



## Para competir, Petrobras pode contratar sem burocracia, segundo parecer

Recém chegada ao Supremo Tribunal Federal, a reclamação de algumas empresas de que a Petrobras não pode contratar quem bem entender volta a levantar discussões no meio jurídico. [Parecer](#) de um dos maiores constitucionalistas do país, Luís Roberto Barroso, destrincha os argumentos de ambos os lados. A questão é se a gigante, da qual o governo federal é o maior acionista e que tem em seu campo de atuação diversas atividades exclusivas, pode fazer licitações pela modalidade carta-convite, em que empresas são escolhidas a dedo para disputar o trabalho. O Supremo já concedeu, no início do mês, por decisão do ministro Dias Toffoli, uma liminar autorizando a prática.

O parecer foi contratado em 2006 pela empresa. Só para se ter uma ideia do peso da defesa de um advogado como Luís Roberto Barroso, basta lembrar que ele esteve em todas as últimas listas de indicados para ocupar uma vaga no Supremo Tribunal Federal. Sua tese favorável ao procedimento simplificado já garantiu liminares não só no STF como também nas instâncias inferiores.

Pivô dos debates, a modalidade convite, prevista na Lei de Licitações (Lei 8.666/93), só pode ser usada em contratações de valor inferior a R\$ 150 mil, no caso de obras de engenharia, e de R\$ 80 mil nos demais casos. Isso segundo a própria Lei de Licitações.

A Petrobras, no entanto, há tempos vem contratando bens e serviços de valores superiores por meio do convite. “No caso específico da modalidade convite, os valores estimados — muito baixos — praticamente tornariam inútil essa modalidade de licitação, tendo em conta as dimensões econômicas dos negócios do setor”, é opinião do constitucionalista.

A explicação está na chamada Lei do Petróleo, a Lei 9.478/1997, que em seu artigo 67 permitiu que a contratação de bens e serviços pela Petrobras fosse feita por “procedimento licitatório simplificado”, regulamentado no ano seguinte pelo Decreto 2.745. Por fugir do roteiro determinado pela Lei de Licitações — a Lei 8.666/1993 —, a norma é golpeada sem misericórdia nos tribunais pelas empresas que também gostariam de participar dos processos de escolha.

### Economia mista

Apesar de estar debaixo do controle do Estado, a Petrobras é uma empresa mista, que compete com outros cachorros grandes no mercado mundial. Foi esse o motivo pelo qual se buscou dar à companhia um estatuto mais brando para comprar bens e contratar serviços. Se seguisse as mesmas regras das demais estatais, a Petrobras poderia ser preterida em relação a concorrentes privadas, como a francesa Total, e a norte-americana ConocoPhillips, que não estão amarradas a rotinas de Estado e responderiam com mais agilidade. “Flexibilidade, agilidade, competitividade e eficiência não são para tais empresas apenas qualidades desejáveis, mas requisitos vitais para que possam cumprir o seu papel”, diz o parecerista.

Eis a explicação em seus termos mais fiéis: “com a abertura do mercado petrolífero, o fator tempo se tornou determinante na sobrevivência das empresas que nele atuam, tendo em conta metas e prazos



estabelecidos pela regulamentação da própria Agência Nacional do Petróleo – ANP, em especial no que toca à exploração de campos e bacias petrolíferas. De fato, a inobservância de tais prazos e metas pode importar na devolução inoportuna de blocos adquiridos pela consulente, com a consequente perda de investimentos de grande porte”, afirma o parecer.

Barroso foi buscar na Constituição Federal a fundamentação para a liberdade da Petrobras. Diz a redação original do artigo 173, no parágrafo 1º, citado pelo constitucionalista: “a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias”. Segundo ele, isso é suficiente para diferenciar as sociedades em que governo e iniciativa privada partilham capital, como a petroleira, das demais empresas estatais, presas às regras estritas da Lei de Licitações. “O regime jurídico das sociedades de economia mista que exploram atividades econômicas pode ser descrito como híbrido”, afirma.

Para ele, ainda faz falta uma lei geral das sociedades mistas, que disciplinaria regras específicas para esse regime jurídico. No entanto, concordando com alguns doutrinadores, ele entende que elas devem seguir apenas os princípios da administração pública, listados no artigo 37 da Constituição, ficando livres da hermética Lei de Licitações.

O raciocínio se baseia no inciso III do parágrafo 1º da nova redação do artigo 173 da CF, dada pela Emenda Constitucional 19/1998. “A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública”, diz o texto.

### **Delegação legislativa**

Defendendo o decreto que regulamenta a contratação, pela Petrobras, pela via de exceção, Barroso rebate as críticas de que uma norma infralegal não pode atropelar uma lei. O decreto lista as situações em que cada modalidade de licitação será usada pela empresa, o que só a Lei de Licitações havia feito antes. Para os críticos, essas determinações são privativas de lei. Segundo o parecer, no entanto, existem situações em que os parlamentares podem delegar esse poder ao Executivo, responsável pelas regulamentações.

É a chamada delegação legislativa, usada com frequência no Direito norte-americano, como pinça Barroso. “O Direito norte-americano desenvolveu a teoria do *delegation with standards*, para a qual a delegação seria legítima uma vez que o órgão legislativo fixasse parâmetros, *standards* adequados e capazes de pautar e limitar a atuação normativa do órgão delegado”, explica.

Mas o exemplo de flexibilidade não vem só de outros países. Barroso cita decisão de 2003 do Supremo Tribunal Federal, em que a corte, por maioria, entendeu que o Executivo poderia determinar a alíquota do salário-educação a incidir na folha de pagamento das empresas, apesar de a Constituição de 1969, que vigia no período questionado, determinar que a matéria deveria ser objeto de lei. “A atribuição de competência ao Poder Executivo para fixar e alterar a alíquota do salário-educação, em razão da flutuação do custo atuarial do ensino fundamental, não era arbitrária, ilimitada, verdadeiro cheque em branco, como se alega, mas sujeita a condições (critério previsto em lei) e limites (custo atuarial do



ensino fundamental) também previstos em lei”, disse o ministro Ilmar Galvão (aposentado) em voto vencedor no Recurso Extraordinário 290.079.

Segundo o parecer, a própria Lei 8.666 abre precedente para discricionaridade. “Em suas licitações e contratações administrativas, as repartições sediadas no exterior observarão as peculiaridades locais e os princípios básicos desta Lei, na forma de regulamentação específica”, diz o artigo 123 da norma. Trocando em miúdos, de acordo com Barroso, o trecho “autoriza a expedição de regulamentos (...) que devem submeter-se apenas aos princípios básicos da Lei 8.666/93, e não a todas as suas regras”.

Clique [aqui](#) para ler o parecer.

**Date Created**

18/03/2010