



**Larissa Santiago Gebrim**

**A ADOÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO PELA  
PETROBRÁS SOB AS PERSPECTIVAS DO STF E DO TCU**

**Monografia apresentada à  
Escola de Formação da  
Sociedade Brasileira de  
Direito Público – SBDP sob  
a orientação do Prof.  
André Janjácomo Rosilho.**

**SÃO PAULO**

**2013**

**Resumo:** O objetivo do presente estudo é analisar, a partir de pesquisa jurisprudencial, como o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Tribunal Contas da União (TCU), interpretam e aplicam a adoção de Procedimento Licitatório Simplificado pela Petrobrás. Nesse sentido constatou-se que o STF tem posição favorável em relação ao regulamento próprio, sendo paradigmática a decisão proferida pelo Min. Gilmar Mendes no MS 25.888 MC. No entanto, o posicionamento do STF se dá em decisões monocráticas e cautelares, o que faz o órgão de controle questionar o caráter vinculante de tais manifestações. Já o TCU, se mostra contrário à adoção do regulamento próprio pela Petrobrás, e firmou sua posição na Decisão 663/2002. O principal fundamento da referida decisão é que o Decreto 2.745/98, que aprovou o Procedimento Licitatório Simplificado, advém de delegação imprópria do art. 67 da Lei do Petróleo, sendo, portanto, inconstitucional. O TCU, após as manifestações do STF, manteve sua posição contrária ao Procedimento Licitatório Simplificado, mas passou a utilizar novos argumentos, como os princípios que regem a atuação administrativa.

**Decisões citadas: (STF)** - ADI 3.273; ADI 3.366; ADI/MC 3.596; MS 31.235 MC; MS 30.349; MS 28.744 MC; MS 29.326 MC; MS 29.123 MC; MS 27.743; MS 27.337; MS 25.888 MC; MS 30.358 AgR; MS AgR 25.481; AC 1.193 MC-QO; MS 28.626; MS 27.837; MS 26.783 MC-ED; MS 29.468 MC; MS 28.745 MC; MS 28.504; RE 441.280; MS 28.252; MS 27.344; MS 27.796; MS 25.986 ED-MC; MS 26.808; MS 26.410 e MS 27.232. **(TCU)** - Acórdão 125/1998; Decisão 156/2000; Acórdão 663/2002; Decisão 645/2002; Acórdão 447/2003; Acórdão 29/2004; Acórdão 101/2004; Acórdão 1390/2004; Acórdão 1842/2005; Acórdão 392/2006; Acórdão 549/2006; Acórdão 908/2006; Acórdão 266/2007; Acórdão 501/2007; Acórdão 624/2007; Acórdão 866/2007; Acórdão 920/2007; Acórdão 1125/2007; Acórdão 1678/2007; Acórdão 2176/2007; Acórdão 39/2008; Acórdão 132/2008; Acórdão 422/2008; Acórdão 710/2008; Acórdão 1969/2008; Acórdão 2115/2008; Acórdão 1854/2009; Acórdão 1732/2009; Acórdão 1910/2009; Acórdão 2413/2009; Acórdão 2745/2009; Acórdão 328/2010; Acórdão 405/2010; Acórdão 560/2010; Acórdão 1097/2010; Acórdão 8356/2010; Acórdão 1548/2011; Acórdão 1689/2011; Acórdão 1784/2011; Acórdão 2834/2011.

**Palavras-chave:** Licitação; Procedimento Licitatório Simplificado; Petrobrás; STF; TCU.



*A Eloisa, Luiz Henrique, Gabriel e Lucas.*

## **Lista de Abreviaturas**

AC – Ação Cautelar

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AgR – Agravo Regimental

EC – Emenda Constitucional

MC – Medida Cautelar

MS – Mandado de Segurança

QO – Questão de Ordem

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

TCU - Tribunal de Contas da União

TJ – Tribunal de Justiça

## Sumário

|   |    |
|---|----|
| <b>1. INTRODUÇÃO</b> .....  | 7  |
| <b>2. LICITAÇÕES NAS EMPRESAS ESTATAIS</b> .....  | 15 |
| <b>3. EC 9/95, EC 19/98 E A LEI DO PETRÓLEO: A INTRODUÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA PARA A EXPLORAÇÃO DO PETRÓLEO E ÀS EMPRESAS ESTATAIS</b> ..... | 20 |
| <b>4. REGULAMENTO PRÓPRIO VERSUS LEI 8.666: AFINAL, EM QUE DIFEREM?</b> .....   | 25 |
| <b>5. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL: O REGULAMENTO PRÓPRIO DA PETROBRÁS NO STF E TCU</b> .....  | 27 |
| 5.1. STF.....   | 27 |
| 5.1.1. <i>Do método de seleção das decisões</i> .....   | 27 |
| 5.1.2. <i>Perfil dos casos analisados</i> .....   | 31 |
| 5.1.3. <i>Análise dos casos</i> .....   | 32 |
| 5.2. TCU: A PERSPECTIVA DO ÓRGÃO DE CONTROLE .....  | 45 |
| 5.2.1. <i>Do método de seleção das decisões</i> .....   | 45 |
| 5.2.2. <i>Do perfil dos casos analisados</i> .....  | 49 |
| 5.2.3. <i>Análise dos casos</i> .....   | 50 |
| 5.2.3.1. Primeiro momento: a postura do TCU antes da edição do Procedimento Licitatório Simplificado.....                                     | 50 |
| 5.2.3.2. Segundo momento: após a adoção do Procedimento Licitatório Simplificado pela Petrobrás.....  | 53 |
| 5.2.3.3. Terceiro momento: a argumentação do TCU após manifestações do STF .....  | 58 |
| 5.3. STF E TCU: HÁ INTERAÇÃO ENTRE OS ÓRGÃOS DECISÓRIOS?.....   | 65 |
| 5.3.1. <i>Súmula 347, Parecer AC-15 da AGU, e controle de constitucionalidade pelo TCU</i> .....  | 65 |
| 5.3.2. <i>Dos efeitos das decisões do STF no TCU</i> .....  | 70 |
| 5.3.3. <i>Consequências da (não) interação constatada entre o STF e o TCU</i> .....   | 72 |
| <b>6. SÍNTESE DOS RESULTADOS OBTIDOS PELA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL</b> .....   | 73 |
| <b>7. PARA ALÉM DO CASO PETROBRÁS</b> .....   | 75 |
| <b>8. REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO</b> .....   | 85 |

## 1. Introdução

Se me proponho a estudar o caso envolvendo a adoção do Procedimento Licitatório Simplificado pela Petrobrás, considero relevante, já na Introdução, proceder a uma descrição do que consiste, afinal, o caso Petrobrás, e o contexto no qual se insere.

Inicialmente, cabe destacar que o estudo do caso da Petrobrás se insere em um debate mais amplo acerca do regime jurídico das empresas estatais, tema este bastante debatido na produção acadêmica administrativista<sup>1</sup>.

Em relação ao tema específico das licitações, a edição da Emenda Constitucional 19, em 04 de junho de 1998 (EC 19/98), ao alterar a redação dos art. 22, inc. XXVII, e 173, §1º da Constituição Federal explicitou o regime jurídico conferido especialmente às empresas estatais. A tabela abaixo transcreve os referidos dispositivos constitucionais em suas redações originais e atuais:

| <b>Antes da EC 19/98</b>   | <b>Após a EC 19/98</b>   |
|--|--|
| Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:<br><br>XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle; | Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:<br><br>XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; |

<sup>1</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello se baseia na distinção entre empresas prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica para determinar o regime jurídico aplicável às empresas estatais (MELLO, 2010, p.208). A mesma dicotomia é empregada por Hely Lopes Meirelles para determinar, por exemplo, o modelo licitatório empregado (MEIRELLES, 2011, p. 398). Por outro lado, há parte da doutrina que questiona a referida dicotomia para a definição do regime jurídico das estatais. É o caso, por exemplo, de Carlos Ari Sunfeld e Rodrigo Souza (SOUZA; SUNDFELD, 2013).

|  |  |
|--|--|
| <p>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.</p> <p>§ 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.</p> | <p>Art.173 – (...)</p> <p>§ 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:</p> <p>(...)</p> <p>III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;</p> |
|--|--|

(Tabela 1 – Fonte: elaboração própria)

Tendo em vista a tabela acima, é possível constatar que uma das alterações trazidas pela EC 19/98 é o reforço da possibilidade de um regime licitatório específico para as empresas estatais, em apartado àquele disposto para a Administração direta, autárquica e fundacional, já que, até então, qualquer ente da Administração Pública estava submetido aos ditames da Lei 8.666/93. A previsão constitucional de um modelo de contratações alternativo para as empresas estatais teria como objetivo justamente a conformação do instituto da licitação com as estatais, especialmente com relação a atuação empresarial destas (SOUZA; SUNDFELD, 2013, p. 80).

Até a edição da EC 19/98, se por um lado fosse possível inferir a existência de um modelo de contratações próprio das empresas estatais pela sujeição destas ao regime de direito privado conforme previsto na redação original do art. 173, § 1º da Constituição, a leitura dos art. 22, inc. XXVII, e art. 37, inc. XXI da Constituição Federal sugere a interpretação de

que não haveria qualquer distinção entre as contratações realizadas no âmbito da Administração Direta e Indireta.<sup>2</sup>

O primeiro dispositivo (art. 22, inc. XXVII), em sua redação original, ao estabelecer a competência privativa da União para editar normas gerais de licitação, não diferenciou a Administração Indireta da Direta, no que tange à aplicabilidade das referidas regras. Já o segundo dispositivo citado (art. 37, inc. XXI), que ainda está em vigor na redação original, prevê os princípios aplicáveis a qualquer ente da Administração Pública, e determina como regra geral o dever de processo de licitação pública para a contratação de obras, serviços, compras e alienações. Este fora regulamentado pela Lei 8.666, de 06 de junho de 1993, também conhecida como Lei de Licitações.

A Lei 8.666/93 regulamenta o art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal de 1988 e institui normas de licitação e contratos para a Administração Pública. Conforme destaca André Rosilho, a edição da Lei de Licitações operou profundas mudanças com relação ao tema das licitações nas empresas estatais (ROSILHO, 2013, p. 119), pela razão que se segue.

O art. 1º, parágrafo único foi expresso ao determinar 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”. A partir desse dispositivo é possível extrair não só o inquestionável dever de licitar por parte das estatais, como também a regência dos preceitos da Lei 8.666/93 no procedimento licitatório a ser utilizado. Tal constatação é reforçada pela leitura do art. 119 da Lei de

---

<sup>2</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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

Licitações<sup>3</sup>, o qual prevê a edição de regulamentos próprios pelas empresas estatais, mas sem a derrogação das previsões constantes na lei.

Pelo exposto, é possível inferir que, se por um lado, a EC 19/98 não alterou o dever de licitar pelas empresas estatais, por outro lado, esta rompeu com a lógica da Lei de Licitações de instituir um único regime para toda e qualquer licitação realizada pelo Poder Público. Na perspectiva das empresas estatais, tal mudança significou “aliviar o processo de adstrição das empresas estatais ao regime do direito privado”, já que a própria Constituição Federal de 1988, em sua redação original, “procedeu quase que a uma ‘recaptura’ pelo Direito Público” das entidades com roupagem privada (MARQUES NETO; em prelo, p.5). Desde já, é interessante destacar que se preferiu alterar o regime licitatório das empresas estatais por meio de emenda à Constituição, ao invés de mudança introduzida na própria Lei 8.666/93. Uma explicação plausível para este fato é uma possível inferência que mudanças através de Emenda à Constituição são mais legítimas do que meras alterações à lei, pela própria diferença que existe entre os dois instrumentos no que tange ao processo legislativo. Deve-se levar ainda em consideração que as mudanças à Lei de Licitações costumam serem vistas com desconfiança, pelo próprio espírito “anticorrupção” que envolve a Lei 8.666/93 desde a sua edição.

A própria Constituição Federal de 1988, com a nova redação dada ao art. 22, inc. XXVII prevê que o regime licitatório específico para as empresas estatais se regeria pelas disposições do art. 173, § 1º, III. O art. 173, § 1º, III, conforme se verifica a partir da tabela acima, prevê a edição de lei estabelecendo o estatuto jurídico das empresas estatais, que deverá dispor, entre outros aspectos, sobre o modelo licitatório aplicável a tal ente. Porém, há dúvidas se o dispositivo constitucional prevê a obrigatoriedade da edição de uma lei única, ou se admite que cada empresa estatal edite o

---

<sup>3</sup> 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.

seu próprio estatuto jurídico. No entanto, caso se adote a primeira hipótese, a referida lei, até o momento da realização desta pesquisa não foi editada. Por outro lado, o que se constata é a tendência, por parte de algumas empresas estatais, de terem seus próprios regulamentos licitatórios simplificados autorizados em lei, o que poderia conduzir à segunda hipótese de interpretação do art. 173, § 1º, III da Constituição Federal.

A Petrobrás foi a primeira empresa estatal a ter seu Procedimento Licitatório Simplificado autorizado pela Lei do Petróleo, de número 9.478, em 06 de agosto de 1997, e editado pelo Decreto 2.745 em 24 de agosto de 1998.

A Lei do Petróleo teve como grande objetivo alterar a regulamentação do regime de exploração do petróleo, a partir da “flexibilização” do monopólio detido, até então, pela Petrobrás. Nesse sentido, a Petrobrás passou a atuar em regime de concorrência com empresas privadas. O processo de abertura dos mercados à competição justificaria a necessidade de se revisitar o tema das licitações pelo fato de que:

*“A acirrada competição entre as particulares ‘entrantes’ e as estatais ‘remanescentes’ torna premente, quiçá mais que nunca, que estas últimas (as estatais) sejam submetidas a regime licitatório apropriado – isto é, que não seja rígido a ponto de sufocar sua atuação empreendedora, mas flexível o suficiente para que possam competir em condições de igualdade com suas concorrentes do setor privado” (SOUZA; SUNDFELD, 2013, p. 80)*

Frente à alteração no modelo de exploração do petróleo, a Lei 9.478/97 buscou adequar as licitações da Petrobrás às preocupações explicitadas pelos autores no trecho acima destacado. Logo, o art. 67 da Lei do Petróleo previu que “os contratos celebrados pela Petrobrás, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em Decreto do Presidente da República”. Assim,

foi editado o referido Decreto 2.745/98, aprovando o Procedimento Licitatório Simplificado a ser adotado pela estatal. Tão logo da sua edição, a Petrobrás deixou de aplicar a Lei 8.666/93, e passou a reger seus procedimentos licitatórios pelo Decreto 2.745/98, em conjunção com um Manual interno da estatal, que regulamenta as disposições do regulamento próprio da empresa<sup>4</sup>.

No entanto, as contratações regidas pelo Decreto 2.745/98, passaram a ser questionadas pelo TCU. O órgão de controle, pelos fundamentos posteriormente analisados, em decisão paradigmática (Decisão 663/2002, de relatoria do Min. Ubiratan Aguiar, e julgada em 09 de junho de 2002), determinou que a Petrobrás se abstivesse de aplicar o regulamento próprio, e aplicasse a Lei 8.666/93. A referida decisão paradigmática firmou a jurisprudência do TCU, que passou a replicar a referida determinação.

Inconformada, a Petrobrás, através de diversos Mandados de Segurança impetrados no STF, passou a questionar as determinações feitas pelo TCU, em especial, através de medidas cautelares. O STF, por sua vez, passou a conceder as cautelares pleiteadas pela Petrobrás, em sede de decisões monocráticas sem, contudo, emitir posicionamento definitivo da Corte acerca do tema, ainda que os Ministros fundamentassem suas decisões monocráticas, majoritariamente, em posicionamento firmado pelo Min. Gilmar Mendes, na ocasião do julgamento do MS 25.888, em 22 de março de 2006.

Passados treze anos da edição do Decreto 2.745/98, e sete após a concessão da medida cautelar pelo Min. Gilmar Mendes no MS 25.888, não há, ainda, posicionamento definitivo da Corte sobre o tema. Nesse meio tempo, o TCU, na maioria de suas manifestações, continua a replicar o entendimento esboçado no caso paradigmático.

---

<sup>4</sup> A Petrobrás tem suas contratações não só regidas pelo Decreto 2.745/98, como também por um Manual interno de contratações. O Manual interno de contratações é editado pela própria empresa e tem como objetivo complementar, nos aspectos operacionais, o Procedimento Licitatório da Petrobrás, servindo como meio de orientação para as contratações para a estatal. Nesse sentido vide <http://sites.petrobras.com.br/CanalFornecedor/portugues/requisitocontratacao/requisitocontratacao.asp>. Acesso em 12 de novembro de 2013.

Nesse cenário de incerteza quanto ao procedimento licitatório a ser aplicado à Petrobrás (regulamento próprio ou Lei de Licitações), me interessa entender não só os pontos de divergência nas perspectivas do STF e TCU, mas também de que modo os argumentos dos dois órgãos impactam no “figurino empresarial” da Petrobrás, e na própria opção do Estado em atuar por meio de empresas estatais. Afinal, a Petrobrás é composta não apenas por capital do Estado, mas também por diversos perfis de investidores em seus 573.201 acionistas, dentre eles, fundos de pensão privada, pequenos investidores, dentre outros investidores institucionais nacionais e estrangeiros<sup>5</sup>. Ademais, de acordo com PFC Energy, empresa global de consultoria especializada na indústria de petróleo e gás, a Petrobrás figura como a 7ª maior empresa de energia do mundo, contando com 85.065 funcionários, presença em 25 países, e investimentos da ordem de 84 bilhões de reais.<sup>6</sup>

Além da relevância econômica e política, e do fato de a Petrobrás ter sido a primeira estatal a adotar um Procedimento Licitatório Simplificado, a contraposição entre as posturas firmadas pelo STF e TCU cria um cenário propício para a análise da relação institucional entre os dois órgãos, e a diferente perspectiva de cada um, em relação ao mesmo ponto.

Portanto a grande questão que move o presente estudo, ainda que soe tautológico frente ao título, pode ser formulada nos seguintes termos: de que modo o Procedimento Licitatório Simplificado adotado pela Petrobrás é visto nas perspectivas do STF e do TCU?

Para responder a pergunta de pesquisa, o trabalho está estruturado em sete partes.

Inicialmente, faço uma breve exposição sobre o tema das licitações nas estatais, explicitando os dispositivos normativos que versam sobre a

---

<sup>5</sup> Número de investidores obtidos no sítio da Petrobrás. Disponível em: <http://www.petrobras.com.br/pt/quem%2Dsomos/perfil/>. Acesso em 27 out. de 2013. A referência sobre os diversos perfis de investidores foi obtida através de planilha que representa a distribuição do capital social da estatal. Disponível em: <http://www.investidorpetrobras.com.br/pt/governanca/capital-social/>. Acesso em 18 de novembro de 2013.

<sup>6</sup> Dados obtidos no sítio da Petrobrás. Disponível em: <http://www.petrobras.com.br/pt/quem%2Dsomos/perfil/>. Acesso em 27 de outubro de 2013.

matéria, a origem do dever de licitar das estatais e a importância do estudo empírico para o tema do regime jurídico das estatais.

Em seguida, aprofundo o contexto da edição do Procedimento Licitatório Simplificado, marcado pela edição das Emendas Constitucionais 9/95, 19/98, além da Lei do Petróleo, já que tratei deste aspecto brevemente nesta Introdução.

No capítulo seguinte, exemplifico algumas diferenças entre o regime licitatório previsto na Lei 8.666/93, e aquele previsto no Procedimento Licitatório Simplificado adotado pela Petrobrás, que caracterizariam supostas vantagens sob a ótica da estratégia empresarial da estatal.

Finalmente, após reconstruir os diferentes aspectos relevantes para a compreensão do caso Petrobrás, apresento a análise empírica que realizei, a partir da jurisprudência tanto do STF, quanto do TCU, sistematizada a partir da utilização da ferramenta de pesquisa dos respectivos sítios. Este capítulo é composto por três partes. Na primeira delas analiso a jurisprudência do STF, explico o método empregado para encontrar as decisões e fichá-las, e mapeio os argumentos encontrados no universo de casos estudados. Na segunda parte, organizada em três momentos distintos, faço o mesmo, só que com as decisões do TCU. Na terceira parte, faço uma análise da interação que pude constatar entre o STF e TCU, tendo como foco a competência de controle de constitucionalidade por parte do TCU, pela perspectiva da Súmula 347 do STF e pelo Parecer AC-15/AGU, aprovado em 12 de julho de 2004 pelo Presidente da República, e os efeitos das decisões do STF no TCU.

Passada a análise jurisprudencial, sistematizo brevemente os resultados obtidos.

Por fim, termino o presente estudo evidenciando de que forma as conclusões obtidas pelo estudo do caso Petrobrás transbordam o caso analisado e geram implicações em outras empresas estatais.

## 2. Licitações nas empresas estatais

O tema das licitações nas empresas estatais, se localiza no epicentro das tensões entre o direito público e privado. Isso porque, por um lado, a regra geral aplicada às estatais seria o direito privado, em decorrência da adoção da forma de sociedade limitada ou anônima para sua atuação, conforme se depreende da leitura do art. 173, § 1º, inc. II, na atual redação<sup>7</sup>. No entanto, existem exceções à regra da submissão das estatais ao regime privado, que atraem consigo características típicas do Direito Público.

Sobre o tema mais amplo do regime jurídico das empresas estatais, transcrevo, inicialmente, trecho da dissertação de mestrado de Henrique Motta Pinto sobre o tema:

*“Portanto, como entidades estatais com personalidade jurídica de direito privado, as empresas estatais têm seu regime jurídico básico formado a partir das normas de direito privado. Sobre este regime normativo básico é que incidirão normas próprias, que excepcionalmente afastarão as normas de direito privado para substituí-las por normas de direito público. Por isso, tais normas próprias podem ser categorizadas como excepcionalidades, que podem ser de três espécies, conforme elas sejam neutras, restritivas ou vantajosas, diante das normas excepcionadas. Falaremos, assim, em peculiaridades, limitações e privilégios, respectivamente.” (PINTO, 2010, p. 44)*

---

<sup>7</sup> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

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

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

A obrigação das empresas estatais de licitar, na terminologia empregada pelo autor acima citado, como "excepcionalidades" à aplicação das regras de direito privado, se enquadraria na espécie "limitações". Conceitua o autor como limitação "normas próprias às empresas estatais, que impõem restrições à atuação empresarial do Estado. (...) Esta relação de controle por uma pessoa de direito público faz com que a empresa seja estatal, e assim sofra o influxo de normas incidentes sobre a administração pública" (PINTO, 2010, p. 47).

As regras que determinam o dever de licitar às empresas estatais, entendidas, portanto, como "limitações", foram inicialmente previstas no Decreto-lei 2.300, de 21 de novembro de 1986, o qual, em seu art. 86, estabelecia 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".

O que se constata a partir da edição do Decreto-lei 2.300/86 é uma progressiva mitigação do regime de direito privado inicialmente previsto às empresas estatais, e conseqüente maior aproximação destas ao direito público. Tal mudança progressiva do regime jurídico conferido às estatais tem seu ápice com a Constituição de 1988 e posterior edição da Lei 8.666/93.

Com o advento da Constituição de 1988, o art. 22, inc. XXVII, ao definir as competências privativas da União, estabeleceu desta competência para editar normas gerais de licitação e contratação para toda administração pública, sem qualquer tipo de distinção entre a administração direta e indireta, tal como havia no Decreto-lei 200, de 25 de fevereiro de 1967<sup>8</sup>. Do mesmo modo, o art. 37, inc. XXI, ao estabelecer um dever geral

---

<sup>8</sup> O Decreto-lei 200/67 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 em ". Portanto, não havia qualquer menção às empresas estatais, o que conduzia a conclusão de que estas não estavam submetidas ao dever de licitar.

de licitação à Administração Pública, também não fez alusão à administração direta/indireta. Porém, mesmo em sua redação original não havia na Constituição Federal qualquer vedação a existência de diferentes regimes licitatórios entre os entes da Administração Pública. Tal possibilidade poderia ser extraída, por exemplo, da leitura do art. 173, § 1º, em sua redação original, o qual previa, como regra geral, a submissão das estatais às regras de direito privado (SOUZA; SUNDFELD, 2013, p. 85)<sup>9</sup>.

Em 06 de junho de 1993, por sua vez, foi editada a Lei 8.666/93. Em seu art. 1º, parágrafo único, a 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”.

Ainda com relação as empresas estatais, a Lei 8.666/93 contém disposição semelhante àquela constante do art. 86 do Decreto-lei 2.300/87. Nesse sentido, prevê em seu art. 119 a edição de regulamentos próprios pelas sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União.

No entanto, há uma diferença significativa entre o art. 86 do Decreto-lei 2.300/87 e o art. 119 da Lei de Licitações. O Decreto-lei 2.300/87 previa que editados os regulamentos próprios, tais entes não mais se submeteriam às disposições ali presentes. Todavia, a Lei 8.666/93 definiu que a edição dos regulamentos próprios não excluiria a sujeição dos referidos entes à Lei de Licitações. Portanto, dadas as regras definidas na Lei 8.666/93, é possível concluir que esta reduziu significativamente a flexibilidade do regime licitatório conferido às empresas estatais, e anulou a efetividade da existência de regimes licitatórios distintos, como forma de reforçar a

---

<sup>9</sup> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º - A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

estratégia de moralização da gestão pública traçada pelo constituinte originário (MARQUES NETO, PALMA, em prelo, p. 11).

Contudo, a edição da EC 19/98 reforçou a existência de modelos licitatórios distintos entre a Administração Direta (art. 37, inc. XXI) e Indireta (art. 173, § 1º, III), de forma a, teoricamente, compatibilizar a atuação empresarial do ente privado com um instituto tipicamente de direito público. Com as mudanças por ela introduzidas, é possível que alguns dispositivos da Lei 8.666/93, tais como o art. 1º e 119 já citados, ou não tenham sido recebidos, ou mereçam interpretação conforme (MARQUES NETO, PALMA, em prelo, p. 11). Esse é um ponto relevante a ser analisado na jurisprudência do STF, de modo a mapear a solução proposta pelos Ministros, ou até mesmo, se estes vislumbram uma incompatibilidade na Lei 8.666/93 em decorrência da edição da EC 19/98.

Com o advento da EC/19 e da própria aprovação do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobrás pelo Decreto 2.745/98, constata-se uma tendência de serem editadas leis autorizando as estatais a editarem regulamentos próprios. Destaco, assim, a autorização para a edição dos regulamentos próprios da Eletrobrás, previsto pela Lei 11.943, de 28 de maio de 2009, Infraero, conforme dispõe a Lei 5.862/72, de 12 de dezembro de 1972, com nova redação dada pela Lei 12.833/13 e da Hemobrás, nos termos do Decreto 5.402, de 28 de março de 2005.

Tal iniciativa, por um lado, parece concretizar a previsão constitucional de existência de modelo licitatório distinto para as empresas estatais e, de outro, marca o afastamento do regime jurídico das estatais com relação à Administração Direta e Autárquica (MARQUES NETO; PALMA, em prelo, p. 5).

No entanto, o estudo jurisprudencial no âmbito do STF e TCU se revela necessário para analisar de que modo é vista e interpretada a diferenciação do modelo licitatório das empresas estatais com relação aos outros entes.

Quanto ao STF, o estudo se justifica pelo fato de a previsão de modelos distintos de licitação para a Administração Direta e Indireta estar em nível constitucional, além da constatação de que a Corte já decidiu aspectos marcantes do regime jurídico das empresas estatais. Em relação a temas decididos pela Corte, destaco a afirmação de privilégios para as empresas estatais prestadoras de serviço público (PINTO, 2010, p.13).

Já em relação ao TCU, o estudo de sua jurisprudência é relevante pelo fato de o órgão de controle ser uma das primeiras instâncias a interpretar e aplicar a existência de modelo alternativo de contratações nos casos concretos, e ter ainda competência para fazer determinações.

Por fim, considerando-se o exposto neste capítulo, constatou-se que as normas que ditam o dever de licitar para as empresas estatais podem ser conceituadas como "limitações", dentre as "excepcionalidades" ao regime de direito privado de tal ente. Em adição, foi exposto que a edição da EC 19/98 foi significativa para a determinação do regime jurídico de tais "limitações", ao explicitar que o modelo licitatório das empresas estatais é distinto daquele previsto à Administração Direta. Nesse sentido, a edição da EC 19/98 e do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobrás impulsionaram a tendência da edição de leis autorizando que fossem editados regulamentos próprios de contratação às empresas estatais. Tal tendência se justifica como uma maneira de se coadunar o dever de licitar imposto às empresas estatais com a atividade empresária por elas desenvolvida. Por outro lado, argumentou-se que os efeitos das mudanças introduzidas pela EC 19/98, e a admissão da adoção de regulamento próprio pela Petrobrás dependem da interpretação de órgãos como o STF e TCU. Por tal razão, concluí pela relevância do estudo jurisprudencial na definição do modelo jurídico das estatais.

No próximo capítulo, ofereço uma contextualização da aprovação do regulamento próprio de licitações da Petrobrás, a partir da edição da EC 9/95, EC 19/98 e Lei do Petróleo.

### **3. EC 9/95, EC 19/98 e a Lei do Petróleo: a introdução de um novo paradigma para a exploração do petróleo e às empresas estatais**

Um dos passos necessários para que se tenha total domínio da controvérsia suscitada através da adoção do Procedimento Licitatório Simplificado pela Petrobrás é a compreensão não só do Decreto 2.745/98, que o prevê, como também da Lei 9.478/97, e das Emendas Constitucionais nº 9/95 e 19/98. Para tal tarefa, acredito que a reconstrução histórica dos referidos instrumentos normativos será interessante para a contextualização do leitor. Por outro lado, não nos basta inserir o Decreto 2.745/98, a Lei do Petróleo e as EC 9/95 e 19/98 em suas respectivas datas de edição. Nesse sentido, pretendo mapear possíveis objetivos que conduziram a conclusão da necessidade da edição destes instrumentos, assim como eventuais questionamentos suscitados pela sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro.

Definidos os objetivos acima delimitados, passo a reconstruir, inicialmente, a edição da Emenda Constitucional 9, de 9 de novembro de 1995.

A referida emenda se insere em um processo de “desregulação da indústria petrolífera”, ao eliminar a exigência de que as atividades pertencentes ao setor petrolífero fossem desenvolvidas exclusivamente pelo Estado, na figura das empresas estatais, em especial, a Petrobrás, empresa estatal federal (SUNDFELD, 2000, p. 385). Nesse sentido, a EC 9/95 alterou a redação dada ao art. 177 da seguinte forma:

| <b>Antes da EC 9/95</b>  | <b>Após a EC 9/95</b>   |
|--|---|
| Art. 177. Constituem monopólio da União:<br><br>I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;<br><br>§ 1º O monopólio previsto neste artigo | Art. 177. Constituem monopólio da União:<br><br>I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos.<br><br>§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a |

|  |   |
|--|---|
| <p>inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades nele mencionadas, sendo vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, ressalvado o disposto no art. 20, § 1º.</p> | <p>realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.</p> <p>§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:</p> <p>I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;</p> <p>II - as condições de contratação;</p> <p>III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;</p> |
|--|---|

(Tabela 2 – Fonte: Elaboração Própria)

Tendo em vista as alterações introduzidas pela EC 9/95, conclui-se que esta não “quebrou” o monopólio do petróleo, mas apenas flexibilizou-o, ao determinar o fim da exclusividade da exploração das atividades englobadas pelo monopólio por empresa estatal federal. Quanto ao monopólio, destaca-se que não era qualquer atividade que estava e está abrangida pelo monopólio, já que exclui-se, por exemplo, o transporte de derivados do petróleo por caminhões. Portanto, às atividades abrangidas pelo monopólio previsto no art. 177 da Constituição de 1988, o acesso empresarial se dá por meio de concessão. Já no caso das outras atividades do setor, a relação com o poder público se dá mediante autorização (SUNDFELD, 2010, p. 391).

O art. 177, na nova redação dada pela EC 9/95, prevê em seu § 2º a edição de lei para dispor sobre (i) a garantia do fornecimento dos derivados do petróleo em todo o território nacional, (ii) as condições de contratação e (iii) a estrutura e atribuições de órgão regulador para o setor. Para tanto, foi editada a Lei 9.478/97, conhecida como Lei do Petróleo, em 6 de agosto de 1997, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências.

A lei 9.478/97 teve alguns de seus dispositivos questionados no STF pelas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3273, 3366. Tais decisões

foram encontradas através de busca no sítio do STF, a partir do método a ser apresentado no item 5.1.1 (“Do método de seleção de decisões”).<sup>10</sup>

A ADI 3366 foi proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), em 9 de dezembro de 2004, e questionava a constitucionalidade dos dispositivos da Lei 9.478/97 que, em síntese, diziam respeito (i) à propriedade do petróleo conferida ao concessionário, (ii) modo pelo qual as concessões se extinguiriam, (iii) licitação para outorga dos contratos de licitação e (iv) a exportação e importação do petróleo extraído. Por meio de despacho, o Min. Eros Grau, relator do caso, determinou a tramitação da ADI 3366, em apenso à ADI 3273.

A ADI 3273, por sua vez, foi proposta pelo Governador do Paraná, em 9 de agosto de 2004, e questionava a constitucionalidade dos mesmos dispositivos da Lei 9.478/97 apontados na ADI 3366, em face dos art. 1º, 2º, 4º, 20º, inc. V e IX, 23, inc. I e X, 170 e 177. A ADI foi julgada inteiramente improcedente, por maioria, sendo vencidos os Min. Britto (Relator), Marco Aurélio e Joaquim Barbosa.

Ainda que o propósito do presente estudo não seja realizar uma análise profunda dos argumentos expostos por cada Ministro, é interessante notar o modo cuidadoso com que alguns membros da Corte tratam do tema da flexibilização do monopólio do petróleo, passando pelo tópico da soberania nacional, a retomadas históricas da exploração do petróleo.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Considerando que o objeto da presente monografia é o estudo do Procedimento Licitatório Simplificado pela Petrobrás, os termos de busca utilizados não são os mais adequados para se encontrar as ADIs que questionam a Lei do Petróleo. Assim, das 5 decisões que a questionavam, encontrei com a ferramenta de pesquisa e o método descrito no item 5.1.1, 4 destas. Porém, não sendo o objeto central do trabalho, não considero tal fato problemático, já que aqui tais ADIs são meramente ilustrativas.

<sup>11</sup> Assim, apenas transcrevo um breve trecho dos votos divergentes dos Min. Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio, de forma a ilustrar ao leitor o debate travado na Corte. Segundo o Min. Marco Aurélio, na página 190 do acórdão: “O principal argumento que justificou a edição da EC 9/95 foi a necessidade de investimentos externos para financiar as atividades de exploração. Tais investimentos são necessários e bem-vindos. Entretanto vincular a participação das empresas privadas à entrega da propriedade do bem é desconhecer como o mercado internacional de petróleo opera e operou, é esvaziar o instituto do monopólio. Mundialmente o regime de concessões vem sendo progressivamente abandonado, porque significa perda de propriedade e, de soberania”. Já o Min. Sepúlveda Pertence rebateu dizendo que “Eu acompanharia, com grande amor, os votos dos Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio; o primeiro, pleno de nossos sentimentos; o segundo, de exaltação cívica, a me fazer reviver os tempos distantes de pregar nas esquinas (...) que o “petróleo é nosso”, e que “ninguém tocará na Petrobrás”. Mas, com todas as vênias, a arguição de

Passado um breve relato sobre os questionamentos suscitados pela Lei 9.478/97, explicito que a Lei do Petróleo, em sua redação original, já trazia a previsão contida no art. 67, qual seja, "os contratos celebrados pela Petrobrás, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em Decreto do Presidente da República". Tal previsão parece se justificar pelo fato de que com a EC 9/95 e a permissão para a atuação de empresas privadas do setor, a Petrobrás passou a estar submetida a um regime de competição, no qual suas concorrentes, por não serem empresas estatais brasileiras, não estão submetidas a Lei 8.666/93.

A edição da EC 19, de 4 de junho de 1998, trouxe novas alterações não apenas para a Petrobrás, como para as empresas estatais em geral, em meio a proposta de uma reforma administrativa. Conforme já explicitado na Introdução, e representado na Tabela 1, destaca-se, para os fins do presente estudo, as mudanças nas redações dos art. 22, inc. XXVII e 173, § 1º, inc. III.

Com relação ao art. 22, inc. XXVII, por um lado permaneceu a competência privativa da União de legislar normas gerais de licitação e contratações. Porém, como já explicitado em outros momentos, a nova redação dada ao artigo admite a interpretação da existência de dois regimes para a administração pública: um para a Administração Direta e outro para as empresas públicas e sociedades de economia mista. O primeiro deles obedeceria ao disposto no art. 37, inc. XXI, enquanto o segundo, ao art. 173, § 1º, III. Porém, devido a complexidade do tema e intensidade dos debates, outras interpretações são cabíveis como, por exemplo, de que o art. 173, § 1º, III teria aplicação restrita a empresas estatais exploradoras de atividade econômica.

Ainda que se debata seu âmbito de aplicação, o art. 173, § 1º, III, em relação ao regime de contratações das empresas públicas e sociedades

---

*inconstitucionalidade, (...) a meu ver, soa o que Barbosa Moreira tem chamado de "interpretação retrospectiva", com uma grande dose de "wishful thinking": a primeira, por insistir em ler na Constituição o que nela já não está; o segundo, por ler a Constituição e a lei de acordo com o que desejaríamos que continuassem a ser. Mas não são mais.*" (Min. Sepúlveda Pertence, p. 270)

de economia mista prevê a edição de lei para dispor sobre a questão da criação de um estatuto jurídico de tais empresas, com participação estatal. No entanto, a referida lei, até a data de elaboração da presente monografia, não foi editada, ainda que já existam projetos em tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado<sup>12</sup>.

Segundo Sundfeld e Souza, “a ausência desta lei geral, porém, não significa que não possa existir norma legal a disciplinar as licitações e contratações de determinada empresa ou conjunto de empresa” (SUNDFELD; SOUZA, 2013, p. 95).

Nesse sentido, em 29 de agosto de 1998, foi editado o Decreto 2.745/98, o qual aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRÁS, previsto no art. 67 da Lei nº 9.478. Aprovado o Decreto 2.745/98, a estatal passou a reger suas contratações pelo Procedimento Licitatório Simplificado, deixando, então, de aplicar a Lei 8.666/93. Porém, não editado em lei o estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista, caso se interprete que o art. 173, § 1º, III prevê a edição de lei única, a previsão para a edição de regulamentos próprios, para além do art. 67 da Lei 9.478/97, estava na própria Lei 8.666/93, em seu art. 119. Por outro lado, a referida disposição não afastava a aplicação da Lei 8.666/93, conforme explicitado no item anterior.

No cenário acima descrito, as contratações realizadas pela Petrobrás passaram a ser contestadas no TCU, e posteriormente, as determinações do órgão de controle foram questionadas no STF. A questão que se coloca é: por qual razão o órgão de controle passou a questionar e determinar o afastamento da aplicação do Decreto 2.745/98? Como o TCU e o STF lidam com a não edição da lei dispondo sobre o estatuto jurídico das estatais? Tal

---

<sup>12</sup> Destaco dos Projetos de Lei que se propõem a regulamentar o art. 173, § 1º, III. Primeiramente destaco o Projeto de Lei de nº 622, apresentado em 01 de março de 2011, pelo deputado Rodrigo Garcia do DEM/SP. O referido projeto foi aprovado, com emendas, em 25 de abril de 2012, pela Comissão de Trabalho e Administração e Serviço Público, devendo passar ainda por outras Comissões. Outra iniciativa existente consiste no Projeto de Lei do Senado 238, proposto pelo Senador Dias do PSDB/PR, de 2009, cujo próximo passo é a realização de audiências públicas no âmbito da Comissão de Constituição de Justiça.

fato altera o entendimento da admissibilidade da edição de regulamentos próprios?

São estas manifestações do TCU e STF objeto de estudo no Cap. 6, o qual analisa empiricamente como o Regulamento Próprio da Petrobrás foi interpretado na perspectiva do STF, de um lado, e do TCU, de outro. Porém, antes de apresentar a análise empírica, passo a exemplificar algumas diferenças existentes entre o Procedimento Licitatório Simplificado adotado pela Petrobrás, e a Lei 8.666/93, que caracterizariam supostas vantagens na aplicabilidade do primeiro modelo, frente ao segundo.

#### **4. Regulamento Próprio versus Lei 8.666: afinal, em que diferem?**

Antes de apresentar a análise empírica realizada no âmbito do STF e TCU, acredito ser interessante exemplificar algumas diferenças fundamentais entre a Lei 8.666/93, e o regulamento próprio adotado pela Petrobrás. Tal passo me parece de extrema relevância já que algumas das diferenças entre os procedimentos licitatórios podem ser pontos considerados problemáticos pelo órgão de controle.

Para diferenciar o Procedimento Licitatório Simplificado e a Lei 8.666/93, faço uma análise exemplificativa de duas diferenças existentes entre os regimes licitatórios.

A primeira grande inovação trazida pelo Decreto 2.745/98 diz respeito à previsão de contratação integrada. Nesse sentido, prevê o item 1.9 do referido Decreto que *"sempre que economicamente recomendável, a PETROBRÁS 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 pelo contratante.

Este modelo de contratação ganhou mais visibilidade ao ser previsto na Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011, que institui Regime Diferenciado de Contratações (RDC), no qual figura como um dos modelos de contratação.

Dentre as supostas vantagens identificadas neste tipo de contratação é possível apontar a maior previsibilidade do custo total envolvido no projeto, maior integração entre o projeto e a execução, atribuição de responsabilidade em um único contratado, dentre outras (BRUTO, 2013).

O modelo de contratação integrada não é previsto na Lei 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<sup>13</sup>.

Outra diferença entre o procedimento licitatório previsto na Lei 8.666/93 e o do Decreto 2.745/98, consiste na forma de escolha da modalidade de licitação a ser adotada.

A lei 8.666/93 estabelece critério objetivo à determinação da modalidade de licitação, no caso de contratação de obras e serviços, nos termos do art. 23 da referida lei, sendo (i) convite até cento e cinquenta mil reais, (ii) tomada de preços até um milhão e quinhentos reais, (iii) concorrência, acima de um milhão e quinhentos reais<sup>14</sup>. 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 2.745/98, o legislador optou, no item 3.3, por traçar apenas critérios que devem ser levados em conta para a determinação da modalidade de licitação. Os fatores não são taxativos e abrangem a (i) necessidade de atingimento do segmento industrial, comercial ou de

---

<sup>13</sup> Art. 9º. Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica.

<sup>14</sup> Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia:

a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);

b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);

c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais)

negócios correspondente à obra, serviço ou fornecimento a ser contratado, (ii) participação ampla dos detentores da capacitação, especialidade ou conhecimento pretendidos, (iii) satisfação dos prazos ou características especiais da contratação, (iv) garantia e segurança dos bens e serviços a serem oferecidos, (v) velocidade de decisão, eficiência e presteza da operação industrial, comercial ou de negócios pretendida, (vi) peculiaridades da atividade e do mercado de petróleo, (vii) busca de padrões internacionais de qualidade e produtividade e aumento de eficiências, dentre outros.

Pelo exposto, é possível constatar que existem, de fato, diferenças significativas entre a Lei 8.666/93 e o Decreto 2.745/98. Resta analisar empiricamente se, em especial o TCU, entende como problemática alguma mudança específica trazida pelo Procedimento Licitatório Simplificado, ou se, para o órgão de controle, qualquer alteração ao modelo licitatório previsto na Lei 8.666/93 já seria, por si só, inadmissível.

## **5. Análise Jurisprudencial: o Regulamento Próprio da Petrobrás no STF e TCU**

### **5.1. STF**

#### **5.1.1. Do método de seleção das decisões**

As decisões analisadas do STF foram selecionadas a partir de busca realizada no sítio do próprio Supremo Tribunal Federal no dia 28 de junho de 2013. Para tanto, utilizei a ferramenta de pesquisa livre, e digitei os termos (i) licit\$ e empresa adj2 estatal; (ii) licit\$ e sociedade adj2 economia adj2 mista; (iii) licit\$ e pessoa adj2 direito adj2 privado; (iv) petrobras e licit\$, (v) procedimento adj2 licit\$ adj2 simplificado, e optando por uma seleção de acórdãos e decisões monocráticas, e sem qualquer filtro temporal<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> A utilização do operador "\$" permite que a pesquisa selecione decisões que contenham a palavra "licit" com quaisquer sufixos tais como "licitar", "licitação" ou "licitações". Já o operador "adj2" busca as palavras colocadas na ferramenta de busca, de forma aproximada, com, no máximo, duas palavras separando-as.

Para selecionar o que era efetivamente pertinente para a pesquisa, após ter digitado os termos acima referidos, procedi a uma seleção das decisões pelas ementas. Quando estas não eram claras, li a íntegra da decisão, tendo como objetivo definir o que estava ou não dentro do escopo do presente trabalho.

Para ter certeza de ter abrangido todos os casos relacionados à matéria da adoção do Procedimento Licitatório Simplificado pela Petrobrás, e garantir que meu universo de análise estivesse devidamente fechado, busquei notar se as decisões encontradas citavam outras, na forma de precedentes. Tal procedimento se mostrou frutífero no âmbito do STF, já que os Ministros recorrentemente se referiam a precedentes relacionados à matéria, como forma de fundamentar a decisão monocrática. Portanto, caso citassem, e tais decisões não tivessem sido encontradas na “pesquisa livre”, eu as incluí na tabela de decisões a serem analisadas. A partir deste método foram incluídos sete casos, quais sejam, MS 28252/DF, MS 27344/DF, MS 27796/DF, MS 25986/DF, MS 26808/DF, MS 26410/DF e MS 27232/DF.

A escolha por incluir decisões que embora citadas pelos Ministros não foram encontradas através da utilização dos termos de busca se mostra justificada, considerando-se que, no âmbito do STF, foram analisadas majoritariamente decisões monocráticas. Isso porque, diferentemente de acórdãos, as decisões monocráticas não possuem ementas, cujos termos poderiam ser utilizados para facilitar a utilização da ferramenta de pesquisa livre do sítio do STF. Não bastando a inexistência de ementas, não é possível verificar a indexação empregada nas decisões monocráticas, de forma a entender por qual razão os termos de busca não captaram certas decisões.

Vale ressaltar que além da busca no sítio do STF através da ferramenta “pesquisa livre”, utilizei o serviço de “Solicitação de Pesquisa”, no qual solicitei decisões que se dedicavam ao tema do dever de licitar nas estatais, sem fazer qualquer tipo de especificação quanto ao caso Petrobrás. O e-mail foi respondido no dia 29 de abril de 2013, e nele alguns precedentes foram transcritos. A resposta da Seção de Jurisprudência

chamou atenção para o RE 441.280, de relatoria do Min. Dias Toffoli, recurso extraordinário este que não constava na “pesquisa livre”, e que é cotado pelos próprios Ministros do STF como o *leading case* para solucionar a questão.

O serviço de “Solicitação de Pesquisa” foi ainda utilizado em casos em que não obstante a decisão monocrática tivesse sido encontrada pelos termos de busca, seu teor estava indisponível.

Com relação ao acesso ao inteiro teor de decisões, faço um adendo em relação ao RE 441.280. Considerando-se que este caso foi apontado como *leading case* pelos próprios Ministros, a análise deste tornou-se inevitável. Porém, no sítio do STF não é possível ter acesso a qualquer decisão já proferida no processo, ainda que este esteja em andamento. Considerando-se que já foram proferidos os votos dos Min. Marco Aurélio e Dias Toffoli, busquei o gabinete dos Ministros para ter acesso aos votos. Porém, apenas o gabinete do Min. Marco Aurélio enviou o inteiro teor do voto, enquanto o gabinete do Min. Dias Toffoli não o fez, com a justificativa de que como o julgamento não foi encerrado, o acesso ao voto não seria permitido.

Dessa forma cheguei ao total de 28 decisões, devidamente sistematizadas na tabela abaixo. Na tabela, a cada busca realizada foram sistematizadas as decisões que até então não haviam sido encontradas. Logo, em certos termos de busca as decisões já sistematizadas por outras buscas não foram representadas, com o objetivo de evitar repetição, e evidenciar o universo final de pesquisa.

| Ferramenta Utilizada           | Tipo Ação         | Julgado em | Relator (Min.) |
|--------------------------------|-------------------|------------|----------------|
| licit\$ e empresa adj2 estatal | ADI 3.273 / DF    | 16/03/05   | Eros Grau      |
|                                | ADI 3.366/DF      | 16/03/05   | Carlos Britto  |
|                                | ADI/MC 3.596      | 18/10/05   | Ellen Gracie   |
|                                | MS 31.235 MC / DF | 26/03/12   | Dias Toffoli   |
|                                | MS 30.349 / DF    | 17/03/11   | Carmen Lúcia   |
|                                | MS 28.744 MC / DF | 11/11/10   | Ellen Gracie   |

|  |                      |              |                     |
|--|----------------------|--------------|---------------------|
|  | MS 29.326 MC / DF    | 13/10/10     | Carmen Lúcia        |
|  | MS 29.123 MC / DF    | 02/09/10     | Gilmar Mendes       |
|  | MS 27.743 / DF       | 06/02/13     | Carmen Lúcia        |
|  | MS 27.337 / DF       | 21/05/08     | Eros Grau           |
|  | MS 25.888 MC / DF    | 22/03/06     | Gilmar Mendes       |
| licit\$ e sociedade adj2 economia adj2 mista | MS 30.358 AgR/DF     | 18/09/12     | Carmen Lúcia        |
|  | MS AgR 25.481/DF     | 04/10/11     | Dias Toffoli        |
| petrobras e licit\$                          | AC 1.193 MC-QO       | 09/05/06     | Gilmar Mendes       |
|  | MS 28.626/DF         | 24/05/13     | Dias Toffoli        |
|  | MS 27.837 / DF       | 06/02/13     | Carmen Lúcia        |
|  | MS 26.783 MC-ED / DF | 05/12/11     | Marco Aurélio       |
|  | MS 29.468 MC / DF    | 19/12/10     | Dias Toffoli        |
|  | MS 28.745 MC / DF    | 06/05/10     | Ellen Gracie        |
|  | MS 28.504 / DF       | 02/03/10     | Ellen Gracie        |
| Solicitação de Pesquisa                      | RE 441.280           | Em andamento | Luiz Fux            |
| Citados em outras decisões                   | MS 28.252/DF         | 23/09/03     | Luiz Fux            |
|  | MS 27.344/DF         | 26/05/08     | Luiz Fux            |
|  | MS 27.796/DF         | 27/01/09     | Carlos Britto       |
|  | MS 25.986 ED-MC / DF | 21/06/06     | Celso de Mello      |
|  | MS 26.808/DF         | 31/10/07     | Rosa Weber          |
|  | MS 26.410/DF         | 15/07/07     | Ricardo Lewandowski |
|  | MS 27.232/DF         | 13/05/08     | Eros Grau           |

(Tabela 3 – Fonte: Elaboração Própria)

Passada a etapa de sistematização e mapeamento das decisões, a partir da leitura do inteiro teor das decisões monocráticas e acórdão, realizei o fichamento das decisões do STF, atenta a critérios como a descrição do caso, questão em debate, argumentos oferecidos pela Petrobrás ou impetrante, argumentos do TCU citados, decisão do STF, se o

resultado foi unânime, fundamentos da decisão, aplicação da Súmula 347, e se cita algum tipo de precedente<sup>16</sup>

### 5.1.2. Perfil dos casos analisados

Para permitir que o leitor melhor compreenda a análise que se segue, passo a traçar brevemente o perfil dos casos analisados, pela ótica das partes, da classe processual, relatores e da questão em debate majoritariamente encontrada. Ainda que algumas informações possam ser depreendidas da tabela representativa do universo final de pesquisa no STF, acredito ser esse um passo necessário.

Quanto às partes, em 21 dos 28 casos, a controvérsia é travada entre a Petrobrás de um lado, como impetrante, e o TCU de outro como impetrado. Nos restantes, os atores que atuam no caso são os seguintes:

| Caso         | Polo Ativo                          | Polo Passivo          |
|--------------|-------------------------------------|-----------------------|
| MS 25.481/DF | Mauá Jurong S/A<br>(impetrante)     | TCU (impetrado)       |
| MS 30.349/DF | Gestor da Petrobrás<br>(impetrante) | TCU (impetrado)       |
| RE 441.280   | Petrosul (recorrente)               | Petrobrás (recorrida) |

<sup>16</sup> Para a sistematização das informações que identificam a decisão analisada, aponte o número da decisão, classe processual, partes, data de julgamento, relator, e se a decisão era monocrática ou colegiada. No critério "questão em debate", fiz uma breve descrição dos antecedentes da decisão, seja do ponto de vista fático, quanto processual. Em adição busquei em tal quesito evidenciar a questão jurídica colocada em debate e a ser apreciada pelo STF. Com relação ao quesito dos argumentos da Petrobrás ou impetrante, busquei elencar os principais argumentos suscitados pela parte no polo ativo da demanda, de forma a mapear a atuação da Petrobrás ou Impetrante nos casos levados ao STF. Já no item dos argumentos do TCU, sistematizei os argumentos do TCU sustentados na decisão recorrida ou no próprio STF, geralmente citados no Relatório, para melhor compreender qual é o objeto de disputa entre a Petrobrás (ou Impetrante) e o TCU. No critério "decisão do STF", explicitarei o dispositivo da decisão. Nos fundamentos da decisão, busquei mapear a linha argumentativa dos Ministros, que conduziu ao resultado final da decisão. Quanto ao quesito "cita precedentes para fundamentar?" objetivou-se sistematizar se os Ministros citam precedentes, e caso sim, quais os precedentes citados. Tal informação é relevante por revelar se os Ministros levam em consideração em suas argumentações os precedentes do STF, e até mesmo se as decisões já proferidas são consideradas como precedentes. Por fim, quanto ao critério que avalia a aplicação da Súmula 347, o objetivo deste quesito é avaliar como o Supremo interpreta o teor da Súmula 347, e se aplica ou não a mesma, já que há uma disputa de poder ( a ser melhor explicada) que permeia a aplicação ou não da Súmula.

|                |                   |                               |
|----------------|-------------------|-------------------------------|
| AC-MC/QO 1.193 | Petrobrás (autor) | Marítima Petróleo Ltda. (réu) |
|----------------|-------------------|-------------------------------|

(Tabela 4 – Fonte: Elaboração Própria)

Conforme a tabela 3 demonstra, das 28 decisões componentes do universo final de pesquisa do STF, 3 constituem decisões colegiadas (1 RE e 2 ADIs), 2 casos são compostos tanto por decisões monocráticas quanto colegiadas (hipótese em que além de MS e/ou MC havia sido interposto AgR) e 23 são decisões monocráticas (entre MS e/ou MC).

Em relação aos relatores, os casos apresentaram uma certa variedade. Manifestaram-se nove Ministros no total, destacando-se as Min. Ellen Gracie e Min. Carmen Lúcia, cada uma com 6 decisões proferidas, seguidas pelos Min. Eros Grau e Gilmar Mendes, com 5 decisões cada um<sup>17</sup>.

Dos 28 casos analisados, apenas 6 transitaram em julgado (ADI 3366, ADI 3273, AC-MC/QO 1.193, MS 28.504, MS 30.349 e MS 25.481). Os outros 22 casos não possuem decisão definitiva, e possuem tempo médio de 5 anos em tramitação.

### 5.1.3. Análise dos casos

Explicitado o método empregado para localizar as decisões, o universo final e o perfil dos casos analisados, procedo à análise dos casos, excluindo-se as Ações Diretas de Inconstitucionalidade, já que estas foram analisadas no Capítulo 3, posto que se referem diretamente ao momento de introdução do novo paradigma da exploração do petróleo, questionando-o.

Considerando que muitas decisões são repetidas, farei a exposição de tal forma a evidenciar os diferentes argumentos mapeados nas decisões do STF. Portanto, é possível que eu não aborde explicitamente todas as decisões do universo, por exemplo, se o Ministro apenas replicou o fundamento constante de outro caso julgado.

<sup>17</sup> Em um mesmo caso é possível haver dois Ministros Relatores diferentes (e.g. MS e MC).

A primeira ocasião em que o STF analisou a questão da adoção do Procedimento Licitatório pela Petrobrás se deu no MS/MC 25.888, julgado em 22 de março de 2006, de Relatoria do Min. Gilmar Mendes. O Mandado de Segurança foi impetrado pela Petrobrás contra decisão do TCU que havia determinado que a empresa se abstivesse de aplicar o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado, aprovado pelo Decreto 2.745/98.

O TCU alegava na ocasião da análise do Pedido de Reexame interposto pela Petrobrás no âmbito do TCU não ser procedente a argumentação da sociedade de economia mista, já que (i) a Súmula 347 editada pelo STF<sup>18</sup> previa a competência do órgão de controle a realizar o controle difuso de constitucionalidade, (ii) o art. 67 da Lei 9.478 já havia sido declarado inconstitucional pelo TCU e (iii) o Parecer da AGU<sup>19</sup> vincularia tão só órgãos do Poder Executivo, não se aplicando ao TCU, que integraria a estrutura do Poder Legislativo.

A causa de pedir da Petrobrás se fundava em quatro vertentes. A primeira delas dizia respeito à falta de competência do TCU para proceder ao controle de constitucionalidade do art. 67 da Lei 9.478, já que a Súmula 347 do STF, aprovada em 1963, havia sido revogada. O segundo argumento da Impetrante consistia no fato de a Petrobrás, por ser integrante da Administração Indireta, estar submetida ao princípio da legalidade, não tendo a faculdade de abster-se de aplicar o art. 67 da Lei 9.478/97 e o Decreto 2.745/98. O terceiro argumento aludia à existência do Parecer AC-15 da AGU, o qual havia determinado que a alegada inconstitucionalidade do regime simplificado estava em confronto com a presunção de legalidade dos atos normativos até que sobreviesse decisão judicial em contrário. Por fim, o quarto argumento sustentava que a EC 9/95 havia alterado o regime de exploração do petróleo, submetendo a

---

<sup>18</sup> A súmula 347 foi editada na sessão de 13 de dezembro de 1963 e tem o seguinte enunciado: "O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público".

<sup>19</sup> O parecer da AGU a que se refere o TCU é o AC-15, aprovado pelo Presidente da República no dia 12 de julho de 2004, e diz respeito à aplicabilidade do Procedimento Licitatório Simplificado às subsidiárias da Petrobrás. No referido parecer concluiu-se pela aplicabilidade do regulamento próprio da Petrobrás às suas subsidiárias, e pelo dever de a Petrobrás aplicar o disposto no art. 67 da Lei 9.478/97 e Decreto 2.745/98, salvo decisão judicial, na instância própria, pela inconstitucionalidade, por não ser facultativa a aplicação da lei.

Petrobrás a livre concorrência com outras empresas do setor privado. Neste cenário, o art. 67 da Lei 9.478, ao afastar a Lei 8.666/93 estaria adequando as contratações da Petrobrás a um ambiente competitivo.

O dispositivo da decisão do Min. Gilmar Mendes determinou a suspensão dos efeitos da decisão do TCU no processo atacado pela Petrobrás, pelos fundamentos que ora seguem.

O Ministro considerou que a EC 9/95 alterou a forma de execução do monopólio da atividade do petróleo, flexibilizando-o. Logo, tornou-se possível que outras empresas privadas passassem a atuar na referida atividade econômica. Nesse cenário, o art. 177, § 1º remeteu à lei a disposição sobre a forma de contratação no ambiente de flexibilização do monopólio do petróleo. Portanto, a lei que disciplinaria a questão das contratações seria a Lei 9.478/97. Dando prosseguimento a seu raciocínio, o Min. Gilmar Mendes identifica que o art. 67 da Lei 9.478 é claro ao dispor que os contratos da Petrobrás seriam celebrados a partir de um regulamento próprio. O regulamento próprio licitatório da Petrobrás referido pela lei, estaria por sua vez, disciplinado no Decreto 2.745/98.

Passada a análise dos fundamentos legais que sustentam a adoção do Procedimento Licitatório pela Petrobrás, o Ministro passa a refletir sobre as justificativas da existência de um regime licitatório diferenciado pela Petrobrás. Neste ponto, transcrevo as palavras do Min. Gilmar Mendes:

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

Quanto ao argumento do TCU de que o órgão de controle já havia declarado a inconstitucionalidade do art. 67 da Lei 9.478/97, o Min. Gilmar Mendes entende que tal declaração está em confronto com o princípio da legalidade, tanto sob a ótica do art. 71 da Constituição, que delimita as competências do TCU, quanto pela perspectiva do art. 177 da Constituição Federal, o qual, como visto anteriormente, 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, destaco as colocações do Ministro em relação a Súmula 347 do STF.

O Min. Gilmar Mendes sustenta que a Constituição de 1988 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 Constituição de 1988.

Explicitada a argumentação do Min. Gilmar Mendes no MS/MC 25.888, chamo a atenção para a influência da tese encabeçada pelo Ministro nos outros casos analisados. A argumentação reproduzida na decisão foi citada em 16 casos<sup>20</sup>, dos 28 analisados. Dos 16 casos em que a decisão foi citada, em 12 deles<sup>21</sup> os argumentos acima sistematizados foram utilizados integralmente como razões de decidir.

A questão que se coloca a partir de tal constatação é: por que, afinal, o MS 25.888 foi tão influente na Corte?

A primeira hipótese que levanto para essa questão é a de que o MS/MC 25.888 foi, efetivamente, a primeira ocasião em que o STF enfrentou o pedido da Petrobrás de suspender a decisão do TCU, a qual dispunha que a empresa se abstivesse de aplicar o Decreto 2.745/98. Por

---

<sup>20</sup> AC-MC/QO 1.193, MS/MC 27.743, MS/MC 31.235, MS-ED/MC 25.986, MS/MC 26.410, MS 27.232, MS 27.337, MS 27.344, MS/MC 27.796, MS/MC 28.745, MS/MC 29.123, MS/MC 29.326, MS/MC 28.744, MS/MC 27.837 e MS 26.783.

<sup>21</sup> MS-ED/MC 25.986, MS/MC 26.410, MS 27.232, MS 27.337, MS 27.344, MS/MC 27.796, MS/MC 28.745, MS/MC 29.123, MS/MC 29.326, MS/MC 28.744, MS/MC 27.837 e MS 26.783.

outro lado, por ser a referida decisão tomada em sede de medida cautelar em nível monocrático, a decisão do Min. Gilmar Mendes poderia ter sido considerada pelos outros Ministros como isolada, mas não o foi. Talvez pelo fato de a decisão da medida cautelar ser tomada com baixo grau de cognição do caso, tomemos em tese, os Ministros levem mais em consideração a existência de outras decisões que versem sobre o mesmo caso. Essa hipótese ficará mais evidente na medida em que prossigo com a análise do casos. Ainda assim, acredito ser relevante desde já tê-la em mente.

Para além dos argumentos encontrados no MS/MC 25.888, é possível encontrar nas decisões analisadas outras questões e possíveis respostas para a admissão de um regime de licitações alternativas não só para a Petrobrás, como, eventualmente, para outras estatais que queiram adotar um procedimento licitatório simplificado.

No caso AC/MC-QO 1193, a empresa Marítima Petróleo e Engenharia Ltda., ajuizou ação na 15ª Vara Cível da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, com o objetivo de suspender licitações, pela modalidade convite, realizadas pela Petrobrás com fundamento na Lei 9.478/97 e Decreto 2.745/98, já que tais dispositivos normativos seriam inconstitucionais por afastar a incidência da Lei de Licitações. O que se infere da leitura do caso é que havia sido concedida, em 1ª instância tutela antecipada, a qual foi cassada em 2ª Instância, e novamente reestabelecida pela 1ª Turma do STJ. Portanto, requeria a Petrobrás a concessão de efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário interposto, que atacava o acórdão proferido pelo STJ.

Do caso, interessa-nos o acórdão, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, proferido em 24 de novembro de 2009 e julgado pela 2ª Turma do STF, que analisa a controvérsia brevemente exposta acima. A decisão foi unânime, no sentido de se conceder o pleito feito pela Petrobrás, tendo sido proferidos o voto do Relator, e do Min. Eros Grau. Há essencialmente dois argumentos a serem destacados do acórdão, para além das referências ao MS/MC 25.888.

O primeiro argumento a ser explicitado é de autoria do Min. Gilmar Mendes, e explicita as consequências econômicas e políticas que a Petrobrás enfrentaria na hipótese de ter que aguardar pelo julgamento definitivo do Recurso Extraordinário por ela interposto. As consequências, na ótica do Ministro, adviriam pelo fato de que enquanto não julgado o recurso extraordinário, a Petrobrás estaria obrigada a aplicar para suas contratações a Lei 8.666/93, por determinação do STJ. Em adição, evidencia o Ministro Gilmar Mendes que, de acordo com a Petrobrás, a abstenção de aplicação da Lei 9.478/97 e do Decreto 2.745/98 poderia inviabilizar a própria atividade da estatal, podendo comprometer o processo de exploração e distribuição do petróleo no país, o que afetaria a indústria, comércio e para a toda população. Tal argumento revela uma certa permeabilidade não só do Min. Gilmar Mendes, como também de outros Ministros (conforme ficará mais evidente com a iminência do julgamento do RE 441.280) de argumentos que explorem as consequências advindas da decisão no exercício da atividade econômica pela estatal.

O segundo argumento a ser destacado é trazido no breve voto do Min. Eros Grau. De acordo com o Ministro haveria outro fundamento para além das razões constitucionais que sustentassem a edição de regulamentos próprios pelas estatais. Ao transcrever o art. 119 da Lei de Licitações<sup>22</sup>, o Min. identifica que a própria Lei 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 Min. Eros Grau que o regulamento próprio editado e publicado nos termos da lei, seria uma hipótese que afastaria a aplicação da Lei 8.666/93.

Este argumento, ainda que tenha aparecido em um único voto no âmbito do universo final analisado, revela uma interessante interpretação

---

<sup>22</sup> 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.

do art. 119 da Lei 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 “estarão sujeitos às disposições desta lei”. Portanto, o dispositivo parece sugerir que não obstante sejam editados regulamentos, estes não afastam a necessidade de se observar a Lei de Licitações. No entanto, o Min. Eros Grau parece interpretar que a sujeição à Lei 8.666/93 só persiste até que se edite os regulamentos próprios.

No MS/MC 27.743, por sua vez, outro ponto é levado em consideração. No caso de relatoria da Min. Carmen Lúcia, julgado em 01 de dezembro de 2008, a Petrobrás impetrou o mandado de segurança em razão de determinações feitas pelo TCU após a realização de averiguações nas contratações nas obras de manutenção e recuperação de sistemas de produção de óleo e gás natural na região Sudeste. Dentre as determinações feitas pelo órgão de controle, estava a adequação das contratações às normas estabelecidas pela Lei 8.666/93, já que os contratos estavam amparados no Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobrás.

No mandado de segurança, a Min. Carmen Lúcia reitera o seu entendimento já proferido em sede do RE 441.280 (a ser posteriormente analisado), pelo qual todos os entes da Administração, seja ela direta ou indireta, estariam sujeitos aos princípios do art. 3º da Lei de Licitações<sup>23</sup>, assim como às regras gerais de licitação. O que é curioso na argumentação da Min. Carmen Lúcia, é que ainda que o seu entendimento aparentemente seja este citado, a Ministra coloca que enquanto não julgado de forma terminativa o RE 441.280, a concessão de diversas cautelares que favorecem a Petrobrás revelam que o pedido da empresa é plausível juridicamente e relevante. Ademais, a Ministra termina sua decisão alegando que a argumentação do MS/MC 25.888 tem que ser acatada, sob

---

<sup>23</sup> Redação vigente em 2008: Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

pena de se comprometer a segurança jurídica. Mas afinal, a que tipo de segurança jurídica se refere a Ministra Carmen Lúcia, sendo que no próprio MS/MC 25.888, até a data de realização desta monografia, não foi proferido julgamento definitivo?

Um entendimento análogo ao da Min. Carmen Lúcia no MS/MC 27.743, é o do Min. Dias Toffoli, em sede do MS/MC 29.468, julgado em 19 de dezembro de 2010. No MS/MC 29.468, a Petrobrás impetrou mandado de segurança questionando a decisão do TCU que determinou a aplicação da Lei 8.666/93 para as contratações internacionais, e assim desconsiderasse o Procedimento Licitatório Simplificado.

A razão pela qual entendo que o Min. Dias Toffoli tem entendimento análogo consiste no fato de o Ministro também se referir à iminência do julgamento do RE 441.280, caso este que aos olhos do julgador teria a mesma questão de fundo do recurso extraordinário citado. Na pendência do julgamento do RE 441.280, o Min. Dias Toffoli entendeu ser necessário manter o entendimento do STF favorável a Petrobrás, e assim afastar a Lei 8.666/93.

Para além da consideração da existência de um recurso extraordinário com questão jurídica aparentemente similar a ser julgado, o Min. Dias Toffoli entendeu como causa da existência do art. 67 da Lei 9.478/97, o exercício por parte da Petrobrás de atividade com características especiais, vinculadas à dinâmica do mercado internacional de hidrocarbonetos.

O Min. Dias Toffoli reitera ainda as considerações acerca da pendência de julgamento do RE 441.280 no MS/MC 31.235, julgado em 26 de março de 2012, no qual o mandado de segurança impetrado pela Petrobrás atacava decisão do TCU que afirmou a necessidade de a empresa conformar suas contratações com a Lei 8.666/93.

No caso o Ministro reitera o seu voto proferido no RE 441.280, durante a sessão de 30 de agosto de 2011, entendendo serem incompatíveis os "rígidos limites da Lei 8.666/93" com o regime de livre concorrência em que atuam empresas nas atividades não abrangidas pelo

monopólio do petróleo. Nesse sentido, entende o Ministro que o referido mandado de segurança não seria a melhor oportunidade para se analisar a fundo a matéria, valendo, enquanto isso, o entendimento manifestado nos reiterados precedentes que teria a Petrobrás a seu favor.

A postura adotada especialmente pela Min. Carmen Lúcia com relação a iminência do julgamento do RE 441.280 se alterou, tendo-se em vista as decisões tomadas no MS 27.743 (j. em 06 de fevereiro de 2013) e MS 27.837 (j. em 06 de fevereiro 2013). Primeiramente, tais decisões, *a priori*, já fogem do perfil dos casos analisados, considerando-se que foram tomadas em sede de Mandado de Segurança, e não em Medida Cautelar. Por outro lado surpreende a decisão do MS. Isso porque nos dois casos, a Ministra determinou o sobrestamento dos casos até a ocasião do julgamento do RE 441.280. Ora, tal entendimento é curioso, já que tornou o julgamento definitivo do mandado de segurança menos efetivo do que o da medida cautelar, ainda que esta seja de caráter precário.

No MS 28.626, Rel. Min. Dias Toffoli (j. em 24 de maio de 2013) também determinou o Ministro o sobrestamento do feito até o julgamento do RE 441.280. Porém, a Petrobrás questionou tal decisão, em sede de pedido de reconsideração, por considerar que o RE 441.280 não se refere à mesma situação fática e jurídica do caso em questão. O MS 28.626, assim como a maioria dos mandados de segurança impetrados pela Petrobrás, ataca decisão do TCU que determinou a aplicação da Lei 8.666/93 às contratações realizadas pela Petrobrás.

Nesse cenário a questão que se coloca é, afinal, sobre o que se refere o RE 441.280? Qual o conteúdo da questão jurídica ali debatida?

O RE 441.280 advém de pretensão da empresa Frota de Petroleiros do Sul Ltda. (Petrosul) em reformar a decisão proferida pela 12<sup>a</sup>. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que reconheceu ser legal o ato da Petrobrás de cancelar o contrato até então mantido com a recorrente.

A Petrosul prestava o serviço de fretamento de navios para transporte de derivados de petróleo à Petrobrás, a qual, em 1994, optou

por realizar procedimento de seleção de propostas para celebração de contrato do serviço outrora prestado pela Petrosul. Alega a recorrente que teria sofrido prejuízo em decorrência do procedimento realizado pela Petrobrás, considerando que este ocorreu em desacordo com o procedimento licitatório previsto na lei 8.666/93.

Na apreciação da apelação interposta pela Petrobrás contra decisão que favorecia a Petrosul, a 5ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu incidente de inconstitucionalidade, com relação a aplicação do art. 1º da Lei 8.666/93 às sociedades de economia mista. O órgão especial do TJ, ao julgar o incidente, determinou por 15 votos a 9 a declaração de inconstitucionalidade parcial do referido dispositivo normativo, e aplicou a técnica de interpretação conforme, afirmando que o art. 1º da Lei de Licitações<sup>24</sup> não se aplicaria às sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica. A 12ª. Câmara Cível do TJ do Rio Grande do Sul, por sua vez, proveu, por unanimidade, a apelação interposta pela Petrobrás, da qual recorre a Petrosul perante o STF.

Em suma a questão jurídica que foi levada ao Supremo por meio do RE 441.280 diz respeito a obrigatoriedade ou não de a Petrobrás, como representante de sociedade de economia mista, ter de se submeter à Lei de Licitações, nos termos do art. 1º, parágrafo único da mesma. Logo, trata-se de um debate acerca de inexigibilidade de licitação pela Petrobrás em caso do desenvolvimento de atividade econômica, nada dizendo a respeito, a priori, sobre a adoção do procedimento licitatório simplificado pela Petrobrás. Do ponto de vista fático, isso se justifica pelo fato de a controvérsia ter se originado antes do novo regime de exploração do Petróleo introduzido pela edição da Lei do Petróleo. Nesse sentido, transcrevo parte do voto do Min. Marcou Aurélio:

---

<sup>24</sup> 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.

*"A controvérsia do processo submete-se à regência pretérita. É que se trata de situação fática anterior à vigência das normas mais recentes, mostrando-se desnecessário, mesmo porque, em face das balizas objetivas nele retratadas, não houve debate e decisão prévios, definir a harmonia, ou não, com a Carta da República, da delegação prevista no artigo 67 da Lei n. 9.478/97, apesar de encontrar-se em bom vernáculo, no artigo 173, inciso III, da Constituição Federal, a remessa da disciplina do tema licitação à lei, sendo certo que a referência da Carta a esta última direciona à observância no sentido formal e material, mas esta é uma matéria para enfrentar-se em situação concreta que o exija."*

O trecho acima transcrito do voto do Min. Marco Aurélio busca fazer uma distinção entre a questão jurídica debatida no RE 441.280, e outra discussão, que diz respeito à delegação prevista pelo art. 67 da Lei 9.478/97. Considerando-se o universo de casos analisados para essa pesquisa, de modo geral, a controvérsia jurídica identificada aproxima-se com a segunda questão, e com os desdobramentos que advém do debate acerca do art. 67 da Lei 9.478/97, tais como a possibilidade de a Petrobrás adotar o regime licitatório previsto no Decreto 2.745/98.

Traçada a distinção entre o RE 441.280, e os outros casos analisados no âmbito do STF, outra questão necessariamente se coloca. Por qual razão, em algumas decisões analisadas, os Ministros consideraram o RE 441.280 como o caso paradigmático para o caso Petrobrás, sendo que estes versam sobre questões jurídicas distintas?

Para a questão acima, levanto duas hipóteses que, de certa forma, se relacionam.

Minha primeira hipótese é a de que ao identificar o RE 441.280 como *leading case* a ser julgado, alguns Ministros se esquivam do ônus argumentativo de enfrentar, em sede de mandado de segurança, a

possibilidade de a Petrobrás adotar o Procedimento Licitatório Simplificado. O próprio Min. Dias Toffoli, no MS/MS 31.235, julgado em 26 de março de 2012 identifica a necessidade de um modelo licitatório que se adeque ao ambiente competitivo no qual a Petrobrás atua, mas entende que a via do mandado de segurança não seria a mais adequada para refletir sobre a questão.

Quanto a minha segunda hipótese, acredito que, ainda que as questões jurídicas tratadas nos casos sejam diferentes, os Ministros vislumbrem no RE 441.280 a possibilidade de a Corte se manifestar sobre a delegação do art. 67 da Lei 9.478/97 no Plenário. Se assim o fosse, existiria uma decisão do STF que não seria precária como as monocráticas proferidas em cautelares de mandados de segurança. A Corte poderia enfrentar a questão da constitucionalidade do art. 67 da Lei 9.478/97, por exemplo, fazendo, em *obter dictum*, uma análise da aplicabilidade da Lei 8.666/93 às sociedades de economia mista, tendo-se em vista o cenário pós reforma administrativa, introduzido pela EC 19/98.

Passada a explicitação da argumentação empregada pelo Min. Gilmar Mendes no MS 25.888, assim como a análise de outros argumentos encontrados para fundamentar a adoção do Procedimento Licitatório Simplificado pela Petrobrás, evidencio duas constatações suscitadas pelo estudo do universo de casos.

Primeiramente, me pareceu interessante que em três dos casos analisados, conforme evidencia a sessão "Perfil dos casos analisados", figurava em um dos polos da demanda empresas que, em algum momento, prestavam serviços para a Petrobrás. No RE 441.280, como já foi visto, a Petrosul celebrava contratos com a Petrobrás até 1994, quando a estatal optou por realizar certame para a contratação de outra empresa. Na AC/MC-QO 1.123, a empresa Marítima Petróleo e Engenharia Ltda. ajuizou ação para suspensão de licitações realizadas pela Petrobrás com base na Lei 9.478/97 e Decreto 2.745/98. Por fim, no MS 25.481, a empresa Mauá Jurong S/A impetrou mandado de segurança contra ato do TCU que, a seu

ver, convalidou contrato advindo de certame licitatório fundado no Decreto 2.745/98 e não na Lei 8.666/93.

Especialmente nos casos AC/MC-QO 1.123 e MS 25.481, é curioso atentar para o uso que as empresas fazem do STF, do ponto de vista estratégico. É possível inferir que, nos dois casos, as partes questionam a licitude da adoção do Procedimento Licitatório Simplificado, e conseqüente não aplicação da Lei 8.666/93, para, de fato, anularem certame licitatório no qual saíram como perdedoras. Portanto, as empresas utilizaram o STF como mais uma instância para julgamento de recurso administrativo, já que só acusam o procedimento licitatório de ilegal quando perdem. Nesse sentido, transcrevo parte do voto do Min. Sepúlveda Pertence, na apreciação da medida cautelar no MS 25.481:

*"Observo 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 Petrobrás e só apresentá-lo 17 meses depois, à conta de cautelar, quando se viu excluída da contratação."*

No trecho acima transcrito parece claro que o interesse de agir, no caso, da empresa Mauá Jurong S/A, só surgiu com a sua exclusão da contratação, já que, se assim não o fosse, *a priori*, a empresa não teria razões para questionar o Procedimento Licitatório Simplificado.

Outra questão que merece destaque diz respeito ao tempo. Excluindo-se os casos de controle concreto de constitucionalidade do universo de casos analisados, dos 25 casos, em apenas 4 deles ocorreu o trânsito em julgado. As outras 21 estão aguardando decisão definitiva por, em média, 4 anos e meio. Isso significa que paira, sobre a questão da adoção do Procedimento Licitatório Simplificado e da própria submissão da Petrobrás à Lei 8.666/93 (vide RE 441.280) uma zona de incerteza. A falta de segurança jurídica nas contratações é extremamente preocupante para qualquer empresa, e em especial para a Petrobrás, cujo bom funcionamento

é de interesse não só para o governo, como para os diversos perfis de acionistas da estatal.

O que se constata da leitura conjunta dos casos do STF e TCU é que, na ausência de definição acerca da adoção do Procedimento Licitatório Simplificado, a Petrobrás continua a aplicar o Decreto 2.745/98, e enfrentar o risco de ter os certames licitatórios questionados. Por outro lado, a medida que a Petrobrás continua a fundamentar seus certames licitatórios no Decreto 2.745/98, aumenta-se o custo econômico e político do órgão de controle e do próprio STF em reverterem tais procedimentos, em um movimento de defesa da Lei 8.666/93. Nesse sentido, a incerteza parece oferecer um risco a ser enfrentado pela Petrobrás.

A análise das decisões do STF por um lado revelou a existência de uma jurisprudência bem definida para a questão da adoção do Procedimento Licitatório Simplificado pela Petrobrás, na qual o Supremo parece ser favorável a existência de um regime licitatório diferenciado pela Petrobrás. Por outro lado, o entendimento do STF se manifesta em decisões precárias, já que, em regra, sequer há decisões definitivas nos mandados de segurança.

## **5.2. TCU: a perspectiva do órgão de controle**

### **5.2.1. Do método de seleção das decisões**

Para encontrar as decisões do TCU, realizei no dia 10 de junho de 2013 uma busca no sítio do órgão de controle.

Primeiramente, busquei utilizar a ferramenta de “pesquisa livre”, e digitei no campo “expressão de pesquisa” os mesmos termos e respectivos operadores que empreguei no sítio do STF, quais sejam (i) licit\$ e empresa adj2 estatal; (ii) licit\$ e sociedade adj2 economia adj2 mista; (iii) licit\$ e pessoa adj2 direito adj2 privado; (iv) petrobras e licit\$, (v) procedimento adj2 licit\$ adj2 simplificado, e selecionei como base de dados acórdãos, decisões e súmulas. Porém, ao empregar tais termos na referida ferramenta de pesquisa me deparei com diversas decisões que se enquadravam nos

termos, mas que, em geral, não tinham pertinência temática com o objeto da presente pesquisa.

Nesse sentido, alterei minha estratégia e optei por utilizar o item "Jurisprudência Sistematizada" e em seguida "Pesquisa por Dispositivo Legal". Digitei, então, art. 173, §1º, inc. III. Foram encontradas 20 decisões, sendo que a maioria delas tratava exatamente do que eu buscava, estando classificadas por "LICITAÇÃO / Regulamento próprio/ Empresa pública e sociedade de economia mista". Passada essa primeira pesquisa, realizei uma pesquisa nos mesmos moldes utilizando o art. 67 da Lei 9.478/97, encontrando, assim, 26 decisões. Com os resultados obtidos, fiz uma leitura da classificação e busquei conferir se a decisão encontrada já havia sido localizada pela pesquisa anterior.

Em seguida, realizei uma pesquisa utilizando a ferramenta "navegação por assunto", na qual utilizei o termo "licitação", e depois selecionei a opção "regulamento próprio", e em seguida "empresa pública e sociedade de economia mista". A partir dos resultados obtidos, busquei conferir quais decisões já haviam sido catalogadas e quais eram diferentes. Feito isso, repeti a pesquisa através a opção "navegação por assunto", "licitação", "regulamento próprio", "empresa pública e sociedade de economia mista" e então busquei pelas chaves "regulamento do procedimento próprio da Petrobrás", "vinculação a parecer da AGU" e "todos os precedentes do tema". Em nem todas as chaves de pesquisa, as listas com as decisões encontradas eram disponibilizadas, porém para cada uma delas era possível encontrar um texto que resumia o entendimento do TCU acerca da questão.

Ao proceder a leitura dos casos, percebi que a ferramenta "jurisprudência sistematizada" me permitiu encontrar os principais casos referentes a matéria da adoção do Procedimento Licitatório Simplificado pela Petrobrás, e traçar o posicionamento do TCU acerca da questão. No entanto, a ferramenta tem suas limitações, assim como a opção "pesquisa livre" tem as suas. Isso porque nem todos os acórdãos do TCU estão presentes na "jurisprudência sistematizada". Ainda assim, através da

ferramenta foi possível localizar documentos apreciados em data posterior a 2006, documentos paradigmáticos anteriores a 2006, mas constantemente citados pelos Ministros, todas as “respostas às consultas” formuladas ao TCU, incidentes de uniformização de jurisprudência, além de documentos, independente de data de apreciação, relevantes para as áreas de licitações e contratos, obras e serviços de engenharia, tecnologia da informação e desestatização.

Portanto, não acredito que o modo de busca das decisões possa afetar substancialmente as constatações advindas da análise dos casos encontrados.

Segue a sistematização das 41 decisões encontradas:

| Número do Documento | Processo       | Data de Julgamento | Relator (Min.)             |
|---------------------|----------------|--------------------|----------------------------|
| AC-0121-35/98-P     | 010.124/1995-0 | 26/08/98           | Iram Saraiva               |
| DC-0156-09/00-P     | 007.923/1999-6 | 15/03/00           | Lincoln Magalhães da Rocha |
| DC-0663-21/02-P     | 016.176/2000-5 | 09/06/02           | Ubiratan Aguiar            |
| DC-0645-21/02-P     | 016.520/1999-8 | 19/06/02           | Benjamin Zymler            |
| AC-0447-10/03-2     | 008.814/2000-6 | 27/03/03           | Adylson Motta              |
| AC-0029-02/04-P     | 011.173/2003-5 | 10/09/03           | Ubiratan Aguiar            |
| AC-0101-04/04-P     | 007.277/2003-3 | 11/02/04           | Ubiratan Aguiar            |
| AC-1390-34/04-P     | 006.244/2004-6 | 15/09/04           | Marcos Bemquerer           |
| AC-1842-45/05-P     | 005.846/2004-9 | 16/11/05           | Valmir Campelo             |
| AC-0392-12/06-P     | 008.107/2005-4 | 29/03/06           | Walton Alencar Rodrigues   |
| AC-0549-15/06-P     | 020.567/2005-5 | 19/04/06           | Walton Alencar Rodrigues   |
| AC-0908-24/06-P     | 011.173/2003-5 | 14/06/06           | Augusto Nardes             |
| AC-1765-39/06-P     |                | 27/09/06           |                            |
| AC-0266-08/07-P     | 004.287/2004-4 | 07/03/07           | Valmir Campelo             |
| AC-0501-13/07-P     | 010.324/2006-1 | 04/04/07           | Ubiratan Aguiar            |
| AC-0624-15/07-P     | 002.867/2004-5 | 18/04/07           | Benjamin Zymler            |
| AC-0866-20/07-P     | 009.401/2006-0 | 16/05/07           | Benjamin Zymler            |
| AC-0920-21/07-P     | 015.654/2004-3 | 23/05/07           | Valmir Campelo             |
| AC-1125-24/07-P     | 010.437/2000-6 | 13/06/07           | Guilherme Palmeira         |
| AC-1678-35/07-P     | 008.725/2006-3 | 22/08/07           | Valmir Campelo             |
| AC-2176-43/07-P     | 008.037/2006-6 | 17/10/07           | Raimundo Carrero           |
| AC-0039-01/08-2     | 021.221/2006-2 | 29/01/08           | Aroldo Cedraz              |
| AC-0132-02/08-2     | 010.020/2003-1 | 12/02/08           | Aroldo Cedraz              |
| AC-0422-08/08-P     | 020.802/2005-7 | 19/03/08           | Valmir Campelo             |

|                 |                 |          |                          |
|-----------------|-----------------|----------|--------------------------|
| AC-0710-13/08-P | 014.062/2003-0  | 13/04/08 | Ubiratan Aguiar          |
| AC-1969-20/08-1 | 020.637/2007-8  | 17/06/08 | Guilherme Palmeira       |
| AC-2115-38/08-P | 009.131/2003-8  | 24/09/08 | Raimundo Carrero         |
| AC-1854-11/09-2 | 017.810/2006-5  | 14/04/09 | Raimundo Carrero         |
| AC-1732-31/09-P | 015.685/2007-4. | 05/08/09 | Augusto Nardes           |
| AC-1910-34/09-P | 006.183/2005-7  | 26/08/09 | Walton Alencar Rodrigues |
| AC-2413-42/09-P | 008.107/2005-4  | 14/10/09 | Augusto Nardes           |
| AC-2475-44/09-P | 014.062/2003-0  | 21/10/09 | José Jorge               |
| AC-0328-06/10-P | 006.858/2005-2  | 10/03/10 | Augusto Nardes           |
| AC-0405-07/10-P | 006.846/2004-3  | 10/03/10 | Augusto Nardes           |
| AC-0560-09/10-P | 016.176/2000-5  | 24/03/10 | Augusto Nardes           |
| AC-1097-16/10-P | 015.656/2007-2  | 19/05/10 | Aroldo Cedraz            |
| AC-8356-42/10-1 | 025.812/2007-2  | 07/12/10 | Augusto Nardes           |
| AC-1548-22/11-P | 020.434/2005-9  | 08/06/11 | José Múcio Monteiro      |
| AC-1689-24/11-P | 010.733/2005-4  | 27/04/11 | Walton Alencar Rodrigues |
| AC-1784-27/11-P | 009.830/2010-3  | 06/07/11 | Ubiratan Aguiar          |
| AC-2834-44/11-P | 007.222/2007-8  | 25/10/11 | Raimundo Carrero         |

(Tabela 5 – Fonte: Elaboração própria)

Do mesmo modo que foi descrito em relação ao STF, passada a etapa de sistematização e mapeamento das decisões, realizei o fichamento das decisões do TCU, após a leitura do inteiro teor dos casos, atenta aos critérios de descrição da decisão, questão em debate, argumentos da Petrobrás, decisão do TCU, caso o resultado tenha sido unânime ou não, fundamentos da decisão, aspectos do Procedimento Licitatório Simplificado considerados problemáticos, referências a decisões do STF, interpretação da Súmula 347 do STF, e considerações acerca do Parecer AC-15 da AGU<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> Para a sistematização das informações que identificam a decisão analisada, aponte o número da decisão, processo, natureza processual, entidade envolvida, data de julgamento, relator, e se a decisão era monocrática ou colegiada. No critério questão em debate, fiz uma breve descrição dos antecedentes da decisão, seja do ponto de vista fáticos, quanto processual. Em adição, busquei explicitar qual o objeto da decisão, independentemente de estar ou não relacionado com o debate acerca do regime licitatório da Petrobrás. Com relação ao quesito dos argumentos da Petrobrás ou impetrante sistematizar quais os argumentos sustentados pela Petrobrás no TCU, a fim de apurar qual o tipo de estratégia argumentativa adotada pela empresa. No critério “decisão do TCU”, explicito o dispositivo da decisão. Nos fundamentos da decisão, busquei sistematizar a linha argumentativa do TCU, especialmente quanto à questão, ainda que incidental, de aplicação do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobrás, e do regime de licitações aplicado às estatais em geral. Quanto ao quesito “resultado unânime ou não?”, considerando-se que majoritariamente as decisões analisadas do TCU eram colegiadas, é relevante a resposta a tal quesito para avaliar e mapear o posicionamento do TCU enquanto órgão decisório. Quanto ao critério “se

### **5.2.2. Do perfil dos casos analisados**

Para traçar o perfil dos casos analisados, utilizei os critérios de classe processual, relatores e questão em debate.

Em relação à classe processual foram analisados 25 Pedidos de Reexame, 1 Representação, 5 Relatórios de Auditoria, 1 consulta, 3 Recursos de Reconsideração, 3 Embargos de Declaração, 1 Tomada de Contas Especial, 1 Prestação de Contas e 1 Solicitação do Congresso Nacional.

Quanto aos Relatores, o Ministro Augusto Nardes figurou como relator em 7 casos, seguido pelo Ministro Ubiratan Aguiar com 6 casos. Já os Ministros Benjamin Zymler, Raimundo Carrero e Walton Rodrigues relataram 5 casos. O Ministro Guilherme Palmeira, por sua vez, relatou 2 casos. Os outros Ministros não citados, e constantes na Tabela relataram 1 caso cada um.

Na maioria dos casos analisados, a questão da aplicabilidade do Decreto 2.745/98 era apenas um dos tópicos atacados pela Petrobrás. Em geral, a questão surgia a partir de determinação do TCU, por exemplo, em Relatório de Auditoria, obrigando a Petrobrás a aplicar as disposições da Lei 8.666/93. Nos Recursos de Reexame, a seu turno, a Petrobrás contestava a alegação, afirmando que suas contratações não estariam regidas pela Lei de Licitações, mas sim pelo Decreto 2.745/98.

---

refere a decisões do STF”, me interessava avaliar de que forma as decisões que concomitantemente foram proferidas no STF impactaram na argumentação do TCU e na construção do entendimento do órgão de controle acerca do Procedimento Licitatório Simplificado. Por fim, quanto ao critério que avalia a aplicação da Súmula 347, o objetivo deste quesito é avaliar como o Supremo interpreta o teor da Súmula 347, De maneira análoga ao mesmo quesito aplicado no fichamento das decisões do STF, me interessava aqui entender de que maneira o TCU interpreta e aplica a Súmula 347, tendo em vista um cenário de disputa de poder representado pela possibilidade de se realizar o controle de constitucionalidade difuso. Quanto ao Parecer AC-15 da AGU, busquei sistematizar como o TCU se coloca frente a existência de um Parecer da AGU favorável a aplicação do Procedimento Licitatório Simplificado, e ao eventual caráter vinculante de tal parecer.

### **5.2.3. Análise dos casos**

Explicitado o método, passo à análise dos casos decididos no TCU. Considerando-se que o principal objetivo da análise da jurisprudência é o mapeamento dos argumentos levantados pelo TCU, para a exposição dos resultados apontarei as decisões, conforme aparecerem fundamentos novos. Logo, nem todos os casos serão citados, já que há repetição de argumentos nos acórdãos analisados.

Para a análise dos casos decididos no TCU, organizarei a exposição em três partes. A primeira delas consiste no período que antecede a edição do Procedimento Licitatório Simplificado, e evidencia como o TCU já decidia casos envolvendo licitações e estatais, em especial, a Petrobrás. A segunda parte a ser estudada é o momento posterior a edição da Lei 9.478/97 e Decreto 2.745/98. Neste ponto, busquei entender a reação do TCU ao Procedimento Licitatório Simplificado adotado pela Petrobrás, seus argumentos, e especialmente qual aspecto problemático vislumbrado pelo órgão de controle no regime licitatório da estatal. Já a terceira parte corresponde ao período que se inicia com o julgamento do MS 25.888 pelo Min. Gilmar Mendes, de modo a se atentar como o TCU reagiu à existência de manifestações do STF acerca do tema.

Faço a ressalva de que duas questões recorrentemente presentes nos casos analisados não serão tratadas de forma detida nas quatro partes que se seguem. São elas (i) a Súmula 347, Parecer AC-15 da AGU e o controle de constitucionalidade realizado pelo TCU e (ii) os efeitos das decisões do STF no TCU. Fiz essa escolha, pois acredito que estes pontos podem ser melhor expostos no item “STF e TCU: há interação entre os poderes?”, tendo em perspectiva uma análise institucional das duas instâncias e como os dois órgãos se colocam na separação de poderes.

#### *5.2.3.1. Primeiro Momento: a postura do TCU antes da edição do Procedimento Licitatório Simplificado*

No universo de casos mapeados no âmbito do TCU, um caso faz parte do momento que antecede a edição do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobrás. Trata-se do Acórdão 121/98, julgado em 26 de agosto de

1998, e de relatoria do Min. Iram Saraiva, o qual pode ser considerado paradigmático na jurisprudência do TCU. Digo paradigmático, já que o entendimento ali estabelecido é replicado em diversas situações, até mesmo após a edição do Procedimento Licitatório Simplificado.

No caso, a Petrobrás Distribuidora S/A (BR), por meio de Pedido de Reexame, questionava a necessidade de licitar o transporte de combustíveis líquidos, como uma atividade final, e diretamente relacionada com o objeto social pelo qual a empresa foi constituída.

É possível constatar da controvérsia que este debate não se enquadra em uma discussão acerca do regime licitatório da Petrobrás, mas sim no âmbito da extensão do dever de licitar propriamente dito, tendo como foco o caso das atividades finais empreendidas pelas estatais. Acredito ser esta constatação uma característica representativa do momento que antecede a edição da Lei do Petróleo e Decreto 2.745/98. Isso porque até então não estava em disputa o modo pelo qual as estatais deveriam licitar. Afinal, caso devessem se sujeitar ao dever de licitar, o procedimento era aquele previsto na Lei 8.666/93.

Tendo as considerações acima em mente, passo a apresentar os argumentos desenvolvidos pelo Min. Iram Saraiva, que o levaram a concluir pela exclusão da obrigatoriedade de a Petrobrás-BR licitar contratações de transporte que constituam atividade-fim da empresa.

Primeiramente o Ministro reconstrói, historicamente, o tratamento jurídico conferido às licitações nas estatais (do Decreto-lei 200, passando pela Constituição de 1988 e Lei 8.666/93), explicitando que a mudança se justificou no sentido de se estabelecer normas mais rígidas para as entidades paraestatais que atuavam no regime de direito privado. Por outro lado, entende o Min. 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 Constituição de 1988, a qual, em seu artigo 173 (redação anterior à da EC 19/98) já estabelecia um tratamento diferenciado no caso de empresas estatais que exercessem

atividade econômica. Por fim, reforça o Min. Iram Saraiva que a Petrobrás-BR, ao exercer suas atividades finais, assumiria um relevante papel social, especialmente se considerado que a empresa se mostraria presente em áreas que não interessariam a outras distribuidoras.

O próprio modo pelo qual a controvérsia suscitada no Acórdão 121/98 se apresenta, e a argumentação desenvolvida pelo Min., se baseiam, em última análise, na existência da dicotomia atividade-fim e atividade-meio, para, a partir daí, conferir o tratamento jurídico respectivo. Portanto, caso a atividade desenvolvida pela empresa seja final, logo é dispensável a licitação. Por outro, enquadrada a atividade como meio, persiste a exigibilidade do procedimento licitatório, nos termos da Lei 8.666/93.

No entanto, a apresentação da solução para o problema do regime jurídico das licitações para as estatais nos termos da dicotomia atividade-fim/atividade-meio é problemática. Ao invés de efetivamente criar uma solução, a 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, transcrevo trecho de artigo de SOUZA e SUNDFELD:

“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. Difunde-se, hoje, a ideia de que as razões que subordinam a estatal ao dever de licitar não derivam exatamente do fato de ela se encontrar no desempenho de uma ‘atividade-fim’ ou de uma ‘atividade-meio, mas de atuar, ou não, empresarialmente e sob regime de competição” (SOUZA; SUNDFELD, 2013, p. 92).

Pessoalmente, acredito que a mesma o critério criado pela 'nova doutrina' que considera se a empresa atua ou não em regime de competição tem suas limitações e dificuldades práticas. Aponto, por exemplo, que uma mesma empresa pode ter atuação em diferentes mercados. No caso das empresas estatais estas ainda podem atuar em mercados cuja competição é restrita. Ainda assim, não vislumbro por qual razão um procedimento licitatório simplificado não possa ser adotado, de forma a justificar a pessoa jurídica de direito privado que a constitui.

#### *5.2.3.2. Segundo momento: após a adoção do Procedimento Licitatório Simplificado pela Petrobrás*

A primeira ocasião na qual o TCU se manifestou acerca do Decreto 2.745/98, no universo de pesquisa analisado, ocorreu na Decisão 156/2000, julgada em 15 de março de 2000, e de relatoria do Min. 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 da inexigibilidade para a contratação do próprio software. Porém, antes de analisar o mérito propriamente dito, o relator optou por tecer considerações acerca da aplicabilidade da Lei 8.666/93 à Petrobrás. Assim, a questão acerca do Procedimento Licitatório Simplificado foi inicialmente abordada pelo TCU em caráter incidental.

Para sustentar a obrigatoriedade de a Petrobrás se submeter à Lei 8.666/93, o Min. entendeu que, enquanto não for editada a lei referida pelo art. 173, § 1º da Constituição de 1988, a Petrobrás permanece obrigada a reger suas contratações pela Lei 8.666/93<sup>26</sup>. Quanto ao Decreto 2.745/98, que se propõe a regular o art. 67 da Lei 9.478/97, o Min. argumentou que "não se pode extrair desse dispositivo autorização para que sejam descumpridos o texto da Constituição Federal, e por conseguinte, da Lei

---

<sup>26</sup> 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.

8.666/93". Por fim, o mesmo entendeu que a Lei 9.478/97 teria caráter genérico, e não poderia se sobrepôr a Lei 8.666/93, de caráter específico quanto ao tema de licitações.

Ainda que o Acórdão 121/98 corresponda à primeira manifestação do TCU sobre o Procedimento Licitatório Simplificado adotado pela Petrobrás, apenas após quatro anos, aproximadamente, da referida decisão é que o órgão de controle enfrentou diretamente a legalidade do regime licitatório adotado pela estatal.

Trata-se da Decisão 663/2002, de relatoria do Min. Ubiratan Aguiar, e julgada em 09 de junho de 2002. A questão jurídica versada no caso diz respeito a legalidade dos procedimentos de contratação adotados pela Petrobrás, especialmente após o advento do Decreto 2.745/98. O dispositivo da decisão determinou que a Petrobrás "se abstenha de aplicar às suas licitações e contratos o Decreto 2.745/98 e o artigo 67 da Lei 9.478/97, em razão de sua inconstitucionalidade, e observe os ditames da Lei 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".

Ao apreciar a questão, o Min. Ubiratan Aguiar realiza o seguinte percurso argumentativo. O art. 37 da Constituição de 1988, 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 8.666/93, por sua vez, regulamentaria o art. 37, inc. XXI da Constituição, e seria expressa ao determinar, em seu art. 1º, sua aplicabilidade também às empresas públicas e sociedade de economia mista. Sendo sociedade de economia mista a Petrobrás estaria sujeita à Lei de Licitações.

Dando continuidade a sua argumentação, o Min. explicita que em 24/08/98 foi editado o Decreto 2.745/98, o qual teria regulamentado o art. 67 da Lei 9.478/97, aprovando assim o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S/A. Ao seu ver o Decreto 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.

Pela constatação acima, o Min. Ubiratan Aguiar conclui que o art. 67 da Lei 9.478/97 se funda 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 9.478 poderia ser tido como inconstitucional"<sup>27</sup>. Logo, sua aplicação deveria ser afastada. Por outro lado, o afastamento da aplicação do art. 67 da Lei 9.478, e do Decreto 2.745/98, segundo o Ministro, não significaria que a Petrobrás deveria aplicar a Lei 8.666/93 de forma irrestrita, para qualquer tipo de contratação, dadas as peculiaridades das sociedades de economia mista.

Portanto, da Decisão 663/2002 é possível sintetizar a problemática do Procedimento Licitatório Simplificado adotado pela Petrobrás da seguinte forma: (i) o art. 37, inc. XXI dispôs que o tema de licitações e contratações fosse disciplinado por lei; (ii) a única lei que dispõe sobre o tema é a 8.666/93, já que a Lei 9.478/97 não o fez, e apenas delegou a disciplina da matéria para norma de hierarquia inferior; (iii) por contradizer o art. 37, inc. XXI da Constituição de 1988, o art. 67 da Lei 9.478/97 se reveste de inconstitucionalidade; (v) por conseguinte o Decreto 2.745/98 também é inconstitucional.

Considero, portanto, a Decisão 663/2002 como paradigmática, já que no universo analisado, em diversos casos o precedente é reiterado e citado como o processo no qual se determinou a inconstitucionalidade do art. 67 da Lei 9.478/97, e do Decreto 2.745/98. Porém, para além da alegada inconstitucionalidade da delegação realizada pelo art. 67, o TCU apresenta outros argumentos para a aplicação da Lei 8.666/93 em detrimento de seu regulamento próprio.

---

<sup>27</sup> Acredito que o Ministro esteja se referindo ao art. 84, inc. VI da Constituição de 1988, o qual dispõe as hipóteses que admitem a edição de Decretos. Nesse sentido, entendo que neste ponto o Ministro sugere que o Decreto teria sido editado fora das competências regulamentares do Presidente da República.

Assim destaco o Acórdão 101/2004, de relatoria do Min. Ubiratan Aguiar e julgado em 11 de fevereiro de 2004. No caso, a principal questão jurídica em debate dizia respeito à negativa, por parte da Petrobrás, de permitir que empresas interessadas inicialmente não convidadas pela modalidade convite, pudessem fazê-lo, com fundamento no Decreto 2.745/98.

Ao apreciar a questão, o Ministro faz, essencialmente duas colocações.

A primeira delas diz respeito a forma pela qual a Petrobrás interpretou as disposições da Decisão 663/2002, na pendência de recurso com efeito suspensivo, mantendo a aplicação do Decreto 2.745, quando deveria abster-se de fazê-lo. Isso posto, entende o Min. que a pendência de recurso com efeito suspensivo não admite a interpretação realizada pela Petrobrás, mas tão somente significa que o órgão de controle não pode aplicar sanções ou realizar determinações naquele caso em concreto.

Por outro lado, pela lógica da Petrobrás, padece de qualquer sentido o questionamento do Min. Ubiratan Aguiar. Afinal, o não exaurimento das instâncias administrativas e judiciais significa que a decisão atacada não é definitiva, e pode ser revertida (ainda que as chances sejam pequenas). Neste meio tempo, se o TCU não pode aplicar qualquer sanção ou determinação, não se abster de aplicar o Decreto 2.74/98 é mais custoso do que aplicar a Lei 8.666/93, ainda que não seja revertida a decisão atacada. Pela ótica da estatal, trata-se de um risco a ser incorrido.

Feitas as considerações acima, passo a expor a segunda colocação constante do Acórdão 101/2004, e que representa um aspecto problemático do Decreto 2.745/98 perante o TCU.

Para além de enfrentar a questão jurídica tida como problemática no caso, o Min. questiona a própria modalidade convite, na forma como prevista no Decreto 2.745/98. Nesse sentido, vislumbra como "grave" a constatação de que o Procedimento Licitatório Simplificado adotado pela Petrobrás não estabelece qualquer limite objetivo para a utilização da referida modalidade. 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 interessadas.

O argumento acima é relevante já que ainda que o art. 67 dispusesse, com mais detalhes, acerca do procedimento licitatório adotado pela Petrobrás, é possível que o TCU o questionasse, não apenas a forma, mas também o próprio modelo de licitações previsto pela lei. 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.

Passada a apresentação dos argumentos constantes do Acórdão 101/2004, exponho a fundamentação constante do Acórdão 549/2006, julgado em 19 de abril de 2006, e de relatoria do Min. Walter Rodrigues, a qual também converge para a aplicação da Lei 8.666/93, independentemente da declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei do Petróleo e do Decreto 2.745/98.

Em contraposição ao argumento da Petrobrás de que os expedientes burocráticos exigidos pelo órgão de controle poderiam comprometer a atividade negocial da empresa em um ambiente extremamente competitivo, sustenta o Min. Walter Rodrigues justamente o contrário. Segundo o Min., 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 a avaliação orçamentária minuciosa.

Outro ponto levantado pelo Min., é que independentemente da Lei 8.666/93, e da lei a ser editada, dispondo o estatuto jurídico das empresas estatais, aplica-se à Petrobrás os princípios da administração pública. Tais regras tanto seriam de observância obrigatória, que o próprio Decreto 2.745/98 prescreveria 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 regidos por

procedimentos diferentes. Nesse sentido, transcrevo parte da fundamentação 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 8.666/93, e no próprio art. 1º do Decreto 2.745/98, podendo, inclusive, dar margem a direcionamentos indevidos nos procedimentos licitatórios."*

O argumento acima é relevante, já que, de fato, atrai a aplicação da Lei 8.666/93 através de um fundamento externo à própria lei, que seriam os princípios que regem a Administração Pública. Por outro lado, tal raciocínio impõe uma questão adicional: o dever de observância do princípio da economicidade e do julgamento objetivo automaticamente significa o dever de a Petrobrás divulgar a estimativa de custos, com a composição de custos unitários?

A meu ver, o raciocínio traçado pelo Ministro é falso, do ponto de vista lógico. Isso porque, do princípio da economicidade e do julgamento objetivo não decorre a consequência do dever de divulgar estimativa de custos, com a composição de custos unitários. Tenho ainda dúvidas se dos próprios princípios citados pelo Ministro é possível extrair algum tipo de solução normativa. Sobre a utilização de princípios pelos Ministros, faço adiante uma crítica.

#### *5.2.3.3. Terceiro momento: a argumentação do TCU após manifestações do STF*

Neste ponto da exposição, interessa-me explicitar os argumentos apresentados pelo TCU após as manifestações do STF acerca da matéria, e, em especial, atentar para uma eventual mudança de estratégia argumentativa frente ao novo cenário. Porém, destaco novamente que as questões acerca da competência de controle de constitucionalidade pelo

TCU e dos efeitos das decisões do STF no órgão de controle serão analisadas com maior cuidado no próximo item.

De modo geral, considerando as decisões que se enquadram no terceiro momento, tive a sensação de estar diante de uma atuação do TCU mais crítica em relação à flexibilização das licitações na Petrobrás, ainda que de forma não expressa.

A hipótese acima foi levantada, partindo-se da constatação, já explicitada no momento anterior, da maneira de utilização dos princípios que regem a atuação administrativa como parâmetro de análise e interpretação das determinações feitas pelo TCU.

Nesse sentido, destaco, inicialmente, o Acórdão 2.745/2009, julgado em 21 de outubro de 2009, de relatoria do Min. José Jorge, no qual a Petrobrás questionava determinação do TCU para que evitasse a realização de contratos verbais, a não ser em casos excepcionais, constantes da Lei 8.666/93. Defendia a Petrobrás que para que pudesse atuar em regime de livre concorrência em igualdade de condições, esta não poderia estar submetida a entraves burocráticos, sendo necessário adotar, no caso, o disposto em seu Manual de Procedimentos Contratuais, que disciplina o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado aprovado pelo Decreto 2.745/98, que dispõe: "os contratos serão formalizados por escrito, sendo admitidas as contratações verbais em pequenos serviços e compras de pequeno valor e o uso de meios de comunicação à distância nas contratações atinentes às atividades-fins da Companhia".

Quanto a questão jurídica em debate, identifica o Min. que o Procedimento Licitatório Simplificado adotado pela Petrobrás oferece uma redação genérica sobre o tema. Assim, conclui que a imprecisão constante do Decreto 2.745/98 não se coadunaria com os princípios que guiam a gestão de recursos públicos.

Ainda com relação a utilização de princípios, explico o Acórdão 1.732/2009, julgado em 05 de agosto de 2009, e de relatoria do Min. Augusto Nardes, no qual se debate, essencialmente, a inexistência de três propostas válidas em licitação. Esse caso é interessante, já que nem a Lei

8.666/93, nem o Decreto 2.745/98 possuem a exigência da validade das três propostas. Portanto, a solução encontrada pelo Min., foi a aplicação dos princípios do interesse público, competitividade e eficiência. Logo, a seu ver, sequer seria necessário a previsão nas leis de tal aspecto do procedimento licitatório, já que a resposta seria única, qual seja, existência de três propostas válidas.

Por fim, ainda mais curioso é o argumento fundado em princípios encontrado no Acórdão 1.678/2007, julgado em 22 de agosto de 2007, e de relatoria do Min. Valmir Campelo. O Min. argumenta que ainda que seja considerada a inaplicabilidade da Lei 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 dos princípios teria a função de proteger os interesses da própria Petrobrás, “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”. Por fim, tais princípios não só não estariam em confronto com qualquer norma, como ainda, caso aplicados pela Petrobrás, dado a maior objetividade e segurança, contribuiriam para a prevenção de irregularidades. Em suma, os beneficiários de tais determinações seriam tanto a administração pública, como as os gestores e a própria empresa.

Antes de seguir adiante, faço um adendo quanto à problemática da utilização de princípios.

Em artigo de tom bastante crítico, Carlos Ari Sunfeld identifica dois grandes desafios que os princípios propõem. O primeiro desafio seria “no caso dos princípios enumerados por textos normativos, saber o que eles querem exatamente dizer”. O segundo desafio, a seu turno, seria “em relação àqueles princípios que o intérprete saca, por dedução ou indução, dos textos normativos ou de sua lógica geral, é saber se há mesmo base para falar em princípio geral” (SUNDFELD, 2013, p. 294).

Os dois desafios acima apontados, segundo o autor citado, seriam decorrência do fato de que, embora os “hiperprincípios” do Direito Administrativo tenham sido idealizados por professores que buscam definir o que há de principal em suas disciplinas, na prática tem ocorrido uma distorção de seus objetivos iniciais. Nesse sentido, aplicadores e intérpretes do Direito derivam de princípios o conteúdo de normas jurídicas e existência de direitos. A problemática desta utilização é que privilegia-se um “hiperprincípio” vago, amplo e impreciso a uma norma específica versando sobre o tema (SUNDFELD, 2013).

O autor termina o artigo com a seguinte colocação:

*“(...) quero que os profissionais do direito administrativo parem de usar hiperprincípios de origem e conteúdo duvidosos e, na solução de problemas jurídicos, usem o óbvio e o justo: o direito positivo.”*  
(SUNDFELD, 2013, p. 297)

Tendo em vista as colocações sobre princípios apresentadas, pessoalmente, não acredito que seja mera coincidência a crescente utilização de princípios por parte do TCU, justamente após as manifestações do STF.

Tenho como hipótese que com as decisões do STF, a batalha no âmbito do direito positivo fora perdida pelo TCU. Afinal, ainda que o Tribunal de Contas da União tenha reconhecida sua competência de proceder ao controle de constitucionalidade, a decisão do STF, sendo órgão hierarquicamente superior, prevalece. Ademais, vislumbro que mesmo que o órgão de controle argumente que as decisões do STF se deram em sede de controle concreto, e em grau de cognição precária, a tendência é que as determinações do TCU continuem a ser revertidas no STF. Nesse cenário, acredito que o TCU tenha sentido a necessidade de desenvolver novos argumentos para manter seu posicionamento contrário à adoção do Procedimento Licitatório Simplificado pela Petrobrás. Logo, passou a explorar a utilização de princípios que regem a atuação da Administração Pública, ou seja, independentemente do Decreto 2.745/98 ou da própria Lei

8.666/93, caso a Petrobrás adequasse seus procedimentos às determinações do TCU, isso seria supostamente melhor para a própria empresa.

Por outro lado, também não vejo como mera coincidência que, nesse diapasão, o TCU determine, no dispositivo da decisão, a adequação dos procedimentos da Petrobrás à Lei 8.666/93. Acredito que o órgão de controle tenha como visão de mundo os ânimos que circundaram a aprovação da Lei de Licitações, de promover a moralidade pública e evitar escândalos de corrupção. Cabe ressaltar que o próprio Tribunal de Contas se engajou institucionalmente para aprova-la (ROSILHO, 2013, p. 103). Sobre o tema transcrevo trecho do citado autor:

*“A Lei 8.666/93 representou a continuidade do Decreto-lei 2.300/1986, 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, 129).

Considerando o estudo da jurisprudência do TCU, tenho como hipótese que o órgão faz a associação não entre procedimento probo e eficiente como aquele que segue os ditames da Lei 8.666/93. Se minha hipótese for verdadeira, é bastante possível que o Tribunal de Contas veja como problemático qualquer dispositivo normativo alternativo e diferente ao modelo de licitações previsto na Lei 8.666/93.

Feitas as considerações acima, levanto a seguinte questão: no dispositivo da Decisão 663/2002 consta que a Petrobrás se abstenha de aplicar o Decreto 2.745/98 e aplique a Lei 8.666/93 até que seja editada a lei a que se refere o art. 173, § 1º da Constituição de 1988. Caso editada tal lei, isso poderia alterar o entendimento do TCU acerca do Decreto 2.745?

Para a questão acima formulada, tenho como hipótese que o TCU não alteraria sua percepção do Decreto 2.475/98 como inconstitucional, mas

poderia haver alguma mudança quanto ao entendimento sobre a aplicabilidade da Lei 8.666/93 às estatais. Isso porque, se for editada a lei que determinará o estatuto jurídico das estatais, e se tal lei estabelecer normas gerais e princípios aplicáveis às licitações nas estatais, padece o argumento de que a Lei 8.666/93 seria a única lei a disciplinar o tema das licitações. Assim, concretizar-se-ia a tese já esboçada por alguns Min. de que a EC 19/98 teria inserido duas ordens distintas em relação a licitação: uma para a administração direta, autárquica e fundacional, e outra para as empresas públicas e sociedades de economia mista.

Por outro lado, acredito que a admissão de um regime específico para as estatais enfrentará alguns desafios, diretamente relacionados com o resultado da lei a que se refere o art. 173, § 1º da Constituição de 1988. O primeiro deles é como o tema das licitações será abordado. Acredito que se a lei disciplinar apenas normas muito genéricas sobre o tema, o TCU pode questionar eventual aprovação de regulamentos por Decretos, com o argumento já esposado da delegação imprópria. Em adição, desconfio que a edição do estatuto jurídico das empresas estatais derrogará a exigência de aplicação dos princípios esboçados na Constituição Federal, e na própria lei 8.666/93. Se não derrogar, a aplicação dos princípios que regem a administração pública, a meu ver, poderá ensejar a aplicação da Lei 8.666/93 em outras hipóteses

Neste momento, passo a analisar a questão de eventual mudança de estratégia do TCU em razão do posicionamento do STF sobre a matéria.

De modo geral, o TCU manteve seu posicionamento esboçado no Acórdão 663/2002, pela inconstitucionalidade do art. 67 da Lei 9.478/97 e do Decreto 2.745/98, ainda que a decisão paradigmática do Supremo tenha sido em sentido contrário. Para tal, o TCU sustentava a ausência de caráter vinculante da decisão tomada em sede do MS 25.888, além de alegar o caráter sumário e precário do juízo realizado na ocasião (e.g. Acórdão 627/2007), e assim a impossibilidade de a decisão vincular o TCU. Em adição, no Acórdão 328/2010, de relatoria do Min. Augusto Nardes, julgado em 10 de março de 2010 evoca a questão da independência das instâncias,

no sentido que a existência de ações judiciais, por si só, não gera e relação de prejudicialidade, e conseqüente sobrestamento do caso até decisão definitiva.

Não obstante os argumentos acima, vale destacar que no Acórdão 2115/2008, de relatoria do Min. 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 Min. 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. Portanto, tais manifestações não seriam razões suficientes para que o TCU se antecipasse e alterasse sua jurisprudência.

Por outro lado, no Acórdão 627/2007, o Min. Benjamin Zymler, com o objetivo de evitar decisões contrárias, realizou a análise do caso, pela ótica do Decreto 2.748/98.

Já no Acórdão 1.678/2007, previamente citado, o Min. vai além das colocações já postas. Ao refutar o argumento da Petrobrás de que as determinações feitas pelo TCU no caso concreto seriam improcedentes em decorrência da cautelar concedida pelo STF no MS 25.888, o Min. Valmir Campelo vislumbra como provável uma mudança de posicionamento do STF em deliberação sobre o mérito. Nesse panorama, entende que o STF endossaria o posicionamento do TCU acerca da aplicação da Lei 8.666/93 até a edição da lei a que se refere o art. 173 da Constituição de 1988.

Em relação ao RE 441.280, o único caso no qual tal precedente foi citado foi no Acórdão 2.834/2011, de relatoria do Min. Raimundo Carrero, e julgado em 25 de outubro de 2011. Quanto a este caso do STF, o Min. faz alusão ao fato de que na ocasião do julgamento na Primeira Turma, "dois ministros votaram pelo provimento do recurso e, portanto, pela aplicação da Lei de Licitações à Petrobrás, e dois votaram pelo não provimento do recurso". Em seguida, o Min. destaca que o Min. Marco Aurélio remeteu o julgamento ao Plenário, suspenso em decorrência do pedido de vista do Min. Luiz Fux, no qual já foram proferidos dois votos divergentes. A

descrição do processo percorrido pelo RE 441.280, é utilizada pelo Min. Raimundo Carrero para fundamentar a existência de controvérsia no próprio STF, sendo que, por três votos a dois, até então, vence a corrente pela aplicação da Lei de Licitações.

### **5.3. STF e TCU: há interação entre os órgãos decisórios?**

Nos itens anteriores foram expostos os principais argumentos proferidos pelo STF e TCU, em diferentes ocasiões acerca da questão do Procedimento Licitatório Simplificado adotado pela Petrobrás. Passada tal etapa, considerando que há posicionamento de dois órgãos distintos sobre a mesma questão jurídica, que houve menção no âmbito do STF a respeito da atuação do TCU, e vice-versa, coloco a questão sobre uma possível interação entre poderes.

Utilizo o termo interação, e não diálogo, já que a última expressão pressupõe, um processo de comunicação explícito. Por outro lado, ao pensar no termo interação, me interessa eventuais sinalizações de um órgão para o outro. Entendo abrangido no campo da interação também o modo pelo qual o STF e TCU moldam suas próprias competências, o que revela uma percepção própria da função de cada órgão.

Para responder a questão acima proposta, existem dois pontos sensíveis que permeiam o universo de decisões analisadas, quais sejam (i) Súmula 347, Parecer AC-15 da AGU e controle de constitucionalidade pelo TCU, (ii) efeitos da decisão do STF no TCU. Por fim, pretendo levantar os principais problemas advindos do modo com que se relacionam o STF e TCU no caso Petrobrás. Se por um lado tais questões, de algum modo, já transpareceram na apresentação dos argumentos nos itens anteriores, passo a uma análise mais cuidadosa nos itens subsequentes.

#### *5.3.1. Súmula 347, Parecer AC-15 da AGU, e controle de constitucionalidade pelo TCU*

A questão acerca da aplicação da Súmula 347, e da própria interpretação com relação à eficácia do Parecer da AGU suscita uma disputa

de poder entre o STF e TCU no que tange a competência de o órgão de controle proceder ou não ao controle de constitucionalidade de atos e leis editadas pelo Poder Público. No caso Petrobrás, a interação do STF e TCU quanto a este ponto é relevante, já que fundado na Súmula 347 é que o segundo procedeu ao controle de constitucionalidade do art. 67 da Lei 9.478/97, e determinou que a Petrobrás se abstinhasse de aplicar o Procedimento Licitatório Simplificado.

A Súmula 347 do STF foi editada em 13 de dezembro 1963 e tem o seguinte enunciado: *“o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público”*.

Na paradigmática Decisão 663/2002, na qual o TCU firmou o entendimento que o art. 67 da Lei 9.478/97 era inconstitucional por proceder a uma delegação imprópria, o Min. Ubiratan Aguiar utilizou o enunciado da Súmula 347 do STF para sustentar sua posição. Para tal, entendeu que a existência de sistema de controle difuso de constitucionalidade, assim como a permissão conferida pela Súmula, conduziram ao afastamento dos art. 67 da Lei do Petróleo e o Decreto 2.745/98, em decorrência da declaração da inconstitucionalidade pelo TCU.

Porém, o entendimento do TCU acerca de sua própria competência para o controle de constitucionalidade foi inicialmente questionado no MS 25.888, de relatoria do Min. Gilmar Mendes. No caso, entendeu o Ministro que o contexto no qual a Súmula 347 foi aprovada se alterou em decorrência da edição da EC 16, de 6 de dezembro de 1965, a qual introduziu o controle abstrato de normas. Nesse sentido, até a edição da referida Emenda Constitucional era admitido o controle abstrato de normas por órgãos não-jurisdicionais. Aos olhos do Ministro, foi a Constituição de 1988 que alterou substancialmente o sistema de controle de constitucionalidade, ao ampliar o rol de legitimados a provocar a atuação do STF abstratamente. Por sua vez, tal ampliação resultou em uma restrição no controle difuso de constitucionalidade. Por tal restrição, a regra sumular que admitia o controle de constitucionalidade difuso por parte do TCU não teria sido recepcionada pela Constituição de 1988. Portanto, ao declarar a

inconstitucionalidade de um dispositivo legal, e afastar sua aplicação, estaria o TCU violando normas constitucionais, em especial, a que delimita sua competência (art. 71<sup>28</sup>).

O entendimento esboçado pelo Min. Gilmar Mendes no MS 25.888, e constantemente citado por outros Ministros do STF ao analisar os mandados de segurança impetrados pela Petrobrás, foi, em regra, ignorado pelo TCU. Digo ignorado, já que o TCU, na maioria das decisões, não se preocupou em rebater o posicionamento adotado pelo STF, e constantemente evocado pela Petrobrás, contentando-se em citar o entendimento firmado na Decisão 663/2002. Nesse sentido, o Acórdão 560/2010 é exceção.

No caso de relatoria do Min. Augusto Nardes, julgado em 25 de março de 2010, a Petrobrás argumentava que (i) o alegado exercício do controle difuso de constitucionalidade feito pelo TCU, de fato se caracterizou como controle concentrado de normas, (ii) tal controle concentrado

---

<sup>28</sup> Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

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

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

usurparia competência privativa do STF, (iii) a declaração de inconstitucionalidade deveria ser incidental, não podendo ser apreciado como temas principais pelo TCU, (iv) o Decreto 2.745/98 não admitiria o controle de constitucionalidade por ser norma destituída de abstração, generalidade e impessoalidade<sup>29</sup>.

Em resposta aos argumentos da Petrobrás, e em alguma medida do STF, o Min. Augusto Nardes explicitou que, no caso, o controle de constitucionalidade constituiu questão acessória e prejudicial diante do caso concreto. Não obstante, tal decisão se trataria de controle difuso e não concentrado, já que a decisão foi aplicada apenas à Petrobrás, não produzindo efeitos *erga omnes*.

O que se pode constatar tanto da linha argumentativa da Petrobrás como do TCU, é que estes interpretaram a decisão do Min. Gilmar Mendes, considerando que o problemático e não recepcionado pela Constituição de 1988 seria o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade procedido pelo TCU. Porém, entendo que tal distinção não fica clara no MS 25.888, tampouco nos mandados de segurança julgados subsequentemente pelo STF. Isso porque, ora o Ministro Gilmar Mendes se refere ao controle de constitucionalidade realizado pelo TCU como concentrado e abstrato, e ora como difuso e concreto. Por outro lado, o que pude inferir da decisão do Min. Gilmar Mendes é que não importa de que modo, o controle de constitucionalidade pelo TCU não foi recepcionado pelo STF.

Quanto à competência do TCU de realizar o controle de constitucionalidade, o Parecer AC-15 da AGU, aprovado em 12 de julho de 2004 também versava sobre o tema. A controvérsia jurídica que levou a edição do Parecer diz respeito a saber se o Procedimento Licitatório Simplificado se aplicaria às subsidiárias da Petrobrás. Enquanto o Ministério de Minas e Energia dizia que sim por compreender a empresa como um sistema, a Procuradoria Geral da República advogava que o regulamento

---

<sup>29</sup> Ao apontar que “o Decreto 2.745/98 não admitiria o controle de constitucionalidade por ser norma destituída de abstração, generalidade e impessoalidade”, a Petrobrás faz alusão a própria jurisprudência do STF com relação aos requisitos para a realização de controle de constitucionalidade de Decretos.

próprio não atingia as subsidiárias, por interpretação literal do texto da norma.

No referido parecer, um dos pontos controversos era quanto a decisão do TCU de determinar que a Petrobrás se abstinhasse de aplicar o regulamento próprio para que observasse os ditames da Lei 8.666/93. A AGU entendeu que "a inaplicação - por alegada inconstitucionalidade do regime simplificado - a todo o Grupo Petrobrás, esbarra no respeito ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis e da legalidade dos atos da administração até que sobrevenha decisão judicial em contrário, sendo insuficiente a opinião do TCU a quem cabe tão só julgar a regularidade das contas".

O parecer AC-15 da AGU passou a ser recorrentemente citado pela Petrobrás como fundamento para a impetração dos mandados de segurança. O TCU, em resposta aos argumentos da Petrobrás, e da própria AGU, contrapôs que não estaria submetida ao caráter vinculante do parecer da AGU, por não ser parte do Poder Executivo. Ademais, no Acórdão 920/2007, o Ministro Vitor Campelo argumentou que "por outro lado, a vinculação da Petrobras ao parecer da AGU não a desobriga de cumprir as determinações desta Corte, uma vez que aquela entidade submete-se à jurisdição do TCU". O STF por sua vez, preferiu utilizar a Súmula 347, nos termos da decisão do Min. Gilmar Mendes no MS 25.888, para combater a competência do TCU em proceder ao controle de constitucionalidade.

Neste cenário, concluo que, de um lado, busca o STF garantir a competência privativa do Poder Judiciário para realizar o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos e, do outro lado, objetiva o TCU deter competência a ele conferido pela Súmula 347 do STF, de realizar o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos *in concreto*. Porém seja o STF ou o TCU, nenhum dos dois órgãos fundamenta, de fato suas posições. Nos dois casos o que se constata é a existência de diversos postulados, e a ausência de argumentos que sustentem tais postulações.

### 6.3.2. Dos efeitos das decisões do STF no TCU

O posicionamento do TCU sobre as manifestações do STF, concedendo diversas medidas liminares favoráveis a Petrobrás, já foi tratado na análise das decisões do órgão de controle, e é bastante firme.

Nesse sentido, o principal argumento do TCU para fundamentar sua resistência em permitir que os efeitos da decisão do STF afetem sua jurisprudência é a consideração que as manifestações do STF se deram em caráter precário, com efeitos restritos ao ato impetrado, e que não traduzem a jurisprudência da Corte. Quanto a este ponto em específico, o que se constata, porém, é que o TCU apenas “postula” tais argumentos, e se esquivava de oferecer uma fundamentação mais detida das razões pelas quais a atuação do STF não afastaria a jurisprudência do TCU. Para exemplificar tal constatação, transcrevo trecho de decisão do TCU:

*“A essas decisões cautelares do E. STF – de caráter precário e restrito ao ato impetrado, não traduzindo a posição definitiva daquela Corte sobre o tema –, contrapõem-se as diversas e exaustivas apreciações de mérito que este Tribunal de Contas já realizou sobre a matéria. Ao sopesar esses dois fatores de ponderação, concludo ser mais adequado manter a linha de jurisprudência deste Tribunal de Contas, ao menos enquanto não surgir um pronunciamento definitivo e divergente da Corte Constitucional.”* (Min. Raimundo Carrero, Acórdão 2.115/2008, j. em 24 de setembro de 2008).

O caso acima é interessante já que o posicionamento acima destacado se deu em resposta a pronunciamento da Procuradoria Geral da República, demonstrando preocupação para que o TCU se adequasse ao posicionamento já delineado pelo STF.

No Acórdão 2.745/2009, de relatoria do Min. José Jorge, e julgado em 21 de outubro de 2009, o Ministério Público novamente provocou o TCU a considerar as decisões proferidas pelo TCU. Aqui, o Ministério Público

contrapõe o argumento do TCU de que as manifestações do STF seriam precárias e adstritas ao ato impetrado entendendo que, "as liminares concedidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal (MS 25.888-DF, MS 25.986-DF, MS 26.410-DF e MS 26.783-DF), ainda que monocraticamente adotadas, revelam, na prática, maior flexibilidade dos órgãos judicantes no que toca à aplicação da lei geral de licitações e contratos às atividades finalísticas da Petrobras, bem assim forte tendência contrária ao entendimento manifestado nos precedentes deste Tribunal sobre o assunto, o que deveria resultar na revisão da forma de decidir deste Tribunal". Porém para tal manifestação o TCU utilizou a resposta padrão, colocando que as liminares concedidas pelo STF não afetariam as determinações feitas pelo TCU, até decisão definitiva".

As considerações acima colocadas poderiam conduzir à conclusão de que o TCU se mostra completamente indiferente em relação às manifestações do STF. Porém, a meu ver, tal conclusão se mostra precipitada, já que, após as manifestações do STF, o TCU passou a sustentar a inaplicabilidade do Decreto 2.745/98 não só pela consideração da inconstitucionalidade do art. 67 da Lei 9.478/97, como também pela análise do Procedimento Licitatório Simplificado pela perspectiva dos princípios aplicáveis à Administração Pública. Portanto, o TCU passou a analisar as contestações da Petrobrás também pela ótica do Decreto 2.745/98.

A consideração das determinações feitas pelo TCU pela perspectiva do Decreto 2.745/98 é expressa no Acórdão 866/2007, de relatoria do Min. Benjamin Zymler, e julgado em 16 de maio de 2007. Este caso foi o único no qual algum Ministro do TCU manifestou expressamente a preocupação em evitar decisões conflitantes entre o TCU e STF. Porém, o Min. ao aplicar o Decreto 2.745/98 não deixou de apreciar a questão também sob a ótica da Lei 8.666/93. Transcrevo sua colocação quanto a este ponto:

*" (...) com o intuito de evitar que esta Corte profira decisões conflitantes com a Suprema Corte, caso esta delibere em caráter definitivo no sentido de acolher a*

*pretensão da Petrobras, inclino-me, como medida de prudência, a analisar o presente recurso também à luz dos dispositivos contidos no Decreto nº 2.745/98, que aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Contudo, nessa análise, não se perderá de vista a Lei nº 8.666/93 e seus dispositivos, em especial aqueles que concretizam a realização de um procedimento licitatório em estrita conformidade com os princípios basilares da legalidade, isonomia, impessoalidade, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo, bem como os que estabelecem os preceitos básicos a serem observados nas contratações realizadas pela entidade”.*

Pelo exposto, conclui-se que os efeitos que as manifestações do STF tiveram no TCU foram restritos. A mudança mais significativa constatada no órgão de controle foi a utilização de argumentos para além da inconstitucionalidade do art. 67 da Lei 9.478/97, como a análise da questão jurídica frente ao Decreto 2.745/98, e aos princípios que regem a atividade administrativa.

### *5.3.3. Consequências da (não) interação constatada entre o STF e o TCU*

Um dos pontos que caracterizam o caso Petrobrás é justamente o tipo de interação entre o STF e o TCU, no qual cada órgão busca reafirmar sua competência e sua tese acerca do modelo licitatório que deveria ser adotado pela Petrobrás.

No entanto, em meio a disputa de teses jurídicas, o que se constata é um cenário de insegurança jurídica para a Petrobrás, que opta por incorrer no risco de ver suas contratações contestadas pelo TCU, já que vislumbra eventual reversão das determinações feitas pelo órgão de controle, com a impetração de mandados de segurança.

De fato, a indefinição acerca do Procedimento Licitatório Simplificado adotado pela Petrobrás irradia seus efeitos para além deste caso específico.

Isso se dá pelo fato de outras empresas estatais terem editado seus regulamentos próprios, como já exposto no Capítulo 2, "Licitações nas estatais".

Porém, não apenas a indefinição quanto ao caso Petrobrás é problemática por outras empresas estatais estarem editando seus regulamentos próprios, mas também por gerar incerteza quanto ao modelo de contratações públicas aplicável à empresas estatais. Conforme já explicitado, o caso Petrobrás traz relevantes questões jurídicas a serem resolvidas. Afinal, algum artigo da Lei 8.666/93 não foi recepcionado pela EC 19/98? A não edição da lei a que se refere o art. 173, §1º, inc. III altera influi na admissibilidade de regulamentos próprios?

Pelo exposto, é possível concluir que o caso Petrobrás mais do que trazer respostas, gera novos questionamentos. Tenho minhas dúvidas se a falta de respostas, em especial por parte do STF, é fruto do instrumento processual no qual os Ministros se manifestam, da não existência de manifestação do Plenário sobre o tema, ou por uma tentativa da Corte de se desincumbir do ônus de enfrentar a questão.

## **6. Síntese dos resultados obtidos pela análise jurisprudencial**

Considerando o apresentado na análise empírica, sintetizo brevemente os resultados obtidos no presente estudo acerca da adoção do Procedimento Licitatório Simplificado pela Petrobrás nas perspectivas do STF e TCU.

No âmbito do TCU o caso paradigmático é a Decisão 663/20002, de relatoria do Min. Ubiratan Aguiar, e julgado em 09 de junho de 2002. No caso o Ministro traçou a seguinte linha argumentativa, acolhida pelo Plenário, e utilizada como paradigma em casos semelhantes: (i) o art. 37, inc. XXI dispôs que o tema de licitações e contratações fosse disciplinado por lei; (ii) a única lei que dispõe sobre o tema é a 8.666/93, já que a Lei 9.478/97 não o fez, e apenas delegou a disciplina da matéria para norma de hierarquia inferior; (iii) por contradizer o art. 37, inc. XXI da Constituição 1988, o art. 67 da Lei 9.478/97 se reveste de inconstitucionalidade; (v) por

consequente o Decreto 2.745/98 também é inconstitucional. Logo, até a edição da Lei prevista no art. 173 da Constituição, a Petrobrás deveria se abster de aplicar seu Procedimento Licitatório Simplificado, para aplicar a Lei 8.666/93.

Já no STF, a decisão paradigmática é o MS 25.888, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, e julgado em 21 de junho de 2006. Os fundamentos adotados pelo Ministro foram amplamente citados em outros mandados de segurança impetrados pela Petrobrás.

O Min. Gilmar Mendes considerou que o art. 177, § 1º da Constituição de 1988, que relativizou o monopólio do petróleo permitindo que empresas privadas participassem do setor, remeteu à lei a disciplina de forma especial de contratação. A lei a que se refere o dispositivo constitucional seria a Lei 9.478/97, a qual, em seu art. 67, prevê que o procedimento licitatório da Petrobrás será simplificado e definido em Decreto. O Decreto 2.745/98 regulamentaria, portanto, o art. 67 da Lei 9.478/97. A seu ver a existência de procedimento licitatório simplificado para reger as contratações da Petrobrás se justificaria pelo regime de livre competição a que a estatal foi submetida após a flexibilização do monopólio do petróleo. Nesse novo cenário, não poderia a Petrobrás estar submetida às regras rígidas previstas pela Lei 8.666/93. Por fim, entende o Min. que a Súmula 347 não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que alterou o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, não fazendo mais sentido o controle de constitucionalidade pelo TCU.

Com as manifestações do STF, o TCU pouco alterou seu entendimento, replicando o que havia sido estabelecido na Decisão 663/2002. Porém, com o questionamento do STF em relação a sua competência para realizar o controle de constitucionalidade, e o constante questionamento por parte da Petrobrás de suas determinações, o TCU passou a criar outros argumentos para a não aplicação do Decreto 2.745/98. Assim, o TCU passou a questionar o Procedimento Licitatório Simplificado frente aos princípios que regem a atuação administrativa.

Portanto os aspectos considerados problemáticos no Procedimento Licitatório Simplificado são (i) o fato deste ser fruto de delegação imprópria pelo art. 67 do Decreto 2.745/98, e (ii) o modelo licitatório previsto no regulamento próprio da Petrobrás.

Até a data de realização da presente monografia, poucos dos mandados de segurança impetrados no STF tem decisão definitiva e transitaram em julgado (apenas três mandados de segurança e uma questão de ordem em ação cautelar). Recentemente, a Corte tem sobrestado o julgamento dos mandados de segurança, pela iminência do julgamento do Re 441.280. Porém, a análise do referido Recurso Extraordinário revela que o caso não diz respeito a adoção do Procedimento Licitatório Simplificado pela Petrobrás, mas sim quanto a aplicabilidade do art. 1º da Lei 8.666/93 à estatal. No entanto, é possível que o STF ao analisar o RE 441.280, por este ser julgado em Plenário, dê uma resposta para a questão do Procedimento Licitatório Simplificado, ou prefira se desincumbir do ônus de decidir a questão.

No entanto, ainda que o STF se manifeste em caráter definitivo acerca da constitucionalidade do art. 67 da Lei 9.478/97 e do Decreto 2.745/98, é possível, frente aos argumentos esboçados pelo TCU, que o órgão de controle continue a atrair a aplicação da Lei 8.666/93 pelos princípios nele esboçados, e afaste a utilização do Procedimento Licitatório Simplificado em decorrência do modelo licitatório ali determinado.

## **7. Para além do caso Petrobrás**

A análise do caso Petrobrás permitiu a abordagem de diversos pontos sensíveis, não só com relação ao modelo de contratações adotado pela Petrobrás, como também quanto ao tema das licitações nas estatais, enquanto um dos aspectos concernentes ao regime jurídico de tal ente.

Por um lado, poderia ser caracterizado um grave equívoco metodológico a tentativa de se generalizar as conclusões aqui obtidas para qualquer caso que envolva a adoção de regulamentos próprios em empresas estatais. Porém, também entendo que seria equivocada ignorar

eventuais implicações que o caso Petrobrás gera na reflexão acerca das licitações nas empresas estatais.

Finalizo a presente monografia com o segundo aspecto acima destacado. Para isso, inicialmente irei retomar alguns pontos constatados com o estudo do caso Petrobrás. Em seguida, apontarei algumas das conclusões obtidas a partir do estudo da jurisprudência do STF e TCU, brevemente sistematizadas no capítulo anterior. Passada tal exposição, irei sugerir, a partir do estudo da jurisprudência, o que entendo como tendências tanto no STF, quanto no TCU. Após apresentar hipóteses, a serem futuramente avaliadas, levantarei possíveis implicações do caso Petrobrás em outras empresas estatais, especialmente com relação àquelas que tem editado regulamentos próprios de licitação, e exemplifico algumas tendências legislativas quanto ao tema do procedimento licitatório nas empresas estatais.

Os capítulos que precederam a análise jurisprudencial evidenciaram que o Procedimento Licitatório Simplificado adotado pela Petrobrás, e aprovado pelo Decreto 2.745/98, se enquadra em um contexto de significativas alterações. Tais mudanças ocorreram em dois níveis.

O primeiro deles diz respeito ao setor petrolífero que, com a edição da EC 9/95 e da Lei do Petróleo, flexibilizaram o monopólio do petróleo, e admitiram que empresas privadas competissem com a Petrobrás. Portanto, conforme se infere da previsão do art. 67 da Lei 9.478/97, a introdução da competição trouxe como consequência a necessidade que a Petrobrás adequasse seu modelo licitatório para poder competir em igualdade de condições. Logo, a previsão de regulamento próprio simplificado de licitações seria uma das formas para se atingir tal objetivo.

Já o segundo nível de alterações que contribuíram para a adoção de Procedimento Licitatório Simplificado pela Petrobrás diz respeito a mudanças introduzidas pela edição da EC 19/98. A referida emenda constitucional, ao alterar a redação dos art. 22, inc. XXVII, e 173, § 1º, inc. III, expressamente previu a existência de dois regimes distintos de contratação para a Administração Pública. Enquanto a Administração direta

estaria regida pelos ditames do art. 37, inc. XXI, empresas estatais e sociedades de economia mista teriam seu regime licitatório previsto no art. 173, § 1º, inc. III. Quanto ao modelo licitatório das empresas estatais, a Constituição de 1988 apenas previu a edição de lei dispendo sobre o estatuto jurídico de tais entes. No entanto, caso se compreenda que o dispositivo constitucional prevê a edição de uma única lei, de caráter geral e aplicável a todas empresas estatais, tal lei aprovando o estatuto jurídico das empresas estatais, até o momento da elaboração da monografia, não foi editada, ainda que já existam iniciativas legislativas para tanto.

Dos dois níveis acima expostos concluiu-se que a aprovação do regulamento próprio da Petrobrás foi uma tentativa de preservar o caráter empresarial da estatal, permitindo que esta competisse, em igualdade de condições, com empresas privadas. Em adição, ainda que a lei dispendo sobre o estatuto jurídico das empresas estatais não tenha sido editada, a previsão de modelo alternativo de contratações para empresa estatal tem fundamento no art. 22, inc. VII da Constituição de 1988. Porém, a lei 8.666/93 já previa a edição de regulamentos próprios (art. 119), ainda que não dispensasse a aplicação da Lei de Licitações.

O que se constata é que, tão logo editado o Decreto 2.745/98, a Petrobrás passou a realizar certames licitatórios, conforme o Procedimento Licitatório Simplificado. No entanto, tais contratações passaram a ser questionadas no âmbito do TCU.

O TCU, ainda que tivesse no momento anterior à aprovação do Decreto 2.745/98 uma posição, de certa forma, flexível com relação as estatais ao permitir a inexigibilidade de licitação em caso de atividade final da empresa, estabeleceu posicionamento contrário ao regulamento da Petrobrás, na Decisão 663/2002. O principal argumento do órgão de controle era que o art. 67 da Lei do Petróleo fez delegação imprópria, ao permitir que a matéria de licitações fosse disposta em instrumento infra-legal. Isso posto, procedeu ao controle de constitucionalidade do art. 67 da Lei 9.478/97 e do Decreto 2.745/98, e determinou que a Petrobrás se

abstivesse de aplicar o regulamento próprio, e regesse suas licitações pela Lei 8.666/93.

Frente ao posicionamento do TCU, a Petrobrás impetrou diversos mandados de segurança no STF, no qual obteve decisões favoráveis, que suspendiam a eficácia das determinações do órgão de controle, até que fosse julgado em caráter definitivo tais mandados de segurança. Do mesmo modo que o TCU, o STF manteve seu posicionamento, inaugurado pelo MS 25.888. No referido caso, de relatoria do Min. Gilmar Mendes foi questionada a competência de controle de constitucionalidade do TCU, além de ter considerado como necessária a existência de regulamento licitatório próprio, pela conjuntura introduzida pela EC 9/95. Não obstante, concluiu-se que, de fato, o STF não tem posicionamento definitivo sobre a matéria. Por outro lado, o próprio STF entende que o julgamento do RE 441.280, o qual concluiu-se que não versa sobre a adoção do Procedimento Licitatório Simplificado, será a ocasião para a Corte se manifestar sobre o tema.

Quanto ao TCU, é possível perceber, após as decisões do STF, que este continuou a replicar o entendimento esboçado na Decisão 663/2002. Porém constatou-se que o TCU passou a manifestar outros pontos problemáticos no regulamento próprio adotado pela Petrobrás, que contrariariam os princípios que regem a atuação administrativa.

Tendo em vista, os argumentos expostos pelo TCU, STF, e a forma pela qual um órgão sinaliza aspectos para o outro, é possível traçar algumas hipóteses sobre a atuação destes no momento que se segue após o desenvolvimento deste estudo.

Em relação ao STF, tenho como hipótese que este irá enfrentar a questão da adoção de regulamento próprio pela Petrobrás ao julgar o RE 441.280. Nesse cenário, o posicionamento do STF sobre a questão seria *obiter dictum*, já que a questão jurídica do caso não versa especificamente sobre o tema da adoção de regulamento próprio. Vislumbro ainda a possibilidade de o STF sequer se posicionar sobre a matéria, até que seja editada a lei a que se refere o art. 173, § 1º, inc. III, posto que é provável que a lei preveja a adoção de regulamentos próprios pelas estatais. Se por

um lado para a Petrobrás a não existência de posicionamento definitivo sobre a matéria gera incerteza, por outro lado tendência de concessão de cautelares favoráveis, com o respectivo não julgamento do mandado de segurança, de todo o modo, não tem sido uma situação prejudicial. Ainda assim, a falta de decisão do STF, inevitavelmente acarreta insegurança jurídica não só para a Petrobrás, como para outras estatais que tem editado seus regulamentos próprios.

Quanto ao TCU, antevejo como possível que este continue a questionar a adoção de regulamentos próprios, inclusive no caso da edição de lei prevendo o estatuto jurídico das empresas estatais. Acredito que o órgão de controle, vislumbre como problemático justamente os aspectos que diferenciam os regulamentos próprios da Lei 8.666/93, por desconfiar de maior flexibilidade em procedimentos licitatórios. Isso já que, pela perspectiva do TCU, as previsões da Lei 8.666/93 contribuem para contratações mais eficientes pelas empresas estatais.

Enquanto não resolvido o caso Petrobrás, leis autorizando que empresas estatais tenham seus regulamentos próprios tem sido editadas, e acredito que outras ainda serão, conforme já foi explicitado no capítulo 2. Nesse sentido destaco os casos da Eletrobrás, Infraero e Hemobrás.

Em relação a Infraero, esta teve seu regulamento próprio aprovado por Portaria do Ministério da Defesa, editada em 2009. É curioso destacar que, nos "considerandos" que precedem a Portaria, o fundamento indicado para a edição do instrumento normativo é a própria Lei de Licitações, em seu art. 119. Portanto, no caso do regulamento próprio da Infraero, este é explícito de que persiste a aplicação da Lei 8.666/93. Tal fato pode se dar em decorrência de o art. 119 da Lei de Licitações ser a única previsão legal para a edição de regulamentos próprios. Ainda assim, há previsão de contratação integrada, modalidade pregão. Por outro lado, é possível que, justamente por manter a aplicação da Lei 8.666/93, o TCU questione o regulamento da Infraero em alguns pontos que este diverge da Lei 8.666/93.

No entanto, é possível que a autorização por lei da edição de regulamentos próprios por diversas empresas estatais acabe por reduzir o poder de barganha do TCU. Afinal, a adoção de modelo de contratação alternativo ao da Lei 8.666/93 por diversas empresas estatais, também só reforça a hipótese de que a lei prevista no art. 173, § 1º, inc. III da Constituição Federal irá prever a edição de regulamentos próprios. Tal previsão afastaria o regime licitatório da Administração Indireta daquele constante na Administração Direta, de maneira mais precisa.

Aproximando-me do fim deste estudo, exponho, brevemente, as propostas apresentadas em três iniciativas distintas: dois Projetos de Lei em tramitação e o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e Entes de Colaboração. O objetivo de expor tais iniciativas é ilustrar tendências legislativas quanto ao tema das licitações nas estatais, e propor uma reflexão se tais propostas solucionariam alguns dos problemas constatados pelo estudo do caso Petrobrás, ou até mesmo se criariam novas questões para o debate.

O Projeto de Lei 622/11, que institui o estatuto jurídico das empresas estatais e regulamenta o art. 173, § 1º, inc. III da Constituição Federal proposto pelo Deputado Estadual Rodrigo Garcia do DEM/SP, traz a seguinte proposta quanto ao tema de licitações:

*“Art. 13. A contratação de obras, serviços, compras e alienações pela empresa estatal será feita mediante licitação, observados os princípios da administração pública e normas vigentes sobre a matéria.*

*Parágrafo único. No que concerne aos contratos relacionados às atividades-fim da empresa estatal, a licitação se dará por procedimento simplificado previsto em regulamento próprio, aprovado pelo Ministério ou Secretaria competente e devidamente publicado”.*

Considerando a proposta acima destacada, um dos principais problemas que vejo é a utilização da dicotomia atividade-fim/atividade-meio, conforme já foi problematizado no estudo do Primeiro Momento da

jurisprudência do TCU. Afinal, na prática existe uma zona de penumbra na dicotomia proposta, que favorece a existência de litígios, já que sendo atividade-fim a licitação poderia ser realizada por procedimento simplificado, e caso contrário não.

O Projeto de Lei do Senado 238 de 2009, apresentado pelo Senador Álvaro Dias do PSDB/PR, ao também regulamentar o art. 173, § 1º, inc. III da Constituição Federal, propõe a disciplina do tema das licitações da seguinte forma:

*“Art. 19. As empresas públicas e sociedades de economia mista editarão regulamentos próprios sobre licitações e contratos, em consonância com a legislação em vigor sobre a matéria e as prescrições desta Lei.*

*Parágrafo Único: Os regulamentos de que trata o caput somente entrarão em vigor após a aprovação pela autoridade do Poder Executivo a que tais entes estejam vinculados e a publicação na imprensa oficial”.*

Diferentemente do Projeto de Lei anterior, este não faz distinção entre as empresas públicas e sociedades de economia mista, e estabelece uma previsão geral de edição de regulamentos próprios.

É curioso perceber que os dois Projetos de Lei exemplificados são tímidos na previsão da edição de regulamentos próprios, e de um regime licitatório específico das empresas estatais, por não apartarem, por completo, a disciplina do modelo licitatório das estatais da legislação em vigor. Por outro lado, conforme já explicitado tantas vezes ao longo desta monografia, o art. 22, inc. XXVII, com a nova redação dada pela EC 19/98 parece justamente admitir a existência de modelos licitatórios distintos entre as empresas estatais e os outros entes da Administração Pública, não sendo necessária a existência de uma lei única a reger a questão.

O Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e Entes de Colaboração, por sua vez, é de autoria de uma Comissão de Juristas constituída pela Portaria nº 426 de 06 de janeiro de 2007 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Participaram da Comissão

os professores Almiro do Couto e Silva, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Paulo Eduardo Garrido Modesto, Maria Coeli Simões Pires, Sergio de Andréa e Maria Sylvia di Pietro. O documento final foi apresentado em 16 de julho de 2009 e a principal motivação que guiou a iniciativa foi a "constatação das autoridades do governo de que há um esgotamento no modelo atual da administração pública que tem gerado dificuldades para a ação estatal ágil e com qualidade no atendimento às demandas sociais e do mercado" (MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, 2009, p. 2).

Com relação ao tema específico das licitações nas empresas estatais, o objetivo do Anteprojeto, conforme apresenta a "Exposição de Motivos", era "definir com clareza as situações em que exigências de natureza pública lhes são aplicáveis", de tal forma a garantir a coexistência entre tais exigências, com o princípio da eficiência, autonomia das estatais, e o regime empresarial destas (MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, 2009, p. 8).

Assim a opção do Anteprojeto foi adotar um critério objetivo que distingue entre entidades estatais dependentes e não dependentes. Nos termos do art. 22, § 3º, entidades estatais dependentes é a "a empresa estatal ou a fundação estatal que recebe diretamente do orçamento público recursos financeiros para pagamento das despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, salvo, no último caso, os provenientes de aumento de participação acionária em empresa estatal".

No caso das entidades estatais não dependentes, ou aquelas que tenham celebrado contrato de autonomia, estas poderiam, conforme o art. 24, adotar procedimentos de contratação previstos em regulamentos próprios aprovados por decreto. O fundamento para tal modelo, conforme a "Exposição de Motivos" estaria no próprio art. 173, § 1º, inc. III da Constituição Federal.

Quanto aos regulamentos próprios a que se refere, o Anteprojeto prevê diretrizes a serem observadas, como por exemplo, a necessidade de caracterização do objeto da licitação de forma clara e precisa, e a

necessidade de o julgamento atentar para os princípios do instrumento convocatório, dentre outros aspectos.

Desta breve exposição do Anteprojeto dois aspectos devem ser ressaltados.

O primeiro deles é a opção ali adotada de se adotar um critério eminentemente objetivo para a determinação do regime licitatório aplicável às estatais. Comparando-se com critérios tais como atividade meio/fim, a distinção entre entidades dependentes/não dependentes parece admitir menor discricionariedade na aplicação do regime jurídico.

O segundo aspecto que destaco no modelo sugerido no Anteprojeto é a determinação de aspectos que devem constar nos regulamentos próprios. Do ponto de vista dos órgãos de controle, tal modelo parece atender a preocupação expressa pelo TCU de que os regulamentos próprios não tem diretrizes pré-definidas, permitindo, a seu ver, flexibilidade "excessiva" aos gestores das estatais.

Porém, ainda que interessante, o documento final que resultou no Anteprojeto foi arquivado, no sentido de que não novos debates não parecem ter avançado, e suas opções não consideradas, por exemplo, nos posteriores Projetos de Lei exemplificados. Ainda assim, a apresentação de algumas iniciativas legislativas se torna especialmente interessante após o estudo do caso Petrobrás, já que as diversas questões ali levantadas podem ser recolocadas frente aos Projetos de Lei e ao Anteprojeto. Afinal, o critério proposto pelo Anteprojeto que distingue entre entidades dependentes e não dependentes diminuiria a margem de questionamento dos regulamentos próprios pelo TCU? Frente aos Projetos de Lei poderia o TCU continuar a empregar a argumentação baseada em princípios? Com a edição de lei dispondo sobre a questão das licitações nas estatais o STF ainda teria um papel a ser exercido? Seria o de controlar a atuação do TCU?

Por fim, mais do que gerar implicações em outras empresas estatais que seus regulamentos próprios autorizados por lei e editados em Decretos, o caso Petrobrás trás um relevante debate sobre o regime jurídico das estatais, e sua função.

Isso porque para que o “figurino empresarial” (SOUZA; SUNDFELD, 2013, p. 80) conferido às empresas estatais seja justificável, mesmo a aplicação de aspectos de direito público, na linguagem de Henrique Motta Pinto como “excepcionalidades”, deve levar em consideração as peculiaridades da atuação empresarial das empresas estatais. Portanto, é necessário atentar-se, seja com relação as licitações, ou qualquer outro aspecto do regime jurídico das estatais, o mercado no qual elas se inserem (se houver mercado), as características das atividades que exercem, dentre outros aspectos. Só assim, vislumbro ser possível desenvolver um debate, quanto ao regime jurídico das empresas estatais, que leve “a natureza empresarial das estatais a sério” (SOUZA; SUNDFELD, 2013).

## **8. Referencial Bibliográfico**

BRUTO, Marcelo. "RDC: Experiência Federal - Gestão em destaque". Apresentação da Secretaria do Programa de Aceleração do Crescimento do Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão realizada no dia 13 de outubro de 2013.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo, e PALMA, Juliana Bonacorsi de. "Empresas Estatais e Parcerias Institucionais". Em prelo.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. São

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. "Resultado Final da Comissão de Juristas constituída pela Portaria nº 426 de 06 de dezembro de 2007". 2009. Disponível em: [http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seges/comissao\\_jur/arquivos/090729\\_seges\\_Arq\\_leiOrganica.pdf](http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seges/comissao_jur/arquivos/090729_seges_Arq_leiOrganica.pdf). Acesso em: 20 de janeiro de 2013.

PINTO, Henrique Motta. *Empresa Estatal: Modelo Jurídico em Crise?*. Dissertação de Mestrado (Orientador: Carlos Ari Sunfeld). São Paulo: Faculdade de Direito da PUC/SP, 2010.

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

SOUZA, Rodrigo Pagani de, e SUNDFELD, Carlos Ari. "Licitação nas estatais: levando a natureza empresarial a sério". *Contratações Públicas e seu Controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. "Princípios Desconcertantes do Direito Administrativo". *Tratado de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2013.