

A APLICABILIDADE DO PREGÃO ELETRÔNICO NA AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS PELA PETROBRAS

Igor de Oliveira Fernandes¹

RESUMO

A Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998, promoveu a reforma administrativa e implementou no Estado o uso do modelo gerencial de administração e do Pregão Eletrônico nas licitações. A reforma fez com que a Petrobras por meio da aplicação do Decreto n. 2.745, de 24 de agosto de 1998, estabelecesse a utilização de regulamento licitatório diferenciado considerado inconstitucional pelo Tribunal de Contas da União, pois apenas lei específica pode estabelecê-lo, de acordo com os ditames do §1º do art. 173 da Constituição Federal. A metodologia utilizada se baseou no método dialético e lógico-dedutivo, consubstanciado à pesquisa doutrinária, em periódicos, jurisprudência e legislação, a fim de analisar a possibilidade de aplicação do Pregão Eletrônico na aquisição de bens e serviços utilizados para desenvolver sua atividade econômica.

Palavras-chave: Decreto, Inconstitucionalidade, Pregão Eletrônico, Atividade Econômica.

APPLICABILITY OF ELECTRONIC TRADING IN THE ACQUISITION OF GOODS AND SERVICES BY PETROBRAS

ABSTRACT

Constitutional Amendment. 19 of 04 June 1998, promoted and implemented administrative reform in the state using the management model of administration and the Electronic Bidding at auctions. The reform has made Petrobras through the application of the Decree. 2,745, dated August 24, 1998, established the use of different bidding rules deemed unconstitutional by the Court of Audit, as only specific law can establish you, according to the dictates of § 1 of Art. 173 of the Federal Constitution. The methodology used was based on the dialectical method and logical-deductive, embodied doctrinal research, journals, case law and legislation, in order to examine the possibility of application of Electronic Trading in the acquisition of goods and services used to develop their economic activity.

Keywords: Decree, Unconstitutional, Electronic Trading, Economic Activity.

¹Bacharel em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN, Pós-Graduando em Direito e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN.

INTRODUÇÃO

A década de noventa foi testemunha da revolução tecnológica, do avanço das tecnologias nos planos privado e público, do desenvolvimento de diversas ferramentas eletrônicas, informáticas e telemáticas que vieram transmutar as formas convencionais de comercializar, administrar, gerir empresas. Diante do avanço do comércio digital e dos resultados que se propagavam, os governos começaram a se interessar pelas formas de contratação que operavam nele.

Na segunda metade do século XX a administração pública gerencial surgiu como mudança na estratégia de gerência adotada pela burocrática que se concentrava no processo, mostrava-se auto-referente, definida em procedimentos para contratação de pessoal e compra de bens e serviços e com controle de procedimentos. O foco da nova estratégia estava direcionada para a redução de custos, tornar mais eficiente a administração dos serviços estatais e descentralizar as atividades de produção de bens e serviços transferindo-as para autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista. A ênfase era dada à orientação pelos resultados, combate ao nepotismo e corrupção, definição de indicadores de desempenho e utilização de contratos de gestão.

Com a entrada em vigor, em 04 de junho de 1998, da Emenda Constitucional n. 19 foi dado suporte jurídico à implementação da reforma administrativa do Estado Brasileiro, tendo como objeto mudanças vitais na modernização da máquina administrativa e nas bases da Administração Pública que foi se adaptando às mudanças decorrentes do dinamismo digital, principalmente quanto às legislações regulamentadoras das atividades envolvidas com o meio eletrônico. Em 17 de julho de 2002, foi concebida pelo ordenamento jurídico a Lei Federal n. 10.520, reserva legal para uso do Pregão Eletrônico na aquisição de bens e serviços comuns, nos termos do art. 37, XXI, da Constituição da República².

O advento da referida Emenda Constitucional implantou uma forma de gestão pública mais ágil, descentralizada, voltada mais para o controle de resultados do que de procedimentos e, entre outras providências, reformulou as disposições emanadas no §1º do

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

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

art. 173 da Constituição Federal³. A reformulação não retirou a completa sujeição da sociedade de economia mista ao regime inerente às entidades da Administração Pública para enquadrá-las no regime jurídico próprio das empresas privadas, mas determinou por lei o estabelecimento do estatuto jurídico da empresa no tocante à licitação, possibilitando regime diferenciado para contratação de obras, serviços, compras e alienações, em caso de exploração econômica de produção ou comercialização de serviços, devendo sempre ser observados os Princípios da Administração Pública.

Dessa forma, mesmo após a Emenda Constitucional n. 19, não se pode afirmar que as sociedades de economia mista estariam submetidas de forma imediata ao regime jurídico das empresas privadas sem óbice legal, haja vista que a alteração da redação do art. 22, inciso XXVII⁴, da Constituição Federal não foi suficiente para estabelecer um regime especial, sendo necessária para isso a mudança da lei de licitações. Partindo desse entendimento, a Petrobras permaneceria submissa aos ditames da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, aplicando-se o regime jurídico público mesmo que mitigado pela atuação da empresa com respaldo no direito privado.

No caso das exploradoras de atividade econômica, a obrigatoriedade de licitação deve ser afastada nos casos em que o uso do instituto possa inviabilizar o desempenho normal na aquisição e comercialização usuais dos bens e serviços. Noutro bordo, as prestadoras de serviço público pela característica da atividade que desenvolvem não teriam porque deixar de seguir na totalidade as exigências normativas da Lei de licitações. Surge então uma situação de análise a partir da mudança trazida pela nova redação atribuída ao inciso XXVII do art. 22 do texto constitucional. Segundo o qual, a competência legislativa para expedir normas gerais de licitação e contratação é da União, devendo as administrações diretas, autárquicas e

³Art. 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:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

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

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

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

⁴Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

fundacionais da União, Estados, DF e Municípios obedecerem aos ditames do art. 37, XXI e as empresas públicas e sociedade de economia mista ao art. 173, § 1º, III.

Nesse contexto legislativo, foi constatado que a aplicação da Lei n. 10.520/02, em experiências desenvolvidas na esfera federal, mostrou a modalidade Pregão foi mais vantajosa do que as modalidades apresentadas pela Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. O descarte da modalidade só é possível mediante justificativa subsistente, cuja sustentação evidencie o uso como inconveniente para o interesse público. Em não havendo elemento capaz de evidenciar o reconhecimento de qualquer inconveniência com o uso da modalidade, em sendo mais vantajosa, ela deverá ser utilizada.

A Lei 8.666/93 engessa a competitividade ao diminuir a agilidade das empresas que atuam no mercado em meio à intensa concorrência, sendo necessário o uso, pela Petrobras, de um processo de regulamentação interna de bens e serviços. Matéria publicada na revista Desafios do Desenvolvimento do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2005, Ano 2, Edição 10), afirma que a empresa em 2004 teve aquisições que giraram em torno de 6,8 bilhões dos reais, dos quais 85% foram gastos no mercado nacional, privilegiando a produção local e estabelecendo critérios mais sofisticados para escolher o fornecedor de certos bens. Sabendo que o Pregão se mostra como modalidade mais vantajosa para a Administração Pública, em um contexto de modernização do gerenciamento de compras, haveria a possibilidade de uso da modalidade pela Petrobras em consonância com o regulamento licitatório diferenciado da empresa?

O presente artigo analisará a possibilidade de uso do Pregão Eletrônico pela Petrobras nas licitações para aquisição de bens e serviços, em face da inconstitucionalidade do Decreto n. 2.745, de 24 de agosto de 98, por falta de suporte constitucional, não podendo ser aplicado o disposto na recente redação do art. 173 da CF, em consonância com a posição adotada pelo Tribunal de Contas da União.

A metodologia utilizada será baseada na pesquisa doutrinária, em periódicos, jurisprudência e legislação, os quais passarão por uma reflexão jurídica sobre o tema, através do método dialético e lógico-dedutivo, em que será observada a contraposição dos direitos e argumentos conflitantes.

Delineados os aspectos relevantes acerca do tema, se mostra necessária determinar qual o percurso a ser traçado a fim de solucionar tais questões propostas. Assim, preliminarmente, abordar-se-á a reforma administrativa que originou o Plano de Reforma do Estado com diversas modificações na Constituição, em especial a Emenda n. 19/98, com atenção as mudanças redacionais do art. 173 da CF. A seguir, será feita pesquisa sobre a

aquisição de bens e serviços pela Administração Pública e o uso do Pregão Eletrônico. Em seguida, será analisado o caso da Petrobras em relação a sua natureza jurídica de sociedade de economia mista, com identificação dos normativos jurídicos relacionados à regulamentação do setor petrolífero Brasileiro. Por último, a análise sobre a aplicabilidade do Pregão Eletrônico à Petrobras e as considerações finais.

2 A AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública usa de prerrogativas, atuando na maioria das vezes de modo unilateral, privilegiando-se da posição de superioridade em relação aos terceiros em consonância com o Princípio da prevalência do interesse público sobre o privado. Em outro plano, sobre ela recai um grande número de limitações, sujeições mais rigorosas do que as que incidem sobre os particulares por ter de observar, por exemplo, a essência do Princípio da Legalidade em sentido estrito. A atividade precípua do Estado se mostra multifária e complexa, voltada para o interesse público, cujo destinatário final é a coletividade. Para alcançá-lo, precisa ser desenvolvida por meio de serviços e bens fornecidos por terceiros, obrigando-se a firmar contratos para realização de obras, prestação de serviços e fornecimentos de bens (LUCENA FILHO, 2005, p.225).

As normas de direito administrativo são estabelecidas em face das do direito privado quando são conferidas à Administração prerrogativas não estabelecidas nas relações privadas ou quando imposta maior limitação à liberdade de ação a qual está normalmente acostumada (RIVERO, 1981, p.42). Tanto os poderes quanto as limitações encontram justificativa no interesse público, cuja consecução perfeita e eficiente depende de poderes dispostos de forma específica, enquanto noutro bordo são impostas limitações para preservá-lo, evitando o enriquecimento indevido por agentes administrativos ou terceiros.

Para resguardar em harmonia com os padrões e moralidade administrativa, surgiu a necessidade de prescrição de rígidas condições para a válida formação de contratos administrativos, cominando procedimento formal vinculado iniciado com estudos prévios a respeito das necessidades, seguido da formulação do instrumento convocatório, publicação, verificação dos documentos exigidos e a comparação das propostas. A lei delimita essa série de formalidades recebendo cada uma delas nomenclatura e lugar próprio, resultando em procedimento denominado licitação pública (NIEBHUR, 2008, p.21). Por meio desse procedimento a Administração abre a todos os interessados a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato (DI PIETRO, 2010, p.350). A licitação é antecedente necessário do contrato

administrativo, modificado no Direito brasileiro desde a entrada em vigor da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que estabelece todas as disposições aplicáveis indistintamente às licitações e contratos dos Entes Federativos (MEIRELLES, 2001, p.256).

No seio do ordenamento jurídico existem diversos tipos de contratos, com formalidades diferentes, adaptadas à importância e à natureza do objeto. Dessa forma, foram estabelecidas pelo legislador, conforme seu juízo, modalidades de licitação pública, onde os procedimentos diferenciam-se, de acordo com a conveniência de cada modalidade. As modalidades licitatórias delineadas no artigo 22 da Lei 8.666/93 são a Concorrência, Tomada de Preços, Convite, Concurso e Leilão. A primeira é a espécie padrão, pois preserva com maiores rigores o interesse público, e é adequada para contratações de grande vulto, com faixas de valor para obras e serviços de engenharia e para compras e serviços, com valores duplicados ou triplicados se o contratante for um consórcio público. A segunda tem lugar nos certames com interessados previamente cadastrados ou que atendam a todas as exigências para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas. A terceira tipologia introduz procedimento onde as formalidades são amenizadas, destina-se a contratação de pequeno vulto, com cartas-convite remetidas, no mínimo, a três interessados no ramo a que pertence o objeto do contrato. A penúltima emprega-se à escolha de trabalho técnico, artístico ou científico, com aferição eminentemente intelectual. A última é destinada à venda de bens móveis inservíveis, de produtos legalmente apreendidos ou penhorados e alienação de bens imóveis adquiridos em procedimento judicial ou por meio de dação em pagamento.

Além das modalidades mencionadas, há o Pregão que é regulado por legislação especial e utilizado para aquisição de bens e serviços de natureza comum, ou seja, cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser definidos no edital, através de especificações usuais do mercado (NIEBUHR, 2008, p.106). Sua adoção independe do valor contratado e vincula-se ao uso da informática, critério que o diferencia das modalidades determinadas pela Lei 8.666/93, minimizando, por exemplo, o tempo decorrido entre o início do procedimento administrativo e a entrega do objeto licitado.

2.1 O PREGÃO ELETRÔNICO: ORIGEM, CONCEITO E HIPÓTESES

A sociedade da informação está, em linhas gerais, delimitada pelo uso econômico, através da informática, telemática, redes e internet. A informação como matéria prima e os novos modelos de tecnologia têm poder de penetração em todos os setores, onde as novas

demandas tecnológicas põem em prática a lógica da interconexão (AMORIM, 2010, p.35-36). A Administração Pública passou a utilizar novas tecnologias da informação e da comunicação em seus afazeres internos e nas relações com outros organismos públicos e com cidadãos e empresas. Há então a necessidade de reger e aplicar o Direito Administrativo em ambas as esferas, buscando na primeira a verificação da eficiência, em relação às relações internas, e na segunda, além dessas, a da publicidade, transparência e do controle. O Princípio da Eficiência foi inserido ao rol de princípios existente no art. 37 da Constituição Federal sob fundamentação do neoliberalismo e desenvolvido no contexto da administração gerencial, com modificações focadas nos melhores benefícios ao menor custo possível e com vertentes fixadas na organização e estruturação da máquina estatal para torná-la mais racional, bem como na regulação da atuação dos agentes públicos visando maiores desempenho e resultado.

A preponderância da licitação foi aumentando com sua evolução histórica dentro da Administração pública, aumentando seu leque de atuação através do desenvolvimento de novas funções exigidas pela vida moderna. Nesse passo, cresceu também a significação econômica dos gastos da administração, representando hoje, no mercado consumidor de bens e serviços, uma parcela considerável. As instituições não acompanharam tal evolução econômica que gerou desajustamento, morosidade e emperramento da máquina administrativa. Para solucionar a problemática buscou-se a implantação da tecnologia da informação e da internet, num processo progressivo de aceitação e amadurecimento. Tal empreendimento foi batizado de *governo eletrônico* e, em linhas gerais, caracteriza-se, dentre outros aspectos, pela aquisição de bens e serviços por meio da internet, como licitações públicas eletrônicas, pregões eletrônicos e mercados digitais para os bens adquiridos pelo governo (SILVA, 2002, p.197).

O Estatuto das Licitações e Contratos (Lei 8.666/93) embora cumpra papel fundamental por delinear as principais modalidades de licitação, convive com a legislação superveniente sobre a matéria criadora de novas espécies licitatórias ou adaptou modalidades existentes a novas espécies de contratos ou modificou seu texto.

A modalidade pregão foi criada pela Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997, para ser aplicada somente pela Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, por meio de regime próprio para suas contratações (NIEBUHR, 2006, p.26). A Medida Provisória n. 2.026, de 04 de maio de 2000, fez o pregão abranger toda a Administração Pública Federal, onde durante sua vigência houve a edição do Decreto Federal n. 3.555, de 08 de agosto de 2000, aprovando o regulamento do Pregão Presencial e o Decreto n. 3.697, de 21 de dezembro de 2000, regulamentando o Pregão Eletrônico (SCARPINELLA, 2003, p.25). Posteriormente,

o artigo 37 da Lei n. 9.986, de 18 de julho de 2000⁵, estendeu-o para as demais agências reguladoras, até que pela Lei Federal n. 10.520, de 17 de julho de 2002, a modalidade passou a abranger toda a Administração Pública Nacional (GASPARINI, 2007, p.22).

A modalidade de pregão eletrônico é um dos braços da informatização das atividades administrativas, onde o procedimento licitatório é desenvolvido por meio de internet, usufruindo das vantagens inerentes à tecnologia. A modernização oriunda do Pregão surgiu como solução apresentada pela Administração para combater a ineficiência nos contratos administrativos, tendo os procedimentos do pregão presencial adaptados à tecnologia da informação (NIEBUHR, 2006, p.25) e adotada nas hipóteses de aquisição de bens e serviços, mediante uma disputa de lances formulados por qualquer interessado (MELLO, 2006, p.527).

O Decreto n. 3.555/00, com redação delineada pela pelo Decreto n. 3.784/01, em seu anexo II, lista rol com bens e serviços reputados comuns, enquadrados nas hipóteses para aquisição por meio do Pregão. O Tribunal de Contas da União conceitua-os como sendo os produtos que podem ser comparados entre si sem necessidade de avaliação detalhada e cuja escolha pode ser feita apenas com base nos preços ofertados, sendo facilmente encontrados no mercado. Para esclarecimento do tema bens e serviços comuns, o Tribunal de Contas da União, por ocasião do Acórdão 313/2004 - Plenário⁶, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler, delimita que em conformidade ao disposto no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/2002⁷, bem comum é aquele para o qual é possível definir padrões de desempenho ou qualidade, segundo especificações usuais no mercado. Destarte, o bem em questão não precisa ser padronizado nem ter suas características definidas em normas técnicas. Da mesma forma, não se deve restringir a utilização do pregão à aquisição de bens prontos, pois essa forma de licitação também pode visar a obtenção de bens produzidos por encomenda. Ao perquirir se um determinado bem pode ser adquirido por intermédio de um pregão, o agente público deve

⁵Art. 37. A aquisição de bens e a contratação de serviços pelas Agências Reguladoras poderá se dar nas modalidades de consulta e pregão, observado o disposto nos arts. 55 a 58 da Lei nº 9.472, de 1997, e nos termos de regulamento próprio.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica às contratações referentes a obras e serviços de engenharia, cujos procedimentos deverão observar as normas gerais de licitação e contratação para a Administração Pública.

⁶REPRESENTAÇÃO FORMULADA POR LICITANTE. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES PRATICADAS PELA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. ADOÇÃO DA MODALIDADE DE PREGÃO EM LICITAÇÃO PARA ADQUIRIR BENS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA. Bens e serviços comparáveis entre si, que podem ser oferecidos por diversas empresas e cuja qualidade e produtividade podem ser estabelecidas objetivamente. Protelação de certame licitatório em razão de demandas judiciais. Conhecimento. Improcedência. Remessa de cópia ao MPU, ao STJ, à CEF e à interessada. Arquivamento.

⁷Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

avaliar se os padrões de desempenho e de qualidade podem ser objetivamente definidos no edital e se as especificações estabelecidas são usuais no mercado. O objeto da licitação deve se prestar a uma competição unicamente baseada nos preços propostos pelos concorrentes, pois não haverá apreciação de propostas técnicas. Caso essas condições sejam atendidas, o pregão poderá ser utilizado.

A modalidade em discussão vem ganhando cada vez maior prestígio pela celeridade no seu procedimento, vantagem determinada pela inversão na ordem cronológica das fases da licitação, e pelos resultados econômicos propiciados, sem sofrer interferência no conteúdo, na natureza jurídica ou na finalidade (DALLARI, 2006, p.96), sempre atendendo aos Princípios da Economicidade e da Eficiência, com foco na redução frequente dos custos (BITTENCOURT, 2005, p.49). A eficiência em licitação pública e em contrato administrativo norteia-se em três elementos: preço, qualidade e celeridade. Portanto, a Administração deve contratar produto de qualidade, com preço compatível com o do mercado, preferencialmente pagando o menor preço, dentro dos limites do exequível, e, tudo isso, em tempo razoável.

A Lei Geral das Licitações sofre críticas pelo fato de suas formalidades impedirem a eficiência nas licitações e contratos. Diz-se que a Lei n. 8.666/93 tem culpa das contratações da Administração não atenderem seus interesses, não funcionarem, com preços exorbitantes, e despendendo muito tempo para isso, sendo a ineficiência encontrada em partes na lei fruto da má redação, contraditória em certos trechos, com muitas formalidades e por não ser sistêmica (NIEBUHR, 2006, p.415).

Partindo dessa visão, a modalidade pregão, disciplinada pela Lei n. 10.520/02, traz consigo entusiasmo, haja vista que as vantagens são perceptíveis, principalmente com relação ao preço e celeridade. Inexistem dúvidas que com a modalidade a Administração consegue pagar bem menos e concluir a licitação em pouco tempo, quando comparada com as modalidades tradicionais da Lei n. 8.666/93 utilizadas pela administração indireta, salvo no caso da Petrobras por força da regulamentação estabelecida pelo art. 173 da Constituição Federal.

3 O CASO DA PETROBRAS E A REGULAMENTAÇÃO DO ART. 173 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A edição da Lei n. 2004 de 03 de outubro de 1953 instituiu o monopólio do refino, transporte, exploração e extração do óleo bruto. A Petrobras instrumentalizaria a execução

junto a União e o Conselho Nacional do Petróleo (CNP) seria o órgão orientador, fiscalizador e controlador da política nacional de petróleo e derivados.

A Emenda Constitucional n. 9 de novembro de 1995 que modificou o art. 177 da Carta Magna e determinou a execução de atividades de pesquisa e investimento pela Petrobras e entre a União e outras empresas mediante contratos de concessão (LUCENA FILHO, 2005, p.12). Com a regulamentação do artigo foi promulgada a Lei n. 9.478 de agosto de 1997⁸, e na mesma época pela Emenda Constitucional n. 19 de junho de 1998 alterou-se o artigo 173 da Lex Maior e conseqüentemente foram modificadas as normas gerais de licitação e contratação relacionadas às sociedades de economia mista e suas subsidiárias exploradoras de atividade econômica, ao ponto dessas normas serem definidas por estatuto jurídico próprio, sob a forma de lei ordinária.

Fundamentado no art. 67 da Lei n. 9.478 de 06 de agosto de 1997, foi editado o Decreto n. 2.745 de agosto de 1998⁹, estabelecendo o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras, ainda utilizado pelas empresas do grupo em contraposição a Lei das licitações; restando saber que essa lei não revogou a Lei das licitações. A lei supracitada tem como escopo a regulamentação dos §§ 1º e 2º do art. 177¹⁰ da Constituição Federal; além de o art. 67¹¹ da lei mencionada autorizar a edição de decreto para estabelecimento de normas de licitação e contrato no âmbito da Petrobras.

De acordo com o inciso XXVII do art. 22¹² da Constituição Federal, a União é competente para legislar sobre licitação e contratos onde a contratação das atividades contidas no § 1º do art. 177 deve a reserva legal. Com a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 19/98 e, supletivamente, do Decreto 2.745/98 a Petrobras passou a desenvolver atividade econômica com estabelecimento de regime jurídico próprio das empresas privadas e a regime

⁸ 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.

⁹ Aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS previsto no art. 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.

¹⁰ Art. 177. Constituem monopólio da União:

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

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

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

II - as condições de contratação;

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

¹¹ 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.

¹² Art. 22. Compete à União legislar sobre:

(...)

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 do governo, e empresa sob seu controle.

diferenciado de licitação. Com essas normas o legislador buscou diminuir as restrições da Lei n 8.666/93, mas o resultado não foi assegurado tendo a Petrobras de permanecer sujeita ao regime desta lei até a edição de lei ordinária específica harmônica ao precedente do Tribunal de Contas da União¹³ (JUSTEN FILHO, 1999, p.101) cujos preceitos deverão ser observados, bem como os princípios e regramentos da Administração Pública.

3.1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Algumas características jurisdicionais norteiam os julgamentos dirigidos pelos Tribunais de Contas quanto ao mérito das avaliações incidentes sobre a gestão financeira, orçamentária, patrimonial, contábil e operacional do Poder Público, são elas: o julgamento sob um critério preponderantemente objetivo ou de técnica jurídica e a força ou irretratabilidade das decisões judiciais em trânsito e julgado. Noutra vertente, a jurisdição se mostra como atividade-fim do Poder Judiciário, enquanto os Tribunais de Contas fazem dos julgamentos um dos meios ou das competências para no controle externo servir à atividade-fim. Dessa preliminar, cumpre entender que, mesmo não exercendo a função jurisdicional, o controle externo desempenhado pelas Cortes de Contas é sua atividade-fim e está envolta em contornos jurisdicionais segundo a Constituição Federal (ANDRADA, 2009, p.23).

Com relação à possibilidade de exercício do controle de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União, resta saber da existência de prerrogativa para apreciação da constitucionalidade de leis e atos normativos delineados na Lei Maior, em matérias de sua competência e no exercício de suas atribuições. A competência do TCU para proceder à análise de constitucionalidade de leis e atos normativos, no exercício de suas atribuições, foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal pela edição da Súmula 347¹⁴. No caso concreto, nesse contexto, poderia acontecer a apreciação da constitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Executivo. Dito de outra forma, apesar de não inserido constitucionalmente no capítulo do Poder Judiciário, foi conferida ao TCU função judicante

¹³Acórdão nº 1125/2007 – TCU – Plenário (TC – 010.437/2000-6)

EMENTA: PEDIDO DE REEXAME. AUDITORIA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. SUBMISSÃO À LEI Nº 8.666/93 E AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. NEGADO PROVIMENTO.

1 – até que seja editada lei dispondo sobre licitações e contratos das empresas estatais e sociedades de economia mista, devem estas observar os preceitos da Lei 8.666/93 e os princípios e regras da Administração Pública.

2 – com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/98, a Constituição Federal não recepcionou as disposições contidas no art. 67 da Lei 9.478/97.

¹⁴Súmula 347, STF - **Tribunal de Contas - Apreciação da Constitucionalidade das Leis e dos Atos do Poder Público:** O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.

pela Constituição Federal porque realiza o julgamento técnico-jurídico (SODRÉ, 2009, p.5), cabendo o sistema de controle de constitucionalidade, exercendo-o pela via difusa.

A norma emanada pelo art. 71, VI, da Carta Magna¹⁵ estabelece o exercício de verificação pelo TCU da legalidade de qualquer despesa, incluída a decorrente de contratos e concessões. São examinados os casos citados, bem como os submetidos ao tribunal que afrontam a Constituição, inexistindo a privacidade na interpretação das leis pelo judiciário. Assim, se os atos submetidos a ele estão controversos em relação à Constituição, são inconstitucionais.

Em análise sobre a constitucionalidade do Decreto n. 2.745/98, o Tribunal de Contas da União decidiu^{16,17} pela sua não aplicação em procedimentos licitatórios da Petrobras por entendê-lo inconstitucional, bem como o art. 67 da Lei 9.478/97, pela inexistência da reserva legal que estabeleça o estatuto da Petrobras e seu regulamento diferenciado de licitação, não cabendo ao Decreto n 2.745/98 fazê-lo, devendo ser observados os preceitos legais que regem as licitações públicas. Noutro bordo, o Supremo Tribunal Federal julgou, em sede de Mandado de Segurança, reputando constitucional o Decreto n. 2.745/98, e aduzindo que desde a autorização para sua criação através da Lei n. 2.004/53 a Petrobras mostrava-se como única sociedade para execução do monopólio constitucional do petróleo¹⁸, inexistindo no segmento outra empresa concorrente. Após a Emenda Constitucional n. 9/95, transcorreu a alteração do § 1º do art. 177 da CF, e posterior quebra do monopólio e execução por empresas estatais ou privadas, perdendo a Petrobras, assim, a exclusividade que detinha em relação à execução, inserindo-se, então, no ambiente de livre concorrência.

¹⁵Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

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

¹⁶ Decisão nº 663/2002 – TCU – Plenário (TC 016.176/2000-5)

¹⁷Acórdão nº 908/2006 – TCU – Plenário (TC – 011.173/2003-5)

EMENTA: RELATÓRIO DE AUDITORIA. PEDIDO DE RECURSO. DETERMINAÇÕES. DECRETO Nº 2.745/98. INCONSTITUCIONALIDADE. ALEGAÇÕES INSUFICIENTES. VINCULAÇÃO DE EMPRESA PÚBLICA E DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA FEDERAL À LEI Nº 8.666/93. JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. INDEPÊNCIA DE INSTÂNCIA. CONHECIMENTO. NEGADO PROVIMENTO.

1. Nega-se provimento à peça recursal, mantendo integralmente a deliberação recorrida, quando o recorrente não traz aos autos elementos suficientes para a alteração do juízo formado.

2. É obrigatória a observância pelas empresas públicas e sociedades de economia mista federal, das disposições contidas na Lei nº 8.666/93.

3. Decisão judicial proferida em outro caso concreto não necessariamente vincula a apreciação e o julgamento das demais situações específicas submetidas ao Tribunal de Contas da União.

¹⁸ Art. 2º A União exercerá, o monopólio estabelecido no artigo anterior:

I – por meio do Conselho Nacional do Petróleo, como órgão de orientação e fiscalização;

II – por meio da sociedade por ações Petróleo Brasileiro S. A. e das suas subsidiárias, constituídas na forma da presente lei, como órgãos de execução.

A Lei n. 9.478/97, em seu art. 61, §1º¹⁹, determinou que as atividades desenvolvidas pela Petrobras fossem exercidas em livre competição com outras empresas, em decorrência das condições de mercado com predominante agilidade. Pelo art. 67 cuidou de expurgar o sistema de licitação e contratos delineado pela Lei n. 8.666/93, autorizando a definição do procedimento licitatório simplificado por meio de decreto, de competência privativa da União. No entender do STF, compactuar com a decisão do TCU seria retirar da Petrobras os mecanismos de sobrevivência no ambiente constitucional e infraconstitucional de livre concorrência, ferindo o princípio da razoabilidade, bem como o da eficiência imposto pelo art. 37 da CF.

A submissão legal da Petrobras a um regime diferenciado de licitação justifica-se pela flexibilização do monopólio do petróleo em decorrência da EC n. 9/95. Dessa forma, a empresa exerceria a atividade econômica de exploração do petróleo em regime de livre competição com concessionárias da atividade não submetidas às regras licitatórias da Lei n. 8.666/93. Logo, a declaração de inconstitucionalidade do art. 67 da Lei n. 9.478/97 e do Decreto n. 2.745/98, auferida pelo TCU, determinando a observação das exigências da Lei n. 8.666/93, vislumbra-se em choque com as normas constitucionais. Percebe-se, então, que o STF admite a utilização do regulamento licitatório aprovado pelo Decreto n. 2.745/98, sustentando-se em procedimento cautelar há anos desde a edição da Emenda Constitucional n.19/98, insurgindo a necessidade da promulgação da lei esculpida no § 1º do art. 173, pois na forma vislumbrada pela atual situação resta entender como irregulares as contratações fundamentadas sob o crivo do decreto, por ferirem princípios administrativos e constitucionais.

4 O PREGÃO ELETRÔNICO E SUA APLICABILIDADE À PETROBRAS

A norma emanada pelo XXI, do art. 37²⁰ da Constituição Federal impõe a pertinência dos princípios da Administração Pública na efetivação de licitações e contratações. Aliado a

¹⁹Art. 61. A Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS é uma sociedade de economia mista vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que tem como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins, conforme definidas em lei. § 1º As atividades econômicas referidas neste artigo serão desenvolvidas pela PETROBRÁS em caráter de livre competição com outras empresas, em função das condições de mercado, observados o período de transição previsto no Capítulo X e os demais princípios e diretrizes desta Lei.

²⁰Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes,

isso, o art. 1º da Lei n. 8.666/93 preceitua a subordinação, ao seu regime, dos órgãos da Administração Indireta (autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista, empresas públicas), além da Administração Direta e demais entidades cujo controle direto ou indireto o seja atribuído. Dessa maneira, o atual ordenamento jurídico nomeou a licitação como procedimento obrigatório para as sociedades de economia mista, impossibilitando a preterição, salvo em casos de dispensa e exigibilidade (PROENÇA, 2003, p.92).

As companhias exploradoras de atividade econômica, desde que envoltas nesse exercício estão sujeitas ao regime licitatório que objetiva a aquisição de bens e serviços, seguindo a interpretação dos dispositivos constitucionais e legais supracitados com intuito de moralizar o fornecimento de bens e serviços à Administração Pública, onde sua não observância denota burlar a ordem jurídica, sendo do Tribunal de Contas da União a responsabilidade de fiscalização de tais procedimentos. Quando realizado por empresa de sociedade de economia mista, no exercício de atividade econômica em sentido estrito, a visão do assunto é direcionada ao entendimento de que é difícil concluir pela absoluta aplicabilidade do processo licitatório. Da mesma forma não se pode esquecer das formalidades impostas pela lei que gravitam em torno dele inviabilizando a negociação comercial e do uso eficiente do dinheiro público.

Antes da reforma administrativa preconizada pela Emenda Constitucional n. 19/98 não havia obrigatoriedade de regulamentação uniforme para as licitações dos entes da Administração Pública Direta e Indireta. Com a modificação do inciso XXVII do art. 22 da Constituição surgiu o entendimento de destinar à União competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação, obedecido ao disposto no art. 37, §1º, III. Contudo, a norma prevista no art. 173, §1º, da *Lex Mater* ainda não foi elaborada, restando a única regulamentação existente, a ser aplicada aquela destinada aos entes da Administração Direta. A tendência, então, é diminuir o rigor empregado pela Lei de Licitações, baseado no argumento da competição inerente ao setor privado, se contrapondo a todos os trâmites lentos e públicos do procedimento licitatório. Entretanto, existem três argumentos que militam contra a supressão do controle estatal: a) o exercício da atividade econômica não exclui a aplicação dos princípios que balizam o desempenho da atividade administrativa, b) as sociedades de economia mista administram recursos públicos, com interesse da sociedade em sua administração, exigindo mais transparência nas transações e c) na economia mista não

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.

existem os mesmos sistemas de controle societário inerentes de uma sociedade anônima com capital totalmente privado.

Apesar de não ter de se submeter a um mesmo regramento licitatório da Administração, a Petrobras é regulamentada na realização dos seus contratos com foco da objetividade e dinamismo. O fato é que ainda não foi editada a reserva legal que a estabeleça conforme a norma expressa no §1º do art. 173 da Constituição Federal em substituição à aplicação da Lei n. 8.666/93 possibilitando que seja realizada licitação sem efeito prejudicial ao eficiente desempenho da atividade comercial (PROENÇA, 2003, p.97). A edição da Lei n. 9.478/97²¹, cujo artigo 67 estabeleceu por meio do Decreto o procedimento licitatório simplificado da Petrobras, mesmo estando expresso pelo §1º, inciso III, do art. 173 da CF que cabe a lei estabelecer o Estatuto Jurídico da sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica dispondo sobre licitação. Logo, deveriam ser observados os ditames da Lei 8.666/93 para as contratações da Petrobras, enquanto não fosse elaborada a referida lei.

Resta saber que o Decreto em questão ao estabelecer norma não disciplinada em lei, seja pela omissão ou inexistência, exerce o caráter autônomo podendo inovar na ordem jurídica (DI PIETRO, 2006, p.102). Contudo, quando há omissão, o regulamento supre a lacuna até que o legislador complete os vazios da legislação, subsistindo aquele desde que não invada matéria reservada à lei (MEIRELLES, 1999). Acontece que o estatuto jurídico da Petrobras deve ser estabelecido por lei e no momento que o Decreto n. 2.745/98 estabelece as normas de procedimento licitatório, acaba por invadir a matéria de reserva legal, tornando-se írrito, já que não pode o regulamento infringir ou extravasar da lei.

Nesse caminhar, a promulgação da Lei n. 9.478/97 criou a Agência Nacional de Petróleo – ANP, como órgão responsável pela implementação das políticas do setor de petróleo e gás, bem como pela promoção da regulamentação, contratação e fiscalização em todo setor da indústria (AGEL, 2003, p.247-248). O modelo de licitações adotado pelo órgão regulador, em decorrência de disposição legal, foi amplamente reconhecido, não somente pela indústria do petróleo no Brasil e do exterior, como também por órgãos de governo e Agências Reguladoras internacionais, como exemplo de eficiência e modernidade. Em um novo cenário de competição criado pela delegação a investidores privados a responsabilidade pelo crescimento das indústrias infraestruturais, em meio a grande abertura da economia brasileira, seria necessário a instituição de modelo de licitação que colocasse a Petrobras em pé de

²¹Art. 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.

competitividade frente às empresas privadas presentes do país e agora atuantes no mercado fruto da flexibilização. Essa justificativa foi a base ideológica para a idealização, a ser concretizada mediante lei específica, de procedimento diferenciado de licitação a ser utilizado a partir da mudança sofrida pelo mercado petrolífero e com o advento do pregão na forma eletrônica a empresa tende a diminuir custos e tornar-se mais célere em suas contratações, diferenciais relevantes no mercado que se insere.

4.1 PETROBRAS E AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS: ENTRE O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO DIFERENCIADO E O PREGÃO ELETRÔNICO

O procedimento licitatório diferenciado utilizado pela Petrobras, nas contratações envolvendo aspectos de sua atividade fim, é precedido de rodadas de negociações que seguem um padrão de execução. As alterações entre as rodadas são decorrentes da especificidade dos blocos ofertados, mas em todas são mantidos os dois estágios para habilitação ao processo: qualificação e ofertas. Inicialmente, para a participação é predominante a manifestação de interesse por parte das empresas e a aquisição do pacote de dados dos blocos ofertados pela ANP, cujo valor é considerado taxa de participação. As empresas em posse dos dados que servirão de base para a avaliação do investimento analisam o valor da oferta a ser feita, sendo então submetidas ao processo de qualificação técnica, jurídica e econômica financeira.

A qualificação técnica estabelece a capacidade operacional de cada empresa em relação às especificidades de cada bloco ofertado. A qualificação jurídica comprova a legitimidade e legalidade da empresa, bem como analisa sua situação econômica e financeira, com vista a garantir a segurança na execução das atividades de exploração e produção, bem como a possibilidade de dar cumprimento às disposições contidas no Contrato de Concessão, que rege essas atividades. Passando o estágio da qualificação, a empresa se acha habilitada para participar do processo de ofertas, o qual é efetivado em sessão pública, sendo os blocos oferecidos sequencialmente. O sistema de julgamento das ofertas, com vistas a identificar o vencedor, obedece aos critérios de valor ofertado superior ao valor mínimo fixado pelo órgão regulador para cada bloco, denominado bônus de assinatura, e um percentual de comprometimento de aquisição de bens e serviços da indústria nacional, sendo a pontuação final, em sistema de pesos, definida pela maior oferta. O procedimento licitatório finaliza-se com a assinatura dos Contratos de Concessão, firmados entre a ANP e as empresas vencedoras, até 90 dias após a homologação dos resultados, sendo obrigatória a constituição de empresa brasileira para a consecução de tal objetivo (AGEL, 2003, p.257-258).

Interessante notar, a semelhança entre o procedimento licitatório diferenciado utilizado pela Petrobras ao desenvolver o julgamento de propostas e o disposto no art. 46²² da Lei de Licitações, em seus §§ 1º e 2º, com utilização do tipo de licitação preço e técnica, com lance oferecido de forma superior ao valor mínimo fixado pelo órgão gestor e classificando a proposta por meio da média ponderada das valorizações das propostas técnicas e preço de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório. Além do mais, percebe-se ainda a existência de exaustiva e morosa qualificação das empresas de forma prévia, para que posteriormente se proceda à sessão pública com rodadas de lances.

A partir dessa constatação, vê-se que apesar do procedimento ser dito diferenciado por se basear na adoção de condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado²³, adota procedimento utilizado pela Lei das Licitações rotulado de lento e demorado, indo de encontro ao preconizado em relação às contratações de empresa exploradora de atividade econômica, especialmente no mercado petrolífero onde a agilidade mostra-se determinante na sobrevivência das empresas atuantes quando observadas as metas e prazos estabelecidos, restando saber que sua inobservância pode importar na devolução inoportuna dos blocos adquiridos, ocasionando grande perda de investimentos.

²²Art. 46. Os tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço" serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4o do artigo anterior. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 1o Nas licitações do tipo "melhor técnica" será adotado o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório, o qual fixará o preço máximo que a Administração se propõe a pagar:

I - serão abertos os envelopes contendo as propostas técnicas exclusivamente dos licitantes previamente qualificados e feita então a avaliação e classificação destas propostas de acordo com os critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado, definidos com clareza e objetividade no instrumento convocatório e que considerem a capacitação e a experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta, compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos, e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução;

II - uma vez classificadas as propostas técnicas, proceder-se-á à **abertura das propostas de preço dos licitantes que tenham atingido a valorização mínima estabelecida no instrumento convocatório** e à negociação das condições propostas, com a proponente melhor classificada, com base nos orçamentos detalhados apresentados e respectivos preços unitários e tendo como referência o limite representado pela proposta de menor preço entre os licitantes que obtiveram a valorização mínima;

III - no caso de impasse na negociação anterior, procedimento idêntico será adotado, sucessivamente, com os demais proponentes, pela ordem de classificação, até a consecução de acordo para a contratação;

IV - as propostas de preços serão devolvidas intactas aos licitantes que não forem preliminarmente habilitados ou que não obtiverem a valorização mínima estabelecida para a proposta técnica.

§ 2o Nas licitações do tipo "técnica e preço" será adotado, adicionalmente ao inciso I do parágrafo anterior, o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório:

I - será feita a avaliação e a valorização das propostas de preços, de acordo com critérios objetivos preestabelecidos no instrumento convocatório;

II - **a classificação dos proponentes far-se-á de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço**, de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório.

²³ As compras realizadas pela Petrobras deverão ter como balizadores:

(...)

b) condições de aquisição semelhantes às do setor privado.

4.2 A FLEXIBILIZAÇÃO DA LEI DO PREGÃO E SUA APLICAÇÃO NAS LICITAÇÕES DA PETROBRAS ENVOLVENDO ATIVIDADE ECONÔMICA

Uma análise, eminentemente, gramatical e legalista do art. 1º da Lei 10.520/02²⁴ leva a entender ser a modalidade Pregão restrita à aquisição de bens cuja escolha pode ser feita somente com base nos preços ofertados, pois são comparáveis entre si, facilmente no mercado e não necessitam de avaliação minuciosa. Seria um entrave ao seu uso na aquisição de bens e serviços técnicos inerentes à atividade de exploração econômica das sociedades de economia mista. Porém, a modalidade não está restrita a essa padronização, pois bens e serviços com complexidade técnica em sua definição ou execução também são passíveis de ser contratados, sendo exigido que a técnica envolvida seja conhecida no mercado do objeto ofertado, possibilitando então sua descrição de forma objetiva pelo edital (SCARPINELLA, 2003, p.81).

Como solução do entrave seria oportuna a adaptação da legislação do Pregão à aquisição de bens e serviços a serem utilizados pelas sociedades de economia mista que exploram atividade econômica, pois em meio a velocidade do mundo digital resta imprescindível sua adequação, se revelando válido o vislumbamento pelo mercado petrolífero da celeridade e praticidade oriundo da modalidade sua forma eletrônica, sendo preponderante aquisições públicas em consonância com os princípios da economicidade e eficiência (BITTENCOURT, 2005, pag.49), esta que numa visão pós-moderna deve evidenciar a flexibilidade no processo de tomada de decisão, com reavaliações e alterações no agir administrativo buscando transcender a normatividade (SANTOS, 2013, p.15).

A flexibilização da lei do Pregão, ou seja, adaptar a modalidade licitatória para que sua aplicabilidade em conjunto com o regulamento diferenciado utilizado pela Petrobras potencialize a celeridade nas aquisições de bens e serviços passaria pela implementação de mudanças que envolvam a possibilidade de seu uso na forma eletrônica, em caráter subsidiário a Lei n. 8.666/93, adequando: a) a qualificação da proposta para o critério de maior preço ofertado, b) o caráter técnico do objeto (bem ou serviço) e c) a inversão das fases.

A adaptação do atual tipo de licitação utilizado pela legislação do Pregão que é o da oferta do menor preço, para o desenvolvido no procedimento licitatório diferenciado qual seja a maior oferta que supere o mínimo estabelecido pelo gestor. Quanto ao objeto, permitir a ampliação deste, já que as atividades desenvolvidas pela Petrobras tais como produção,

²⁴ Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

exploração e distribuição de petróleo, gás e biocombustível denotam complexidade e técnica, características que não se associam ao bem e serviço comum. Em relação à inversão das fases, a habilitação costuma ser a fase mais embaraçosa, pois costuma ocorrer a maior parte dos recursos e preposição dos Mandados de Segurança. Por isso, a solução seria dada com a inversão, onde a habilitação seja realizada após o julgamento das propostas (FURTADO, 2007, p.518) tornando o procedimento mais célere, além de favorecer a redução de preços.

A adequação proposta busca a condição mais vantajosa para a Administração quanto ao bom desempenho do procedimento licitatório a ser desenvolvido, haja vista o Pregão estar ganhando mais prestígio pela celeridade e resultados econômicos (DALLARI, 2006, p.96), sendo aquela uma vantagem – não interferindo nos condicionamentos, no conteúdo, na natureza jurídica ou na finalidade – porque quem perde na classificação demonstra ter menos interesse em impugnar a participação de todos os demais licitantes.

Ademais, a vantagem e bom desempenho apresentados nos resultados contabilizados na esfera administrativa demonstram expressão quando relacionados: a) à redução no uso de recursos administrativos, b) prazos de encerramentos dos processos e c) redução de tempo do processo licitatório (MOTTA, 2005, p.936), o que sustenta, ainda mais, a possibilidade de adequação e inserção do uso da modalidade em licitações da Petrobras, cujo objeto seja a o desenvolvimento da atividade econômica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A finalidade do presente trabalho foi analisar a possibilidade do pregão eletrônico em conjunto com o procedimento licitatório aplicado pela Petrobras em suas contratações tendo como pressuposto metodológico a pesquisa realizada na doutrina, artigos científicos e jurisprudências acerca do tema.

O estudo da problemática surgiu a partir da constatação de que mesmo existindo o Pregão eletrônico como modalidade que utiliza por meio tecnológico que torna as ações mais céleres e diminui custos, a empresa utiliza procedimento diferenciado cujas modalidades estão elencadas na Lei de licitações, o que acaba por ser incoerente em meio à celeridade quista pelo mercado petrolífero.

Desse modo, não há aparente justificativa para o não do Pregão eletrônico que inicialmente foi concebido para aquisição de bens e serviços comuns, mas que em decorrência do avanço da tecnologia em sintonia com a era digital, adaptou-se aos vários ramos de atividades de forma natural, pois ou se adaptava ou esmorecia diante da alta competição

vivenciada. A necessidade de adequação à nova era mostrou-se plausível, o que não foi diferente com o setor petrolífero. Novas máquinas e tecnologias foram inseridas no setor.

No caso concreto, vislumbra-se a possibilidade de utilização do Pregão Eletrônico para aquisição de bens e serviços pela Petrobras no desenvolvimento da atividade econômica, mesmo que a empresa utilize sistema licitatório diferente do aplicado pela Lei n. 8.666/93, com intuito de sobrepor ideias ultrapassadas e engessadas quando o mercado e o sistema pedem mudanças.

A modalidade mostrou-se, em experiências na esfera federal, ser mais vantajosa do que as modalidades presentes na Lei das Licitações, devendo ser utilizada quando se mostrar mais vantajosa conveniente ao interesse público, inclusive diante da possibilidade de seu uso pela Petrobras, desde que implantada gestão que busque sintonia com os avanços tecnológicos, tendo como bases a agilidade e controle de resultados.

A questão cerne é a discussão que gravita em torno da inconstitucionalidade do Decreto n. 2.745/98, pois ele é o ponto nevrálgico de definição do procedimento licitatório simplificado, cuja aplicação retira a submissão da Petrobras aos ditames da Lei licitatória aplicada à Administração Pública submetida aos princípios administrativos. Não menos importante é o debate sobre a possibilidade de aplicação do Pregão Eletrônico pela Petrobras para aquisição de bens e serviços a serem utilizados no exercício de sua atividade econômica, em aplicação subsidiária à Lei das Licitações, a partir de modificações na atual legislação da modalidade e adequação junto à estatal em sintonia com a eficiência administrativa querida no desenvolvimento dos atos estatais.

O Tribunal de Contas com competência para proceder à análise de constitucionalidade reconhecida pela Súmula n. 347 do Supremo Tribunal Federal, em meio a julgamentos objetivos e de técnica jurídica, determinou a não aplicação do procedimento licitatório diferenciado da Petrobras, bem como do art. 67 da Lei n. 9.478/97, por entendê-lo inconstitucional, devendo então ser observada a Lei n. 8.666/93, até que seja editada a lei específica tratada no §1º do art. 173 da Constituição, pelo advento da Emenda Constitucional n. 19/98.

Os casos submetidos ao Tribunal que afrontam a Constituição são desprovidos de privacidade de interpretação, logo quando submetidos e controversos à Carta Magna mostram-se inconstitucionais.

O Supremo Tribunal Federal, por meio de liminares, entendeu pela Constitucionalidade do Decreto, baseando sua decisão no fato da Petrobras ser a única sociedade para execução do monopólio constitucional do petróleo, não existindo no mercado

concorrente. Monopólio que foi quebrado pela Emenda Constitucional n. 9/95 e estabeleceu o ambiente de livre concorrência.

No entender do Supremo, compactuar com o entendimento do TCU seria retirar da Petrobras os mecanismos de sobrevivência no meio constitucional da livre concorrência, indo de encontro com os princípios da razoabilidade e da eficiência. A justificativa da submissão da Petrobras ao regime diferenciado de licitação estaria na flexibilização do monopólio, com exercício da exploração do petróleo em regime de livre competição.

Insurge a necessidade da promulgação da lei específica delineada no § 1º do art. 173, pois resta entender como irregulares as contratações fundamentadas sobre o crivo do Decreto, apesar do STF através das inúmeras liminares que atravessam anos a fio desde a edição da EC 19/98 permitirem a utilização do regulamento licitatório aprovado pelo Decreto n. 2.745/98.

Seguindo o entendimento do TCU a Petrobras deve adotar os ditames da Lei n. 8.666/93, já que ao utilizar julgamento de proposta e o disposto no art. 46 vai de encontro às justificativas dadas para não submissão a seus ditames, quais sejam: morosidade e demora nas contratações.

Para solucionar esse entrave, a solução seria a adaptação da legislação do Pregão Eletrônico para aquisição de bens e serviços pelas sociedades de economia mista que exploram atividade econômica, em clara sintonia com a velocidade do mundo digital, quando é vislumbrada celeridade e praticidade pelo mercado petrolífero, buscando a possibilidade de uso adequando-se à: qualificação da proposta quanto ao critério de maior lance ofertado, caráter técnico do objeto e inversão das fases.

Pelo exposto, entende-se que a modificação da legislação do Pregão Eletrônico e sua aplicação ao caso fático, qual seja à licitação da Petrobras para bens e serviços utilizados em sua atividade econômica, é algo plausível e deve ser levado em consideração a partir do momento que a Administração Pública pugna pela economicidade, consecução de condições mais vantajosas e obtenção de melhores resultados, em clara e restrita obediência aos princípios administrativos.

REFERÊNCIAS

AGEL, Sônia et al; ANDRADE, Rogério Emilio de (coordenador). **Regulação Pública da Economia no Brasil**. Campinas, SP: Edicamp, 2003.

ANDRADA, Bruno Lima Caldeira de. **A análise da constitucionalidade do Decreto n. 2.745/98 em face do art. 173 da Constituição da República**. In: Monografia de conclusão de curso. Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal. Brasília, 2009, p. 22-32.

AMORIM, Gustavo Rodrigues. **Licitação Eletrônica – Pregão Eletrônico: o marco normativo da tecnologia da informação nos contratos públicos.** São Paulo: Anhaguera Editora Jurídica, 2010.

BITTENCOURT, Sidney. **Pregão Eletrônico:** Decreto n. 5.450, de 31 de maio de 2005, Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. 2 ed. ver. atual. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2005.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação.** 7 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Direito Administrativo.** 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FERNANDES JUNIOR, Ottoni. **Políticas Públicas: O poder de compra do Estado.** Disponível em www.ipea.gov.br, acesso em 10 de setembro de 2013.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo.** 12 ed. ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 6 ed. ver e ampl. São Paulo: Dialética, 1999.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. **Considerações histórico-jurídicas acerca da indústria do petróleo no contexto brasileiro.** XVI Congresso de Iniciação Científica da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, p.13, Natal, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro.** 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 20 ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos.** 10 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

NIEBHUR, Joel de Menezes. **Licitação e Contrato Administrativo.** Curitiba: Zênite, 2008.

_____. **Pregão presencial e eletrônico.** 2 ed. São Paulo: Zenite, 2006.

PROENÇA, Fabriccio Quixadá Steindorfer. **A licitação na Sociedade de Economia Mista.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SANTOS, Marcelo Pereira dos. **Eficiência Administrativa sob uma perspectiva pós-moderna.** In: XXII Congresso Nacional do CONPEDI/UNINOVE, Direito e Administração Pública, São Paulo, p. 137-160, 2013.

RIVERO, Jean. **Direito Administrativo.** Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

SCARPINELLA, Vera. **Licitação na modalidade pregão.** São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Arídio; RIBEIRO, J. Araujo; RODRIGUES, Luiz A. **Desvendando o Pregão Eletrônico.** São Paulo: Editora Revan, 2002.

SODRÉ, Mariana Priscila Maculan. **Controle de Constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União**. Trabalho de conclusão do curso de Pós-Graduação em Direito Público e Controle Externo para Analistas de Controle Externo do TCU. Brasília, 2006, p. 20-27.