

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE  
BACHARELADO EM DIREITO**

**RÓGER DUARTE BEZERRA DE MENEZES**

**A CONSTITUCIONALIDADE DO PROCESSO LICITATÓRIO  
SIMPLIFICADO ADOTADO PELA PETROBRAS SOB A ÓTICA DO STF E DO  
TCU**

**Aracaju/SE**

**2015**

**RÓGER DUARTE BEZERRA DE MENEZES**

**A CONSTITUCIONALIDADE DO PROCESSO LICITATÓRIO  
SIMPLIFICADO ADOTADO PELA PETROBRAS SOB A ÓTICA DO STF E DO  
TCU**

Monografia apresentada à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE, como requisito parcial de conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Me. Marcos Vander Costa da Cunha

**Aracaju  
2015**

**RÓGER DUARTE BEZERRA DE MENEZES**

**A CONSTITUCIONALIDADE DO PROCESSO LICITATÓRIO  
SIMPLIFICADO ADOTADO PELA PETROBRAS SOB A ÓTICA DO STF E DO  
TCU**

Monografia apresentada como exigência parcial  
para obtenção do grau de bacharel em Direito, à  
comissão julgadora da Faculdade de  
Administração e Negócios de Sergipe.

Aprovada em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva  
FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

---

Prof. Me. Marcos Vander Costa da Cunha  
FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

---

Prof. Esp. Marcel Figueiredo Ramos  
FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

Durante a formação de um bacharel em Direito, nasceu *Bárbara*, mostrando que o amor pode chegar a limites extraordinários e fazendo valer a pena cada momento de investimento. Dedico o esforço e resultado deste trabalho a você, minha filha: a monografia mais completa que já fiz em minha vida.

## AGRADECIMENTOS

A Deus por não deixar abalar minha fé e saúde em toda a caminhada nestes 5 (cinco) anos de mais uma formação acadêmica e de me fazer crente cada vez mais acerca de sua Existência;

À Nossa Senhora de Fátima, que tanto me ouviu quando pedi “Maria passe na frente e resolva por mim, tudo aquilo que não consiga resolver sozinho” e me cobriu com seu manto protetor.

Aos meus pais, Laís Angélica Duarte e Antônio Bezerra de Menezes, que me deram a vida e parte de suas vidas, que me repassaram seus valores, que me deram as diretrizes necessárias de educação para entender a importância dos estudos para a formação da dignidade humana.

À minha esposa Lane Oliveira Bezerra de Menezes, pela compreensão de minha frequente ausência em tantos momentos de congregação familiar, pela parceria em entender e dividir as preocupações inerentes ao período de uma graduação, pelo apoio disponível nas horas em que precisei. Casamento é construção, é parceria a dois.

E, ao maior de todos os amores, à minha filha Bárbara que, fazendo jus a seu nome, fez minha vida plena, dividindo minha existência em duas fases: o Róger que existia antes e o Róger que “nasceu” depois de seu “nascimento”.

Ao orientador Marcos Vander Costa da Cunha, que, com maestria, exerceu seu papel de professor e me forneceu as informações para esculpir o tema e desenvolver o conteúdo dentro do prazo, requisitos e escopo necessários. Obrigado, mestre! Este trabalho é nosso!

À professora Hortência que pacientemente atendia às minhas solicitações de revisão até depois do horário das aulas, com boa vontade e sempre com disposição para ajudar os corações aflitos dos concludentes.

Ao meu gerente Ricardo Amorim, que entendeu minhas angústias de final de curso e pacientemente também foi bastante complacente com alguns não cumprimentos de horário, pois entendia a importância desta fase de minha vida. Se não fosse você, Ricardo, talvez, não tivesse chegado até aqui.

A tantas pessoas que, direta ou indiretamente, puderam me ajudar a manter o foco centrado nesta etapa, com destaque para Irian, um anjo que Deus colocou em nossas vidas para ajudar a cuidar de nossa Babi e para o professor de português e redação André Brito, que ajudou na revisão da monografia com valorosas interferências.

Obrigado a todos. Este trabalho é a junção de muito tempo e palavras amigas que cada um deu de si.

Eu não troco a justiça pela soberba. Eu não deixo  
o direito pela força. Eu não  
esqueço a fraternidade pela tolerância. Eu não  
substituo a fé pela superstição,  
a realidade pelo ídolo.

Rui Barbosa

## RESUMO

A presente monografia se propõe a analisar a constitucionalidade dos contratos celebrados pela empresa Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras, segundo os ditames do Decreto nº 2.745/98, o qual regulamentou o artigo 67 da denominada Lei do Petróleo – nº 9.478/97, aprovando o processo licitatório simplificado desta Petrolífera. Para atingir o objetivo almejado do presente trabalho é imperativo que seja feita uma comparação com a Lei nº 8.666/93, pois com a edição da EC 19/98, houve alteração na redação dos art.22, inc. XXVII e art.173, § 1º, inc. III, ambos da Constituição Federal, dando origem a dois regimes diferenciados de contratação para a Administração Pública, de modo que a Administração direta, autárquicas e fundacionais seriam regidas pelo art. 37, inc. XXI da Constituição Federal, seguindo a Lei nº 8.666/93 e as estatais e sociedades de economia mista adotariam um regime licitatório simplificado, conforme especificação do art.173, § 1º, inc. III, da Lei Magna Brasileira. Ocorre que, relativamente ao modelo licitatório simplificado, a Constituição Federal em seu art. 173, simplesmente estipulou a edição de lei regulamentando os estatutos das empresas beneficiadas com esse modelo simplificado, entretanto não ficou claro se existirá apenas uma lei de caráter geral regulamentando os diversos estatutos dessas empresas ou serão tantas leis quanto necessárias para a operacionalização dos seus respectivos estatutos. No meio da indefinição supracitada, a Petrobras, logo que foi editado o Decreto nº 2.745/98, passou a participar de licitações segundo o procedimento simplificado, deixando de se submeter aos ditames da Lei 8.666/93, todavia, suas contratações embasadas no referido decreto passaram a ser questionadas pelo Órgão de Controle, isto é, pelo Tribunal de Contas da União (TCU), que reputava inconstitucional tal procedimento. Em contrapartida, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidia favoravelmente à Petrobras diversas vezes quando demandado acerca dessa matéria.

**Palavras-chave:** Lei nº 8.666/93. Decreto nº 2.745/98. Modelo Licitatório Simplificado. TCU. STF.

## ABSTRACT

This thesis aims to analyze the constitutionality of contracts executed by Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras, according to the article of Law Decree 2.748/98, which regulates Article 67 of the Petroleum Law “Lei do Petróleo” - nº 9.478/97, approving the bidding simplified process of the company. In order to achieve the targeted purpose, is imperative that we make a comparison with Law No. 8,666 / 93, as with the edition of EC 19/98 was no change in the wording of article 22, inc. XXVII and art.173, § 1, inc. III, both of the Federal Constitution, giving rise to two different contracting regimes for Public Administration, so that the direct administration, local and foundational would be governed by art. 37, inc. XXI of the Federal Constitution, following the Law 8.666 / 93 and state and joint stock companies follow a simplified bidding procedure as art.173 specification, § 1, inc. III, of the said Constitution. As regards the simplified bidding model, the Federal Constitution, art. 173, simply stipulated the law editing regulating the statutes of the companies benefited from this simplified model, though it was unclear whether there will only be one general law regulating the various statutes of these companies or will be so many laws as necessary for the operation of the respective statutes. In the middle of the aforementioned uncertainty as soon as it was published Decree No. 2.745 / 98, Petrobras started to participate in bidding under the simplified procedure, failing to submit to the dictates of Law 8,666 / 93, however, their hiring processes informed in that decree began to be questioned by the Control Authority, that is, by Audit Court (TCU), who claimed to be unconstitutional such a procedure, however, the Supreme Court (STF) decided in favor of Petrobras several times when the defendant about this matter.

**Keywords:** 8.666 Law. Decree 2.745/98. Simplified Bidding Model. Audit Court (TCU). Supreme Court (STF).

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>2 O ESTADO BRASILEIRO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....</b>	<b>21</b>
2.1 Considerações gerais .....	21
2.1.1 Conceito de Estado .....	21
2.1.2 Histórico da Administração Pública no Brasil .....	23
2.2 Princípios Norteadores da Administração Pública .....	25
2.2.1 Princípio da Legalidade .....	26
2.2.2 Princípio da Moralidade .....	27
2.2.3 Princípio da Impessoalidade .....	28
2.2.4 Princípio da Publicidade .....	28
2.2.5 Princípio da Eficiência .....	29
<b>3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....</b>	<b>30</b>
3.1 O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro .....	31
3.2 A Norma Jurídica sob o Viés da Nulidade x Anulabilidade .....	34
3.3 O Controle de Constitucionalidade realizado pelo Judiciário: Princípio Democrático e Jurisdição Constitucional.....	36
3.4 A Possibilidade de Controle de Constitucionalidade de Decretos e Regulamentos .....	37
<b>4 O PAPEL DA ENERGIA NO BRASIL E NO MUNDO.....</b>	<b>39</b>
4.1 Considerações Gerais .....	39
4.2 O Petróleo no Mundo e no Brasil.....	41
4.3 O Estatuto do Petróleo .....	44
4.4 A Petrobras.....	46
<b>5 O MONOPÓLIO DO PETRÓLEO.....</b>	<b>52</b>
5.1 Considerações Gerais .....	52
5.2 O Monopólio da Petrobras.....	55
5.3 A Quebra do Monopólio da Petrobras .....	63
<b>6 O DEVIDO PROCESSO LEGAL LICITATÓRIO .....</b>	<b>68</b>
6.1 Considerações Gerais .....	68
6.2 Aspectos da Lei 8.666/1993 .....	70
6.3 Disposição do Decreto 2.745/98.....	78
6.4 Confronto Material entre a Lei 8.666/93 e o Decreto-Lei 2.745/98 .....	79

<b>7 O PROCESSO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO ADOTADO PELA PETROBRAS.....</b>	<b>85</b>
7.1 Considerações Gerais .....	85
7.2 O Entendimento do STF sobre o Tema .....	86
7.3 O Posicionamento do TCU .....	90
7.4 Análise Doutrinária .....	100
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>106</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>110</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A Petrobras foi a pioneira estatal a apresentar procedimento licitatório simplificado com a autorização fundamentada na Lei 9.478/97, a qual foi editada pelo Decreto nº 2.745/98. A referida lei objetivava alterar o marco regulatório de exploração do petróleo, através da quebra do monopólio da Petrobras. Dessa forma a Petrobras passou a exercer a atividade econômica de exploração do petróleo em regime de concorrência com empresas privadas, as quais não se submetiam à rigidez exacerbada da Lei 8.666/93 no que se referia a licitação e contratação, entretanto vale destacar que a livre concorrência pressupõe igualdade de condições entre os concorrentes e como a Petrobras poderia concorrer com as demais empresas privadas se estivesse balizada pela Lei das Licitações?

Com a quebra do monopólio e conseqüente abertura dos mercados, em seguida foi editado o Decreto nº 2.745/98, que aprovava o procedimento simplificado pela Petrobras. Logo após sua edição, a estatal afastou a Lei 8.666/93 e passou seguir os ditames do referido decreto juntamente com seu próprio regulamento interno, a fim de permanecer competitiva no cenário de livre concorrência que se revelava à época.

Os primeiros contratos e licitações realizados pela Petrobras, segundo o procedimento simplificado, foram interpelados pelo Tribunal de Contas da União (TCU), vez que tal modelo só poderia ser posto em prática após edição de lei que regulamentasse o dito procedimento. Tal argumento encontra fundamento no art.173, § 1º, inc. III da Constituição Federal.

A Petrobras, em sua defesa, entrou com mandado de segurança pleiteando o procedimento simplificado, que foi acatado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), concedendo liminar favorável à estatal, todavia sem emitir parecer definitivo. O embate entre TCU e STF ocorre até então acerca desta matéria sem que seja posto um ponto final nesse cenário de incerteza.

O presente trabalho analisará a questão licitatória da Administração Pública, delimitando o tema no tocante à constitucionalidade ou não do processo licitatório simplificado adotado pela Petrobras que foi aprovado pelo Decreto nº 2.745/98, trazendo à tona artigos de lei, decretos, pareceres do STF e do TCU a fim de ilustrar e enriquecer a referida análise.

A reforma administrativa no Brasil foi caracterizada pela passagem da Administração Burocrática para uma Administração Gerencial onde merecem destaque não só o Decreto nº 2.745/98, como também a Lei 9.478/97- Lei do Petróleo, além das Emendas Constitucionais 9/95 e 19/98.

A Emenda Constitucional (EC) 9/95 foi caracterizada pelo processo de desregulação da indústria petrolífera, uma vez que quebrou o monopólio do Estado, isto é, este não teria mais a exclusividade das atividades inerentes ao setor petrolífero, alterando assim o art.177 da Constituição Federal. A EC 19/98, dentre outras medidas, alterou as disposições do art. 173 da Constituição Federal, no tocante ao regime licitatório diferenciado para empresas públicas e sociedade de economia mista fomentadoras de atividade econômica.

Neste viés, constata-se que a alteração mais relevante desta última EC, foi a possibilidade de um regime licitatório singular para as empresas públicas e sociedades de economia mista, distanciado daquele disposto para a Administração direta, autárquica e fundacional, o qual estava regulamentado pela Lei 8.666/93 (Lei das Licitações), enquanto o regime simplificado seria orientado pelo Decreto nº 2.745/98, o qual era fundamentado no art 67 da Lei 9.478/97.

Com a edição da EC 19/98, houve alteração na redação dos art 22, inc. XXVII e art.173, § 1º, inc. III, ambos da Constituição Federal, dando origem a dois regimes diferenciados de contratação para a Administração Pública, de modo que a Administração direta, autárquica e fundacional seriam regidas pelo art. 37, inc. XXI da Constituição Federal, seguindo a Lei 8.666/93 e as estatais e sociedades de economia mista seguiriam um regime licitatório simplificado, conforme especificação do art.173, § 1º, inc. III, da referida Constituição.

O modelo simplificado de licitação adotado pela Petrobras foi a maneira encontrada para manter o caráter empresarial estatal, possibilitando sua competição em “pé de igualdade” com as empresas privadas, desvinculando-se da rigidez exacerbada defendida pela Lei 8.666/93.

Ocorre que, relativamente ao modelo licitatório simplificado, a Constituição Federal em seu art. 173, simplesmente estipulou a edição de lei regulamentando os estatutos das empresas beneficiadas com esse modelo simplificado, entretanto não ficou claro se existirá apenas uma lei de caráter geral regulamentando os diversos estatutos dessas empresas ou serão tantas leis quanto necessárias para a operacionalização dos seus respectivos estatutos.

No meio da indefinição supracitada, a Petrobras, logo que foi editado o Decreto nº 2.745/98, passou a participar de licitações segundo o procedimento simplificado, deixando de submeter-se aos ditames da Lei 8.666/93, todavia, suas contratações embasadas no referido Decreto passaram a ser questionadas pelo Órgão de Controle, isto é, pelo TCU, que reputava inconstitucional tal procedimento. Em contrapartida, o STF decidia favoravelmente à Petrobras diversas vezes quando demandado acerca dessa matéria.

Diante do exposto, a força motriz do presente trabalho é permeada pelos seguintes questionamentos: está amparado constitucionalmente o modelo licitatório simplificado seguido pela Petrobras? Quem tem os argumentos mais consistentes acerca da matéria em questão, o STF ou o TCU?

Como questões norteadoras, foram elencadas:

- Quais empresas da Administração Pública devem seguir a Lei 8.666/93 e quais devem seguir procedimento licitatório simplificado?

- O art.173, § 1º, inc. III da Constituição Federal estabelece lei única para regulamentar os estatutos das empresas estatais e das sociedades de economia mista ou abre a prerrogativa de cada uma destas editar seu próprio estatuto?;

- Por que o STF e o TCU têm entendimentos divergentes acerca do procedimento simplificado adotado pela Petrobras?

- Por que o STF ainda não deu parecer definitivo acerca do referido procedimento seguido pela Petrobras? Apenas pareceres favoráveis em relação a Mandados de Segurança impetrados pela Petrobras foram emitidos. Será que o entendimento não é pacífico ou resta incerteza sobre o mesmo?

- O TCU tem competência para exercer o controle de constitucionalidade referente a lei ou ato normativo editado pelo Legislativo? Tal comportamento fere o texto constitucional no tocante à competência dos três poderes? Agindo assim, o TCU poderia ser considerado um quarto poder?

- A indefinição acerca do rumo a ser seguido no viés de contratação e licitação, entre a Lei 8.666/93 e o procedimento licitatório simplificado, abrirá a possibilidade das empresas estatais e sociedades de economia mista editarem seus próprios regulamentos licitatórios autorizados em lei, seguindo o exemplo da Petrobras?

Portanto, o presente trabalho tem como objetivo identificar se é ou não constitucional o procedimento licitatório simplificado da Petrobras, uma vez que não

existe posicionamento definitivo na doutrina e na jurisprudência do Brasil sobre essa matéria, o que traz muitas dúvidas acerca de qual procedimento licitatório deverá ser utilizado pela Petrobras: Lei 8.666/93 ou regulamento licitatório aprovado pelo Decreto nº 2.745/98.

O objeto central deste trabalho é avaliar se o Procedimento Licitatório Simplificado, utilizado pelo Petrobras, que foi aprovado pelo Decreto nº 2.745/98 é constitucional ou inconstitucional, tomando como base o ordenamento jurídico vigente, jurisprudência, o posicionamento do TCU, bem como do STF acerca da matéria em questão.

Para a consecução do objeto central deste trabalho, diversas etapas deverão ser vencidas, de modo que degraus sejam construídos a fim de ampliar a pesquisa, produzindo marcos para organizar a lógica dos argumentos e indicar o caminho a ser trilhado.

Os objetivos específicos devem demonstrar o percurso a ser feito desde a origem do problema até a consecução do objeto final. Senão vejamos: relatar o histórico do petróleo na vida do homem, traçar o cenário macroeconômico referente à produção petrolífera no mundo, descrever o monopólio do petróleo no Brasil, juntamente com a criação da Petrobras, destacar a questão do petróleo na Constituição Federal e a antiga Lei da Concessão.

Além desses, outros objetivos são: comentar acerca da Lei 8.666/93 – Lei das Licitações, determinar quais empresas da Administração Pública devem seguir a Lei 8.666/93 e quais devem seguir procedimento licitatório simplificado, verificar se o art.173, § 1º, inc. III da Constituição Federal estabelece lei única para regulamentar os estatutos das empresas estatais e das sociedades de economia mista ou abre a prerrogativa para cada uma destas editar seu próprio estatuto.

E finalmente: explicar porque o STF e o TCU têm entendimentos divergentes acerca do procedimento simplificado adotado pela Petrobras, analisar o porquê do STF ainda não ter emitido parecer definitivo acerca do procedimento licitatório simplificado seguido pela Petrobras, observar se o TCU tem competência para exercer o controle de constitucionalidade referente a lei ou ato normativo editado pelo Legislativo, julgar se a indefinição acerca do rumo a ser seguido no viés de contratação e licitação, entre a Lei 8.666/93 e o procedimento licitatório simplificado,

abrirá a possibilidade das empresas estatais e sociedades de economia mista editarem seus próprios regulamentos licitatórios autorizados em lei, seguindo o exemplo da Petrobras.

Segundo Kauark (2010, p. 53-54):

O caminho e os passos a seguir no decorrer do projeto representarão a metodologia do mesmo, que deve apresentar as técnicas que serão utilizadas para a coleta e análise dos dados (entrevistas, questionamentos, testes, técnicas de agrupamento de dados, elaboração de tabelas, descrição e codificação). Os objetivos da pesquisa e as hipóteses a comprovar devem ser levados em conta para a definição da metodologia. A metodologia é a explicação minuciosa, detalhada, rigorosa e exata de toda ação desenvolvida no método (caminho) do trabalho de pesquisa. É a explicação do tipo de pesquisa, do instrumental utilizado (questionário, entrevista), do tempo tabulação e tratamento dos dados, enfim, de tudo aquilo que se utilizou no trabalho de pesquisa.

Com base no supracitado destaco que o método utilizado no presente trabalho foi o dialético, uma vez que parte da ideia que o processo de produção do conhecimento se inicia com uma tese do TCU, defendendo a inconstitucionalidade do procedimento licitatório simplificado da Petrobras, entretanto, em seguida, vem a antítese do STF apresentando liminares favoráveis à Petrobras, contrariando assim o pleito do TCU e por fim tem um desfecho destacando os pontos positivos defendidos por cada um desses Órgãos, bem como apontando os posicionamentos equivocados, tomando como base, doutrina, jurisprudência, ordenamento jurídico e demais fontes de pesquisa acerca do tema.

Vale ressaltar que existem métodos auxiliares, dentre os quais também será utilizado neste trabalho, o comparativo, que se desenvolve pela investigação de indivíduos, classes, fenômenos ou fatos, com vistas a ressaltar as diferenças e similaridades entre eles, objetivando estabelecer leis e correlações entre os vários grupos e fenômenos sociais, mediante a comparação que irá estabelecer as semelhanças e/ou diferenças. Tal método reverte-se de suma importância quando da comparação entre a Lei nº 8.666/93 e o Decreto Lei nº 2.745/98.

A pesquisa, quanto a sua natureza, será qualitativa, vez que se caracteriza pela análise das diferentes ideias entre o TCU e o STF, bem como pelas diferentes abordagens entre a Lei nº 8.666/93 e o Decreto Lei nº 2.745/98, no tocante ao modelo licitatório simplificado da Petrobras. Quanto ao objetivo, a pesquisa será

exploratória, pois tem como objetivo conhecer os fatos e fenômenos relativos ao assunto, recuperando as informações disponíveis através de levantamento bibliográfico, doutrina, jurisprudência, ordenamento jurídico e demais fontes afins. Quanto ao local, a pesquisa será através de levantamento bibliográfico, uma vez que está fundamentada em doutrina, jurisprudência, ordenamento jurídico, ou seja, com documentação e posicionamentos que já foram produzidos acerca do tema em tela.

O instrumento de pesquisa utilizado foi o fichamento, mais especificamente a ficha de resumo ou conteúdo, de pareceres do STF, do TCU, de doutrina, de jurisprudência, de livros e revistas especializadas, de monografias, entre outras fontes, isso porque o fichamento é uma parte importante na organização para a efetivação da pesquisa de documentos, vez que permite um fácil acesso aos dados fundamentais para a conclusão do trabalho.

O processo licitatório simplificado adotado pela Petrobras tem sido motivo de debate, vez que não se consolidou uma unanimidade, mas sim divergências doutrinárias e jurisprudenciais, pois o art. 67 da Lei nº 9.478/97, dispõe sobre o modelo de licitação simplificado a ser adotado pela Petrobras, cabendo ao Decreto Lei nº 2.745/98, a competência para regulamentar o referido processo licitatório simplificado.

O grande impasse é que a Lei do Petróleo (nº 9.478/97) não apresentou norma substancial sobre o processo simplificado da Petrobras, deixando lacunas, que foram supridas pelo Executivo, no que se refere, à regulamentação do processo supracitado, abrindo precedente para questionar uma possível violação ao princípio da legalidade e ao da separação dos poderes.

Segundo Oliveira (2015, p.57-58), existem duas linhas divergentes de posicionamento acerca do tema em questão, quais sejam:

A Inconstitucionalidade do Decreto Lei nº 2.745/98: Posicionamento de Marçal Justen Filho e Celso Antônio Bandeira de Mello, bem como do TCU, tomando como base em: a) o art. 67 da Lei do Petróleo – nº 9.478/97 teria realizado uma delegação legislativa em branco, cuja matéria deveria estar sujeita à reserva legal; b) como o Decreto Lei nº 2.745/98, regulamentou a lei do item “a”, então invaria na ordem jurídica; c) a licitação das empresas estatais, incluindo a Petrobras, deveria seguir a Lei nº 8.666/93 em seus processos licitatórios;

A Constitucionalidade do Decreto Lei nº 2.745/98: Posicionamento de Adilson Abreu Dallari, Gustavo Binenbojm e Rafael Carvalho Rezende Oliveira, bem como o STF, uma vez que a simples falta de

parâmetro estabelecida pelo art. 67 da Lei do Petróleo – nº 9.478/97 não implique na atuação regulamentar ilimitada e arbitrária. Outro ponto relevante é relativo à reserva de lei para tratar de licitações, isto é, a Constituição Federal não consagrou a chamada “reserva absoluta de lei” em matéria de licitações, como o fez em determinados campos ligados à restrição de direitos fundamentais, como Direito Tributário e Direito Penal, por exemplo, ou seja, gera a possibilidade de abertura ampla para a atuação regulamentar. Outro pilar defendido pelo STF é que o TCU não tem competência para exercer controle de constitucionalidade referente a lei ou a ato normativo editado pelo Legislativo, pois se assim o fizesse, estaria atuando com um quarto poder.

É imperativo destacar que o STF já acolheu a condição de lei ordinária estabelecer normas gerais de licitação para determinado setor econômico, quando do julgamento da constitucionalidade do art.210 da Lei nº 9.472/97, permitindo um procedimento licitatório diferenciado para o setor de telecomunicações, automaticamente afastando a Lei nº 8.666/93. Dessa forma, ao se permitir a criação de normas de licitação por lei ordinária para nichos de mercado específicos, sem a imposição da Lei nº 8.666/93, abre-se a prerrogativa para que a Lei nº 9.478/97 edite normas específicas para o setor petrolífero, em especial para a Petrobras.

Portanto esta monografia tem como alvo avaliar se é ou não constitucional o procedimento licitatório simplificado da Petrobras, uma vez que não existe posicionamento definitivo na doutrina e na jurisprudência do Brasil sobre essa matéria, o que traz muitas dúvidas acerca de qual procedimento licitatório deverá ser utilizado pela Petrobras: Lei 8.666/93 ou regulamento licitatório aprovado pelo Decreto nº 2.745/98, objetivando analisar o percurso a ser trilhado quando o assunto for procedimento licitatório simplificado, tomando como base os preceitos constitucionais e legais, juntamente com a jurisprudência e doutrina, a fim de que o operador do direito ao enfrentar esse cenário de incerteza, possa seguir pelo caminho correto.

O presente trabalho encontra-se estruturada da seguinte forma:

A introdução, contextualizando o cenário e trazendo os questionamentos pelos quais o trabalho se desenvolve.

No capítulo 2 são estabelecidos alguns conceitos, como: Estado, Povo, Território, Governo, bem como traz um histórico da Administração Pública no Brasil, finalizando a primeira parte com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, os quais são consagrados no art. 37 da Constituição Federal.

No caput do art. 37, afirma-se que a Administração Pública direta e indireta, proveniente de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deve obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

No capítulo 3 é abordado o Controle de Constitucionalidade no Brasil, detalhando a competência de cada um dos poderes neste controle. É feito também um paralelo entre a nulidade e anulabilidade da norma jurídica, bem como a correlação do controle de constitucionalidade do Judiciário no tocante ao Princípio Democrático e à Jurisdição Constitucional. Finalizando a segunda parte é abordada a questão de controle de constitucionalidade de Decretos e Regulamentos.

No capítulo 4 é destacada a importância da energia para humanidade, como insumo fundamental para a existência do homem, em especial o petróleo como fonte de energia, finalizando a terceira parte com a importância da Petrobras para o Brasil, vez que a Petrobras não ampliou apenas seu horizonte de produção e qualificação técnica para execução do seu trabalho na exploração de petróleo. A empresa estendeu seu leque de atuação e se tornou uma referência em produtividade, sustentabilidade e apoio a ações sociais e populares com enfoque na educação, cultura, esportes e geração de emprego e renda.

No capítulo 5 é tratado especificamente o monopólio do petróleo pela Petrobras, percorrendo todo seu histórico desde 1953, passando pela quebra do monopólio do petróleo, em meados da década de 90, o Brasil passou por um processo de reestruturação no que diz respeito à sua política econômica. O mercado brasileiro, em razão de uma postura neoliberal do Governo Federal, ficou aberto às indústrias estrangeiras, tendo início, portanto, um cenário de concorrência onde só havia monopólio. A Petrobras, desde a sua criação em 1953, atuou em regime monopolista até a entrada em vigor da chamada Lei do Petróleo, Lei n. 9.478/97. A propriedade dos recursos se mantinha com a União, contudo a possibilidade de exploração estava aberta.

No capítulo 6 é abordado o processo licitatório, enfatizando a Lei das Licitações (nº 8.666/93), seus aspectos, peculiaridades, como fases, dispensa e inexigibilidade. Também neste capítulo é tratado o Decreto Lei nº 2745/98 que regulamentou a Lei do Petróleo, abrindo a prerrogativa da Petrobras adotar o procedimento licitatório simplificado, finalizando esta quinta parte com o confronto material entre a Lei das Licitações e o referido Decreto Lei.

No capítulo 7 é destacado o procedimento licitatório simplificado adotado pela Petrobras, bem como o entendimento do STF, do TCU, da doutrina e seus respectivos posicionamentos acerca do tema. E na sequência, a Conclusão.

## **2 O ESTADO BRASILEIRO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

### **2.1 Considerações gerais**

Para que haja um melhor entendimento sobre o que será abordado neste trabalho, é preciso primeiro entender cada conceito componente da significância de Estado e da própria Administração pública. Esses conceitos serão importantes por trazer à tona uma relação de sentidos mais próxima ao universo linguístico de elementos próprios, inclusive, da legislação do setor público.

Mas antes é preciso entender os aspectos que formam o Estado, os seus elementos constituintes, o seu Poder, bem como ter um painel histórico das reformas ocorridas no Brasil no que concerne à Administração Pública.

#### **2.1.1 Conceito de Estado**

Sendo assim, o conceito de Estado vai variar de acordo com o ângulo em que é considerado. Por exemplo, pode ser uma corporação territorial dotada de um poder de mando originário; ou ainda uma comunidade de homens, a qual implantada sobre um determinado território com poder de mando, ação e coerção; bem como pode ser uma pessoa jurídica territorial soberana; ou ainda uma pessoa jurídica de direito público interno; e por fim uma entidade política, ou seja, pode elaborar as suas próprias leis (MEDAUAR, 2015, p.46).

Inserem-se, ainda, não no âmbito de conceituação, mas de constituição, os elementos do Estado, os quais são originários e indissociáveis, a saber: Povo – conhecido como o componente humano; Território – formado pela base física; e Governo Soberano – aquele que conduz o Estado, que detém e exerce o poder absoluto, o qual é emanado do povo. Inclusive, para se fazer cumprir as suas decisões, o Estado pode lançar mão da força, se necessário. Isso porque não existe nem pode existir um Estado independente sem Soberania, ou seja, sem a existência desse poder absoluto, imprescindível para organização e condução da vontade livre do povo. No caso da vontade estatal, esta se apresenta e se manifesta por meio do que se denominam como os Poderes de Estado (NASCIMENTO, 2015, p.3).

De acordo com o art. 2º da Constituição Federal, os Poderes do Estado, com base na clássica tripartição adotada por Montesquieu, são: Legislativo, Executivo e

Judiciário, os quais são independentes e agem harmonicamente entre si, coexistindo com funções reciprocamente indelegáveis. Eles são imanentes e estruturais do Estado, diferentemente dos poderes da esfera administrativa, os quais se apresentam como incidentais e instrumentais da própria Administração (NETO, 2014, p.17).

A cada um desses Poderes, corresponde-se uma função que lhe é altamente peculiar ou precípua. Ao Legislativo cabe a elaboração da lei, exercendo, portanto, uma função normativa. Já o Executivo tem como função precípua a conversão da lei em ato individual e concreto, configurando-se como função administrativa. Por sua vez, o Poder Judiciário tem como emprego precípua a aplicação coativa da lei aos litigantes, apresentando, portanto, uma função judicial.

Na prática, o que se vê é a separação de Poderes com suas idiosincrasias, funcionando como órgãos independentes, todavia como com harmonia e coordenação, o que faz com que o Governo seja o resultado da interação dos três Poderes do Estado.

E o que vem a ser o Governo? Sintaticamente, pode-se conceituar como o conjunto de Poderes e órgãos constitucionais, carregado do complexo de funções básicas do Estado. É, ainda, o modo como se dá a condução política dos negócios públicos. Apesar do Governo se identificar com os Poderes e órgãos supremos do Estado e também se apresentar nas funções primárias desses Poderes e órgãos como manifestação da Soberania, o que de fato existe na constância do Governo, enquanto condutor da soberania do Estado, é o expressar da política de comando, de iniciativa, de fixação de objetivos do Estado, bem como manter a ordem jurídica vigente. Infere-se, portanto, que o Governo, mediante a sua condição de Poder, atua de acordo com atos de Soberania ou, ao menos, de autonomia política ao conduzir os negócios públicos (MEIRELES, 2014, p. 66).

O Estado se organiza, dentro das suas esferas, de forma autônoma, composta por entidades do Estado Federal. Sendo assim, a organização político-administrativa do País traz consigo a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. É importante destacar que o exercício da soberania do Estado Brasileiro cabe à União, no contexto interno. Além disso, cabe-lhe, também, exercer os poderes que têm como objetivo garantir a soberania e a defesa da nação, bem como manter as relações com outros países, participar de organismos internacionais e promover o desenvolvimento econômico-social do país, além de garantir a cidadania

e os direitos individuais dos cidadãos, dentre outras atribuições. E é papel da República Federativa do Brasil o exercício de soberania no plano internacional, enquanto pessoa jurídica de direito público externo.

Também merece destaque o fato de que as competências comuns aos Municípios, aos Estados, ao Distrito Federal e à União são exercidas de forma que cada um se restrinja a um determinado espaço de atuação para desenvolvimento de suas competências, a saber: conservação do patrimônio público, saúde e assistência públicas, acesso à educação, à cultura e à ciência, combate às causas da pobreza e da marginalização, promovendo a integração dos setores desfavorecidos etc.

Quem garante a possibilidade dessas entidades públicas legislarem de forma concorrente em matérias específicas é o art. 24 da Constituição Federal. Todavia cabe à União o estabelecimento de normas gerais. Já os Estados e o Distrito Federal – que se adaptam à legislação federal em vigor - têm em seu exercício legal as competências legislativas complementares, cujas peculiaridades são atendidas de acordo com a necessidade de cada um (MENDES, 2011, p. 853).

Ainda segundo Mendes, o escopo de legislação que cabe à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar está relacionado a: Direito Tributário, Financeiro, Penitenciário, Econômico e Urbanístico; orçamento; produção e consumo; florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, proteção do meio ambiente e controle da poluição; proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico e paisagístico; e educação, cultura, ensino e desporto.

### **2.1.2 Histórico da Administração Pública no Brasil**

A História da Administração Pública no Brasil, sem sombra de dúvidas, apresentou no decorrer de seu desenvolvimento, transformações profundas e importantes desde o período chamado de Colonial, quando o país estava sob o domínio de Portugal, ou dominado por quem dominava o colonizador. Neste período, pelo menos no que se observa em pouco mais de duzentos anos, é possível constatar, pelo menos, três reformas consideráveis que acentuaram a importância da Administração Pública, as quais se sucederam a partir de 1930 e se mantiveram em intervalos temporais de aproximadamente trinta anos, a saber: em 1937, 1967 e 1995, sendo que este último pode ser substituído pelo ano de 1998, data da

promulgação da Emenda Constitucional n. 19 à Carta Magna (BRESSER, 2008, p. 3-4).

Na mesma toada, Bresser diz que não se pode negar, porém, que o Brasil deu seus primeiros grandes passos na direção de uma verdadeira e efetiva Administração Pública a partir da chegada da Família Real, em 1808. Desde então, é possível perceber se concretizou um Estado nacional, dotado de fato de administração pública, apresentando reformas institucionais e administrativas. É fato também que as recentes transformações do Estado e o modo como se organiza enquanto Governo, bem como administra publicamente os processos de formação e diferenciação, têm seu nascedouro com a instituição do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, em 1808, quando o príncipe regente dom João VI transferiu a sede da Coroa portuguesa para o Rio de Janeiro.

Destaque-se a organização governamental do Império, a qual foi marcada por etapas bem distintas, sobretudo, quando se enfatiza a adoção do regime parlamentarista e o fortalecimento progressivo dos governos provinciais. Seguindo o curso da História, a chamada República Velha também demonstrou avanços e retrocessos no tocante à descentralização do Poder, abrindo caminhos para empresas e autarquias que surgiram, além de distinções na estrutura dos ministérios.

Todavia quem vai protagonizar o marco histórico de profundas e importantes transformações em âmbito das estruturas econômicas, políticas e sociais do país é o Governo de Getúlio Vargas (já no primeiro mandato), que também foi o responsável - compelido por uma vontade altamente deliberada, contínua e sistemática - por modernizar a base estrutural administrativa do Brasil (DI PIETRO, 2015, p. 28).

Complementa Di Pietro que também é considerado como um momento marcante na história a reforma administrativa de 1967, a qual promoveu padronização de estruturas e de procedimentos, bem como passou a elencar modernos e eficientes instrumentos de intervenção.

Um outro momento bastante significativo no tocante à história recente da Administração Pública no Brasil é a reforma realizada nos anos 90. Contudo, para se falar nela, é preciso destacar a crise que existia e conseguiu deixar caótica e sucateada a máquina pública nacional, o que trouxe à tona um forte apelo à política neoliberal. Essa nova reforma tem início no Governo de Fernando Collor de Melo,

momento político bastante confuso, carregado de equívocos políticos, de conceito e de operação, bem como estratégias errôneas adotadas pelo Governo<sup>1</sup>.

O que se percebe, a partir de todas essas mudanças no processo de condução da gestão público-administrativa, é que o país, ao tempo em que se transformava tanto político-social quanto economicamente, passou a ter uma política de Administração Pública mais ampliada e se aparelhou com mais possibilidades de ofertar serviços públicos mais eficientes e com mais qualidade.

## 2.2 Princípios Norteadores da Administração Pública

Por que existem princípios? No dia a dia, as pessoas são (e devem!) ser dotadas de princípios, os quais são elementos norteadores de ações, de tomadas de decisão, de comportamento. Eles estão em todas as esferas da convivência social e são responsáveis pela forma como as pessoas tratam os assuntos com ética, com moral, com a preservação do caráter como elemento básico das boas relações.

No que tange à Administração Pública, não poderia ser diferente. Os princípios são imprescindíveis para embasar o que deve ser feito. Eles são expressos na constituição e têm como responsabilidade a organização de toda a estrutura e apresentação dos requisitos básicos para o que se pode chamar de uma boa administração. Além disso, os princípios também promovem a geração de uma segurança jurídica aos cidadãos.

A compreensão dos Princípios Norteadores da Administração Pública passa pelo entendimento da definição básica de princípios, os quais, segundo Reale (1986, p. 60):

[...]são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade". Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.

---

<sup>1</sup> Em 1990, com a criação do Programa Nacional de Desestatização (PND), a privatização tornou-se parte integrante das reformas econômicas iniciadas pelo Governo, tendo seu escopo e magnitude significadamente ampliados. Disponível em [http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes\\_pt/Institucional/BNDES\\_Transparente/Privatizacao/historico.html](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/BNDES_Transparente/Privatizacao/historico.html). Acesso em: 20.nov.2015.

Dessa forma, entendem-se os princípios como conjecturas ou proposições que vão servir de base estrutural para validação de um sistema. Eles podem ser reconhecidos de forma expressa ou implícita. Os expressos são publicados no art. 37 da Constituição Federal. No que diz respeito a eles, segundo Meirelles (2000, p.81):

Os princípios básicos da administração pública estão consubstancialmente em doze regras de observância permanente e obrigatória para o bom administrador: legalidade, moralidade, impessoalidade ou finalidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público. Os cinco primeiros estão expressamente previstos no art. 37, caput, da CF de 1988; e os demais, embora não mencionados, decorrem do nosso regime político, tanto que, ao daqueles, foram textualmente enumerados pelo art. 2º da Lei federal 9.784, de 29/01/1999.

Assim sendo, os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, estão consagrados no art. 37 da Constituição Federal. No caput do art. 37, afirma-se que a Administração Pública direta e indireta, proveniente de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deve obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

### **2.2.1 Princípio da Legalidade**

Falar em legalidade é abordar uma das principais garantias de direitos individuais, inclusive, remetendo ao fato de que cabe à Administração Pública somente promover aquilo que a lei permite. Em outras palavras, tudo só pode ser feito mediante o que é apontado pela lei. Para Meirelles (2000, p. 82):

Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “poder fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim.”

Destarte, este princípio possui dois aspectos fundamentais: passa segurança jurídica ao indivíduo, bem como limita o poder do Estado. Essas condições tendem a ocasionar uma organização da Administração Pública. Para Mello (1994, p.48):

[...]o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Este deve tão-somente obedecê-las, cumpri-

las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no direito Brasileiro.

Portanto não se pode pensar um serviço baseado na Administração Pública se não for regido pela lei. Não há como agir Ad Libitum. De fato, esse princípio promove segurança jurídica aos cidadãos e limita o poder dos agentes da Administração Pública.

### **2.2.2 Princípio da Moralidade**

A Moralidade está diretamente ligada ao que diz respeito às decisões legais tomadas pelo agente de Administração Pública. Alie-se a isso o acompanhamento dileto da honestidade. Essa Moralidade inerente à Administração Pública não compartilha com a moral comum, uma vez que esta aponta para a liberdade que o indivíduo tem em fixar seus próprios fins. Por outro lado, a moral relacionada à Administração Pública, que determina a conduta e o desempenho da função administrativa, é caracterizada pela orientação voltada ao resultado, residindo no bem-estar do coletivo administrado, bem como em manter a disciplina e a hierarquia.

Meirelles (2000, p. 84) aponta que “[...][é] certo que a moralidade do ato administrativo juntamente a sua legalidade e finalidade, além de sua adequação aos demais princípios constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública será ilegítima”.

É importante destacar que o princípio da moralidade não deve ser confundido com o princípio da legalidade. Esta vai tratar da adequação da atividade administrativa no tocante ao ordenamento jurídico posto, que outorga ao administrador os pontos de partida do processo de concretização da função administrativa. Já a moralidade objetiva delimitar a atividade administrativa de acordo com a moral administrativa, a qual é institucionalizada e procura dar significado e coerência ética à ação da Administração Pública.

### **2.2.3 Princípio da Impessoalidade**

Este princípio, com referência na CF de 88 (art. 37, caput), ainda apresenta uma necessidade de inteligência na doutrina. Bastante relacionado à finalidade, para a maioria dos doutrinadores, a impessoalidade coloca ao administrador público a condição de praticar seus atos com fim legal. Recorrendo a Mello (1994, p.58), este afirma que a impessoalidade “[...][traduz] a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen-tosas”.

Sendo assim, o fim legal é exatamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal. Ressalte-se que esse princípio é usado para exclusão da promoção pessoal, seja de autoridades, seja de servidores públicos acerca de suas realizações administrativas.

Destaque-se, ainda, que a impessoalidade visa à promoção da prática de ato administrativo sem interesse público ou conveniência para a Administração. O que se deve objetivar, unicamente, é a não satisfação dos interesses privados, quer por favoritismo, quer por perseguição dos agentes governamentais. Se isso acontecer, caracteriza-se como desvio de finalidade, como uma das mais ardilosas formas de abuso de poder.

### **2.2.4 Princípio da Publicidade**

Como fazer com que as pessoas tenham acesso ao conhecimento dos atos públicos? É preciso, portanto, executar a publicidades desses atos. Com essa publicação, é possível iniciar seus efeitos, tendo eficácia reconhecida. Além do mais, o Direito da Informação faz parte da relação de Direitos e Garantias Fundamentais.

Na verdade, o direito de saber o que se passa é uma verdadeira manifestação do exercício da cidadania, na busca constante da transparência e clareza quando do desempenho da atividade administrativa.

Na visão de Di Pietro (1999, p.67):

O inciso XIII estabelece que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Faz-se necessário, portanto, que os atos e decisões adotados precisam ser devidamente publicados para o conhecimento de todos, cabendo o sigilo somente em situações de exigência da de segurança nacional. Para Meirelles (2000, p. 89), “A publicidade, como princípio da administração pública, abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também, de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes”.

### **2.2.5 Princípio da Eficiência**

No mundo moderno, não há lugar para ações que não garantam eficiência na produção de resultados. Seja em âmbito privado, seja em âmbito público, a eficiência, como elemento relacionado ao fazer mais com menos, é uma realidade posta e seguida avidamente.

Diariamente, os serviços públicos são questionados quanto à adequação à necessidade dos cidadãos de modo geral. Por isso a eficiência tem que ser sempre um fator fundamental para que a atuação da máquina administrativa seja produtiva e atenda às expectativas.

No que diz respeito à Administração Pública, a eficiência é posta como um dos seus deveres. Para Meirelles (2000, 90):

O Princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em se desempenhar apenas com uma legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento as necessidades da comunidade e de seus membros.

Ele ainda acrescenta que praticar a eficiência diz respeito ao ‘dever de boa administração’, princípio adotado na doutrina italiana. Ainda de acordo com Meirelles (2000, p. 90).

O que se espera dos serviços públicos é que sejam realizados de modo a atender as necessidades da sociedade de modo geral, em todos os segmentos, o que contribuirá, efetivamente, para a arrecadação de receitas públicas e de satisfação de todos.

### 3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Para exercer o controle de constitucionalidade é preciso ou imperiosos atender alguns parâmetros ou requisitos essenciais insculpidos na própria Carta Constitucional; para tanto faz-se necessário que a própria Constituição do país tenham como forma a estabilidade adrede com classificação de rigidez ou, para alguns, a semi rigidez, ou ainda, nos casos das cláusulas pétreas, super rigidez.

Inicialmente este controle só podia ser exercido pelo modo ou sistema difuso ou incidental. Com o advento da Constituição federal de 1988 esta realidade transmutou-se, aliás, este já era o posicionamento da Suprema Corte. Neste sentido,

[...][o] constituinte manteve o direito de o Procurador-Geral da República propor a ação de inconstitucionalidade. Este é, todavia, apenas um dentre os diversos órgãos ou entes legitimados a tomar essa iniciativa (CF, art. 103).

A Constituição de 1988 conferiu ênfase, portanto, não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante processo de controle abstrato de normas. A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, constituem elemento explicativo de tal tendência.

Assim, ao lado do amplo sistema difuso, que outorga aos juízes e tribunais o poder de afastar a aplicação da lei in concreto (CF/88, arts. 97, 102, III, a a d, e 105, II, a e b) e dos novos institutos do mandado de segurança coletivo, do mandado de injunção, do habeas data e da ação civil pública, consagra-se, no sistema constitucional brasileiro: a) a ação direta de inconstitucionalidade do direito federal e do direito estadual em face da Constituição, mediante provocação dos entes e órgãos referidos no art. 103 da Constituição; b) a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal em face da Constituição Federal, mediante provocação dos entes e órgãos referidos no art. 103 da Constituição; c) a representação interventiva, formulada pelo Procurador-Geral da República, contra ato estadual considerado afrontoso aos chamados princípios sensíveis ou, ainda, para assegurar a execução de lei federal; d) a ação direta por omissão, mediante provocação dos entes e órgãos referidos no art. 103 da Constituição (MENDES, 2012, p. 748).

Vale dizer que para exercer o direito de peticionar ação de controle de constitucionalidade precisa ser entidade ou autoridade prevista no texto constitucional, isso se aplica ao controle concentrado, posto que o difuso é exercido pelos juízes de piso e tribunais como pelos demais órgãos do poder judiciário.

Nesta senda, se faz importante discorrer sobre o decreto presidencial que regulamenta a lei das matizes energéticas, a Lei 9.478 de 1997, cujo Decreto é o de número 2.745/98. A verificação se encontra no contexto da possibilidade, ou não, do controle de constitucionalidade pela Suprema Corte e, em caso de exercício do controle, qual a posição adotada pela Corte Máxima de Justiça pátria.

### **3.1 O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**

O controle de constitucionalidade no Brasil é exercido pelas três esferas de poder: Executivo, Legislativo e Judiciário.

O poder Executivo exerce este controle quando, na modalidade preventivo o faz. Significando, em outras palavras que

[...] [o] Chefe do Executivo, ao receber um projeto de lei, poderá sancioná-lo ou vetá-lo. Se há veto, estará havendo controle preventivo. Na verdade, o Chefe do Executivo veta o projeto de lei, e não a lei, porque o projeto de lei só se torna lei com a sanção (aquiescência) ou eventual derrubada do veto. Assim, o controle de constitucionalidade preventivo feito pelo poder executivo ocorre por meio do veto.

Vale ressaltar que existe o veto político e o veto jurídico. O veto é político quando o Chefe do Executivo entende que o projeto é contrário ao interesse público. O veto é jurídico quando veta-se o projeto não mais por ser contrário ao interesse público, mas por entender que o projeto é inconstitucional. Nos termos do art. 66, §1º, da CF/88, estabelece a Carta Magna que se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional (veto jurídico) ou contrário ao interesse público (veto político), vetá-lo-á total ou parcialmente. Somente o veto jurídico é, de fato, o controle de constitucionalidade prévio, o veto político não é controle de constitucionalidade, porque nesse caso não há afronta à Constituição (DIÓGENES JÚNIOR, 2013, não paginado).

É possível o controle quando a norma já está em vigência, pois:

Já se sabe que o Executivo pode realizar controle prévio de constitucionalidade por meio do veto jurídico. É possível ao Executivo também, em hipótese excepcionalíssima, realizar controle de constitucionalidade repressivo. Trata-se de hipótese reconhecida pela jurisprudência da Suprema Corte (RTJ, 151/331), do exercício do controle de constitucionalidade pelo Executivo com a não aplicação de lei que repute maculada de inconstitucionalidade.

Refere-se a uma possibilidade conferida aos Chefes do Executivo de não aplicar determinada lei ou ato normativo quando entender que essas espécies são inconstitucionais. Nesse caso, a lei fica ineficaz por opção do Executivo, que tem a possibilidade de descumprir um ato legislativo quando entender inconstitucional.

O Executivo não pode simplesmente deixar de aplicar uma lei porque não lhe interessa, sob pena de responsabilidade. Trata-se de

hipótese excepcionalíssima, exercido pelo Executivo, em momento posterior, que embora não haja previsão expressa em lei, é reconhecida pelos tribunais (DANTAS, 2015, p. 189).

Resta claro que é uma função atípica atribuída ao poder Executivo, ainda assim, é perfeitamente possível que aquele poder o faça, tendo em vista que sua função típica é dar andamento aos ditames legais, aos interesses do povo, ou seja, estruturação. Sobre esta última possibilidade, existem vozes destoantes na doutrina. Ainda assim, não iremos nos aprofundar no tema sob pena de perder o foco do presente trabalho.

Estas mesmas funções podem ser exercidas pelo poder Legislativo, como ocorre na Comissão de Constituição e Justiça referente ao controle preventivo (LENZA, 2011, p. 236); ou ainda segundo o mesmo autor, nos termos do artigo 52 inciso X e do Artigo 49, inciso V, da Carta da República, onde é evidenciado o controle repressivo do poder legislativo.

Vale dizer, que mesmo parâmetro se aplica ao parlamento brasileiro, sendo que esta função também é atípica, tendo em vista que sua função típica é legislar.

Ao poder judiciário cabe o controle de constitucionalidade por expressa previsão da Carta Magna; assim como expresso está a mesma possibilidade de controle pelos demais entes (MENDES, 2011, p. 1111-1112).

Assinala-se neste contexto que está presente o princípio da separação dos poderes, freios e contrapesos; ainda assim é possível harmonizar o exercício de funções entre os entes, de modo que continue presente a separação e independência entre os mesmos.

Extrai-se que, em regra, temos dois sistemas de controle: o preventivo e o repressivo; sendo que aquele pode ser realizado por todos os entes, ainda que de forma excepcional, e este ao poder judiciário como função típica e precípua (DANTAS, 2015, p. 189).

A razão deste controle é justamente para determinar a supremacia da Constituição Federal sobre os demais ordenamentos jurídicos, posto que se as normas estiverem no mesmo patamar de equivalência não haveria necessidade de controle, sobrepondo uma sobre a outra.

Para uma melhor análise do tema é preciso fazer a diferenciação entre os controles pela via concreta, ou difusa, ou ainda incidental da via em abstrato, também chamado de controle concentrado.

Com o advento da Emenda Constitucional 45, a desburocratização alcançou o poder judiciário, inclusive com a abertura das súmulas vinculantes, conforme insculpido no artigo 103-A da Carta da República (LENZA, 2011, p. 229)

Esta inovação possibilitou que vários pleitos alcancem uma decisão através do recurso extraordinário, cuja previsão está positivada no artigo 102, inciso III do mesmo diploma legal.

Para tanto, no caso do controle incidental, o julgamento se inicia nas primeiras instâncias do poder judiciário, alcançando, desde que cumprida as formalidades legais previstas para o recebimento dos recursos, a exemplo da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal, para análise da Constitucionalidade, ou não, do objeto do pleito entre as partes que litigam no processo (LENZA, 2011, p. 248-249).

Tal decisão gera efeitos *inter partes*, entre as partes, não alcançando outros cidadãos que tenham a mesma restrição de direitos mas que não integram o processo em trâmite.

Alguns estudiosos entendem que esta evolução é, na verdade, inócua, devido a valoração, ou ausência dela, nos julgamentos de causas de pequena monta. Neste sentido, discorre o professor José Afonso Silva (2009, p. 559):

É certo que o art. 102 diz que a ele compete, precipuamente, a guarda da Constituição. Mas não será fácil conciliar uma função típica de guarda dos valores constitucionais (pois, guardar a forma ou apenas tecnicamente é falsear a realidade constitucional) com sua função de julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única instância (base do critério de controle difuso), quando ocorrer uma das questões constitucionais enumeradas nas alíneas do inc. III do art. 102, que o mantém como Tribunal de julgamento da lide, e não pelos valores da Constituição, como nossa história comprova. Não será, note-se bem, por culpa do Colendo Tribunal, se não vier a realizar-se plenamente como guardião da Constituição, mas do sistema que esta própria manteve, praticamente sem alteração, salvo a inconstitucionalidade por omissão e a ampliação da legitimação para a ação direta de inconstitucionalidade. Reduzir a competência do STF à matéria constitucional não constitui mudança alguma no sistema de controle de constitucionalidade no Brasil.

Ainda assim, por força do disposto no artigo 52 inciso X da Constituição, é possível que o legislativo, no caso o Senado, retire a norma do ordenamento jurídico, neste momento a decisão alcança a todos.

No caso do controle concentrado ou abstrato, em regra não existe litígio, partes envolvidas em um conflito; mas tão somente o interesse em determinar se a

norma é compatível ou não com a Constituição Federal. Tal interesse objetiva evitar que uma norma adentre no sistema legal, produza efeitos por um determinado período e, após esse lapso temporal, seja declarada inconstitucional. Gerando, conseqüentemente, danos de difícil reparação (LENZA, 2011, p. 262-263).

### 3.2 A Norma Jurídica sob o Viés da Nulidade x Anulabilidade

Para a elaboração de uma norma, ou melhor, para sua criação real, adota-se a seguinte teoria tridimensional:

- a) Onde quer que haja, um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor;
- b) tais elementos ou fatores (fato, valor e norma) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta;
- c) mais ainda, esses elementos ou fatores não só existem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já vimos que o Direito é uma realidade histórico-cultural) de tal modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram. (REALE, 2002, p 65)

Para auxiliar a compreensão do tema, destacamos a escada ponteana, que diz:

O negócio jurídico é fato, é fato jurídico, é ato jurídico e é o conceito central da parte geral do código civil. É a principal forma de exercício da autonomia privada, segundo o professor Antonio Junqueira de Azevedo, titular da USP. É o direito da pessoa regulamentar os próprios interesses.

Ou ainda, negócio jurídico é aquele fato jurídico, elemento volitivo, conteúdo lícito e um intuito das partes com uma finalidade específica. Na visão de Pontes de Miranda, o negócio jurídico é dividido em três planos, o que gera um esquema gráfico como uma estrada com três degraus, denominada por parte da doutrina, como escada ponteana. Esses três degraus seriam:

Primeiro degrau: o plano da existência. Onde estão os elementos mínimos, os pressupostos de existência. Sem eles, o negócio não existe. Substantivos (partes, vontade, objeto e forma) sem adjetivos. Se não tiver partes, vontade, objeto e forma, ele não existe. Dúvida prática: O CC/2002 adota expressamente o plano da existência? Não, não há previsão contra a teoria da existência. No artigo 104, já trata do plano da validade. E também, só há regras para a nulidade absoluta: 166 e 167; e nulidade relativa ou anulabilidade, art 171. O plano da existência está embutido no plano da validade (implícito). Teoria inútil para alguns doutrinadores: casamento inexistente: resolve com a questão da nulidade; contrato inexistente se resolve

com a teoria da nulidade. Mas é uma teoria didática. Vários autores são adeptos da teoria da inexistência.

Segundo degrau: o plano da validade. Os substantivos recebem os adjetivos. Requisitos de validade (art 104) -> partes capazes, vontade livre (sem vícios), objeto lícito, possível ou determinado ou determinável, e forma prescrita ou não defesa em lei. Temos aqui os requisitos da validade. Não há dúvida, o código civil adotou o plano da validade. Se tenho um vício de validade, ou problema estrutural, ou funcional, o negócio jurídico será nulo (166 e 167) ou anulável (171). (palavras-chave)

Terceiro degrau: o plano da eficácia. Estão as conseqüências do negócio jurídico, seus efeitos práticos no caso concreto. Elementos acidentais (condição, termo e encargo). (Programa Saber Direito, 29/05/2009 (TV Justiça)).<sup>2</sup>

No que tange ao controle de constitucionalidade, a fonte de validade ou parâmetro de validade das demais normas é a Constituição Federal. Se determinada norma contraria qualquer dispositivo constitucional ela é dita inconstitucional.

Ainda assim, durante o período em que vigorou produziu efeitos, observando que toda norma jurídica gera efeitos por presunção de constitucionalidade que gozam as normas publicadas.

Nesta senda, imperioso reconhecer que durante sua vigência várias relações jurídicas foram realizadas, implementadas, donde surge a necessidade de atribuir a tais relações uma definição jurídica de validade; ou seja, se nula de pleno direito ou se anulável, considerando a realidade do caso concreto.

Para otimizar as relações jurídicas e sociais estabelecidas durante a vigência da norma e considerar seus efeitos, foi editada a lei 9868/99, a qual em seu artigo 27 autoriza a modulação dos efeitos da decisão do pretório excelso, do STF (LENZA, 2011, p. 291).

Pelo dispositivo acima citado, é possível que a decisão anule o ato acoimado de vício desde sua origem, a partir da decisão ou com efeitos futuros.

Se a decisão tornar nulo o ato desde sua edição diz-se que houve nulidade plena, os demais casos são de anulabilidade, visto que será analisado o caso concreto para concluir pela nulidade ou anulação. Exemplo disso foi a decisão que modulou os efeitos do caso envolvendo o município baiano de Luís Eduardo Magalhães, bem como do pagamento dos precatórios (LENZA, 2011, p. 289-290).

---

<sup>2</sup> Conforme aula ministrada em 29 de maio de 2009 pelo professor mestre Flávio Tartuce, no curso FMB.

### **3.3 O Controle de Constitucionalidade realizado pelo Judiciário: Princípio Democrático e Jurisdição Constitucional**

Quando se discute a legitimidade do poder judiciário para exercer o controle de constitucionalidade se adentra numa discussão que tende a comparar o princípio democrático e a própria jurisdição constitucional.

Isto porque pelo Princípio Democrático, sua definição mais acentuada é que este é exigível na democracia como forma de vida, de racionalização do processo político e de legitimação do poder.

Implica em dizer que a Corte de Justiça não possui membros eleitos com a participação popular, podendo proferir decisões que violem os interesses da maioria em detrimento de pequenos grupos, sejam econômicos ou geográficos, enfim.

O estudioso e atual Ministro do STF Luís Roberto Barroso, em sua obra intitulada “O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro” (2006, p. 57) defende a tese em que a legitimação do judiciário deve considerar a participação popular na efetivação de membros daquela Corte, sob pena de violação do Princípio Democrático.

O autor argumenta em sua tese e colaciona vários elementos que podem macular os julgados, como interesse político, midiático, dentre outros.

Quanto à jurisdição constitucional, e o dilema estabelecido, discorre o Ministro da Suprema Corte Gilmar Mendes:

Devemos a Kelsen a associação sistemática da jurisdição constitucional ao aspecto importante do conceito de democracia, que é, exatamente, a possibilidade de sobrevivência e de proteção das minorias. Para o Mestre de Viena, o sistema democrático não se legitima pela verdade, mas, sim, pelo consenso.

Numa verdadeira democracia, os entes de representação devem agir dentro de limites prescritos, estando os seus atos vinculados a determinados procedimentos. As constituições contemporâneas pretendem, portanto, que os atos praticados pelos órgãos representativos possam ser objeto de crítica e controle. Trata-se, em verdade, de um modelo de fiscalização democrática dos atos do Poder Público.

Essa colocação tem a virtude de ressaltar que a jurisdição constitucional não se mostra incompatível com um sistema democrático, que imponha limites aos ímpetus da maioria e discipline o exercício da vontade majoritária. Ao revés, esse órgão de controle cumpre uma função importante no sentido de reforçar as condições normativas da democracia. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. INFORMATIVO Nº 483 / Interpretação do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e Controle Judicial (Transcrições) - Processo: MS - 26915)

São regras postas pelo legislador constituinte ordinário, com as quais a população se adequou, ou se adequa, com o passar dos tempos. Embora seja uma discussão salutar, esta correlação participação popular versus legitimação judiciária fica adstrita, por enquanto, ao campo da dialética, embora existam argumentos plausíveis de todos os lados.

### **3.4 A Possibilidade de Controle de Constitucionalidade de Decretos e Regulamentos**

No ordenamento jurídico brasileiro existem vários tipos ou espécies de controles e seus efeitos. No campo da inconstitucionalidade destacamos a originária, a superveniente, imediata ou direta, indireta, reflexa ou por via oblíqua, por arrastamento ou consequente, a conceituação e sua definição varia de autor para autor. Sobre o subtema em apreço, a inconstitucionalidade reflexa ou por via oblíqua é mais ponderada a elucidar o caso. Sobre esta modalidade de inconstitucionalidade discorre Fernandes (2012, p. 1104):

1) inconstitucionalidade reflexa (ou por via oblíqua), que consiste na incompatibilidade de uma norma infralegal como um decreto espedido pelo Chefe do Executivo (ou uma resolução) com a lei a que o mesmo se relaciona ou se reporta e, por via reflexa ou mediata (indireta), com a própria Constituição. Portanto, se o Presidente da República expede um decreto regulamentar que contraria a lei que ele visava dar fiel execução, temos que esse decreto é ilegal e indiretamente, inconstitucional. É bom lembrarmos que, à luz do STF, esse tipo de incompatibilidade é considerada ilegalidade não inconstitucionalidade. Portanto, nesse caso, temos uma crise de ilegalidade e não de inconstitucionalidade, conforme a jurisprudência dominante.

A parte final de sua conceituação deixa assente que o Pretório Excelso não vislumbra caso de controle de constitucionalidade, mas sim de ilegalidade. Cita como suporte a ADI 2.535 do Estado do Mato Grosso.

Na mesma linha de intelecção do autor e dos precedentes da Corte:

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, ITEM 11, DO DECRETO Nº 55.938/2010 DO GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO. FUNDAMENTO EM LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. NATUREZA REGULAMENTAR. ATO SECUNDÁRIO. CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. INVIABILIDADE. 1. Decisão denegatória de seguimento de ação direta de inconstitucionalidade por manifesto descabimento. 2. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, somente os atos normativos qualificados como

essencialmente primários ou autônomos expõem-se ao controle abstrato de constitucionalidade. Precedido o conteúdo do ato normativo atacado por legislação infraconstitucional que lhe dá amparo material, a evidenciar sua natureza de ato regulamentar secundário, inviável a sua impugnação pela via da ação direta. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido. (STF, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 16/10/2014, Tribunal Pleno)(BRASIL, 2014, não paginado).

O que se denota é que nem todas as normas primárias insculpidas no artigo 59 da Carta Política podem ser objeto de controle de constitucionalidade, mas de sim de legalidade. Esclarecendo o tema, continua Fernandes (2012, p. 1104-1105)

2) inconstitucionalidade por arrastamento ou consequente, que consiste na possibilidade do STF declarar a inconstitucionalidade de uma norma objeto do pedido e também de outro ato normativo que não foi objeto do pedido em virtude de correlação, conexão ou interdependência entre os mesmos, gerando uma exceção ao princípio da adstrição (art. 460 do CPC). Portanto, a inconstitucionalidade desse ato normativo decorre não de sua incompatibilidade direta com a constituição, mas da inconstitucionalidade de outra norma que guarda relação de dependência (instrumentalidade) com a mesma.

Depreende-se do enunciado que o decreto que regulamentou a lei da matriz energética, em tese, não pode ser objeto de controle de constitucionalidade; ainda assim, se a lei que permitiu a instituição do decreto for objeto deste controle e, caso seja declarado algum vício, é possível que o decreto seja excluído do mundo jurídico. Para tanto, é imperioso que o Pretório Excelso considere a peculiaridade da matriz energética, o monopólio desta, visto tratar-se de questão de Segurança Nacional em sua acepção mais ampla.

## 4 O PAPEL DA ENERGIA NO BRASIL E NO MUNDO

### 4.1 Considerações Gerais

A energia é um insumo fundamental à existência (e manutenção) do homem na Terra. E essa energia sempre foi encontrada na natureza, disponível para uso e facilitação das atividades realizadas cotidianamente. Desde as épocas mais remotas, que se remetem à indicação do surgimento do *homo sapiens*, tem-se a ideia de vínculo entre o ser humano e a apropriação de recursos naturais para utilização em prol de sua sobrevivência. Inclua-se, neste contexto, a utilização de recursos de energia, a exemplo do petróleo, utilizado de diversas formas, desde a iluminação das cavernas até para proteção contra os animais que ameaçavam a vida. O sol também foi outra fonte de energia utilizada de forma bastante significativa – e até hoje o é – na agricultura. Desde que o homem passou a dominar as técnicas de produção agrícola, a grande estrela tem uma função fundamental, sobretudo no que tange ao aproveitamento sob controle do processo de fotossíntese e da cadeia alimentar. (LIMA, 2011, X)

Evidentemente, esse domínio é um dos vários recursos utilizados pelo homem ao longo do tempo para construir sua própria existência e formar as sociedades tal conhecemos hoje. Inclusive, quem dominou melhor esses recursos esteve à frente nos processos de modo de produção. Para Paulo César Ribeiro Lima (2011, X):

A passagem do sistema de coleta para o sistema de produção agrícola representou um impacto ímpar na produtividade da produção de alimentos e na reprodução da população e, em síntese, resultou no aparecimento de instâncias organizadoras da vida social: a divisão do trabalho, o comércio/mercado, a guerra, a defesa, o poder. A complexidade dessas formações recrudescer, sempre visando à aquisição de territórios mais produtivos e seguros e, logo, dos resultados de energia controlada: gente, terra, plantações, gado, que significavam matéria-prima, manufatura, comércio: riqueza.

Ainda segundo Lima, até meados do século XVIII, o que se tinha disponível como recursos de energia vinha do sol, da força do trabalho, das águas e dos ventos. Havia ainda a queima da madeira e do carvão. Com o advento da Revolução Industrial, época em que o modo de vida urbano passou a prevalecer sobre o rural, a

confeção de bens e serviços necessitava de recursos que potencializassem os ganhos de produtividade.

Daí surgem novos elementos fornecedores de energia que serviriam para alavancar de modo preponderante esse novo *status quo* de uma sociedade que respirava modernidade. O carvão mineral foi quem sucedeu a madeira no fornecimento de energia térmica. Em seguida, veio o petróleo, no final do século XIX, alimentar os motores das máquinas das fábricas, dos automóveis, que surgiam como grande novidade para o transporte. A energia elétrica foi outro grande insumo para a manutenção desse modo de produção baseado na energia (LIMA, 2011, XI).

Ainda segundo Lima (2011, XI):

Os derivados do petróleo e a eletricidade, produzida a partir dos potenciais hidráulicos, do carvão e também do petróleo, tornaram-se a principal forma de energia do modo de vida urbano-industrial, que persiste até o presente.

O mundo como é conhecido na atualidade não teria seu desenvolvimento e o estabelecimento de sua estrutura de produção como é conhecida se não fosse pelos insumos energéticos, que possibilitaram uma liberdade sem precedentes de realização de pesquisas e investimentos, em produção de conhecimento e tecnologia. Outro elemento importante nesse contexto de estruturação do modo de produção industrial foi o desenvolvimento das telecomunicações, uma vez que promoveu às empresas o alastramento de ‘seus braços’ em todos os recantos e o devido controle dessas filiais, desde o nível administrativo até o operacional.

Falando em termos de Brasil, essa realidade de produção, baseada nos insumos de energia e provimento de tecnologias, deu-se, sobretudo nas décadas de 1940 e 1950, quando, historicamente, desencadeia-se o processo de monopolização do petróleo e a criação da Petrobras, quando, em 1953, o presidente Getúlio Vargas sancionou a lei 2004, a qual instituiu à empresa “o monopólio estatal na pesquisa e lavra, refino e transporte do petróleo e seus derivados” (“ALMANAQUE MEMÓRIA DOS TRABALHADORES PETROBRAS” / Organizado pelo Museu da Pessoa. – Rio de Janeiro). A criação da Eletrobrás também foi de suma importância, dentro dos ditames da organização do setor de energia elétrica, compreendendo todos os processos, a saber, geração, transmissão e distribuição.

A partir de então, o Brasil passou a produzir e gerenciar o petróleo no seu território, alcançando a autossuficiência no ano de 2006. Ressalte-se, para tanto, a

capacitação tecnológica e de mão-de-obra do país em todos os processos de produção, o que permitiu atingir níveis elevados de extração do ouro negro.

Em terra e no mar, a Petrobras desenvolveu capacidade de exploração e se tornou uma das maiores empresas do mundo. A capacitação foi de tamanho calibre que possibilitou à empresa, segundo Lima (2011, XIII), “testar um novo modelo geológico, desenvolvido ao longo das décadas, que previa a possibilidade de existência de um segundo andar de petróleo, sob a camada de sal abaixo do primeiro, que permitira essa autossuficiência”. O Pré-Sal, nome dado a essa região, é apontado como “uma gigante província petrolífera” (LIMA, 2011, XIV).

Há formas de energia que são abundantes no planeta. Por exemplo, o carvão mineral é que existe em maior quantidade disponível; a quantidade de urânio (usado para produção e energia nuclear) também é bastante considerável; a luz solar é altíssima fonte de energia.

Apesar disso tudo, o petróleo é o recurso de energia mais utilizado. E existe uma explicação para isso. Veja o que Lima (2011, XVIII) diz a respeito:

O petróleo constitui a forma de energia mais flexível, a que mais facilita a produção e o consumo, sem depender de redes estruturadas e caras. Multiplica a produtividade do trabalho. E o excedente que resulta da sua introdução no processo social de produção e circulação é muito maior que o custo para produzi-lo.

Todavia já se clama pela utilização de outras fontes de energia, uma vez que o petróleo não é uma fonte renovável e o seu uso gera poluição do meio ambiente. Além disso, grandes reservas do ouro negro se encontram em regiões que apresentam bastantes conflitos, o que termina influenciando nos preços e no próprio andamento da produção, tornando instável o mercado.

## **4.2 O Petróleo no Mundo e no Brasil**

É notório que homens das cavernas já conheciam um óleo escuro e malcheiroso que servia para iluminar a escuridão das suas moradias. Essa suposição remonta o início do uso do petróleo como combustível na Pré-História. Contudo, como fato concreto, é sabido que, na antiga Babilônia, tijolos eram assentados com o que se conhece hoje como asfalto. Os Fenícios, povos também antigos, utilizavam betume para calafetar embarcações. No Egito, usou-se petróleo para pavimentar estradas, embalsamar os mortos e para construir pirâmides. Nas

guerras antigas, gregos e romanos também utilizaram petróleo. Até povos pré-colombianos, América do Sul, utilizavam o produto para diversos fins (THOMAS, 2004, p.1).

Mas só foi em meados do século XIX que a exploração petrolífera ganhou força. Esse impulso se deu, principalmente, com a invenção dos motores a gasolina e a diesel. A substituição do querosene proveniente do carvão mineral e do óleo de baleia, largamente utilizados na iluminação pública, também foi um grande vetor para utilização do petróleo. Ao que se pode notar, a lucratividade mais acentuada pelo uso dos derivados de petróleo chamava mais à atenção que qualquer outro produto combustível (THOMAS, 2004, p.1).

A exploração comercial do petróleo tem início nos Estados Unidos, no século XIX, mais precisamente em 1859. Todavia, em 1900, no estado americano do Texas, pela primeira vez foi retirado óleo em profundidade. O americano Anthony Lucas encontrou petróleo a uma profundidade de 354 metros, utilizando o processo de perfuração rotatório (substituiu o método de percussão). Esse fato é considerado um marco histórico na exploração petrolífera porque abre o precedente para as futuras descobertas de novas jazidas em todos os continentes. Evidentemente, para tanto, novas tecnologias foram sendo introduzidas ao longo dos anos. Para Thomas (2004, p.2), “[...]a melhoria dos projetos e da qualidade do aço, os novos projetos de brocas e as novas técnicas de perfuração possibilitam a perfuração de poços com mais de 10.000 metros de profundidade.”

Em todos os continentes, foi possível encontrar petróleo. Até 1945, os Estados Unidos detinham a maior produção do mundo. Mas, após a 2ª Guerra Mundial, um novo quadro geopolítico e econômico passa a figurar e o cenário petrolífero acompanha essa mudança. É quando surge um novo produtor, com capacidade extrema de exploração: o Oriente Médio. É nesse contexto também que a exploração no mar passa a ser uma realidade na produção de petróleo (THOMAS, 2004, p.2).

Na década de 60, a grande produção de petróleo acarreta um consumo desenfreado e novos pontos de exploração surgem, a exemplo da União Soviética, com grandes reservas de gás natural, e do Oriente Médio, com suas reservas de petróleo. Na década de 70, por conta das elevações do preço do produto, houve a viabilidade econômica de investimentos no setor e foram descobertas jazidas no Mar do Norte e no México. Concomitantemente, os Estados Unidos percebem a

decadência de suas reservas. Com isso, o país passa a investir em pesquisas e criação de tecnologias que tornem possível novas explorações e efficientização dos poços já existentes (THOMAS, 2004, p.2).

As décadas de 80 e 90 foram marcadas pela redução dos custos com a exploração do petróleo em razão dos avanços tecnológicos, reverberando o investimento americano. Isso criou um novo ciclo econômico na produção do óleo. Para se ter uma ideia disso, segundo Thomas (2004, p. 2), “[...][em] 1996, as reservas mundiais provadas eram 60% maiores que em 1980, e os custos médios de prospecção e produção caíram cerca de 60% neste período”. Isso demonstra o quão eficiente se tornou a indústria do petróleo e sua grandiosa viabilidade econômica.

No Brasil, a história do petróleo tem início em 1858, com a assinatura do Decreto nº 2.226, assinado pelo Marquês de Olinda, concedendo a José de Barros Pimentel o direito de extrair, em áreas marginais do Rio Maraú, na Bahia, material betuminoso com vistas à fabricação de querosene. Mas, somente em 1891, surgem as primeiras pesquisas atribuídas ao petróleo, em Alagoas, devido à presença de sedimentos de argila contendo betume, no litoral. Mas petróleo mesmo só apareceu em 1897, no poço perfurado por Eugênio Ferreira Camargo, no município de Bofete, São Paulo (THOMAS, 2004, p.3).

Já em 1919, foi criado o Serviço Geológico e Mineralógico do Brasil, perfurando 63 poços em diversos estados, todavia sem sucesso. Mas, em 1939, o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), criado em 1934 pelo Decreto nº 23.979, iniciou a perfuração que encontrou petróleo a 210m de profundidade, em Lobato, na Bahia. O primeiro campo petrolífero, no entanto, somente foi descoberto em 1941, em Candeias, também território baiano (THOMAS, 2004, p.3).

Ainda segundo Thomas (2004, p. 3), a guinada na extração de petróleo no Brasil começou no governo do presidente Getúlio Vargas, sobretudo, a partir de 1953, com a instituição do monopólio estatal baseada na criação da Petrobras. A produção brasileira era de 2.700 barris/dia, com um consumo de 170 mil barris diários. A empresa também ampliou o parque de refinis, até então inexistente. Desde a sua criação, a Petrobras também ampliou seu nível de produção absurdamente, saindo de 2.700 barris/dia em 1953 para mais de 1.145.000

barris/dia ao final da década de 90 e hoje, depois de atingidos sucessivos recordes, chegou-se ao patamar de 2.880.000 barris/dia em setembro de 2015.<sup>3</sup>

### 4.3 O Estatuto do Petróleo

A história do monopólio das estatais no Brasil tem seu caráter inicial com o pensamento político vivenciado nas constituições de 1934, 37 e 46. Essas Cartas Magnas promoveram a possibilidade do Estado executar a criação de empresas estatais que monopolizassem setores da economia. No que tange à exploração mineral, a Constituição de 46, sobretudo o Art. 146, oferecia concessões a empresas constituídas no país (COELHO, 2009, p.2).

Ainda segundo Coelho, diante desse contexto, em 1947, o então Presidente da República, Eurico Dutra, enviou ao Congresso Nacional o anteprojeto do Estatuto do Petróleo. Da leitura desse documento, infere-se uma preocupação extremada do então Governo na manutenção do pensamento ideológico que permeou as veias políticas do Estado Novo de Vargas, com vistas à presença do capital estrangeiro quando da exploração do petróleo, bem como a regulamentação do abastecimento interno.

Todavia o Governo Dutra necessitou convencer a sociedade sobre esse investimento forasteiro. O argumento para abrir o setor petrolífero baseou-se na necessidade de uma colaboração externa a fim de que o referido setor pudesse se desenvolver. Essa argumentação em prol da aprovação do Estatuto se deu em razão da Constituição de 1937 impedir tal investimento. Dutra, inclusive, disse que era indispensável a remoção de embaraços legais que se impossibilitavam a conjugação de capitais e esforços de brasileiros e estrangeiros (DUTRA apud VICTOR, 1991, não paginado).

Evidentemente, as intenções de investidores externos não estavam ligadas a um princípio de fazer se desenvolver a indústria petrolífera no Brasil. A ideia norte-americana de investir em terras tupiniquins coincidiu com a estratégia de baratear o combustível criando refinarias nas áreas produtoras. Sendo assim, o governo do Brasil tentou adequar a legislação a este cenário capitalista ora iniciado.

---

<sup>3</sup> Site da Petrobras – [www.petrobras.com.br](http://www.petrobras.com.br), “Produção de óleo e gás natural no pré-sal supera patamar de 1 milhão de barris de óleo equivalente por dia”, matéria publicada em 16.out.15. Acesso em 25.out.15.

Todavia setores nacionalistas enveredaram uma reação de defesa em nome do princípio do monopólio estatal. Surge, portanto, a campanha “O petróleo é Nosso”, sendo uma das primeiras vozes a engrossar o coro o deputado Arthur Bernardes, sendo também o principal opositor da abertura ao liberalismo estrangeiro. Os discursos de Bernardes eram ferrenhos e carregados de críticas aos que ele considerava como “testas de ferro” dos capitalistas de fora (BERNARDES apud VICTOR, 1991, não paginado)

De fato, o que se via era uma grande influência de trustes estrangeiros – a exemplo da Standar Oil – sobre diversos deputados e senadores brasileiros, cujos mandatos eram financiados diretamente pela empresa americana.

Mas havia também quem considerasse o posicionamento do Governo uma estratégia errônea, uma vez que colocava o país em isolamento político e comercial, o que serviria apenas para o atraso social brasileiro, possibilitando “esquemas políticos e econômicos-sociais estranhos” (TÁVORA apud COELHO, 2009, p.4). O general Juarez Távora, na verdade, buscava uma abertura ou flexibilidade das empresas americanas, as quais, segundo ele, deveriam aceitar “a presença do Estado brasileiro no setor de refino e distribuição do combustível” (COELHO, 2009, p.5).

Em suma, o que se infere da situação que se criou em ambas as argumentações é que o que se propôs como Estatuto do Petróleo foi mais um aspecto de subordinação do Brasil em relação ao capital estrangeiro.

Diante do discurso liberal, o país volta-se para o princípio determinista que tanto agrada suas elites desde o período colonial, mantendo-se estas em sua postura preguiçosa diante de qualquer atitude que implique na mínima possibilidade de modificação da estrutura social (COELHO, 2009, p. 5).

O coro em defesa de um monopólio estatal e a ideia nacionalista da posse dos bens naturais tomou as ruas e exigia do Estado uma defesa veemente em garantir uma política econômica para a energia. Havia, portanto, a necessidade de se entender o petróleo como um bem natural que era altamente valioso para a nação. A Campanha o Petróleo é Nosso, portanto, tem como mote principal defender os interesses e os bens brasileiros. Além disso, para Coelho (2009, p. 6), ela “marca também o estabelecimento de uma disputa de caráter ideológico ao propor a restrição da livre iniciativa através da instituição do monopólio estatal”.

Por fim, mais uma voz temática se levanta para recheiar o coro nacionalista: a ideia de soberania nacional. Esse caráter ideológico tem base no pensamento de Adam Smith, que segundo Coelho (2009, p. 7) justifica uma ação do país mais forte em defesa da natureza da economia.

#### **4.4 A Petrobras**

É importante se destacar aqui, neste contexto de história da exploração do petróleo no Brasil, a criação e operação da Petrobras, a sua importância e o seu papel, consolidando essas informações através da explanação de ideias sobre a empresa. Segundo o Almanaque Memória dos Trabalhadores Petrobras (2003, p. 13),

Esta é uma história de sucesso. Uma história construída por mãos anônimas de homens e mulheres ousados e persistentes, aventureiros e visionários, que, perseguindo um sonho, ergueram a maior empresa do Brasil e a 1ª companhia petrolífera do mundo, a Petrobras.

Segundo o mesmo Almanaque supracitado, a constituída pré-história do Petróleo no Brasil tem base no período de 1864 a 1938. Isso se dá em razão do Império Brasileiro ter concedido ao inglês Thomas Denny Sargent o direito de prospecção e lavra, em Camamu, Bahia. Ou seja, apenas cinco anos depois da primeira perfuração ocorrida nos Estados Unidos (1859), o Brasil já dava seus primeiros passos na produção do petróleo.

É bem verdade que, apesar desse início acompanhando as tendências de exploração, dadas todas as condições histórico-econômicas que se delinearam nos anos subsequentes, a produção petrolífera brasileira teve pouca evolução. O que fez com que o país tivesse uma alavancada exploratória foi a crescente dependência de exportação. Mas isso só ocorreu em 29 de abril de 1938, quando o então presidente Getúlio Vargas criou o Conselho Nacional do Petróleo, cuja atribuição era analisar todos os pedidos relacionados à pesquisa e lavra de jazidas de petróleo. Além disso, o CNP regulava as atividades de importação, exportação, transporte distribuição e comércio do petróleo e seus derivados, bem como o funcionamento do refino (ALMANAQUE, 2003, p. 13).

Esse foi um importante passo para a valorização do petróleo no Brasil, tanto é que as jazidas do óleo se constituíram como patrimônio nacional, como também o

abastecimento nacional de petróleo passou a ser considerada atividade de utilidade pública.

Já em 1945, o então presidente do país Eurico Dutra instalou a assembleia Constituinte, que tinha a missão de redigir a nova Constituição. Esta passou a prever a participação de sociedades organizadas no Brasil no tocante à exploração do petróleo. Por conta disso, o CNP constituiu uma comissão com o objetivo de preparar o texto de um anteprojeto que revia as leis relacionadas à pesquisa e lavra, com a finalidade de ajustá-las ao que determinava a nova Carta Magna. Esse contexto acompanhava uma crescente polêmica no Brasil sobre a melhor política a ser adotada: se a política adotada deveria ser a de um regime de monopólio estatal ou de abertura para o capital de iniciativa privada (ALMANAQUE, 2003, p. 13).

O documento, resultado do trabalho da comissão, permitia a participação de grupos da iniciativa privada, sobretudo estrangeiros, na prospecção e lavra do petróleo. Ele foi enviado ao Congresso e, depois de muita discussão entre os grupos que ficaram conhecidos como Nacionalistas (a favor da estatal) e Entreguistas (a favor da privatização), o documento foi arquivado.

Menos de um ano depois de assumir pela segunda vez o governo, o presidente Getúlio Vargas enviou ao Congresso, em 6 de dezembro de 1951, projeto de lei destinado a criar a Petrobras, que previa a participação do capital privado e público, a natureza da empresa (sociedade de economia mista) e a definição de suas relações como CNP, mantido como órgão supervisor da política petrolífera nacional. A esta altura, fortalecia-se a mobilização da opinião pública em torno da campanha “O Petróleo é nosso”. Pressionado, Vargas decidiu reformular o projeto original. (...) Em 3 de outubro de 1953, Vargas sancionou a Lei 2004, instituindo o monopólio estatal na pesquisa e lavra, refino e transporte do petróleo e seus derivados, criando, para exercê-lo, a Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras, sociedade por ações, de economia mista, com predominância obrigatória do capital subscrito pela União. Em 1963, o monopólio foi ampliado, passando a abranger as atividades de importação e exportação do petróleo bruto e seus derivados (ALMANAQUE, p.13 e 14).

Como se percebe, a pressão exercida nas discussões e reivindicações políticas e ações populares, desencadeadas em torno da campanha “O Petróleo é Nosso”, surtiu efeito. O monopólio fica sendo exercido de forma estatal e a criação da Petrobras coroa essa iniciativa do petróleo ser um patrimônio e orgulho nacional.

Voltando um pouco no tempo, para se conhecer mais sobre a exploração de petróleo no Brasil, há de se destacar que as primeiras tentativas de se encontrar e

extrair o óleo foram realizadas de forma desorganizada e bastante amadora. Somente nos anos de 1892 e 1897, houve certo sucesso nessa atividade, quando um fazendeiro rico de São Paulo, Eugênio Ferreira Camargo, após receber uma concessão de exploração em Bofete (SP), importou uma sonda e contratou toda uma equipe proveniente dos Estados Unidos. Com essa atitude, Eugênio é considerado o pioneiro da perfuração de poços no Brasil, apesar de não ter encontrado petróleo, mesmo depois de perfurar um poço de 488 metros, o primeiro do país (ALMANAQUE, 2003, p. 14).

Evidentemente o quadro de falta de tecnologia e mão-de-obra qualificada tornava mais difícil realizar a pesquisa e a lavra do petróleo. Além disso, havia a falta de recursos para se investir. Para se ter uma ideia dessas dificuldades, somente em 1919, foi realizada uma sondagem oficial por um órgão público. O fato aconteceu na região de Marechal Mallet, no Paraná, tendo o poço alcançado uma profundidade de 88 metros, sendo abandonado um ano depois (ALMANAQUE, 2003, p. 14).

Em 1931, o escritor Monteiro Lobato, após retornar de uma viagem aos Estados Unidos, passou entusiasmadamente a defender a soberania nacional na questão do petróleo. Lobato aproveitou os meios de comunicação dos quais dispunha e escreveu sobre o assunto de forma veemente. A iniciativa do escritor, que escreveu para jornais, fez palestras e escreveu livros sobre o assunto (O escândalo do petróleo e O poço do Visconde), levantou a discussão sobre o monopólio estatal do petróleo nacional se tornar um fator de soberania nacional. Ele ajudou muito a juventude a pensar no problema de petróleo (ALMANAQUE, 2003, p. 14).

Na verdade, toda a discussão sobre o petróleo e sua exploração no Brasil desencadeia uma necessidade básica de se ter uma premissa de investimentos, uma vez que o mundo, à época, já estava numa situação de dependência do uso do petróleo e seus derivados e o Brasil acompanhava essa tendência. Em suma: algo precisava ser feito para que o país não ficasse para trás no tocante a acompanhar o desenvolvimento de outros países.

Em 1939, finalmente foi descoberto petróleo, por iniciativa do CNP, na região de Lobato (BA). Apesar da quantidade encontrada ter sido considerada sub comercial, a descoberta incentivou novas pesquisas do CNP no recôncavo baiano. Resultado disso: em 1941, um dos poços perfurados na região originou o Campo de

Candeias, considerado o primeiro a produzir petróleo no Brasil (ALMANAQUE, 2003, p. 15).

Apesar do resultado comercial do primeiro poço, a produção de petróleo ainda era muito baixa. Para se ter uma ideia, em 1953, quando da criação da Petrobras, o que se produzia no Brasil eram somente 2.700 barris por dia, frente a um consumo de 170 mil barris diários. Ressalte-se que esse total de barris chegava via importação, sobretudo na forma de derivados (ALMANAQUE, 2003, p. 14).

A Petrobras teve um papel altamente importante, uma vez que intensificou as atividades exploratórias, buscando formar e especializar seu corpo técnico. Segundo o Almanaque (2003, p. 15), “O esforço permitiu o constante aumento das reservas, primeiro nas bacias terrestres e, a partir de 1968, também no mar (onde a primeira descoberta, o campo de Guaricema, no litoral de Sergipe, aconteceu em 1969)”.

Sem investimento em tecnologia e capacitação de mão-de-obra, a exploração do petróleo era inviável. Aí que entra a Petrobras e se desenha a importância de sua atuação, encontrando e explorando petróleo em terra e mar. Prova disso: o grande marco histórico da empresa foi, em 1974, descobrir o campo de Garoupa, a primeira Bacia de Campos, no litoral do Rio de Janeiro. Os passos largos, então, já haviam começado. Em 1980, depois de direcionar suas atividades para águas profundas na região da Bacia de Campos, a Petrobras encontrou os campos gigantes de Marlim, Albacora, Barracuda e Roncador. O que isso significa? Até, a Bacia de Campos se configurava como a maior província produtora de petróleo do país e uma das maiores do mundo (ALMANAQUE, 2003, p. 15).

Como não poderia deixar de ser, a empresa também ampliou seu parque de refino, acompanhando a produção crescente diária. Essa atitude reduzia os custos de importação de derivados do petróleo. Segundo o Almanaque (2003, p. 15),

Foi montado um parque com onze refinarias no Brasil e duas na Bolívia. Hoje, a Petrobras é uma sociedade anônima de capital aberto que, junto com suas subsidiárias – Transpetro, Refap S/A, Petrobras Distribuidora, Gaspetro e Petrosquisa, que compõem o Sistema Petrobras –, atua de forma integrada (do poço ao posto) e especializada nos seguintes segmentos relacionados à indústria do petróleo: exploração e produção; refino, comercialização e transporte; distribuição de derivados; gás natural e petroquímico. Com a abertura do mercado brasileiro a outras empresas, a Petrobras é hoje uma corporação internacional de energia. Através da Área de Negócios Internacionais, a companhia atua em outros

oito países da América e África, onde utiliza tecnologia de ponta desenvolvida no Brasil pela empresa.

A produção de petróleo pela Petrobras foi, gradativamente, aumentando, e muito. Por exemplo, de 1954 a 1978, a empresa produzia algo em torno de 5% a 6% do que era consumido no Brasil, o que representava cerca de 5 a 150 mil barris por dia. De 1980 a 1985, a produção deu um salto, passando de 16% a 50%, saindo de 160 mil para 593 mil barris/dia. E não para por aí: a partir de 1985, a Petrobras consegue chegar à marca de 65% de produção do consumo nacional (BARRETO, 2001, p.34). Entretanto, o melhor estava por vir em 2006, quando foi divulgado pelos meios de comunicação a autossuficiência da Petrobras.

Esse crescimento anual na produção de petróleo fez com que, em 1997, o Brasil fizesse parte de um grupo seletivo, formado por 16 países, produzindo mais de 1 milhão de barris de petróleo por dia<sup>4</sup>. Nesse mesmo ano, o país promulgou a Lei nº 9.478, que abriu as atividades relacionadas à indústria petrolífera no Brasil à iniciativa privada. Essa mesma lei criou a Agência Nacional do Petróleo (ANP), cujo objetivo era regular, contratar e fiscalizar as atividades do setor, bem como o Conselho Nacional de Política energética, um órgão para formular a política pública de energia (COSTA, 2009, p. 67).

Em 2003, outro marco histórico: a Petrobras dobrou a sua produção e atingiu o número de 2 milhões de barris de petróleo e gás natural por dia. Em 21 de abril de 2006, o país atinge a autossuficiência em petróleo<sup>5</sup>. Hoje, a empresa ocupa o 1º lugar no ranking da produção de petróleo, dentre as petrolíferas de capital aberto e se somarmos petróleo e gás, a Petrobras é a 4ª colocada<sup>6</sup> e está em 9º lugar entre as maiores petroleiras do mundo.<sup>7</sup>

E tem mais: a Petrobras não se tornou apenas a maior empresa do Brasil, mas passou a ter um importante papel de responsabilidade social, tendo, inclusive, investido na implantação de um grande programa que trata, de forma excelente, o

---

<sup>4</sup> <http://blog.planalto.gov.br/o-petroleo-no-brasil/>. Acesso em 25/10/15

<sup>5</sup> <http://blog.planalto.gov.br/o-petroleo-no-brasil/>. Acesso em 25/10/15.

<sup>6</sup> <http://www.petrobras.com.br/fatos-e-dados/somos-a-maior-produtora-de-petroleo-entre-as-empresas-de-capital-aberto.htm>. Acesso em 25/10/15.

<sup>7</sup> <http://exame.abril.com.br/negocios/noticias/as-10-maiores-petroleiras-do-mundo-petrobras-e-a-nona>. Acesso em 25/10/15.

gerenciamento ambiental e a segurança operacional, com vistas a garantir o desenvolvimento sustentável, a segurança de suas próprias instalações e a redução de riscos ambientes (ALMANAQUE, 2003, p. 16).

Os investimentos vêm reduzindo a quantidade de óleo que vaza em todos os pontos de produção no país, bem como o número de acidentes de trabalho. Outro fator que tem colaborado com essas reduções é a revisão de processos de modernização da infraestrutura e a preocupação com a qualificação dos empregados (ALMANAQUE, 2003, p. 17).

A empresa também tem investido na área de educação ambiental. Vários patrocínios a projetos pelo Brasil a fora são exemplos dessa política de preservação voltada ao meio ambiente, a saber: Projeto Baleia Jubarte (Abrolhos, Bahia); Projeto Golfinho Rotador (Fernando de Noronha, Pernambuco); Projeto Baleia Franca (Santa Catarina); Projeto Peixe-boi (estende-se por todo o litoral); Projeto Tamar (todo o litoral); Projeto Mata Atlântica (Rio de Janeiro) (ALMANAQUE, 2003, p. 17).

No âmbito social, a Petrobras apoia os projetos Programa de Criança (complementação escolar, acontece em nível nacional) e Costureiras do Caípe (Bahia). A empresa também apoia o Petrobras Fome Zero, que consolida a nova visão da empresa em colocar sua tecnologia e força de atuação de mão-de-obra à disposição do bem-estar da população. A Companhia também apoia projetos de iniciativa esportiva, a exemplo do Força Olímpica (ALMANAQUE, 2003, p. 17).

Em suma, a Petrobras não ampliou apenas seu horizonte de produção e qualificação técnica para execução do seu trabalho na exploração de petróleo. A empresa estendeu seu leque de atuação e se tornou uma referência em produtividade, sustentabilidade e apoio a ações sociais e populares com enfoque na educação, cultura, esportes e geração de emprego e renda.

## 5 O MONOPÓLIO DO PETRÓLEO

### 5.1 Considerações Gerais

O mercado consumidor pode ser comparado a um livro, e como tal, precisa ser folheado dia a dia. Com as empresas esta realidade não é tão diversa, diferente, ao contrário, é uma comparação bastante peculiar, visto que tanto colocam seus produtos ou serviços à disposição do público. Ambos precisam lutar cotidianamente por posicionamento, por espaço, por imagem, ou seja, por um lugar no mercado consumidor sempre em busca de uma “fatia do bolo”. Em razão disso, desta busca incessante pela ocupação do melhor posicionamento, as corporações de qualquer porte precisam contar com um sólido trabalho de gestão.

E dentro deste gerenciamento, estão os estudos na área de Marketing, análises de mercado e de comportamento do consumidor, desenvolvimento de diretrizes estratégicas, desenvolvimento e/ou aperfeiçoamento de produtos, serviços, bem como, investimento no constante treinamento e aperfeiçoamento de mão de obra, sem deixar as ações de comunicação em segundo plano. Soma-se a isto, a busca pela satisfação do consumidor e realização de pesquisas para o respectivo embasamento. Enfim, há todo um complexo de estratégias que as empresas precisam desenvolver com vistas a ocupar seu lugar no mercado e ser bem percebida na área para qual se destina seus produtos e serviços.

Para Kotler (1998, p. 72),

Um dos principais desafios enfrentados pelas empresas atuais é como construir e manter negócios viáveis em um mercado e ambiente empresarial rapidamente mutantes. Nos anos 50, a resposta era aumentar a eficiência na produção. Nos anos 60 e 70, as empresas consideravam que crescimento e lucro eram decorrentes de programas de aquisição e diversificação. Viam seus negócios como portfólio de investimentos ao qual acrescentavam negócios promissores e removiam negócios decadentes. Nos anos 80, as empresas decidiram permanecer nos negócios que conheciam bem.

Depreende-se do excerto que com o passar dos anos as empresas saíram do foco menos amplo para olhar mais longe. Neste sentido, vislumbraram o mercado de consumo com a possibilidade de expansão dos negócios. Para tanto, aderiram ao

novo modelo de mercado de consumo, passando a manter o foco nas áreas mais propensas, vale dizer, nas áreas que estavam em evidência. A partir desta nova visão, observaram também seus novos competidores e seus ramos de atuação comercial e empresarial, concluindo daí que o mercado é flutuante, ou seja, que em determinados momentos alguns produtos ou serviços têm mais procura que outras, bem como, existem produtos e serviços cuja atividade é mais perene, mais estável. Surge então a chamada concorrência no mercado de trabalho, serviços e produtos.

Em razão desta concorrência é que as empresas ou grandes grupos econômicos passaram a investir mais em logística e estrutura, culminando com o foco em Marketing e estratégias afins, cujo objetivo final é estar ou figurar na dianteira dos demais empreendimentos, leia-se aqui, competidores na prestação de serviços ou venda de produtos. Manter-se no mercado é a palavra de ordem para tais empresários.

O diverso da concorrência é o monopólio, em que pese se desnudar e se enxergar medidas ou ações cujo âmbito de incidência seja um melhor posicionamento da imagem, com o gerenciamento ou setor da empresa voltado para esta finalidade, a preocupação com as regras do mercado de consumo é praticamente nula, inexistente, vale dizer que não há qualquer preocupação com o fator concorrência, no monopólio tal atividade, em tese, inexistente. A exclusividade na cadeia produtiva leva o produtor a não se preocupar com a quantidade e, às vezes, com a qualidade do produto ou serviço, haja vista que não quem possa competir com o mesmo.

É neste cenário que se vislumbra o controle da oferta e da procura dos produtos e serviços; sendo certo e até mesmo lógico que o produtor ou fabricante irá controlar o mercado consumidor desde a linha de produção até o consumidor final. Aliás, o raciocínio é simples, vejamos: um empresário produz e coloca à venda dez produtos pelo valor de 20 (vinte) reais cada. Destes, ocorre uma procura de 40 (quarenta) pessoas pelo produto. Sabendo que somente ele tem o produto, vale dizer, o controle da linha de produção, pode simplesmente aumentar o preço do produto ou, na outra vertente, produzir em menor quantidade para garantir o aumento do preço final do mesmo. É o chamado monopólio, surgindo daí a

necessidade de intervenção do Estado no domínio econômico, promovendo uma regulamentação na produção, um controle mais incisivo.

No setor privado este monopólio recebe o nome de cartel ou truste. No entanto, comparando as consequências de um monopólio com a concorrência livre e perfeita, seja no setor público ou privado, no setor público sempre está adrede uma questão de segurança nacional, cujo resultado é a presença de várias nuances de mercado, dentre as quais podemos citar a restrição de produção, o aumento de preços, bem como transferência de renda dos consumidores para os que produzem.

Em alguns países, como dito alhures, o motivo da previsão do monopólio pode ser por questões de segurança, soberania do país. Em outros, a razão pode estar em questões que envolvam agentes econômicos, ou, ainda, por questões de política econômica, possuir previsão normativa para estimular a economia no modelo adotado pelo país que editou a norma. Nos países onde existe petróleo, e por sua estratégia na economia mundial, este mineral possui uma maior proteção normativa, é densamente mais regulado.

No caso do Brasil, o monopólio do petróleo foi destinado à União incidindo sobre a indústria do petróleo, excetuando-se as atividades de distribuição e revenda (ações já consolidadas na livre concorrência, sob concessões). Tal monopólio está previsto na Constituição Federal de 1988, com base na flexibilização da Emenda Constitucional n. 9, de 1995, sobre a qual será realizado um estudo, ainda que superficial, em capítulo adiante escrito.

Outra modalidade de monopólio pode ser definida pela característica do chamado monopólio natural; este ocorre quando surge uma infraestrutura, ou até mesmo uma estrutura sistemática, ou de rede, que traz mais vantagens para a comunidade – entendendo-se aqui o termo comunidade numa dimensão mais ampla, como o espaço geográfico de um país – que exista tão somente um agente socioeconômico para a exploração de determinado bem ou riqueza. Sempre observando que caso aconteça uma concorrência, esta poderia ser prejudicial àquela comunidade.

Tal espécie de monopólio é menos comum, ou melhor, é de difícil ocorrência no nosso país, no Brasil. Haja vista que a legislação pátria veda esta modalidade de

monopólio, posto que se configura como abuso do poder econômico por alçar, no seu bojo, o domínio dos mercados, a concorrência eliminada ou até mesmo o aumento arbitrário do lucro. Exemplo desses fenômenos é o monopólio privado, os oligopólios, sem óbice a outras formas de atividade econômica privada com a mesma finalidade descrita aqui. Em se tratando do monopólio público, em que pese sua limitação ou mitigação não ser declarada a viva voz, admite-se sim a possibilidade com previsão legal; no caso brasileiro, com previsão constitucional para a existência de tal instituto com incidência sobre indústria ou atividade.

Neste sentido, está capitulado na Carta Magna Pátria de 1988, em seu artigo 173 que possível a exploração de forma direta de atividade econômica quando houver necessidade de aspectos voltados à segurança nacional ou ainda, caso seja de interesse estrito da coletividade.

Para uma melhor compreensão do tema em apreço, é de suma importância estabelecer a diferença entre o monopólio estatal e o serviço público.

Anote-se, desde já, que não é tarefa fácil, uma vez que a linha que os separa é bastante tênue. O primeiro, sob a ótica de Eros Grau (2005, p. 103), se constitui como a “atividade econômica em sentido estrito”. Por sua vez, ainda segundo o mesmo autor (2005, p. 140), o serviço público é posto como uma “situação de privilégio por apresentar exclusividade na prestação de serviços”.

Na verdade, a diferença entre eles reside, sobretudo, na natureza da atividade, de certo que vários autores utilizam diversas ou diferentes premissas para escrever sobre o assunto. Explica-se: o monopólio estatal apresenta atividade exclusivamente pública; já o serviço público se configura como a subtração de uma atividade particular, diante de relevante interesse público.

## **5.2 O Monopólio da Petrobras**

Embora já tenha sido tratada em tópicos anteriores, a exploração do monopólio do petróleo pela Petrobras precisa ser revisto o aspecto histórico que envolve o tema em apreço. Desta forma, faz-se necessário se debruçar sobre a história que construiu o referido monopólio petrolífero no Brasil.

Analisando os aspectos que remontam a alguns minérios passíveis de exploração, verifica-se que foram somente duas concessões promovidas pelo Império Brasileiro, ambas com objetivo de explorar material energético, tais como: carvão, turfa e betume, ambas para o Estado da Bahia, mais precisamente para o interior deste Estado. As concessões datam de 1858. No que tange a exploração de petróleo, a primeira concessão, também na região baiana conhecida hoje como Camamu, foi concedida em 1864 a Thomas Denny Sargent. Tais concessões, ainda da época do império, vigoraram até o ano de 1889 (BRANDÃO & GUARDADO, 1998, p.2-14).

Ainda segundo BRANDÃO & GUARDADO, as concessões asseguravam o direito de exploração e lavra e se estendiam a todos que se interessassem pela atividade, independentemente de sua nacionalidade. Vale dizer que brasileiros e estrangeiros tinham livre acesso ou total liberdade para praticar as atividades de exploração e lavra do mineral. Contudo, os métodos e equipamentos utilizados para fomentar as atividades eram arcaicos, o que resultava numa exploração rudimentar e somente nas partes em que havia visibilidade do mineral, ou seja, somente nos locais onde o petróleo emergia do solo, era mais visível. Naquela época não se falava ou previa uma análise mais profunda e detalhada das técnicas de exploração e lavra. Os conhecimentos geológicos aliados ao pouco recurso a ser implementado sempre resultava numa exploração dita 'amadora'.

Os dados oficiais revelam que a primeira perfuração de poço petrolífero ocorreu em Bufete (SP), nos anos que compreendem 1892 e 1897. Nos anos seguintes, até a fase em que houve a previsão constitucional de ser o petróleo monopólio do Estado, se permitiu a atividade a todos que se interessassem, incluindo nesta época, a iniciativa privada, permitindo inclusive o uso de técnicas e equipamentos mais avançados. Tal abertura não trouxe a organização desejada ou ao menos almejada por seus idealizadores, tendo em vista que não havia, para esta atividade específica, e até mesmo para outras, legislação que regulasse os métodos, formas e técnicas a serem implementadas na extração e lavra do chamado "ouro negro". Ainda assim, os investimentos não atendiam às expectativas, ou, quiçá, não se vislumbrava uma fonte de tamanha importância como se vê atualmente. Neste contexto, e numa tentativa de organizar os atos da atividade em tela foram criados o Serviço Geológico e Mineralógico do Brasil no ano de 1907, (SGMB); já em 1933, foi

criado o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), ainda assim os efeitos de organização e controle não atendiam as metas cobiçadas pelos seus idealizadores. (BRANDÃO & GUARDADO, 1998, p. 2-14).

Somente com a promulgação da primeira Lei do Petróleo no Brasil, sob a égide da qual foi criado o Conselho Nacional do Petróleo (CNP) datando de 1938, é que se pode perceber um modelo de organização e controle para a exploração e lavra do petróleo em terras brasileiras. Nela ficou determinado que era vedado a estrangeiros exercer a atividade de exploração e lavra do mineral. (PIRES, 2000, p. 51-53).

Uma vez regulado, e com um órgão fiscalizador, a produção teve significativos avanços e a atuação do CNP logo rendeu frutos, posto que, em 1939, foi descoberto petróleo em Lobato (BA), em que pese não apresentar qualidade comercial. No início dos anos 40, o trabalho do Conselho resultou em várias descobertas, principalmente na região do Recôncavo Baiano, com destaque para um poço perfurado em Candeias (BA), originando o primeiro campo a produzir petróleo no Brasil. (ALMANAQUE, 2003, p. 15)

A organização, regulamentação e controle das atividades e tarefas, trabalho de incumbência do CNP, em 1944, foi descoberta uma nova atividade vinculada a exploração do petróleo: a exploração de gás natural. Seu início se deu no ano de 1949 com a descoberta de gás natural no campo de D. João Candeias e se seguiram por mais cinco campos no ano de 1949. Neste curto período de tempo foram seis campos de gás natural encontrados, cuja exploração começou em seguida, representando um avanço nas técnicas e métodos de exploração da atividade petrolífera e seus derivados (BRANDÃO & GUARDADO, 1998, p.2-14).

Os investimentos somados com a regulamentação e controle da atividade resultaram na construção da primeira refinaria de petróleo no Brasil: a Refinaria de Mangueiras, localizada no Estado do Rio de Janeiro. Este evento é datado de 1953 e, no mesmo ano, foi criada por lei a empresa que viria a ser a maior responsável, e em alguns casos específicos, a única exploradora da atividade petrolífera, a Petróleo Brasileiro S.A. (PETROBRAS); sendo que a incumbência pela regulação das atividades permaneceu com a CNP.

Em que pese ter discorrido sobre a empresa em tópicos anteriores, é preciso deixar assente que a criação da empresa se deu num cenário de clamor popular, e até mesmo de autoridades da época, para que houvesse a valorização do petróleo no Brasil. Diante disso, em 10 de maio de 1954 foi inaugurada a Petrobras, cuja missão precípua era exercer o monopólio da exploração, produção, refino, transporte do petróleo e seus derivados, inicialmente para abastecer o mercado de consumo interno. Não obstante a isso, o maior objetivo era assegurar a Soberania Nacional, desvinculando-se da dependência do produto, cuja importação sempre foi onerosa aos cofres públicos, o que justifica as pressões exercidas e manifestações para que o petróleo tivesse um tratamento, enquanto tema político, com maior acervo de importância, surgindo daí, a explicação para o exercício do monopólio deste mineral no país. (COSTA, 2008, p.34).

A exploração do produto remonta a duas fases distintas. A primeira fase consagra a exploração a nível terrestre propriamente dito. Nesta fase, todas as explorações foram realizadas em poços petrolíferos localizados no plano terrestre, vale dizer, em terrenos fora do mar. neste período, que se situa entre o ano de 1953 e 1954 até o ano de 1969, quando foram exploradas mais de 70 bacias sedimentares, formando verdadeiros campos de exploração do minério em terra.

A segunda fase, por sua vez, foi marcada pela exploração em terrenos abaixo do nível do mar, ou melhor, em terrenos marítimos, notadamente com a descoberta do campo de Guaricema em 1969, no litoral de Aracaju/SE, sendo o pioneiro “offshore” da Petrobras, abrindo as portas para, em 1974, a descoberta do campo de Garoupa, cuja localização é na Bacia de Campos, no Rio de Janeiro. Denota-se daí que a empresa investiu em novas tecnologias e treinamento de pessoal, ou aquisição de mão de obra especializada, permitindo assim a exploração do mineral em águas profundas e, por que não dizer, em águas ultra profundas, como acontece hodiernamente. (ALMANAQUE, 2003, p. 15).

Neste processo de evolução, passando pela criação dos órgãos já mencionados, o ano de 1997 foi marcante para a funcionalidade da empresa e sua abrangência no mercado, posto que neste ano foi promulgada a Lei 9.478, a qual criou a Agência Nacional de Petróleo (ANP), que passou a ser o órgão de execução

do monopólio de petróleo no Brasil, embora haja correntes que afirmem ser uma agência reguladora, antes exercido pela Petrobras. (PIRES, 2000, p.129).

Esta norma legal autorizou que a Petrobras assinasse contratos e convênios de concessão na linha de produção e desenvolvimento, no caso de pesquisas, cujo lote primeiro foi no ano de 1998, no qual 115 blocos de exploração e 282 em campos de desenvolvimento e produção, sendo em todos os contratos foram firmados e assinados pela Petrobras<sup>8</sup>. No mês de julho 1999 houve uma expansão das permissões para contratar, nascendo aí o primeiro leilão de áreas de exploração de petróleo no Brasil por empresa que não é a Petrobras<sup>9</sup>.

O art. 177 da CF, após a inserção da Emenda Constitucional nº 9/95, passou a ter esta redação:

Art. 177 Constituem Monopólio da União:

I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III – a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V – a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I e II deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei.

§ 2º A lei que se refere o § 1º disporá sobre:

I – a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;

II – as condições de contratação;

III – a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.

A leitura do artigo e seus incisos e parágrafos denotam que empresas estrangeiras possam exercer as atividades de exploração, desde que sejam

---

<sup>8</sup> Rodada Zero, arquivo PDF disponível no site da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), endereço: <<http://www.anp.gov.br/?dw=19443>>. Acessado em 01/11/15.

<sup>9</sup> Desafios na exploração de petróleo e gás natural no Brasil. Apresentação realizada por Haroldo Lima - Diretor Geral – ANP, na Comissão de Minas e Energia Câmara dos Deputados, em Brasília, 14 de maio de 2008. Disponível em <http://www.anp.gov.br/?dw=2436>. Acessado em 01/11/15.

sediadas aqui no Brasil; podendo ser empresas públicas e privadas e numa proporcionalidade que atenda aos interesses e ditames da lei maior bem como das leis infraconstitucionais. Por óbvio que a ANP continua ditando as regras, posto ser a agência reguladora do sistema.

Não se pode olvidar que constituições anteriores à de 1988 já trataram do tema gás natural, bem como petróleo. No entanto, a partilha ou dividendo dos lucros para aqueles que possuísem terrenos com petróleo, ou gás, bem como para os estados produtores, as chamadas participações governamentais, foram aclaradas, pois o entendimento anterior se restringia ao fato de que as jazidas e demais recursos minerais constituíam propriedade diferente da do solo para efeito da atividade econômica, entretanto a Carta Magna de 1988 pontuou que os recursos minerais realmente pertenciam à União, todavia era garantida ao concessionário, a propriedade do produto da lavra (PIRES, 2000, p.114).

É fato que a Constituição de 1988 é um verdadeiro marco diferencial no setor petrolífero no Brasil, sobretudo porque ampliou as atividades desse setor e do gás natural, riquezas naturais que passaram a fazer parte do monopólio da União. Antes, com a CF de 1967, havia apenas a indicação de pesquisa e lavras petrolíferas. Quem determinava o monopólio das demais atividades era a Lei n. 2.004/53, e a importação era regida pelos Decretos n. 53.337/63 e n. 53.982/64 (PIRES, 2000, p.88).

Outra inferência ao art. 177 diz respeito, no inciso I, ao monopólio da União na pesquisa e lavra do gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, apesar da Lei 2004/53 já tratar do assunto, denominando, à época, o gás natural como gases raros (BARRETO, 1988, p.12).

Destaque-se também o Inciso III do mesmo artigo, quando da abordagem inovadora ao instituir, no tocante ao monopólio estatal, a importação e exportação dos produtos e derivados básicos que são resultados das atividades concernentes ao refino, à pesquisa e à lavra de petróleo e gás natural. Apesar dessas atividades já serem desenvolvidas pela Petrobras, não estavam incluídas na Lei 2.004/53. O que dava à empresa essa condição de exercer as atividades era o Decreto n. 53.337, de

23 de dezembro de 63, que designava o CNP a autorizar a Petrobras a realizá-las (BARRETO, 1988, p.12).

Se faz imperativo pontuar acerca da impossibilidade União em liberalizar qualquer tipo de remuneração mediante a lavra, fosse em espécie ou em óleo, na exploração de óleo ou de gás. Entretanto com a Carta de 1988, em seu § 1º do art. 20, foi assegurada aos estados, ao Distrito Federal, aos municípios e a outros órgãos da administração direta a participação nos resultados de exploração ou de gás natural, desde que encontrados nos respectivos territórios, plataforma continental, ou ainda mar territorial ou zona de economia que fosse exclusiva. (COSTA, 2009, P.232-233).

Para um país cuja economia ainda estava em formação para se solidificar, ter o controle de um produto que, utilizado de forma equivocada, no caso de exploração por várias empresas, ou até mesmo com a existência de permissão para exploração e demais atos necessários ao produto final, é inconteste que abala os pilares da economia, como aconteceu nos Estados Unidos, em 1933, que já apontavam o estabelecimento de quotas de produção de petróleo para limitar a sua produção numa tentativa de controlar o produto.

Neste sentido e segundo Yergin (2010, p. 285-289), o governo americano precisava aumentar os preços, os quais, por estarem muito baixos, contribuíam sobremaneira para a continuidade da depressão da economia do país, numa prova cabal de que a economia pode sofrer alterações de grande monta se não houver controle sobre o petróleo em sua extensão da cadeia produtiva, sendo indispensável uma regulação pelo Estado.

É inegável que a globalização tornou as economias mais próximas, de país para país; com isso, países ditos de terceiro mundo ou em processo de desenvolvimento tinham suas economias atreladas aos planos e metas de economia dos países denominados de primeiro mundo. Com o passar dos anos esta subserviência já não era mais necessária ou não satisfazia aos países produtores, de vários produtos, inclusive o petróleo, visto que os derivados do petróleo, bem como sua produção e refino, atendiam ao mercado automobilístico, e de igual forma a uma seara de outros setores.

Neste cenário de liberdade econômica, muitos países passaram a adotar medidas e investimentos para conseguir a autossuficiência em petróleo e seus derivados, para atender suas demandas internas. Desta forma, pode-se dizer que a necessidade de garantia do fornecimento de derivados foi um fato motivador, tendo em vista que os países fabricantes de outros produtos precisam de mercado de consumo e, assim, também impunham medidas de controle econômico nestes países não produtores de derivados do petróleo, da mesma forma que ainda impõem aos países que não possuem este recurso natural. (COSTA, 2009, p.87-95).

Por se tratar de um recurso escasso, com prazo de validade, ainda que longo, muitas políticas de transição de fonte natural foram implementadas. A razão disso foi o uso descontrolado deste recurso por países ditos desenvolvidos, o gerou uma crise em outros setores, posto que a queima de gases e fuligem geraram o chamado efeito estufa na camada de ozônio.

Neste toar, embora o petróleo seja estratégico para a economia, precisa ser visto como recurso que, além de não ser renovável, causa poluição durante o seu consumo, seja pelos seus derivados ou mesmo pelo refino e outras atividades afins.

O Brasil não precisou, ao menos até o presente momento, passar pelo modelo de transição descrito acima; no entanto, no que tange ao modelo de monopólio, a transição se faz necessária. Desta forma, a lei número 9.478 de 1997 possibilitou um novo modelo e criou um paradigma. O modelo se refere à abertura do monopólio para que haja competitividade; paradigma porque todo o sistema econômico e social precisa trabalhar, ou melhor, funcionar em perfeita harmonia, cumprindo todas as metas e premissas elencadas no texto legal. Tal flexibilização pode ser vista na emenda Constitucional de número 09 de 1995, a qual flexibilizou o monopólio deste recurso, premissa também aplicada aos seus derivados. (COSTA, 2009, p.52).

A regulação, enquanto justificativa técnica, no caso do exercício do monopólio, se justifica para que não aconteça no Brasil o mesmo que ocorreu nos Estados Unidos, como dito alhures. Haja vista que o uso desenfreado pode acarretar no desaparecimento do petróleo, lembrando que se trata de um mineral escasso na

natureza, e assim os seus derivados também deixarão de existir, culminando com um colapso na economia. (COSTA, 2009, p.231-234).

O que se vislumbra, após a edição da Lei 9.478/97 é que a propriedade dos recursos minerais e seus derivados, bem como do gás natural, continua monopolizado pela União; entretanto, a exploração passa a ser aberta àqueles que conseguirem se adequar e atender as regras ditadas pela agência reguladora.

### **5.3 A Quebra do Monopólio da Petrobras**

É de suma importância fazer uma distinção entre o tópico presente e os comentários no tópico anterior. O monopólio firmado anteriormente versa sobre a propriedade dos recursos naturais, notadamente sobre o petróleo e gás natural, este monopólio existe e pertence à União, ente federativo. A quebra do monopólio aqui esposado se refere à linha de produção, ou seja, exploração e lavra dos mesmos minerais citados. Feita esta distinção, volvamos ao tema.

As Emendas Constitucionais de número 5 e 9, principalmente a última, trouxeram uma flexibilização no tocante ao ato de explorar, refinar, enfim, no que se refere a atividade de extração do petróleo até o seu produto final. Esta permitiu que o Estado pudesse contratar com empresas privadas para ingressar na cadeia produtiva do recurso natural em apreço. Para tanto, foi retirando várias restrições existentes no texto original da Constituição Federal, permitindo assim que outras empresas participassem do processamento do referido mineral. A intervenção do Estado foi sendo reduzida gradualmente para permitir que empresas privadas pudessem concorrer, embora não totalmente de igual forma, com a Petrobras. (PIRES, 2000, p.116-117).

As razões que motivaram o então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso a promover tais mudanças, segundo o texto explicativo da própria emenda, foi a melhoria na prestação dos serviços, posto que havia, e ainda há, o entendimento que o serviço público não é prestado a contento para a população.

Outro aspecto relevante a ser considerado, era o fato de que as empresas precisam de uma ingestão de capital para aliviar a carga da realização de serviços e pesquisas, considerados onerosos e com uma burocracia sem fim, que engessava e dificultava a realização de compras e aquisição de bens e serviços.

A política de desestatização se iniciou em vários países, a exemplo da Inglaterra na década de 80, cujo objetivo era diminuir a intervenção do Estado nas atividades deste porte, desta natureza. O intervencionismo nas atividades de produção chegava ao seu ponto final. (PIRES, 2000, p.116).

O Brasil passava por um processo de reestruturação econômica; para tanto, precisava demonstrar que tinha condições de abrir seu mercado e serviços para outras empresas e otimizar a prestação de serviços e oferta de produtos aos seus cidadãos.

A abertura ou quebra do monopólio da Petrobras permitiu que várias empresas pudessem investir recursos financeiros na aquisição de lotes colocando em leilão para a exploração dos recursos minerais em terra, mais precisamente do petróleo e seus derivados.

Mesmo com todas as descobertas de bacias petrolíferas, os investimentos ainda eram considerados tímidos, ante o poder econômico do petróleo no cenário mundial. Assim sendo, como consta da exposição de motivos<sup>10</sup> da emenda constitucional de número 9, o país precisava de financiamentos e investimentos neste setor.

É importante lembrar que nesse período o Brasil passava por uma transição da moeda nacional e os bancos não tinham os recursos necessários para financiar ou investir em projetos da Petrobras, que se diga, são projetos que remontam a grandes quantias de dinheiro, ultrapassando a cifra dos milhões na maioria das vezes.

Ante o quadro acima estabelecido, o governo mobilizou seu poder político para quebrar as barreiras estabelecidas na constituição, que o obrigava a contratar somente com a Petrobras, passando assim a poder firmar contratos com outras empresas e aumentar o fluxo do caixa. A quebra de tais barreiras também estava expressa na exposição de motivos da emenda constitucional número 9 de 1995. (PIRES, 2000, p.119).

---

<sup>10</sup> A Emenda visa a flexibilizar o monopólio do petróleo de forma que a União possa contratar com empresas privadas a realização das atividades de pesquisa e lavra de petróleo e gás natural, refino de petróleo, importação e exportação do petróleo, gás e derivados, bem como transporte marítimo de petróleo, derivados e gás natural, inclusive por meio de dutos ("Exposição de Motivos nº 39" – publicada no Diário do Congresso Nacional. Seção I, 16.3.1995, p. 3.416), apud PIRES, Paulo Valoir. A Evolução do Monopólio Estatal do Petróleo. 2000, p. 119.

Quando a emenda foi devidamente aprovada, ficou claro que o governo não queria firmar contratos diretos com empresas privadas; para tanto, criou a agência reguladora que, através da Petrobras e do preenchimento dos requisitos legais, estavam autorizados a firmar contratos com tais empresas, desvinculando o governo da obrigatoriedade de firmar contratos com a Sociedade de Economia Mista citada.

Ainda assim, com toda esta flexibilização e abertura, havia, e para alguns ainda há, um problema de ordem burocrática, pois defendem que todos os contratos firmados com a Petrobras devem obedecer a lei geral das licitações, a Lei número 8.666/93.

Neste toar, além da flexibilização em contratar, era preciso criar um novo modelo normativo para ser utilizado pela estatal e poder contratar sem tantas burocracias. Essa liberalidade de contratação permitiria a atração de capitais privados para determinadas atividades, onde havia a necessidade de expansão de investimentos. O Governo estava, de fato, imbuído de todo um arsenal argumentativo na busca da quebra do monopólio. E conseguiu o que queria. A proposta foi aprovada em 9 de março de 1995.

Depois da aprovação, foi submetida à apreciação da Comissão Especial do Congresso. O relator Deputado Lima Neto discorreu que o que o Governo propusera não tinha o objetivo de flexibilizar o monopólio, mas apenas quebrar a reserva de mercado atribuída à Petrobras. Neto defendia que houvesse a possibilidade de outras empresas participarem da indústria petrolífera sob a condição de contratos formados de forma direta com a União, conforme se dispusesse a lei<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Segundo NETO, Lima. "Parecer da Comissão Especial do Congresso Nacional", publicado no Diário do Congresso Nacional de 20/5/1995, p.10.638, apud PIRES, 2000, p.120: Ao contrário do que afirmado na Exposição de Motivos, inclusa à Mensagem Presidencial que encaminha a proposta, a Emenda não flexibiliza o monopólio da União sobre a indústria do petróleo: na realidade, o mantém na sua integralidade, tal qual configurado no texto constitucional vigente. Apenas - e apenas isto - admite que outras empresas a serem contratadas pela União possam, também, tal qual ocorre com a Petrobras, exercer as atividades monopolizadas. Há aí, na Emenda, unicamente, "quebra" da reserva de mercado atribuída à Petrobras, isto é, fica mantido sem qualquer alteração o monopólio da União. O contrato, portanto, seria um contrato de adesão, ao qual compareceria a União com superioridade econômica, expressando o monopólio. A convenção contratual seria resultado da obra da obra exclusiva de uma das partes: a União, que goza do privilégio do monopólio. O contratado simplesmente manifestaria o seu consentimento, aderindo. Haveria, assim, por definição, desigualdade entre as partes, com predominância do interesse público. As cláusulas do contrato seriam estabelecidas unilateralmente pelo ofertante.

A proposta do Governo foi aprovada pela Comissão Especial, com texto substitutivo redigido pelo relator, incorporando, de modo parcial, as Emendas apresentadas por outros parlamentares no tocante à possibilidade de abrir as atividades de petróleo estendidas a empresas estatais, não somente às privadas (PIRES, 2000, p.120-121).

Percebe-se que as alterações no contexto constitucional trazidas pela emenda constitucional 9, a qual deu nova redação ao § 1º do artigo 177 da Carta Cidadã e ainda acrescentou o § 2º, não foi suficiente para romper este obstáculo, embora tenha dado passos largos para que isso viesse a acontecer.

Neste passo, após a edição da citada emenda, a qual previa a elaboração de uma lei específica para o setor petrolífero, foi promulgada no ano de 1997 a conhecida Lei do Petróleo (Nº 9.478/97), proporcionando a participação de empresas privadas nas atividades de exploração, refino, transporte do petróleo, tudo sob os riscos das mesmas e desde que cumprindo as exigências a lei, a exemplo da capacidade técnica e financeira. (COSTA, 2009, p. 52).

Depois de promulgada a Lei n. 9.478/97, a União continuou com a propriedade sobre os depósitos de petróleo, gás natural e hidrocarbonetos fluidos existentes em todo o território nacional. O que fosse explorado pela iniciativa privada só poderia ser considerado de propriedade do concessionário depois da extração do subsolo e passagem pelo ponto de medição (COSTA, 2009, p. 129).

Nesta senda, os contratos podem ser firmados livremente, ainda que a norma a ser aplicada seja a lei geral das licitações.

No entanto, para tornar a Petrobras mais competitiva e cumprir uma meta estabelecida na Constituição, no caput do art.170, a chamada Justiça Social, o governo precisou otimizar os atos contratuais da empresa em comento, permitindo, via decreto regulamentar, que a estatal adote um modelo simplificado de licitação. (PIRES, 2000, p.126).

A otimização deste modelo permite, em tese, uma maior fomentação de contratos e, por conseguinte, uma maior circulação de capital que será investido na melhoria de vida dos brasileiros, na chamada justiça social.

O que se questiona atualmente é se este modelo de licitação simplificado, e sua regulação por meio de decreto, possui amparo ou respaldo constitucional, mas esta discussão será objeto de outro capítulo. O que importa deixar assente é que todas as iniciativas, desde o governo de Fernando Henrique, para que houvesse a quebra do monopólio da Petrobras restaram frutíferas, tendo em vista que nos dias atuais a estatal não detém mais o monopólio da exploração e lavra deste recurso natural.

## 6 O DEVIDO PROCESSO LEGAL LICITATÓRIO

### 6.1 Considerações Gerais

O devido processo legal, no sentido *latu sensu*, amplo, tem sua origem, para alguns estudiosos, na Magna Carta Inglesa de 1215. Para alguns, o motivo de seu nascedouro está atrelado ao fato do chamado Rei “João Sem Terra” ter assumido o trono Inglês e, com receio que este viesse a se apossar das propriedades dos Lords, do alto Clero, enfim, editaram esta norma para evitar o confisco de suas terras sem o direito de defendê-las, dentro de um processo, neste sentido, discorre Moraes que

O desenvolvimento histórico do devido processo legal iniciou-se na Inglaterra Medieval, onde houve a primeira menção ao *due process of law*. Segundo Moraes após a morte de Ricardo Coração de Leão, quando atingido por uma flecha em uma batalha, seu irmão João Sem Terra assumiu o trono da Inglaterra. Por ser um rei sem qualquer preparo para governar, João Sem Terra passou a exigir dos nobres e do povo mais impostos do que poderiam pagar, determinou que suas tropas invadissem aldeias e propriedades e destruíssem bens daqueles que não pagassem os tributos de acordo com suas exigências. Cansados dos abusos praticados pelo monarca, a nobreza obrigou o rei a editar um documento no qual seus direitos fossem assegurados. Em 1215 foi editada a Magna Charta Libertatum como instrumento para limitar o rei e ainda dar forma aos direitos da nobreza (MORAIS, 2001, p. 138).

Este direito, e também garantia, foi sendo ampliado ao longo dos anos e, as denominadas Democracias Modernas o inseriu no corpo normativo de suas Constituições. Aliás, é quase impensável uma democracia que não tenha este princípio dentro de sua estrutura positivada.

No Brasil esta norma está insculpida na Carta Política, *in litteris*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Quando se fala em liberdade e bens é quase que imediata a associação com o direito penal e com o direito civil; no entanto, este princípio no ordenamento pátrio é como se fosse o sol dentro do sistema processual brasileiro, e se irradia a todas as demais áreas do saber jurídico e, quiçá, fora dele, tamanha sua importância na proteção dos direitos dos cidadãos e empresários, bem como demais investidores.

Nesta linha de intelecção, trataremos deste princípio dentro da esfera do direito administrativo, notadamente no campo das licitações, com seus devidos reflexos nas demais áreas da carreira jurídica, quando pertinente ao presente trabalho.

A lei de licitações foi editada cinco anos após a Constituição Federal brasileira. Esta foi promulgada em 1988, enquanto que aquela teve seu ingresso no ordenamento jurídico interno no ano de 1993. Recebeu o número de ordem 8.666 e foi alvo de comentários populares como sendo o número da besta, em alusão ao seu texto numérico final, qual seja, 666. Alguns dizem que ao tratar de matéria que sempre envolve dinheiro, alguma coisa sairia errada, como exemplo, a fiscalização dos atos ou a parte humana desvirtuando as regras postas.

Voltando ao tema, as empresas privadas para comprarem ou venderem, ou até mesmo para prestarem algum serviço não precisam seguir, necessariamente, os ditames legais da lei de licitações, visto que podem fazer tudo aquilo que a lei não veda; lei, neste caso, no sentido amplo, não se limitando à lei de licitações (MELLO, 2015, p. 536).

Na mesma toada, Mello pontua que situação diametralmente oposta ocorre com os gestores públicos. Estes precisam seguir intrinsecamente o que está prescrito em lei; margem mínima de liberdade dada ao gestor público também está insculpida na lei máxima do país.

Neste passo, a lei de licitações informa as regras a serem seguidas pela administração pública em geral; ainda que a administração pública indireta possa utilizar outras modalidades licitatórias com uma maior liberdade e flexibilidade das regras de licitação, os ditames objetivos precisam ser regulados por lei; mesmo que a lei seja falha em algum ponto, em alguma regra dispositiva.

Assim sendo, o legislador cria parâmetros, mecanismos, regras a serem seguidas pelo administrador público para evitar que, dentro do processo licitatório, determinadas pessoas ou empresas sejam beneficiadas em detrimento de outras. Este complexo normativo informa a transparência, a eficiência, o devido processo licitatório para que todos os participantes concorram em igualdade de condições, sem as quais a licitação culmina por incorrer em vício de várias naturezas: de forma, de atos, legalidade, de adequação, de finalidade, enfim.

O Estado precisa de mecanismos para bem gerir os interesses coletivos impondo, de certa forma, a supremacia do interesse público sobre o privado; nesta

relação de envolvimento de interesses o ente público que representa os interesses dos cidadãos sempre age com alguns procedimentos, regulados por lei, para adquirir seus produtos e serviços; visto que não tem como o Estado confeccionar toda a matéria, objetos, serviços, infraestrutura, em tempo hábil, para atender todas as demandas sociais. Sejam elas políticas, econômicas, educacionais, dentre outras (MEIRELLES, 2014, p. 110).

Neste passo, para o setor privado atuar em colaboração, convênio, ou mediante contrato, auxiliando os entes públicos na tarefa de satisfazer as necessidades do povo, criou-se a lei de licitações e, é por meio da licitação que as empresas privadas se ajustam ao modelo de interesse do Estado para vender ou ofertar seus produtos e serviços. Sendo inegável que esta participação impulsiona as economias locais, regionais e Federais, considerando que se faz necessário contratar pessoas, mão de obra, e muitas vezes, comprar produtos de outras empresas que não estejam, necessariamente, dentro da relação contratual com o Estado.

De certo que nem todos os produtos e serviços são contratados por meio de licitação. Tais exceções estão previstas em lei, sendo fato que a norma de licitações veio para atender uma previsão insculpida no texto constitucional, vejamos:

C.F.Art. 37, XXI: "ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, 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" (MOREIRA e GUIMARÃES, 2015, p. 37).

## **6.2 Aspectos da Lei 8.666/1993**

Nos aspectos atinentes à Lei de Licitações destacam-se os mais proeminentes para a realização plena da licitação e formalização dos contratos com as regras que se aplicam a todos os participantes do processo licitatório.

Dentre estes aspectos, podemos enfatizar: os princípios, os tipos ou modalidades de licitação, as fases e procedimentos, a dispensa, a inexigibilidade, os prazos, os valores, as punições.

No tocante aos princípios, podemos volver a atenção para os principais princípios que regem o processo licitatório, bem como a razão principiológica do nascimento da lei de licitações.

Como firmado em linhas anteriores, a lei de licitações veio para dar vazão, eficácia ao texto constitucional do artigo 37 da Carta Magna. Assim sendo, nada mais obvio que afirmar ser necessário seguir os princípios gerais que se encontram previstos na cabeça deste artigo, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Ademais, cumpre destacar que o artigo 3º da lei de licitações traz no seu texto vários outros princípios que regem a matéria, vejamos sua transcrição:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da Isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Alguns estudiosos do tema, a exemplo de Celso Bandeira de Mello (2015, p.546-553) e Hely Lopes Meirelles (2014, p. 301-307), reputam que os princípios correlatos podem ser extraídos na própria lei, como por exemplo o da obrigatoriedade (art. 2.º), da competitividade (art. 90), do procedimento formal (art. 4.º, parágrafo único), do sigilo das propostas (art. 3.º, §3.º) e o da adjudicação compulsória (art. 50), entre outros.

Observada a prática de violação a estes princípios pode ensejar a nulidade do processo licitatório, bem como a abertura de investigação por ato de improbidade administrativa (Lei n.º 8.426/92), sem prejuízo da ação penal cabível (arts. 89-98).

As modalidades estão previstas na própria lei, ei-las:

Art. 22. São modalidades de licitação:

- I- concorrência;
- II- tomada de preços;
- III- convite;
- IV- concurso;
- V- leilão.

§ 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

§ 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à

data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

§ 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

§ 4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

§ 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

Consoante lição de Ronny Charles Lopes de Torres (2015, p.96), sobre concorrência:

[...]é a modalidade de licitação utilizada, via de regra, para maiores contratações (art.23, I e III), aberta a quais quer interessados que preencham os requisitos estabelecidos no edital. Mesmo com a vocação desta modalidade para os contratos de grande vulto econômico, o legislador fez questão de estabelecer hipóteses em que ela tem aplicação, independentemente dos valores envolvidos, como nas licitações internacionais e outras descritas no §3º do art. 23 deste estatuto.

Por sua vez preleciona Evelise Pedroso Teixeira Prado Vieira (2014, p. 199), acerca da tomada de preço:

[...]é a modalidade de licitação utilizada para contratações de médio vulto econômico (art. 23, I, “b” e II, “b” da Lei) entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento da proposta.

Discorre Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 576-577), sobre convite:

[...]é a modalidade de licitatória cabível perante relações que envolverão os valores mais baixos, na qual a Administração convoca para a disputa pelo menos três pessoas que operam no ramo pertinente ao objeto, cadastrados ou não, e afixa em local próprio cópia do instrumento convocatório, estendendo o mesmo convite aos cadastrados do ramo pertinente ao objeto que hajam manifestado seu interesse até 24 horas antes da apresentação das propostas.

Esclarece o referido autor, que no convite, o prazo deflagrado para envio da carta-convite ou da efetiva disponibilidade dela com seus anexos até a data fixada para recebimento das propostas é de no mínimo cinco dias úteis (art. 21, §2º, IV).

O doutrinador José Cretella Júnior (1995, p.224) define concurso como:

[...]modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico ou científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

Importante destacar o comparativo que Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2013, p.105-106) faz entre a modalidade concurso para licitação e concurso público para recrutamento pessoal. Dentre as semelhanças, ambos são obrigatórios para a Administração Pública direta, indireta e fundacional dos três poderes e das esferas do governo e também visam consolidar o princípio da isonomia.

Sobre as diferenças, o concurso público de seleção de pessoal tem como objeto preencher cargo ou emprego, já o concurso, modalidade de licitação, não tem objetivo continuado na Administração e sobre a remuneração, aqueles sempre receberão vencimentos ou salários com periodicidade mensal, ao passo que estes receberão um prêmio, pago de uma só vez, em suma, o primeiro reputa um trabalho contínuo e o segundo um resultado em si mesmo. Por fim, na seleção de pessoal, o trabalho inicia-se após a contratação, já na modalidade licitatória, o trabalho, ao tempo do julgamento, como regra, já está realizado.

Finalizando as modalidades de licitação elencadas no art. 22 da referida Lei, preleciona Maria Adelaide de Campos França (2013, p. 85), sobre leilão:

[...]é a modalidade de licitação que dispensa o sigilo, pois é da sua essência que as propostas sejam públicas, e ainda os interessados só ficam vinculados à sua proposta até que outra, de valor mais elevado, seja feita por outro proponente. O leilão é um processo licitatório destinado a alienar bens, visto que o único critério admissível é o do melhor preço.

Com relação às modalidades e utilização, Ronny Charles (2015, p.104) esclarece o que está estipulado no art. 23 da Lei das Licitações:

Determina-se a modalidade a ser usada de acordo com o valor da licitação (concorrência, tomada de preço e convite) ou com o objeto licitado (concorrência, concurso, leilão e pregão). Quando a

determinação da modalidade decore do valor, nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preço e em qualquer caso, a concorrência. O raciocínio inverso não é admitido, de forma que a modalidade convite não pode ser utilizada para uma contratação de valor compatível com a modalidade concorrência. Esses valores podem ser alterados pelo Poder Executivo, conforme artigo 120 desta Lei.

Os valores estão fixados no artigo seguinte do mesmo diploma legal:

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).

Não se pode olvidar da modalidade pregão eletrônico descrito na lei nº 10.520/2002, que dispõe:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

X - para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;

Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

O que se busca nesta lei é o menor preço. Para o pregão, que deve ser utilizado para a aquisição de bens e serviços comuns, não há limites para os valores. Destaque-se ainda que para compras cujo valor seja abaixo de R\$ 8.000,00 ou obras e serviços de engenharia inferior a R\$ 15.000,00 é dispensável a realização de licitação. Registre-se que além das hipóteses de contratação por dispensa de licitação há a possibilidade de contratação por inexigibilidade.

Os tipos de licitações estão previstos no artigo 45 do mesmo Códex, vejamos:

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores

exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II - a de melhor técnica;

III - a de técnica e preço.

IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

§ 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.

§ 3º No caso da licitação do tipo "menor preço", entre os licitantes considerados qualificados a classificação se dará pela ordem crescente dos preços propostos, prevalecendo, no caso de empate, exclusivamente o critério previsto no parágrafo anterior.

§ 4º Para contratação de bens e serviços de informática, a administração observará o disposto no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991, levando em conta os fatores especificados em seu parágrafo 2º e adotando obrigatoriamente o tipo de licitação "técnica e preço", permitido o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em decreto do Poder Executivo.

§ 5º É vedada a utilização de outros tipos de licitação não previstos neste artigo.

§ 6º Na hipótese prevista no art. 23, § 7º, serão selecionadas tantas propostas quantas necessárias até que se atinja a quantidade demandada na licitação.

Segundo Ronny Charles Lopes de Torres (2015, p.237), sobre menor preço:

[...]é o tipo de licitação mais empregado e tratado pela lei como preferencial (exceto nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso, nos quais utiliza-se o tipo maior lance ou oferta), restando, aos tipos melhor técnica e técnica e preço, as contratações que exijam avaliação dos aspectos técnicos o cujo objeto pretendido possua natureza predominantemente intelectual.

Por sua vez preleciona Hely Lopes Meirelles (2014, p. 338), acerca de melhor técnica:

[...]é o tipo de licitação segundo o qual, o que a Administração pretende é a obra, o serviço, o equipamento ou o material mais eficiente, mais durável, mais aperfeiçoado, mais rápido, mais rentável, mais adequado, enfim, aos objetivos de determinado empreendimento ou programa administrativo. Em face desses objetivos, é lícito à Administração dar prevalência a outros fatores sobre o preço, porque nem sempre se pode obter a melhor técnica pelo menor preço. O vencedor será portanto, o proponente que

apresentar a melhor técnica, dentro das especificações e do preço negociado pela Administração.

Os operadores do direito Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães (2015, p. 165), definem técnica e preço como:

[...]é o tipo de licitação que tem relevante aplicação prática. Trata-se de critério que combina a avaliação técnica com a econômica, selecionando-se a proposta vencedora a partir da média ponderada entre a nota técnica e a do preço, de acordo com os critérios e os pesos estabelecidos pelo edital de licitação.

Encerrando os tipos de licitação dispostos no art. 45 da Lei 8.666/93, Ronny Charles Lopes de Torres (2015, p.239), define maior lance ou oferta:

[...]é o tipo (critério) adotado nas licitações para contratos que resultem em receita para a Administração Pública, como se dá nas hipóteses de alienação de bens e, muitas vezes, na concessão de direito real de uso. Nele, o licitante deve oferecer proposta (lance) com o maior valor possível, tendo como parâmetro mínimo o valor da avaliação.

Cumprido informar que tanto o rol de tipo quanto o de modalidade são taxativos.

As fases da licitação, nas palavras do estudioso Átila Da Rold Roesler<sup>12</sup>, são as seguintes:

Fases da licitação. De acordo com o art. 4.º, parágrafo único, o procedimento licitatório é ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública. A fase interna do certame inicia-se na repartição interessada quando a autoridade administrativa determina a realização da licitação, define seu objeto e indica os recursos hábeis para a despesa. A seguir, tem-se a fase externa com a audiência pública, fixação do edital ou envio do convite de convocação, recebimento da documentação e propostas, habilitação, julgamento das propostas, adjudicação e homologação. O julgamento das propostas é a fase mais sensível do procedimento e consiste no confronto das ofertas, classificação das propostas e determinação do vencedor. O julgamento não é ato discricionário, mas vinculado que se faz em estrita consonância com as normas legais e os termos do instrumento convocatório. Deverá ser observado o critério de julgamento no edital que se relaciona ao tipo

---

<sup>12</sup> Artigo Aspectos Criminais – Parte Criminal da Lei das Licitações é Mal Redigida e Precisa de Reparos. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2004-ago-26/tipos\\_penais\\_lei\\_licitacoes\\_sao\\_abrangentes?pagina=4](http://www.conjur.com.br/2004-ago-26/tipos_penais_lei_licitacoes_sao_abrangentes?pagina=4) ->. Acessado em 01/11/15.

de licitação: menor preço, melhor técnica, técnica e preço, maior lance ou oferta.

Sobre dispensa e inexigibilidade, pontua o autor:

Dispensa e inexigibilidade. Há casos em que a licitação pode ser dispensada, dispensável ou inexigível. No primeiro caso, a própria lei dispensa a realização do certame. Portanto, não poderá o administrador realizar a licitação, uma vez que a lei dispensou-a. Os casos se referem, exclusivamente, à alienação de bens móveis e imóveis da administração (art. 17, I e II). Na licitação dispensável, a lei autoriza a não realização do certame mediante ato administrativo discricionário. Significa que nas situações taxativamente previstas em lei a administração pode dispensar a licitação, se assim lhe convier. As hipóteses referem-se a: celebração de contratos de pequeno valor; situações emergenciais, como guerra, calamidade pública; ausência de interessados em licitação anterior; intervenção da União no domínio econômico; aquisição de gêneros perecíveis, como pão, laticínios, hortaliças; aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos; impressão de diários oficiais e documentos administrativos por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico; contratação do fornecimento de energia elétrica com concessionário, permissionário ou autorizado (cfe. incisos do art. 24). Por fim, ocorre a inexigibilidade de licitação quando há impossibilidade jurídica de competição entre contratantes, quer pela natureza específica do negócio, quer pelos objetivos sociais visados pela Administração. Os casos arrolados na Lei se referem a fornecedor exclusivo, contratação de serviços técnicos profissionais especializados e de artistas consagrados pela crítica e pelo público. Entretanto, são vedadas a preferência de marca e a inexigibilidade para contratação de serviços de publicidade (art. 25). Considerando a regra da obrigatoriedade, todos os atos administrativos que declarem ocorrida uma situação de inexigibilidade de licitação deverão ser motivados. Em relação à licitação dispensada e à dispensável, a própria lei enumera expressamente os casos em que se exige motivação (art. 26).

Refletindo acerca das punições, estas possuem previsão na própria lei e em leis esparsas, como o código penal, a lei de improbidade administrativa e, vão desde a perda da função, devolver ao erário público os valores cujo objeto ou fonte sejam provenientes de atos ilícitos, até mesmo culminando com a prisão, perda de cargo ou função.

Ainda neste contexto, importante frisar que a Constituição Federal de 1988 dispôs de regras distintas sobre os entes que são obrigados a seguir estritamente a lei de licitações e aqueles que podem ter uma margem de flexibilização sobre a utilização ou não da regra geral, vejamos:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será

permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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

Isso decorre de um parâmetro estabelecido na lei de licitações, veja-se:

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.

Como se vê, as sociedades de economia mista e as empresas públicas podem gozar de licitações, ou regras de licitações, conforme dispuser seus estatutos; bem como dispuser uma lei específica para o setor ou sociedade de economia mista, ou ainda, empresa pública.

### **6.3 Disposição do Decreto 2.745/98**

Este decreto aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS previsto no artigo 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.

Atendendo ao dispositivo prescrito no texto constitucional em que as empresas públicas e sociedades de economia mista podem ter regras licitatórias distintas das previstas na lei geral de licitações, mediante disposição estatutária interna, vale dizer da própria empresa ou sociedade de economia mista, o decreto veio regulamentar o disposto no artigo 67 da lei 9.478 de 1997, que aduz:

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

Esta lei dispõe sobre a matriz energética do país, notadamente no que tange ao petróleo, cujo monopólio pertence à União, bem como as regras a serem seguidas pela Petrobras no que tange às contratações, ou seja, às licitações para adquirir bens, produtos e serviços de empresas privadas, ou até mesmo públicas.

De certo que o artigo cita tão somente a aquisição de bens e serviços, o que envolve, sem qualquer dúvida, a aquisição de produtos.

Um ponto bastante discutido nos últimos tempos é a ausência de prazo para conclusão de obra/serviço em casos de urgência e de relevância pública, quando da dispensa de licitação no processo simplificado adotado pela Petrobras. Enquanto o artigo 24 da lei geral de licitações estipula um prazo de 180 dias sem renovação contratual nos casos de urgência e relevância pública, calamidades, por exemplo, a lei que trata da matriz energética, bem como o decreto e seu anexo, não trouxe prazo algum para casos desse jaez.

Outro aspecto polêmico é a criação de novas modalidades licitatórias pela Petrobras, como forma de atender às peculiaridades da empresa no tratamento e refino do petróleo e seus derivados.

Tais pontos de discussão se justificam na polemização bem como na ausência de prazos e novas modalidades, posto que atende à demanda do monopólio pela União e o caráter de serviço continuado e urgente, como é o caso da matriz energética, seguindo o objetivo de desburocratização insculpido na Emenda Constitucional de número 19.

A Petróleo Brasileiro S.A., Petrobras, realiza suas licitações simplificadas dentro dos parâmetros estabelecidos por lei específica, considerando que a lei específica derroga a lei geral. Ainda que continuem os questionamentos, a matéria é de suma importância para o país, seja na evolução de política econômica, social ou até mesmo de infraestrutura.

#### **6.4 Confronto Material entre a Lei 8.666/93 e o Decreto-Lei 2.745/98**

Para abrir este tópico se faz necessário citar a primeira situação onde o STF enfrentou o pedido da Petróleo Brasileiro S.A para suspender a decisão do TCU, como ilustra a seguir, mediante a decisão do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, ao deferir a liminar do MS/MC 25.888/DF em favor da Petrobras. Segue a decisão<sup>13</sup>:

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado pela Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS, contra ato do

---

<sup>13</sup> Site do Jus Brasil - STF - Medida Cautelar no Mandado de Segurança : MS 25888 DF. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14782467/medida-cautelar-no-mandado-de-seguranca-ms-25888-df-stf>. Acessado em 31/10/15.

Tribunal de Contas da União, consubstanciado em decisão que determinou à impetrante e seus gestores que se abstenham de aplicar o Regulamento de Procedimento Licitatório Simplificado, aprovado pelo Decreto nº 2.745, de 24/08/1998, do Exmo. Sr. Presidente da República. Consta da petição inicial que o Tribunal de Contas da União, ao apreciar o processo TC nº 008.210/2004-7, determinou que a impetrante: (Relatório de Auditoria)(Acórdão nº 1.498/2004) a) justifique, de modo circunstanciado, a aplicação das sanções previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93, garantindo prévia defesa da contratada e mantendo no respectivo processo administrativo os documentos que evidenciem tais procedimentos; b) obedeça ao estabelecido nos arts. 22 e 23 da Lei nº 8.666/93 no que se refere às modalidades de licitação e seus respectivos limites, tendo em vista o valor estimado de contratação (fl. 48). Contra essa decisão, a impetrante interpôs recurso de reexame (fls. 98-105), alegando que seus procedimentos de contratação não estariam regulados pela Lei nº 8.666/93, mas sim pelo Regulamento de Procedimento Licitatório Simplificado aprovado pelo Decreto nº 2.745/98, do Exmo. Sr. Presidente da República, o qual possui lastro legal no art. 67 da Lei nº 9.478/97. Sustentou, ainda, que o Parecer AC-15, da Advocacia-Geral da União, aprovado pelo Exmo. Sr. Presidente da República, vinculante para a administração pública federal, conclui que a Petrobras e suas subsidiárias devem se submeter às regras do citado Decreto nº 2.745/98. Ao analisar o pedido de reexame, o TCU negou-lhe provimento (fls. 29-42), com base nos seguintes fundamentos (Acórdão nº 1.767/2005): a) o Parecer da AGU vincula tão-somente os órgãos do Poder Executivo, não se estendendo ao TCU; b) na Decisão nº 633/2002 (fls. 121-177), o TCU já havia declarado a inconstitucionalidade do art. 67 da Lei nº 9.478/97 e do Decreto nº 2.745/98, determinando que a Petrobras observasse os ditames da Lei nº 8.666/93; c) segundo a Súmula 347 do STF, "o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das Leis e dos Atos do Poder Público". A Petrobras interpôs embargos de declaração, os quais não foram acolhidos pelo TCU (Acórdão nº 39/2006) (fls. 23-27). Contra essa decisão do TCU (Acórdão nº 39/2006), a Petrobras impetra o presente mandado de segurança, alegando que: a) o Tribunal de Contas da União não possui competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. A Súmula 347 do STF foi editada em 1963, tendo como base o art. 77 da Constituição de 1946, há muito revogado. A regra do Regimento Interno do TCU, que prevê essa competência, não pode se sobrepor à Constituição; b) a Petrobras, empresa integrante da Administração Indireta, está submetida ao princípio da legalidade e, portanto, deve cumprir o art. 67 da Lei nº 9.478/97 e o Decreto nº 2.745/98, que permanecem vigentes, e determinam que os contratos celebrados pela impetrante, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, afastando a aplicação da Lei nº 8.666/93.c) por força do § 1º do art. 40 da LC nº 73/93, a Petrobras está obrigada a cumprir o Parecer AC-15, da Advocacia-Geral da União, que conclui que "a inaplicação - por alegada inconstitucionalidade do regime simplificado - à (do Decreto nº 2.745/98) todo o Grupo Petrobras, esbarra no respeito ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis e da legalidade dos atos da administração até que sobrevenha decisão judicial em

contrário, sendo insuficiente a opinião do TCU, a quem cabe tão só julgar a regularidade das contas". d) após a Emenda Constitucional nº 9/95, que alterou o § 1º do art. 177 da Constituição, a impetrante passou a atuar na exploração do petróleo em regime de livre concorrência com outras empresas. Com isso, o art. 67 da Lei nº 9.478/97 determinou a submissão da impetrante a um procedimento licitatório simplificado, afastando a aplicação da Lei nº 8.666/93, que estabelece um regime de licitação e contratação inadequado para a atuação da empresa num ambiente de livre competição. Quanto à urgência da pretensão cautelar, a impetrante sustenta que "o não cumprimento da prefalada decisão acarretará na aplicação das mais diversas penalidades, tais como multas, inabilitação para o exercício de cargo ou função, e arresto de bens, como estampado, v.g, nos arts. 45, § 1º, inc. III, 58, incs. II, IV, VII e § 1º, 60 e 61, todos da Lei nº 8.443/92" (fl. 10). Assim, a impetrante requer, em sede de medida liminar, a suspensão da decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 39/2006) no processo TC nº 008.210/2004-7. É o relatório. (Relatório de Auditoria) Passo a decidir. Existe plausibilidade jurídica no pedido. A EC nº 9/95, apesar de ter mantido o monopólio estatal da atividade econômica relacionada ao petróleo e ao gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, acabou com o monopólio do exercício dessa atividade. Em outros termos, a EC nº 9/95, ao alterar o texto constitucional de 1988, continuou a abrigar o monopólio da atividade do petróleo, porém, flexibilizou a sua execução, permitindo que empresas privadas participem dessa atividade econômica, mediante a celebração, com a União, de contratos administrativos de concessão de exploração de bem público. Segundo o disposto no art. 177, § 1º, da Constituição, na redação da EC nº 9/95: "§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei". Dessa forma, embora submetidas ao regime de monopólio da União, as atividades de pesquisa, lavra, refinação, importação, exportação, transporte marítimo e transporte por meio de conduto (incisos I a IV do art. 177), podem ser exercidas por empresas estatais ou privadas num âmbito de livre concorrência. A hipótese prevista no art. 177, § 1º, da CRFB/88, que relativizou o monopólio do petróleo, remete à lei a disciplina dessa forma especial de contratação. A Lei nº 9.478/97, portanto, disciplina a matéria. Em seu artigo 67, deixa explícito que "os contratos celebrados pela Petrobras, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República". A matéria está regulamentada pelo Decreto nº 2.745, de 1998, o qual aprova o regulamento licitatório simplificado da Petrobras. A submissão legal da Petrobras a um regime diferenciado de licitação parece estar justificado pelo fato de que, com a relativização do monopólio do petróleo trazida pela EC nº 9/95, a empresa passou a exercer a atividade econômica de exploração do petróleo em regime de livre competição com as empresas privadas concessionárias da atividade, as quais, frise-se, não estão submetidas às regras rígidas de licitação e contratação da Lei nº 8.666/93. Lembre-se, nesse sentido, que a livre concorrência pressupõe a igualdade de condições entre os concorrentes. Assim, a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal de Contas da União, do art. 67 da Lei nº 9.478/97, e do

Decreto nº2.745/98, obrigando a Petrobras, conseqüentemente, a cumprir as exigências da Lei nº 8.666/93, parece estar em confronto com normas constitucionais, mormente as que traduzem o princípio da legalidade, as que delimitam as competências do TCU (art. 71), assim como aquelas que conformam o regime de exploração da atividade econômica do petróleo (art. 177). Não me impressiona o teor da Súmula nº 347 desta Corte, segundo o qual "o Tribunal de Contas, o exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público". A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional. No entanto, é preciso levar em conta que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Em escritos doutrinários, tenho enfatizado que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas. Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988. A urgência da pretensão cautelar também parece clara, diante das conseqüências de ordem econômica e política que serão suportadas pela impetrante caso tenha que cumprir imediatamente a decisão atacada. Tais fatores estão a indicar a necessidade da suspensão cautelar da decisão proferida pelo TCU, até o julgamento final deste mandado de segurança. Ante o exposto, defiro o pedido de medida liminar, para suspender os efeitos da decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 39/2006) no processo TC nº 008.210/2004-7. Comunique-se, com urgência. Req (Relatório de Auditoria) usitem-se informações ao Tribunal de Contas da União e à Advocacia-Geral da União. Após, dê-se vista dos autos à Procuradoria-Geral da República. Publique-se. Brasília, 22 de março de 2006. Ministro GILMAR MENDES Relator

É inegável que a lei de licitação simplificada e seu decreto regulamentar abriram ou deram azo a novas modalidades licitatórias, bem como nos casos de

dispensa ou inexigibilidade foram inseridas novas possibilidades com uma margem de liberdade da empresa Petrobras em decidir determinados momentos e casos ou fatos que possam justificar a dispensa ou inexigibilidade.

Citar neste momento os casos materiais que se encontram neste diapasão é antecipar as cifras do capítulo seguinte, tornando-o repetitivo e monótono. Haja vista que nos debruçaremos sobre os pareceres da Corte de Contas da União, os quais firmam posição contrária ao decreto e observância à lei geral das licitações e o entendimento adverso esposado pela Corte Máxima de Justiça do país, o STF.

Bruno Lima, em sua monografia<sup>14</sup>, discorre sobre alguns pontos do procedimento licitatório simplificado adotado pela Petrobras que inovaram em relação à Lei 8.666/93. Quais sejam:

- a) a criação de novas hipóteses de dispensa e inexigibilidade previstas nos subitens 2.1 e 2.3 do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto n.º 2.745/98;
- b) a desvinculação do valor no que se refere às modalidades de licitação previstas nos subitens 3.1.1 a 3.1.5 e 3.3 do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto n.º 2.745/98;
- c) a supressão da obrigatoriedade de extensão do convite aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte quatro) horas da apresentação das propostas, conforme previsão do subitem 3.1.3 do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto n.º 2.745/98, desobedecendo ao princípio da impessoalidade;
- d) a definição de representante comercial exclusivo como sendo aquele que seja o único inscrito no registro cadastral de licitantes da empresa, apesar da existência fática de outros fornecedores no Mercado, conforme disposto no subitem 2.3.2 do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto n.º 2.745/98, em desacordo com o princípio da impessoalidade;
- e) a instituição do tipo de licitação “de melhor preço”, em vez “de menor preço”, de acordo com o subitem 3.2 do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto n.º 2.745/98;
- f) a redefinição das formas de dar publicidade aos certames licitatórios, consoante estabelecido nos subitens 5.3, 5.4, 5.4.1, 5.5, 5.5.2 e 5.6 do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto n.º 2.745/98, em afronta ao princípio da publicidade;
- g) a restrição da publicidade do convite à empresa e aos seus convidados, sem a exigência de afixação da carta-convite em local apropriado, de acordo com a art. 22, § 3º, da Lei n.º 8.666/93;
- h) possibilidade de negociação com o licitante vencedor em busca do melhor preço e da proposta mais vantajosa para a Petrobras.

---

<sup>14</sup> A análise da constitucionalidade do Decreto n.º 2.745/98 (Regulamento Licitatório da Petrobras) em face do art. 173 da Constituição da República. Para conclusão do curso Ordem Jurídica e Ministério Público da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal – Brasília, 2009)

Ainda assim, insta informar que em quase sua totalidade a lei de licitação simplificada reproduz o texto da lei geral, divergindo tão somente em algumas questões ou itens pontuais, supracitados, entretanto vale ressaltar o parecer vinculativo da Advocacia Geral da União – AC-15<sup>15</sup> reputando sua constitucionalidade e também a própria previsão em lei e decreto regulamentar não retirado do ordenamento jurídico, portanto, confirmando sua plena eficácia.

Salutar importância assumem as posições reiteradas da Corte de Contas, da Petrobras, da Advocacia Geral da União e do próprio Supremo Tribunal Federal – STF, os quais serão analisados no capítulo seguinte do presente trabalho.

---

<sup>15</sup> Disponível em <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/8434>>. Acessado em 01/11/15.

## 7 O PROCESSO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO ADOTADO PELA PETROBRAS

### 7.1 Considerações Gerais

Nos últimos anos este processo simplificado de licitação adotado pela Petróleo Brasileiro S/A – PETROBRAS, vem sendo alvo de inúmeras críticas no cenário nacional, principalmente diante da queda de braços travada entre o Tribunal de Contas da União - TCU, a Petrobras e as decisões do Supremo Tribunal Federal – STF, sobre a constitucionalidade ou não do decreto regulamentar presidencial tombado sob o número 2.745/98, o qual regulamenta o disposto na Lei 9.478/97 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”; mais precisamente no seu artigo 67, *in litteris*:

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

A Corte de Contas da União declara que o decreto é inconstitucional por criar um modelo específico de licitação, sendo que tal modelo fere a lei geral das licitações, a Lei número 8.666/93.

Por sua vez, a Petrobras defende que atende aos ditames da lei, bem como está em estrita observância ao parecer exarado pela Advocacia Geral da União – AGU, destacando que a opinião da AGU é vinculativa para os entes da União e seus respectivos órgãos de descentralização.

A Suprema Corte vem se posicionando no sentido de defender a constitucionalidade do decreto e seus regramentos. Para tanto, informa em seus julgados, ainda que sejam decisões cautelares, que não cabe ao TCU analisar constitucionalidade de normas, sendo esta função afeta àquela casa, ressaltando a falta de previsão constitucional para que a Corte de Contas exerça tal papel.

Não se pode olvidar que o STF assevera ser a Emenda Constitucional de número 19 a maior responsável pela desburocratização dos serviços públicos e, observando o texto normativo inserido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional de número 09, a Petrobras está numa linha de atuação para concorrer no mercado com as empresas privadas no mesmo patamar, ressalvados os pressupostos constitucionais.

## 7.2 O Entendimento do STF sobre o Tema

Os Ministros do STF possuem prazo fixado pela Carta Política para exercerem suas funções ministeriais; isto implica em dizer que a discussão não é recente e muitos daqueles julgadores já não se encontram naquela Corte de Justiça.

De igual forma, pode-se firmar entendimento que as decisões iniciais podem sofrer alguma reviravolta com os novos ministros que assumiram as vagas daqueles que se aposentaram.

Ainda assim, é importante destacar que vários ministros que se pronunciaram sobre o tema permanecem naquela casa julgando novos casos desse mesmo jaez.

Frise-se que boa parte das decisões envolve cognição sumária, medidas cautelares que permitem a Petrobras praticar as licitações simplificadas até que advenha uma decisão mais profunda sobre a matéria, uma decisão de mérito.

Sobre o tema de decisões cautelares, se pronunciou a Ministra Ellen Gracie no Mandado de Segurança tombado sob o número 26.783-6/ DF, atualmente aposentada, vejamos:

Evidencia-se, em sede de cognição sumária, a plausibilidade jurídica no pedido, conforme salientado pelo eminente Ministro Gilmar Mendes, quando abordou tema absolutamente idêntico ao da presente impetração nos autos do MS 25.888-MC/DF, DJ 22.03.2006, “a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal de Contas da União, do art. 67 da Lei nº 9.478/97, e do Decreto nº 2.745/98, obrigando a Petrobras, conseqüentemente, a cumprir as exigências da Lei nº 8.666/93, parece estar em confronto com normas constitucionais, mormente as que traduzem o princípio da legalidade, as que delimitam as competências do TCU (art. 71), assim como aquelas que conformam o regime de exploração da atividade econômica do petróleo (art. 177)”.

Nesse mesmo sentido, destaco os precedentes liminares deferidos por esta Corte nos autos do MS 25.986-ED/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ 30.06.2006 e MS 26410-MC/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 02.03.2007.

Ante o exposto, defiro o pedido de medida liminar, para suspender os efeitos, da decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União (acórdão nº. 1249/2007), quando do julgamento realizado na tomada de contas nº. 04.287/2004-4.

O precedente citado de relatoria do Ministro Gilmar Mendes tem uma força peculiar aos seus julgados, observemos:

A Lei nº. 9.478/97, portanto, disciplina a matéria. Em seu artigo 67, deixa explícito que “os contratos celebrados pela Petrobras, para aquisição de bens e serviços, a ser definido em decreto do

presidente da República. A matéria está regulamentada pelo Decreto nº 2.745, de 1998, o qual aprova o Regulamento licitatório simplificado da Petrobras.

A submissão legal da Petrobras a um regime diferenciado de licitação parece estar justificada 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. (Mandado de Segurança nº. 25.888-8/DF)

O que se denota é ser firmada a posição pela constitucionalidade do decreto, visto que vários outros ministros se pronunciaram sobre o tema e mantiveram a mesma linha de inteligência já pontuada naquela Corte de Justiça.

Ademais, os julgadores se debruçam como dito anteriormente, que o TCU não tem competência para realizar o controle de constitucionalidade sobre normas constitucionais, visto que não há previsão na Carta Magna para isso.

Em momento algum o texto constitucional faz qualquer alusão ou menciona que dentre as competências do Tribunal de Contas está a de realizar o controle de constitucionalidade. Até porque é de sabença geral que a Corte de Contas é uma extensão do poder legislativo e, neste sentido, não pode violar o princípio da separação dos poderes.

Tanto é verdade que o ministro Dias Toffoli, ao conceder liminar em caso deste jaez, discorre:

O Acórdão no 2457/3009, que por último apreciou a controvérsia administrativa, foi publicado aos 23.10.2009, o que implica não ter ocorrido a caducidade da impetração.

A matéria, tal como aduzido na vestibular, não é nova na Corte. Há doze decisões liminares no STF, em casos absolutamente idênticos, em favor da tese defendida pela impetrante, de entre os quais são citados: MS nos 25.888, Rel. Min. Gilmar Mendes; 25.986, Rel. Min. Celso de Mello; 26.783, Rel. Min. Marco Aurélio; 26.808, Rel. Min. Gilmar Mendes; 27.232, 27.337 e 27.344, Rel. Min. Eros Grau).

A questão, de outro lado, encontra-se submetida à Corte, sob a forma do RE n. 441.280, cujo julgamento cabia inicialmente à Primeira Turma, mas que foi afetada ao Plenário, dada sua significativa repercussão jurídica. Esse recurso, que servirá como caso-líder, foi-me atribuído em 10/12/2009, por efeito do art. 38, RISTF.

É evidente, portanto, que não é esta a melhor ocasião para se emitir juízo mais aprofundado sobre a matéria. No entanto, é conveniente deferir a liminar porfiada pela impetrante, dada a existência de diversas ordens mandamentais em seu favor, quando os dignos relatores conheceram de situações idênticas ou similares às ora apresentadas.

Nesse sentido, tem absoluta coerência o que assinalou a Min. Cármen Lúcia, na decisão monocrática proferida no MS 27743 MC, publicada em DJe-237 divulgada em 12/12/2008 e publicada em 15/12/2008, cujo excerto é abaixo reproduzido:

Imperioso separar o voto da Ministra Carmen Lúcia, citada pelo Douto Ministro Dias Toffoli, veja-se o excerto do voto da Ministra:

A circunstância de ainda não ter sido concluído o julgamento acima mencionado e, ainda, diante do deferimento, por este Supremo Tribunal, de diversas liminares em mandados de segurança com objeto análogo, quando não idêntico, ao presente (Mandados de Segurança ns. 25.986, Rel. Min. Celso de Mello; 26.783, Rel. Min. Marco Aurélio; 26.808, Rel. Min. Ellen Gracie; 27.232, Rel. Min. Eros Grau; 27.337; Rel. Min. Eros Grau; e 27.344, Rel. Min. Eros Grau), deixa comprovada não apenas a plausibilidade do requerimento formulado, mas também a relevância do fundamento e a possibilidade de se ter a ineficácia da medida, se, ao final, vier a ser reconhecido o direito líquido e certo da Impetrante. Pelo que, nos termos do inc. II do art. 7º da Lei n. 1.533/51, impõe-se o deferimento da liminar.

6. Note-se que todos os precedentes acima mencionados foram baseados na liminar deferida pelo Ministro Gilmar Mendes no Mandado de Segurança n. 25.888, com pedidos idênticos aos deste mandado de segurança, para o qual: 'Existe plausibilidade jurídica no pedido. A EC nº 9/95, apesar de ter mantido o monopólio estatal da atividade econômica relacionada ao petróleo e ao gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, acabou com o monopólio do exercício dessa atividade. Em outros termos, a EC nº 9/95, ao alterar o texto constitucional de 1988, continuou a abrigar o monopólio da atividade do petróleo, porém, flexibilizou a sua execução, permitindo que empresas privadas participem dessa atividade econômica, mediante a celebração, com a União, de contratos administrativos de concessão de exploração de bem público. Segundo o disposto no art. 177, § 1º, da Constituição, na redação da EC nº 9/95: '§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei'. Dessa forma, embora submetidas ao regime de monopólio da União, as atividades de pesquisa, lavra, refinação, importação, exportação, transporte marítimo e transporte por meio de conduto (incisos I a IV do art. 177), podem ser exercidas por empresas estatais ou privadas num âmbito de livre concorrência. A hipótese prevista no art. 177, § 1º, da CRFB/88, que relativizou o monopólio do petróleo, remete à lei a disciplina dessa forma especial de contratação. A Lei nº 9.478/97, portanto, disciplina a matéria. Em seu artigo 67, deixa explícito que 'os contratos celebrados pela Petrobras, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República'. A matéria está regulamentada pelo Decreto nº 2.745, de 1998, o qual aprova o regulamento licitatório simplificado da Petrobras. A submissão legal da Petrobras a um regime diferenciado de licitação parece estar justificado pelo fato de que, com a relativização do monopólio do petróleo trazida pela EC nº 9/95, a empresa passou a exercer a atividade econômica de

exploração do petróleo em regime de livre competição com as empresas privadas concessionárias da atividade, as quais, frise-se, não estão submetidas às regras rígidas de licitação e contratação da Lei nº 8.666/93. Lembre-se, nesse sentido, que a livre concorrência pressupõe a igualdade de condições entre os concorrentes. Assim, a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal de Contas da União, do art. 67 da Lei nº 9.478/97, e do Decreto nº 2.745/98, obrigando a Petrobras, conseqüentemente, a cumprir as exigências da Lei nº 8.666/93, parece estar em confronto com normas constitucionais, mormente as que traduzem o princípio da legalidade, as que delimitam as competências do TCU (art. 71), assim como aquelas que conformam o regime de exploração da atividade econômica do petróleo (art. 177).’ A mesma fundamentação há de ter acolhimento neste momento processual, sob pena de comprometimento ao princípio da segurança jurídica que passa pela certeza judicial.

Embora o texto da decisão aponte de forma negritada o possível elemento embasador ou fundamentador da decisão, a Ministra se posiciona ao final pela não competência do tribunal de contas em declarar a constitucionalidade de norma jurídica. Aliás, a Carta Política de 1988 positivou que incumbe ao poder judiciário, precipuamente, declarar a constitucionalidade ou não das normas constitucionais.

Neste sentido:

Como é sabido, ao colaborar com a redação da Constituição da Áustria, Kelsen fez com que se criasse um órgão judicial – a Corte Constitucional – o único competente para exercer o controle de constitucionalidade dos atos do legislativo e do executivo, segundo um modelo exclusivo de “controle concentrado” que depois se estendeu a várias Constituições Europeias. (KELSEN, 1881-1973, apud CUNHA, 2003. pág. VII.)

Não obstante a isso, a mudança das cadeiras na Suprema Corte, combinada com a pressão social em face dos inúmeros escândalos de corrupção pode levar o STF a mudar sua direção, sua posição no julgamento de mérito da matéria, o que levantaria o questionamento se seria uma decisão jurídica, estritamente, ou política.

Neste contexto discursivo cada instituto envolvido, seja a Petrobras, o STF, o TCU, ou até mesmo os ilustres doutrinadores empreendem esforços faraônicos para se posicionarem sobre a questão, e emitirem uma solução que não paralise o bom andamento da matriz energética nacional, tamanho a peculiaridade dos produtos e serviços que envolvem o desenvolvimento e infraestrutura comportada pela Sociedade de Economia Mista em apreço, ante a relação de competitividade atinente às empresas privadas, destacando a exclusividade, a importância da

manutenção e continuidade da empresa Petrobras, em face da necessidade de contratação que lhe é peculiar para a prestação do serviço, sempre observando a prevalência do interesse público nas relações contratuais firmadas.

### 7.3 O Posicionamento do TCU

O posicionamento do Tribunal de contas da União vem, ao longo dos últimos anos, emitindo parecer contrário ao procedimento licitatório adotado pela Petrobras. Aquela casa declara ser inconstitucional o decreto que regulamenta o processo licitatório simplificado adotado pela sociedade de economia mista e fixa sua competência se baseando numa súmula da Suprema Corte de Justiça; vejamos:

Súmula 347 – STF: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.

Não obstante a este aspecto definido pela própria Suprema Corte do país, alguns estudiosos alegam a existência de uma certa equiparação no artigo 73 da Constituição Federal, vejamos:

C.F. Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

Diz o artigo 96 da mesma Carta:

Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva;

c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição;

d) propor a criação de novas varas judiciárias;

e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei;

f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados;

II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores;

b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores;

d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;

III - aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

Somente a título de exemplo para aclarar o tema, os pareceres emitidos nos acórdãos do TCU cujos números são 1910/2009 e 1487/2009 afirmam que a Petrobras realiza processo licitatório simplificado sem observar qualquer prazo nas contratações emergenciais, aduzindo que a empresa deve observar o prazo insculpido no artigo 24, inciso IV da lei geral das licitações, a 8.666/93, *in litteris*:

Art. 24. É dispensável a licitação:

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

Esta posição adotada pelo TCU está firmada no acórdão de número 2457/2009<sup>16</sup>, do qual se transcreve parte do voto do relator:

#### RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela empresa Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras ao Acórdão 1910/2009 – Plenário, pelo qual o Tribunal conheceu e negou provimento a pedido de reexame interposto contra o Acórdão 454/2009 – Plenário.

Para a recorrente seria contraditório determinar à Petrobras que as contratações emergenciais sejam pelo prazo máximo de 180 dias, limite estabelecido no inciso IV do art. 24 da Lei 8666/1993, se o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado, aprovado pelo Decreto 2745/1998, não fixa prazo para essa forma de contratação.

A Petrobras não estaria subordinada aos dispositivos da Lei 8666/1993 e sim ao seu Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado, a cujo cumprimento estaria obrigada por força do

---

<sup>16</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TC 006.183/2005-7 Disponível em: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%255CAcord%255C20091022%255C006-183-2005-7-MIN-WAR.rtf&gws\\_rd=cr&ei=WXXQ3Vui\\_CMiVwAS0wJSoAQ](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%255CAcord%255C20091022%255C006-183-2005-7-MIN-WAR.rtf&gws_rd=cr&ei=WXXQ3Vui_CMiVwAS0wJSoAQ)>. Acessado em 01/11/15.

Parecer AC-15, da Advocacia Geral da União, que teria poder vinculante para os órgãos e entidades do Poder Executivo.

O Parecer AC-15, da AGU, não lhe facultaria “alternativa que não a de realizar seus procedimentos licitatórios com rígida subserviência ao Decreto 2745/98.”

Ao final, solicita que os embargos sejam conhecidos e providos, mediante a transmutação da determinação recorrida em recomendação de boa prática administrativa.

E acrescenta em seu voto:

Conheço dos embargos de declaração, opostos ao Acórdão 1487/2009 – Plenário, com fundamento no art. 34 da Lei 8.443/1992 e art. 287 do RI/TCU.

Verifico, neste processo, apenas a tentativa de postergar a validade plena da anterior deliberação do Plenário. Todos os argumentos já foram por demais debatidos e as teses jurídicas já estão consolidadas.

A Petrobras afirma contraditório determinar que as contratações emergenciais sejam pelo prazo máximo de 180 dias, limite estabelecido no inciso IV do art. 24 da Lei 8666/1993, se o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado, aprovado pelo Decreto 2745/1998, não fixa prazo para essa forma de contratação.

A deliberação recorrida seria contraditória nesse ponto, ao não esclarecer como a empresa poderia, simultaneamente, cumprir exigência do Tribunal e, em face ao poder vinculante do Parecer AC-15, da Advocacia Geral da União, aplicar o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado, aprovado pelo Decreto 2745/1998.

A Petrobras não se conforma com as reiteradas deliberações do TCU em que é afastada, sempre no caso concreto, a aplicação do Decreto 2745/1998, considerado inconstitucional. No voto do acórdão recorrido tratei da questão nos seguintes termos:

“A Secretaria de Recursos, no relatório precedente, traz o histórico de decisões em que invariavelmente o Tribunal tem afastado a aplicação do Decreto 2.745/1998, por considerá-lo inconstitucional, e afirmado a obrigatoriedade da sujeição da Petrobras à Lei 8.666/1993. Nesse sentido, a Decisão 663/2002 - Plenário e os acórdãos 1498/2004, 1767/2005 e 39/2006, do Plenário.

Contra o entendimento do TCU, a Unidade Técnica informa haver três ações no Supremo Tribunal Federal. Uma foi considerada prejudicada, perdendo efeito a liminar concedida. Outra ação cautelar está em votação, ainda não deferida a suspensão requerida. Na terceira foi deferido o pedido de medida liminar, para suspender os efeitos do Acórdão 39/2006 - Plenário, até o julgamento final do mandado de segurança que, ainda, não ocorreu.

Sob essas circunstâncias, não havendo autorização legislativa, nem decisão judicial definitiva, que afaste, para a recorrente, a aplicação do estatuto jurídico das licitações, o comando inserto no parágrafo único do art. 1º da Lei 8666/1993 continua a sujeitar a Petrobras aos princípios gerais estabelecidos nessa lei.”

Decisões como essas, do Tribunal de Contas, geraram um forte movimento de descrédito no mercado. A Petrobras precisou gerar uma nota oficial em sua

página para que a opinião pública entendesse que a empresa promovia as licitações, mas que tão somente seguia outro modelo, cuja previsão estava assegurada por lei e decreto, vejamos:

Nossas contratações são realizadas em conformidade com o Decreto 2745, de 24 de agosto de 1998, assinado pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso. Com a quebra do monopólio pela Lei do Petróleo (Lei 9.478/97), passamos a competir com outras empresas petrolíferas em ambiente competitivo de mercado aberto - essa a razão do decreto citado, que fora previsto na referida Lei. Assim, o Procedimento Licitatório Simplificado é o instrumento legal que nos permite as condições para exercer nossas atividades de forma compatível com o sistema de livre concorrência adotado a partir de 1997. Neste ambiente, agilidade é fundamental para o desenvolvimento das atividades operacionais com economicidade e rentabilidade.

As empresas que participam dos nossos processos licitatórios têm que comprovar habilitação jurídica, capacidade técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal. O Decreto estabelece, como modalidades de licitação: a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão, e todas essas modalidades asseguram a competitividade. A proposta vencedora é sempre aquela que nos oferece condições mais vantajosas na realização de obras, serviços e fornecimentos.

A dispensa e inexigibilidade de licitação somente ocorrem em situações legalmente previstas, tais como: casos emergenciais, exclusividade, notória especialização, transferência de tecnologia, e outros itens.

Portanto, é incorreto afirmar que contratamos sem licitação, quando utilizamos, legalmente, do que é previsto na legislação vigente que regula as nossas atividades de contratação. Ou, ainda, é equivocado estabelecer quaisquer tipos de ilações entre a utilização do Decreto Lei 2745 e custos finais de nossas obras<sup>17</sup>.

Não obstante a isso, a defesa da Petrobras alegando que existe uma norma e um decreto que a regulamenta, garantindo a empresa um modelo particular de licitação, visto que na lei e no decreto somente a Petrobras é agraciada com o direito de licitar nos moldes simplificados, ou seja, as normas existentes não se aplicam a nenhum outro ente ou empresa ou sociedade de economia mista, como é o caso da Petróleo Brasileiro.

Sobre o tema, escreveu Carlos Juliano Ribeiro Nardes Meller<sup>18</sup>:

---

<sup>17</sup> Site da Petrobras. Blog Fatos e Dados - Entenda nossas contratações por licitação simplificada (30.Mai.2014) – Disponível em: <<http://www.petrobras.com.br/fatos-e-dados/entenda-nossas-contratacoes-por-licitacao-simplificada.htm>>. Acessado dia 01/11/15.

<sup>18</sup> Site do Jus Brasil - Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras – Disponível em: <http://nardes.jusbrasil.com.br/artigos/173947717/procedimento-licitatorio-simplificado-da-petrobras/>>. Acessado em: 01/11/15.

A licitação surgiu com a Constituição Federal de 1988, sendo que a modalidade de execução atinge a administração pública direta, autárquica e fundacional da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, além das empresas públicas e sociedades de economia mista. Os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, igualdade devem ser mantidos para toda a administração pública direta e indireta. Quanto a lei 8.666, a administração pública utiliza para compra de bens e para a obtenção de serviços prestados por terceiros, sendo obrigatória para toda a Administração Pública, exceto nos casos em que existe previsão em legislação própria e se seja realmente constitucional e legal. O questionamento está justamente na questão da PETROBRAS possuir normas particulares, sendo que a obrigatoriedade de um procedimento licitatório simplificado para os contratos de aquisição de obras e serviços a ser definido em um decreto presidencial está amparado na Lei nº. 9.478 de 06 de agosto de 1997, no artigo 67. O Decreto nº. 2.745 de 24 de agosto de 1998 aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da PETROBRAS.

O autor chama a atenção no mesmo artigo para a chamada dispensa de exigibilidade, dispondo da seguinte forma:

Serão dispensáveis os valores estabelecidos de acordo com ato específico definido pela Diretoria da Companhia, podendo ocorrer a dispensa nos casos de: guerra, grave perturbação da ordem ou calamidade pública; emergência, quando tiver urgência; licitação anterior sem interessados e puder causar prejuízo para a PETROBRAS; quando envolver concessionário de serviço público e o objeto do contrato for pertinente ao da concessão; propostas de licitação anterior tiverem preços superiores aos praticados no mercado, ou incompatíveis; operação envolvendo exclusivamente subsidiárias ou controladas da PETROBRAS; compra de materiais, equipamentos ou gêneros padronizados por órgão oficial; aquisição de peças e sobressalentes ao fabricante do equipamento; contratação de remanescentes de obra, serviço ou fornecimento, desde que aceitas as mesmas condições do licitante vencedor; na contratação de instituições brasileiras, sem fins lucrativos; aquisição de hortifrutigranjeiros e gêneros perecíveis, bem como de bens e serviços a serem prestados aos navios petroleiros e embarcações, quando em estada eventual de curta duração em localidades diferentes de suas sedes. A inexigibilidade ocorrerá quando houver inviabilidade fática ou jurídica para a compra de materiais, equipamentos ou gêneros; para a contratação de serviços técnicos de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização; para a contratação de profissional de qualquer setor artístico; obtenção de licenciamento de uso de software com o detentor de sua titularidade autoral, sem distribuidores, representantes comerciais, ou com um destes na hipótese de exclusividade, comprovada esta por documento hábil; contratação de serviços ou aquisição de bens, em situações atípicas de mercado em que, comprovadamente, a realização do procedimento licitatório não seja hábil a atender ao princípio da economicidade; transferência de tecnologia, desde que caracterizada a necessidade e essencialidade da tecnologia em aquisição; compra ou locação de imóvel destinado

ao serviço da PETROBRAS, cujas características de instalação ou localização condicionem a sua escolha; formação de parcerias, consórcios e outras formas associativas de natureza contratual, objetivando o desempenho de atividades compreendidas no objeto social da PETROBRAS; celebração de "contratos de aliança", assim considerados aqueles que objetivem a soma de esforços entre empresas, para gerenciamento conjunto de empreendimentos, compreendendo o planejamento, a administração, os serviços de procura, construção civil, montagem, pré-operação, comissionamento e partida de unidades, mediante o estabelecimento de preços "meta" e "teto", para efeito de bônus e penalidades, em função desses preços, dos prazos e do desempenho verificado; comercialização de produtos decorrentes da exploração e produção de hidrocarbonetos, gás natural e seus derivados, de produtos de indústrias químicas, para importação, exportação e troca desses produtos, seu transporte, beneficiamento e armazenamento, bem como para a proteção de privilégios industriais e para operações bancárias e creditícias necessárias à manutenção de participação da PETROBRAS no mercado; casos de competitividade mercadológica, em que a contratação deva ser iminente, por motivo de alteração de programação, desde que comprovadamente não haja tempo hábil para a realização do procedimento licitatório, justificados o preço da contratação e as razões técnicas da alteração de programação; aquisição de bens e equipamentos destinados à pesquisa e desenvolvimento tecnológico aplicáveis às atividades da PETROBRAS. As competências quanto aos limites são de responsabilidade de cada Unidade da PETROBRAS, e podem ser alterados valores de acordo com necessidade da Gerência Geral da Unidade, a qualquer tempo mediante documento oficial.

No mesmo texto, o autor entende que a posição do STF é no sentido de declarar a inconstitucionalidade da norma, veja-se:

O STF demonstra interesse em protelar o julgamento do mérito quanto ao procedimento licitatório utilizado pela PETROBRAS, pois chegou à conclusão de que não poderia continuar com o procedimento licitatório simplificado, devendo utilizar a Lei 8.666 como referência. O uso das liminares como meio de fugir das cobranças realizadas pelo TCU demonstra claramente que a PETROBRAS está utilizando subterfúgios para atuar no mercado. O "acionista principal" da PETROBRAS continua aproveitando a questão política para atender a interesses pessoais e de empresas, deturpando ainda mais os procedimentos envolvidos nos gastos realizados pela empresa, sobre os quais não há controle adequado.

Neste sentido é preciso aprofundar um pouco mais o tema para demonstrar como deve ser editada uma norma no âmbito da democracia pátria. Visto que a posição do STF reflete a denegatória devido à particularização da norma, ou seja, uma norma dirigida somente à empresa Petrobras.

Sobre o tema escreve Antônio Carlos de Campos Pedroso Professor Associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo<sup>19</sup>:

Consiste a interpretação numa pesquisa capaz de revelar o sentido e o alcance dos esquemas normativos, a fim de que estes, devidamente aplicados aos fatos da vida convivencial, projetem o justo concreto.

Isto significa que à interpretação cabe resolver o dilema norma-caso, uma vez que a norma se apresenta revestida de abstração e generalidade e o caso, de individualidade e concreção. As normas jurídicas são genéricas e abstratas, constituindo o paradigma de que se valem os intérpretes para a busca do justo concreto. O objetivo da interpretação é, nesta ordem de idéias, a conversão das normas genéricas nas normas individualizadas. A estas cabe dimensionar, prudentemente, o direito concreto. Há uma tensão entre a generalidade da norma e a particularidade do caso concreto. É um a dicotomia decorrente de critérios: o tipificador, inerente aos preceitos do direito normativo e o individualizador próprio da casuística. O salto a ser dado entre o abstrato e o concreto é o ponto central da problemática hermenêutica.

O que se denota é que a norma editada, a Lei 9478/97, bem como o decreto 2745/98 somente estabelece regras e critérios licitatórios simplificados para a Petrobras, ou seja, de forma específica, e não genérica conforme deve ser toda norma jurídica no Brasil.

Neste passo, a lei de licitação tombada sob o número 8.666/93 deve ser aplicada a todos os entes da administração direta e indireta, bem como fundacional. E, no modelo atual, a lei de licitações simplificadas não pode ser restrita à Petrobras, devendo todas as empresas da administração indireta ser abrangida pelo diploma legal, sob pena da norma ser declarada não genérica e, portanto, inconstitucional.

Sob este prisma, e retomando a questão principal, vislumbra-se que a Corte de Contas acerta quando não emite parecer favorável ao modelo licitatório firmado pela Petrobras, o modelo de licitação simplificada; no entanto, extrapola seus limites de competência quando declara a norma, a lei e seu decreto regulamentar inconstitucionais, competência afeta à Suprema Corte de Justiça

Diz-se que a Corte de Contas age acertadamente e assim entende a Corte Trabalhista deste país; tendo em vista que quando se refere ao direito de contratar pelo processo simplificado de licitação se alberga na lei e no decreto. No entanto,

---

<sup>19</sup> Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67406/70016/>>. Acessado em 01/11/15.

quando se refere à responsabilidade subsidiária se vale da lei geral das licitações, em seu artigo 71. Eis o julgado no Recurso de Revista impetrado pela Petrobras<sup>20</sup>:

PROCESSO Nº TST-RR-15-75.2013.5.01.0481  
RECURSO DE REVISTA. PETROBRAS.RESPONSABILIDADE  
SUBSIDIÁRIA. TOMADORDE SERVIÇOS. APLICAÇÃO DO  
DECRETO Nº 2.745/1998. INAPLICABILIDADE DO ART. 71  
DA LEI Nº 8.666/93. A Petrobras, sociedade de economia mista  
federal, tem defendido, tanto no Tribunal de Contas da União (TCU)  
quanto no Supremo Tribunal Federal (STF), que a ela não se aplicam  
as disposições da Lei nº 8.666/93, que regula o regime de licitações  
para os demais entes públicos. Conforme arguido pela própria  
Petrobras em outras demandas judiciais, com edição da Lei nº 9.478,  
de 6 de agosto de 1997, que visou a regulamentar a política  
energética após a flexibilização do monopólio do petróleo no Brasil, a  
mencionada sociedade de economia mista passou a se submeter a  
um regime de licitatório particularizado, apropriado à nova dinâmica  
do setor. Eis os termos do art. 67 da Lei nº 9.478/1997, in verbis:  
"Art. 67. Os contratos celebrados pela PETROBRAS, para aquisição  
de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório  
simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República".  
Visando a regulamentar o referido dispositivo da Lei nº 9.478/1997,  
foi editado o procedimento licitatório simplificado da Petrobras por  
meio do Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998. A partir de tal  
marco temporal a Petrobras realiza suas aquisições e a contratação  
de serviços exclusivamente conforme os termos do Decreto  
Presidencial nº  
2.745/1998. Contudo, o Tribunal de Contas da União externou o  
entendimento de que o Decreto nº 2.745/98 estaria maculado de  
inconstitucionalidade. Na visão do TCU, a Petrobras também deveria  
submeter-se aos estritos termos da Lei nº 8.666/93. Impugnando tal  
entendimento do Tribunal de Contas da União, a Petrobras impetrou  
mandados de segurança perante o STF, buscando assegurar a  
utilização unicamente do procedimento licitatório simplificado a que  
alude o Decreto nº 2.745/1998. A tese jurídica defendida pela  
Petrobras logrou êxito no âmbito do STF. A Corte Constitucional, de  
forma reiterada, tem reformado as decisões do Tribunal de  
Contas que declaram a inconstitucionalidade do Decreto nº  
2.745/1998. Representa o comportamento contraditório da Petrobras  
defender, perante a Justiça do Trabalho, a aplicação da Lei nº  
8.666/93, de forma a se eximir da sua responsabilidade subsidiária  
pelo adimplemento das verbas trabalhistas, concomitantemente em  
que argui, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a não aplicação da  
mesma lei licitatória, em razão do art. 67 da Lei nº 9.478/1997 e do  
Decreto nº 2.745/1998. Por fim, cabe registrar que no bojo do  
Decreto nº 2.745/1998 não existe nenhum dispositivo que exima a  
Petrobras da sua responsabilidade pelas verbas trabalhistas devidas  
pela empresa fornecedora de mão de obra. Em suma, a

---

<sup>20</sup> Disponível em: <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202448064/recurso-de-revista-rr-157520135010481/inteiro-teor-202448083>>. Acessado em 01/11/15.

responsabilidade subsidiária da Petrobras pelas verbas trabalhistas devidas aos empregados terceirizados tem como lastro o item IV da Súmula nº

331 do TST, sendo impertinente qualquer alusão aos arts. 97 da Constituição Federal e 71 da Lei nº 8.666/93, à Ação Direita de Constitucionalidade nº 16, à Súmula Vinculante nº 10 do STF ou mesmo à eventual culpa in vigilando desse ente público (item V da Súmula nº 331 do TST). O TRT decidiu em harmonia com a jurisprudência consolidada deste Tribunal Superior do Trabalho ISTO POSTO ACORDAM os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do recurso de revista. Brasília, 13 de maio de 2015.

O que se percebe é que a Corte Trabalhista decidiu nos seus termos demonstrando que a Petrobras age de má fé quando, no Tribunal de Contas defende que a lei geral das licitações não se aplica a ela, mesma tese que defende na Suprema Corte, STF. No entanto, quando se trata das relações trabalhistas, para afastar sua responsabilidade subsidiária, tenta utilizar o manto protetor da lei geral das licitações, posto que por esta norma a Petrobras não responde de forma subsidiária pelos contratos trabalhistas firmadas entre as contratadas e a Petróleo Brasileiro.

Ainda assim, a Petrobras defende, na verdade, que está autorizada pelo sistema legal brasileiro, inclusive com previsão na Constituição Federal, que pode se valer dos dois institutos para praticar o procedimento licitatório, ou seja, o simplificado e o da lei geral, a depender de ato discricionário dos gestores da empresa, da sociedade de economia mista.

Bruno Lima Caldeira de Andrada<sup>21</sup> em seu trabalho monográfico defendeu que a Petrobras, em seu processo licitatório simplificado, afrontou o art. 173, § 1º, III da nossa Carta Magna. É o que se constata no disposto:

No entanto, a Lei n.º 9.478/97 remeteu tal competência para a esfera normativa hierárquica de nível inferior, ao estabelecer em seu art. 67 que "os contratos celebrados pela PETROBRAS, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República."

Nestes termos, a matéria foi submetida ao Decreto n.º 2.745/98, que aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras, conforme previsto no art. 67 acima citado.

Diante disso, a forma de regulamentação por meio do Decreto n.º 2.745/98 configurou afronta ao art. 173, § 1º, inciso III, da

---

<sup>21</sup> A análise da constitucionalidade do Decreto n.º 2.745/98 (Regulamento Licitatório da Petrobras) em face do art. 173 da Constituição da República. Para conclusão do curso Ordem Jurídica e Ministério Público da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal – Brasília, 2009).

Constituição Federal, que atribui tal competência à lei ordinária. Assim, além da inconstitucionalidade formal do aludido decreto, também o art. 67 da Lei n.º 9.478/97 está inquinado do mesmo vício, uma vez que exorbita os limites legiferantes ao remeter a regulamentação de licitação e contratação aplicável à entidade da Administração Indireta que explora atividade econômica para norma de hierarquia inferior.

Neste mesmo sentido é a decisão do TCU tombada sob o número 663/2002<sup>22</sup>:

- 8.1. determinar à Petrobras que se abstenha de aplicar às suas licitações e contratos o Decreto 2.745/98 e o artigo 67 da Lei 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;
- 8.2. aceitar como legítimos os procedimentos praticados, no âmbito da Petrobras, com arrimo nas referidas normas, ante a presunção de legalidade então operante;
- 8.3. dar ciência à Petrobras do entendimento consignado no item 8.1 retro, alertando-a de que os atos doravante praticados com base nos referidos dispositivos serão considerados como irregulares por esta Corte e implicarão na responsabilização pessoal dos agentes que lhes derem causa, devendo a entidade valer-se, na realização de suas licitações e celebração de seus contratos, das prescrições contidas na Lei nº 8.666/93.

A decisão datada do ano de 2002 declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos legais contidos na lei 9478/97 e no seu decreto regulamentar do ano seguinte. Contudo, o que se viu, mesmo após aceitação das contas ali expressas e orienta que não mais se praticasse aquela modalidade licitatória, a simplificada, a empresa ignorou todos os comandos e, mediante liminares no Supremo, conseguiu praticar várias outras licitações pelo modelo simplificado.

Sabe-se, porém que se não pode ser diligenciada mediante decreto presidencial, quanto por resolução interna da empresa interessada. O ato deve ser definido mediante lei ordinária nos seus estritos termos de previsão constitucional.

Não se pode negar que existe uma comparação, sendo que os membros do TCU gozam das mesmas prerrogativas atinentes aos ministros do STF. Ainda assim, boa parte da doutrina entende que a interpretação extensiva ao controle de constitucionalidade, ou seu exercício, é instituir atribuição não elencada na

---

<sup>22</sup> Diário Oficial da União – Seção 1 - Nº 26, sexta-feira, 6 de fevereiro de 2004, disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/servlet/INPDFViewer?jornal=1&pagina=74&data=06/02/2004&captchafield=firistAccess>>. Acessado em 01/11/15.

Constituição Federal, atribuindo assim uma característica de competência em rol taxativo das funções da Corte de Contas.

Por se tratar de tema bastante polêmico, e atual, a doutrina também vem manifestando posições acerca do tema em comento.

#### **7.4 Análise Doutrinária**

O processo licitatório simplificado adotado pela Petrobras tem sido motivo de debate, vez que não se consolidou uma unanimidade, mas sim divergências doutrinárias e jurisprudenciais, pois o art. 67 da Lei nº 9.478/97, dispõe sobre o modelo de licitação simplificado a ser adotado pela Petrobras, cabendo ao Decreto Lei nº 2.745/98, a competência para regulamentar o referido processo licitatório simplificado.

O grande impasse é que a Lei do Petróleo (nº 9.478/97) não apresentou norma substancial sobre o processo simplificado da Petrobras, deixando lacunas, que foram supridas pelo Executivo, no que se refere, à regulamentação do processo supracitado, abrindo precedente para questionar uma possível violação ao princípio da legalidade e ao da separação dos poderes.

Segundo Oliveira (2015, p.57-58), existem duas linhas divergentes de posicionamento acerca do tema em questão, quais sejam:

A Inconstitucionalidade do Decreto Lei nº 2.745/98: Posicionamento de Marçal Justen Filho e Celso Antônio Bandeira de Mello, bem como do TCU, tomando como base em: a) o art. 67 da Lei do Petróleo – nº 9.478/97 teria realizado uma delegação legislativa em branco, cuja matéria deveria estar sujeita à reserva legal; b) como o Decreto Lei nº 2.745/98, regulamentou a lei do item “a”, então inovaria na ordem jurídica; c) a licitação das empresas estatais, incluindo a Petrobras, deveria seguir a Lei nº 8.666/93 em seus processos licitatórios;

A Constitucionalidade do Decreto Lei nº 2.745/98: Posicionamento de Adilson Abreu Dallari, Gustavo Binenbojm e Rafael Carvalho Rezende Oliveira, bem como o STF, uma vez que a simples falta de parâmetro estabelecida pelo art. 67 da Lei do Petróleo – nº 9.478/97 não implique na atuação regulamentar ilimitada e arbitrária. Outro ponto relevante é relativo à reserva de lei para tratar de licitações, isto é, a Constituição Federal não consagrou a chamada “reserva absoluta de lei” em matéria de licitações, como o fez em determinados campos ligados à restrição de direitos fundamentais, como Direito Tributário e Direito Penal, por exemplo, ou seja, gera a possibilidade de abertura ampla para a atuação regulamentar. Outro

pilar defendido pelo STF é que o TCU não tem competência para exercer controle de constitucionalidade referente a lei ou a ato normativo editado pelo Legislativo, pois se assim o fizesse, estaria atuando com um quarto poder.

Alguns apontam ou trabalham item específico para firmar posição no sentido de respeito e observância a lei geral, defendendo a inconstitucionalidade do Decreto Lei nº 2.745/98. É nesse sentido o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p.532):

Entretanto, será forçoso reconhecer que em inúmeros casos a licitação será incompatível com o normal cumprimento do escopo em vista do qual foram criadas. Ora, quem quer os fins não pode negar os indispensáveis meios. Logo, nestas hipóteses em que o procedimento licitatório inviabilizaria o desempenho das atividades específicas para as quais foi instituída a entidade entender-se-á inexigível a licitação. Isto ocorre quando suas aquisições ou alienações digam respeito ao desempenho de atos tipicamente comerciais, correspondentes ao próprio objetivo a que a pessoa está preposta e desde que tais atos demandem a agilidade, a rapidez, o procedimento expedito da vida negocial corrente, sem o que haveria comprometimento da boa realização de sua finalidade. Fora destes casos, entretanto, o dever de licitar se impõe (...).

A mesma linha de intelecção é seguida por Gasparini, traçando basicamente a mesma ideologia erigida pelo jurista supracitado.

Dessarte, como interventoras no domínio econômico, a aquisição de bens necessários à própria atividade-fim da empresa e a alienação dos bens resultantes desse desempenho não exigem qualquer espécie de procedimento licitatório. Nesses casos, não há por que promover uma licitação para a aquisição de barris de petróleo para refino, nem para a venda dos bens produzidos pela Petrobras. Não fosse assim, haveria conflito entre os fins desejados pela Administração Pública, só alcançáveis por meio da atuação mais desembaraçada, mais pronta, dessas empresas, e a obrigatoriedade de licitar. (GASPARINI, 2000, p. 349-350.)

Na mesma esteira, o professor Marçal Justen Filho entende que nada haveria de mudar com a edição da emenda constitucional de número 19:

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

Mais ainda, sem mudar a lei de licitações e contratos atual, não há como alterar o regime jurídico a que elas se subordinam.<sup>23</sup>

Por sua vez o doutrinador Carvalho Filho (2012, p. 248) trabalha uma linha ou visão menos pragmática e mais desenvolvimentista, sempre buscando a real efetivação do serviço público. Desta forma sua posição é que a Petrobras possa gozar de uma modalidade licitatória mais simplificada, vejamos:

O princípio da obrigatoriedade da licitação impõe que todos os destinatários do Estatuto façam realizar o procedimento antes de contratarem obras e serviços”. Mas a lei não poderia deixar de ressaltar algumas hipóteses que, pela sua particularidade, não se compatibilizam com o rito e a demora do processo licitatório.

[...]

A dispensa de licitação caracteriza-se pela circunstância de quem em tese, poderá o procedimento ser realizado, mas que, pela particularidade do caso, decidiu o legislador não torná-lo obrigatório. Diversamente ocorre na inexigibilidade, como se verá adiante, porque aqui sequer é viável a realização do certame.

Também concordando com José dos Santos Carvalho Filho e defendendo a constitucionalidade do procedimento licitatório simplificado da Petrobras, tem o parecer de Gustavo Binenbojm (2006, p. 157-158):

Não se trata, a toda evidência, de uma violação à Lei 8.666/93. Só se viola aquilo a que se está subordinado. No caso da matéria de licitação do Grupo Petrobras, os arts. 22, XXVII e 173, §1º, III, da Constituição c/c o art. 67 da Lei nº 9.478/97 afastaram a incidência da Lei nº 8.666/93 e abriram caminho para a edição do Decreto nº 2.745/98. Em outras palavras, não se trata de violação, nem de revogação da Lei nº 8.666/93, mas tão somente do reconhecimento da sua inaplicabilidade (decorrente de sua não incidência) sobre as licitações do Grupo Petrobras. O Decreto nº 2.745/98, portanto, não afrontou a Lei nº 8.666/93 porque regulou um campo por ela não regulado ( ou que deixou, por determinação constitucional e legal, de ser por ela regulado).

Outro parecer acompanhando o mesmo posicionamento supracitado é o de Luís Roberto Barroso (2009, p. 30-31):

A - As sociedades de economia mista que exploram atividade econômica têm um regime diferenciado no âmbito da Administração Pública, tendo em conta as necessidades de flexibilidade, agilidade, competitividade e eficiência que se ligam de forma direta à razão de existência dessas entidades e ao interesse público que devem

---

<sup>23</sup> Informativo Licitações e Contratos nº 54 – Agosto/98 – Zênite – Informação e Consultoria em Administração Pública. Disponível em [bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/.../45343](http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/.../45343). Acesso em 26/10/15.

realizar. Um dos aspectos centrais desse regime diferenciado é justamente a disciplina das licitações e contratos aplicável a tais empresas. Essa diretriz, que já constava do texto original da Constituição de 1988, tornou-se ainda mais explícita após a Emenda Constitucional nº 19/98.

B - Não se vislumbra invalidade no art. 67 da Lei nº 9.478/97. A matéria por ele versada não está submetida à reserva de lei formal ou à reserva absoluta de lei. Ademais, a ação do Chefe do Executivo, na hipótese, está vinculada a parâmetros constitucionais e legais, em particular à estrutura geral do procedimento licitatório padrão previsto na Lei nº 8.666/93, que o Executivo deveria simplificar. Isso não significa, como parece evidente, que o Executivo deveria reproduzir o que dispõe a Lei nº 8.666/93, sob pena de sua ação ser inócua e não se prestar à sua finalidade.

C - No que diz respeito aos critérios fixados pelo Decreto nº 2.745/98 para a escolha das modalidades de licitação, eles se vinculam diretamente às duas finalidades constitucionais associadas à técnica da licitação: obtenção de melhor proposta para a Administração e garantia de tratamento isonômico a todos os interessados capazes de atender às necessidades do Poder Público. A utilização de um critério totalmente objetivo – como o previsto na Lei nº 8.666/93 – não é o único meio de realizar os fins constitucionais e, eventualmente, tendo em conta a complexidade da realidade sobre a qual deverá incidir, poderá até mesmo não ser um meio adequado. A existência de maior subjetividade não compromete, portanto, a validade do Decreto, mas impõe ao administrador o dever jurídico de racionalmente demonstrar que sua decisão foi a mais adequada para o interesse público no caso.

Não se vislumbra grandes discussões acerca da licitação nos moldes da lei 8.666/93 para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais de todos os entes públicos citados, vejamos:

C.F. Art. 22, 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;

Este era o teor do dispositivo antes da Emenda Constitucional de número 19 de 1998; neste, é possível visualizar sem margem de dúvidas que as empresas públicas e sociedades de economia mista estavam inseridas no âmbito do regramento geral.

Com o advento da referida emenda, o dispositivo passou a conter a seguinte inscrição: “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;”

Observando os dispositivos retrotranscritos, temos:

Art. 37. A administração pública direta, indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, 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.

Cumprir registrar que o termo “fundacional” foi retirado do caput do artigo 37, o que demonstra que não há dúvidas sobre o modelo licitatório das fundações.

As empresas públicas e sociedades de economia mista passaram a ser regidas por outro dispositivo, além do transcrito acima, vejamos:

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.

A cabeça do artigo manteve sua redação original, restou incólume; no entanto, o parágrafo primeiro passou a adotar a seguinte redação após a Emenda Constitucional 19 de 1998: “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 (...)”

Já o inciso III alude que: “licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;”

O inciso mencionado foi acrescido pela referida emenda constitucional e sabidamente toda a norma constitucional possui eficácia, senão social, mas jurídica com certeza, neste sentido discorre Michel Temer (1998, p. 23):

Eficácia social se verifica na hipótese de a norma vigente, isto é, com potencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos. Eficácia jurídica, por sua vez, significa que a norma está apta a produzir efeitos na ocorrência de relações concretas; mas já produz efeitos jurídicos na medida em que a sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam.

Autores como Luís Roberto Barroso, José Afonso da Silva, Hugo de Brito Machado assentam a mesma posição que o professor Michel Temer. Vale dizer que toda norma constitucional é dotada de eficácia: seja a norma insculpida pelo poder constituinte originário, seja a norma acrescida pelo poder constituinte derivado (SANTOS, 2014, p. 60-69).

Neste passo, seria declarar inócua a alteração promovida no texto constitucional pela emenda constitucional de número 19 se adotar o entendimento segundo o qual não há previsão constitucional para que a Petrobras promova a licitação pelo processo simplificado.

Essa discursão ou debate temático perdura até hoje dentre os estudiosos do tema. Alguns já mudaram a posição em relação a opiniões anteriores; outros se mantêm fieis ao pensamento e teses desenvolvidas nos seus primórdios de discurso.

O fato a que se pode chegar enquanto observação doutrinária é que não se observa a questão do controle de constitucionalidade em si, mas tão somente a realização com eficiência dos serviços públicos; obviamente defendendo a supremacia do interesse público, mas admitindo a livre concorrência e, neste toar, permitindo que a Petrobras participe em igualdade de condições, competindo, com as demais empresas privadas.

## CONCLUSÃO

A energia é um bem indispensável à manutenção da vida do ser humano. Esse bem está disponível em diversas formas na natureza, propiciando um maior conforto aos seres vivos e facilitando suas respectivas atividades realizadas no dia a dia. Desde os primórdios da humanidade, isto é, do surgimento do *homo sapiens*, que é sabido do vínculo entre o ser humano e a utilização de recursos naturais para sua sobrevivência. Dentre os recursos naturais geradores de energia destaca-se o petróleo, sendo utilizado de diversas formas, desde a iluminação das cavernas até o uso como argamassa para levantar paredes e prédios na antiguidade.

A energia disponível na natureza em suas mais diferentes formas é responsável pelo desenvolvimento nas diversas áreas do conhecimento. A energia está para a humanidade, como o oxigênio para os seres que nela habitam. Todas as pesquisas para tecnologia e produção do conhecimento só foram possíveis por alguma fonte de alimentação energética.

No Brasil, o pico da produção na seara da energia e tecnologia aconteceu nas décadas de 1940 e 1950, marcadas pelo monopólio do petróleo e quando surge uma das maiores companhias de petróleo do mundo: a Petrobras. Esta homologação realizada pelo então Presidente da República Getúlio Vargas sancionou a lei 2004, a qual instituía à Petrobras o monopólio estatal na área de pesquisa, lavra, beneficiamento e transporte do petróleo e seus derivados.

A descoberta do petróleo no Brasil, fez com que o legislador atuasse de forma a, prioritariamente, proteger o patrimônio da União, porém sem esquecer-se de conduzir o Brasil a uma situação de desenvolvimento, de crescimento sustentado, tanto no viés econômico como no social.

A forma de atuação do Estado na economia vem sofrendo mudanças significativas no decorrer da história, vez que é imperativa a intervenção do Estado para manter o equilíbrio da economia e a paz social. Vale ressaltar que devido ao dinamismo característico do setor energético (desenvolvimento de novas formas de captação de energia), é necessário que a legislação e regulamentação do setor também acompanhem o mesmo ritmo.

A inovação é fundamental e a legislação brasileira não pode ser empecilho para a consecução de uma economia equilibrada, da paz social, pois desta forma o

consumidor estará protegido e restará respeitada a regra de isonomia, imperativa ao Estado Democrático de Direito.

Essas mudanças passaram pela relativização do monopólio do petróleo, trazendo à baila um cenário de concorrência para a Petrobras, até então inexistente.

A evolução do monopólio estatal do petróleo apresentou duas fases diferentes ao longo da história do Brasil. Desde a criação da Petrobras até a Emenda Constitucional nº 9/95, o óleo negro era considerado como bem estratégico para o desenvolvimento do país. Nesse ínterim, o monopólio da União foi exercido de forma exclusiva pela Petrobras. Com a Emenda Constitucional nº 9/95, a doutrina estratégica do referido hidrocarboneto começou a dar sinais de enfraquecimento. Com a edição da Lei nº 9.478/97, a Petrobras deixou de ser a única executora do monopólio deste mineral fóssil, passando a competir com terceiros em regime de livre concorrência.

Vale ressaltar que a livre concorrência pressupõe igualdade de condições entre os concorrentes, nesse passo, seria inviável a Petrobras concorrer com as demais empresas privadas se estivesse balizada pela Lei das Licitações (nº 8.666/93).

Com os primeiros sinais de flexibilização do monopólio na exploração do petróleo no Brasil, alinhadas às políticas neoliberais de acordo com a Emenda Constitucional nº 09/95, a companhia mudou sua forma de atuação do mercado, tornando-se mais competitiva e em pé de igualdade com empresas multinacionais. Assim, era necessário também que novas formas de contratação fossem instituídas, pois a legislação aplicável para as Sociedades de Economia Mista em geral a colocava em posição desfavorável em termos de agilidade para a aquisição de produtos / contratação de prestadores de serviço que ajudassem a alavancar suas operações.

A abertura da economia para multinacionais estrangeiras no setor de indústria, petróleo e gás brasileiros ratificou o quão rentável era o negócio e, de certa forma, forçou a respectiva Política Energética Nacional a redesenhar novas diretrizes de atuação, antes restrita a apenas uma empresa.

A Lei nº 9.478/97 (art. 5º) definiu que a pesquisa e a lavra de jazidas de petróleo e gás natural passaram a ser exercidos por concessão ou autorização dada pelo Estado. Na mesma lei, no art. 61, valida que a multinacional passa a atuar em caráter de livre competição e em condições de mercado.

Diante o novo cenário econômico que surgiu e com o intuito de fortalecer a competitividade da Petrobras no mercado, foi criada uma legislação específica de forma a regular o processo licitatório da companhia, bem como tornar legal a contratação de obras, serviços, aquisições e vendas (art. 173, §1º, III, da Constituição da República).

Com a publicação da lei nº 9.478/97 foi possível que a empresa obtivesse maior ganho de produtividade, bem como, através da simplificação nos processos de contratação, também conseguisse reduzir custos e aperfeiçoar prazos, ganhando mais agilidade.

Esta nova legislação nascida para regulamentar a política energética nacional e a posição da companhia no setor trouxe uma nova forma de realização de processo licitatório muito mais simples e que, inclusive, compôs o Decreto do Presidente da República no art. 67 da Lei nº 9478/97.

Em complemento às novas definições, o Presidente da República também publicou o Decreto nº 2.745/98, no qual, especificamente, regulamentou o processo de contratação de obras e serviços da companhia. Desta forma, a Petrobras foi inserida no mercado de livre concorrência com menos amarras e em maior condição de atuar em “pé de igualdade”, com as demais empresas, através da celeridade neste processo.

Essas novas legislações – o Decreto nº 2.745/98 e a Lei 9.478/97 (Lei do Petróleo), bem como as Emendas Constitucionais 9/95 e 19/98, foram um dos marcos da passagem da reforma administrativa do país, onde passamos de Administração Burocrática para uma Administração Gerencial.

Dois artigos foram alterados com a edição da Emenda 19/98: art 22, inc XXVII e art.173, § 1º, inc. III (CF). Estas edições resultaram em regimes distintos de contratação para a Administração Pública, segmentando-se da seguinte forma: a Administração direta, autarquias e fundações passaram a serem regidas pelo art. 37, inc. XXI (CF), segundo a Lei 8.666/93.

Já as estatais e sociedades de economia mista, como a Petrobras, passaram a seguir um regime licitatório simplificado, de acordo com o art.173, § 1º, inc. III, da referida Constituição.

Para conseguir sobreviver e desenvolver-se no mundo corporativo, com agilidade suficiente para adaptar-se ao dinamismo do mercado empresarial, foi irrefutável à Petrobras contar com este modelo simplificado de licitação, desamarrado com a austeridade da Lei 8.666/93.

A Lei do Petróleo nº 9.478/97, foi editada a fim de permitir essa competitividade da Petrobras no cenário econômico, a fim de tornar a concorrência justa e leal entre as empresas deste setor. Essa lei foi regulamentada pelo Decreto Lei nº 2.745/98, que introduziu o Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras, afastando a Petrobras do procedimento licitatório regido pela Lei das Licitações, este último caracterizado pela excessiva lentidão, onerosidade de seus ritos e baixa economicidade de seus resultados, enfim desburocratizando todo processo licitatório e acima de tudo, garantindo igualdade de condições aos concorrentes.

Nestes quase vinte anos de vigência do Decreto nº 2.745/98, o STF vem se posicionando favoravelmente à sua utilização e validade conforme os despachos proferidos a favor da Petrobras, conferindo aderência jurídica e delimitando as competências do TCU, que contrariamente ao STF, considera inconstitucional a utilização do decreto supracitado pela Petrobras e defende que a referida empresa siga a Lei 8.666/93 para realizar seus procedimentos licitatórios. O STF por sua vez defende que o Órgão de Controle não tem competência para realizar controle de constitucionalidade referente à lei ou a ato normativo editado pelo Legislativo, pois se assim o fizesse, estaria atuando como um quarto poder.

## REFERÊNCIAS

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança número 31.439, relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 2012.**

<[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo/discurso/anexo/munster\\_port.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo/discurso/anexo/munster_port.pdf)>. Acessado em 03/10/15.

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito administrativo**. – 2ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

**ALMANAQUE MEMÓRIA DOS TRABALHADORES PETROBRAS** / Organizado pelo Museu da Pessoa. – Rio de Janeiro : PETROBRAS ; São Paulo : Museu da Pessoa, 2003.

BARRETO, Celso de Albuquerque. **O Monopólio do Petróleo na Constituição de 1988**. X Seminário do Serviço Jurídico da Petrobras. Rio de Janeiro. 1988.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. Regulamentos Simplificados de Licitações das Empresas Estatais: O Caso da Petrobras, 2006, p. 313. PDF disponível em: <[http://download.rj.gov.br/documentos/10112/749096/DLFE-45554.pdf/Revista\\_62\\_Doutrina\\_pg\\_113\\_a\\_133.pdf](http://download.rj.gov.br/documentos/10112/749096/DLFE-45554.pdf/Revista_62_Doutrina_pg_113_a_133.pdf)>. Acessado em 25/10/15.

BRANDÃO, J.A.S; GUARDADO, L.R.A. **A Exploração de Petróleo no Brasil**. Buenos Aires: Schlumberger, 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ementa Agravo Regimental**. Brasília: STF, 2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25308684/agreg-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4444-sp-stf>>. Acessado em 25/10/15.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 25.888-8/DF**, Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acessado em: 29/09/15.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 26.783-6/DF**, Rel. Min. Ellen Gracie. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acessado em: 29/09/15.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25ª ed. rev. atual. e ampl. até a Lei 12.587/12. São Paulo: Atlas, 2012.

COELHO, Wladimir Tadeu Silveira. **Monopólio Estatal do Petróleo no Brasil – A Criação da Petrobras**. Artigo publicado na revista História, Imagens e Narrativas, edição nº 8, abr/2009.

COSTA, Maria D'Assunção. **Comentários à lei do petróleo: lei federal nº 9.478, de 6-8-1997** / Maria D'Assunção Costa – 2º ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Das Licitações Públicas**. 9ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. 6º edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28º edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Análise do Exercício do Controle de Constitucionalidade pelos Poderes do Estado**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 102, jul2012. Disponível em :<[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12012](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12012)>. Acessado em 02/10/15.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci. Procurador Federal Membro da Advocacia-Geral da União. Pós-graduado em Direito Ambiental e Urbanístico. Pós-graduado em Direito Processual Civil e Trabalho. Pós-graduado em Direito Constitucional. Professor Universitário. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12012](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12012)>. Acessado em 02/10/15.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. rev. ampl. e atual. Bahia: Juspodium, 2012.

FUNDAMENTOS DA ENGENHARIA DE PETRÓLEO/ José Eduardo Thomas, organizador. – 2. ed. – Rio de Janeiro : Interciência : PETROBRAS, 2004.

GASPARI, Alexandre. **Pré-sal: lenta e gradualmente**. Revista Brasil Energia, nº 362, janeiro de 2011.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 9ª edição. Atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2000.

GRAUS, EROS. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 10º edição. Editora São Paulo; Malheiros, 2005.

JACOBY FERNANDES, J. U. **Contratação Direta sem Licitação**. 9ª. Edição revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2013. (Coleção Jacoby de Direito Público, v.6)

KAUARK, Fabiana, **Metodologia da pesquisa: Guia Prático** / Fabiana Kauark, Fernanda Castro Manhães e Carlos Henrique Medeiros. – Itabuna - Via Litterarum, 2010.

KELSEN, Hans, 1881-1973. **Jurisdição Constitucional** / Hans Kelsen; introdução e revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. – São Paulo: Martins Fontes, 2003. – (Justiça e direito). pág. VII.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado** / Pedro Lenza – 15. ed., revista, atualizada e ampliada – São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Paulo César Ribeiro. **A legalidade e o mérito das contratações da Petrobras**. Brasil Energia petróleo e Gás, nº 405, ago/2014.

LIMA, Paulo César Ribeiro. **Pré-Sal – o novo marco legal e a capitalização da Petrobras**. Rio de Janeiro: Synergia, 2011.

MEDAVAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. Revista dos Tribunais. 19ª edição Revista Atualizada. São Paulo, 2105.

MEDEIROS, Vinicius. **Profundo futuro. Petrobras Magazine #60/2011**. Publicação trimestral da Comunicação Institucional da Petrobras.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ª Ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. **26**. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A Jurisdição Constitucional no Brasil e seu Significado para a Liberdade e a Igualdade**. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo/discursos/anexo/munster\\_port.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo/discursos/anexo/munster_port.pdf). Acessado em 30/10/15.

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

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle da Constitucionalidade, Aspectos Jurídicos e Políticos**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional** (Série EDB) – 4. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Comentários à Lei do Petróleo**. São Paulo: Ed. Atlas, 2000.

MORAIS, Manoel do Reis. **Estado de Direito e Justiça: o Princípio do Devido Processo Legal como instrumento de sua realização**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito: Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: 2001.

MORAIS, Manoel do Reis. **Estado de Direito e Justiça: o Princípio do Devido Processo Legal como Instrumento de sua realização**. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

MORE, Alexandre Yukito. **A natureza Jurídica dos Contratos da Petrobras à Luz do Decreto nº 2.745/98**. Monografia apresentada ao Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann e GUIMARAES, Fernando Vernalha. **A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. 2ª. Edição, atualizada, revista e aumentada. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

NASCIMENTO, Elyesley Silva do. **Curso de Direito Administrativo**. 2º edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Ímpetos, 2015.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Curso de Direito Administrativo**. 16º edição revista e atualizada. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos – Teoria e Prática**. ; 4ª Edição - São Paulo: Ed. Método, 2015.

PEREIRA, BRESSER. **Burocracia Pública e Reforma Gerencial** (Revista do Serviço Público de 1937 a 2007, número comemorativo dos 70 anos 29-48).

Disponível em:

<<http://www.bresserpereira.org.br/papers/2007/BurocraciaPublicaeReformaGerencial.pdf>>. Acesso dia 25/10/2015.

PIRES, Paulo Valoir. **A Evolução do Monopólio Estatal do Petróleo**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2000.

PRESTES, Madelon Rocha Ribeiro. **Análise da juridicidade das licitações eletrônicas feitas pela Petrobras através do Sistema Petronect nos termos do decreto 2.745/98**. Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustível – IBP. 2008. REVISTA PETROBRAS, Edição 182, março/abril de 2015.

**Programa Saber Direito**, 29/05/2009 (TV Justiça): aula ministrada por Flávio Tartuce, prof. mestre do curso FMB. Disponível em: <<http://respirandodireito.blogspot.com.br/2009/11/escada-ponteana.html>>. Acessado em 03/10/15.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito – 27ª ed. 9ª tiragem (2010). São Paulo: Saraiva, 2002.

ROESLER, Átila Da Rold. **Aspectos criminais da Lei de Licitações**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 416, 27 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5635>>. Acessado em: 19 /09/2015.

SANTOS, Alexandre Moura. **A Efetividade dos Direitos Sociais e sua Proteção pelo Ministério Público**. 1ª edição. São Paulo: Editora Baraúna, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**; 32ª ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIQUEIRA, Cláudia. **Cento e vinte dias**. REVISTA BRASIL ENERGIA, nº 362, janeiro de 2011.

Site Conteúdo Jurídico, Artigo de Alexandre de Souza Araújo. **Inexigibilidade de licitações no regime simplificado de licitações da Petrobras**. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48305>>. Acessado em 31/10/15.

Site da Petrobras. Blog Fatos e Dados - **Entenda nossas contratações por licitação simplificada** (30.Mai.2014) – Disponível em: <<http://www.petrobras.com.br/fatos-e-dados/entenda-nossas-contratacoes-por-licitacao-simplificada.htm>>. Acessado dia 01/11/15.

Site da Petrobras. Blog Fatos e Dados - **Produção de óleo e gás natural no pré-sal supera patamar de 1 milhão de barris de óleo equivalente por dia**. (16.Out.2015) Disponível em: <<http://www.petrobras.com.br/fatos-e-dados/producao-de-oleo-e-gas-natural-no-pre-sal-supera-patamar-de-1-milhao-de-barris-de-oleo-equivalente-por-dia.htm>>. Acessado dia 25/10/2015.

Site do Jus Brasil - **Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras** – Disponível em: <http://nardes.jusbrasil.com.br/artigos/173947717/procedimento-licitatorio-simplificado-da-petrobras/>>. Acessado em: 01/11/15.

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

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 19ª. Edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Malheiros, 1998.

VICTOR, Mário. **A Batalha do Petróleo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

YERGIN, Daniel. **O Petróleo: Uma história Mundial de Conquistas, Poder e Dinheiro** / Daniel Yergin; tradução Leila Marina U. Di Natale, Maria Cristina Guimarães, Maria Christina L. de Góes; edição Max Altman – São Paulo: Paz e Terra, 2010.