manual da Petrobras para Contratação (MPC).

O tema das licitações das empresas estatais na lei nº 13.303/16 é tratado no capítulo I do Título II. Inicialmente, deve-se ressaltar que as modalidades de licitação não são explicitadas tal como na Lei nº 8.666/93 nem como no próprio Decreto nº 2.745, ponto este em que estas duas últimas normas são convergentes. Neste sentido, uma dúvida nasce: se depreende que talvez se devam seguir as modalidades previstas na Lei de Licitações, a qual é referenciada pela Lei das Estatais, no entanto, apenas no que se refere às normas do direito penal contidas nos arts. 89 a 99, e no que se refere ao critério de desempate previsto no parágrafo segundo do artigo terceiro desta Lei de Licitações, que privilegia as empresas que produzem no país.

Dispõe o art. 40 da Lei nº 13.303/16:

Art. 40. As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão publicar e manter atualizado regulamento interno de licitações e contratos, compatível com o disposto nesta Lei, especialmente quanto a:

- I glossário de expressões técnicas;
- II cadastro de fornecedores;
- III minutas padrão de editais e contratos;

- IV procedimentos de licitação e contratação direta;
- V tramitação de recursos;
- VI formalização de contratos;
- VII gestão e fiscalização de contratos;
- VIII aplicação de penalidades;
- IX recebimento do objeto do contrato.

Este artigo, ao que parece, trata de um rol não exaustivo sobre os aspectos que devem constar nos regulamentos internos de licitações das estatais. Neste sentido, poder-se-ia imaginar que as estatais poderiam deliberar sobre modalidades de licitação. E assim, na omissão da Lei das Estatais, a dúvida se consolida: teriam as estatais que seguir as mesmas modalidades de licitação previstas no artigo 22 da Lei nº 8.666/93? Teriam as estatais que seguir o mesmo critério de valor para escolha de uma dada modalidade tal como previsto no artigo 23 da Lei nº 8.666/93? Eis um ponto que a doutrina e a jurisprudência terão a tratar a partir do momento em que as estatais efetivamente estiverem fazendo uso de seus novos regulamentos de licitações. No caso da Petrobras, em especial, muito provavelmente, se esta empresa replicar a mesma desvinculação como relação a valor para escolha da modalidade de licitação, assim como o faz o Decreto nº 2.745/98, poderá continuar sofrendo a mesma resistência até então apresentada pelo TCU.

No que se refere à contratação integrada, a Lei nº 13.303/16 também incorpora este conceito, como previsto no inciso VI, do seu artigo 42. Então, ao menos quanto a esta espécie de contratação, prevista no Decreto nº 2.745/98, mas não prevista da Lei de Licitações, a Petrobras passa a ter maior segurança jurídica.

Outro ponto que irá se solidificar no modo Petrobras de licitar, como traz Aragão (2017, p. 372), refere-se ao orçamento, que será sigiloso, uma vez que a Lei das Estatais, em seu art. 34, dispõe de forma diversa ao art. 40, § 2º, II, da Lei de Licitações, no qual a publicação da estimativa é mandatória.

Quanto à dispensa de licitação por pequeno valor, a Lei nº 13.303/16 em seu artigo 29 estabelece como limite R\$100.000,00 (cem mil reais) para obras e serviços de engenharia e R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) para outros serviços compras. Estes são valores pouco superiores aos previstos no art. 24 da Lei nº 8.666/93, respectivamente R\$15.000,00 (quinze mil reais) e R\$8.000,00 (oito mil reais). Mesmo superiores aos previstos na Lei de Licitações, estes valores, determinados pela Lei das Estatais, impõem à Petrobras um regime mais restrito quando comparado ao que o Decreto nº 2.745/98 estabelece atualmente, no qual a

contratação direta, com dispensa de licitação, em razão do valor envolvido, tem valores limites aprovados pela diretoria da empresa e que dependem do nível hierárquico do responsável pela licitação: à guisa de informação, contratações diretas, em razão de baixo valor, podem ocorrer na Petrobras até a quantia de R\$160.000,00 (cento e sessenta mil reais).

A Lei das Estatais já está em vigor, mas permite que as adequações pelas estatais em seus os procedimentos de licitação e contratação ocorram até 30 de junho de 2018. Ou seja, até lá a Petrobras continuará aplicando o estabelecido no Decreto nº 2.745/98 nas suas licitações, bem como, mesmo após este prazo, contratos assinados até esta data final devem continuar sendo fiscalizados sob a égide desta norma. O novo e nomeado Regulamento Interno de Licitações e Contratos Petrobras, adequado aos mandamentos da Lei nº 13.303/16, já está sendo preparado, e a partir do dia primeiro de julho de 2018 as licitações desta empresa reger-se-ão de acordo ao estabelecido ao novo regulamento.

Como visto, alguns aspectos da Lei nº 8.666/93 estão incorporados na Lei nº 13.303/16. Por outro lado, elementos do Decreto nº 2.745/98 estão incorporados na Lei das Estatais, tal como a contratação integrada. Vê-se, portanto, que o novo regime de licitações a que está submetida a Petrobras, se não tão rígido quanto ao da Lei nº 8.666/93, também não confere à empresa o nível de liberdade que ainda permite o Decreto nº 2.745/98.

Diante do cenário de escândalos de corrupção que tem acometido a empresa e outras estatais, na visão de Filho (2016, p. 523), após 18 anos do advento da EC nº 19/98, a edição da Lei nº 13.303/16 pode ter sido uma mera resposta do legislativo à sociedade.

Conhecendo os aspectos aos quais o TCU se opõe atualmente, cabe aos redatores do novo regulamento não replicá-los no seu conteúdo, mesmo que estes aspectos porventura não confrontem a Lei das Estatais, garantindo assim menos incertezas jurídicas frente ao órgão de controle.

5 CONCLUSÃO

Depois de apresentado o quadro legal em que está inserido o Decreto nº 2.745/98, para o qual foi esclarecido que sua edição decorreu de uma opção do

legislador de abrir o mercado de petróleo e gás, permitindo que empresas privadas fossem contratadas pela União para explorar as atividades do setor, restou, portanto, explicitado que o regime de licitações da Petrobras é mais brando que o regime da Lei nº 8.666/93, uma vez, por exemplo, no decreto nº 2.745/98, estarem previstas a desvinculação a um critério objetivo para escolha da modalidade de licitação e a contratação integrada, conferindo-se assim maior celeridade nos certames licitatórios, por conseguinte maior competitividade à empresa.

Entretanto, um regime específico não ficou imune a divergências, tendo sido apresentada a discussão a respeito da sua aplicabilidade, com argumentos a favor e contra o seu afastamento. Enquanto a jurisprudência do TCU foi pacífica em declarar a inconstitucionalidade do Decreto nº 2.745/98, por sua vez, o STF, sempre em sede de provimento cautelar, veio admitindo a utilização do Regulamento Licitatório Simplificado. Teve esta corte a visão de que a utilização de um critério totalmente objetivo, como o previsto na Lei nº 8.666/93, não é o único meio de realizar os fins constitucionais: a existência de maior subjetividade não compromete a aderência aos conceitos e princípios fundamentais para licitar.

Só então, dado o cenário de escândalos de corrupção que recentemente tem acometido a empresa e outras estatais, como uma resposta do legislativo à sociedade, passados 18 anos desde a edição da Emenda Constitucional nº 19/98, foi promulgada a lei prevista no § 1º do art. 173 da CF/88. Como mostrado, o novo regime de licitações a que estará submetida a Petrobras a partir de 30 de junho de 2018, se não tão rígido quanto o da Lei nº 8.666/93, também não confere à empresa o nível de liberdade que ainda permite o Decreto nº 2.745/98. Apresentaram-se as lacunas da Lei nº 13.303/16 e, para maior segurança jurídica, a necessidade da edição de um novo regulamento aderente à visão do TCU.

Cabe enfim salientar, o que até mesmo se pode inferir pela preferência por apenas um dado regime de licitação, como veio demonstrando o TCU, o fato de os órgãos de controle apresentarem certa acomodação na fiscalização. Apenas uma fiscalização rígida tolherá a semente da corrupção e não apenas a crença de uma Administração Pública com pouco poder discricionário.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas Estatais**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. Empresas Estatais e o Controle pelos Tribunais de Contas. In: **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte: Forum, ano 6, n. 23, jul/set. 2008, p. 9 - 40.

BARROSO, Luis Roberto. **Regime Jurídico da PETROBRAS, delegação legislativa e poder regulamentar: validade constitucional do procedimento licitatório simplificado instituído pelo Decreto n. 2.745/98**. Disponível em <www.conjur.com.br/dl/parecer-luis-roberto-barroso-procedimento.pdf>. Acesso em: 04/11/2016.

BEMQUERER, Marcos. **O Regime Jurídico das Empresas Estatais Após a Emenda Constitucional nº 19/1998**. Belo Horizonte: Forum, 2012.

CABRAL, Flávio Garcia. **O Tribunal de Contas da União na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Verbatim, 2014.

DALLARI, Adilson Abreu. Licitações nas empresas estatais. In: **Revista de Direito Administrativo**. v. 229, jul/set. 2002, p. 69-85.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Lei Anticorrupção Comentada**. Belo Horizonte: Forum, 2017.

_____. **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos**. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

_____. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FURTADO, Lucas Rocha. **As Raízes da Corrupção no Brasil**. Belo Horizonte: Forum, 2015.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2015.

JUNIOR, Jessé Torres Pereira. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. São Paulo: Renovar, 2009.

_____. **Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas**. Belo Horizonte: Forum, 2012.

MAGALHÃES, João Marcelo Rego. **Licitações na Jurisprudência do Tribunal de Contas da União**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Inconstitucionalidade do artigo 67 da Lei n. 9.478/97 - Ilegalidade do Decreto n. 2745/98 em face da Lei n. 8666/93. In: **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 369, nov. 2002, p. 231 - 246.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Comentários à Lei do Petróleo**. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MUKAI, Toshio. **O direito Administrativo e os Regimes Jurídicos das Empresas Estatais**. Belo Horizonte: Forum, 2004.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. Belo Horizonte: Forum, 2013.

_____. **Dispensa e Inexigibilidade de Licitação pública**. Belo Horizonte: Forum, 2015.

PEREIRA, Tadeu Rabelo. **Regime(s) Jurídico(s) das Empresas Estatais que Exploram Atividade Econômica**. Porto Alegre: Síntese, 2001.

PIRES, Paulo Valois. **A evolução do Monopólio Estatal do Petróleo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização: Privatização, Concessões e Terceirizações**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SOUZA, Rodrigo Pagani de; SUNDFELD, Carlos Ari. Licitações nas Estatais: Levando a Natureza Empresarial a sério. In: **Contratações Públicas e seu Controle**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Princípios Desconcertantes do Direito Administrativo. In: **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2013.