



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Constitucionalidade da adoção de procedimento licitatório simplificado pela PETROBRÁS

Isabella França Barbeito de Vasconcellos Sussekind

Rio de Janeiro  
2010

ISABELLA FRANÇA BARBEITO DE VASCONCELLOS SUSSEKIND

A Constitucionalidade da adoção de procedimento licitatório simplificado pela PETROBRÁS

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores:

Mônica Areal

Nelson Tavares

Kátia Araújo

Guilherme Sandoval

Rio de Janeiro  
2010

## A CONSTITUCIONALIDADE DA ADOÇÃO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO PELA PETROBRÁS

**Isabella França Barbeito de Vasconcellos Sussekind**

Graduada pela Pontifícia  
Universidade Católica. Advogada.

**Resumo:** A Reforma Administrativa materializada pela EC 19/98 buscou, em síntese, descentralizar o Estado e torná-lo mais dinâmico. Uma das medidas tomadas por essa emenda foi a de alterar o artigo 173 § 1º, III da CF. Essa alteração permitiu que lei específica dispusesse sobre licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações nas empresas públicas e sociedades de economia mista. Com isso se afastou a incidência irrestrita da Lei 8666/93, Lei geral de licitações e contratos, até então aplicada de forma unânime na administração pública. Tal disposição legal deu azo à criação da Lei nº 9.478/97, que trata da nova regulamentação da exploração e produção de petróleo no país e do Decreto nº 2745/98 que, atualmente, regula a licitação e contratação no âmbito da PETROBRÁS. A constitucionalidade desse Decreto é criticada, o que trouxe embate entre o Tribunal de Contas da União e a Advocacia Geral da União, que se encontra hoje, pendente de julgamento no STF. A decisão dessa divergência será capaz de paralisar obras e invalidar contratações, ou fazer o oposto: legitimar as que já vêm sendo realizadas.

**Palavras-chaves:** Procedimento licitatório simplificado. Constitucionalidade. Desempenho de atividade econômica e reforma administrativa

**Sumário:** Introdução. 1. Uma análise acerca da exigibilidade de licitação nas atividades públicas. 2. A Reforma Administrativa no Brasil. 3. Comparação entre o Decreto nº 2745/98 e a Lei nº 866/93. 4. O controle de Constitucionalidade do TCU e do parecer da AGU. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca a temática da constitucionalidade do regime de licitação simplificada aplicável à PETROBRÁS, regulamentada pelo Decreto nº 2745/98, frente ao artigo 170 CF, que prega a livre iniciativa e concorrência, com nova redação após a reforma administrativa na qual foi alterado pela EC 19/98.

Para tal, estabelece o paralelo entre a reforma administrativa, que tem como um dos objetivos a busca da qualidade do serviço público, o Decreto nº 2745/98, que afastou a aplicabilidade da Lei 8666/93 (aplicável às licitações realizadas pela administração pública) da esfera da PETROBRÁS, e os mandamentos constitucionais do artigo.

Diante disso, deve-se verificar o contexto do Decreto nº 2745/98 frente ao artigo 37 da CF, com nova redação dada pela EC 19/98, que ilustra os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência como os pilares da administração pública e dá base, assim, para a democracia e a livre iniciativa, responsáveis por inaugurar a Reforma Gerencial do Estado.

A questão que se impõe é se a Reforma Gerencial trazida pela EC 19/98 e essa nova forma de visualizar o serviço público, ilustrada aqui nesse trabalho pelo procedimento licitatório do Decreto 2745, não fere a Constituição, já que art. 173, § 1º, inciso III, da Constituição da República, estabeleceu que a regulamentação de licitações e contratos das entidades da Administração Indireta que exploram atividade econômica deveria ser tratada por lei.

O decreto sob análise foi criado com embasamento na Lei n.º 9.478/97, a lei do petróleo, que em seu art. 67 deu legitimidade ao presidente, por meio de decreto, regulamentar o procedimento licitatório da PETROBRÁS. Por óbvio, não é o Decreto uma lei em sentido estrito, e sim uma espécie normativa, o que gera o questionamento quanto à sua legalidade e constitucionalidade.

Neste artigo serão analisados os seguintes tópicos: a legitimidade do afastamento da Lei nº 8666/93 em prol do decreto, a existência de vício de constitucionalidade formal na utilização de decreto para regulamentar procedimento licitatório, a análise da isonomia em face da aplicação do decreto e, por fim, a reforma administrativa como fundamento da utilização do decreto. A metodologia será pautada no método jurídico-prospectivo.

A Reforma Administrativa acabou com o monopólio da exploração e produção do petróleo que antes era da União. É necessário analisar se a modificação do artigo 177 da CF trouxe lastro suficiente para justificar a utilização de um procedimento licitatório simplificado, e se essa é, de fato, a única forma de a PETROBRÁS adequar-se à livre concorrência e atuar de forma isonômica com as outras empresas.

## **1- O AFASTAMENTO DA LEI Nº 8666/93 EM PROL DO DECRETO Nº 2745/98 NA REGULAÇÃO DAS LICITAÇÕES DA PETROBRÁS**

Inicialmente, passar-se-á ao conceito de licitação e do porquê de esta ser tão importante para que a Administração Pública opere dentro de seus limites constitucionais norteadores.

De acordo com MEIRELLES,<sup>1</sup> “licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”.

---

<sup>1</sup> MEIRELLES, HELY LOPES, *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 269

Dessa forma, verifica-se entre os habilitados interessados, quem possui maiores condições para realizar o empreendimento objeto do contrato, que pode ser uma obra, serviço, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações.

Portanto, em síntese, garante-se a observância do princípio constitucional da isonomia e chega-se à proposta mais vantajosa para a Administração Pública em todos os sentidos, não só no técnico como no econômico, o que é aspecto crucial, já que quando se fala de Administração Pública, fala-se também de dinheiro público.

Em sentido abrangente, para qualquer contratação há necessidade de licitação. De acordo com o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal tal procedimento deve oferecer igualdade de condições a todos os concorrentes, com uma proposta vinculante nos termos da lei, que permitirá que sejam alcançadas as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Para materializar tão importante procedimento foi criada Lei nº. 8.666 de 21 de Junho de 1993, que estabelece as normas gerais de licitações e contratos administrativos no âmbito dos Poderes da União, dos Estados e dos Municípios.

Essa lei, amplamente conhecida como "a Lei de Licitação e Contratos Administrativos", é aplicável, segundo consta no seu artigo 1º p.u., a toda administração direta e indireta, sem que se faça ressalva acerca da aplicabilidade no caso de sociedades de economia mista, como a PETROBRÁS.

Note-se que a relação entre a e o regulamento licitatório, é o enfoque desse trabalho, já que após a reforma administrativa, instituída pela emenda constitucional nº 19/98, tal empresa pública passou a ter regramento licitatório específico, aparentemente contrariando toda a idéia da finalidade desse procedimento licitatório disciplinado pela Lei nº 8666/93, o que gerou um caso a parte, passível de estudo e reflexão.

Assim, a Emenda nº 19 não deu às empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias exploradoras de atividade econômica, uma submissão imediata e integral ao regime privado.

Para Marçal Justen Filho,<sup>2</sup> a EC nº 19 não trouxe modificação prática, pois para que houvesse de fato modificação, não era a Constituição em si que deveria ser modificada, e sim, 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.

Por não ter constituído todo um regramento autônomo para estas entidades, a reforma administrativa modificou a Constituição Federal no que tange à quebra do monopólio do petróleo, o que, por si só alterou o papel da PETROBRÁS no cenário econômico e político do país de forma inegável, já que passou a atuar sob o regime de concorrência com empresas privadas.

Sob os argumentos principais de que a partir do momento que a PETROBRÁS não mais detinha as prerrogativas de outrora na exploração e produção do petróleo, criou-se o Decreto nº 2745/98, cuja finalidade foi criar um procedimento licitatório específico para a PETROBRÁS.

O intuito foi criar um procedimento condizente com o ideal do constituinte reformador que emergiu no auge do neoliberalismo, ou seja, em 1998, e, por isso, tinha como pilares a livre iniciativa e o princípio da eficiência, que essa “nova PETROBRÁS” sem monopólio só poderia atingir se tivesse meios mais céleres que o restante da administração pública, que possuiria um engessado processo licitatório regido pela Lei nº 8666/93.

No entanto, é preciso considerar se essa nova forma de visualizar o serviço público, ilustrada aqui nesse trabalho pelo procedimento licitatório do Decreto nº 2745, não fere a

---

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO, MARÇAL. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, São Paulo: Dialética, 2005, p.202-213

Constituição, pois seu o art. 173, § 1º, inciso III, estabeleceu que a regulamentação de licitações e contratos das entidades da Administração Indireta exploradoras de atividade econômica deveria ser tratada por lei, e não por decreto.

Em esfera infra-legal a Lei n.º 9.478/97, que trata da nova regulamentação da exploração e produção de petróleo em nosso país, já de acordo com os ideais neoliberais da reforma administrativa, permitiu em seu art. 67 que "os contratos celebrados pela PETROBRÁS, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República."

Com isso, criou-se o mencionado decreto, que aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da PETROBRÁS, em harmonia com o art. 67 supracitado, aparentemente em confronto no âmbito constitucional, com o art. 173, III, e no âmbito legal, com a Lei n.º 8666, que, como já dito, não retirou de sua gama de ingerência as sociedades de economia mista como a PETROBRÁS.

Observa-se que na jurisprudência não há posicionamento quanto ao mérito da questão, mas somente alguns julgados liminares do Supremo Tribunal Federal e pareceres do Tribunal de Contas da União e da Advocacia- Geral da União sobre o tema.

No que tange ao TCU, com fundamento no Enunciado n.º 347 da Súmula do STF, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade no caso concreto do Decreto n.º 2.745/98, já que o decreto não é lei, como exigido pelo art. 173, § 1º, inciso III e por isso não poderia tratar de licitação. Com isso foi fundamentado o afastamento de sua aplicação nas licitações e contratos realizados pela Estatal, por meio da Decisão n.º 663/2002-TCU - Plenário.

Nessa decisão, nos subitens 8.1 a 8.3, foi determinado que a PETROBRÁS se abstivesse de aplicar às suas licitações e contratos o Decreto n.º 2.745/98 e o artigo 67 da Lei 9.478/97, em razão de sua inconstitucionalidade, e observasse os ditames da Lei n.º 8.666/93,



até a edição da lei de que trata o § 1º do artigo 173 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional 19/98.

Além disso, o TCU determinou que a partir dessa decisão os atos doravante praticados com base nos referidos dispositivos seriam considerados como irregulares e implicariam responsabilização pessoal dos agentes que lhes dessem causa, devendo a entidade valer-se, na realização de suas licitações e celebração de seus contratos da Lei nº 8.666/93.

Por outro lado, o Parecer n.º AC-15 da Advocacia Geral da União, opinou favoravelmente à aplicação do decreto, não vislumbrando a alegada inconstitucionalidade formal sustentada pelo TCU do Decreto.

Isso porque, nesse parecer, chegou-se à conclusão que o Decreto n.º 2.745/98 fundamentou-se em outro artigo da Constituição, o 177, que disciplina um tema específico, referente à área de petróleo, com convívio harmonioso com o art. 173 da Constituição Federal, que trata de norma geral, o que possibilitaria que, pelo princípio da especialidade, não houvesse violação à Constituição.

Atualmente, o decreto segue sendo aplicado, já que nas liminares de mandado de segurança que chegaram ao STF foi determinado o prosseguimento do procedimento do decreto até a decisão de mérito.

O principal problema a ser solucionado neste trabalho será o de reconhecer qual procedimento licitatório, de acordo com os princípios e normas jurídicas, deve legitimamente, ser aplicado pela PETROBRÁS e suas subsidiárias.

Caso se considere constitucional o Decreto n.º 2.745/98, aplicar-se-á o regulamento licitatório nele previsto. Caso contrário, aplicar-se-á a Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Nessa análise desenvolver-se-ão os capítulos seguintes.

## **2- DA RELAÇÃO DA ATIVIDADE DA PETROBRÁS COM O PROCESSO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO**

A PETROBRÁS é uma sociedade anônima de capital aberto constituída na forma de sociedade de economia mista. A principal proposta que possui, é atuar com rentabilidade no segmento de gás, energia e óleo, tanto com sua produção, transporte, o refino e a distribuição, no mercado interno e externo.

Para ilustrar sua importância, a PETROBRÁS hoje é capaz de abastecer quase toda a demanda do mercado brasileiro por petróleo, derivados e gás natural. Por conta disso, e da velocidade com que suas atividades são realizadas à PETROBRÁS se aplica um procedimento licitatório simplificado, regulamentado pelo Decreto 2.745/98 de acordo com o previsto no art. 67 da Lei nº 9.478/97 *in verbis*:

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

A Lei nº 9478/97 dispõe sobre as atividades relativas ao monopólio do petróleo, a política energética nacional, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo.

Portanto, passou a ser possível, que uma lei dispusesse sobre “licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública”.

No entanto, a grande celeuma sobre o tema é justamente porque o que regulamenta essa licitação é um decreto, o que, de acordo, com o Tribunal de Contas da União e parte da doutrina seria ilegal.

Como Diogo de Figueredo<sup>3</sup> conceitua, a licitação é a forma de celebrar, através da igualdade jurídica e com atenção ao interesse público, um vínculo contratual nas melhores condições, observando o princípio licitatório (art. 37, XXI, CF).

Em uma notícia publicada no site do Supremo Tribunal Federal no dia 23 de fevereiro de 2010, foi esmiuçada a controvérsia trazida pelo Mandado de Segurança nº 28626 nessa corte impetrado, no qual a PETROBRÁS busca o direito de se ater ao procedimento do Decreto nº 2745/98, em detrimento da Lei nº 866/93.

Os argumentos trazidos no mandado de segurança a favor da aplicabilidade estão na livre competição que a PETROBRÁS hoje enfrenta desde que houve a quebra do monopólio, o que fez com que a estatal passasse a atuar em regime de livre competição no mercado.

No site, o caso concreto é retratado da forma abaixo:

No Mandado de Segurança agora impetrado pela PETROBRÁS, que tem como relator o ministro Dias Toffoli, a estatal questiona decisão do Tribunal de Contas da União (TCU), que julgou ilegais contratos firmados pela estatal com a empresa Altus Sistemas de Informática S/A, com sede em São Leopoldo (RS), e com a ACES – AC Engenharia e Sistemas Ltda, com sede em Macaé (RJ), para execução de obras e serviços relacionados à manutenção de sistemas de segurança, de produção ambiental e de saúde nas atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural. Segundo a PETROBRÁS, o procedimento licitatório e o de contratação, assim como os contratos celebrados foram todos regidos pelo Procedimento Licitatório Simplificado aprovado pelo decreto presidencial nº 2745/98, decorrente do artigo 67 da Lei 9.478/97 e objeto do Parecer AC 15 do advogado-geral da União, aprovado pelo presidente da República e publicado no Diário Oficial da União de 19.07.2004. Entretanto, o TCU, apreciando relatório de levantamento de auditoria, impôs determinações à PETROBRÁS, dentre elas a de adequar as contratações às normas estabelecidas pela Lei nº 8666/93. E, na seção ordinária realizada em 21 de outubro passado, o Plenário do TCU confirmou, em última instância, a ilegalidade das contratações realizadas com as duas empresas. O TCU julgou que a Constituição Federal não recepcionou as disposições contidas no artigo 67 da Lei 9478/97 e julgou ilegal o decreto o 2745/98, afirmando, entre suas atribuições, a de negar aplicação a ato normativo que entenda inconstitucional.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> FIGUEIREDO, Diogo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense 2009 p.200.

<sup>4</sup> Notícia do site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em:

[www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=120623](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=120623) . Consulta realizada dia 03/10/2010

Apesar de o objeto de regulamentação desse procedimento licitatório não ser uma lei, já que se trata de decreto, o Decreto nº 2745/98 possui vários pontos semelhantes com a Lei 8666/93, a norma geral de licitações e contratos no nosso Direito.

Os defensores da aplicação do decreto, afirmam que este atende aos principais princípios da administração pública, possuindo, todavia, uma normatização que permite um processo mais célere.

Pelo disposto no Decreto nº 2.745/98 as compras realizadas pela PETROBRÁS deverão obedecer ao princípio da padronização e as condições de aquisição e pagamento devem ser competitivas.

No decreto, especial ênfase é dada à competitividade necessária à PETROBRÁS, ainda que seja realizada uma licitação, e não uma contratação direta.

Dessa forma dispõe os itens 1.3 e 1.4 do decreto:

1.3 Nenhuma obra ou serviço será licitado sem a aprovação do projeto básico respectivo, com a definição das características, referências e demais elementos necessários ao perfeito entendimento, pelos interessados, dos trabalhos a realizar, nem contratado, sem a provisão dos recursos financeiros suficientes para sua execução e conclusão integral.

1.3.1 Quando for o caso, deverão ser adotadas, antes da licitação, as providências para a indispensável liberação, utilização, ocupação, aquisição ou desapropriação dos bens, necessários à execução da obra ou serviço a contratar.

1.4 Nenhuma compra será feita sem a adequada especificação do seu objeto e indicação dos recursos financeiros necessários ao pagamento.

1.4.1 As compras realizadas pela deverão ter como balizadores:

- a) o princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnica e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e de garantia oferecidas;
- b) condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado; e
- c) definição das unidades e quantidades em função do consumo e utilização prováveis.

O decreto também possui uma série de situações em que a licitação é tida como dispensada e inexigível, situações diretamente focadas na PETROBRÁS, e que, portanto, são diferentes das da Lei nº 8666/93, que dispõe sobre as normas gerais de licitação.

No que tange às modalidades de licitação que decorrem Lei nº 8.666/93 e do Decreto nº 2.745/98, tem-se a concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão. O tipo a ser

utilizado depende do porte da unidade compradora e de seu limite de competência, tudo conforme as regras do edital ou carta-convite.

Portanto, podem pelo regramento do decreto, ocorrer todos os tipos de licitação previstos em lei.

### **3- DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR ELE REALIZADO**

Segundo Diogo de Figueredo<sup>5</sup>, na função administrativa pública (dirigida a todos os entes e órgãos) o Estado contém as ações de seus administrados, seja através da limitação, que é a restrição juridicamente imposta à ação do Estado, seja através da reação, quando a necessidade de proteção seja imperiosa e iminente.

Acrescenta este autor que<sup>6</sup> “em síntese, o sistema de controle administrativo se conforma por dois subsistemas: o de fiscalização destinado a acompanhar e rever as relações jurídicas administrativas, e o de correção, destinado a aplicar os adequados instrumentos sancionatórios, o desfazimento e a sanatória.”

A administração pública está constantemente sujeita à fiscalização já que é imperioso que os princípios administrativos, sejam sempre respeitados, principalmente no que tange à legalidade e moralidade administrativas. A fiscalização é a verificação de se a finalidade das atividades dos órgãos e agentes administrativos está sendo cumpridas.

O que se busca tutelar com o controle externo é o interesse que merece proteção judicial e se dá através de vários órgãos, apartados dos órgãos controlados, e que, atuam, via

---

<sup>5</sup> FIGUEIREDO, Diogo. Op.cit. p.247

<sup>6</sup> Ibid p.250

de regra, por provocação. É no controle externo da administração que se insere o Tribunal de Contas.

Por outro lado, após a fiscalização surge um novo viés, a revisão dos atos, graças a vícios de legalidade ou mudanças na forma de administrar por parte do executivo. Note-se que no Estatuto da Reforma Administrativa Federal, foram discriminados os princípios aos qual a administração deve vincular-se e dentre eles estão o planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle.

Hoje, uma das principais formas de efetivar esse controle, que implica na fiscalização e revisão, é justamente através do Tribunal de Contas da União. Em relevante e minucioso artigo, Carlos Ayres Britto leciona de forma cabal acerca do regime jurídico aplicado aos Tribunais de Contas:<sup>7</sup>

Feita a ressalva, começo por dizer que o Tribunal de Contas da União não é órgão do Congresso Nacional, não é órgão do Poder Legislativo. Quem assim me autoriza a falar é a Constituição Federal, com todas as letras do seu art. 44, litteris: “O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Logo, o Parlamento brasileiro não se compõe do Tribunal de Contas da União. Da sua estrutura orgânica ou formal deixa de fazer parte a Corte Federal de Contas e o mesmo é de se dizer para a dualidade Poder Legislativo/Tribunal de Contas, no âmbito das demais pessoas estatais de base territorial e natureza federada. (...)

O TCU é órgão da União, e, portanto, não pertence a nenhum dos três Poderes Federais, e não exerce a função jurisdicional (exercida apenas pelo judiciário). Até por conta disso, de seus processos não participam advogados, já que sua presença é indispensável apenas na esfera judicial.

Em que pese não ser membro do Judiciário possui algumas características de jurisdição, no entanto vinculada apenas ao critério objetivo, concedidas pelo art. 71, II, da CF que dá competência ao para TCU julgar as contas dos administradores e demais responsáveis

---

<sup>7</sup> BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 9, dezembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 03/10/2010

por dinheiro, bens e valores públicos. No entanto, nesse exame exerce função eminentemente administrativa.

O TCU não tem competência para sustar diretamente contratos administrativos irregulares, mas tem para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato ou da licitação que a originou.

Acrescenta-se que o Judiciário pode, ainda, rever as decisões do Tribunal de Contas da União quando houver vício de legalidade quando o TCU exerce sua função fiscalizatória. Nas demais esferas, como em relação direitos subjetivos dos agentes estatais e das demais pessoas envolvidas em processos de contas, sua atuação está sujeita a habeas corpus, mandado de segurança e habeas data, a ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal, de acordo com o disposto no art. 102, inciso I, alínea d, da Constituição Federal.

Além disso, segundo a mais acertada posição, quando exerce essa fiscalização, se limita a atribuir os efeitos financeiros, ou seja, limitando ou excluindo a eficácia da norma, mas não a retirando do sistema. Caso encontrem algum vício de constitucionalidade, o correto, de acordo com o artigo 71 inciso XI da Constituição Federal é efetuar uma representação ao órgão competente.

Considerando o disposto acima, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União sustenta ser esse órgão competente para apreciar a constitucionalidade nos casos que analisa, desde que inseridas em suas atribuições constitucionais. Segue, abaixo, precedente nesse sentido:

Acórdão nº 1763/2008 – TCU – Plenário (TC 008.815/2000-3)

Sumário: Processual. Embargos de declaração contra acórdão adotado em pedido de reexame em face do acórdão proferido em processo de levantamento de auditoria. Declaração de inconstitucionalidade. Competência do TCU. Omissão não configurada.

Rejeição.

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

Ocorre que o STF em vários votos <sup>8</sup>já decidiu que a Súmula 347 do STF que conferia ao TCU essa prerrogativa de controle incidental e concreto na apreciação das contas públicas, justamente por ser anterior à Constituição de 88, está ultrapassada, já que agora cabe ao próprio STF fazer esse controle, pelos poderes que constitucionalmente lhe foram conferidos.

Por fim, a questão do poder de sanção e consultiva do Tribunal de Contas, será a que merece maior relevo neste trabalho, já que como já dito no capítulo anterior, a PETROBRÁS foi alvo de fiscalização e multa por parte do Tribunal de Contas da União que opinou contrariamente à forma como vem realizando suas licitações, pois haveria vício de legalidade na aplicação do Decreto nº 2745/98.

A função sancionadora tem o papel de fazer com que qualquer irregularidade entre as normas da lei de responsabilidade fiscal e da gestão da administração direta e indireta, sejam apontadas, e, caso existam, que o erário seja ressarcido e que penalidades, como multa proporcional ao débito imputado sejam aplicadas.

Já a função consultiva do Tribunal de Contas, trata basicamente da elaboração de pareceres, que são julgados pelo Legislativo, acerca das contas dos Poderes, do Executivo, e do Ministério Público, além da realização de consultas propriamente ditas, sobre um assunto específico, que pode, caso haja requerimento, ser submetido ao seu crivo.

---

<sup>8</sup> MS 29326 MC / DF - DISTRITO FEDERAL no STF e Recurso Extraordinário nº 106923 / ES - ESPÍRITO SANTO



A PETROBRÁS alega que o TCU exorbitou sua competência na decisão acerca da inconstitucionalidade do Decreto nº 2745/98, invadindo área de exclusiva competência do STF de declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Acrescentou a PETROBRÁS que a Corte de contas não pode afastar a aplicação de uma lei. Nesse sentido, foi citado o Recurso Extraordinário (RE) 240096, relatado pelo ministro Sepúlveda Pertence, em que a Suprema Corte decidiu que “só o Supremo e os Tribunais de Justiça têm competência para a declaração de ilegitimidade constitucional da lei”.

Além disso, ressaltou que a Súmula Vinculante nº 10 do STF determina: “Viola a cláusula de reserva do Plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

Acrescentou ainda, no mandado de segurança:<sup>9</sup> “a decisão alvejada (do TCU) está a fazer com que a impetrante (a estatal) venha a refugir de sua obrigação constitucional e infraconstitucional de observar, estreitamente, o princípio da legalidade, o que está a malferir seu direito líquido e certo de aplicar ato normativo vigente, válido e eficaz!”.

Com esses argumentos, a PETROBRÁS pediu liminar em caráter urgente para suspender a decisão do TCU, “diante das evidentes consequências de ordem econômica e política que serão suportadas não apenas pela impetrante e seus gestores, caso tenham de cumprir imediatamente a decisão atacada, mas também por toda a sociedade”.

Ressalta-se que diversas liminares já foram concedidas em ações com o mesmo objeto. Outra notícia publicada no site do Supremo Tribunal Federal no dia 25 de julho de

---

<sup>9</sup> Mandado de segurança nº 26808, no Supremo Tribunal Federal

2007 <sup>10</sup>, por exemplo, é sobre o deferimento da liminar requerida no Mandado de Segurança (MS) 26808, que garantiu à PETROBRÁS o direito de aplicação do Decreto nº 2.745/98.

Segundo a ministra Ellen Gracie, <sup>11</sup>a Segunda Turma do STF, no julgamento da questão de ordem em medida cautelar, na Ação Cautelar nº 1193, em foi observado pelo colegiado que: “A suspensão das licitações pode inviabilizar a própria atividade da PETROBRÁS e comprometer o processo de exploração e distribuição de petróleo em todo o país, com reflexos imediatos para a indústria, o comércio e, enfim, para toda a população”.

Foi constatado no julgamento, a existência de plausibilidade jurídica no pedido, e, como base, foi citado o MS 25888, caso idêntico, no qual o ministro Gilmar Mendes asseverou que o Tribunal de Contas da União, pelo disposto no artigo 71 da Constituição Federal, não tem competência para declarar a inconstitucionalidade de Decreto, no caso, o Decreto nº 2745/98.

Além disso, o ministro afirmou que a postura do Tribunal de Contas contraria o regime de exploração econômica do petróleo, previsto no artigo 177 da Constituição Federal e à legalidade.

A ministra Ellen Gracie citou, ainda, para embasar sua decisão no mandado de segurança, as decisões nos MS 25986 e MS 26410, no mesmo sentido do deferimento das liminares.

A partir do deferimento dessa liminar, ficaram suspensos os efeitos do acórdão do TCU, o que possibilitou à PETROBRÁS manter os contratos já firmados com a Construtora Norberto Odebrecht e a UTC Engenharia.

---

<sup>10</sup>Site Superior Tribunal Federal, disponível em [www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=70597](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=70597). Acesso em: 03/10/2010.

<sup>11</sup> Site Superior Tribunal Federal, disponível em [www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=70597](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=70597). Acesso em: 03/10/2010. Ação Cautelar nº 1193, no Supremo Tribunal Federal

#### **4- DO PROCEDIMENTO DE ATUAÇÃO, QUE DIFERENCIA AS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO E EMPRESAS QUE INTERVÊM NA ATIVIDADE ECONÔMICA**

Diogo de Figueiredo<sup>12</sup>, em seu manual, discorreu sobre a intervenção do Estado na economia, afirmando que em razão do abuso do poder econômico e a carência de iniciativas produtivas da sociedade, se tornou cada vez mais substancial. Conceitua esse autor:<sup>13</sup>

No primeiro momento, essas necessidades emergentes nesses dois campos concentraram na Administração Pública uma crescente variedade de tipos de ações interventivas sobre os processos econômicos e sociais, pois se entendia que a solução para as distorções e abusos consistia simplesmente em substituir a direção privada pela direção pública dessas atividades.

Essa era a forma com que o Estado regulava o petróleo, de forma direta e monopolista. Assim, sua exploração e produção não possuíam concorrência, o que justificou, até a quebra do monopólio, a aplicabilidade do regime de licitação conduzido pelo regramento da Lei 8666/93.

Ocorre que, como já visto, após a EC nº 19/98, tal monopólio foi quebrado, e o Estado deixou de intervir de forma única no setor. Daí porque a própria emenda constitucional ter previsto a edição da Lei nº 9478/97, a lei que trata das diretrizes da exploração e produção do petróleo, e de tal lei dispor sobre “licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública”.

Com isso, o próprio Estado reconheceu que, com a quebra do monopólio e sua intervenção reduzida, um regramento específico passaria a ser necessário, já que, por óbvio, o dinamismo da seria outro, pois passaria a atuar em regime de competição.

---

<sup>12</sup> FIGUEIREDO, Diogo. Op.cit. p. 133

<sup>13</sup> Ibid p. 134

Lembre-se, nesse sentido, que a livre concorrência pressupõe a igualdade de condições entre os concorrentes, e a lei regulatória do setor buscou criar um cenário em que pudessem ser alcançadas.

No site do sindicato dos petroleiros,<sup>14</sup> a PETROBRÁS faz um esclarecimento do porquê de estar se utilizando desse procedimento, e, seus argumentos são os mesmos já apresentados nesse trabalho:

O Procedimento Licitatório Simplificado veio atender à dinâmica do setor, caracterizado por um ambiente de livre competição com outras empresas, onde agilidade é fundamental para o desenvolvimento das atividades operacionais com economicidade e rentabilidade. Na avaliação dos legisladores, a adoção do sistema de licitação imposto pela Lei 8666/93 é inadequada e incompatível com o ambiente de livre concorrência e também com o princípio constitucional de eficiência. Este entendimento também é o do Supremo Tribunal Federal (STF), que já concedeu diversas liminares favoráveis à PETROBRÁS, suspendendo imposição do Tribunal de Contas da União – TCU para que a PETROBRÁS deixe de aplicar, em suas contratações, o Procedimento Licitatório Simplificado aprovado pelo Decreto 2745/98, e cumpra a Lei 8666/93, a chamada Lei das Licitações, regime próprio da Administração Pública.

Os objetivos da reforma administrativa foram justamente os de implementar uma reforma burocrática no Estado e de efetuar uma descentralização na forma de administrar o governo para que, assim, se tenha mais eficiência. Em seu livro, Diogo de Figueiredo<sup>15</sup> traz a descentralização como sendo uma forma de aproximar a Administração Pública do administrado, para que seja posta sob o controle dos beneficiados.

Assim, para que melhor se compreenda a descentralização, cabe fazer a conceituação daquilo que pode ser descentralizado. Para isso, far-se-á a diferenciação dos serviços públicos em sentido estrito e daqueles com cunho econômico, tais quais os prestados pela PETROBRÁS.

Quando o Estado executa através da administração pública interesses públicos, e presta serviços públicos, ele o faz da forma direta, exercida através das pessoas jurídicas de

---

<sup>14</sup> Disponível em: <http://acordocoletivo.wordpress.com/2009/05/26/petrobras-esclarece-procedimento-licitatorio-simplificado/> Consulta realizada dia 20/10/2010.

<sup>15</sup> FIGUEIREDO, Diogo. op.cit. p. 136

direito público, os entes administradores políticos, de forma indireta, que podem ser realizada por pessoas jurídicas de direito público ou privado, desde que instituídas por lei, ou, ainda, através de formas de parceria e colaboração entre o Estado e particulares.

Diogo de Figueiredo <sup>16</sup> conceitua esse serviço público visto de maneira estrita, como “a atividade administrativa assegurada ou assumida pelo Estado, que se dirige à satisfação de interesses coletivos secundários, de fruição individual, considerados por lei como de interesse público.”

Hoje, após a EC 19/98, o petróleo é explorado na modalidade de concessão, que é modalidade na qual o setor privado executa tarefas de cunho econômico. Nesse tipo de prestação são acolhidos os princípios da limitação interventiva geral às funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174, CF), da livre iniciativa (arts. 1º, IV e 170 da CF) e da restrição à atividade de exploração econômica pelo Estado (art. 173, CF).

Apesar das modificações trazidas pela EC 19/98, há renomados autores que defendem não dever existir qualquer tipo de mudança por parte das contratações realizadas pelas sociedades de economia mista e empresas públicas, o que faria com que continuassem a se submeter à Lei nº 8666/93. Nesse sentido, Marçal Justem Filho <sup>17</sup> esclarece que:

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

---

<sup>16</sup> FIGUEIREDO, Diogo. Op.cit. p.474

<sup>17</sup> Informativo Licitações e Contratos nº 54 – agosto/98 – Revista Zênite – Informação e consultoria em administração pública.

Por outro lado, Celso Antonio Bandeira de Mello,<sup>18</sup> apresenta posição diversa, que permite que a Lei 8666/93 não seja aplicada dada a natureza da atividade econômica desempenhada por tais empresas:

Com a sobrevinda do assim chamado “Emenda” (Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.98), irromperam dúvidas sobre o regime licitatório suscetível de vir a ser aplicado (no futuro) às empresas estatais. Presentemente, como resulta do precitado art. 1º da Lei nº 8.666, ditas empresas, sejam elas prestadoras de serviços públicos, sejam elas exploradoras de atividade econômica, encontram-se sob sua regência. Registra-se, apenas, que, no caso das exploradoras de atividade econômica, ter-se-á de dar como afastada a exigência licitatória perante as hipóteses em que o uso de tal instituto inviabilizaria o normal desempenho que lhes foi cometido; ou seja: na rotineira aquisição de seus insumos e na rotineira comercialização dos bens ou serviços que colocam no mercado. (...) Em suma: a correta interpretação do art. 22, inciso XXVII, em nosso entender, é - e só pode ser - a de que a lei a que ele se refere disporá sobre o Estatuto das empresas exploradoras de atividade econômica, nada tendo a ver com as prestadoras de serviço público.

Considerando as posições contrárias, a posição mais acertada é a de Celso Antonio Bandeira de Mello, pois não é possível fechar os olhos para a concorrência que se instalou na economia após a quebra do monopólio da exploração e produção do petróleo.

A PETROBRÁS, que até então não era alvo da concorrência do mercado, passou a sê-lo, o que já não permite a aplicação de um processo lento em suas contratações e realizações de serviços. Na verdade, o próprio legislador constitucional reconheceu a necessidade da mudança em seu tratamento, quando dispôs que lei específica passaria a regulamentar o setor.

A concorrência passou a impor a realização de parcerias público-privadas pela PETROBRÁS, tanto no cenário nacional como no internacional. A sua presença no setor internacional também cresceu, assim como o crescente investimento privado.

Note-se que a PETROBRÁS tem quase a metade de seu capital social composto por acionistas privados, que desejam o lucro, e que não desejam que a estatal seja tratada como

---

<sup>18</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 12, março, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 de dezembro de 2009

uma prestadora de serviço público para fins concorrenciais, já que o investimento que realizaram é que está em jogo.

Portanto, é visando dar o maior retorno possível aos seus acionistas, e expandir-se para consolidar a posição de líder no setor de energia na América Latina, é que se busca afastar do regime geral de contratação aplicável ao setor público, que, obviamente, tem uma finalidade bem diferente da qual ela desempenha.

A questão central se resolve, portanto, pelo fato de não ser essa uma sociedade prestadora de serviço público. Nessas, assim como nos entes da administração direta, é justificável a aplicação da Lei nº 8666/93, que apesar de mais engessada, não oferece problemas, já que não há concorrência. Ademais, pelo dinheiro, nesses casos, ser unicamente público e não se visar ao lucro, o procedimento da Lei Geral de Licitações mostra-se adequado.

Ocorre que no caso objeto do trabalho, fala-se de uma estatal, sociedade de economia mista, que apesar de ter um regime jurídico público, o que faz necessária a utilização de licitação, com base no contexto concorrencial atual, deve fazê-lo com contornos de direito privado.

A contratação de pessoal, por exemplo, ao invés de ser realizada pelo regime estatutário, o é pela CLT. Da mesma forma, agora, é proposta, e acolhida em sede liminar pelo STF, uma licitação diferenciada, mais atenta à celeridade, mas que continua a existir.

A resposta em relação às críticas no sentido de que a Lei nº 8666/93 não fez exceções acerca de sua não aplicabilidade às sociedades de economia mista, sendo que, pelo contrário, as abrangeu em seu artigo 1º, é que tal lei é anterior à Emenda Constitucional nº 98, e, portanto, a última foi que lhe revogou tacitamente nesse ponto.

Ademais, o Direito deve ser interpretado e aplicado de forma sistemática. Por conta disso, se a emenda constitucional previu o surgimento de lei a regulamentar as licitações e contratos a serem realizados a partir de sua edição, entende-se que a *mens legis* foi a de afastar a aplicação da Lei nº 8666/93.

Nesse sentido, Jorge Miranda <sup>19</sup> ensina que os ditames constitucionais:

[projectam-se sobre todo o sistema jurídico, sobre as normas e os actos que o dinamizam, sobre o poder e a comunidade política, conformando-os de harmonia com os seus valores e critérios e trazendo-lhes um novo fundamento de validade ou de autoridade.]

Esse afastamento não implica, como já visto, em uma contratação direta por parte das sociedades prestadoras de atividade econômica. O que se propõe é que haja sim, um processo regido pela licitação, mas não da forma que outrora ocorria.

Dessa forma, Marçal Justen Filho, explica em seu livro: <sup>20</sup>

no futuro, haverá dois regimes básicos, um destinado à administração direta, autárquica e indireta prestadora de serviços públicos (aí incluída a atuação de suporte à administração) e outro para as entidades privadas exercentes de atividade econômica. O regime especial para essas últimas não consistirá na liberação pura e simples para realização de contratações, sem observância de limites ou procedimentos determinados.

No caso em questão, o procedimento é regulamentado por um decreto normativo. Esse tipo de decreto é o meio pelo qual o Executivo manifesta vontade como resultado de poderes próprios, os quais podem ter conteúdo prescritivo, geral e impessoal. Para que tenham eficácia, a sua base deve ser constitucional, como é, no caso, e sua eficácia não necessariamente é subordinada. O decreto autônomo tem caráter normativo próprio, e por isso independe de lei.

O cumprimento da exigência de lei para regular a matéria foi atingido quando a Lei nº 9478/97 foi promulgada. Esta, por sua vez, foi regulamentada por um decreto, o Decreto nº

---

<sup>19</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. t. II, p. 238

<sup>20</sup> JUSTEN FILHO. Marçal. Op. Cit. p. 299



2745. Não há óbice nesse tipo de regulamentação, já que a própria advocacia geral da União, órgão que tutela a boa aplicação das normas constitucionais, já se posicionou nesse sentido.

No parecer AC 15 <sup>21</sup> dispôs da seguinte maneira acerca da constitucionalidade do ato, “a inaplicação - por alegada inconstitucionalidade do regime simplificado - a todo o Grupo PETROBRÁS, esbarra no respeito ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis e da legalidade dos atos da administração até que sobrevenha decisão judicial em contrário, sendo insuficiente a opinião do TCU a quem cabe tão só julgar a regularidade das contas”.

O ministro Nelson Jobim, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.649-1 <sup>22</sup> afirmou que prevalecesse o entendimento defendido pelos requerentes da Medida Liminar que buscava a paralisação do procedimento licitatório simplificado pela PETROBRÁS, de que seriam necessárias leis específicas para criação de subsidiárias da Petróleo Brasileiro S/A situações drásticas poderiam ser esperadas.

Disse o Ministro que "pretender exigir leis específicas para a criação de subsidiária é condenar, efetivamente, a atividade econômica de uma empresa estatal, como a PETROBRÁS, à morte, uma vez que não terá condições de alocar recursos do mercado para seus investimentos."

Quanto ao controle do Tribunal de Contas, constata-se por todo exposto no capítulo pertinente, que foge à sua competência o controle da constitucionalidade de leis e decretos, cabendo-lhe fiscalizar a legalidade dos procedimentos administrativos.

---

<sup>21</sup> Parecer AC 15 da advocacia geral da União, julho, 2004. Disponível na internet em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado>. Consulta realizada dia 20/10/2010

<sup>22</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1.649-1 Supremo Tribunal Federal

Assim, sua opinião quanto à inconstitucionalidade representa um posicionamento, mas não uma decisão. Estando tanto a Lei nº 9478/97 como o decreto de que aqui se trata vigentes, não há que se falar em ilegalidade.

A conclusão do parecer AC 15 da AGU foi no seguinte sentido:

- 1) [quanto à primeira questão, pela aplicabilidade do procedimento licitatório simplificado também a subsidiárias da PETROBRÁS; 2) quanto à segunda questão, a proposta de Decreto, resta prejudicada pela conclusão relativa à primeira pendência; 3) quanto à terceira questão - que interessa também à primeira - vigentes a Lei nº 9478/97, inclusive o seu art. 67, e o Decreto nº 2745/98, deve a aplicá-los e observá-los, salvo decisão judicial, na instância própria, pela inconstitucionalidade, visto como não é facultativa a observância da lei.]

Por todo exposto neste trabalho, e uma vez apresentadas as várias posições sobre o tema, parece mais correta a favorável ao regime de licitação simplificado trazido pelo decreto. Isso porque, o objetivo da reforma administrativa é coibir o desperdício e racionalizar o gasto público, o que é mais facilmente alcançado com procedimentos mais ágeis e com a livre concorrência.

A reforma é um instrumento do Estado que visa a impedir que os gastos aumentem, e os recursos do Estado sejam consumidos, sem que haja uma contrapartida de eficiência e qualidade nos serviços prestados à sociedade.

Os fatos demonstram que a PETROBRÁS cresce e gera mais lucros a cada dia, além de ser pioneira em tecnologia. Com isso, a sua finalidade vem sendo alcançada, o que justifica permitir a sua implementação através de um procedimento em que haja, sim, controle, mas não nos moldes da engessada Lei nº 8666/93, e sim de uma forma mais fluida.

Portanto, claro está que há muito a Administração Pública brasileira clama por uma gestão eficiente, eficaz e efetiva, com a prestação de serviços de qualidade à sociedade que paga impostos, e a reforma administrativa possibilita que tais objetivos sejam alcançados.

É através da qualidade na prestação de um serviço que se faz com que este sobreviva no mercado. A qualidade se dá com melhoria de sua atuação, e, como já observado, os menores custos despendidos para realizar um procedimento mais simplificado, bem como a rapidez que se atinge com sua utilização são meios para tanto.

No artigo 170 da CF foram trazidos os princípios norteadores da ordem econômica. Uma das metas trazidas foi o desenvolvimento econômico, que traz com ele o desenvolvimento social. Isso porque com a produção nacional em alta, há um progresso em termos de riqueza, mais empregos são gerados e mais perto se chega de se oferecer uma vida digna às pessoas.

A liberdade de iniciativa estampada nesse artigo refere-se também a liberdade de indústria e liberdade de contrato, e são mantidas graças à livre concorrência. Ora, para que a livre concorrência seja observada é necessário que sejam dadas condições iguais de competição, para possibilitar que, no decorrer da seleção, algum candidato se destaque, mas de forma justa.

A livre concorrência, trazida no texto constitucional é, portanto, uma maneira que possibilita a materialização da livre iniciativa, e, com isso, há o ganho da sociedade, que é beneficiada com livre acesso aos mercados econômicos.

Quanto à legitimidade de aplicar o decreto, uma vez que alguns se atêm ao argumento do TCU de que seria necessária uma lei para regulamentar o tema, retorno a dois argumentos trazidos ao longo do trabalho. O primeiro está no parecer AC 15 da AGU, em que está consignado que o TCU só tem legitimidade para apreciar a regularidade das contas, e não para ordenar que um ato administrativo válido, sem vícios de forma ou iniciativa, seja aplicado.

O segundo argumento está na interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Assim, se a emenda constitucional precursora da reforma, a EC nº 19/98, previu o surgimento de lei a regulamentar as licitações e contratos a serem realizados a partir de sua edição, está claro que a *mens legis* foi a de afastar a aplicação da Lei nº 8666/93.

Quando a Lei nº 9478/97 foi promulgada cumpriu-se a exigência de lei para regulamentar a matéria. Esta, por sua vez, foi regulamentada por um decreto, o Decreto nº 2745, e uma vez que ambos estão em vigor, não há que se falar em irregularidade.

É importante mencionar que a Lei 8666/93 é anterior à reforma administrativa e ao processo de descentralização da economia. Dessa forma, logicamente não poderia excepcionar o caso das sociedades estatais prestadoras de atividade econômica, como sendo casos de não incidência da regra geral de licitações e contratos.

A relevância deste trabalho, além do estudo dos conceitos de licitação, das funções do Tribunal de Contas e do impacto da reforma administrativa, está na análise da transparência associada à eficiência.

Uma vez que, nas empresas estatais prestadoras de serviço público, a licitação é o meio através do que se adquire bens e serviços, é importante que a sociedade e a comunidade jurídica, especificamente, reflitam sobre o meio e os casos em que cada procedimento é empregado e saiba, ainda que não concorde, as razões que levam a PETROBRÁS a ter um tratamento diferenciado.

## **REFERÊNCIAS**

BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 9, dezembro, 2001.

JUSTEN FILHO, MARÇAL. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005.

FIGUEIREDO, Diogo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009

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

MEIRELLES, HELY LOPES. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Editora Malheiros, 2005

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 12, março, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 de dezembro de 2009

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

Parecer AC 15 da advocacia geral da União julho, 2004. Disponível na internet em: <<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado>>. Consulta realizada dia 20/10/2010