

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE DIREITO**

Mariana Aguiar da Rosa

O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO PARA EMPRESAS ESTATAIS

Florianópolis

2013

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE DIREITO**

Mariana Aguiar da Rosa

O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO PARA EMPRESAS ESTATAIS

Monografia submetida ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Luis Carlos Cancellier de Olivo

Florianópolis


2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO


TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**O Procedimento Licitatório Simplificado para empresas estatais**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Mariana Aguiar da Rosa**, defendida em **04/07/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DEZ), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

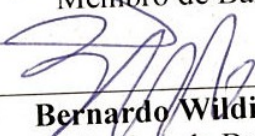
Florianópolis, 4 de Julho de 2013



Luís Carlos Cancellier de Olivo
Professor(a) Orientador(a)



Janete Inélia da Silveira
Membro de Banca



Bernardo Wildi Lins
Membro de Banca

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do professor orientador, da banca examinadora e da Universidade de Santa Catarina à ideologia que fundamenta ou que nela é exposta.

“A tarefa não é tanto ver aquilo que ninguém viu, mas pensar o que ninguém ainda pensou sobre aquilo que todo mundo vê.”

Arthur Schopenhauer

Dedico este trabalho de conclusão de curso a
minha família por todo amor, compreensão e
dedicação a mim oferecidos

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que me possibilitou todos os dias de felicidade e conquista de minha vida.

Aos meus pais Luizete e Miguel, por todo carinho, amor e dedicação. Pela compreensão de minha ausência e por sempre me apoiarem em todos os passos de minha vida, oferecendo conselhos e auxiliando em todos os momentos.

À minha irmã Carolina, por me entender e pela compreensão nos momentos difíceis que solicitei sua ajuda e ela estava sempre disposta a me ouvir e dar suporte para conquistar meus objetivos.

Ao professor Luis Carlos Cancellier de Olivo, por aceitar o meu convite para ser meu orientador na elaboração do trabalho.

Às minhas colegas de trabalho Angelita e Ana Lúcia, por todo o auxílio e disponibilização de material de pesquisa para a elaboração desse trabalho.

À minha colega Janete, por aceitar o convite para participar da banca examinadora.

Aos amigos e colegas de turma, pelo apoio, amizade, troca de experiência e de conhecimentos durante esse período que estudamos e estivemos na UFSC.

Enfim, a todos que direta ou indiretamente contribuíram para a elaboração e conclusão deste trabalho.

RESUMO

ROSA, Mariana Aguiar da. O Procedimento Licitatório Simplificado para Empresas Estatais. Monografia (Direito) – Departamento de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

O presente trabalho é um estudo acerca da realidade do procedimento de compra e contratação nas empresas públicas brasileiras, a submissão destas à Lei 8.666/93 e a possibilidade da edição e utilização de regulamentos simplificados para as mesmas. Buscou levantar a teoria acerca de licitações e contratos, assim como a legislação, bibliografia e jurisprudência sobre os regulamentos licitatórios simplificados. Apresentaram-se os princípios basilares das licitações e as modalidades já existentes, além das possibilidades de inexigibilidade e de dispensa estabelecidas em lei. O trabalho expõe, também, as inovações trazidas pela EC nº. 19 e as mudanças provocadas na aplicação da Lei 8.666/93 às sociedades de economia mista. Por fim, realizou-se um estudo do já existente estatuto da Petrobras e do ainda não editado estatuto da Eletrobras, apontando similaridades e diferenças com a Lei 8.666/93.

Palavras-Chave: Empresas Estatais, Compras e Contratos Administrativos, Reforma Administrativa, Procedimento Licitatório Simplificado.

SUMÁRIO

.....	3
INTRODUÇÃO.....	10
1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	12
1.1 SENTIDOS OBJETIVO E SUBJETIVO.....	12
1.2 AS ENTIDADES EMPRESARIAIS.....	14
1.2.1 Empresas Públicas.....	15
1.2.2 Sociedades de Economia Mista.....	16
2 LICITAÇÃO NO BRASIL.....	18
2.1 ORIGEM, CONCEITO E FINALIDADE.....	18
2.2 PRINCÍPIOS RELACIONADOS À LICITAÇÃO.....	22
2.2.1 Princípio da Legalidade.....	23
2.2.2 Princípio da Isonomia.....	25
2.2.3 Princípio da Impessoalidade.....	26
2.2.4 Princípio da Moralidade.....	27
2.2.5 Princípio da Publicidade.....	28
2.2.6 Princípio da Vinculação ao instrumento convocatório.....	28
2.2.7 Princípio do Julgamento Objetivo.....	30
2.2.8 Princípio da adjudicação compulsória.....	31
2.2.9 Princípio da Probidade Administrativa.....	32
2.3 DISPENSA.....	32
2.4 INEXIGIBILIDADE.....	33
2.5 MODALIDADES.....	34
2.5.1 Concorrência.....	35
2.5.2 Tomada de Preços.....	35
2.5.3 Convite.....	36
2.5.4 Concurso.....	37
2.5.5 Leilão.....	38
2.5.6 Pregão.....	38
3 O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO DE EMPRESAS ESTATAIS	
.....	40
3.1 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/1998.....	40
3.1.1 A alteração da Lei.....	40

3.1.2 A jurisprudência.....	46
3.2 O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO ADOTADO PELA PETROBRAS	52
3.3 O REGULAMENTO SIMPLIFICADO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS DA ELETROBRAS	55
4 CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	61

INTRODUÇÃO

Tentando desburocratizar algumas atividades e dar um foco mais gerencial, foi alçada em 1998 uma reforma administrativa baseada no Plano de Reforma do Estado, sendo editada uma emenda à Constituição extremamente relevante.

A Emenda Constitucional nº19 de 1998 previu para as empresas que exercem atividade econômica um estatuto com o intuito de disciplinar licitação e contratação, desde que observado os princípios da Administração Pública. Para muitos autores administrativistas, a ideia do legislador reformador era de “aliviar” as restrições da Lei 8.666 em prol das sociedades de economia mista e das empresas públicas. Assim, há empresas estatais buscando utilizar procedimento licitatório simplificado e, até mesmo, uma empresa que já o utiliza.

A licitação tem como objetivos gerais garantir a observância ao princípio constitucional da isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração. Entretanto, licitar seguindo as regras existentes na legislação pertinente, que inclui não só a Lei 8.666/93, mas também a Lei 10.520/02 que regulamenta o pregão, o Decreto 5.450/05 que regulamenta o pregão eletrônico, a Lei 9.784/99 que regula o processo administrativo, a Lei 11.079/04 que institui normas gerais para licitação e contratação de parcerias público-privadas, a Lei 8.987/95 e a Lei 9.074/97 que dispõem regras de permissão e concessão, entre outros, torna-se tarefa complexa e morosa para os entes contratantes, e, em certo grau, prejudica àqueles que precisam competir com o setor privado no mercado em que atuam.

Esta pesquisa tem como linha de trabalho verificar se a utilização de procedimento simplificado licitatório vem inovar de forma legal e constitucional as contratações de serviços e aquisições de bens por empresas de economia mista. E ainda, busca demonstrar as diferenças entre a utilização desse procedimento licitatório e o comumente e majoritariamente utilizado.

É de grande relevância social, o presente estudo, pois se trata de um assunto de interesse público que reflete a satisfação de toda sociedade, e pretende-se também levantar a realidade concreta dos regulamentos, quais empresas utilizam-se ou estão em vias de utilizar, quais os aspectos relevantes.

Nesse trabalho são apresentadas as peculiaridades relacionadas às empresas públicas e sociedades de economia mista.

Em seguida, destaca-se o dever de licitar de todas as entidades integrantes da administração pública, os princípios basilares da licitação, suas modalidades, os casos de inexigibilidade e de dispensa.

Então, em seu terceiro capítulo, adentra-se no assunto principal deste trabalho, o procedimento licitatório simplificado para empresa pública. Para abordar tal objeto, se faz necessário apresentar as inovações trazidas pela Emenda Constitucional nº. 19, para então se analisar o entendimento doutrinário e a posição jurisprudencial.

Ainda nesse capítulo, são apresentados aspectos relacionados ao Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras já em utilização e o Regulamento Simplificado de Licitações e Contratos da Eletrobras já elaborado, no entanto ainda aguardando aprovação.

Para elaboração deste trabalho, utilizou-se o método dedutivo de abordagem. O método de procedimento utilizado foi o monográfico. Além disso, como técnica de pesquisa, se utilizou a bibliográfica ou de fontes secundárias, com fulcro em doutrinas, leis, artigos, periódicos e jurisprudências.

Realizou-se, em menor proporção, uma pesquisa documental, através da análise da legislação existente sobre o assunto, assim como do Regulamento Simplificado de Licitações e Contratos da Petrobras e Eletrobras.

1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1 SENTIDOS OBJETIVO E SUBJETIVO

Por Administração Pública entende-se o conjunto de organismos que desempenham função administrativa, subordinados ao exercício do poder político e destinados à satisfação dos interesses coletivos, como segurança, cultura e bem-estar.

No entanto, Carvalho Filho (2012) afirma que a expressão Administração Pública aceita dois sentidos: objetivo que exprime a ideia de atividade, tarefa, ação, ou seja, a própria função administrativa, constituindo-se o objetivo a ser alcançado pelo Governo, e, no sentido subjetivo que indica o universo de órgãos, pessoas jurídicas e agentes públicos encarregados de exercer sua função administrativa.

Ainda, para Carvalho Filho (2012, p. 446), “a *função administrativa* é dentre todas a mais ampla, uma vez que é através dela que o Estado cuida da gestão de todos os seus interesses e os de toda a coletividade”.

No sentido objetivo, para Justen Filho (2009, p. 165), “Administração Pública é o conjunto dos bens e direitos necessários ao desempenho da função administrativa”. Enquanto que no sentido subjetivo, afirma que “Administração Pública é o conjunto de pessoas, públicas e privadas, e de órgãos que exercitam atividade administrativa”.

E ainda, segundo autor supracitado (2009, p. 166):

A expressão “Administração Pública” abrange todos os entes e sujeitos exercentes de funções administrativas, ainda que o façam de modo secundário e acessório. Assim, a Administração Pública compreende o Poder Executivo, mas também o Judiciário e o Legislativo **enquanto** exercentes de atividade administrativa. Ou seja, Administração Pública não é sinônimo de Poder Executivo.

A expressão no seu sentido subjetivo foi positivada no Direito Brasileiro por meio do Decreto-lei n°. 200 de 1967, com redação dada pela Lei n°7.596 de 1987:

Art. 4º - A administração federal compreende:
I – A administração direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios;
II – A administração indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:
Autarquias;
Empresas Públicas;
Sociedades de economia mista;
Fundações Públicas.

Assim, a Administração Pública Brasileira divide-se em Administração Direta e Administração Indireta, e, conforme Di Pietro (2011), mesmo que este decreto-lei seja aplicável apenas à União, seus conceitos e princípios, com algumas ressalvas, compreendem os Estados e Municípios.

A Administração Direta é definida como “o conjunto de órgãos que integram as pessoas federativas, aos quais foi atribuída a competência para o exercício, de forma centralizada, das atividades administrativas do Estado” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 449).

Desta forma, a Administração Pública desempenha a atividade diretamente pelo Estado por meio dos órgãos que compõem as diversas pessoas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), sendo estes órgãos o instrumento da ação da Administração, pois cada um tem competência própria e corresponde a partes do objetivo global do Estado. Assim, Madeira (2001) afirma que a Administração Pública é a titular e a executora do serviço público concomitantemente.

Conforme Justen Filho (2009, p. 173), “em termos práticos, a Administração direta compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Em princípios, todas as funções administrativas são atribuídas constitucionalmente a esses entes políticos”.

Enquanto que a Administração Indireta para Carvalho Filho (2012, p. 453) “é o conjunto de pessoas administrativas que, vinculadas à respectiva Administração Direta, têm o objetivo de desempenhar as atividades administrativas de forma descentralizada”. É o Estado executando suas funções de forma descentralizada, seja porque é pertinente ser executada por outra pessoa jurídica, ou porque é mais célere, flexível ou eficiente.

Segundo ao autor supracitado (2012, p. 450 e 451), a Administração Direta da União na esfera federal no Poder executivo está composta por órgãos de duas classes, a Presidência da República e os Ministérios. Os Poderes Legislativo e Judiciário apresentam estrutura orgânica definida em seus atos de organização administrativa.

Em relação à esfera estadual, a estrutura é similar, tem-se a Governadoria do Estado, os órgãos de assessoria ao Governo e as Secretarias Estaduais, compostas por vários órgãos correspondentes aos Ministérios da esfera federal.

Na esfera municipal, a Administração Direta está composta pela Prefeitura, por eventuais órgãos de assessoria ao Prefeito e por Secretarias Municipais, somadas aos seus órgãos internos. No âmbito do Poder Legislativo, tem-se a Câmara Municipal, que poderá dispor sobre sua organização como ocorre nas demais esferas.

A Administração Indireta é formada por entidades que se classificam em autárquicas, fundacionais, empresariais e paraestatais, conforme Meirelles (2011); e Di Pietro (2011) acrescenta ainda os consórcios públicos.

Segundo Carvalho Filho (2012, p. 455), destaca-se que a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos, determinou que estes se personificassem, constituindo *associação pública* ou pessoa jurídica de direito privado. A mesma lei alterou o art. 41, IV, do Código Civil, que se refere às autarquias como pessoas jurídicas de direito público, acrescentando a expressão “associações públicas”. Assim, associações públicas passam a integrar a Administração Pública Indireta das pessoas federativas que participam do consórcio público.

Pode-se afirmar que os princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade e da publicidade são seguidos pelas entidades mencionadas acima conforme *caput* do art. 37 da Constituição Federal e são subordinadas ao controle da Administração Direta.

1.2 AS ENTIDADES EMPRESARIAIS

As entidades empresariais públicas pertencem à Administração Indireta e são formadas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, e, conforme Meirelles (2011, p. 67):

(...) são pessoas jurídicas de Direito Privado, instituídas sob a forma de sociedade de economia mista ou empresa pública, com a finalidade de prestar serviço público que possa ser explorado no modo empresarial, ou de exercer atividade econômica de relevante interesse coletivo.

Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista possuem como finalidade executar alguma atividade de interesse do Estado com maior flexibilidade e são entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado.

As sociedades de economia mista têm parte de suas ações pertencentes ao Estado e parte a particulares, que divergem das empresas públicas, pois essas pertencem apenas ao Estado.

Empresas públicas são pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Indireta do Estado, criadas por autorização legal, sob qualquer forma jurídica adequada a sua natureza, para que o Governo exerça atividades gerais de caráter econômico ou, em certas situações, execute a prestação de serviços públicos. [...]

Já sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Indireta do Estado, criadas por autorização legal, sob a forma de sociedades anônimas, cujo controle acionário pertence ao Poder Público, tendo por objetivo, como regra, a exploração de atividades gerais de caráter econômico e, em algumas ocasiões, a prestação de serviços públicos (CARVALHO FILHO, 2011, p. 452-453).

As empresas públicas e sociedades de economia mista são, por um lado, pessoas jurídicas de direito privado, e, por outro, pessoas sob o controle do Estado, pois quando exploram atividade econômica, sujeitam-se ao regime das empresas privadas, incluindo as obrigações trabalhistas e tributárias.

Quando se trata de assuntos relacionados ao exercício da atividade econômica, predominam normas de direito privado (civil e empresarial). Enquanto que ao tratar de aspectos ligados ao controle administrativo, devem se submeter às normas de direito público, como controle pelos Tribunais de Contas, a obrigatoriedade de concurso público, fiscalização pelo Congresso, entre outros.

1.2.1 Empresas Públicas

Conforme dispõe o art. 5º, II do Decreto-lei 200/67, percebe-se que Empresa Pública é:

a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força e contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

Segundo Carvalho Filho (2011, p. 452):

A terminologia que dá nome às empresas públicas é realmente de grande imprecisão. O termo públicas pode denotar, em princípio, que se trata de pessoas de direito público, mas assim não é; contrariamente, cuida-se de pessoas de direito privado. O termo está a indicar apenas que a forma

empresarial adotada pelo Estado não é livre, mas, ao revés, há uma relação de controle entre Estado e tais empresas.

O autor supracitado continua complementando que:

Empresas públicas são pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Indireta do Estado, criadas por autorização legal, sob qualquer forma jurídica adequada a sua natureza, para que o Governo exerça atividades gerais de caráter econômico ou, em certas situações, execute a prestação de serviços públicos.

Segundo Medauar (2011, p. 95):

A empresa pública reveste-se da condição de pessoa jurídica de direito privado. A palavra “pública” aqui não significa tratar-se de pessoa jurídica de direito público, mas, sim, de empresa estatal. Deve ter sua instituição autorizada por lei específica, cabendo a lei complementar definir sua área de atuação.

Em relação à composição do capital das empresas públicas, Alexandrino e Paulo (2010, p. 100) explicam que:

O capital das empresas públicas é integralmente público, isto é, oriundo de pessoas integrantes da administração pública. Não há possibilidade de participação direta de recursos de particulares na formação do capital das empresas públicas. É possível porém, desde que a maioria do capital votante de uma empresa pública permaneça sob propriedade da pessoa jurídica instituidora, que haja participação de outras pessoas físicas, ou de entidades das diversas Administrações Indiretas.

Quanto à personalidade jurídica, conforme sustenta Carvalho Filho (2011, p. 453), “as empresas públicas e as sociedades de economia mista têm personalidade jurídica de direito privado, o que, nesse aspecto, as torna diferentes das autarquias”.

E ainda, quanto ao dever de licitar, dispõe a Constituição Federal em seu art. 37, XXI sobre a obrigatoriedade do processo licitatório nas empresas públicas para contratação de obras, serviços, compras e alienações.

1.2.2 Sociedades de Economia Mista

Conforme dispõe o art. 5º, III do Decreto-lei 200/67, Sociedade de Economia Mista é “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para exploração de atividade econômica, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta”.

Segundo Justen Filho (2009, p. 195), “sociedade de economia mista é uma

sociedade anônima sujeita a regime diferenciado, sob controle de entidade estatal, cujo objetivo social é a exploração de atividade econômica ou prestação de serviço público”.

Sobre a criação das sociedades de economia mista trata Gasparini (2009, p. 452):

A criação da sociedade de economia mista, para qualquer fim (prestação de serviço público, intervenção no domínio econômico), depende de lei autorizadora específica, ou seja, de lei que não trate de outro tema, conforme determinado pelo inciso XIX do art. 37 da Constituição da República, que nesse particular não faz qualquer distinção. A expressão “criadas”, constante nessa norma, também alcança a transformação de uma entidade já existente em sociedade de economia mista e a aquisição de controle acionário de uma pessoa jurídica pela Administração Pública.

Ainda, para Carvalho Filho (2011, p. 452):

As sociedades de economia mista, pelo próprio nome, demonstram a sua natureza. São sociedades por ações, adequadas para atividades empresariais, sendo as ações distribuídas entre o Governo e particulares, com o visível objetivo de reforçar o empreendimento a que se propõem. Sendo pessoas também privadas, conduzem-se na vida econômica com maior versatilidade, a exemplo do que ocorre com as empresas públicas.

Deve-se, também, ressaltar o que afirma Medauar (2011, p. 99):

As sociedades de economia mista, que exploram atividade econômica, sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto as obrigações trabalhistas e tributárias – assim reza o § 1º. Do art. 173 da CF. Por sua vez, a Lei das Sociedades Anônimas, em seu art. 235, determina a sujeição dessas entidades aos seus preceitos, sem prejuízo das disposições de lei federal. A combinação dos dois textos leva a concluir que as sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas regem-se pela lei das sociedades anônimas, por disposições especiais de lei federal e pelas mesmas normas aplicadas ao setor privado, também no tocante às obrigações trabalhistas e tributárias. Seu regime é desprovido de prerrogativas estatais, para impedir concorrência desleal com as empresas do setor privado. Mas a própria Constituição impõe sujeições, típicas de órgãos públicos, às normas de licitações e contratos, ao controle parlamentar, ao controle dos Tribunais de Contas, à exigência de concurso público para investidura nos seus empregos.

Em relação ao dever de licitar, descreve Carvalho Filho (2011, p. 460) que

[...] o art. 22, inc. XXVII da CF, prevê lei geral, de competência privativa da União Federal, para disciplinar contratações e licitações pertinentes a todas as pessoas federativas. A exceção que consta do dispositivo, introduzido pela EC 19/98, referente à empresas públicas e sociedades de economia mista, não pretendeu afastar a competência da União para editar as normas gerais, mas apenas possibilitou que outra lei geral, também de competência da União, instituísse a disciplina específica para tais entidades.

Esse aspecto é melhor tratado nesse trabalho mais adiante.

2 LICITAÇÃO NO BRASIL

2.1 ORIGEM, CONCEITO E FINALIDADE

Diversamente da Constituição anterior, a atual Carta Magna referiu-se expressamente sobre o tema licitação, estabelecendo no art. 22, inciso XXVII, ser de competência privativa da União legislar sobre 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, conforme redação dada pela Emenda Constitucional 19/98.

Segundo Pereira Junior (2009), a Lei 8.666/93 é a lei de normas gerais a que alude o art. 22, XXVII, da Constituição, cogente sua observância pelos órgãos dos entes políticos integrantes da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Embora as principais regras estejam contidas na Lei 8.666, outros institutos também disciplinam as licitações, como a Lei 8.987/95 que trata das licitações para concessões e permissões de serviços públicos, a Lei 10.520/02 que institui o pregão, a Lei 11.079/04 que regula as parcerias público-privadas, a Lei Complementar 123/06 que dispõe sobre algumas regras que beneficiam as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, a Lei 12.232/10 que disciplina os Serviços de Publicidade, entre outras.

A Administração Pública age de forma inteiramente distinta dos particulares, uma vez que estes estão livres para praticar qualquer ato ou desenvolver qualquer atividade, desde que a lei não proíba. Entretanto, cabe destacar que a Administração Pública, ao contrário, está sujeita ao regime jurídico administrativo (FURTADO, 2007).

Nesse contexto, afirma Niebuhr (2008) que o regime jurídico do contrato administrativo para a Administração Pública permite harmonizar os termos contratuais às diferentes faces do interesse público.

Entretanto, para a celebração destes contratos, a Administração Pública deve atender o que determina a Constituição Federal, em seu artigo 37 inciso XXI que determina:

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.

O Estado ao agir por meio de seus diversos poderes e por meio de seus órgãos e entidades, compreende as funções de manter, prover e alcançar determinados objetivos de interesse público.

No entanto, para atingir boa parte destes objetivos, o Estado recorre à iniciativa privada para concretizá-los, firmando com esta contratos administrativos.

Contrato Administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração (MEIRELLES et al., 1999, p. 217).

A Lei Federal nº 8.666/93 regulamenta o disposto no inciso XXI do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e no seu parágrafo único do art. 1º elenca o rol das entidades subordinadas a este dispositivo legal, conforme segue:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Diante do enunciado, de modo geral, todas as entidades integrantes da Administração Pública, mesmo indireta, subordinam-se à licitação, não podendo a Administração abdicar do procedimento licitatório antes da celebração de contrato, salvo nos casos previstos em lei.

Ainda conforme Jurisprudência no STJ:

2. A obrigatoriedade de observar o regime de licitações decorre do disposto

no art. 37, XXI, da Constituição Federal, e, antes mesmo do advento da Lei 8.666/93, as sociedades de economia mista já estavam subordinadas ao dever de licitar.

3. Malgrado sejam regidas pelo direito privado, as sociedades de economia mista, ainda que explorem atividade econômica, integram a administração pública estando jungidas aos princípios norteadores da atuação do Poder Público, notadamente a impessoalidade e a moralidade. (REsp nº80.061/PR, 2ª T, rel. Min. Castro Meira, j. em 24/08/2004, DJ de 11.10.2004)

Do exposto acima, verifica-se que a regra é licitar, e nesse mesmo entendimento Niebuhr (2008) nos ensina que os agentes administrativos encarregados de celebrarem contratos em nome da Administração Pública devem realizar a licitação, tendo em vista sua obrigatoriedade em virtude do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Ainda, conforme Carvalho Filho (2012, p. 233):

Não poderia a lei deixar ao exclusivo critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, porque, fácil é prever, essa liberdade daria margem a escolhas impróprias, ou mesmo a concertos escusos entre alguns administradores públicos inescrupulosos e particulares, com o que prejudicada, em última análise, seria a Administração Pública, gestora dos interesses públicos.

Meirelles et al. (1999, p. 23) conceituam Licitação: “é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”.

Do mesmo modo, Justen Filho (2009, p. 374) entende que:

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.

Ainda conforme o autor acima, licitação é uma série ordenada de atos jurídicos vinculados que permite com que os particulares interessados apresentem-se perante a Administração Pública competindo entre si em condições iguais.

Segundo Mello (2011, p. 530), licitação:

É o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

Além disso, afirma Niebuhr (2008) que a licitação é a fase intermediária entre a necessidade de contratar e a contratação propriamente dita, e acrescenta:

A realização de licitação pública é obrigatória em virtude do princípio da indisponibilidade do interesse público, dado que os agentes administrativos encarregados de celebrar contratos em nome da Administração Pública não podem fazê-lo de acordo com suas vontades, com seus desígnios pessoais, porém sempre norteados pelo interesse público. [...] Dessa forma, por meio de licitação pública, retira-se da esfera pessoal do agente administrativo a escolha de quem contrata com a Administração Pública. Para tanto, ele deve seguir o procedimento formal prescrito em lei, valendo-se de critérios antecipadamente definidos de modo impessoal e objetivo (NIEBUHR, 2008, p. 24).

Cabe elucidar sob esse ponto de vista que, através de legislação específica, o próprio ordenamento jurídico estabelece os procedimentos necessários à realização desta fase considerada intermediária, todavia de fundamental importância à manutenção dos interesses públicos (DI PIETRO, 2010).

Corroborando com este entendimento, conceitua Medauar (2011, p. 191):

Licitação, no ordenamento brasileiro, é o processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a Administração. Visa, portanto, a selecionar quem vai contratar com a Administração, por oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público. A decisão final do processo licitatório aponta o futuro contratado.

Para Meirelles (2011, p. 64), a “finalidade precípua da licitação será sempre a obtenção de seu objeto – uma obra, um serviço, uma compra, uma alienação [...] – nas melhores condições para o Poder Público”.

Assim, pode-se afirmar que a principal finalidade da licitação é a de proporcionar a compra mais vantajosa para a Administração Pública, sendo uma espécie de limitação à atuação do agente público, impondo-lhe mais rigor do que àqueles que se sujeitam os particulares (NIEBUHR, 2008).

Além da finalidade exposta por Meirelles (2011), informa Mello (2011, p. 530):

A licitação, nos termos do que hoje estabelece a legislação, visa alcançar um triplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto), assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendem realizar com os particulares e concorrer com a promoção do desenvolvimento sustentável.

Desta previsão legal decorre, portanto, um dos princípios da Administração, o Princípio da Licitação Pública, de modo que a Administração, em suas contratações,

tem por obrigação realizar o procedimento a fim de atender (da melhor forma) às necessidades públicas, inclusive a proposta mais vantajosa.

Ainda, destaca-se que duas são as finalidades da licitação, conforme nos ensina Mello (2010, p. 526):

A licitação visa alcançar duplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre os ofertantes preordena-se a isto) e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares.

Segundo Justen Filho (2010), não segue, no entanto, que o regime licitatório deva ser rigorosamente igual para todas essas entidades, pois há particularidades que devem ser reconhecidas, tal como mencionado no próprio texto da Constituição, principalmente pela existência da pluralidade e diversidade de organizações que são abarcadas nessa categoria.

2.2 PRINCÍPIOS RELACIONADOS À LICITAÇÃO

É importante destacar que a licitação não é um instituto absoluto, pois a própria lei prevê hipóteses de dispensa e inexigibilidade, não podendo se afastar dos princípios norteadores de forma alguma.

De acordo com Furtado (2007), para se compreender a licitação pública, as leis e os decretos que a regulamentam, é imprescindível compreender os princípios basilares destas leis e decretos.

Na linguagem comum, princípio significa o começo, o início, a base, o ponto de partida. Esse sentido é aproveitado no Direito. Já que os princípios jurídicos consubstanciam a base, o ponto de partida, a estrutura sobre a qual se constrói o ordenamento jurídico. Daí a importância deles, porque, para se compreender as leis, é fundamental que se compreenda o que deu origem e serviu de inspiração a elas (NIEBUHR, 2008, p.36).

Segundo o art. 3º da Lei da Licitação, os princípios que regem a licitação, qualquer que seja a sua modalidade, resumem-se nos seguintes preceitos: procedimento formal; publicidade dos seus atos; igualdade entre os licitantes; sigilo na apresentação das propostas; vinculação ao edital ou convite; julgamento objetivo; adjudicação compulsória ao vencedor e probidade administrativa (SILVA apud MEIRELLES, 2011, p. 286).

Di Pietro (2011, p. 360) afirma que “não há uniformidade entre os doutrinadores na indicação dos princípios informativos da licitação”, e a partir desta afirmativa, elenca, considerando também posições de demais doutrinadores, os

princípios da legalidade, da igualdade, da impessoalidade, da moralidade e da probidade administrativa, da publicidade, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da adjudicação compulsória e da ampla defesa como norteadores da licitação.

Para Medauar, (2011, p. 194):

O art. 3º da Lei 8666/93 afirma que a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Neste sentido, Niebuhr (2008, p. 31) explica que:

[...], para compreender a licitação pública, as leis e os decretos que a disciplinam, é fundamental compreender os princípios que a informam, o que, verdadeiramente, está por trás ou na base destas leis e decretos. Sem recorrer aos princípios, não se alcança a essência da licitação pública, e, em razão disso, muitas questões a respeito dela acabam sendo interpretadas de forma equivocada.

Para Justen Filho (2008), é por meio da análise dos conceitos próprios a cada um dos princípios elencados na Lei 8666/93 que se deve interpretar os demais comandos legais.

Da mesma maneira, Moraes (2007, p.111) assegura:

Assim, exige-se do administrador, no exercício de sua função pública, fiel cumprimento aos princípios da administração e, em especial, à legalidade, à impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, devendo respeito aos princípios éticos da razoabilidade e justiça.

Assim, além dos princípios dispostos no art. 37 da Constituição próprios da Administração Pública, há diversos outros princípios que regem a atividade licitatória.

2.2.1 Princípio da Legalidade

Na Constituição Federal de 1988, art. 5º, II, o princípio da legalidade encontra respaldo quando anuncia que “ninguém será obrigado de fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude de lei”.

Diferentemente da esfera privada, para a Administração Pública este princípio tem sentido diverso, pois, ao Administrador Público compete apenas agir quando há

prescrição em Lei.

O princípio da legalidade é o princípio basilar de toda atividade administrativa. Significa que o administrador não pode fazer prevalecer sua vontade pessoal; sua atuação tem que se cingir ao que a lei impõe (CARVALHO FILHO, 2011, p. 224).

A licitação é uma matéria diretamente vinculada à lei e todas as fases estão disciplinadas na Lei 8.666/93 ou em outro regulamento correspondente.

Deste modo, para Mello (2011) o princípio da legalidade deve basilar a conduta do ente público diante dos procedimentos licitatórios, isto é, não se pode exigir ou delegar coisa alguma se não estiver previsto em lei.

Segundo Niebuhr (2008, p. 93), “o princípio da legalidade é estritamente ligado ao da isonomia. Sua essência é o corte de discriminações infundadas, conservando a esfera individual através de proposições normativas impessoais, que se referem à totalidade social”.

Conforme afirma Medauar (2011, p. 131), “o princípio da legalidade traduz-se, de modo simples, na seguinte formula: a administração deve sujeitar-se às normas legais”.

Ainda nesta linha, salienta Niebuhr (2008, p. 34):

[...] os agentes administrativos não atuam com liberdade, para atingir fins que repute convenientes. Ao contrário, eles estão vinculados ao cumprimento do interesse público, uma vez que atuam nos estritos termos da competência que lhes foi atribuída por lei. Em breves palavras, a Administração Pública cumpre a lei; os agentes administrativos exercem competência atribuída por lei, nos termos dela.

Com entendimento semelhante Rigolin e Bottino (2008, p. 111) afirmam que:

O princípio da legalidade significa exatamente isto: somente será legítimo, correto, válido, aceitável, regular qualquer ato administrativo, incluso no procedimento licitatório, se obedecer ele, com inteiro rigor, o roteiro dado pela lei.

Os autores acima ainda explicam que:

Diz-se que a licitação é um procedimento vinculado, e o significado da afirmação é precisamente o de que a vontade da lei vincula a vontade do licitador, ou seja: nenhuma liberdade tem esse último de agir discricionariamente segundo sua escolha ou seu gosto particular, mas apenas pode atuar na estrita conformidade do comando da lei.

Finalmente, segundo Meirelles (2011), pode-se afirmar que o agente público não possui liberdade para atuar em processos licitatórios, devendo ficar atrelado às normas de procedimento postas na Lei.

2.2.2 Princípio da Isonomia

Para Di Pietro (2011), o princípio da igualdade ou da isonomia compõe um dos alicerces da licitação, pois não visa apenas consentir à Administração a escolha da melhor proposta, mas também visa assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar.

Sobre o princípio da Isonomia ou Igualdade, manifestam-se Rigolin e Bottino (2008, p. 113):

Aplicando o princípio à licitação, significa que, em tese, em princípio, abstratamente, antes de se iniciar alguma legítima diferenciação entre possíveis licitantes, todos eles desfrutam do mesmo, idêntico, direito de concorrer a contratante com a Administração.

Segundo Justen Filho (2009, p. 374):

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção de proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.

Conforme entendimento de Mello (2011, p. 512):

O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também, o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia.

Ainda, afirma Niebuhr (2008, p. 73) que “se o princípio da isonomia não é devidamente considerado, não há licitação pública. Trata-se de um elemento inafastável. O desrespeito à isonomia acarreta automaticamente a desconfiguração do interesse público”.

Dessa forma, segundo explicação de Carvalho Filho (2011), pode-se concluir que pela preservação do caráter competitivo do certame é que se abriga a realidade da aplicação do princípio da isonomia. Não se pode falar em concorrência justa e leal, se não houver igualdade entre as partes, desde as condições de participação quanto no aspecto de fornecimento de informações.

Consoante a este entendimento, Meirelles (2011) alerta que a forma mais insidiosa de desvio de poder ocorre no desatendimento a esse princípio, incorrendo na quebra da isonomia entre os licitantes, e assim o Judiciário tem anulado editais e

juízos em que perseguição ou o favoritismo administrativo são constatados, sem qualquer vantagem ou finalidade de interesse público.

Deve se destacar também que:

Sabendo-se que, como no dizer de Ruy Barbosa, isonomia não é senão a igualdade entre os iguais, e a desigualdade entre os desiguais na exata medida das suas desigualdades, a Lei 8666 possibilitou à Administração uma “desigualdade prévia” entre possíveis licitantes, de modo a apenas permitir que, entre eles, alguns, com características de suficiência técnica e econômica capazes de oferecer segurança, à Administração, do cumprimento de futuro contrato, possam ter suas propostas examinadas, em fase posterior à prévia habilitação (RIGOLIN E BOTTINO, 2008, p. 114).

Tal princípio possui como finalidade proibir o estabelecimento de condições que provoquem preferência a um determinado fornecedor, devendo aplicar tratamento igual a todos que apresentem iguais condições, tornando a licitação mais competitiva. Ao mesmo tempo, permite-se a definição de critérios para selecionar proponentes sem ferir o princípio da isonomia.

2.2.3 Princípio da Impessoalidade

Segundo Justen Filho (2009), a impessoalidade deriva da isonomia, da vinculação à lei e ao ato convocatório e da moralidade. Prevê que a Administração deve agir de modo a refletir somente diferenças efetivas e relevantes para os fins da licitação, sem distinções baseadas em atributos pessoais dos interessados.

Di Pietro (2011) defende que o tratamento aos licitantes deve ser igual, em termos de direito e obrigações, devendo a Administração, em suas decisões, arrolar somente critérios objetivos, sem levar em consideração condições pessoais do licitante e rejeitando o subjetivismo do agente.

Medauar (2011, p. 133) entende que:

Com o princípio da impessoalidade a Constituição visa obstaculizar atuações geradas por antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represálias, nepotismos, favorecimentos diversos, muito comuns em licitações, concursos públicos, exercício do poder de polícia. Busca desse modo, que predomine o sentido de função, isto é, a idéia de que os poderes atribuídos finalizam-se ao interesse de toda a coletividade, portando resultados desconectados de razões pessoais.

Da mesma forma, Santanna (2011, p.118) critica a possibilidade de favoritismo senão o previsto em lei, destacando que:

É vedado ao órgão ou entidade que esteja realizando o certame licitatório estabelecer qualquer discriminação ou favoritismo que não esteja previsto em lei. Desta forma, o tratamento dispensado a todos os licitantes deve ser de forma igualitária, ou seja, ofertado aos interessados igual oportunidade de condições para disputar a licitação.

Assim, fica claro que se seguindo o princípio da impessoalidade, deve-se afastar o emprego de qualquer ato que venha a discriminar qualquer proponente dentro do processo licitatório, salvo previsão legal que permita o uso do mesmo, pois todos devem ser tratados sem qualquer favorecimento de modo ilegal.

2.2.4 Princípio da Moralidade

O princípio da moralidade trata dos aspectos referentes à moral, aos bons costumes, à ética e à honestidade que devem ser aplicados em todo e qualquer processo licitatório.

Erigida atualmente à categoria de princípio constitucional pelo art. 37, caput, da CF, a moralidade administrativa deve guiar toda a conduta dos administradores. A estes incumbe agir com lealdade e boa-fé no trato com os particulares, procedendo com sinceridade e descartando qualquer conduta astuciosa ou eivada de malícia (BANDEIRA DE MELLO apud CARVALHO FILHO, 2011).

Mello (2011, p. 207) vem no mesmo raciocínio completando que:

O princípio da moralidade significa que o procedimento licitatório terá de se desenrolar na conformidade de padrões éticos prezáveis, o que impõe, para a Administração e licitantes, um comportamento correto, liso, honesto, de parte a parte.

Da mesma forma, Di Pietro (2010, p. 355) explica que “o princípio da moralidade, [...], exige da Administração comportamento não apenas lícito, mas também consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade”.

Enfim, esse princípio vem exigir que o administrador público possua uma conduta ética em todos seus atos, inclusive nas licitações.

Além do mais, conforme entendimento de Meirelles (2011), não se pode tratar de moralidade nos processos licitatórios apenas referente à conduta da Administração Pública, mas também os licitantes devem, em todas as fases do

procedimento licitatório, respeitar os ditames legais, de forma honesta e proba, estabelecendo uma via de mão dupla.

2.2.5 Princípio da Publicidade

Conforme entendimento de Mello (2010), o princípio da publicidade estabelece que os atos e fases da licitação sejam efetivamente expostos ao conhecimento de todos os interessados.

Por Princípio da publicidade, entende Di Pietro (2010, p. 359):

Outro princípio previsto no art. 3º da Lei 8666/93 é o da publicidade, que diz respeito não apenas à divulgação do procedimento para conhecimento de todos os interessados, como também aos atos da Administração praticados nas várias fases do procedimento, que podem e devem ser abertas aos interessados, para assegurar a todos a possibilidade de fiscalizar a sua legalidade.

Assim, art. 3º, § 3º, da Lei 8.666/93, em sua primeira parte, já deixa perfeitamente claro que a licitação não poderá ser sigilosa, prevendo que a “licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”.

Nesse sentido, Carvalho Filho (2012, p. 243) afirma que:

Esse princípio informa que a licitação deve ser amplamente divulgada de modo a possibilitar o conhecimento de suas regras a um maior número possível de pessoas. E a razão é simples: quanto maior for a quantidade de pessoas que tiverem conhecimento da licitação, mais eficiente poderá ser a forma de seleção, e, por conseguinte, mais vantajosa poderá ser a proposta vencedora.

2.2.6 Princípio da Vinculação ao instrumento convocatório

A vinculação ao instrumento convocatório estabelece que as regras definidas no edital ou no convite devem ser fielmente observadas por todos, estando expressa no art. 41 da Lei 8.666/93 que impõe que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada” e de acordo com o art. 43, inciso V, o julgamento e a classificação das propostas devem estar de acordo com os critérios de avaliação do edital.

Os instrumentos convocatórios da licitação apresentam as regras que devem ser seguidas na fase do certame e na fase de contratação, portanto possuem relevante importância dentro do processo licitatório. Caso o instrumento convocatório apresente qualquer equívoco, segundo Carvalho Filho (2011), pode e deve a Administração fazer as devidas correções e divulgá-las de maneira ampla. Ainda, o mesmo autor entende que é vedado à Administração, o descumprimento das regras do edital.

Meirelles et al. (2010, p. 290) afirmam que:

nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado.

No entanto, destaca o mesmo autor que:

Isso não significa que o princípio de vinculação ao edital seja “absoluto” a ponto de obstar à administração ou ao próprio Judiciário interpretá-lo, inclusive à luz do princípio da razoabilidade, para melhor aferir seu sentido e compreendê-lo, impedindo que o rigor excessivo venha a afastar da licitação possíveis proponentes e prejudicar uma das suas finalidades, mas tomando-se o cuidado para não haver quebra de princípios legais ou constitucionais, como o da legalidade estrita.

Ainda, conforme Guimarães (2002, p. 53), “fica a Administração Pública estritamente vinculada aos seus termos, não podendo estabelecer exigências ou condições nele não previstas, nem tão pouco praticar atos não amparados pelo edital ou pela carta convite”.

No mesmo sentido, é o entendimento de Carlin (2007, p. 179):

Dessa forma, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório (edital ou carta-convite) abrange a Administração Pública e aos licitantes e tem como objetivo resguardar a segurança jurídica através da manutenção das regras estabelecidas inicialmente até o final da contratação.

Para Santana (2011), a fase de elaboração do instrumento convocatório (edital) por se tratar do instrumento onde devem constar todas as regras a serem adotadas nos procedimentos de licitação e contratação, a considera como a fase mais importante do processo licitatório.

Ainda, sobre a importância do instrumento convocatório, destaca-se a opinião de Niebuhr (2008, p. 35):

Os licitantes, ao analisarem o instrumento convocatório, devem ter condições de precisar tudo o que serão obrigados a fazer, caso saiam

vencedores do certame. E, por outro lado, a Administração Pública só pode exigir aquilo que efetivamente estiver no instrumento convocatório.

Nesse mesmo sentido, o autor acima confirma que:

[...] o instrumento convocatório, deve indicar os documentos a serem apresentados pelos licitantes para que eles sejam habilitados no certame. E ainda, em linha geral, deve enunciar os critérios objetivos a serem levados em conta para cotejar as propostas.

Segundo entendimento de Justen Filho (2009), após a elaboração do edital, cabe às partes, Administração e licitantes, respeitar estritamente as regras previamente estabelecidas para a fase de licitação até a fase de contratação, sob pena de nulidade de todo o processo.

2.2.7 Princípio do Julgamento Objetivo

O princípio do julgamento objetivo está expresso no art. 45 da Lei 8.666/93, e assim dispõe:

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

Para Mello (2011, p. 542), “o princípio do julgamento objetivo almeja, como é evidente, impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora”.

Niebuhr (2008, p. 38) advoga:

[...] o julgamento objetivo agrega-se ao instrumento convocatório, pois os critérios do julgamento nele estão previstos. Nesse desígnio, o julgamento objetivo é aquele que se dá na estrita conformidade dos parâmetros no edital.

O mesmo autor ainda complementa que:

Na realidade, tanto o princípio do julgamento objetivo quanto o princípio da vinculação ao instrumento convocatório se completam e ambos se encontram no princípio da isonomia, visto que constituem garantias formais dos particulares em relação à Administração Pública, fazendo com que o certame do início ao fim se deite sob critérios claros e impessoais.

No mesmo sentido, Carlin (2007, p. 179) afirma que “juízo objetivo é aquele que não comporta dúvida na interpretação do contexto licitatório e pelo qual resta claro que a Administração tomou determinada decisão”.

Assim, pode-se concluir que o agente público não pode agir de maneira discricionária na seleção das propostas ofertadas no processo licitatório e sim que as decisões sejam tomadas sem critérios subjetivos.

2.2.8 Princípio da adjudicação compulsória

Esse princípio encontra resguardo no art. 50 da Lei 8.666/93, que dispõe que “a Administração não poderá celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade”.

Encontra-se na mesma lei em seu art. 64, § 2º, que a Administração deve obedecer à ordem de classificação para convocação dos demais licitantes, no caso de desistência do vencedor do certame.

Meirelles (2011, p. 291) explica que “o princípio da adjudicação compulsória ao vencedor impede que a Administração, concluído o procedimento licitatório, atribua seu objeto a outrem que não o legítimo vencedor”.

No entanto, destaca Di Pietro (2010, p. 362):

Em verdade, a expressão adjudicação compulsória é equivocada, porque pode dar a ideia de que, uma vez concluído o julgamento, a Administração estará obrigada a adjudicar; isto não ocorre, porque a revogação motivada pode ocorrer em qualquer fase da licitação. Tem-se que entender o princípio no sentido de que, se a administração levar o procedimento a seu termo, a adjudicação só pode ser feita ao vencedor; não há direito subjetivo à adjudicação quando a Administração opta pela revogação do procedimento.

Além disso, Medauar (2011) explica que para que não haja a adjudicação, é necessário que o vencedor desista formalmente. Ao não cumprir o prazo estabelecido para tal, ainda assim é necessário que justifique o motivo.

Então, pode-se concluir que o princípio da adjudicação compulsória trata do direito do vencedor ser contratado pela administração, exigindo a utilização da ordem de classificação das propostas e vedando a assinatura do contrato com outro que não seja o vencedor da licitação, somente possível se o vencedor abdicar expressamente ou não assinar o contrato no prazo fixado.

2.2.9 Princípio da Probidade Administrativa

Apesar da moralidade e a probidade administrativa serem tratadas como princípios distintos pelo art. 3º da Lei 8.666/93, grande parte da doutrina entende que os dois princípios possuem o mesmo significado.

Além disso, conforme afirmam Meirelles et al. (2010, p. 291), “a probidade na Administração mandamento constitucional (art. 37, § 4º.)”.

Para Carvalho Filho (2012, p. 243):

Exige o princípio que o administrador atue com honestidade para com os licitantes, e sobretudo para com a própria Administração, e, evidentemente, concorra para que essa atividade esteja de fato voltada para o interesse administrativo que é o de promover a seleção mais acertada possível.

2.3 DISPENSA

Segundo leciona Carvalho Filho (2012, p. 248):

O princípio da obrigatoriedade da licitação impõe que todos os destinatários do Estatuto façam realizar o procedimento antes de contratarem obras e serviços. Mas a lei não poderia deixar de ressaltar algumas hipóteses que, pela sua particularidade, não se compatibilizam com o rito e a demora do processo licitatório. A ressalva à obrigatoriedade, diga-se de passagem, já é admitida na própria Constituição, a teor que estabelece o art. 37, XXI. Regulamentando o dispositivo, coube ao legislador a incumbência de delinear tais hipóteses específicas, o que fez no art. 24 do Estatuto.

Alguns autores diferenciam a licitação dispensável da licitação dispensada, entre esses tem-se Meirelles et al. (2010, p. 294) que afirmam que licitação dispensada “é aquela que a própria lei declarou-a como tal (art. 17, I e II, com as alterações introduzidas pela Lei 11.481, de 31.5.2007 (conversão da MP 335, de 23.12.2006), e art. 2º, § 1º, III da Lei dos Consórcios Públicos – Lei 11.107/2005)”. Enquanto que, para o mesmo autor (2010, p. 296), licitação dispensável “é toda aquela que a Administração pode dispensar se assim lhe convier. A lei enumerou vinte e nove casos (art. 24, I a XXIX)”.

Assim, licitação dispensável é aquela em que a Administração pode dispensar, caso lhe seja conveniente. Na Lei 8.666/93 todos os casos estão previstos no artigo 24, do inciso I ao XXIV, sendo este rol taxativo, ou seja, não cabem outras situações além daquelas enumeradas.

Ainda, explica Justen Filho (2009) que a lei dispensa a realização de licitação com base no princípio da proporcionalidade. São os casos em que se pode aferir que os benefícios possíveis da licitação não são suficientes para justificar os encargos incorridos na realização de todo o processo licitatório.

2.4 INEXIGIBILIDADE

A inexigibilidade de licitação está relacionada com a inviabilidade de competição, podendo a Administração deixar de realizar a licitação nos casos em que ficar provado e justificado o não cabimento da mesma.

As hipóteses de inexigibilidade estão relacionadas no artigo 25, da Lei 8.666/93, sendo este um rol exemplificativo e não taxativo, haja vista possibilidade implícita na redação do próprio artigo: “É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial”:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no artigo 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

[...]

Em todos os casos arrolados, a licitação é inexigível em razão da impossibilidade jurídica de se instaurar competição entre eventuais interessados, pois não se pode pretender melhor proposta quando há somente um proprietário do bem desejado ou reconhecidamente capaz de atender às exigências da Administração, conforme explica Meirelles (2003).

O inciso I trata do produtor ou vendedor exclusivo e, na visão de Gasparini (2009, p. 553):

A licitação só tem razão de ser nas hipóteses em que se pode instaurar uma competição entre os licitantes interessados em negociar com a entidade, em

princípio, obrigada a licitar. Inexistindo essa possibilidade, torna-se inútil o certame e absurda a sua exigência. É o que ocorre, e aí o porquê da inexigibilidade, para a aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, prevista no primeiro dos incisos do artigo 25 do Estatuto Federal Licitatório [...].

O inciso II versa sobre a inexigibilidade na contratação de serviços técnicos profissionais especializados ou de notória especialização e previstos no artigo 13, da Lei 8.666/93.

Assim, explica Gasparini (2009, p. 557) que:

Por natureza singular do serviço há de se entender aquele que é portador de tal complexidade executória que o individualiza, tornando-o diferente dos da mesma espécie, e que exige, para a sua execução, um profissional ou empresa de especial qualificação.

Já notória especialização está conceituada no próprio artigo 25, em seu § 1º:

Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

O inciso III trata das hipóteses de contratação de profissional do setor artístico consagrado por críticos especializados ou pela opinião pública.

Justen Filho (2008) apresenta justificativas não previstas expressamente no artigo 25, mas que caracterizam a inviabilidade de competição: ausência de pluralidade de alternativas de contratação, ausência de mercado concorrencial entre possíveis interessados, impossibilidade de seleção com base em critérios objetivos e a falta de definição objetiva da prestação a ser executada.

A diferença fundamental entre dispensa e inexigibilidade é a possibilidade de competição, no caso da dispensa é facultada a licitação nos casos previstos na Lei, ficando a cargo do Administrador Público optar por fazê-la ou não. Já na inexigibilidade, não existe possibilidade para competição, tornando a licitação inviável, e os incisos de I a III do art. 25 possuem caráter apenas exemplificativo.

2.5 MODALIDADES

Conforme Carvalho Filho (2011, p. 252):

Modalidade é a forma pela qual a licitação será realizada. São 5 (cinco) as modalidades de licitação expressas na Lei nº 8.666/93, e estão elencadas no art. 22, incisos I a V, e são as seguintes: Concorrência, Tomada de Preços, Convite, Concurso, Leilão. Essas modalidades são aplicáveis a todos os entes da federação.

Além dessas descritas acima, por meio da Lei nº 10.520, de 17.07.2002, foi instituída a sexta modalidade de licitação denominada pregão.

Abaixo estão arroladas e definidas cada uma das modalidades.

2.5.1 Concorrência

Meirelles et al. (2010, p. 340) afirmam que “Concorrência é a modalidade de licitação própria para contratos de grande valor, em que se admite a participação de quaisquer interessados [...]”.

A concorrência está prevista no inciso I, do artigo 22, § 1º da Lei federal das licitações e contratos da administração pública.

Consoante ao entendimento de Meirelles, Justen Filho (2008, p. 247) afirma que “o que diferencia a concorrência é a amplitude de participação dos interessados”.

Ainda, Niebuhr (2008, p. 103) garante que “a concorrência é a modalidade padrão de licitação pública, que preserva com maiores rigores o interesse público, em virtude do que é destinada aos contratos mais complexos e mais importantes, de acordo com a avaliação do legislador”.

Os requisitos peculiares da concorrência são elencados por Meirelles (2004, p. 305), tais como “a ampla publicidade, a habitação preliminar, e o julgamento por comissão”. O autor relata ainda que pode haver participação internacional de concorrentes.

2.5.2 Tomada de Preços

O inciso II, do artigo 22, § 2º da Lei 8.666/93 define a modalidade Tomada de preço.

Justen Filho (2008, p. 247) afirma que “como regra, podem participar da tomada de preços os interessados que tiverem obtido seu cadastramento prévio”. Destaca o autor a exceção que é a participação dos interessados “que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior a data do recebimento das propostas”.

Meirelles et al. (2010, p. 347) afirmam que a distinção da tomada de preços e concorrência reside no fato da “existência da habilitação prévia dos licitantes através dos registros cadastrais, de modo que a habilitação preliminar se resume na verificação dos dados constantes dos certificados de registros dos interessados”.

Além disso, segundo Niebuhr (2008, p. 104):

A modalidade tomada de preços, por sua vez, tem lugar naqueles certames reputados pelo legislador de relevância mediana, isto é, para as obras e os serviços de engenharia cujo valor da contratação não exceda R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) (alínea “b” do inciso I do artigo 23 da Lei nº. 8666/93); para os demais contratos cujos valores não ultrapassem R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) (alínea “b” do inciso II do artigo 23 da Lei nº. 8.666/93; e para as licitações internacionais, nas hipóteses em que o órgão licitante possuir cadastro internacional de fornecedores (§3º. Do artigo 23 da Lei nº 8.666/93).

2.5.3 Convite

É necessário apresentar a modalidade chamada convite, que para Carvalho Filho (2011, 255) “é uma modalidade de licitação que é realizada entre no mínimo três interessados cadastrados ou não no ramo de que trata o objeto do certame, e são escolhidos livremente pela Administração”.

Como espécie de licitação, o convite está disposto na Lei 8.666/93 em seu artigo 22, inciso II, § 3º.

Justen Filho (2008, p. 249), ao comparar essa modalidade com as demais, declara que é o procedimento mais singelo dentre as demais modalidades e afirma que pode “a administração escolher potenciais interessados em participar da licitação. Esses não necessitam estar cadastrados previamente. Mas se admite a participação de quaisquer outros convidados”.

Corroborando com o entendimento do autor acima, Meirelles et al. (2010, p. 348) afirmam que essa modalidade é “destinada à contratações de pequeno valor, consistindo na solicitação escrita a pelo menos três interessados do ramo,

registrados ou não, para que apresentem suas propostas no prazo mínimo de cinco dias úteis (art. 21, § 2º, IV)”.

Niebuhr (2008, p. 105) complementa que essa modalidade:

[...] é aplicada nas licitações para obras e serviços de engenharia cujos valores não excedam R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) (alínea “a” do inciso I do artigo 23 da Lei nº. 8.666/93); nos demais contratos cujos valores não sejam superiores a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) (alínea “a” do inciso I do artigo 23 da Lei nº. 8.666/93); e nas licitações internacionais, se não houver fornecedor de bem ou serviço no país (§3º. Do artigo 23 da Lei 8.666/93).

2.5.4 Concurso

O concurso está previsto no inciso IV e definido no § 4º. do artigo 22 do Estatuto Federal das Licitações e Contratos da Administração Pública.

Segundo Carvalho Filho (2011, p. 257), concurso “é a modalidade de licitação que propõe à seleção de trabalho técnico, artístico ou científico, mediante a instituição de prêmio ou remuneração aos vencedores. Trata-se, pois, de aferição de caráter eminentemente intelectual”.

Segundo Meirelles et al. (2010), esta modalidade aplica-se à escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, com predominância de criação intelectual. Normalmente os classificados recebem prêmios, mas a lei também admite remuneração. Além disso, aos classificados, não é conferido qualquer direito a contrato com a administração.

No entanto, Justen Filho (2008, p. 253) explica que nesta modalidade os interessados deverão apresentar seus trabalhos técnicos ou artísticos já prontos e acabados, porquanto “não há seleção entre propostas para futura execução. Os interessados apresentam o resultado de seu esforço e o submetem à análise da Administração.”

Niebuhr (2008, p. 106) acrescenta que o edital dessa modalidade deve ser publicado com no mínimo 45 (quarenta e cinco) dias de antecedência em imprensa oficial (§ 4º. do artigo 22 da Lei nº 8.666/93).

2.5.5 Leilão

Para Carvalho Filho (2011, p. 257) leilão é a modalidade “utilizada para vender bens móveis inservíveis; vender produtos legalmente apreendidos ou penhorados; e alienar bens imóveis adquiridos em procedimento judicial ou através de dação em pagamento, como permite o art. 19 do Estatuto”.

A concorrência está prevista no inciso V, do artigo 22, § 5º da Lei federal das licitações e contratos da administração pública que prevê:

Art. 22. São modalidades de licitação:

[...]

V - leilão.

[...]

§ 5º. Leilão é modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no artigo 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação. (Redação dada ao parágrafo pela Lei nº 8.883, de 08.06.1994).

Segundo Justen Filho (2008, p. 254):

Será considerada vencedora a proposta mais elevada. O leilão é um procedimento licitatório destinado a alienar bens pelo melhor preço. Por isso, é desnecessária uma fase de habilitação destinada a investigar alguma peculiaridade do interessado. Quando muito, a Administração pode exigir comprovação de que o interessado dispõe de condições econômicas para honrar suas propostas.

Ainda, Meirelles (2008) complementa que nessa modalidade é essencial que os bens sejam postos à disposição dos interessados para exame e que haja grande publicidade por meio de edital com todas as informações, como objeto, local, data e horário, para que possa atrair o maior número de interessados e não haja qualquer favoritismo.

2.5.6 Pregão

Além das modalidades acima transcritas, foi inserida no cenário administrativo pela Lei 10.520/2002 uma nova modalidade de licitação chamada Pregão. Esta nova

modalidade diferencia-se das demais pela sua agilidade, economia, eficiência e competitividade.

Dispõe então o art. 1º da referida lei:

Art. 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.

Segundo Niebuhr (2008, p. 106):

A modalidade pregão é utilizada para a aquisição de bens e serviços de natureza comum, isto é, consoante definição contida na respectiva Lei, bens e serviços cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais no mercado (§ 1º. Do artigo 1º. da Lei nº. 10.520/02).

Ainda, conforme Niebuhr (2008, p. 106), “o Decreto federal nº. 5.450/05 estabelece procedimento para realização da modalidade pregão á distância, mediante o uso de sistema de informática, com comunicação por internet, o que costuma ser chamado de pregão eletrônico”.

3 O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO DE EMPRESAS ESTATAIS

3.1 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/1998

A Emenda Constitucional nº19 buscou agregar ao ordenamento jurídico brasileiro uma gestão pública mais moderna, ágil, descentralizada, voltada para o controle de resultados e compatível com o modelo de sociedade contemporânea.

Pode-se afirmar que esta Emenda implantou no Brasil a reforma administrativa, sendo um dos eixos da almejada reforma do Estado, substituindo a administração pública burocrática, que vigorou no Brasil desde a década de 30.

A administração pública burocrática nasceu, portanto, da necessidade de desenvolver-se um tipo de administração que partisse não apenas da clara distinção entre o público e o privado, mas também da separação entre o ser político e o administrador público. Desenvolveu-se, portanto, a partir da concepção de uma organização burocrática capitalista, baseada na centralização das decisões, na hierarquia e no princípio da unidade de comando, na estrutura piramidal de poder, no controle passo a passo dos processos administrativos. Consistia, na verdade, em uma burocracia estatal de administradores formados especialmente para desconfiar de tudo e de todos, tendo em vista que a tradição informava que, se assim não fosse, os "fantasmas" do patriarcalismo e do nepotismo poderiam ressuscitar (SILVA, 1999).

Dentre as principais modificações introduzidas pela Emenda Constitucional nº19 que visava modernizar a máquina administrativa destacam-se “aquelas relacionadas com a estabilidade dos servidores públicos, com o regime de remuneração dos agentes públicos e com a gestão gerencial da administração pública” (SILVA, 1999). Teve também a função de “fortalecer a competência administrativa do centro de direção administrativa do Estado brasileiro e estimular a autonomia das agências e das organizações sociais”.

Enfim, conforme Silva (1999), a Emenda Constitucional nº. 19 foi responsável pela reforma administrativa do Estado Brasileiro.

3.1.1 A alteração da Lei

A Emenda Constitucional nº. 19 promoveu a alteração na redação dos art. 22, inc. XXVII e 173, §1º, inc. III, e consagrou a competência da União de legislar sobre

as normas gerais para a administração direta, autárquica e fundacional, em concordância com o art. 37, inc. XXI, e para as estatais, observando os termos do art. 173, §1º, inc. III.

Art. 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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Para Pereira Junior (2009), o art. 22 da Constituição Federal define as competências legislativas privativas da União. Contudo, ainda segundo o autor, o inciso XXVII estabelecia, antes da EC nº 19, que era competência da União a produção de normas gerais para toda a administração pública brasileira, sem restrições. A EC nº 19 trouxe, portanto, mudanças importantes nesta interpretação.

Assim, segundo Justen Filho (2008), a alteração da redação do inciso XXVII do art. 22 da CRFB/88 provocou a necessidade de distinguir as empresas estatais.

Na redação original da CF/88, não havia distinção entre as duas categorias de empresas estatais. A Lei 8666 determinou regime uniforme para as licitações e contratações da Administração direta e indireta. Posteriormente a Emenda Constitucional nº 19/1998 alterou a redação dos art. 22, inc. XXVII, e 173, § 1º, inc. III. Consagrou competência da União para legislar sobre normas gerais para a Administração direta, autárquica e fundacional, obedecido o art. 37, inc. XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, inc. III. (JUSTEN FILHO, 2008, p. 26).

Deve-se aqui, também, explanar sobre a interpretação dada ao art. 37 da CRFB/1988 e seu inciso XXI após a EC 19/98 que assim prevê:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
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. (Regulamento)

Segundo Justen Filho (2009, p. 16):

O caput do art. 37 da CF/88 consagra princípios aplicáveis uniformemente a todas as manifestações de atividade administrativa do Estado, seja no âmbito da Administração direta, como no tocante à indireta. Não é diferente a natureza e extensão do inc. XXI do mesmo art. 37 da CF. Esse dispositivo não indica alguma espécie de disciplina, relativamente à natureza do regime jurídico-licitacional. Prevê, apenas, a regra da licitação prévia para as contratações administrativas. Admite exceções cuja disciplina será prevista em lei.

Afirma, então, Medauar (2011, p. 191) que a interpretação dada ao inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal é simples, pois a essa “determina que as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas mediante processo de licitação pública que assegure a igualdade de condições a todos os participantes”.

E o art. 173, § 1º, III define:

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

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

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

Muitos autores defendem a ideia de que embora as empresas estatais possam editar seus regulamentos, devem estas ainda assim observar as normas gerais da Lei 8.666/93, incluindo o procedimento licitatório, ou mesmo preveem a derrogação da Lei 8.666 em atenção a uma lei própria para estas entidades, desde que observados os princípios gerais.

Do mesmo modo, para Meirelles (2011, p. 294), “admite-se que as empresas estatais que possuem personalidade jurídica de Direito Privado (sociedades de economia mista e empresas públicas) possam ter regulamento próprio, mas ficam sujeitas às normas gerais da Lei 8.666/93.”

Segundo afirma Justen Filho (2010), não é permitida a estas entidades suprimir a observância de um regime licitatório, pois este é imposto pela própria Constituição Federal, mas o que se exige é a simplificação do procedimento às entidades que atuam no mercado e que competem com empresas privadas.

No entanto, segundo Carvalho Filho (2011), a Emenda Constitucional reconhece que lei venha a regular especificamente a contratação e as licitações relativas às empresas públicas e sociedades de economia mista, sem deixar de

observar os princípios gerais desse instituto. Significa que nova disciplina sobre a matéria, específica para essas pessoas administrativas, será estabelecida em lei própria, seguindo-se, em consequência, a derrogação da Lei 8.666 para tais entidades.

Consoante a esse entendimento, Di Pietro (2011, p. 369) afirma que:

O art. 173, por sua vez, prevê lei que venha a estabelecer 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, dentre outras matérias, sobre licitação e contratação de obras e serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.

Entretanto, para os autores supracitados, como se pode observar, a nova redação não assegurou, por si só, o resultado ambicionado de amenizar as restrições conferidas pela Lei 8.666, enquanto não for estabelecido um estatuto de licitações para a administração indireta.

Segundo Pereira Junior (2009), o novo regime jurídico dessas entidades depende de estatuto conforme prevê a Emenda 19/98. A norma é de eficácia contida, na expectativa de uma lei específica, e, na falta desta, o regime jurídico das estatais deve observar a legislação vigente.

Também conforme o autor:

O termo estatuto encerra conteúdo específico no jargão jurídico. Exprime disciplina completa dos direitos, deveres e obrigações de que são titulares todos os que ingressem em sua moldura de alcance normativo. Ao fazer uso da expressão estatuto jurídico, a Emenda 19 quer realçar que a constituição, a estrutura interna, os objetivos sociais, o desempenho funcional, o regime de direitos e obrigações que venham a contratar, bem assim a responsabilidade de seus administradores, estarão disciplinados num só conjunto orgânico de normas, a que deverão obediência (...). (PEREIRA JUNIOR, 2009, p. 28)

Ainda, segundo Figueiredo (2009), após a EC nº 19, pode-se observar relevantes alterações na utilização das normas gerais atribuídas pela Lei 8.666/93 no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista, e concluir que as empresas estatais podem ser sujeitas a um regime de licitação simplificado, que deve estar definido no estatuto jurídico da empresa.

Para melhor se entender do que se trata o estatuto mencionado, Pereira Junior (2009, p.28) explica que:

O termo “estatuto” encerra conteúdo específico no jargão jurídico. Exprime disciplina completa dos direitos, deveres e obrigações de que são titulares

todos os que ingressem em sua moldura de alcance normativo. Ao fazer uso da expressão “estatuto jurídico”, a Emenda 19 quer realçar que a constituição, a estrutura interna, os objetivos sociais, o desempenho funcional, o regime de direitos e obrigações que venham a contratar, bem assim a responsabilidade de seus administradores, estarão disciplinados num só conjunto orgânico de normas, a que deverão obediência todas as empresas públicas e sociedades de economia mista que existam ou venham a existir na Administração Pública brasileira, seja qual for o enquadramento de sua atuação.

Da mesma forma, Justen Filho (2008, p. 26) defende que:

A EC 19/98 alterou a redação do art. 173 que passou a prever que as entidades da Administração indireta, exercentes de atividades econômicas, estariam sujeitas a regime jurídico específico no tocante a licitações. Ali previu um “estatuto” para tais entidades, ao qual caberia disciplinar licitação e contratação, “observados os princípios da administração pública” (inc. III).

Segundo Alexandrino e Paulo (2010, p. 91), é evidente que:

O intuito do legislador constituinte derivado foi possibilitar que essas empresas, atuantes no domínio econômico em sentido estrito, tenham um regime de licitações mais flexível, com atenuação do rigor das condições impostas pela Lei 8666/1993. Com efeito, por operarem em concorrência com o setor privado, necessitam elas, mesmo no que respeita as suas atividades-meio, de procedimentos mais simplificados, desburocratizados, rápidos, que lhes permitam competir no mercado.

Consoante a este mesmo entendimento, Figueiredo (2009, p. 1) afirma que:

Esse regime simplificado possibilita evitar a sujeição dessas empresas ao rigor da Lei 8666/93, que exige custos vultosos e bastante tempo para concluir as contratações, o que atrasa a dinamicidade das relações privadas. Tendo em vista que elas estão inseridas no setor privado, pretende-se com essa possibilidade que cheguem ao mesmo patamar competitivo de suas concorrentes.

Apesar das empresas estatais que possuem personalidade jurídica de Direito Privado (sociedades de economia mista e empresas públicas) possuírem a liberdade de ter regulamento próprio, ainda ficam sujeitas ao inciso XXI do art. 37 da CRFB/1988, ou seja, tem obrigação de licitar, conforme entendimento de Meirelles (2011).

No entanto, ainda sobre o estatuto, segundo Madeira (2010), há divergências na doutrina, pois até o momento se aguarda a criação de lei específica que vai dispor sobre as contratações nas empresas estatais da administração indireta, conforme o art. 22, XXVII, da Constituição Federal a partir da redação dada pela EC 19/98.

Além disso, segundo Mello (2011, p. 544):

As sociedades de economia mista e empresas públicas prestadoras de serviços públicos continuam e continuarão a ser regidas pela Lei 8666, visto que não foram afetadas pelo mencionado dispositivo. Já as exploradoras de atividade econômica passarão a ser regidas futuramente pela lei a que se refere o mencionado art. 22, XXVII, a ser editada na conformidade do art. 173, § 1º, III, que trata precisamente de atuação direta do Estado no domínio econômico.

Conforme opinião de Carvalho Filho (2011), o estatuto será previsto por lei federal, que instituirá as linhas gerais, cabendo às leis regionais e locais estabelecer a disciplina suplementar.

Segundo Medauar (2011, p. 97):

Enquanto não se editar o estatuto jurídico daquelas estatais, as licitações e contratações continuam a se reger pela 8666/93, que no seu art. 119 possibilita a cada empresa pública, observadas as disposições desta lei, editar regulamento próprio de licitações e contratos, sendo que, após aprovação da autoridade a que estiver vinculada, deverá ser publicada na imprensa oficial.

Como tal situação não se verificou no caso concreto, posto que até o momento não houve edição da referida lei para instituir o Estatuto, segundo o entendimento doutrinário, tais entidades devem continuar se submetendo à Lei 8.666.

Todavia, segundo entendimento de Pereira Junior (2009, p. 29), “entidades que desempenham função econômica relevante não podem atravessar período de anomia por prazo indeterminado, já que a Emenda sequer o fixou para promulgação da lei, como fez em relação a outras matérias”.

Ainda conforme o autor supracitado, solução para evitar a temporária indefinição normativa estará em valerem-se as entidades do permissivo inscrito no art. 119 da Lei 8.666, que, não reproduzindo as disposições da lei geral de licitações, já darão cumprimento ao regime delineado pela Emenda 19, estabelecendo regras procedimentais harmonizadas com os princípios licitatórios, com as peculiaridades e características do mercado em que atua.

Tal artigo dispõe que:

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

Continua Pereira Junior (2009, p. 30):

Viável a solução porque o mencionado art. 119 não foi recepcionado na íntegra pela emenda 19. No que, em sua parte final, sujeita os regulamentos internos às disposições da Lei 8.666/93, o art. 119 passou a conflitar com a redação que a emenda trouxe para o art. 173, § 1º, III, da Constituição, que remete para a lei que aprovará o estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista, a disciplina das licitações e contratações de obras, serviços, compras e alienações por essas entidades.

Em contraponto à visão de Pereira Junior, para Justen Filho (2010), a existência da Lei 8.666 não proíbe a edição de outros diplomas sobre licitação, assim como é inquestionável a possível de adoção de disciplina típica para os entes integrantes da Administração Indireta.

Entretanto, conforme o autor, a Constituição Federal definiu que determinadas matérias fossem estabelecidas por Lei, inclusive em relação à licitação e aos contratos administrativos, sendo remetidos a decretos somente o complemento do que foi previsto em lei.

Além disso, segundo Justen Filho (2010, p.34):

Até se poderia admitir que uma lei contivesse regras não exaustivas sobre um regime jurídico próprio, estabelecendo o perfil dos institutos jurídicos fundamentais. Nesse caso, o regulamento preencheria os espaços vazios deixados pela lei. Mas não é isso que se passa no caso.

Desta forma, existe uma corrente que acredita que somente poderão ser estabelecidos regulamentos simplificados com função complementar quando da edição do Estatuto que instituir as normas gerais para os entes previstos no art. 173, entretanto, outra parte acredita em possíveis leis que delegam a competência ao Executivo, ao possibilitar a regulamentação por meio de Decreto.

3.1.2 A jurisprudência

Com relação à possibilidade de edição de Regulamentos Simplificados por meio de decreto presidencial, como o da Petrobras estabelecido pelo Decreto 2.745/98, há o entendimento acerca da inaplicabilidade no entendimento do Tribunal de Contas da União, entretanto, parecer diverso da Advocacia Geral da União (AGU), assim como entendimento a favor do Supremo Tribunal Federal.

O Tribunal de Contas da União (TCU) é órgão auxiliar do Poder Legislativo, “mas desempenha atribuições jurisdicionais administrativas, relacionadas com a fiscalização da execução orçamentária, com a aplicação dos dinheiros públicos, com

a legalidade dos contratos (...)”, segundo Meirelles (2011, p. 823) e tem suas atribuições definidas no art. 71 da Constituição Federal.

O TCU, conforme Decisão nº 663/2002-Plenário, e com fundamento no Enunciado nº 347 da Súmula do STF, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade no caso concreto do Decreto nº 2.745/98, julgando irregular sua aplicação nas licitações e contratos realizados pela Estatal, nos termos a seguir transcritos:

8.1 determinar à Petrobrás "que se abstenha de aplicar às suas licitações e contratos o Decreto 2.745/98 e o artigo 67 da Lei 9.478/97, em razão de sua inconstitucionalidade, e observe os ditames da Lei 8.666/93 e o seu anterior regulamento próprio, até a edição da lei de que trata o § 1º do artigo 173 da Constituição Federal, na redação dada pela EC 19/98 (...)

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

Conforme Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal, é reconhecido ao Tribunal de Contas da União proceder à apreciação de constitucionalidade de leis e atos normativos, quando no exercício de suas atribuições, conforme enunciado: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.”

Deste modo, a jurisprudência do Tribunal de Contas quanto à inconstitucionalidade do Decreto 2.745/98 segue pacífica, evidenciados em diversos julgados, sendo alguns figurados abaixo:

Acórdão nº 908/2006 – TCU – Plenário (TC-011.173/2003-5)
Sumário: Relatório de auditoria. Pedido de reexame. Determinações. Decreto nº 2.745/1998. Inconstitucionalidade.
Alegações insuficientes. Vinculação de empresa pública e de sociedade de economia mista federal à Lei nº 8.666/1993. Jurisdição do tribunal de contas da união.
Independência de instâncias. Conhecimento. Negado provimento.
(...)

2. É obrigatória a observância, pelas empresas públicas e sociedades de economia mista federal, das disposições contidas na Lei nº 8.666/1993.

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.

Acórdão nº 266/2007- TCU – Plenário (TC-004.287/2004-4)

1 - A Petrobras está sujeita à jurisdição do TCU, devendo observar o disposto nos arts. 42 e 87, inciso II, da Lei n. 8.443/92.

2 - Até que seja editada lei dispendo 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.

3 - Com a redação dada pela Emenda n. 19/98, a Constituição Federal não recepcionou as disposições contidas no artigo 67 da Lei 9.478/97.

4 - O Decreto 2.745/98 é ilegal, porquanto padece de vício de competência, inova na órbita jurídica e exorbita a matéria daquilo que um decreto poderia regulamentar.

5 - O efeito suspensivo dos pedidos de reconsideração e de reexame, bem como dos embargos de declaração, impetrados contra as decisões do TCU não autoriza o recorrente a, antes do pronunciamento do tribunal sobre o mérito do recurso, praticar ato ou adotar providência que direta ou indiretamente contrarie qualquer dos itens da decisão recorrida, sujeitando-se o infrator à multa prevista no artigo 58, II, da Lei 8443/92.

6 - O Tribunal de Contas da União, no exercício de suas atribuições, pode negar aplicação a ato normativo que entenda inconstitucional.

Acórdão nº 1910/2009- TCU – Plenário (TC 006.183/2005-7)

(...)

VOTO:

(...)

A Petrobras insurge-se contra o item 9.2 do Acórdão 454/2009 – Plenário, pela qual o Tribunal determinou àquela empresa que “em futuras contratações realizadas com dispensa de licitação por emergência, o prazo de vigência do contrato seja fixado dentro dos limites estabelecidos no inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/1993, bem como que sejam obedecidos os princípios estabelecidos no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal e ao princípio da proporcionalidade.”

Afirma que os artigos 173, § 1º, inciso III, da Constituição Federal, e 67 da Lei nº9.748/1998 autorizam a Petrobras usar procedimento licitatório simplificado, instituído pelo Decreto nº 2.745/1998, porque, constitucionalmente, estaria estabelecido que as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, para concorrer com outras empresas no mercado, estariam sujeitas “a regulamento próprio dos entes de caráter privado”.

Seria, segundo a empresa, desarrazoada e ilógica a aplicação da Lei nº 8.666/93 no contexto das sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas, apesar da previsão do art. 1º, do referido diploma legal, que deveria ser interpretada de forma restritiva, “em estrita conformidade com o previsto no art. 173, § 1º, da Constituição Federal”.

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

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

Sob essas circunstâncias, não havendo autorização legislativa, nem decisão judicial definitiva, que afaste, para a recorrente, a aplicação do estatuto jurídico das licitações, o comando inserto no parágrafo único do art. 1º da Lei 8666/1993 continua a sujeitar a Petrobras aos princípios gerais estabelecidos nessa lei. A determinação recorrida está plenamente de acordo com a lei e com a jurisprudência predominante do Tribunal de Contas da União.

No entanto, Advocacia Geral da União (AGU) possui entendimento contrário ao do Tribunal de Contas da União. Em 2004, a AGU emitiu o parecer AC-15 no qual se posicionou pela regularidade do Decreto 2.745/98, salvo decisão judicial que julgue inconstitucionalidade, não sendo válida para o órgão decisão do TCU:

(...)

5. Por outro lado, 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. (...)

Então, o TCU, por meio do Acórdão nº920/2007 - TCU-Plenário (TC-015.654/2004-3), rebateu parecer conforme segue:

3 - Parecer da AGU não vincula os julgamentos do TCU, mas apenas os órgãos e as entidades do Poder Executivo. A vinculação da Petrobras ao parecer da AGU não a desobriga de cumprir as determinações desta Corte, uma vez que aquela entidade submete-se à jurisdição do TCU (art. 5º, I, c/c art. 1º, I, da Lei n. 8.443/92), o qual é dotado de independência para exercer o controle externo, podendo, no exercício de suas atribuições, apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público (Súmula n. 347 do STF).

Contudo, a Petrobras tem levado o tema ao Supremo Tribunal Federal e, por meio de diversos mandados de segurança, tem obtido liminares em sede cautelar suspendendo a decisão do TCU sobre a impossibilidade de utilização pela Petrobras do Decreto 2.745/98 em suas compras e contratações, conforme decisões a seguir:

MS 27743 MC/DF

DECISÃO: MANDADO DE SEGURANÇA. SUBMISSÃO DA PETROBRAS AOS PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTANTES DA LEI N. 8.666/1993. MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. PROVIDÊNCIAS PROCESSUAIS.

(...)

Examinados os elementos havidos nos autos, DECIDO.

4. No Recurso Extraordinário n. 441.280, cujo julgamento foi iniciado na Primeira Turma em 30.9.2008 e ainda pendente de conclusão, afirmei minha convicção quanto à obrigatoriedade de a ora Impetrante ter de observar os princípios constantes do art. 3º da Lei 8.666/1993 e as regras gerais que estruturam o instituto da licitação, aplicáveis, indistintamente, a todos os entes da Administração Pública, direta ou indireta. Mas a

Impetrante afirma que, nos termos da legislação vigente, atende àqueles princípios e realiza o processo licitatório, apenas adotando procedimento simplificado, devidamente formalizado em normas que não foram declaradas inconstitucionais, pelo que não haveria insubmissão ao direito posto.

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

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

Assim, a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal de Contas da União, do art. 67 da Lei nº 9.478/97, e do Decreto nº 2.745/98, obrigando a Petrobrás, conseqüentemente, a cumprir as exigências da Lei nº 8.666/93, parece estar em confronto com normas constitucionais, mormente as que traduzem o princípio da legalidade, as que delimitam as competências do TCU (art. 71), assim como aquelas que conformam o regime de exploração da atividade econômica do petróleo (art. 177).” A mesma fundamentação há de ter acolhimento neste momento processual, sob pena de comprometimento ao princípio da segurança jurídica que passa pela certeza judicial.

7. Pelo exposto, defiro a medida liminar, para suspender os efeitos do Acórdão n. 1.398/2008, proferido pelo Plenário do Tribunal de Contas da União, até o julgamento de mérito da presente ação.
(...)

Conforme Andrada (2009), nesse sentido, devem ser destacados os seguintes precedentes do STF: MS 27337/DF, MS 27232/DF, MS 26410 MC/DF, MS 25914 MC/DF, MS 25888 MC/DF, MS 25481/DF, MS 24354/DF, MS 24891 MC/DF, AC-MC-QO 1193/RJ, MS 27796 MC/DF e MS 27837 MC/DF.

Ainda, conforme o autor supracitado, segue posição adotada pelo Tribunal no MS 26783/DF:

(...)
É o relatório. Passo a decidir.
Existe plausibilidade jurídica no pedido. A EC nº 9/95, apesar de ter mantido o monopólio estatal da atividade econômica relacionada ao petróleo e ao

gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, acabou com o monopólio do exercício dessa atividade. Em outros termos, a EC nº 9/95, ao alterar o texto constitucional de 1988, continuou a abrigar o monopólio da atividade do petróleo, porém, flexibilizou a sua execução, permitindo que empresas privadas participem dessa atividade econômica, mediante a celebração, com a União, de contratos administrativos de concessão de exploração de bem público.

(...)

A Lei nº 9.478/97, portanto, disciplina a matéria. Em seu artigo 67, deixa explícito 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'. A matéria está regulamentada pelo Decreto nº 2.745, de 1998, o qual aprova o regulamento licitatório simplificado da Petrobrás.

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

Assim, a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal de Contas da União, do art. 67 da Lei nº 9.478/97, e do Decreto nº 2.745/98, obrigando a Petrobrás, conseqüentemente, a cumprir as exigências da Lei nº 8.666/93, parece estar em confronto com normas constitucionais, mormente as que traduzem o princípio da legalidade, as que delimitam as competências do TCU (art. 71), assim como aquelas que conformam o regime de exploração da atividade econômica do petróleo (art. 177). Não me impressiona o teor da Súmula nº 347 desta Corte, segundo o qual 'o Tribunal de Contas, o exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual.

(...)

Ante o exposto, defiro o pedido de medida liminar, para suspender os efeitos da decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 39/2006) no processo TC nº 008.210/2004-7 (Relatório de Auditoria) ' (MS-MC 25.888, DJ 22.3.2006).

Este entendimento tem sido reiterado em diversas decisões em mandados de segurança nos quais se discute questão idêntica à destes autos: MS-ED 25.986, rel. Celso de Mello, DJ 30.6.2006; MS-MC 26.783, rel. Ellen Gracie, DJ 1º.8.2007; MS 27.232, rel. Eros Grau, DJe nº 90/2008, divulgado em 30.5.2008; e MS 27.743, rel. Cármen Lúcia, DJe237/2008, publicado 15.12.2008.

(...)

Ante o exposto, defiro o pedido de medida liminar, para suspender os efeitos da decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 2.115/2008) no processo TC nº 009.131/2003-8 (Relatório de Auditoria).

Conclui-se, portanto, que a Petrobras está amparada quanto ao uso do Decreto 2.745/98 em virtude de todos os julgados nos quais se deu provimento liminar em sede de medida cautelar. Entretanto, deve-se observar que não houve julgamento de mérito do Supremo Tribunal Federal com relação à

constitucionalidade do mesmo, o que deve ocorrer quando da apreciação final do RE 441.280/RS que questiona a aplicação ou não da Petrobras ao art. 1º da Lei 8.666, a sujeição das sociedades de economia mista que executam atividade econômica à Lei 8.666, diante da possibilidade prevista no art. 173 da Constituição Federal.

3.2 O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO ADOTADO PELA PETROBRAS

Primeiramente, cabe explicar o que é a Petrobras, determinados aspectos e peculiaridades.

A Petrobras é uma sociedade por ações de capital aberto que tem por razão social Petróleo Brasileiro S.A., cujo acionista majoritário é o governo brasileiro e atua como uma empresa de energia na exploração, produção, refino, comercialização e transporte de óleo e gás natural, petroquímica, distribuição de derivados, energia elétrica, biocombustíveis e outras fontes renováveis de energia.

Andrada (2009) informa que a Lei nº 9.478 sancionada em 06 de agosto de 1997 abriu as atividades da indústria petrolífera no Brasil para iniciativa privada. Assim, a Petrobras passou a operar em um novo cenário de competência estabelecido pela aludida lei, que regulamentou a Emenda Constitucional de flexibilização do monopólio estatal do petróleo.

A Lei 9.478/97 – que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo e constituiu o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo – estabeleceu em seu art. 67 que os contratos celebrados pela Petrobras para aquisição de bens e serviços serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República.

Andrada (2009, p. 17) explica que, com fundamento no citado art. 67 da lei nº 9.478/97, foi proferido o Decreto nº 2.745/98, que instituiu o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras e é utilizado pelas empresas que compõem o grupo, derogando a aplicação da Lei nº 8.666/93. Ainda, deve-se destacar que a Lei nº 9.478/97 veio regulamentar os §§ 1º e 2º do art. 177 da Constituição da República. Além disso, o art. 67 autorizou ao Poder Executivo elaborar decreto, instituindo normas de licitação e contrato para a Petrobras.

Do mesmo modo, Justen Filho (2009, p. 29) leciona que:

Uma situação jurídica peculiar envolveu a Petrobras. A Lei 9.478 determinou, no art. 67, que “os contratos celebrados pela Petrobras, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República”. Foi editado então, o Dec. Fed. N 2.745, de 24 de agosto de 1998, que veiculou um regime próprio de licitações e contratações administrativas para a Petrobras, suas controladas e subsidiárias.

Desta forma, a partir desta data as contratações na Petrobras passaram a ser regidas pelo Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileira S.A., sendo complementado nos aspectos operacionais pelo Manual de Procedimento Contratuais – MPC disponibilizado no Portal da Petrobras na internet.

Cabe expor, também, o posicionamento da própria Petrobras:

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 8.666/93 é inadequada e incompatível com o ambiente de livre concorrência e também com o princípio constitucional de eficiência.

Passando a haver a livre concorrência na produção de petróleo, principalmente com empresas internacionais de grande porte, não seria adequado forçar a Petrobras às amarras mais apertadas impostas pela Lei 8.666. O objetivo foi, então, dar alguma flexibilidade à empresa nos seus atos de contratação de bens e serviços.

Desta forma, os contratos da Petrobras são regidos por normas de direito privado e pelo princípio de autonomia. Aliás, tanto o decreto 2.745/98, como a lei 8.666/93, preveem, em determinados casos, a dispensa de licitação (PETROBRAS, 2009).

Apesar da controversa constitucionalidade do Regulamento Simplificado da Petrobras, o mesmo apresenta grandes similaridades à Lei 8.666/93, como o respeito aos princípios licitatórios (item 1.2), a necessidade de projeto básico (item 1.3), vedação ao caráter competitivo (item 1.8), a existência das mesmas modalidades de licitação (3.1), processamento da licitação (item 5), julgamento (item 6), alterações contratuais (item 7.2), sanções ao contratado por inexecução contratual (item 7.3), rescisão contratual (7.3.1) e alienação (Capítulo VIII).

No entanto, em alguns pontos do Regulamento Licitatório da Petrobras podem ser observadas algumas inovações quanto à Lei 8.666/93, que conforme Andrada (2009, p. 61), são:

a) a criação de novas hipóteses de dispensa e inexigibilidade previstas nos subitens 2.1 e 2.3 do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto n.º 2.745/98;

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

Além das inovações elencadas, destacam-se também o sistema inovador de Registro Cadastral e Pré-Qualificação previstos no Capítulo IV e o regime de contratação de direito privado (7.1.1).

Enfim, para a Petrobras poder fazer uso do Regulamento Simplificado de Licitações impetrou, em diversas ocasiões, Mandados de Segurança e o STF garantiu a segurança necessária para utilização do referido Regulamento. Diante disso, Cardoso (2007, p. 01) afirma que:

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

Segundo Min. Lewandowski do STF afirma como relator no MS 26410 MC/DF:

Bem examinados os autos, verifico, em sede de cognição sumária, que existe plausibilidade jurídica no pedido liminar. Em caso idêntico ao presente, MS 25.888 MC/DF, julgado em 22.03.2006, o Min. Gilmar Mendes deferiu o pedido liminar nos seguintes termos: “A submissão legal da Petrobrás a um regime diferenciado de licitação parece estar justificado pelo fato de que, com a relativização do monopólio do petróleo trazida pela EC

nº 9/95, a empresa passou a exercer a atividade econômica de exploração do petróleo em regime de livre competição com as empresas privadas concessionárias da atividade, as quais, frise-se, não estão submetidas às regras rígidas de licitação e contratação da Lei nº 8.666/93. Lembre-se, nesse sentido, que a livre concorrência pressupõe a igualdade de condições entre os concorrentes. Assim, a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal de Contas da União, do art. 67 da Lei nº 9.478/97, e do Decreto nº 2.745/98, obrigando a Petrobrás, conseqüentemente, a cumprir as exigências da Lei nº 8.666/93, parece estar em confronto com normas constitucionais, mormente as que traduzem o princípio da legalidade, as que delimitam as competências do TCU (art. 71), assim como aquelas que conformam o regime de exploração da atividade econômica do petróleo (art. 177).

Como se pode observar no trecho acima, o Ministro entende a necessidade da Petrobras utilizar um regulamento próprio de licitação, pois após a EC nº. 9/95, a empresa passou a exercer atividade em regime de livre concorrência e, ao se submeter as regras estabelecidas pela Lei nº. 8666/93, surgem dificuldades para competição sem a igualdade de condições perante as demais entidades.

Assim, tendo em vista que o STF não declarou a inconstitucionalidade de tal regimento, nem declarou a inconstitucionalidade do art. 67 da Lei 9.478/97, a Petrobrás continua a utilizar o Regime Simplificado de Licitações e Contratos.

3.3 O REGULAMENTO SIMPLIFICADO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS DA ELETROBRAS

Conforme pesquisa realizada no Portal da Eletrobras na internet, segue breve histórico do seu surgimento:

A criação da Centrais Elétricas Brasileiras (Eletrobras) foi proposta em 1954 pelo presidente Getúlio Vargas. O projeto enfrentou grande oposição e só foi aprovado após sete anos de tramitação no Congresso Nacional. Em 25 de abril de 1961, o presidente Jânio Quadros assinou a Lei 3.890-A, autorizando a União a constituir a Eletrobras. A instalação da empresa ocorreu oficialmente no dia 11 de junho de 1962, em sessão solene do Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica (CNAEE), no Palácio Laranjeiras, no Rio de Janeiro, com a presença do presidente João Goulart.

Ainda no Portal, em relação às empresas integrantes do grupo tem-se que:

Atualmente, a companhia controla 12 subsidiárias – Eletrobras Chesf, Eletrobras Furnas, Eletrobras Eletrosul, Eletrobras Eletronorte, Eletrobras CGTEE, Eletrobras Eletronuclear, Eletrobras Distribuição Acre, Eletrobras Amazonas Energia, Eletrobras Distribuição Roraima, Eletrobras Distribuição Rondônia, Eletrobras Distribuição Piauí e Eletrobras Distribuição Alagoas –, uma empresa de participações (Eletrobras Eletropar), um centro de pesquisas (Eletrobras Cepel, o maior do ramo no hemisfério Sul) e ainda

detém metade do capital de Itaipu Binacional, em nome do governo brasileiro.

Além disso, sabe-se que:

A Eletrobras é uma empresa de economia mista e de capital aberto, com ações negociadas nas Bolsas de Valores de São Paulo (Bovespa), de Madri e de Nova York. O governo federal possui 52% das ações ordinárias da companhia e, por isso, tem o controle acionário da empresa. As empresas Eletrobras atuam de forma integrada, com políticas e diretrizes definidas pelo Conselho Superior do Sistema Eletrobras (Consize), formado pelos presidentes das empresas, que se reúne regularmente.

Em 2009, então, a Lei 11.943 modificou a redação da lei instituidora da Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Lei 3.890-A/61), dando ao §2º do art. 15 a seguinte redação:

A aquisição de bens e a contratação de serviços pela Eletrobras e suas controladas poderão dar-se tanto na modalidade consulta e pregão, observados, no que for aplicável, os arts. 55 a 58 da Lei no 9.472, de 16 de julho de 1997, e nos termos de regulamento próprio, bem como poderá dar-se por procedimento licitatório simplificado a ser definido em decreto do Presidente da República.

Desta forma, a lei permitiu à Eletrobras e às empresas a ela vinculadas a utilização de recurso já empregado pela Petrobras, ao admitir a edição de um Decreto do Presidente da República estabelecendo um regime simplificado de licitações e contratos.

E assim, Figueiredo (2009, p. 2) afirma que:

Recentemente permitiu-se também a Eletrobras a adoção de sistema licitatório simplificado. No último dia 28 de maio a Medida Provisória 450 foi convertida na Lei 11.943/09. Nesta, está disposta a seguinte inovação para o art. 15 § 2., da Lei 3.890-A/61 (que dispõe sobre a Eletrobras): A aquisição de bens e a contratação de serviços pela Eletrobras e suas controladas poderão dar-se tanto na modalidade consulta e pregão, observados, no que for aplicável, os arts. 55 a 58 da Lei no 9.472, de 16 de julho de 1997, e nos termos de regulamento próprio, bem como poderá dar-se por procedimento licitatório simplificado a ser definido em decreto do Presidente da República.

No entanto, como até o presente momento a regulamentação encontra-se aguardando pela aprovação da Presidente da República, as Empresas Eletrobras se submetem as regras da Lei 8.666/93 em suas licitações e contratações.

Para a elaboração do chamado Regulamento Simplificado das Licitações e Contratos da Eletrobras, criou-se uma comissão composta por representantes das empresas integrantes do Sistema Eletrobras.

Então, essa comissão enaltece que o documento atende o comando da Lei 11.943/09 que alterou a Lei 3.890-A/61. (ELETROBRAS, 2010)

O Regulamento Simplificado das Licitações e Contratos da Eletrobras apresenta como principais aspectos relacionados a dicotomia entre o interesse público e exploração da atividade econômica os abaixo:

- a) Vinculação aos princípios previstos no art. 2º da Lei 9.784/99 e aos princípios licitatórios vinculadores;
- b) Vinculação a todo o Sistema Eletrobras;
- c) Necessidade de projeto básico e provisão de recursos financeiros;
- d) Manutenção do direito de impugnar instrumentos editalícios;
- e) Manutenção das modalidades da Lei 8.666/93, mas com limites de valores diferentes conforme Nota Técnica elaborada pelo Grupo de Trabalho Aquisição;
- f) Preservação da Inexigibilidade de licitação nos termos da inviabilidade fática e jurídica da Eletrobras em casos pontuais e motivados;
- g) Tipos de licitação e regras de alienação dos bens correlatas ao Decreto 2.745/98;
- h) Adoção do Sistema de Registro de Preços na aplicação evolutiva do art. 15 da Lei 8.666/93 e Decreto Federal 3931;
- i) Sistema de Registro Cadastral, Pré-qualificação e Habilitação com adoção de normas correlatas ao Decreto 2.745/98;
- j) Preservação das regras atuais de habilitação e julgamento com análise evolutiva para garantir celeridade e mais isonomia;
- k) Previsão do Sistema de Catálogo Eletrônico para conferir mais eficiência nas contratações vinculadas ao setor elétrico nacional;
- l) Manutenção da Participação dos Consórcios de empresas;
- m) Preservação da proibição de fragmentação de contratações;
- n) Rescisão contratual conforme aplicado no Decreto 2.745/98;
- o) Previsão de Sanções Administrativas.

Por meio da leitura do Regulamento, verifica-se uma grande aproximação ao Estatuto da Petrobras, cabendo registrar que muitas regras foram extraídas desse, com algumas peculiaridades próprias do Setor Elétrico e algumas evoluções

normativas baseadas em alterações de leis, jurisprudência do STF e pareceres do TCU.

Ainda, sobre o Regulamento Licitatório simplificado, Figueiredo (2009) afirma que ainda não é possível ousar oferecendo conclusões definitivas sobre sua utilização, no entanto pelo já apresentado pode-se dizer que terá a mesma sorte do art. 67 da Lei 9.478/97. É difícil que o TCU permita a Eletrobrás utilizar um regime simplificado com base no artigo supracitado, que transfere a competência para dispor sobre licitação ao Presidente da República, considerando o histórico de decisões do caso Petrobrás.

Portanto, pelas jurisprudências pesquisadas e apresentadas, somente a partir da manifestação formal da Corte Suprema quanto à legalidade da edição de tal procedimento, poderá se conhecer o futuro do Regulamento Simplificado de Licitações da Eletrobrás.

4 CONCLUSÃO

A realidade das compras e contratações no setor público, mais especificamente em empresas públicas ou sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, é um tanto emblemática, pois, de um lado tem-se uma entidade que segue os ditames do Direito Público, obrigada a seguir toda a regulamentação já estabelecida, a fim de atingir os objetivos maiores da Administração Pública, e de outro lado encontra-se uma empresa que precisa competir em condições de igualdade com outras empresas regulamentadas pelo Direito Comercial inserida em um mercado cada vez mais competitivo, que na prática, se apresenta muito menos burocrático.

Perante este difícil panorama, foi estabelecida a Reforma Administrativa, por meio da Emenda Constitucional nº 19, promovendo a possibilidade uma gestão pública mais moderna e ágil, maior flexibilidade a assuntos de extrema importância, como a contratação, e permitindo a maleabilidade do tema por meio da elaboração de uma regulamentação simplificada para empresas estatais, pois mesmo estando inseridas no mercado competitivo, ainda assim possuem o dever de licitar.

No entanto, deve-se ressaltar que o entendimento e jurisprudência acerca da alteração feita pela Emenda Constitucional não é pacífico.

Assim, autores de renome acerca da matéria como Celso Antonio Bandeira de Melo, Maria Sylvia Zanella di Pietro, Marçal Justen Filho defendem a questão de que apesar de entidade estatal prestadora de atividade econômica, enquanto não houver Estatuto instituído por lei, as estatais deverão obedecer na íntegra a Lei 8.666/93.

A Petrobras, fundamentada pelo art. 67 da Lei 9.478/97, saiu na frente e editou seu Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado que estabelece as normas a serem obedecidas no processo de contratações.

O entendimento pela constitucionalidade do Regulamento da Petrobras foi confirmado pela Advocacia Geral da União e tem recebido respaldo do Supremo Tribunal Federal em sede cautelar em diversos mandados de segurança impetrados contra as decisões do TCU.

Ainda que passado tanto tempo e não se definiu Lei com o Estatuto das empresas públicas e essas não podem ficar vulneráveis ao mercado competitivo ao

mesmo tempo em que são submetidas a tamanha burocracia prevista na legislação que dificulta o dia a dia das mesmas, não justifica a adoção como solução passar sobre a autoridade máxima da Constituição Federal ao possibilitar a edição de um decreto presidencial para regulamentar o dispositivo, como no caso da Petrobras.

Percebe-se que o Supremo Tribunal Federal, ao não julgar o mérito e dar soluções cautelares à Petrobras, apenas encontra uma maneira de adiar o entendimento do Tribunal de Contas da União, na expectativa de uma mudança legal e/ou constitucional dando solução definitiva ao caso.

Deste modo, pode-se afirmar que o único diploma legal aceitável, segundo entendimento majoritário, é o previsto na Lei 8.666/93, apesar de uma minoria defender a legalidade de Regulamento Licitatório Simplificado mesmo sem edição por lei.

No entanto, há de se concordar com a importância da edição do Decreto das Estatais, proporcionando maior agilidade nas compras e contratação, possibilitando a escolha de fornecedor com grau satisfatório de atendimento, evitando os fracassos em licitações por causa de empresas aventureiras em contratações por meio de pregões eletrônicos e com isso desperdício de tempo e dinheiro, permitindo às empresas públicas o desenvolvimento de fornecedores-parceiros, e sem deixar de obedecer aos princípios basilares da licitação.

Por fim, cabe ressaltar que é de suma importância a edição de Lei que venha a regulamentar as contratações pelas empresas públicas. Visto que essas empresas necessitam se adaptar ao mercado competitivo, necessitando de uma forma menos burocrática para sua gestão a fim de permitir maior igualdade na concorrência com empresas privadas que atuam no mesmo ramo de atividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 18. ed. São Paulo: Método, 2010.

ANDRADA, Bruno Lima Caldeira de. **A análise da constitucionalidade do Decreto n.º 2.745/98 (Regulamento Licitatório da Petrobras) em face do art. 173 da Constituição da República**. 2009. 69 f. Monografia (Curso Ordem Jurídica e Ministério Público). Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal, Distrito Federal, 2009.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 2010. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm>. Acesso em 15 mar. 2013.

_____. **Advocacia Geral da União**. Parecer. Procedimento licitatório simplificado extensivo a subsidiárias da PETROBRÁS. Cabimento. Fiscalização da legalidade administrativa. Tribunal de Contas da União. Competência. Controle constitucional - exercício pelo Supremo Tribunal Federal. AC-15. Consultor Geral da União: Manoel Lauro Volkmer de Castilho. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDeTalhado.aspx?idAto=8434&ID_SITE>. Acesso em 20 abr. 2013.

_____. **Decreto Federal nº 2.745, de 24 de agosto de 1998**. 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. Diário Oficial de 25 de ago 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2745.htm>. Acesso em 15 mar. 2013.

_____. **Decreto Lei 200/67 de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em 15 abr. 2013.

_____. **Lei nº 9.478 de 06 de agosto de 1997**. 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 07 ago. 1997. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9478.htm>>. Acesso em 15 mar. 2013.

_____. **Lei nº 7.596 de 10 de abril de 1987**. Altera dispositivos do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, modificado pelo Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, e pelo Decreto-lei nº 2.299, de 21 de novembro de 1986, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 abr. 1987. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7596.htm>. Acesso em 15 abr. 2013.

_____. Tribunal de Contas da União. **Decisão plenária ao julgar o relatório de auditoria realizada na Petrobras**. Decisão nº 663/2002. Relator: Min. Ubiratan Aguiar. Disponível em: < [https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?lnk=\(DC-0663-21/02-P\)\[NUMD\]\[B. 002\]](https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?lnk=(DC-0663-21/02-P)[NUMD][B. 002])>. Acesso em 20 abr. 2013.

_____. **Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm>. Acesso em 15 abr. 2013.

_____. **Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006**. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nos 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nos 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm. Acesso em 18 mar. 2013.

_____. **Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010**. Dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12232.htm. Acesso em 20 abr. 2013.

_____. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em 20 abr. 2013.

_____. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm. Acesso em 20 abr. 2013.

_____. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF, 1993.

_____. **Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, DF, 2002.

_____. **Lei nº 11.943 de 28 de maio de 2009**. Autoriza a União a participar de Fundo de Garantia a Empreendimentos de Energia Elétrica - FGEE; altera o § 4º do art. 1º da Lei no 11.805, de 6 de novembro de 2008; dispõe sobre a utilização do excesso de arrecadação e do superávit financeiro das fontes de recursos existentes

no Tesouro Nacional; altera o art. 1º da Lei no 10.841, de 18 de fevereiro de 2004, as Leis nos 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 10.848, de 15 de março de 2004, 3.890-A, de 25 de abril de 1961, 10.847, de 15 de março de 2004, e 10.438, de 26 de abril de 2002; e autoriza a União a repassar ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES recursos captados junto ao Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento - BIRD. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 29 maio 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/Lei/L11943.htm>. Acesso em 20 mai. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 80.061/PR**. Licitação. Sociedade de economia mista. Serviços Advocatícios. REsp. nº80.061/PR. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, 24 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.digitalex.com.br/?f=artigo&id=104>>. Acesso em 10 mai. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 347**. O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em 10 mai. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 26410**. Pedido de medida liminar, impetrado pela Petrobrás Distribuidora S/A, contra ato do Tribunal de Contas da União. Deferido pedido liminar. EC nº. 9/95. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com/jurisprudencia/14778075/medida-cautelar-no-mandado-de-seguranca-ms-26410-df-stf>>. Acesso em 10 mai. 2013.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 908/2006**. Relatório de auditoria. Pedido de reexame. Determinações. Decreto 2.745/1998. Inconstitucionalidade. Acórdão 908/2006 – Plenário (TC-011.173/2003-5). Relator: Min. Augusto Nardes. Disponível em: < <https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em 10 mai. 2013.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 266/2007**. Pedido de reexame. Auditoria. Sociedade de Economia Mista. Submissão às leis 8.443/92 e 8.666/93. Acórdão 266/2007 – Plenário (TC-004.287/2004-4). Relator: Min. Valmir Campelo. Disponível em: < [https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?Ink=\(AC-0266-08/07-P\)\[NUMD\]\[B001\]](https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?Ink=(AC-0266-08/07-P)[NUMD][B001])>. Acesso em 10 mai. 2013.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1910/2009**. Petrobrás. Pedido de reexame. Acórdão 454/2009 – plenário. Acórdão 1910/2009 – Plenário (TC-006.183/2005-7). Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Disponível em: < [https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?Ink=\(AC-1910-34/09-P\)\[NUMD\]\[B001\]](https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?Ink=(AC-1910-34/09-P)[NUMD][B001])>. Acesso em 10 mai. 2013.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 920/2007**. Pedido de reexame em representação formulada pela empresa Mauá. Conhecimento. Negativa de provimento. Acórdão 920/2007 – Plenário (TC-015.654/2004-3). Relator: Min. Valmir

Campelo. Disponível em: <[https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?lnk=\(AC-0920-21/07-P\)\[NUMD\]\[B001\]](https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?lnk=(AC-0920-21/07-P)[NUMD][B001])>. Acesso em 11 mai. 2013.

CARDOSO, André Guskow. **O STF e as Licitações da Petrobras**: Hipóteses de Deslegalização?. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, nº 6, ago./2007. Disponível em: <<http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=6&artigo=289&l=pt>>. Acesso em 23 abr. 2013.

CARLIN, Volnei Ivo. **Manual de Direito Administrativo**: Doutrina e Jurisprudência. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumer Juris. 2011.

_____. **Manual de direito administrativo**. 25 ed. Rio de Janeiro: Lumer Juris. 2012.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ELETROBRAS. **Relatório Regulamento Simplificado de Licitações da Eletrobras**. Rio de Janeiro. 2010.

_____. **O Papel da Eletrobras**. Disponível em: <<http://www.eletrabras.com/elb/data/Pages/LUMIS641DB632PTBRIE.htm>>. Acesso em 13 mai. 2013.

_____. **História**. Disponível em: <<http://www.eletrabras.com/elb/data/Pages/LUMISB33DBED6PTBRIE.htm>>. Acesso em 13 mai. 2013.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007

FIGUEIREDO, Fernanda Mazega. **A Utilização de Regimes Licitatórios Simplificados pelas Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**. (Os casos Petrobras e Eletrobras). Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 28, junho 2009. Disponível em: <<http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=28&artigo=59&l=pt>>. Acesso em 20 mai. 2013.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUIMARÃES, Edgar. **Controle das licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários a lei de licitação e contratos administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialético, 2008.

_____. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública Centralizada e Descentralizada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

_____. **Administração Pública**: Tomo I. 11. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 15. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes et al.. **Licitação e Contrato Administrativo**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Licitação e contrato administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Curitiba: Zênite, 2008.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 8. ed. São Paulo: Renovar, 2009.

PETROBRAS. Petróleo Brasileiro S/A. **Canal Fornecedor**. Disponível em: <http://www.petrobras.com.br/pt/canal-fornecedor/>. Acesso em 20 mai. 2013.

_____. Petróleo Brasileiro S/A. **Fatos e Dados**. 2009. Disponível em: <http://fatosedados.blogspot.com.br/2009/06/11/procedimento-licitatorio-simplificado/>. Acesso em 20 mai. 2013.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. Manual Prático das Licitações. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SANTANNA, Gustavo. Direito Administrativo. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. (Série Objetiva).

SILVA, Christine Oliveira Peter da. A reforma Administrativa e a Emenda nº 19/98: uma análise panorâmica. In: Revista Jurídica Virtual. Vol.1. n. 1. Maio/1999. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccvil_03/revista/Rev_01/Reforma%20Administrativa.htm>. Acesso em 15 abr. 2013.