

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO (EA)
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS ADMINISTRATIVAS (DCA)**

Tarcísio Zimmermann Pinto

**FLEXIBILIZAÇÃO DO REGIME LICITATÓRIO NAS ESTATAIS
EXPLORADORAS DE ATIVIDADE ECONÔMICA:
UM OLHAR SOBRE TRÊS EMPRESAS DO SETOR FINANCEIRO**

**Porto Alegre
2011**

Tarcísio Zimmermann Pinto

**FLEXIBILIZAÇÃO DO REGIME LICITATÓRIO NAS ESTATAIS
EXPLORADORAS DE ATIVIDADE ECONÔMICA:
UM OLHAR SOBRE TRÊS EMPRESAS DO SETOR FINANCEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação apresentado ao Departamento de Ciências Administrativas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Administração.

Orientador: Prof. Dr. Diogo Joel Demarco

**Porto Alegre
2011**

Tarcísio Zimmermann Pinto

**FLEXIBILIZAÇÃO DO REGIME LICITATÓRIO NAS ESTATAIS
EXPLORADORAS DE ATIVIDADE ECONÔMICA:
UM OLHAR SOBRE TRÊS EMPRESAS DO SETOR FINANCEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação apresentado ao Departamento de Ciências Administrativas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Administração.

Conceito Final:

Aprovado em ____ de dezembro de 2011.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Ariston Azevedo - UFRGS

Orientador: Prof. Dr. Diogo Joel Demarco - UFRGS

AGRADECIMENTOS

Dirijo meus agradecimentos iniciais a minha mãe, Lucia, pelo apoio incondicional dispensado em todos os momentos da minha vida e pelo exemplo de comprometimento, esforço e integridade no exercício da função pública. A minha irmã Luciana, fonte de orgulho e inspiração, cujo auxílio incansável foi fundamental para que eu cumprisse mais essa jornada. A minha tia Ana, pela acolhida nos primeiros momentos em Porto Alegre e pela convivência que permitiu ampliar consideravelmente a minha compreensão do mundo.

Agradeço também ao meu orientador Professor Diogo Joel Demarco, que não esmoreceu diante de minhas limitações e emprestou grande disposição para a realização deste trabalho.

Por fim, agradeço a todos que se dedicam a consolidar a Universidade Federal do Rio Grande do Sul como referência de ensino público gratuito e de qualidade, perante os quais assumo o compromisso de honrar a formação por ela provida.

“Nossas dúvidas são traidoras e nos fazem perder o que, com frequência, poderíamos ganhar, por simples medo de arriscar.”

William Shakespeare

RESUMO

O presente estudo diz respeito à questão do regime licitatório aplicável às empresas estatais exploradoras de atividade econômica. Diante da previsão do art. 173 da Constituição Federal, ressurgiu a atenção sobre tais entidades, cujo papel também fora evidenciado no processo de privatização levado a cabo em meados da década de 1990, que transferiu muitas delas para o controle de capitais privados. Entende-se, majoritariamente, que a licitação da forma como aplicada à Administração Pública em geral não se harmoniza com a exploração de atividade econômica em regime de competição empreendida pelas sociedades estatais, pois se exige maior flexibilidade e menos burocracia nos procedimentos de contratação do que os fixados na Lei nº 8.666/93. Todavia, o mencionado dispositivo constitucional até hoje carece de regulamentação, o que se mostra um fator limitador à realização dos objetivos econômicos e sociais das instituições. O trabalho tem por objetivo investigar a opinião dos gestores públicos lotados nas Comissões de licitação destas empresas sobre o atual regime e, principalmente, sobre a necessidade e a urgência da simplificação deste. Os dados foram coletados em entrevistas semi-estruturadas realizadas em três empresas do setor financeiro.

Palavras-chave: Empresas Estatais. Regime Jurídico. Procedimento Licitatório Simplificado.

LISTA DE QUADROS E TABELAS

Quadro 1 – Comparativo entre o regime jurídico de exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviços públicos41

Tabela 1 – Os limites de valor para a definição da modalidade de licitação no regime comum.....70

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AGU	Advocacia Geral da União
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
BANRISUL	Banco do Estado do Rio Grande do Sul
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
BRDE	Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul
CAIXA	Caixa Econômica Federal
CECOM/RS	Central de Compras do Estado do Rio Grande do Sul
CF	Constituição Federal
CGU	Controladoria Geral da União
DEST	Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais
EC	Emenda Constitucional
MARE	Ministério de Administração Pública e Reforma do Estado
MP	Medida Provisória
MPOG	Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão
PETROBRÁS	Petroléo Brasileiro S.A.
SICAF	Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores do Poder Executivo Federal
SISG	Sistema de Serviços Gerais
STF	Supremo Tribunal Federal
STN	Secretária do Tesouro Nacional
TCU	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
1.1	DEFINIÇÃO DO PROBLEMA DE PESQUISA	11
1.2	JUSTIFICATIVA.....	14
1.3	OBJETIVOS	15
1.3.1	Objetivo Geral	15
1.3.2	Objetivo Específico	16
2	REVISÃO TEÓRICA	17
2.1	LICITAÇÕES PÚBLICAS	17
2.1.1	Conceitos e Princípios	17
2.1.2	Breve Histórico	19
2.1.3	Lei nº 8.666/93: principais aspectos	21
2.1.3.1	Abrangência e destinatários	21
2.1.3.2	Obrigatoriedade, inexigibilidade e dispensa de licitação	22
2.1.3.3	Fases do procedimento	23
2.1.3.4	Tipos e modalidades de licitação	24
2.1.4	Lei nº 10.520/02: o pregão	25
2.2	EMPRESAS ESTATAIS NA ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA.....	29
2.2.1	Organização da Administração no Estado brasileiro	29
2.2.2	Empresas estatais: a ação empresarial do Estado	32
2.2.2.1	Sociedades de economia mista	37
2.2.2.2	Empresas públicas	38
2.2.2.3	Exploração de atividade econômica e prestação de serviços públicos.....	39
2.2.2.4	Atividades-fim e atividades-meio.....	42
2.2.3	Decreto nº 2.745/98	43
2.2.3.1	Descrição da empresa	44
2.2.3.2	Base legal.....	44
2.2.3.3	O procedimento licitatório simplificado da PETROBRAS.....	46
2.2.3.3.1	As disposições gerais e a observância dos princípios aplicáveis à Administração Pública	46
2.2.3.3.2	As hipóteses de licitação dispensável e de licitação dispensada	48
2.2.3.3.3	As hipóteses de inexigibilidade	49

2.2.3.3.4 As modalidades e os tipos de licitação.....	51
2.2.3.4 A posição dos tribunais	55
3 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS	59
3.1 CARACTERIZAÇÃO E NATUREZA DA PESQUISA	59
3.2 DEFINIÇÃO DA POPULAÇÃO ALVO	60
3.3 PROCEDIMENTOS DE COLETA DE DADOS.....	60
3.3.1 Pesquisa documental.....	60
3.3.2 Entrevista	61
3.4 TRATAMENTO DOS DADOS	62
3.5 CARACTERIZAÇÃO DAS ENTIDADES.....	63
3.5.1 Caixa Econômica Federal.....	63
3.5.2 Banco do Estado do Rio Grande do Sul.....	64
3.5.3 Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul	64
4 APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DOS DADOS	66
4.1 IMPRESSÕES GERAIS SOBRE O ATUAL REGIME LICITATÓRIO.....	66
4.2 OPINIÃO SOBRE A FLEXIBILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO	75
4.3 PROPOSIÇÕES ALTERNATIVAS A DISPOSITIVOS DO ATUAL REGIME	80
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	83
REFERÊNCIAS	87
ANEXO A – ROTEIRO PARA AS ENTREVISTAS.....	93

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que a compra pública requer a observância de procedimentos específicos para que se revista de validade jurídica. Atualmente, a norma geral que regula as licitações e contratações da Administração Pública emana um alto grau de formalismo, o que não se coaduna com a conformação e, sobretudo, com a atuação das entidades empresariais mantidas no seio do Estado.

São muitas as vozes insurgentes contra a submissão das empresas estatais exploradoras de atividade econômica ao mesmo regramento aplicável às pessoas jurídicas de Direito Público, o que compromete a agilidade, a competitividade e a eficiência que se ligam de forma direta à razão de sua existência. Assim, o presente trabalho propõe-se a analisar os aspectos relacionados à previsão constitucional acerca da edição de um estatuto jurídico, a ser instituído por lei, que deverá regular, entre outras coisas, as licitações e contratações de obras, serviços, compras e alienações, no que se presume um regime diverso do atual.

1.1 DEFINIÇÃO DO PROBLEMA DE PESQUISA

A Emenda Constitucional nº. 19, de 4 de junho de 1998, conhecida como Reforma Administrativa, alterou a redação dos arts. 22, inciso XXVII, e 173, §1º, da Constituição Federal, explicitando a necessidade de que as empresas estatais¹ exploradoras de atividade econômica sejam submetidas a um regime licitatório diferenciado do regime da Administração direta e das entidades de direito público da Administração indireta (SUNDFELD; SOUZA, 2007). As alterações constitucionais introduzidas pela EC 19/98 preveem a criação por lei de um estatuto jurídico para tais empresas, nos termos seguintes:

¹ No presente trabalho utiliza-se a expressão “empresas estatais” para designar as empresas públicas e sociedades de economia mista. Ademais, o estudo vale-se da classificação consagrada pela doutrina do Direito Administrativo quanto à natureza de seu objeto: as que desempenham atividades típicas do Estado são denominadas “prestadoras de serviços públicos” e, a par de terem personalidade jurídica de direito privado, estão submetidas ao regime jurídico de direito público; de outra forma, há as “exploradoras de atividade econômica em sentido estrito”, que se dedicam à exploração da produção e comercialização de bens e serviços, estando, por conseguinte, *ex vi* do disposto no art. 173, §1º, II, da Constituição Federal, submissas “ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias”. Acerca do tema v. MEIRELLES, 2009, p. 362-375.

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:

[...]

III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública [...].

Contudo, transcorrida mais de uma década da promulgação da Emenda, a pretendida lei ainda não foi editada. Atualmente, as empresas estatais acham-se submetidas à Lei nº 8.666/93, que regula as licitações e os contratos da Administração Pública no país. Sundfeld e Souza (2007, p. 14) sustentam a opinião de que as empresas estatais devem submeter-se, sim, à licitação, “porém sob um **regime mais flexível e menos rígido** do que o definido pela Lei 8.666/93, que se ajusta à Administração direta e às pessoas de direito público da Administração indireta, mas não a entidades empresariais do Estado” (grifos do autor). Neste mesmo sentido, Pinto (1997), abordando a Lei das Licitações Públicas pelo aspecto gerencial, já indicava a excessiva ênfase do texto legal nos controles – como forma de conter a discricionariedade administrativa, criando obstáculos para o alcance da eficiência na gestão pública.

O termo flexibilização, utilizado por alguns autores ao se referirem ao propugnado pela EC 19/98, traz consigo a ideia de dotar as empresas controladas pelo Estado de um instrumento menos rígido do que a Lei nº 8.666/93, mais apropriado à conformação e à própria atuação destas, mas sem descolá-las dos princípios de observância obrigatória pela Administração Pública². Em ensaio no qual defende que o regime licitatório alternativo previsto no art. 173, §1º, inciso III, não se estende às empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 5-6) ensina que “o art. 37 da Constituição Federal, vaza não apenas regras, mas princípios da Administração *direta e indireta*, abrangendo, portanto, as empresas estatais, submetendo-as ao princípio da *moralidade administrativa*” (grifos no original).

Além da expressa previsão constitucional acima tratada, outro fator tem sido apontado como fundamental para a implantação de um regime licitatório mais adequado às empresas estatais: a sua inserção em mercados competitivos. Tem-se agora, em maior escala e intensidade do que no passado recente, a disputa por mercados entre empresas privadas e empresas estatais. Aqui, DALLARI (2002) cita os exemplos da competição observável nos

² Veja-se, por todos, Floriano de Azevedo MARQUES NETO, 2006, p. 581.

setores petrolífero e de serviços bancários, observando o acirrado embate pela conquista de posições no mercado.

Sobre a expansão do regime de competição, a década de 90 representa o período que passou a ser observado com maior incidência. Como ressaltam Sundfeld e Souza (2007, p. 14), nesse período “experimentamos uma disseminação do fenômeno dos serviços públicos prestados em regime de competição e, ainda, a quebra do monopólio do Estado sobre o desempenho de determinadas atividades econômicas”. Em síntese, introduziu-se um “regime jurídico de competição”, que teve na política de privatizações um dos seus principais propulsores.

Entre os anos de 1980 e 2000, aproximadamente 170 empresas estatais tiveram seu controle transferido para o setor privado (CASTELAR, 2000). As privatizações intensificaram-se, particularmente no período de 1996 a 1998, já no governo de Fernando Henrique Cardoso, quando portos, ferrovias, estradas, telecomunicações e energia elétrica foram transferidos para mãos privadas.

De qualquer forma, embora o Estado tenha diminuído substancialmente sua participação na economia, a atuação empresarial estatal, de modo geral, ainda está longe de ser inexpressiva; observa-se empresas controladas pelo Estado atuando em diversos setores. No setor bancário – um dos mais competitivos e sensivelmente atingido pela política de privatizações -, por exemplo, das dez maiores instituições quatro ainda são públicas (Banco do Brasil, BNDES, Caixa Econômica Federal e BANRISUL; primeira, quarta, quinta e décima, respectivamente), de acordo com o relatório “50 maiores Bancos e o Consolidado do Sistema Financeiro”, elaborado pelo Banco Central do Brasil e disponibilizado em seu *website*.

Quiçá o grande desafio atual das empresas estatais que queiram sobreviver no atual contexto de competição seja fazer valer a opção legislativa que as criou, qual seja, a de que fossem empresas, e fazer valer a letra da Constituição, que as submeteu às regras condizentes com a sua natureza e seu *modus operandi* empresarial (SUNDFELD; SOUZA, 2007). A ausência da regulamentação exigida pelo dispositivo constitucional pode estar associada à ideia do legislador de que se estaria diante da própria flexibilização da moralidade administrativa. Entretanto, como já mencionado anteriormente, tal princípio não pode ser de nenhuma maneira “relativizado”, uma vez que expressamente previsto na Constituição Federal. De qualquer forma, é certo que também ferem o “interesse público” os prejuízos que a rigidez dos controles da Lei nº 8.666/93 geram ao erário público (PINTO, 1997). Ademais, não há que se perder de vista as situações de inexigibilidade de licitação, perigoso paradoxo

que o rigor da Lei das Licitações Públicas criou. Conforme Sundfeld e Souza (2007, p. 15), “o que temos observado são inúmeras situações concretas em que há pura inexigibilidade de licitação”, justamente porque licitar, “nos termos rígidos da Lei 8.666/93, seria o mesmo que inviabilizar o alcance das finalidades legítimas de interesse público que devem perseguir”.

Faz-se necessário, ainda, mencionar o art. 51 da atual Lei das Licitações, o qual prevê que a operacionalização do procedimento licitatório deve ocorrer no âmbito de uma Comissão de licitação (ou comissão julgadora), integrada por, no mínimo, 3 (três) membros, dentre os quais, pelo menos, 2 (dois) deles devem ser servidores permanentes do órgão ou entidade licitante. Parece que não foge à lógica considerar que os agentes públicos atuantes nesses colegiados detêm o conhecimento necessário acerca da Lei nº 8.666/93 e de suas nuances – notadamente aquelas que exigem aptidão para agir frente às diferentes situações que possam ocorrer na “praxe administrativa”. Essa convicção, como se exporá abaixo, é uma das bases sobre as quais se assenta a abordagem a ser proposta.

Por tudo isso, a licitação nas empresas estatais é tema que merece ser revisto. Entendendo ser relevante uma abordagem que leve em conta a opinião dos gestores que desempenham suas atividades nas Comissões de licitação, este trabalho propõe-se a investigar quais os pontos mais críticos no cumprimento do atual regime licitatório pelos agentes públicos e que, por isso mesmo, devem ser objetos de maior atenção quando da instituição do novo instrumento de regulação das licitações e contratações e obras, serviços, compras e alienações. Este estudo foi elaborado buscando apresentar uma resposta à seguinte pergunta integradora: *“Qual a opinião dos gestores das Comissões de licitação de empresas estatais exploradoras de atividade econômica acerca da prevista flexibilização das licitações no âmbito destas últimas?”*

1.2 JUSTIFICATIVA

O debate acerca da flexibilização nas licitações de empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica tem sido realizado com maior intensidade no âmbito do Direito Administrativo. Reconhecidas as discordâncias pontuais entre os autores quanto à forma e a abrangência do “estatuto jurídico”, há o reconhecimento majoritário da intenção do legislador constituinte derivado de dotar as empresas estatais exploradoras de atividade econômica de um regime alternativo ao exigido pela Lei nº

8.666/93. Em que pese a iniciativa de alguns publicistas em trazer a público o problema, o movimento não foi suficiente para sensibilizar o Legislativo federal, que ainda não aprovou a lei requerida pelo §1º do art. 173 da Carta Constitucional, embora diversos projetos tenham sido apresentados desde 1998 (LIMA, 2010).

De outra forma, observa-se que a concentração da produção acadêmica em termos eminentemente jurídicos tem relegado a um plano menor a abordagem pela perspectiva gerencial. Por isso, reveste-se de importância a investigação do sentir dos gestores das Comissões de licitação sobre o tema. Nesse sentido, o presente trabalho destina-se principalmente a ouvir as opiniões e as análises dos administradores públicos envolvidos diretamente na operacionalização das compras e contratações nessa categoria de empresas estatais e busca servir como instrumento de contribuição e aprimoramento na discussão em torno da mudança no regime licitatório, que terá implicações diretas sobre o funcionamento das empresas controladas pelo Estado e nas próprias relações destas com seus funcionários.

Por fim, cabe ressaltar que a monografia não ignora o basilar princípio da legalidade, que vincula a atuação do administrador público aos preceitos da lei, nem desconhece o posicionamento doutrinário dominante de que a situação posta somente será resolvida com a edição da lei que regulamentará o art. 173, §1º - ainda que, por vezes, o entendimento dos tribunais pareça caminhar no sentido inverso, como se exporá adiante. Com efeito, parte do entendimento de que o direcionamento de esforços no sentido de compreender a questão das licitações nas estatais pela ótica do administrador público pode dar contornos mais concretos ao problema, contribuindo para situar a relevância e a urgência deste no contexto daquelas organizações, servindo também como subsídio para ações com vistas à correção da mora legislativa ora observada.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo Geral

Conhecer a opinião de gestores envolvidos no processo de compras e licitações de empresas estatais exploradoras de atividade econômica em relação à edição de um novo instrumento normativo que venha a disciplinar o procedimento licitatório nestas entidades.

1.3.2 Objetivos Específicos

- a) Descrever o surgimento das entidades abordadas no presente estudo e situar o seu papel dentro da evolução histórica da organização administrativa do Estado brasileiro;
- b) Apresentar a legislação vigente, indicando seus pilares, principais objetivos e aspectos fundamentais;
- c) Descrever e analisar a percepção dos agentes públicos envolvidos nos órgãos colegiados de licitação de empresas estatais acerca do vigente regramento licitatório e da prevista flexibilização deste, bem como identificar proposições alternativas a dispositivos do atual regime;
- d) Apresentar iniciativas do Poder Executivo Federal relacionadas ao tema e a posição da doutrina do Direito Administrativo e da jurisprudência.

2 REVISÃO TEÓRICA

O estudo do tema proposto, a licitação nas sociedades estatais que exploram atividade econômica, torna imperioso o aprofundamento do referencial teórico associado às áreas tratadas nos itens a seguir. O item 2.1 aborda o procedimento administrativo denominado licitação, objetivando elucidar o seu conceito e os princípios a ele associados, o seu desenvolvimento histórico e os atuais instrumentos normativos que o regulam, em especial a Lei nº 8.666/93. O item 2.2 contextualiza as empresas estatais na perspectiva da organização administrativa brasileira, apresentando o núcleo essencial de suas duas espécies, empresas públicas e sociedades de economia mista, além de tratar de questões centrais como o objeto de sua atuação e a diferenciação entre as atividades-meio e as atividades-fim por elas exercidas; outrossim, introduz o Decreto nº 2.745/98, que autoriza a PETROBRAS a licitar sem sujeitar-se à Lei nº 8.666/93, sendo a única empresa estatal nacional a usufruir dessa prerrogativa.

2.1 LICITAÇÕES PÚBLICAS

2.1.1 Conceito e princípios

Enquanto na administração privada é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na administração pública só é permitido fazer o que a lei permite (MEIRELLES, 1985 *apud* SALDANHA, 2006). A lição anterior, verdadeiro corolário do princípio da legalidade, resume a imposição ao gestor público de observar e cumprir fielmente os preceitos do direito e da moral administrativa quando de sua atuação nessa condição. Tal necessidade decorre da natureza de um *múnus público* da administração pública para quem a exerce, isto é, de um encargo de defesa, guarda e aprimoramento dos bens, serviços e interesses da coletividade (MEIRELLES, 2009).

Um dos principais desdobramentos do princípio da legalidade é que, diversamente dos agentes privados que gozam de ampla liberdade para decidir a destinação de suas posses, o Poder Público está limitado a contratar, adquirir, alienar e onerar seus bens na forma e nos casos previstos em lei. Portanto, como todas as demais grandes áreas da gestão pública, a

função compras está largamente submetida à disciplina legal (SALDANHA, 2006). Em consonância com o já exposto, Bénóit (1968 *apud* JUSTEN FILHO, 2008, p. 13) observa que "a contratação com particulares deve ser orientada pelo interesse geral, objetivando contratar com o particular melhor qualificado, em melhores condições e para obter o melhor resultado possível".

Nesse contexto, emerge a licitação, um procedimento administrativo rigorosamente determinado na lei, de prática generalizada nos Estados modernos, que visa a propiciar ao Poder Público as melhores condições para os seus contratos, bem assim a restringir ao mínimo possível o arbítrio e a discricionariedade do administrador público (MEIRELLES, 2002). A licitação, pois, precede à contratação, sendo condição antecedente e necessária para a formalização do contrato administrativo (ALEXANDRINO; PAULO, 2007).

Dentre as inúmeras definições de licitação encontradas na literatura especializada, recorre-se a duas que, além de emanadas de ilustres autores administrativistas, contêm conceitos importantes:

[...] trata-se de um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com ela travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa e mais adequada às conveniências públicas (MELLO, 2007, p. 503).

O autor registra em sua definição, como que alertando aos que se envolverem com o procedimento, a necessidade de atender o interesse público, a própria finalidade da ação estatal. Assim,

[...] pode-se definir a licitação como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício de função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitam às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato (DI PIETRO, 1996, *apud* MEIRELLES, 2002).

Maria Sylvia Zanella di Pietro enfatiza o princípio da igualdade (ou isonomia), diferencial básico entre a atividade pública e a privada, uma vez que, como visto acima, ao agente público não é dada a liberdade de escolher com quem contratar. Assegura-se, dessa forma, igual oportunidade aos postulantes.

Assim como todos os demais procedimentos realizados no âmbito da gestão pública, a licitação está sujeita a observância de determinados princípios. O *caput* do art. 37 da Constituição de 1988 indica aqueles que devem nortear a Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Além destes, a serem observados em

toda a atuação administrativa do Estado, a doutrina do Direito Administrativo costuma listar uma série de princípios peculiares ao procedimento administrativo da licitação. Segundo a classificação consagrada por Meirelles (2002), reunindo alguns dos princípios que interessam a toda atuação estatal e os peculiares apenas à licitação, esta última é caracterizada por:

- a) Formalismo (Procedimento formal) – em razão de preceder contratações que gerarão dispêndio de recursos públicos;
- b) Publicidade dos atos – não há, nem pode haver, licitação sigilosa;
- c) Igualdade entre os licitantes – princípio primordial da licitação, veda a existência de cláusula discriminatória ou julgamento que prejudique ou beneficie fornecedor;
- d) Sigilo na apresentação das propostas – evita que algum concorrente coloque-se em situação vantajosa a partir do conhecimento do conteúdo da proposta de outro;
- e) Vinculação ao edital – o edital é a lei do procedimento, vinculando tanto os licitantes quanto a Administração Pública;
- f) Julgamento objetivo – afasta a discricionariedade na escolha das propostas, uma vez que a decisão deve basear-se nos critérios objetivos indicados no edital;
- g) Probidade e moralidade administrativa – traduz-se na exigência de atuação ética dos agentes da Administração em todas as fases do procedimento;
- h) Adjudicação obrigatória ao vencedor – veda a atribuição do objeto da licitação a outro que não o responsável pela proposta classificada em primeiro lugar;
- i) Economicidade – busca atender a razão de existir do próprio instrumento licitatório, qual seja, a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.

2.1.2 Breve histórico

A origem do procedimento licitatório remonta aos Estados medievais, e deriva do sistema conhecido como “vela e pregão”, usado à época (MEIRELLES, 2002). Uma determinada obra era apregoada e, enquanto ardia uma vela, os construtores interessados realizavam suas propostas. Quando a chama extinguia, adjudicava-se a execução da obra a quem houvesse oferecido o menor preço. Ainda hoje restam reminiscências desse método arcaico, como a modalidade *estinzione di candela vergine*, presente na legislação italiana sobre o tema (DI RENZO, 1969 *apud* MEIRELLES, 2002). A modalidade pregão, prevista em praticamente todos os ordenamentos jurídicos pátrios atuais, adota essencialmente o

mesmo princípio, porém evoluiu para considerar outros critérios além do menor preço e aproveitar as soluções técnicas que o progresso tecnológico proporcionou (JUSTEN FILHO, 2008).

No Brasil, as Ordenações Filipinas, cuja primeira edição data de 1603, instituíram as primeiras práticas de licitação pública, as quais adotaram precisamente a característica do pregão (PINTO, 1997). Segundo Pinto (1997), já se podia observar no regramento uma preocupação com a avaliação técnica visando ao menor custo, ao fazer constar, primeiro, o "fazer melhor" e, somente depois, "por menos preço". O autor ainda destaca nessa mesma norma incipiente, uma alusão à dispensa do procedimento mais complexo quando a contratação envolvesse pequenos valores.

O termo licitação apareceu pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro com a edição da Lei nº 4.401, de 10 de setembro de 1964, destinada ao Serviço Público da União (PINTO, 1997). O Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que estabeleceu as diretrizes da reforma administrativa federal, adotou o termo e alterou toda a disciplina legal das chamadas "concorrências públicas para compras, obras e serviços no âmbito da Administração", como eram tratadas pelo Código de Contabilidade Pública da União de 1922, que vigeu por mais de 40 anos (CRETELLA JUNIOR, 2000).

O Decreto-lei nº 200/67, em seu art. 125, já revogado, indicava os órgãos da Administração Direta e as autarquias como os destinatários da obrigatoriedade de proceder à licitação em suas compras, obras e serviços. Portanto, com exceção das autarquias, as entidades da Administração Indireta, categoria a qual pertencem as empresas estatais³, estavam afastadas da incidência da lei, a partir do que se consagrou a noção de que delas não era exigida a observância de licitação para as suas contratações (CRETELLA JUNIOR, 2000). Na interpretação literal de um inconformado Celso Antônio Bandeira de Mello (1983 *apud* PINTO, 1997), o Decreto-lei tendo feito referência explícita apenas às autarquias, excluía, por conseguinte, as demais entidades da Administração Indireta do regime licitatório. A regra, pois, era a liberdade de escolha dos contratantes por parte das sociedades de economia mista e das empresas públicas, sem a necessidade de um procedimento formal prévio à contratação.

Todavia, a inexigibilidade de licitação para as empresas estatais foi um dos muitos mandamentos emanados do Decreto-lei acima tratado que não resistiu à Constituição Federal de 1988 (RIBEIRO, 1999). A nova Carta Magna, em seu art. 37, inciso XXI, estendeu

³ Conforme o art. 4º, inciso II, do Decreto-lei nº 200/67, além de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, as fundações públicas também integram a Administração Indireta. A tipologia será aprofundada adiante.

implicitamente a exigência do procedimento licitatório às empresas públicas e sociedades de economia mista a partir da inclusão da expressão “Administração Indireta”. Na redação da Constituição de 1988:

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:

[...]

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.

Esse artigo foi regulamentado pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, hodiernamente em vigor, que disciplina as licitações e os contratos do Poder Público. Dado o seu caráter vinculante a todos os órgãos e entidades integrantes da Administração Pública, convém examiná-la detidamente, o que será feito a seguir.

2.1.3 Lei nº 8.666/93: principais aspectos

2.1.3.1 Abrangência e destinatários

O primeiro ponto que deve ser enfatizado é justamente a abrangência do instrumento normativo em análise. A Lei nº 8.666/93 é uma lei de normas gerais, editada em atenção ao art. 22, inciso XXVII, da Constituição de 1988, segundo o qual “compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades [...]”. O seu caráter generalista é ratificado logo em seu art. 1º: trata-se de uma lei de “normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações”.

O mesmo art. 1º define os destinatários das disposições da Lei nº 8.666/93: os órgãos da Administração Direta dos Poderes da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, 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, Municípios e Distrito Federal”.

2.1.3.2 Obrigatoriedade, inexigibilidade e dispensa de licitação

A regra geral em nosso ordenamento, vazada pela própria Constituição Federal, é a obrigatoriedade de licitação previamente à celebração de qualquer contrato administrativo (MEIRELLES, 2002). Contudo, existem determinadas hipóteses que, de forma legítima, admitem a possibilidade de contratação direta, sem a ocorrência do processo licitatório.

A primeira delas é a inexigibilidade de licitação, disciplinada no art. 25 da Lei nº 8.666/93, aplicável sempre que houver a impossibilidade jurídica de competição. O que se pretende não é a mera exclusão do procedimento licitatório, e sim a efetivação de um procedimento administrativo especial que, com sua devida motivação, permita a maior concretização do interesse público, que seria obstaculizada com a consecução do certame (ALEXANDRINO; PAULO, 2007). Os incisos I, II e III do mencionado artigo arrolam, de maneira exemplificativa, situações genéricas que ensejam à inviabilidade de competição. Segundo Meirelles (2002, p.112-116), os casos de inexigibilidade dizem respeito a:

- a) fornecedor exclusivo, vedada a preferência de marca;
- b) contratação de serviços técnicos profissionais especializados, de natureza singular, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade (a enumeração desses serviços consta no art. 13 da lei em comento);
- c) contratação de artistas consagrados pela crítica ou pelo público.

De outra forma, há hipóteses em que, mesmo existindo viabilidade de competição, a própria lei cuida de autorizar a não realização da licitação. As situações em que a realização de licitação é dispensável estão previstas taxativamente nos arts. 24 e 25 da lei estudada, compondo um vastíssimo *rol* que não interessa ao presente estudo aprofundar. Ainda assim, cabe mencionar que as hipóteses vão desde serviços e compras de pequena monta até as associadas a guerras, emergências e calamidades.

Por fim, também há os casos em que a lei, diretamente, dispensa a realização de procedimento licitatório, caracterizando a denominada licitação dispensada. Diante dessas situações, não cabe à Administração a faculdade de decidir sobre a realização ou não do certame, porque a própria disciplina legal impõe a sua dispensa, mesmo havendo a possibilidade fática de competição (JUSTEN FILHO, 2008). As hipóteses de licitação

dispensada estão enumeradas no art. 17 da Lei nº 8.666/93 e, como regra, dizem respeito à alienação de bens e direitos pela Administração Pública.

2.1.3.3 Fases do procedimento

Como demonstrado alhures, a licitação é um procedimento de cunho formal que deve observar certos requisitos para que se revista de validade jurídica. Justen Filho (2008) identifica duas etapas distintas em toda licitação, uma interna e outra externa. Como não poderia deixar de ser, a Lei nº 8.666/93 estipulou regramento para disciplinar cada uma dessas etapas essenciais.

O procedimento inicia, obviamente, dentro do respectivo órgão ou entidade que realizará o certame, não se exteriorizando ainda perante terceiros. Na etapa interna, são realizados os atos necessários à definição e ao estabelecimento das condições que nortearão e regerão a licitação e o contrato que se seguirão (JUSTEN FILHO, 2008). Envolve desde a análise da conveniência e da oportunidade da contratação de terceiros até a confecção do ato convocatório da licitação (nesse caso, desde que não se verifique a presença dos pressupostos de dispensa ou inexigibilidade de licitação que autorizem a contratação direta).

Conforme o art. 38 da lei geral, a licitação será iniciada com a abertura de processo administrativo, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, ao qual serão juntados oportunamente a série de documentos listados em seus 12 (doze) incisos.

A dita fase “externa” da licitação, na qual se realizam propriamente os atos destinados a selecionar o contratante e a proposta mais vantajosa, instaura-se, segundo Justen Filho (2008), com a divulgação do instrumento convocatório. A exceção é a previsão do art. 39 da supramencionada lei, o qual dispõe que nos casos cujo valor estimado para uma contratação ou para um conjunto de contratações simultâneas ou sucessivas que supere a R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais), a fase externa do procedimento deve principiar com a realização de uma audiência pública, no mínimo, 15 dias úteis antes da data prevista para a publicação do edital. Feita essa ressalva, propõe-se nesse ponto, a partir da esquematização consagrada por Hely Lopes Meirelles (2002, p.117-160), mencionar cronologicamente quais são as etapas desta fase e os artigos da Lei nº 8.666/93 que as disciplinam:

- a) Divulgação do edital (arts. 21 e 40) ou carta-convite (art. 22) - esta última especificamente para a modalidade convite, examinada adiante;
- b) Recebimento da documentação e das propostas (art. 40, inciso VI);
- c) Habilitação dos licitantes, se for o caso (arts. 28 a 31 e art. 43);
- d) Julgamento das propostas (art. 43);
- e) Homologação do resultado e adjudicação do objeto ao vencedor (arts. 43 e 50).

As etapas de habilitação dos licitantes e julgamento das propostas são efetivadas pela Comissão de licitação, cujos membros respondem solidariamente por todos os atos emanados do colegiado, “salvo se a posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão” (art. 51, §3º).

2.1.3.4 Tipos e modalidades de licitação

Já foi comentado que a adoção de um procedimento formal como a licitação tem entre seus objetivos refrear a discricionariedade do administrador público, vinculando a sua atuação ao cumprimento de formalidades essenciais e o seu julgamento a critérios objetivos. Os possíveis critérios a serem observados determinam o que a Lei nº 8.666/93 define como tipos de licitação (MEIRELLES, 2002).

De acordo com o seu art. 45, §1º, os quatro tipos básicos de licitação são:

- a) menor preço;
- b) melhor técnica;
- c) técnica e preço;
- d) maior lance ou oferta.

Consoante o artigo imediatamente posterior, o tipo de licitação “menor preço” deve ser a regra para a contratação de obras, serviços, compras, locações e fornecimento. É porque, tecnicamente, é o único que consegue atender plenamente o princípio do critério objetivo de escolha (ALEXANDRINO; PAULO, 2007). Porém, possui certas limitações, principalmente em certames que envolvem serviços de natureza intelectual. Em virtude disso, o próprio art. 46 prevê que para esses serviços devem ser “utilizados exclusivamente os tipos de licitação melhor técnica ou técnica e preço”.

Convém, ainda, apresentar as cinco modalidades de licitação enumeradas pela Lei nº 8.666/93: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Segundo Alexandrino e

Paulo (2007, p. 471), “as modalidades concorrência, tomada de preços e convite, guardam uma espécie de relação hierárquica baseada na complexidade de seus procedimentos e no montante dos contratos a serem celebrados”. São, por excelência, aplicáveis aos contratos de execução de obras públicas, prestação de serviços à Administração Pública e compras de bens pelo Poder Público. A concorrência é a mais complexa e está relacionada aos contratos de maior valor, seguida da tomada de preços. Já o convite é a modalidade para a celebração de contratos de menor dispêndio.

O concurso é a modalidade utilizada para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores. Já a modalidade “leilão” é a indicada para a venda, a quem oferecer o maior lance, desde que maior ou igual ao valor da coisa avaliada, de bens móveis inservíveis para a Administração, de produtos legalmente apreendidos ou penhorados e de bens imóveis avaliados em até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais), cuja aquisição decorra de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento.

Embora o §8º do art. 22 disponha que é “vedada a criação de outras modalidades de licitação” ou “a combinação” das ali referidas, a Lei nº 10.520/2002 instituiu uma sexta modalidade⁴ licitatória a qual denominou pregão, apresentada no próximo tópico.

2.1.4 Lei nº 10.520/02: o pregão

O pregão ressurgiu no ordenamento jurídico brasileiro através do regulamento de contratações da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), formalizado pela Resolução nº 005, de 15 de janeiro de 1998. Segundo Silva e Ferreira (2007 *apud* FARIA *et al.*, 2010) assume a forma de um leilão reverso, permitindo uma maior competição entre os participantes pelo objeto licitado.

Após mais de dois anos de uso restrito à agência reguladora, a Medida Provisória nº 2.026, de 4 de maio de 2000, consagrou a utilização dessa modalidade de licitação para toda a Administração Pública federal. Esta MP, 18 (dezoito) vezes reeditada, foi convertida na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição

⁴ Alguns autores, a exemplo de Alexandrino e Paulo (2007) e Justen Filho (2008), mencionam uma sétima modalidade, a consulta, instituída pela Lei nº 9.986/2000, cuja aplicação é restrita às agências reguladoras federais.

Federal, instituiu o pregão no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (ALEXANDRINO; PAULO, 2007).

A lei define pregão como a modalidade de licitação em que a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns é feita em sessão pública, por meio de propostas de preços escritas e lances verbais. O Parágrafo Único do art. 1º desta lei explica que bens e serviços comuns são aqueles “cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”. Portanto, o traço marcante é a sua padronização, isto é, a sua natureza intrínseca que lhes permite ser de tal maneira especificáveis que todos os postulantes que cumprirem com as especificações definidas pela Administração executarão o objeto contratado com um nível equivalente de qualidade e eficiência.

O licitante vencedor será sempre aquele que oferecer o menor preço, pois a lei adota esse tipo de licitação como o único critério de julgamento para a modalidade. Segundo Alexandrino e Paulo (2007, p. 626), a aplicação do menor preço justifica-se, pois “não se exige capacitação técnica especializada para o fornecimento de bens ou a prestação dos serviços objeto do pregão”, que “são simples, ordinários, rotineiros”.

Também expõe a lei que a possibilidade de utilização do pregão será aferida diante da natureza do objeto a ser contratado, independentemente do seu valor. Essa previsão rompe com a característica das modalidades tradicionais de licitação constantes na Lei nº 8.666/93, que são estabelecidas em função do valor do objeto licitado.

A modalidade em apreço possui características procedimentais que trazem uma série de vantagens para o órgão ou entidade contratante. Em primeiro lugar, sua baixa complexidade possibilita maior celeridade na contratação de bens e serviços comuns. Além disso, a sua utilização gera economias significativas, pois o valor final dos contratos tende a ser mais vantajoso comparativamente àquele que se obteria com o uso de outras modalidades de licitação (ALEXANDRINO; PAULO, 2007).

Outra característica do pregão apontada como significativa para o ganho econômico nas contratações é a possibilidade da redução dos preços iniciais por meio de lances verbais dos participantes no curso da própria sessão (art. 4º, VIII). Consoante a lei, esta é uma prerrogativa conferida ao autor da oferta de valor mais baixo e é extensível àqueles cujas ofertas não superem em mais de 10% (dez por cento) àquela. Porém, segundo o inciso IX do art. 4º, caso não haja três ofertas que se enquadrem na condição anterior, será aberta a possibilidade de que os ofertantes das melhores propostas, até o máximo de três e independentemente do valor que tenham oferecido, refaçam seus lances, sempre tendo como

referência a proposta de menor valor.

O principal ponto distintivo do pregão em relação às modalidades licitatórias da Lei nº 8.666/93, no entanto, é a inversão que ocorre na sequência das fases de habilitação e julgamento das propostas. Nas outras modalidades, ainda que possa não existir uma fase definida de habilitação, a verificação das qualificações dos licitantes precede a análise e o julgamento das propostas, de modo que aqueles que forem declarados inabilitados nem sequer terão suas ofertas consideradas. A lógica do pregão é oposta: primeiro são julgadas e classificadas as propostas, para só depois se consumir a análise da habilitação, feita apenas em relação ao licitante vencedor.

Ao contrário do que ocorre nas demais modalidades de licitação, no pregão a homologação é posterior à adjudicação do objeto da licitação ao vencedor. Conforme defluiu dos incisos XX a XXII do art. 4º da Lei nº 10.520/2002, somente depois de cumprida a etapa de adjudicação será convocado o licitante vencedor (já investido na condição de adjudicatário) para assinar o respectivo contrato. Outra previsão marcante que destoa do disposto na lei geral é a que veda a exigência de garantia de proposta, trazida pelo art. 5º da Lei do Pregão.

Como contrapartida a essa maior simplicidade procedimental que tenciona aumentar o número de participantes e a competitividade do certame, a legislação preocupa-se em estabelecer punições severas àqueles que, vencendo a licitação, abandonem o cumprimento do contratado ou o executem de maneira insatisfatória (ALEXANDRINO; PAULO, 2007). A lei deixa assente que aquele que convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, será impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e será descredenciado no SICAF (registro cadastral da Administração Federal), ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores semelhantes mantidos pelos demais entes, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato (art. 7º). Além disso, ficará também à mercê das penalidades cominadas pela Lei nº 8.666/93, aplicada subsidiariamente ao pregão, conforme o art. 9º da lei que o disciplina.

Feita essa breve nota geral sobre a modalidade pregão, é importante mencionar as suas duas formas específicas: presencial e eletrônica (via Internet). No âmbito federal, o Decreto nº 3.555, de 8 de agosto de 2000, regulamentou o pregão em geral (atendendo disposição específica da Medida Provisória nº 2.026/2000, então vigente). Do ponto de vista de seus

princípios, acrescentou aos tradicionais a celeridade, o justo preço, a seletividade e a comparação objetiva das propostas como norteadores da modalidade (ALEXANDRINO; PAULO, 2007). De forma taxativa, passou a prever que não se usará o pregão na contratação de obras e serviços de engenharia, nas locações imobiliárias e nas alienações em geral.

Ademais, o Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, estabeleceu a regulamentação específica do art. 2º, §1º, da Lei nº 10.520/2002, o qual permite a realização da modalidade de pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação. Muito embora o objeto do mencionado decreto seja a disciplina do denominado pregão eletrônico, este fixou também normas aplicáveis ao pregão em geral. Dentre essas normas, destaca-se a obrigatoriedade da utilização da modalidade pregão para aquisição de bens e serviços comuns para os órgãos e entidades integrantes do SISG - Administração Direta, autárquica e fundacional da União (art. 4º). Deve ser adotada prioritariamente a forma eletrônica, porém se admite nos casos de comprovada inviabilidade o uso do pregão presencial, devidamente justificada pela autoridade competente (art. 4º, §1º).

A participação dos interessados nas licitações realizadas no formato eletrônico está condicionada ao devido credenciamento no SICAF. Ao licitante cadastrado são atribuídas chave de identificação e senha, pessoal e intransferível, para acesso ao sistema eletrônico, que é dotado de recursos de criptografia e de autenticação para garantir a manutenção das condições de segurança em todas as etapas do certame.

Segundo dados da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MPOG), a modalidade eletrônica já é responsável por 91% de todos os contratos firmados sem dispensa de licitação entre os órgãos da Administração Direta, autárquica e fundacional federais, e terceiros nos últimos 11 anos⁵. Os pregões são realizados por meio do Portal de Compras do Governo Federal - COMPRASNET, sítio www.comprasnet.gov.br, também disponível aos Estados, Distrito Federal e Municípios, mediante celebração de termo de adesão elaborado pela SLTI/MPOG a ser assinado pela autoridade competente do respectivo órgão ou entidade.

As entidades não integrantes do SISG fazem uso de sistemas próprios para a realização de pregões e dispensas de licitação eletrônicos. O Banco do Brasil desenvolveu o sistema de licitações eletrônicas “Licitações-e”, o qual é cedido também a outras estatais federais. A CAIXA, por sua vez, criou o “Portal de Compras”, que congrega *website* e sistema

⁵ MPOG. **Pregões eletrônicos geram economia de R\$ 2,13 bilhões para o Governo Federal**. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/noticia.asp?p=not&cod=7465&cat=94&sec=7>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

específicos. Já a PETROBRAS dispõe do “Petronect”, que disponibiliza ferramentas para suas aquisições de bens e serviços.

No caso do Rio Grande do Sul, optou-se por instituir regramento próprio para o pregão eletrônico, com cadastro e sistemas específicos. O Decreto estadual n° 42.434/2003, alterado pelo Decreto n° 45.744/2008, não trouxe nenhuma inovação procedimental, porém oficializou a utilização de cadastros de fornecedores e sistemas independentes dos mantidos pelo Governo Federal. À semelhança do que ocorre na União, há um tratamento diferenciado de acordo com as características do órgão ou entidade licitante: no âmbito da Administração Direta do Estado, das autarquias e das fundações, os pregões serão realizados por meio do Portal de Compras Eletrônicas do Estado, conduzido e administrado pela Central de Licitações – atual CECOM/RS (art. 1º, §1º); já para a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul - AGERGS, o Departamento Estadual de Trânsito - DETRAN/RS e as sociedades de economia mista integrantes da Administração Indireta do Estado, bem como suas subsidiárias, será utilizado o Portal de Compras Eletrônicas do Banco do Estado do Rio Grande do Sul - BANRISUL para a realização de seus pregões eletrônicos (art. 1º, §2º).

O credenciamento prévio perante à CECOM/RS, sítio www.compras.rs.gov.br, ou ao BANRISUL, sítio www.pregaoonlinebanrisul.com.br, conforme o caso, é requisito obrigatório para os interessados em participar de contratações com a Administração Pública estadual.

2.2 EMPRESAS ESTATAIS NA ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

2.2.1 Organização da Administração no Estado brasileiro

A organização da Administração sucede a organização soberana do Estado. Esta diz respeito à instituição constitucional dos três Poderes que compõem o Governo (Executivo, Legislativo e Judiciário) e à divisão política do território nacional entre os diversos entes estatais⁶, ao passo que aquela trata da estruturação legal dos órgãos e das entidades que irão desempenhar as funções administrativas, através da atuação de pessoas físicas, os agentes

⁶ Consoante a Constituição Federal de 1988, as entidades dotadas de autonomia política são unicamente a União (detentora da soberania), os Estados (art. 25), os Municípios (art. 18) e o Distrito Federal (art. 18).

públicos (ALEXANDRINO; PAULO, 2007).

No Brasil, a edição do Decreto-lei nº 200, em 1967, representou um verdadeiro divisor de águas na organização administrativa local. Meirelles (2009, p. 744) assim descreveu o cenário anterior ao advento do Decreto:

A organização administrativa federal pecava pela excessiva concentração de atribuição nos órgãos de cúpula, agravada pela falta de racionalização dos trabalhos de coordenação dos serviços, ineficientes e morosos, em decorrência de uma burocracia inútil e custosa, que alongava a tramitação dos processos e retardava as decisões governamentais, pela subordinação das atividades-fim às atividades meios.

Todavia, o referido Decreto-lei não se ocupou de reformar a estrutura existente, seu objetivo era fixar diretrizes e princípios que propiciassem funcionalidade e dinamicidade à Administração Federal (MEIRELLES, 2009). A tarefa de reorganizar, reestruturar, revisar o funcionamento de determinados órgãos, definir competências e estabelecer qualquer outra medida que visasse ao alcance da reforma delineada foi transferida ao Poder Executivo, que a exerceu por etapas, através da edição de decretos próprios. Não é casual, portanto, que neste contexto tenha se dado o aparecimento de um grande número de empresas estatais, fenômeno que se estendeu até o final da década seguinte⁷ (SALDANHA, 2006).

Além do acima exposto, outra grande repercussão do Decreto-lei nº 200/67 residiu na positivação dos conceitos de Administração Direta e Administração Indireta, colocando fim a uma rumorosa divergência doutrinária que se arrastava por longo período. Antes, porém, de adentrar na definição legal, é necessário dar atenção à técnica jurídica da descentralização administrativa, uma vez que é a partir dela que se diferenciam essas duas formas de apresentação dos órgãos e das entidades da Administração Pública.

O Estado vale-se de três formas básicas de organização e atuação com vistas à realização de sua função administrativa: a centralização, a desconcentração e a descentralização. Na primeira, como o próprio nome sugere, o Estado executa suas tarefas de forma concentrada, ou seja, os serviços são prestados diretamente pelas próprias pessoas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), por meio de seus órgãos e agentes (ALEXANDRINO; PAULO, 2007). Acerca dos outros dois institutos se faz necessário um exame mais acurado.

⁷ É necessário destacar, entretanto, que a acentuação deste processo teve início anterior à reforma administrativa de 1967, tendo sido levado a cabo tão logo os militares tomaram o poder, em 1964 (PESSOA, 2005). Nesse mesmo sentido, Cano (2007, p. 63) conclui que “a despeito do discurso tecnocrático do golpismo, de que o sistema deveria conter a expansão do Estado na economia, nunca houve expansão tão grande de governo e de empresas estatais como a ocorrida no período”.

A desconcentração é a distribuição de competências no âmbito de uma mesma pessoa jurídica administrativa, a fim de tornar mais ágil e eficiente a prestação dos serviços; a ligação entre a entidade que cede o poder decisório e o órgão ou agente que o recebe é mantida pelo vínculo de autoridade - a hierarquia (MELLO, 2007). Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2007, p. 17) citam como exemplo as universidades públicas, pessoas jurídicas, que dividem suas funções entre diversas Comissões ou Departamentos (Comissão de Graduação, Comissão de Extensão, etc), que nada mais são do que órgãos - e como tais não possuem personalidade jurídica.

De outra forma, o processo de descentralização envolve a transferência de atribuições entre pessoas jurídicas distintas, isto é, o ente estatal desempenha algumas de suas funções por meio de outras pessoas jurídicas (MEIRELLES, 2009). Não há dever de obediência hierárquica nem subordinação, pois as entidades às quais são transferidas competências não são meros agentes do Poder Central, possuindo autonomia para a realização de suas atividades. Porém, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 147), pode haver o “controle finalístico” por parte da entidade cedente, desde que previsto em lei e circunscrito apenas aos atos nela indicados.

Embora a descentralização administrativa possa envolver a delegação do exercício de função administrativa a particulares, tal hipótese apenas merece menção e não interessa diretamente ao presente estudo. A hipótese de relevância é a conhecida como outorga, na qual o Estado cria uma entidade e a ela transfere, por lei, a execução de determinado serviço público. Como se verá a seguir, esse é o instrumento pelo qual são criadas as entidades integrantes da Administração Indireta.

Dado o esclarecimento, retorna-se à apreciação das definições consagradas pelo Decreto-lei nº 200/67 em seu art. 4º, incisos I e II. Os conceitos podem ser assim sintetizados: a Administração Direta é o conjunto de órgãos e agentes que integram as pessoas políticas do Estado, vinculados a estas por relações de hierarquia e não detêm personalidade jurídica; por outro lado, a Administração Indireta são as pessoas administrativas que, dotadas de personalidade jurídica própria e vinculadas à Administração Direta, gozam de competência para o exercício, de forma descentralizada, de atividades administrativas (MELLO, 2007).

O art. 4º, inciso II, do Decreto-Lei nº 200/67, lista as categorias de entidades que compõem a Administração Indireta, a saber: autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas. Para o escopo do presente trabalho importam especificamente as empresas públicas e as sociedades de economia mista, que conformam a manifestação empresarial do Estado e se diferenciam de todas as demais entidades estatais

pela peculiaridade de serem pessoas jurídicas de direito privado (RIBEIRO, 1999).

Dessa forma, adiante se indicará o que são e o que representam essas duas entidades no Estado brasileiro.

2.2.2 Empresas estatais: a ação empresarial do Estado

A extensão da estrutura do Estado e o papel que ele deve exercer na economia é tema recorrente ao longo da história e continua longe de ser consensual. A depender da época, determinada matriz ideológica se sobressai; porém, rigorosamente, não se pode afirmar a existência de uma posição dominante - pelo menos não em seu “estado puro”.

A intervenção estatal no andamento natural de uma economia aceita diversas explicações. Segundo Eccard (2009), geralmente está associada à correção das chamadas falhas de mercado, tais como externalidades, concorrência imperfeita e informações assimétricas. Para Pessoa (2005), a intervenção no domínio econômico assume três formas principais: a) regulamentação, b) fomento e c) atuação direta.

No primeiro caso, o Estado ocupa a função de regulador do mercado, editando leis e outros instrumentos normativos de hierarquia inferior. Também aqui se insere o exercício de seu poder de polícia, atividade administrativa típica. Tal competência reguladora envolve áreas estratégicas como as políticas monetária, creditícia e cambial (PESSOA, 2005).

No que respeita especificamente à função de fomento, apoia e dá suporte à acumulação privada do capital, a partir do estímulo, ou desestímulo, a determinados comportamentos. De acordo com Pessoa (2005), os instrumentos disponíveis para realizar tal finalidade vão desde a concessão de incentivos fiscais até a oferta de financiamentos públicos a determinadas empresas ou indústrias, passando pela adequação da carga tributária.

A atuação direta é, precisamente, o ponto na relação entre Estado e mercado que mais gera controvérsias. Aqui, segundo Pessoa (2005), o Estado intervém diretamente no domínio econômico como se particular fosse, através de empresas públicas e sociedades de economia mista, explorando atividade industrial ou comercial, ou prestando algum serviço público. Neste último caso, o serviço público é outorgado a uma entidade descentralizada, como já citado, ou a um particular, mediante concessão ou permissão.

A empresa estatal é importante manifestação na complexa questão da intervenção do Estado na economia. No Brasil, a atuação empresarial estatal é subsidiária, uma vez que a

iniciativa empreendedora está assegurada ao particular, por força do art. 170, inciso IV, da Constituição Federal. Assim também ocorre na maioria das demais nações, com exceção dos Estados socialistas e comunistas (ECCARD, 2009).

Em apertada síntese, pode-se dizer que a iniciativa dos particulares é guiada pela busca da obtenção do maior retorno possível sobre os recursos disponibilizados em determinado empreendimento. Decorre daí que, havendo certos setores da atividade econômica que oferecem retornos baixos ou até mesmo nulos, estas áreas despertam nos empresários interesse proporcional às possibilidades de ganhos – isto é, quase nenhum (MARTINS, 2004).

De maneira oposta, o Estado não baseia sua atuação na auferição de lucro econômico, e sim no alcance dos interesses da coletividade, devendo interceder para alcançá-los mesmo quando o resultado de suas ações possa gerar prejuízos financeiros. Nesse sentido, Eccard (2009) destaca que sempre houve a necessidade de intervenção do Estado no domínio econômico nas áreas em que a iniciativa privada não comparecia ou comparecia precariamente. Para o autor, mesmo nas civilizações antigas, como a egípcia e a romana, o Estado já intercedia de alguma forma na economia, o que permite concluir tratar-se de fenômeno bem anterior ao estabelecimento dos Estados modernos europeus.

O surgimento das empresas estatais no Brasil foi principalmente motivado pela necessidade de o Estado assumir o exercício subsidiário de algumas atividades econômicas (GRAU, 2010). Para Scaletsky (2005, p. 3), este foi o meio encontrado pelo ente estatal para ingressar no circuito específico de valorização do capital, passando a intervir nas categorias de produção e comércio como provedor de bens e serviços, e, com isso, assumir “a propriedade sobre uma parcela do capital do país, gerando excedentes e se impondo como um ator interessado no processo de concorrência e na gestão de uma parcela da força de trabalho”. Martins (2004, p. 2) sintetiza da seguinte maneira as razões para a criação das empresas estatais:

A ação do Estado brasileiro na economia, através dessas empresas estatais, pôde ser assimilada em grande parte pela incapacidade, ou não interesse, por parte do setor privado nacional em realizar os investimentos necessários à implantação de determinados ramos de atividade devido à baixa rentabilidade relativa ou, ainda, porque o próprio Estado considerava essas áreas estratégicas para o desenvolvimento e/ou para a segurança nacional.

Assim, como qualquer outra firma geradora de bens e serviços, as empresas estatais estão submetidas às leis de mercado (SCALETSKY, 2005). Esse fato levou à opção legal pela sua personalidade jurídica de direito privado, pois é uma forma mais consentânea com os

objetivos estatais de aumentar a flexibilidade e a eficiência da sua máquina administrativa (RIBEIRO, 1999). Segundo Martins (2004), tal condição confere a estas entidades uma característica ambígua, porque em suas estruturas convivem duas lógicas de atuação que se expressam na existência de sua dupla face: uma pública, que as liga ao restante do aparelho de estado e representa o interesse coletivo, e uma privada, o elo que as distingue do aparato estatal e destaca sua função empresarial, que busca a valorização do seu capital e a realização da mais-valia.

No contexto de críticas às dimensões do Estado, sobressaem-se aquelas direcionadas às suas empresas, tratadas como ineficientes, perdulárias, burocráticas e corporativistas (PESSOA, 2005). Para Eccard (2009, p. 16), parte dessa inconformidade está baseada na comparação com os resultados econômicos obtidos pelo setor privado, o que não é razoável, visto que na organização produtiva privada não há “interferências políticas e é possível buscar somente a maximização dos lucros e a valorização do capital”. Ainda segundo o autor, deve-se levar em conta que a empresa estatal não raras vezes é estrangida pelo governo a se afastar do paradigma privado de produção, comprometendo a sua futura expansão ou até mesmo a sua perenidade (ECCARD, 2009). Também assim entende Martins (2004, p. 4):

Dizer, então, que uma empresa estatal é ineficiente por ter sido utilizada como instrumento de política econômica pelo Estado, não parece ser a questão. Em primeiro lugar porque esse deve ser o seu papel e, em segundo lugar, porque não se pode cobrar eficiência, eficácia e efetividade de uma empresa estatal com os mesmos critérios utilizados para avaliar o desempenho de uma empresa privada – que está “livre” de qualquer interferência política para maximizar seus resultados.

Apesar dessa constatação, tais entidades não resistiram à ofensiva das teses neoliberais que, a partir da década de 1980, disseminaram-se pregando uma redefinição das fronteiras e articulações público-privadas (ECCARD, 2009). Segundo Pessoa (2005), prevaleciam os discursos pela desestatização da economia e pelo maior espaço para a iniciativa privada, que culminaram com a desregulamentação e a privatização das empresas estatais. Caberia ao Estado, nesse quadro, o exercício de uma nova função, a regulação dos serviços públicos.

No Brasil, o fracasso do Estado em estabilizar a economia e retomar o crescimento sustentado serviu como força motriz para desencadear o processo de privatização, especialmente nos anos de 1990 (CASTELAR, 2000). Destarte, foi promulgado o Programa Nacional de Desestatização (PND), instituído pela Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, disciplinando os leilões públicos de venda das instituições estatais. Conforme Pessoa (2005), as justificativas para a implantação deste programa eram o realinhamento da posição

estratégica do Estado na economia e a modernização do parque industrial do país.

Segundo Castelar (2000), o processo de desestatização teve duas fases. Até 1996, o papel da privatização na política macroeconômica brasileira “foi essencialmente o de sinalizar o compromisso com a redução do tamanho do Estado e a implementação de reformas estruturais” (CASTELAR, 2000, p. 20). Quase todas as empresas privatizadas eram produtoras de bens industriais, com receitas concentradas nas áreas siderúrgica, metalúrgica, petroquímica e de fertilizantes. As empresas escolhidas para serem vendidas pertenciam, em sua maioria, a setores relativamente competitivos ou nos quais a liberalização do comércio criaria um ambiente competitivo.

O período seguinte, que teve início já em 1995, caracterizou-se pela ampliação do escopo do processo de privatização. Para Castelar (2000), isso se deveu à conjugação de dois movimentos ocorridos simultaneamente: a determinação de por fim aos monopólios do setor público em infraestrutura e a instituição pelos governos estaduais de seus próprios programas de privatização. Segundo Pessoa (2005), para a consumação dessa “nova ordem” foram necessárias alterações no plano constitucional, o que foi garantido basicamente pela aprovação de três emendas: a EC nº 5/95, que abriu a possibilidade de os Estados-membros transferirem a exploração dos serviços locais de distribuição de gás canalizado a empresas privadas; a EC nº 6/95, que rompeu com as restrições ao capital estrangeiro, permitindo, dentre outros pontos, que a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia elétrica fossem concedidos ou autorizados a empresas constituídas sob as leis brasileiras, dispensada a exigência de capital nacional majoritário; e a EC nº 9/95, que flexibilizou o monopólio estatal na área do petróleo, facultando à União a contratação com empresas privadas das atividades básicas do setor (PESSOA, 2005). Por isso, a venda de empresas públicas foi acompanhada da concessão de serviços públicos a particulares em setores como energia, telecomunicações, rodovias e ferrovias.

No plano federal, a segunda onda de privatizações desempenhou um papel preponderante na sustentação do Plano Real, o programa de estabilização lançado no Governo Itamar que se constituiu em bandeira do primeiro mandato de Fernando Henrique Cardoso (CASTELAR, 2000). Nesse contexto de transformações substantivas, também se observou o surgimento de modificações gerenciais relacionados ao Estado. Aqui se enquadra a transformação de uma administração pública burocrática em uma administração gerencial, orquestrada pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, de 1995, nitidamente afeito aos paradigmas privados de gestão (SCALETSKY, 2005). Segundo o responsável direto pela iniciativa, o ex-Ministro Bresser-Pereira (2009), a reforma da gestão pública envolve,

antes de tudo, uma redefinição dos papéis do Estado e a distinção entre suas atividades exclusivas e não-exclusivas. No que tange à produção de bens e serviços, justificativa que também fundamentou o aparecimento das empresas estatais, o autor arremata (2009, p. 288-292):

[...] em princípio, a reforma de gestão pública implica a privatização dessas atividades (de produção de bens e serviços no mercado).

[...]

Tornou-se cada vez mais evidente que a atividade empresarial não faz parte do Estado. Primeiro, onde quer que exista a possibilidade de competição, os mercados são mais eficientes do que os Estados para coordenar a economia. Segundo, o sistema de incentivos e punições usado para motivar os trabalhadores e principalmente os executivos não pode ser facilmente transferido para as empresas estatais. Terceiro, a administração, nas empresas estatais, está quase sempre sujeita a critérios políticos, o que, por definição, prejudica a alocação eficiente de recursos.

Só é discutível para o autor a privatização dos chamados monopólios naturais. Em primeiro lugar, porque demandariam o estabelecimento de agências reguladoras autônomas para impor os preços que prevaleceriam se houvesse um mercado, o que, na sua opinião, seria uma tarefa quase impossível. Além disso, as “indústrias monopolistas e certas indústrias mineradoras envolvem rendas ricardianas que permitem à empresa estatal realizar enormes lucros e autofinanciar o investimento” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 293). Diante desse último caso, a privatização seria prejudicial ao próprio interesse social.

Bresser-Pereira (2009, p. 254), contudo, defende que, assim como as reformas administrativas “têm um momento crítico de mudança institucional e cultural, e um longo processo de implementação”, a substituição dos investimentos diretos do Estado por investimentos privados deve ser necessariamente gradual, de modo que este se afirme em seu papel suplementar (em relação ao mercado), porém estratégico, coordenando a economia para a promoção do desenvolvimento econômico.

Não obstante, se é verdade que grande parte das estatais foi vendida durante o processo de privatização acima referido, também o é que o governo federal ainda mantém sob seu controle importantes ativos nos setores de transporte (notadamente aeroportos, porém, frise-se que alguns estão em processo de privatização), bancário, elétrico e petrolífero, os quais contribuem significativamente para o crescimento sustentado da economia e para a geração de empregos no país. Para o ano de 2011, por exemplo, o orçamento de investimentos previsto para as estatais federais supera os R\$ 107 bilhões, segundo dados divulgados pelo

DEST/MPOG⁸.

Concluída esta introdução, passa-se a análise dos conceitos legais e doutrinários relacionados a sociedades de economia mista e empresas públicas, até aqui tratadas indistintamente como empresas estatais.

2.2.2.1 Sociedades de economia mista

O art. 5º, inciso III, do Decreto-lei nº 200/67, fornece o conceito legal da sociedade de economia mista, como segue:

Art.5º. Para os fins desta lei, considera-se:

[...]

III – Sociedade de Economia Mista – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Direta [...].

De acordo com Alexandrino e Paulo (2007, p. 41), as principais características dessa espécie de empresa estatal são:

- a) personalidade jurídica de direito privado;
- b) criação através de lei ou autorização legal;
- c) adoção obrigatória da forma de sociedade anônima;
- d) exploração de atividade econômica é o objeto de atuação;
- e) controle acionário majoritário pertencente ao ente político ou a entidades da Administração Direta – a lei só faz menção à União, mas, por analogia, o conceito se estende às esferas estadual, distrital e municipal.
- f) regime jurídico de direito público;
- g) regime de pessoal é o previsto na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT);

A grande peculiaridade dessa categoria em relação à empresa pública é a composição do capital acionário. Como se viu, a lei exige que este esteja majoritariamente em mãos do Poder Público, o que, em tese, assegura o controle estatal da atuação destas empresas. O que a lei não menciona, mas a doutrina e a jurisprudência consagraram, é que as ações

⁸ MPOG. **Estatais mantêm o ritmo de execução orçamentária.** Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/noticia.asp?p=not&cod=7338&cat=22&sec=4>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

remanescentes devem necessariamente pertencer à particulares (ALEXANDRINO; PAULO, 2007). O elemento fundamental para a caracterização das sociedades de economia mista é, portanto, a associação entre capital público e privado na sua estrutura acionária.

Meirelles (2009) explica que as sociedades de economia mista ostentam organização e funcionamento semelhantes a uma empresa particular, porque foram em sua origem projetadas para a exploração da atividade econômica. Contudo, hoje, em verdade, a sua atuação não mais se restringe a essa esfera, também ocorrendo a criação de algumas delas para prestar serviços públicos.

2.2.2.2 Empresas públicas

O Estado também se utiliza de outra entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado para prestar serviços e exercer suas atividades, a empresa pública. Diferentemente da anterior, esta é constituída unicamente por capitais públicos.

A definição legal da empresa pública é encontrada no art. 5º, inciso II, do Decreto-lei nº 200/67, transcrito abaixo:

Art. 5º. Para os fins desta lei, considera-se:

[...]

II – Empresa Pública – 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 de contingência ou de conveniência administrativa podendo-se revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

A doutrina aponta muitas características em comum com às das sociedades de economia mista, porém ressalta as duas diferenças fundamentais, quais sejam: o capital integralmente pertencente ao Estado e a possibilidade de adoção de qualquer forma jurídica prevista no direito brasileiro (ALEXANDRINO; PAULO, 2007). No primeiro caso, é importante considerar que não necessariamente o capital deve pertencer a uma única pessoa jurídica de direito público, pois outro Decreto-lei, o nº 900/69, no seu art. 5º, autoriza que outras pessoas jurídicas de direito público interno participem no capital das empresas públicas, bem como entidades da Administração Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (MELLO, 2007). Conforme ressalta Mello (2007, p. 180), no caso de empresa pública federal, portanto, a única condição é que “a maioria do capital votante

permanença de propriedade da União Federal”. Por analogia, pode-se estender o raciocínio para as empresas públicas constituídas pelos demais entes políticos.

A segunda característica distintiva é a possibilidade de constituição de empresas públicas sob qualquer forma societária prevista no direito pátrio – LTDA, S/A etc (ALEXANDRINO; PAULO, 2007). Como já visto, as sociedades de economia mista só podem adotar a forma de sociedades anônimas.

Cumprir observar que, assim como o fez em relação às sociedades de economia mista, o Decreto-lei nº 200/67 somente mencionou a criação dessas entidades para a exploração de atividade econômica. Não obstante, não há óbice à criação de empresas públicas para a prestação de serviços públicos, o que efetivamente é verificado na prática.

Percebe-se pelo assinalado acima que atualmente não se vislumbram áreas de atuação específicas para sociedades de economia mista ou empresas públicas, restando apenas as diferenças no plano formal. Em vista disso, adquiriu relevância a distinção entre os dois tipos fundamentais do gênero “empresas estatais”: exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviços públicos. O regime jurídico aplicável a cada uma dessas manifestações será tratado a seguir.

2.2.2.3 Exploração de atividade econômica e prestação de serviços públicos

A sistemática constitucional permite ao Estado valer-se de entidades dotadas de personalidade de direito privado em dois campos diferenciados. Um deles é a exploração de atividade econômica propriamente dita, em competição com a iniciativa privada ou em regime de monopólio. O outro setor é a prestação de serviços públicos.

Essa disciplina deu ensejo ao surgimento de duas categorias de empresas estatais, as exploradoras de atividade econômica e as prestadoras de serviço público. Embora ambas gozem de personalidade jurídica de direito privado, o regime jurídico que lhes é aplicável é diverso, conforme explica Justen Filho (2008, p. 25):

As prestadoras de serviços públicos exercitam a sua atividade sob o regime de direito público, enquanto as exploradoras de atividades econômicas estão constitucionalmente impedidas de usufruir de qualquer privilégio, benefício ou favorecimento não extensível ao setor privado.

Para Mello (2007), tais regimes não são, nem podem ser idênticos, pois a exploração de atividade econômica, exercida apenas suplementarmente pelo Estado, exige regras próprias e diferenciadas da prestação de serviços públicos. Alexandrino e Paulo (2007, p. 71-72) apresentam classificação que segrega as atividades estatais tendo como critério a existência de finalidade de lucro, dentro da qual desponta a subdivisão mencionada:

- a) **atividades não econômicas:** são as atividades em que não há finalidade lucrativa;
- b) **atividades econômicas em sentido amplo:** são as atividades empresariais exploradas com a finalidade de lucro e os serviços públicos passíveis de ser explorados com o intuito de lucro, segundo os princípios orientadores da atividade empresarial.
 - **atividades econômicas em sentido estrito:** são as atividades comerciais e industriais, bem como a prestação de serviços privados, abertos à livre iniciativa, exercidas com finalidade de lucro, segundo os princípios orientadores da atividade empresarial, por organizações que possam adotar a estrutura própria de empresa;
 - **serviços públicos passíveis de ser explorados com intuito de lucro:** são os serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição, isto é, serviços públicos em sentido estrito que têm possibilidade de ser explorados segundo os princípios norteadores da atividade empresarial e, portanto, podem – ou, ao menos em tese, poderiam – ser delegados a particulares mediante contratos de concessão ou permissão de serviços públicos.

A Constituição de 1988, assim como já fazia o ordenamento constitucional anterior, reserva a exploração de atividade econômica em sentido estrito à iniciativa privada. Sendo o princípio maior o da livre iniciativa, a atuação do Estado-empresário é excepcional, somente nas hipóteses constitucionalmente previstas – quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (CF, art. 173, caput) e no caso de atividades econômicas sujeitas a regime constitucional de monopólio (CF, art. 177). Ao Poder Público incumbe precipuamente a prestação de serviços públicos, direta ou indiretamente, sob regime de concessão ou permissão (art. 175).

Portanto, o Estado terá a sua disposição as empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito para cumprir o papel subsidiário que lhe cabe no domínio econômico e as prestadoras de serviços públicos para o exercício de sua função típica. O quadro a seguir retrata as principais diferenças entre as empresas estatais tendo por base o seu objeto de atuação:

Quadro 1- Comparativo entre o regime jurídico de exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviços públicos

Exploradoras de atividade econômica	Prestadoras de serviços públicos
Atividade sujeita predominantemente ao regime de direito privado (CF, art. 173).	Atividade sujeita predominantemente ao regime de direito público (CF, art. 175).
Não podem gozar de privilégios fiscais não extensivos às empresas privadas, com exceção do caso de monopólio (CF, art. 173, §2º).	Podem gozar de privilégios fiscais exclusivos.
Não fazem jus à imunidade recíproca (CF, art. 150, VI, <i>a</i> , e §2º).	Fazem jus à imunidade tributária recíproca (entendimento do STF).
Não estão sujeitas à responsabilidade civil objetiva (art. 37, §6º, da Constituição).	Sujeitas à responsabilidade civil objetiva prevista no art. 37, §6º, da Constituição.
Não estão sujeitas à licitação para contratos relativos a suas atividades-fim.	Sujeitas à licitação sem quaisquer peculiaridades.
Seus bens não se enquadram como bens públicos, estando sujeitos a regime de direito privado.	Seus bens não se enquadram como bens públicos, salvo aqueles que forem diretamente empregados na prestação do serviço público, que podem sujeitar-se a restrições próprias dos bens públicos.

Fonte: Adaptado de Alexandrino e Paulo (2007)

Em relação ao quadro sinóptico, é importante fazer duas considerações. Em primeiro lugar, a imunidade tributária recíproca mencionada é prevista no art. 150, VI, *a*, da Constituição, o qual dispõe que é vedada a instituição pelos entes federados de impostos sobre o “patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros”. No §2º do mesmo artigo, essa limitação à tributação é estendida “às autarquias e fundações mantidas pelo Estado, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes”. O Supremo Tribunal Federal tem ampliado o alcance dessa previsão para abranger as empresas públicas e as sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos (ALEXANDRINO; PAULO, 2007).

No que tange a responsabilidade civil objetiva, o art. 37, §6º, diz que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Segundo Mello (2007), somente se aplica a previsão às estatais prestadoras de serviços públicos. As empresas estatais exploradoras de atividade econômica respondem pelos danos que seus agentes causarem a terceiros da mesma forma que respondem as demais pessoas privadas, regidas pelo Direito Civil ou pelo Direito Comercial.

No entanto, a distinção entre prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividade econômica mostra sinais de crise. Segundo Sundfeld e Souza (2007), a utilidade da classificação consiste (ia) em possibilitar ao intérprete identificar, diante de um caso concreto, qual o regime jurídico aplicável à situação. A evolução da legislação, no entanto, vem

dificultando essa tarefa, pois passou a prever circunstâncias que não podem ser enquadradas nas hipóteses clássicas, como é o caso dos serviços públicos subordinados ao regime de direito privado (SUNDFELD; SOUZA, 2007). Justen Filho (2008, p. 25) corrobora, afirmando:

Essa diferenciação, que foi incorporada pela generalidade da doutrina, enfrenta dificuldades no presente, especialmente pela acumulação de atividades de distinta natureza por uma única e mesma empresa estatal. Há dois grandes exemplos que são a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT e a Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeronáutica – Infraero.

Por outro lado, em se tratando especificamente das empresas exploradoras de atividade econômica já se faz sentir outra classificação importante, a chamada disciplina da “atividade-fim *versus* atividade-meio” (SUNDFELD; SOUZA, 2007, p. 22). Esta doutrina, cujo enfoque é o dever ou não de licitar, será analisada a seguir.

2.2.2.4 Atividades-fim e atividades-meio

De acordo com Sundfeld e Souza (2007), as empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito não estariam submetidas ao dever de licitar quando do exercício de suas atividades-fim. De outra forma, quando estivessem exercendo atividades-meio, haveria a inevitável obrigatoriedade de licitar.

O cerne da denominada doutrina da “atividade-meio *versus* atividade-fim” é explicado por Mello (2007, p. 517):

Será forçoso reconhecer que em *inúmeros casos* a licitação será *incompatível* com o normal cumprimento do escopo em vista do qual foram criadas. Ora, quem quer os fins não pode negar os indispensáveis meios. Logo, *nestas hipóteses* em que o procedimento licitatório inviabilizaria o desempenho das atividades específicas para as quais foi instituída a entidade entender-se-á *inexigível* a licitação. Isto ocorre quando suas aquisições ou alienações digam respeito ao desempenho de atos tipicamente comerciais, correspondentes ao próprio objetivo a que a pessoa está preposta e desde que tais atos demandem a agilidade, a rapidez, o procedimento expedito da vida negocial corrente, sem o quê haveria comprometimento da boa realização de sua finalidade. Fora destes casos, entretanto, o dever de licitar se impõe [...] (grifos no original).

A própria Lei nº 8.666/93 estabelece como hipótese de licitação dispensada a “venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em

virtude de suas finalidades” (art. 17, II, *e*). Segundo Alexandrino e Paulo (2007, p. 90), o dispositivo mencionado não abrange, a rigor, “os contratos de prestação de serviços econômicos, mas estes [...] são também considerados não sujeitos à licitação, por força de entendimento jurisprudencial já consagrado”.

Os autores referem-se à jurisprudência do Tribunal de Contas da União, que encampou a distinção já então consagrada na doutrina. Nesse sentido, desde o emblemático Acórdão 121/1998, que garantiu à Petrobras Distribuidora S.A. o cabimento da “contratação direta de bens, serviços e produtos” relacionados a sua atividade-fim, o TCU tem admitido temperamentos na aplicação da Lei nº 8.666/93 quando a utilização da norma legal em sua inteireza implica risco à atividade-fim das empresas estatais que exercitam atividade econômica, em ambiente concorrencial com a iniciativa privada (JUSTEN FILHO, 2008, p. 28).

Mello (2007, p. 204) reforça que isso não significa, porém, o afastamento do diploma federal de licitações e contratos no âmbito das estatais exploradoras de atividade econômica, cujo emprego, até a edição da lei que regulamentará o art. 173, §1º, III, permanecerá como regra, admitido o afastamento da exigência licitatória perante as circunstâncias excepcionais “em que o uso de tal instituto inviabilizaria o normal desempenho que lhes foi cometido”, que devem ser avaliadas em cada caso concreto. Cumpre destacar que, para Sundfeld e Souza (2007), é justamente a dificuldade de operacionalização dessa análise *in concreto* que restringe a aplicação dessa classificação como parâmetro para definir se a estatal deve ou não se subordinar ao dever de licitar.

2.2.3 Decreto nº 2.745/98

A seguir será tratado o Decreto nº 2.745/98, que permite à Petróleo Brasileiro S.A. (PETROBRAS) utilizar-se de um procedimento simplificado aplicável às suas licitações. Pretende-se com a abordagem demonstrar os contornos práticos que assume uma disposição normativa própria para uma empresa estatal que atua no mercado. Inicialmente, além da breve descrição da empresa, expor-se-á o arcabouço legal que fundamentou a criação do instrumento, para, em seguida, apontar os seus aspectos mais relevantes. Por fim, serão apresentadas decisões administrativas e judiciais recentes ligadas ao processo licitatório da maior estatal brasileira, cujas reflexões transcendem o caso concreto, interessando a toda a

discussão sobre a licitação nas empresas estatais.

2.2.3.1 Descrição da empresa

A PETROBRAS possui 58 anos de história, tendo sido criada em 1953 pela Lei 2.004, assinada pelo então presidente Getúlio Vargas. Sua fundação atendeu a campanha “O Petróleo é Nosso”, amplo movimento social que surgiu em resposta à tentativa de alguns setores de permitir a exploração do petróleo nacional por empresas estrangeiras. Para os nacionalistas, reunidos em torno da bandeira da autossuficiência a qualquer custo, o sentido de ser da Petrobras era encontrar o petróleo no Brasil e assim derrubar as teses “entreguistas” que alegavam que o país não dispunha de recursos nem de técnica para fazê-lo (SCALETSKY, 2001).

Com presença em 28 países, a PETROBRAS é uma sociedade de economia mista que explora atividade econômica em sentido estrito. Por conseguinte, sua estrutura de capital é preponderantemente pública, tendo como acionista majoritário o Tesouro Nacional, porém comportando investidores privados. Segundo o *website* da empresa, conta atualmente com mais de 576.000 acionistas.

Opera como uma empresa de energia nos setores de exploração e produção, refino, comercialização e transporte de óleo e gás natural, petroquímico, distribuição de derivados, energia elétrica, biocombustíveis e outras fontes renováveis de energia. Em 2010, alcançou uma receita líquida de R\$ 213 bilhões, com uma produção diária 2.583.000 barris de petróleo e 428.000 barris de gás natural e reservas estimadas em 16 bilhões de barris de óleo e gás equivalente.

Além disso, posiciona-se como uma das maiores empregadoras do país, com 31.745 funcionários, 85,3% do sexo masculino e 14,7% do sexo feminino, de acordo com os dados do “Censo para Diversidade PETROBRAS”, divulgado em 2008.

2.2.3.2 Base legal

A Lei nº 9.478, a chamada Lei do Petróleo, publicada em 06 de agosto de 1997,

regulamentou a política energética nacional e disciplinou as atividades relativas ao monopólio do petróleo e a exploração relacionada às fontes minerais de energia. Conforme Dallari (2002), a edição da lei decorreu da Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995, que alterou parcialmente o art. 177, restringindo o monopólio estatal do petróleo.

A alteração da configuração do monopólio até então detido pela União compeliu a Lei do Petróleo a também redefinir a configuração e as atribuições da PETROBRAS, já que esta exercia o regime monopolístico da exploração (DALLARI, 2002). Diante desse novo quadro, a lei destinou parte específica, o seu Capítulo IX, para o intento, revogando a Lei nº 2.004/53, que regia a empresa até então.

O art. 61, §1º, da mencionada lei demarca claramente a nova estrutura do setor: as atividades econômicas de pesquisa, lavra, refinação, processamento, comércio e transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins, conforme definidas em lei, serão desenvolvidas pela PETROBRAS em caráter de livre competição com outras empresas, em função das condições de mercado. Portanto, a relativização do monopólio da PETROBRAS colocou a empresa frente a um cenário completamente novo: a exploração das fontes minerais de energia em um mercado concorrencial.

Ainda em relação à sociedade de economia mista, e seguindo adiante na tarefa de delinear a sua nova formatação, a lei, em seu art. 67, dispôs 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”.

Para Dallari (2002), a previsão legal em relação às licitações da empresa pretendeu conferir maior agilidade ao processo e se inseriu no contexto de modernização e reforma administrativa experimentado naquele período. Conforme Sundfeld e Souza (2007), a incidência dos formalismos, prazos e limitações do regime comum de licitações e contratos consagrado na Lei nº 8.666/93, além de ser incompatível com situações de competição com agentes econômicos privados, conflitaria com o alcance pela empresa de, no mínimo, um dos princípios expostos no art. 37 da Constituição: o da eficiência - erigido a princípio norteador da Administração Pública pela EC 19/98.

Portanto, não foi sem razão que a Lei nº 9.478/97 passou a prever a edição de um procedimento licitatório simplificado para ser aplicado à petrolífera estatal. Esse procedimento veio a ser instituído por intermédio do Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998, e a validade da solução por ele trazida para a política licitatória da PETROBRAS tem

sido objeto de questionamentos desde a sua publicação, o que levou o tema à discussão no Tribunal de Contas da União (TCU) e no Supremo Tribunal Federal (STF), as mais altas cortes do país nas esferas administrativa e judicial, respectivamente.

2.2.3.3 O procedimento licitatório simplificado da PETROBRAS

O conteúdo do procedimento licitatório simplificado realizado pela PETROBRAS, aprovado pelo Decreto n° 2.745/98, pode ser agrupado em quatro grandes categorias, a saber: (i) as disposições gerais e a observância dos princípios aplicáveis à Administração Pública; (ii) as hipóteses de licitação dispensável e de licitação dispensada; (iii) as hipóteses de inexigibilidade de licitação; e, por fim, (iv) as modalidades e os tipos de licitação.

2.2.3.3.1 As disposições gerais e a observância dos princípios aplicáveis à Administração Pública

O Capítulo I do Decreto traz as “disposições gerais” sobre o procedimento licitatório a ser realizado pela PETROBRAS para contratação de obras, serviços, compras e alienações. Em seu segundo dispositivo, o item 1.2, o Regulamento estabelece que a licitação “destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a realização da obra, serviço ou fornecimento pretendido pela PETROBRAS”, reafirmando, portanto, a finalidade consagrada do procedimento administrativo. Ainda neste item, indica que serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da igualdade, bem como os da vinculação ao instrumento convocatório, da economicidade, do julgamento objetivo e outros que lhes são correlatos.

Binenbojm (2008) considera que, se de um lado, a Lei do Petróleo determinou ao Poder Executivo a simplificação do procedimento padrão estabelecido na Lei n° 8.666/93, de outro, não se poderia cogitar uma estrutura licitatória completamente destoante da atual. Por esse motivo, segundo o autor, é que o Decreto n° 2.745/98 reproduz literalmente algumas passagens da lei geral de licitações e contratos administrativos, especialmente hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação.

Outros exemplos de dispositivos do Decreto que guardam relação estreita com previsões da Lei nº 8.666/93 são apontados a seguir: a exigência de previa dotação orçamentária como condição necessária para a realização da licitação; as compras balizadas pelo princípio da padronização, pela adoção de condições similares às praticadas no setor privado, pela definição de quantidades e pela especificação completa do bem – porém, diferentemente do que dispõe a Lei das Licitações, não há no Regulamento a vedação à indicação de marca; o impedimento do autor do projeto e da pessoa jurídica a ele vinculada – o Decreto aproveita as ressalvas da lei geral e adiciona nova exceção, a contratação global (*turn-key*) para obra ou serviço de engenharia; a supremacia do interesse público no caso de revogação do certame; a publicidade da licitação e a vedação a cláusulas discriminatórias; e, por fim, a empreitada integral – “contratação integrada”, na definição do Decreto-, quando economicamente recomendável.

Não obstante, a Lei nº 9.478/97 previra a edição de um decreto para atender a característica da PETROBRAS de empresa que atua no mercado, e dessa forma, não poderia se limitar a meramente reproduzir o que dispunha o regramento geral. Algumas diferenciações já constam no capítulo inicial das “disposições gerais”, como é o caso da utilização da modalidade convite. Aprofundando a abordagem preliminar feita no ponto 2.1.3.4, pode-se dizer que o convite é o procedimento mais simplificado dentre as modalidades comuns de licitação da Lei nº 8.666/93, que o conceitua como a “modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa” (art. 22, § 3º). Segundo Justen Filho (2008, p. 252), “o convite pressupõe a ausência de necessidade de especificações detalhadas ou de complexidades no objeto a ser contratado”. Ainda de acordo com a lei, a modalidade se presta para a contratação de obras e serviços de engenharia cujo valor não ultrapasse R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), ou para contratações de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) nas compras e demais serviços (art. 23, I e II).

O Poder Executivo ao editar Decreto nº 2.745/98 preocupou-se em aproveitar a simplicidade da modalidade e, dentro do possível, adaptá-la às demandas do mercado de petróleo. Nesse sentido, é possível concordar com a opinião de Binenbojm (2008) de que a manutenção dos patamares de valor estimados na lei geral praticamente tornaria inócua essa modalidade de licitação, levando-se em conta os vultosos volumes de recursos envolvidos nas negociações do setor. A PETROBRAS, pois, desde a entrada em vigor do Regulamento, tem contratado bens e serviços de valores superiores aos estabelecidos na norma geral a partir da utilização de cartas-convite. A empresa consagrou a prática de tal maneira que até nas suas

maiores contratações, as licitações para a construção de plataformas petrolíferas de grande porte, que não raro superam a casa dos bilhões de reais, faz uso da modalidade convite.

2.2.3.3.2 As hipóteses de licitação dispensável e de licitação dispensada

No que diz respeito às hipóteses de licitação dispensada, observa-se que o Regulamento não traz nenhuma novidade, apenas reproduz as disposições do art. 17 da Lei nº 8.666/93 aplicáveis à PETROBRAS. Nesse sentido, o *caput* do item 8.1 do Decreto dispõe que, como regra, a alienação de bens do ativo permanente⁹ da companhia será precedida de licitação, com exceção de algumas hipóteses para as quais não incidirá a exigência do procedimento administrativo, quais sejam: a) dação em pagamento, quando o credor consentir em receber bens móveis ou imóveis em substituição à prestação que lhe é devida; b) doação, exclusivamente para bens inservíveis ou na hipótese de calamidade pública; c) permuta; d) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica; e, ainda, e) venda de títulos, na forma da legislação pertinente.

O capítulo II do decreto ora analisado ocupa-se dos casos de “dispensa e inexigibilidade da licitação”. Nessa ordem de ideias, o seu item 2.1 contempla o *rol* de situações que dão ensejo à licitação dispensável. De pronto, constata-se um elevado grau de correspondência entre as hipóteses ali mencionadas e várias estabelecidas na Lei das Licitações. Conforme Ribeiro e Alves (2008), essa forte identidade se manifesta nas seguintes previsões: contratação em caso de guerra ou grave perturbação de ordem; licitação por urgência ou emergência; licitação deserta; contratação de concessionário de serviço público; operações com subsidiárias, desde que com preços compatíveis aos de mercado; contratação de remanescente de obra; contratação de instituições brasileiras, sem fins lucrativos, voltadas à pesquisa e ações institucionais; e, finalmente, nas aquisições de hortifrutigranjeiros, gêneros perecíveis, bens e serviços para embarcações em trânsito.

⁹ A Lei 11.941/09, que alterou vários dispositivos da Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas), eliminou o ativo permanente do grupo de contas do Balanço Patrimonial. De acordo com a nova classificação, pode-se inferir que as hipóteses de dispensa são aplicáveis aos bens e direitos dos ativos investimentos e imobilizado, subgrupos do ativo não circulante.

2.2.3.3.3 As hipóteses de inexigibilidade

O caráter renovador da regulamentação concernente às contratações diretas aparece nas hipóteses de inexigibilidade, tratadas no item 2.3 do Capítulo II do Decreto. O caput deste item explica que o instituto é aplicável, tal qual descrito anteriormente neste trabalho, sempre que “houver inviabilidade fática ou jurídica de competição”.

A maioria das contratações atinentes às atividades-meio efetuadas pela PETROBRAS e suas subsidiárias estão aqui incluídas, o que as afasta da licitação, por expressa inexigibilidade. Embora amplie significativamente o elenco de hipóteses do art. 25 da Lei nº 8.666/93, ainda assim, o Regulamento não trata de todas as situações para as quais é inexigível a licitação, apenas fornece uma lista exemplificativa. Ribeiro e Alves (2008) sustentam que seria impraticável a norma prever todas as negociações realizadas pela organização.

As três alíneas iniciais do item 2.3 - *a*, *b* e *c* – praticamente repetem o conteúdo da Lei das Licitações, porém os acréscimos e as supressões ao dispositivo geral são marcantes. Em primeiro lugar, para a compra de materiais, equipamentos ou gêneros que possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, o Decreto elimina a exigência de que o administrador público faça prova da exclusividade mediante atestado emitido por órgão ou entidade específica (item 2.3, *a* c/c art. 25, I, da Lei nº 8.666/93). Posteriormente, na alínea *b*, exemplifica os serviços técnicos especializados, de natureza singular, submetidos à inexigibilidade de licitação e, diante da previsão de contratação para patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas, preocupa-se em delimitar-lhe o escopo: aplica-se, em especial, aos negócios jurídicos vinculados a oportunidades de negócio, financiamentos, patrocínio, e às demais atividades cujo conteúdo seja predominantemente regido por regras de direito privado face as peculiaridades de mercado.

A questão sensível destas hipóteses iniciais de inexigibilidade é a supressão da expressão “vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação” (item 2.3, *b* c/c art. 25, II, da Lei nº 8.666/93). De acordo com Alexandrino e Paulo (2007), a Lei nº 8.666/93 demonstrou grande preocupação em sujeitar os contratos de publicidade e divulgação à exigência de licitação. Na opinião de Justen Filho (2008, p. 55), essa previsão “é um dos equívocos mais evidentes da lei”, pois “trata-se de inquestionável hipótese de inviabilidade de competição, eis que o núcleo dessas espécies de contrato é a criatividade”.

Em 29 de abril de 2010, a União editou a Lei nº 12.232, endereçada especificamente

às licitações e contratações, pela Administração Pública, de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de publicidade. Ela foi concebida para a ser nova lei de normas gerais sobre o tema, papel até então desempenhado pela Lei nº 8.666/93, que agora passou a cumprir função subsidiária. O art. 1º da nova lei esclarece que suas disposições albergam inclusive as entidades da Administração Indireta e, ao contrário do que sugere a apontada supressão, os contratos de publicidade da estatal decorrem, tanto antes quanto agora, de recrutamento realizado por meio de procedimento licitatório.

Os dispositivos seguintes do Regulamento dão forma a diversas novidades, claramente identificadas com o modo empresarial de agir que faz parte natureza da estatal. A começar pela instrução presente na alínea *j*, a qual prescreve que é inexigível a licitação

para a comercialização de produtos decorrentes da exploração e produção de hidrocarbonetos, gás natural e seus derivados, de produtos de indústrias químicas, para importação, exportação e troca desses produtos, seu transporte, beneficiamento e armazenamento, bem como para a proteção de privilégios industriais e para operações bancárias e creditícias necessárias à manutenção de participação da PETROBRAS no mercado.

O Decreto ressalva da licitação, dessa forma, atos tipicamente comerciais que se poderiam enquadrar como “atividades-fim” da PETROBRAS. De todo modo, mesmo que o Regulamento fosse silente, as atividades identificadas como finalísticas estariam hoje afastadas da incidência do procedimento administrativo, em consonância com o já tratado posicionamento do Tribunal de Contas da União a respeito do tema.

Ribeiro e Alves (2008, p. 20) assinalam que o diferencial consagrado pela regulamentação garante para a PETROBRAS “o respeito a um princípio tipicamente econômico, como o é o da economicidade”. De fato, o princípio conduz diversas passagens do Regulamento e, nas hipóteses de inexigibilidade, inclusive é mencionado diretamente: “a contratação de serviços ou aquisição de bens, em situações atípicas de mercado em que, comprovadamente, a realização do procedimento licitatório não seja hábil a atender ao princípio da economicidade” (item 2.3, *e*).

Também é inexigível a licitação para os contratos de parceria, consórcio e outras formas associativas que objetivem o desempenho de atividades compreendidas no objeto social da empresa. Ademais, são excepcionados da licitação os contratos de aliança, assim considerados aqueles que objetivem a soma de esforços entre empresas, para gerenciamento conjunto de empreendimentos, compreendendo o planejamento, a administração, os serviços de procura, construção civil, montagem, pré-operação, comissionamento e partida de

unidades. Notadamente em relação a suas subsidiárias internacionais, os contratos de aliança têm se constituído num instrumento valioso para a consolidação da PETROBRAS como um destacado participante do mercado de petróleo.

Ao concluir esse ponto, verifica-se que, de maneira geral, as operações de contratação da PETROBRAS estão dissociadas das exigências do regime geral de licitação (RIBEIRO e ALVES, 2008). Por um lado, o sedimentado entendimento do Tribunal de Contas da União defende as atividades-fim dos possíveis efeitos deletérios da submissão à Lei nº 8.666/93, por outro, a disciplina emanada do Regulamento assegura variadas situações de contratação direta em caso de atividades-meio. Tem-se, então, que a empresa goza de posição singular para exercer a exploração de atividade econômica em regime de competição.

2.2.3.3.4 As modalidades e os tipos de licitação

O Capítulo III do Decreto nº 2.745/98 traz as disposições sobre “modalidades, tipos e limites de licitação”. Embora o título do capítulo faça referência a “limites”, a norma não define o alcance do vocábulo. O que se pode afirmar, desde logo, é que não diz respeito a valores monetários.

De maneira idêntica ao artigo 22 da Lei nº 8.666/93, o item 3.1 do Decreto enumera as modalidades de licitação aplicáveis à PETROBRAS, quais sejam: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. O mencionado item também cuida de definir cada uma dessas cinco modalidades - e, da mesma forma, repete os conceitos da lei geral. A ausência de previsão expressa da utilização do pregão é explicada por ser o Decreto anterior à Medida Provisória nº 2.026/2000, que, como já abordado, instituiu a modalidade no âmbito da União – depois convertida, pela Lei nº 10.520/2002, em norma geral extensível a todas as demais esferas federativas. Ainda que sejam previstos para o pregão os formatos presencial e eletrônico, o “Manual de Contratações da PETROBRAS” só faz menção a este último, sendo a modalidade cabível para as aquisições de bens e serviços comuns pela companhia (PETROBRAS, 2011).

O tratamento dado pelo Regulamento à eleição da modalidade de licitação merece uma atenção especial. Com exceção do pregão, cuja utilização está baseada na natureza do objeto a ser contratado, as modalidades de uso rotineiro na Administração Pública estão vinculadas ao critério de valor. No caso específico da PETROBRAS, o Decreto que regula o seu

procedimento licitatório simplificado, em lugar de se valer exclusivamente da tabela de valores objetivos do regime comum, passou a prever que a definição da modalidade licitatória será feita com base num conjunto de critérios a serem avaliados pelos gestores competentes diante da situação concreta (BINENBOJM, 2008). Vale reproduzir o ponto em tela:

3.3. Para a escolha da modalidade de licitação serão levados em conta, dentre outros, os seguintes fatores:

- a) necessidade de atingimento do segmento industrial, comercial ou de negócios correspondente à obra, serviço ou fornecimento a ser contratado;
- b) participação ampla dos detentores da capacitação, especialidade ou conhecimento pretendidos;
- c) satisfação dos prazos ou características especiais da contratação;
- d) garantia e segurança dos bens e serviços a serem oferecidos;
- e) velocidade de decisão, eficiência e presteza da operação industrial, comercial ou de negócios pretendida;
- f) peculiaridades da atividade e do mercado de petróleo;
- g) busca de padrões internacionais de qualidade e produtividade e aumento da eficiência;
- h) desempenho, qualidade e confiabilidade exigidos para os materiais e equipamentos;
- i) conhecimento do mercado fornecedor de materiais e equipamentos específicos da indústria de petróleo, permanentemente qualificados por mecanismos que verifiquem e certifiquem suas instalações, procedimentos e sistemas de qualidade, quando exigíveis.

Veja-se que o Regulamento não fornece uma lista exaustiva, deixando margem para o estabelecimento de “outros fatores”, dentre os quais, sem dúvida, poder-se-á adotar o valor da contratação. Não há que se falar, portanto, em não utilização do critério de valor pela PETROBRAS nas suas licitações; a diferença é que, por expressa autorização normativa, esta utilização não é compulsória e está condicionada ao juízo do administrador, mediante a aferição da adequação, ou não, do critério em vista do fim pretendido.

A justificativa para a desvinculação do parâmetro de valor pode ser encontrada no perfil do mercado em que a empresa atua. Ainda que não se tenha conhecimento profundo dessa indústria, é possível arriscar que as somas econômicas características dos negócios do setor conduziram, em regra, aos limites específicos da (modalidade) concorrência. Todavia, já se abordou, a estatal disseminou o uso das cartas-convite nas suas licitações, independentemente do montante da contratação. E assim procede exatamente por que o seu regramento próprio afastou do valor a condição de primazia, possibilitando-a que recorra a uma modalidade mais simples e menos onerosa, a depender da conveniência e oportunidade em relação ao caso concreto.

A adoção de um conjunto de critérios de natureza subjetiva, em substituição a um parâmetro estritamente objetivo como o imposto pela Lei n° 8.666/93, suscita dúvidas quanto

à possibilidade de controle dos atos – principalmente, aquele realizado *a posteriori*. Na prática, observa-se uma divergência inconciliável de entendimentos acerca do tema entre os principais órgãos de controle externo da União (LIMA, 2010). De um lado, a Controladoria Geral da União (CGU), órgão do Poder Executivo, avaliza a utilização dos critérios estabelecidos na regulamentação da PETROBRAS; de maneira oposta posiciona-se o Tribunal de Contas da União (TCU), órgão auxiliar do Legislativo federal, que, sistematicamente, decreta a paralisação de obras e projetos da empresa, com fulcro no descumprimento do parâmetro de valor da Lei nº 8.666/93. Neste último caso, tal posição está em linha com a pacificada jurisprudência do tribunal pela inconstitucionalidade do Decreto nº 2.745/98 – conforme será visto adiante.

Ao lado das modalidades, o Capítulo III trata da escolha dos tipos de licitação. Em lugar dos quatro presentes na lei geral, o item 3.2 do Regulamento prevê a opção entre os três tipos listados a seguir: melhor preço; técnica e preço; e, melhor técnica. A nomenclatura do primeiro tipo licitatório, "melhor preço", sugere a princípio que se está diante de uma previsão que não encontra similar na Lei das Licitações. A alínea *a* do referido item determina a sua aplicação da seguinte maneira:

3.2 [...]

a) DE MELHOR PREÇO - quando não haja fatores especiais de ordem técnica que devam ser ponderados e o critério de julgamento indicar que a melhor proposta será a que implicar o menor dispêndio para a PETROBRAS, ou o maior pagamento, no caso de alienação, observada a ponderação dos fatores indicados no ato de convocação [...].

Porém, essa impressão inicial não resiste à leitura atenta do art. 45 da Lei nº 8.666/93, especialmente dos incisos I e IV do seu §1º. Em suma, o Regulamento aproveitou o conteúdo das espécies "menor preço" e "maior lance ou oferta", no que cabível à PETROBRAS, fundindo-as num único tipo licitatório, ao qual denominou "melhor preço". Com relação aos dois outros tipos de licitação, as definições do Regulamento estão em sintonia com as da lei geral.

Por fim, cabe referir a autorização do item. 6.23, que se relaciona às questões aqui examinadas. Trata-se de mais um dispositivo que fornece solução inovadora, de modo que, nesse sentido, vale transcrevê-lo:

6.3. Qualquer que seja o tipo ou modalidade da licitação, poderá a Comissão, uma vez definido o resultado do julgamento, negociar com a firma vencedora ou, sucessivamente, com as demais licitantes, segundo a ordem de classificação, melhores e mais vantajosas condições para a PETROBRAS. A negociação será feita,

sempre, por escrito e as novas condições dela resultantes passarão a integrar a proposta e o contrato subsequente.

Em geral, a Administração Pública está limitada a obedecer os valores e as condições constantes no edital ou carta-convite, sem nenhuma margem para estabelecer negociações posteriores que alterem o que foi formalmente definido no instrumento convocatório. Na Lei nº 8.666/93 encontram-se raras ressalvas a essa situação, a mais significativa é a permissão aplicável às licitações do tipo "melhor técnica" de que a Administração, após cumpridas as etapas de qualificação técnica e de abertura das propostas, negocie com a proponente melhor classificada tendo como referência o limite representado pela proposta de menor preço entre os licitantes habilitados (art. 46, § 1º, II). Outra exceção prevista no regime licitatório geral é a veiculada pela Lei nº 10.520/02, que assegura a realização de novos lances verbais pelos licitantes no próprio transcorrer da sessão do pregão presencial, até que se defina o ofertante do menor preço.

Esse ponto novamente evidencia a identificação do Decreto com os valores e os objetivos do processo de modernização e reforma do aparelho estatal, que tem como um dos princípios implementar a administração pública gerencial. Bresser-Pereira (2009, p. 216), o mais autorizado de seus comentadores, fornece uma precisa síntese do modelo que se traduz num firme ponto de apoio ao normativo :

Em setores onde a eficiência e o foco nos clientes são cruciais em razão do grande número de servidores públicos e usuários envolvidos, o peso da administração pública burocrática deveria diminuir até virtualmente desaparecer. Nas empresas estatais, por exemplo, à medida que forem sendo privatizadas ou, quando a privatização não se aplica ou deve ser adiada, à medida que forem sendo "administradas empresarialmente". [...] Tais instituições, no entanto, deveriam ser flexíveis o bastante para não conflitar com os princípios da administração pública gerencial. Elas deveriam, acima de tudo, não impedir que se recompense o mérito pessoal, nem limitar a iniciativa e a criatividade dos servidores públicos na administração de recursos humanos e materiais.

Concluída a análise dos principais pontos do Decreto nº 2.745/98, não restam dúvidas de sua conformidade com o regime jurídico de uma empresa que, embora estatal, atua economicamente no mercado. É de se indagar se a PETROBRAS teria logrado tamanho êxito empresarial caso não dispusesse do instrumento nele descrito. Não há que se perder de vista, ainda, a atualidade da norma, apesar de já decorridos 13 anos da sua publicação.

2.2.3.4 A posição dos tribunais

Cumpra, como desfecho, apresentar as principais decisões administrativas e judiciais a respeito do procedimento licitatório simplificado da PETROBRAS, instituído pelo Decreto nº 2.745/98. Essa abordagem se justifica na medida em que a inércia em se estabelecer o marco legal requisitado pelo art. 173, §1º, da CF/88, transferiu aos tribunais o protagonismo do debate sobre o regime licitatório das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, a partir da análise específica da situação da estatal petrolífera. Nesse sentido, revestem-se de peculiar importância os pronunciamentos do Tribunal de Contas da União (TCU) e do Supremo Tribunal Federal (STF), pelo caráter vinculante que possuem sobre toda a estrutura administrativa federal. Dentro da proposta desta monografia, a exposição se concentrará no aspecto objetivo das posições, passando ao largo, sempre que possível, das questões mais técnicas ligadas à disciplina jurídica.

As atribuições do Tribunal de Contas da União estão enumeradas no art. 71 da CF/88 e são próprias para o exercício de sua competência de apreciação, fiscalização e julgamento das contas públicas. O Supremo Tribunal Federal, por meio da edição da Súmula 347, reconheceu a competência do TCU para proceder à apreciação da constitucionalidade de leis e atos normativos no exercício e nos limites de suas atribuições, isto é, no exame de um processo submetido ao seu controle pode afastar a aplicação de uma lei ou ato normativo do Poder Público por entender que ofende a Constituição (ALEXANDRINO; PAULO, 2011). E foi justamente invocando esta prerrogativa que o Tribunal de Contas da União, na Decisão nº 663/2002, de 19 de junho de 2002, declarou inconstitucional o art. 67 da Lei nº 9.478/97, baseado no entendimento de que o mencionado dispositivo não especificou os critérios a serem seguidos pelo Chefe do Executivo no exercício da regulamentação ali prevista, o que configurava a delegação legislativa imprópria (JUSTEN FILHO, 2008). Como o Decreto nº 2.745/98 fora editado em função do dispositivo atacado, por consequência, também pronunciou a sua inconstitucionalidade.

Desde a edição do Decreto, em agosto de 1998, a PETROBRAS não mais observou a Lei nº 8.666/93, passando a adotar exclusivamente os comandos contidos no Regulamento. Por isso, uma vez definida a inconstitucionalidade do instrumento, restava a dúvida acerca da modulação dos efeitos da decisão, especialmente se estes retroagiriam para alcançar os atos já praticados. Optou a Corte de Contas por solução conciliadora, decretando a manutenção dos atos constituídos em função do Regulamento e o imediato retorno ao cumprimento dos

ditames da Lei das Licitações pela empresa.

Essa decisão inaugurou posição que tem sido, reiteradamente, ratificada no âmbito do tribunal. Daí a afirmação comum de que a jurisprudência do TCU é pacífica no sentido de considerar inconstitucional o procedimento licitatório simplificado da PETROBRAS (SUNDFELD; SOUZA, 2007). Não há nenhum indício de que esse consolidado entendimento possa ser revisto antes da edição do estatuto jurídico pretendido pelo §1º do artigo 173 da Constituição, como bem demonstra a seguinte passagem extraída do Acórdão nº 908/2006: "é obrigatória a observância, pelas empresas públicas e sociedades de economia mista federal, das disposições contidas na Lei nº 8.666/1993". Por oportuno, vale mencionar que o Tribunal nunca apreciou o mérito do Decreto nº 2.745/98, apenas declarou sua inaplicabilidade pela via reflexa, em razão da aludida inconstitucionalidade do art. 67 da Lei do Petróleo.

Enfim, o entendimento do TCU pode ser sintetizado nas palavras do então presidente do órgão (e relator na paradigmática Decisão nº 663/2002), Ministro Ubiratan Aguiar, proferidas em audiência pública realizada na Comissão Mista de Orçamento do Congresso Nacional, em 2010 (LIMA, 2010):

Nós, como Tribunal, nos restringimos ao que está exposto na lei e temos consciência que isso causa problemas na área da administração indireta. Não existindo o estatuto jurídico, só resta realmente a Lei de Licitações a ser seguida. Entendemos que há prioridades, mas há na CCJ [Comissão de Constituição e Justiça] da Câmara projetos de lei que, se aprovados, resolveriam o problema, daria [*sic*] flexibilidade a todo processo de contratação na área de portos e aeroportos, ao setor elétrico e à Petrobras.

Não obstante a deliberação do TCU, a PETROBRAS continua aplicando o procedimento aprovado pelo Decreto nº 2.745/98. Em primeiro lugar, a opção pelo descumprimento da decisão está alicerçada na posição da Advocacia Geral da União (AGU), cujos pareceres têm caráter impositivo em relação aos órgãos e entidades da Administração Pública federal. Para o caso em questão, a AGU aprovou, em 19 de julho de 2004, o Parecer nº AC-15, o qual não apenas pugnou pela constitucionalidade do art. 67 da Lei nº 9.478/97 e do Decreto nº 2745/98, como determinou a observância deste último nas licitações da empresa, prevendo a interrupção de sua aplicação somente em caso de declaração de inconstitucionalidade na instância própria, qual seja, a judicial.

Não fosse suficiente o suporte do Parecer nº AC-15, da AGU, o Supremo Tribunal Federal (STF) sempre que chamado a decidir sobre o processo simplificado tem acolhido as alegações da PETROBRAS, com fundamento na sujeição da atividade da empresa ao regime de competição.

O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, a quem cabe, em caráter definitivo, a guarda da Constituição (art. 102, *caput*, CF/88). De acordo com Alexandrino e Paulo (2011, p. 630), "a vigente Carta Magna ampliou significativamente a competência originária do Supremo Tribunal Federal, sobretudo em relação ao controle abstrato de normas e ao controle da omissão do legislador".

A questão das licitações nas estatais exploradoras de atividade econômica tem sido tratada indiretamente pelo tribunal constitucional, por meio das inúmeras demandas relativas ao caso específico da PETROBRAS. É importante frisar que, ao contrário do TCU, o STF não possui uma posição conclusiva acerca do mérito do Decreto nº 2.745/98, porém o conteúdo de algumas liminares decididas em favor do processo licitatório da estatal permite extrair subsídios sobre o tema abordado nesta monografia.

A primeira manifestação do Supremo sobre o tema ocorreu no Mandado de Segurança nº 25.888, em 22 de março de 2006, que teve como objeto a prefalada Decisão nº 663/2002. Inconformada com a deliberação do Tribunal de Contas União, a PETROBRAS recorreu ao STF alegando que o TCU não dispõe de competência para decidir pela inconstitucionalidade de leis. A tese aventada pela empresa foi reconhecida em decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, em sede de liminar, a qual passou a servir de base para os pronunciamentos posteriores do STF diante de cada novo desdobramento no imbróglio entre a PETROBRAS e o TCU. Nesse sentido, cabe transcrever algumas passagens da decisão monocrática concessiva de liminar no MS nº 25.888:

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

O processo de maior relevo envolvendo a PETROBRAS e sua política licitatória, no entanto, é o Recurso Extraordinário nº 441.280, no qual uma antiga fornecedora questiona junto ao STF a legalidade do ato, realizado unilateralmente pela estatal, de rompimento do contrato que mantinham para, em seguida, proceder a contratação de outra empresa para executar o mesmo serviço, sem, contudo, observar o procedimento licitatório previsto na Lei nº 8.666/93. A defesa da PETROBRAS refuta a alegação de que não houve licitação, enfatizando que se adotou o procedimento simplificado aprovado pelo Decreto nº 2.745/98, o

que estaria de acordo com o disposto no §1º do art. 173 da Constituição Federal, tendo-se em conta a sua condição de sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica. Em decorrência disso, argumenta ainda que não se deve aplicar às suas atividades o art. 1º da Lei nº 8.666/93, o que as afastaria do instituto da licitação na forma estruturada nesta lei.

O plenário do Supremo apreciou o Recurso Extraordinário nº 441.280, em sessão realizada no dia 3 de agosto de 2011. O relator, Ministro Dias Toffoli, acolheu integralmente os argumentos da empresa estatal, conforme descrito no Informativo 634 do STF, do qual se reproduz o trecho a seguir:

O Min. Dias Toffoli, relator, desproveu o recurso, **para afastar a aplicabilidade do art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.666/93, à recorrida**. Consignou **não se poder exigir que a recorrida se subordinasse aos rígidos limites da licitação** destinada aos serviços públicos — prevista na Lei 8.666/93 —, sob pena de se criar **grave obstáculo ao normal desempenho de suas atividades comerciais**. **Concluiu que empresas de economia mista que disputam livremente o mercado, sob o regime de empresas privadas, conforme a Constituição, deveriam estar submetidas a regramento próprio e diferenciado**, de acordo com o que o constituinte derivado pretendia aperfeiçoar desde a edição da EC9/95. RE 441280/RS, rel. Min. Dias Toffoli, 3.8.2011. (RE-441280) (grifos do autor).

O julgamento foi interrompido pelo pedido de vista do Ministro Luis Fux, que requisitou mais tempo para analisar o caso. Além do Ministro Dias Toffoli, também votou o Ministro Marco Aurélio de Mello, porém em sentido contrário, isto é, pela incidência plena da Lei nº 8.666/93, indistintamente a todos os entes da Administração Direta ou Indireta, até que seja regulamentado o tantas vezes mencionado art. 173, §1º, da CF/88. Apesar dessa divergência, o STF caminha para aceitar a tese de defesa da PETROBRAS e consagrar a inaplicabilidade da Lei das Licitações à empresa (ALEXANDRINO; PAULO, 2011). A análise do caso pode ser retomada a qualquer momento, devendo ser concluída ainda em 2011 (JARDIM, 2011), porém até a conclusão deste trabalho não houve a decisão sobre o mérito da política licitatória da estatal.

3 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Nesse capítulo, serão apresentados o método de pesquisa adotado, a população-alvo e a maneira como os dados foram coletados e tratados.

3.1 CARACTERIZAÇÃO E NATUREZA DA PESQUISA

A pesquisa utilizada no presente trabalho é de natureza qualitativa e exploratória, utilizando como instrumentos de coleta de dados a pesquisa documental e a entrevista.

De acordo com Gil (2007), a pesquisa científica é o procedimento racional e sistemático que tem como objetivo proporcionar respostas aos problemas que são propostos, aplicando-se quando as informações disponíveis são insuficientes para responder ao problema.

Conforme Malhotra (2006) a pesquisa qualitativa é uma investigação não estruturada, ou seja, o entrevistado é quem decide como será dada a resposta. Ela é baseada em pequenas amostras que proporcionam ao entrevistador percepções e a compreensão do problema.

Em contraposição à pesquisa quantitativa, sua natureza qualitativa advém da não utilização de instrumentos estatísticos para a coleta e a análise dos dados. Para Flick (2009), a pesquisa qualitativa é um conjunto de práticas materiais e interpretativas que dão visibilidade ao mundo à sua volta.

Para Roesch (2005, p. 154), “a pesquisa qualitativa e seus métodos de coleta de dados são apropriados para uma fase exploratória da pesquisa”. Este tipo de pesquisa é realizado especialmente quando o tema escolhido é pouco explorado e torna-se difícil formular hipóteses precisas e operacionalizáveis sobre ele.

A pesquisa exploratória geralmente assume as formas de pesquisa bibliográfica ou de estudo de caso. Com vistas a responder à questão de pesquisa e alcançar os objetivos propostos realizou-se um estudo exploratório. O estudo foi escolhido devido à magnitude das questões estudadas e da dificuldade em se ter acesso a informações sobre o tema. Buscou-se que o estudo transmita uma visão do problema de pesquisa analisado e permita futuras complementações e aprofundamentos.

3.2 DEFINIÇÃO DA POPULAÇÃO-ALVO

A população alvo da pesquisa foram os gestores integrantes dos colegiados de licitação de empresas estatais exploradoras de atividade econômica, que exerciam suas funções no estado do Rio Grande do Sul.

3.3 PROCEDIMENTOS DE COLETA DE DADOS

3.3.1 Pesquisa documental

Para Roesch (2005), a pesquisa documental é formada por documentos como relatórios anuais, materiais utilizados em relações públicas, documentos legais, etc. Geralmente ela é utilizada como uma complementação a outros métodos de coletas de dados adotados. Segundo Gil (2007), os documentos são uma importante fonte de dados, pois são valiosos em informações, além de possuírem um custo de pesquisa relativamente reduzido.

Conforme Gil (2007) os dados coletados podem ser classificados em primários e secundários. Os dados primários, ou de primeira mão, são de difícil acesso e são coletados para atender as necessidades específicas da pesquisa que está sendo realizada. Já os dados secundários (ou de segunda mão) são de fácil acesso, pois já foram objetos de coleta e análise para satisfazer as necessidades de outro pesquisador.

O presente estudo valeu-se, predominantemente, de instrumentos normativos e, de acordo com a sua utilização, é possível classificar alguns como dados primários e outros como dados secundários. De todos os documentos consultados, aqueles que mais contribuíram para a pesquisa são apresentados a seguir:

- Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988;
- Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências;
- Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o artigo 37, inciso XXI,

da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências;

- Lei nº 9.487, de 06 de agosto de 1997, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências;
- Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998, que regula o artigo 67 da Lei nº 9.487/97 e institui o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras;
- Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que institui o pregão eletrônico e dá outras providências.

Ademais, considera-se a revisão bibliográfica já exposta neste trabalho. Adiciona-se a esses documentos, a pesquisa a outros dados secundários, notadamente à jurisprudência e a materiais do Poder Executivo Federal relacionados ao tema, além de notícias colhidas nos meios de comunicação impressos e na *Internet*.

3.3.2 Entrevista

A entrevista é uma forma de obtenção de informações do entrevistado sobre um determinado assunto. De acordo com Gil (2007), a vantagem da entrevista é a obtenção do conhecimento direto da realidade, em que a pessoa que responde informa acerca de seu comportamento, crenças e opiniões, permitindo que o pesquisador realize interpretações.

Para o alcance dos objetivos da pesquisa, a entrevista apresentou-se como o instrumento de coleta de maior utilidade. O modelo seguido foi o da entrevista semi-estruturada, no qual o autor vale-se de um roteiro pré-definido de questões e apontamentos, permitindo uma maior flexibilidade nas respostas obtidas. O roteiro das entrevistas contém perguntas pertinentes ao tema do estudo e foi aplicado pessoalmente pelo autor da pesquisa a cada entrevistado, individualmente. As questões nele contidas são do tipo abertas, o que permitiu aos inquiridos utilizar a sua experiência e o seu conhecimento sobre o assunto (ROESCH, 2005). Dessa maneira, ensina Roesch (2005, p. 159), “o pesquisador não está predeterminando sua perspectiva através de uma seleção prévia de categorias de questão”, como ocorreria no caso de utilização de um método quantitativo.

Definida a população-alvo, procurou-se estabelecer o contato com as organizações pertinentes para viabilizar a realização das entrevistas. Inicialmente, pretendia-se selecionar em cada entidade pelo menos um dos atuais integrantes da respectiva Comissão de licitação. Entretanto, assim como na definição das empresas, preponderaram a acessibilidade e a disponibilidade. Dessa maneira, três instituições do setor financeiro - Caixa Econômica Federal (CAIXA), Banco do Estado do Rio Grande do Sul (BANRISUL) e Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul (BRDE) - concordaram com a realização da pesquisa em suas dependências, o que atendeu plenamente a proposta deste trabalho, uma vez que o mercado em que atuam caracteriza-se pela ampla competição.

Os funcionários entrevistados foram designados pelas próprias instituições visitadas em função de sua vivência, conhecimento e até do interesse individual pelo tema. Pode-se identificar essa postura como defensiva, pois foi previamente enfatizado que dentre os objetivos da abordagem não constava a avaliação crítica de qualquer aspecto do procedimento licitatório realizado pela organização, nem do desempenho do funcionário, tão somente o posicionamento pessoal deste em relação à flexibilização do regime licitatório em empresas que, como a sua, são estatais atuantes no mercado. Da mesma forma, mesmo com a informação de que as suas respectivas identidades seriam preservadas anônimas, os entrevistados expressaram-se de maneira bastante cautelosa diante de um tema que está tradicionalmente associado a polêmicas, o que também se verificou na relutância em aceitar que as suas manifestações fossem gravadas. Por fim, optou-se, sob pena de comprometer o bom andamento da pesquisa, pela não gravação das entrevistas. De qualquer forma, entende-se que o prejuízo que tais circunstâncias porventura tenham acarretado mostrou-se irrelevante em relação aos resultados finais alcançados.

As entrevistas foram realizadas no decorrer do mês de outubro de 2011 e o número total de entrevistados foi de três. Todos desenvolvem suas funções no setor de licitações das respectivas empresas, e serão assim denominados: E1 é o funcionário da CAIXA, E2 o do BANRISUL e E3 o do BRDE.

3.4 TRATAMENTO DOS DADOS

Os dados coletados, pelo uso dos instrumentos acima delineados, foram analisados e condensados a partir do método da análise de conteúdo. Segundo Bardin (2004), na fase do

tratamento dos resultados o analista pode fazer inferências e propor interpretações de acordo com os objetivos da pesquisa ou as categorias definidas. Para facilitar a análise e interpretação dos resultados, as informações obtidas nas entrevistas realizadas foram segregadas de acordo com os objetivos do estudo, com ênfase nos seguintes tópicos:

- impressões gerais em relação ao atual regime licitatório;
- opinião acerca da necessidade e da urgência da flexibilização do procedimento;
- proposições alternativas a dispositivos do atual regime.

Em seguida, procedeu-se a análise crítica dos dados obtidos, relacionando-os também à bibliografia vinculada ao tema.

3.5 CARACTERIZAÇÃO DAS ENTIDADES

A caracterização das empresas foi feita a partir de um breve histórico de cada uma, seguida de uma visão geral de suas atividades.

3.5.1 Caixa Econômica Federal

Criada em 1861, a CAIXA é uma empresa pública cujo capital pertence integralmente à União. Constitui-se em um dos principais agentes das políticas de inclusão bancária, atendendo não apenas aos seus clientes, mas a todos os trabalhadores formais do Brasil - por meio do pagamento de FGTS, PIS e seguro-desemprego -, beneficiários de programas sociais do Governo Federal e apostadores das Loterias, das quais detém o monopólio no país.

Destacam-se entre os seus principais negócios o fomento ao desenvolvimento urbano e a sua atuação nos segmentos de habitação, saneamento e infraestrutura, além da administração dos já mencionados fundos, programas e serviços de caráter social.

A sua base de clientes ultrapassa 33 milhões de pessoas. Recentemente, mais de 3 milhões de brasileiros ingressaram no sistema bancário por meio do seu programa de conta simplificada. Sua rede abrange todos os 5.561 municípios brasileiros, através de seus mais de 17.000 mil pontos de distribuição de produtos e serviços, entre agências, pontos de autoatendimento e empresas conveniadas. Segundo dados de 2010, possui aproximadamente

75.000 funcionários (CAIXA, 2010).

3.5.2 Banco do Estado do Rio Grande do Sul

O BANRISUL é uma sociedade de economia mista, criada em 1928 e controlada pelo Governo do Estado do Rio Grande do Sul. Em razão de sua natureza jurídica, possui ações negociadas no mercado, as quais perfaziam, em setembro de 2011, 42,8% do capital social da instituição (BANRISUL, 2011).

Além do Rio Grande do Sul, onde seu índice de cobertura atinge 98% da população, o banco também possui participação destacada no mercado catarinense, especialmente na região Oeste. Dentre as suas principais áreas de atuação destacam-se o crédito pessoal (incluindo crédito direto ao consumidor e consignado em folha de pagamento), o crédito imobiliário, os financiamentos de longo prazo com recursos próprios e com recursos obtidos de instituições governamentais, as linhas de crédito para agricultura e pecuária, as linhas de crédito empresarial, além das tradicionais operações de poupança, depósitos à vista e a prazo e a administração de recursos de terceiros.

Para atender aos seus mais de 3 milhões de clientes, a instituição possui 440 agências, além de 279 postos de atendimento. Seu quadro funcional é composto atualmente por mais de 9.800 colaboradores.

3.5.3 Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul

O BRDE é uma autarquia interestadual fundada em 1961, com sede localizada em Porto Alegre. O seu capital social é dividido igualmente entre os três estados da região Sul (Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná), que o fundaram com o intuito de enfrentar as disparidades socioeconômicas identificadas entre os entes na época (FONSECA, 2010). De início, faz-se importante esclarecer que para todos os efeitos a instituição é considerada uma empresa estatal exploradora de atividade econômica, tendo sido assim definida pelo Supremo

Tribunal Federal no RE nº 115.062/9¹⁰, de 03 de março de 1989, o que ampara sua inclusão na presente monografia.

Atua com foco no desenvolvimento da economia dos três estados, financiando investimentos de longo prazo em infraestrutura, projetos agropecuários, exploração de recursos minerais e expansão de pequenas, médias e grandes empresas. Destaca-se como um dos principais repassadores das linhas de crédito do BNDES, principal agente financeiro federal de investimento, tendo contribuído decisivamente para evitar a insuficiência de liquidez na economia da região, viabilizando importante ação anticíclica no âmbito da crise externa iniciada no final de 2008 (FONSECA, 2010).

Em 2010, firmou aproximadamente seis mil novos contratos de financiamento, o que lhe assegura presença em quase 90% dos municípios da região Sul do Brasil. Atualmente, o BRDE conta com 550 funcionários (BRDE, 2011).

¹⁰ Confira-se passagem elucidativa da decisão: “O BRDE, empresa estatal que explora atividade econômica, não pode valer-se de mecanismo de execução de dívidas de que as empresas privadas se veem excluídas, independentemente do fato de o Banco se afirmar autarquia. [...] Vale, ainda, mencionar que o órgão congênere da entidade na esfera federal – o BNDES – é empresa pública, submetendo-se ao regime jurídico comum a qualquer empresa”.

4 APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DOS DADOS

Este capítulo está dividido em três partes, sendo a primeira destinada a identificar as impressões gerais dos gestores sobre o atual regime licitatório (análise global), a segunda trata do posicionamento acerca da necessidade e da urgência da flexibilização do procedimento tal como previsto no art. 173 da CF/88 e a terceira enfoca as opiniões colhidas que podem ser consideradas dentro de um possível quadro alternativo ao atual regramento.

4.1 IMPRESSÕES GERAIS SOBRE O ATUAL REGIME LICITATÓRIO

O bloco inicial abordou o entendimento dos licitadores sobre o atual regime licitatório, compreendidas aqui as Leis nº 8.666/93 e nº 10.520/02. Num primeiro momento, procurou-se averiguar a conformidade da atual lei geral com relação aos princípios apontados pela doutrina como fundamentais ao procedimento administrativo.

Segundo Binenbojm (2007), o atual regime brasileiro de licitações compromete os princípios da eficiência e da isonomia, dois dos valores básicos que devem informar o procedimento. O autor aponta quatro fatores como os responsáveis pela baixa qualidade do gasto associado às compras públicas:

- a) preços contratuais muito acima do mercado;
- b) custos operacionais elevados para licitar;
- c) custos com litígios administrativos e judiciais;
- d) custos decorrentes da corrupção.

Bresser-Pereira (1996), por sua vez, define o sistema estabelecido pela Lei nº 8.666/93 como complexo, burocrático e baseado na lógica do “comando-e-controle”. Para o autor, existem cinco custos identificáveis na atividade estatal de compras:

- a) o custo do conluio entre comprador e vendedor (corrupção);
- b) o custo do conluio entre os vendedores (cartel);
- c) o custo de receber um bem ou serviço com qualidade inferior ao que foi contratado (fraude);
- d) o custo de simplesmente não receber o bem ou serviço contratado dada a incapacidade do vencedor da licitação;

- e) o custo do encarecimento e atraso da compra devido às exigências burocráticas excessivas e à possibilidade de impugnações judiciais levianas, meramente protelatórias.

A atual norma ocupa-se apenas do primeiro custo (o da corrupção), o qual pretende combater regulamentando tudo e tirando autonomia e responsabilidade do administrador público (BRESSER-PEREIRA, 1996). Segundo Bresser-Pereira (1996), embora esse seja seu principal objetivo, a lei é ineficiente em garantir a redução da fraude e dos custos da corrupção, gerando atrasos e encarecendo os processos de compra do Estado e das empresas estatais. O autor (1996, p. 1) aponta a maior falha do normativo:

Seu erro fundamental foi ter concentrado toda a sua atenção na tarefa de evitar a corrupção, através de medidas burocráticas estritas, sem preocupar-se em baratear as compras do Estado, nem permitir que o administrador público tome decisões. Partiu-se do pressuposto de que todo servidor público é corrupto e assim foi-lhe retirada qualquer capacidade de negociação, deixando tudo por conta da lei.

Não obstante as críticas, em linhas gerais os entrevistados foram unânimes sobre o atendimento da lei aos princípios relacionados. Mesmo em relação aos da competitividade, economicidade e eficiência, surpreendentemente, não manifestaram nenhuma ressalva significativa aos procedimentos trazidos pela lei. Em certo sentido, tal posição pode refletir um excesso de cautela que também apareceu em outros pontos das entrevistas. Ou então indicar um nível de comodidade frente ao atual cenário, tal como identificado por Pinto (1997, p. 132), “em função de a lei restringir a possibilidade de o administrador assumir responsabilidades e constituir-se num anteparo capaz de absorver eventuais críticas quanto à eficiência e à eficácia do trabalho desenvolvido”.

A segunda questão tratou da compatibilidade entre o caráter empresarial das entidades e as disposições da Lei nº 8.666/93. Conforme já mencionado, esta Lei é apontada por diversos autores como restritiva à atuação empresarial das estatais. Nesse ponto, as opiniões se distanciaram.

El concorda que as exigências da lei podem representar um entrave ao exercício da atividade de sua empresa em relação aos competidores privados. Ainda assim, entende que é possível extrair da lei as condições para a obtenção da “vantajosidade” pretendida, isto é, associar o menor custo ao maior benefício para a entidade. Para ele, as dificuldades observadas não devem ser creditadas à rigidez da lei atual, e sim à falta de planejamento da Administração Pública como um todo. Para Justen Filho (2008) reside aí um ponto sensível e essencial para o sucesso das contratações administrativas. Segundo o autor (2008, p. 131):

A ausência de planejamento adequado é a principal causa de problemas no relacionamento contratual. Mais grave ainda é o risco de planejamento intencionalmente equivocado, visando a promover benefícios indevidos em prol de apaniguados.

[...] O cenário atual de problemas decorre na sua esmagadora maioria de problemas atinentes a planejamento inexistente ou inadequado da futura contratação.

Ressalte-se, no entanto, que a correção desses problemas sequer depende da reforma da Lei. A questão relaciona-se com o exercício de competências discricionárias, que nunca poderão ser exaustivamente disciplinadas por normas legislativas [...].

Tem sido usual a licitação de obras de enorme vulto, fundando-se a Administração em esboços primários, sem informações corretas, com requisitos de participação despropositados. Alguém vence a licitação, firma-se o contrato e se inicia a “desconstrução” do contrato original e dos requisitos que tinham afastado dezenas de possíveis candidatos. No final, a obra executada e o preço pago pela Administração não guardam a mais mínima relação com o conteúdo do edital.

E2 inicialmente definiu a lei como ideal para os órgãos da Administração Pública. Quando questionado se a sua opinião referia-se indistintamente à Administração Direta e Indireta, o entrevistado mostrou-se hesitante, afirmando que o mais adequado seria que as empresas que como a sua competem no mercado não fossem submetidas ao dever de licitar, porém como há a obrigatoriedade constitucional, entende que quanto mais rígida for a lei, melhor. Sintetiza seu pensamento colocando que o “espírito” da lei é adequado.

E3 também acredita que o atual regime pode ser sim um limitador na competição com a iniciativa privada. Aduz que muitas das dificuldades podem ser dirimidas na fase interna, por exemplo, com a confecção de um bom projeto básico. Todavia, o fator tempo é muito prejudicado, principalmente em decorrência do elevado grau de litigiosidade autorizado pela Lei, notadamente na fase recursal, na qual são muitas vezes interpostos recursos com caráter protelatório.

Em seguida, tratou-se da ênfase da Lei nº 8.666/93 no tipo de licitação “menor preço”. O assunto foi abordado por Bresser-Pereira (1996), que concluiu que a fraude na qualidade do serviço contratado está diretamente relacionada com a rígida adoção deste tipo licitatório.

Conforme Pinto (1997), ao privilegiar o critério do menor preço entre duas opções que atendam a determinadas exigências previamente estabelecidas, o atual estágio da evolução do processo licitatório não está a serviço da eficiência administrativa. Para confirmar essa afirmação, o autor recupera o ensinamento de Herbert Simon (1965 *apud* PINTO, 1997, p. 144) de que “duas despesas de diferentes magnitudes só podem ser comparadas se forem transformadas em custos de oportunidade, isto é, se forem expressas em termos de resultados alternativos”. Dessa maneira, como a lei fixa o resultado esperado a partir da descrição detalhada do objeto a licitar abandona qualquer pretensão à minimização do custo (PINTO,

1997).

E1 e E3 não veem problemas com a preponderância desse critério nem vislumbram diferença concreta entre as expressões “menor preço” e “menor custo”. E1 refere que há casos em que a sistemática licitatória admite o exame de questões técnicas para definir o “melhor preço”, assim entendido aquele que acarretará menor desembolso para a Administração. Cita como exemplo a compra de suprimentos de informática, para os quais é possível considerar fatores como a compatibilidade com o estoque existente - que se fossem ignorados gerariam prejuízos para a própria instituição. É justamente o que Justen Filho (2008, p. 573) chama de “apurar o menor preço real”, pelo que “não há defeito em se examinar questões técnicas para definir o menor preço”. Porém, poder-se-ia levantar uma inconsistência neste ponto, porque justamente para as contratações de bens e serviços de informática é obrigatório o uso do tipo de licitação “técnica e preço”, consoante o art. 45, §4º, da Lei nº 8.666/93. Contudo, Justen Filho (2008, p.574) explica que a jurisprudência e a doutrina consagraram que esses bens e serviços podem ser distinguidos em duas categorias fundamentais: há os padronizados disponíveis facilmente no mercado (bens de prateleira), e há os dotados de peculiaridades e especificidades. Segundo o autor (2008, p.574):

Portanto, tende a interpretar-se o §4º de modo compatível com a Constituição para evitar o resultado prático de a Administração ser obrigada a desembolsar valores superiores ao necessário. A licitação de tipo de técnica será aplicada sempre que a necessidade administrativa envolver alguma característica especial ou peculiar, que não possa ser satisfeita por meio dos produtos padronizados. Para ser mais preciso, até se pode admitir que a Administração possa adquirir produtos sob encomenda, não disponíveis no mercado, valendo-se de licitação de menor preço quando sua necessidade não exigir variações técnicas, qualidades especiais ou atributos diferenciados por parte dos bens e serviços que pretende adquirir.

E2 concorda com a preponderância desse tipo licitatório, porém entende que não necessariamente significará “menor custo”. Lembra de casos em que preços muito baixos redundaram na inexequibilidade do objeto. Ainda assim, ressalta que os demais tipos licitatórios previstos na Lei atendem a todas as necessidades da empresa.

Ainda no tocante à Lei nº 8.666/93, os entrevistados foram questionados sobre a conformidade do critério de valor para a definição da modalidade licitatória. Sabe-se que a regra do regime comum condiciona a adoção de determinada modalidade ao valor da contratação, ou seja, o critério de seleção é eminentemente econômico. A exceção entre as modalidades de uso recorrente é o pregão, no qual a escolha está vinculada à natureza do objeto, e não ao valor estimado da contratação. A tabela a seguir demonstra os parâmetros a serem observados pelo administrador público na eleição da modalidade pertinente:

Tabela 1 – Os limites de valor para a definição da modalidade de licitação no regime comum

Modalidade	Limite de valor	
	Obras e serviços de engenharia	Compras e demais serviços
Contratação Direta*	R\$ 15.000,00	R\$ 8.000,00
Convite	R\$ 150.000,00	R\$ 80.000,00
Tomada de Preços	R\$ 1.500.000,00	R\$ 650.000,00
Concorrência	Sem limite (indicação acima de R\$ 1.500.000,00)	Sem limite (indicação acima de R\$ 650.000,00)
Leilão	Sem limite	Sem limite
Concurso	Sem limite	Sem limite
Pregão	Sem limite	Sem limite

* Não é modalidade licitatória; para sociedades de economia mista e empresas públicas vale o dobro dos limites da contratação direta (art. 24, Parágrafo Único, Lei nº 8.666/93).
Obs.: Para os consórcios públicos aplica-se o dobro (se integrados por até três entes) ou o triplo (se integrados por mais de três entes) dos valores acima (art. 23, §8º, Lei nº 8.666/93).

Fonte: Proposto pelo autor.

Uma das principais vantagens apontadas pela doutrina jus-administrativista é que a subordinação a um critério objetivo como é o de valor simplifica o processo decisório e facilita o controle dos contratos, coibindo a ocorrência de desvios de finalidade (JUSTEN FILHO, 2008). No entanto, com o intuito de estabelecer critério objetivo de escolha a lei inibe a utilização de critérios técnicos, não menos factuais, capazes de ampliar o leque de possibilidades na definição de meios para atingir os fins da atividade estatal (PINTO, 1997).

Para Bresser-Pereira (2009), foi-se o tempo em que os problemas eram simples e as respostas a eles podiam ser pré-fabricadas de modo genérico. O autor (2009, p. 209) lembra que Max Weber descreveu a administração pública burocrática como um tipo de dominação – a dominação “racional-legal” -, “que se caracterizaria pela superioridade ou eficiências técnicas”. Seu caráter “racional” apareceria sob a forma de racionalidade instrumental, consistindo na adoção de meios mais apropriados para alcançar os objetivos pretendidos. Seu caráter “legal” significava que a lei definiria os meios mais apropriados para alcançar os objetivos também estabelecidos pela lei. Limitado por um regramento de natureza racional-legal, o processo licitatório coaduna-se com os elementos constituintes da típica burocracia. Porém, o sistema contém uma contradição intrínseca: os problemas atuais compreendem uma

multiplicidade de elementos e a realização do interesse público envolve sutilezas e complexidades, o que torna impossível ser ao mesmo tempo racional e legal (BRESSER-PEREIRA, 2009). Segundo o autor (2009, p. 209):

É impossível ser racional definindo em lei os objetivos específicos a serem alcançados e os meios a serem seguidos: a lei pode definir de modo genérico os objetivos e os meios, mas sua especificação competente depende necessariamente de uma tomada de decisão caso a caso.

Para Muñoz Amato (1971 *apud* PINTO, 1997, p. 88), “quando a administração pública é concebida como o conhecimento e a aplicação mecânica de preceitos legais, não se cultiva nem a teoria nem a arte de administrar”. Afinado com esse referencial, Pinto (1997) assevera que um novo patamar a ser alcançado na prática licitatória certamente deverá privilegiar a questão do controle *a posteriori*, logo, sobre o resultado da ação. Para ele (1997, p. 101), “impedir a ação pela incapacidade de avaliá-la parece ser um posicionamento com dias contados frente às tendências modernizadoras dos aparelhos de Estado”.

E1 e E2 entendem que o parâmetro de valor é adequado, porém quando questionados se outros critérios deveriam ser a ele associados manifestaram pontos de vista diferentes. E1 considera que critérios subjetivos poderiam ser acrescidos, porém não soube precisar quais exatamente. E2, por sua vez, acredita que a inclusão de outros critérios poderia vulnerar um dos aspectos mais importantes da Lei que é a possibilidade de controle dos atos praticados pelos administradores. E3 mostrou-se favorável à ampliação para além do valor e acredita que o sucesso do pregão e o surgimento de novas ferramentas tecnológicas deveriam fomentar a discussão sobre essa possibilidade. Para ele, não há espaço para o estabelecimento de uma “míriade” de novos parâmetros, apenas um número suficiente para que seja possível realizar a melhor compra. Consigna que não haverá risco se a maior subjetividade vier acompanhada pela exigência de que o gestor contratante não apenas exponha mais minuciosamente os motivos que o levaram a tomar a sua decisão, como também comprove que ela atende ao interesse público. A opinião do entrevistado encontra eco nas palavras de Dallari (2002, p. 82), o qual defende que, quando a mera formalidade burocrática for um empecilho à realização desse interesse coletivo, o formalismo deve ceder diante da eficiência:

[...] é preciso superar concepções puramente burocráticas ou meramente formalísticas, dando-se maior ênfase ao exame da legitimidade, da economicidade e da razoabilidade, em benefício da eficiência. Não basta ao administrador demonstrar que agiu bem, em estrita conformidade com a lei [...]; sem se divorciar da legalidade, cabe a ele evidenciar que caminhou no sentido da obtenção dos melhores resultados.

É oportuno comentar nesse ponto, por curioso, o quanto as noções de "controle" e "responsabilização" estão impregnadas no agir dos gestores e como pautaram grande parte de suas intervenções, a ponto de trazer a reflexão de se a elas não é dada maior ênfase do que ao resultado e à eficiência. Uma tentativa de explicação para esse estado das coisas pode ser encontrada no trabalho de Pinto (1997), o qual concluiu que, em que pese a licitação seja um meio e não um fim da atividade estatal, a rigorosidade do atual regramento fez do procedimento um fim em si mesmo. A eficácia da lei é medida pela sua capacidade de se fazer cumprir, face à presunção de que a corrupção é fruto da inexistência de regulamentos que a coíba (PINTO, 1997). Segundo Bresser-Pereira (1996), ao pretender reduzir o espaço do administrador eventualmente corrupto, a Lei nº 8.666/93 tornou quase impossível que o administrador honesto faça a melhor compra para o Estado.

Conforme Pinto (1997, p. 169), “a premissa de que o funcionário público tende à corrupção pautou o desenvolvimento dessa categoria de trabalhadores no Brasil”. No que diz respeito aos membros das Comissões de licitação, maior é o estigma que carregam, o que gera desconfiança permanente quanto à probidade de sua atuação (ABRAMO; CAPOBIANCO; NAVES, 2002). Esse aspecto foi ressaltado por um dos entrevistados, que ilustrou com um dito popular a preocupação comum entre os funcionários envolvidos com as licitações: “não basta ser, é necessário parecer honesto”.

Quando perguntados acerca da ocorrência de casos de comprometimento em licitações decorrentes dos dispositivos da Lei nº 8.666/93, observou-se postura bastante defensiva, pois apenas um dos entrevistados assumiu conhecer ocorrência direta na sua empresa. E3 mencionou que são raros os casos de projetos inviabilizados, uma vez que definidos estritamente de acordo com o que a Lei permite, porém reconheceu que não são incomuns os processos de compra que se prolongam por tempo muito superior ao inicialmente estimado. Recentemente, houve um caso que se estendeu por um período 4 (quatro) vezes superior ao projetado, em função da atuação de um órgão de controle externo. E2 disse que tem conhecimento de problemas em órgãos da Administração Direta e, assim como E1, acredita que tais problemas situam-se principalmente na elaboração de editais e nos recursos administrativos ou judiciais interpostos pelos licitantes.

Diante do caráter inovador atribuído ao pregão, especialmente no seu formato eletrônico, procurou-se identificar a opinião dos entrevistados. Segundo Faria *et al.* (2010), a transposição das tecnologias da informática inspiradas nas compras eletrônicas (*e-procurement*) tem proporcionado o avanço a passos largos rumo ao objetivo de redução de

custos e agilização de rotinas e procedimentos nas compras e contratações na Administração Pública brasileira. As licitações por meio eletrônico são classificadas como transações do tipo B2G/G2B (*business-to-government/government-to-business*), pois envolvem entidades externas e governo (FERNANDES, 2003).

Inicialmente, indagou-se se as melhorias advindas da utilização dessa modalidade foram percebidas nas respectivas empresas. Todos os entrevistados concordaram que o pregão trouxe ganhos significativos para suas organizações, hoje representando parcela significativa no volume total de contratações.

Em seguida, questionou-se se a organização dos entrevistados dispunha de dados atualizados sobre a economia gerada pelo uso da nova modalidade. E1 informou que é possível obter com frequência redução de 40% a 50% do valor inicialmente estimado, ao passo que nas modalidades tradicionais chega-se no máximo à economia de 10% no valor projetado da contratação. E2 estima que o ganho situe-se entre 25% e 30% do valor estimado, percentuais estes que segundo o entrevistado garantem uma margem de segurança, pois embora seja possível obter reduções maiores na contratação, a sua experiência recomenda cautela para não se defrontar com problemas de inexecuibilidade ou baixa qualidade do objeto contratado. E3 também relatou melhoria dos preços pelo uso da tecnologia da informação, que posicionou em torno de 30%.

No que diz respeito as principais vantagens da modalidade pregão em relação às previstas na Lei nº 8.666/93, as respostas concentraram-se no núcleo essencial apontado pela literatura sobre o tema. É possível compendiar-las na forma abaixo:

- a) celeridade;
- b) menor custo e agilização de rotinas operacionais;
- c) possibilidade de negociação direta com os fornecedores durante o curso da sessão;
- d) antecipação da fase de classificação das propostas em relação à fase de habilitação;
- e) redução dos prazos recursais;
- f) maior transparência e credibilidade nos processos;
- g) possibilidade de um maior número de licitantes (competitividade).

Também houve espaço para uma constatação importante. E3 mencionou que, diferentemente da atuação da Comissão de licitações nas modalidades tradicionais em que a responsabilidade pelos atos é solidária entre os seus integrantes, o pregoeiro é o único responsável pelas questões sob sua competência. Conforme Jacoby Fernandes (2003), embora conte com uma equipe de apoio, o pregoeiro coordena os trabalhos e toma as decisões

pessoalmente. Por isso, o entrevistado E3 considera fundamental que este possua domínio da legislação e do processo licitatório, perícia, idoneidade, entre outros predicados, a fim de desempenhar seu papel de forma segura e satisfatória. O entrevistado E2 adicionou que, na sua instituição, os bens dos pregoeiros são indisponíveis durante o período de exercício da função, exigência somente aplicada também aos diretores. A informação não foi confirmada nas demais empresas, porém é importante referir que não se trata de uma imposição da legislação.

Tendo em vista o relato de alguns autores, a exemplo de Sundfeld e Souza (2007), sobre o uso deliberado do instituto da inexigibilidade e de outras formas de contratação direta, achou-se por bem incluir questionamentos sobre a matéria. Em primeiro lugar, foi avaliado o entendimento sobre a aplicação do instituto da contratação direta em relação a suas empresas. Para E1 tal previsão atende a uma necessidade real, todavia entende que as atuais hipóteses de inexigibilidade e dispensa contempladas na Lei nº 8.666/93 são suficientes, não se recordando de nenhuma hipótese que esteja a descoberto da norma. E3 vê no procedimento especial uma solução “compatibilizadora” entre o regime jurídico de direito público (“alcance da função social”) e o caráter empresarial da entidade, porém reconheceu que muitas vezes não se sente confortável para aplicá-lo. E2 não demonstrou apreço pelas contratações diretas, pois entende que deixam flanco aberto para a ocorrência de possíveis desvios na licitação. Assim, indica que o seu uso deve ser bastante restrito.

Ademais, questionou-se sobre a prática das contratações diretas observadas no âmbito das empresas. Não se confirmou a informação da doutrina. De acordo com as informações prestadas, em nenhuma das entidades a participação desse tipo de contratação é apontada como relevante no cômputo global de compras. E2 comentou que dentro da empresa há inclusive uma orientação recente para que se evite a todo custo a contratação direta, sendo necessário que nos casos excepcionais o parecer jurídico que fundamentou o procedimento seja respaldado pela diretoria. Segundo o entrevistado, atualmente o banco somente recorre a tal expediente no breve hiato de tempo entre o vencimento de um contrato e a formalização de uma nova contratação, o que tende a ser resolvido no curto prazo com a melhoria dos controles e do planejamento. Percebeu-se que um caso que se tornou público, envolvendo justamente uma contratação direta, maculou a imagem da instituição e ainda gera constrangimento entre os funcionários do setor de licitações.

4.2 OPINIÃO SOBRE A FLEXIBILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

O bloco seguinte de perguntas almejava obter a posição dos entrevistados sobre o art. 173 da Constituição Federal, alterado pela EC 19/98, que passou a prever a criação do estatuto jurídico para as empresas estatais exploradoras de atividade econômica, o qual, dentre outras coisas, tratará de licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública. Pretendia-se verificar o conhecimento do funcionário, bem como o engajamento da empresa nas discussões sobre o tema.

Segundo Mello (2006), não persistem dúvidas de que a vontade do legislador reformador era a de aliviar as restrições da Lei nº 8.666/93, relativamente as sociedades de economia mista e empresas públicas exercentes de atividade econômica em sentido estrito. O ponto é destacado por Justen Filho (2008, p. 28-29), ao tratar, de forma geral, sobre a impossibilidade de aplicarem-se às estatais exploradoras de atividade econômica as regras do regime geral:

Deve-se reconhecer que o tratamento consagrado pela Lei nº 8.666/93 é apto a produzir, em determinadas situações, resultados desastrosos para as entidades administrativas. A aplicação rigorosa da disciplina legal conduziria à inviabilização da atuação de empresas estatais que operem em competição com a iniciativa privada.
[...]

Não se aplicará o regime de direito público quando produzir encargos que tornem inviável a competição da empresa pública ou sociedade de economia mista com agentes privados. O raciocínio aplica-se tanto ao aspecto de vantagens quanto ao de encargos constantes da disciplina publicística.

[...] a questão não se relaciona à configuração de uma contratação como relacionada à atividade-fim ou à atividade-meio. O relevante reside na existência de competição entre a entidade estatal e outros agentes econômicos. Quando o Estado se dispuser a atuar no mercado, deverá submeter-se a exigências próprias e características do setor. Um dos pontos fundamentais da organização empresarial, indispensável à obtenção do sucesso econômico, reside na autonomia para organização dos fatores de produção. Essa autonomia pode exigir, em alguns casos, a adoção de práticas informais para seleção da melhor alternativa. Na maior parte dos casos, isso ocorre nas atividades-fim que comportam contratação mediante prévia licitação, tanto como pode existir atividade-meio que exija solicitação imediata e destituída de formalidade.

Desta forma, difunde-se hoje a ideia de que as razões que subordinam a estatal ao dever de licitar derivam de ela atuar ou não empresarialmente e sob um regime de competição. Segundo Sundfeld e Souza (2007, p. 25), “o modo empresarial de agir que faz parte de sua natureza, aliado ao ambiente competitivo que se lhes imponha em dado caso”, faz com que tais entidades não possam ter o mesmo regime de contratação das entidades de direito público da Administração.

A primeira questão versava sobre o conhecimento acerca do mencionado dispositivo e, independentemente da resposta, solicitava que o entrevistado expusesse sua interpretação em relação à previsão. Com exceção de E1, os entrevistados conheciam o trecho constitucional. As opiniões confluíram no sentido de que se trata de uma clara tentativa de conferir competitividade a suas empresas frente aos concorrentes privados. Esperava-se nesse ponto maior profundidade nas respostas, contudo, mesmo estimulados pelo entrevistador, não foi possível colher subsídios mais precisos, somente afirmações genéricas sobre a “validade” e a “adequação” do dispositivo. Talvez a própria natureza da função desempenhada, às vezes mais próxima a de um mero aplicador da lei, dificulte que se tenha uma visão mais ampla das variáveis envolvidas no processo de compras, como adverte Amaral (2004, p. 4): “com frequência, quem planeja não sabe como os contratos estão sendo executados e quem administra os contratos não sabe como estão eles sendo planejados”.

No mesmo sentido, perguntou-se aos entrevistados se arriscavam algum comentário sobre os motivos da inércia do Executivo em apresentar projeto da lei pretendida pelo art. 173 da CF/88. Para Amaral (2004), a culpa pela não regulamentação do estatuto jurídico das empresas estatais não deve ser somente atribuída ao Legislativo, mas principalmente ao Poder Executivo que pouco agiu para concretizá-la.

Esse ponto merece maior detalhamento. A Lei nº 8.666/93 foi o primeiro diploma legal gestado no Poder Legislativo a tratar das licitações. Até a aprovação da Lei, o regramento vigente emanava do Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, que substituíra o Decreto-lei nº 200/67. Em seu art. 86, dizia que as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as fundações instituídas pelo Poder Público poderiam adotar regulamentos com procedimentos seletivos simplificados próprios, observados os princípios da licitação (AMARAL, 2004). Já foi mencionada a preocupação da nova lei com a corruptibilidade do agente público, a qual praticamente assume como inerente à atividade deste a partir do momento que pretende restringir largamente sua discricionariedade. Nesse sentido, Pinto (1997) vê na edição de uma norma tão prescritiva uma tentativa do Legislativo de demonstrar força e retomar o controle da Administração Pública. Rigolin e Bottino (1995 *apud* PINTO, 1997, p. 71) relatam o envolvimento das estatais no contexto:

O motivo primordial da nova lei, segundo se pode subsumir do noticiário da época, foi tentar conter a corrupção negocia! na Administração, **sobretudo nas entidades paraestatais**, devida, também consoante a notícia, à possibilidade de estas últimas editarem regulamentos simplificados de licitações e contratos, com apenas a observância das normas gerais existentes – ao menos inequivocamente - no Decreto-lei n. 2.300, vigente à ocasião (grifos do autor).

Contudo, a própria Lei nº 8.666/93 trouxe autorização para que as sociedades de economia mista e empresas públicas controladas direta ou indiretamente por União, Estados, Distrito Federal e Municípios editem regulamentos próprios, porém “ficando sujeitas às disposições desta Lei” (art. 119, *caput*). Obviamente, esta parte final torna inócua a própria previsão, pois sepulta qualquer possível fuga da incidência das minúcias do normativo.

Diante desse quadro, mesmo antes da promulgação da EC 19/98 - que tramitou por 3 anos -, o Poder Executivo apresentou, através do Ministério de Administração Pública e Reforma do Estado (MARE), um novo projeto de lei de licitações então designado como Anteprojeto de Nova Lei de Licitações, publicado, com seus 148 artigos, no Diário Oficial da União de 19 de fevereiro de 1997, e, após coleta de observações e sugestões para melhoria da proposta, republicado, em estudo comparativo com a Lei nº 8.666/93, pelo mesmo ministério, em 19 de março do mesmo ano (BRESSER-PEREIRA, 1996; MOTTA, 2005).

A iniciativa, segundo Fernandes (2002), estava em consonância com a proposta de revisão de leis de grande importância no funcionamento da administração federal, como era o caso da lei de licitações. O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado havia diagnosticado alguns aspectos cristalizados na Constituição de 1988 identificados como uma “contra-revolução burocrática”, dentre os quais “a perda de autonomia administrativa das entidades descentralizadas”, no que se incluía “a adoção dos procedimentos de licitação regulamentados em lei por todas as agências e empresas estatais”, impondo regulamentações legais que lhes conferiam a mesma moldura aplicada à Administração Direta (FERNANDES, 2002, p. 4).

Esse diagnóstico crítico acerca do exagerado detalhamento de regras e procedimentos da legislação e do tratamento padronizado que impedia a Administração Indireta de editar regulamentos próprios de compras e contratações, fez com que a concessão de autonomia a estas entidades fosse contemplada na diretriz inicialmente adotada no Anteprojeto Bresser, como ficou conhecido (FERNANDES, 2002). Na ocasião, assim escreveu o então Ministro Bresser-Pereira (1996, p. 5) sobre as intenções do texto:

As comissões de licitações terão mais autonomia e maior responsabilidade. A complexidade do processo de licitação será proporcional ao objeto de compra. O processo de licitação será mais rápido e mais barato. O Estado e as empresas públicas que afinal não forem privatizadas poderão comprar a melhor preço, com maior rapidez, e com custo menor, sem prejuízo dos controles que a *res publica* exige.

O Anteprojeto, no entanto, não encontrou suficiente ressonância, tendo logo caído em

esquecimento, sem sequer ser votado (MOTTA, 2005). Não obstante, Fernandes (2002) credita alguns avanços obtidos ao debate por ele trazido, como o fato de as agências reguladoras passarem a dispor de regulamentos próprios de compras, o que deu origem à bem-sucedida experiência da licitação por meio de pregão, desenvolvida inicialmente na ANATEL.

A submissão das empresas estatais à Lei nº 8.666/93 continuou irresoluta até a aprovação da EC 19/98, que, contudo, deixou a regulamentação a cargo de uma lei ordinária. Nesse sentido, Amaral (2004) relata que tão logo a alteração do art. 173 foi consumada o MARE constituiu uma Comissão de juristas para providenciar a elaboração de anteprojeto de lei que disciplinasse o dispositivo, integrada por Marçal Justen Filho e Adilson Dallari, além do próprio autor. Apesar dos trabalhos desenvolvidos, a iniciativa não progrediu, pois, em seguida, o MARE foi extinto e as suas funções foram passadas para o Ministério de Planejamento e, segundo o autor (2004, p. 8), “nunca mais se falou nesse anteprojeto”.

A revisão da lei de licitações foi retomada em janeiro de 2001, tendo sido decidida a elaboração de novo anteprojeto, sob outras diretrizes (FERNANDES, 2002). Para Motta (2005), o denominado Anteprojeto de Lei Geral de Contratações da Administração Pública, publicado para consulta pública no Diário Oficial de 17 de março de 2002, situava-se em linha consideravelmente distinta da empreendida pelo seu antecessor. Segundo Fernandes (2002, p. 11), baseou-se numa reavaliação da descentralização, uma das principais metas perseguidas pela Reforma Gerencial de 1995, em especial da sua aplicação à área de compras, pois se passou a considerar incompatível a autonomia normativa com as práticas inovadoras de gestão de suprimentos, “baseadas na concentração de compras, no estreitamento do relacionamento com os fornecedores e na aplicação de tecnologias que intensificam a comunicação entre a administração pública e o mundo empresarial”.

Dentro desse contexto, Fernandes (2002) argumenta que o contato com gestores de compras fundamentou a decisão do Executivo de não mais propugnar a liberdade para a proliferação de regulamentos próprios. De fato, desde então não foi mais possível observar nenhum movimento concreto com vistas a resolver a situação das estatais exploradoras de atividade econômica. As alterações registradas na regra geral são derivadas de propostas fragmentárias para modificar pontos específicos, ou blocos de dispositivos, porém sem relação direta com estas entidades.

Atualmente, no âmbito do Poder Executivo Federal pode ser destacada pelo menos uma iniciativa que, embora ainda restrita, parece indicar uma reversão na orientação de não mais atuar pela criação dos regulamentos próprios. Segundo o “Relatório de Gestão do Exercício de 2010”, a Secretaria do Tesouro Nacional (STN) estabeleceu como um dos seus

objetivos estratégicos para o período de 2010 a 2014 aprimorar a sua atuação nas empresas e fundos em que possui participação ou representação. Em relação a este objetivo foram propostas 5 (cinco) metas, dentre as quais se destaca “elaborar, em conjunto com o DEST, proposta de estatuto jurídico das empresas estatais, contemplando os procedimentos de licitação e contratos para as entidades exploradoras de atividade econômica” (STN, 2010, p. 27).

Chamou atenção a posição de E1 de que a suposta inércia aventada na pesquisa não se faz sentir na sua empresa. Segundo o entrevistado, há questões mais importantes a serem resolvidas no relacionamento entre a empresa e o Poder Executivo. E2 disse não ter opinião formada, mas, em razão do intrincado sistema de balanço de poder entre Executivo e Legislativo, especula que talvez o primeiro tenha optado por direcionar seus esforços em questões prioritárias ou menos polêmicas. E3 corrobora esse ponto de vista e adiciona que a descontinuidade de governos pode ter colocado o tema em compasso de espera. Além disso, acrescentou que o sucesso econômico experimentado pelas empresas estatais, especialmente as do setor bancário, pode ter transmitido uma imagem, no seu entender equivocada, de que a flexibilização do regime licitatório não é uma necessidade presente.

Também se arguiu se os entrevistados participaram ou conheciam alguma discussão sobre o tema no âmbito de suas empresas. E2 foi o único que relatou ter participado de debates sobre o assunto, especificamente quando exercia funções no setor de assessoramento jurídico da empresa. Segundo o entrevistado, consistiam na elaboração de pareceres para justificar as contratações diretas realizadas, valendo-se para tanto do disposto no art. 173 da CF/88. Em linhas gerais, sustentavam a incompatibilidade entre a disciplina do atual regime de licitações e o princípio da eficiência, que restava prejudicado diante do caráter de exploradora de atividade econômica em sentido estrito da entidade. Porém, as teses levantadas nunca foram acolhidas nem pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE/RS), nem pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS).

E1 questionado se a empresa deveria agir mais concretamente sobre o tema não vê necessidade de um maior engajamento da entidade. E3, de maneira diversa, entende que a relevância do tema exigiria uma postura proativa da empresa, porém acredita que resultados só seriam obtidos mediante uma ação coordenada entre os atores diretamente interessados.

Quando confrontados com a pergunta sobre o conhecimento de alguma iniciativa de implantação do chamado “regime licitatório simplificado”, apenas E3 demonstrou saber sobre a empresa que se utiliza desse instrumento. Diante do questionamento sobre a viabilidade da reprodução deste modelo na sua empresa, entende que com os devidos ajustes poderia trazer

vantagens, especialmente em termos de agilidade e redução de custos.

Para os demais entrevistados, o desconhecimento limitou a exploração da pergunta, ainda assim fizeram considerações. E1 não acha necessária a implantação de um regime simplificado. Para E2 trata-se discussão incipiente que está longe de termo final.

Concluindo este item, verifica-se que a flexibilização do regime licitatório não é vista como prioridade no âmbito dessas empresas. O fato é que as próprias entidades não estimulam ou promovem o debate sobre o tema. Uma justificativa plausível está na própria natureza complexa deste, cuja definição depende de um ato legal. A reticência do Poder Executivo em sustentar a questão também pode ter contribuído para essa desmobilização. No entanto, a perspectiva sinalizada no documento da STN tende a reposicionar o tema dentro das organizações, o que certamente exigirá a participação dos gestores de compras e contratações na definição dos novos rumos.

4.3 PROPOSIÇÕES ALTERNATIVAS A DISPOSITIVOS DO ATUAL REGIME

A partir do conteúdo das entrevistas foi possível identificar algumas opiniões que se relacionam com o objetivo do presente trabalho de apontar alternativas ao atual quadro licitatório.

Em primeiro lugar, os entrevistados foram unânimes em reconhecer que a precedência da fase de julgamento em relação à habilitação, novidade introduzida pela Lei nº. 10.502/02, demonstrou ser uma experiência positiva e poderia ser estendida as demais modalidades. Para Binenbojm (2007), além do ganho de celeridade, a providência inibe também exigências habilitatórias abusivas.

É interessante nesse ponto relatar a posição de Motta (2005, p. 306), que entende que a própria Lei nº 8.666/93 adota indiretamente a inversão de fases, quando no seu art. 32, § 1º, admite que a “documentação (habilitatória) poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão”. De maneira mais restrita, Justen Filho (2008, p. 456) argumenta que existem certas hipóteses em que se pode dispensar toda a fase habilitatória, diante de uma “presunção relativa de regularidade”, porém adverte que “essa presunção somente é autorizada em face de contratações de pequeno porte, que não envolvam riscos para a Administração ou que se traduzam em riscos de pequena dimensão”. Seja como for, essa interpretação da Lei nº 8.666/93 não é admitida pelo

TCU (MOTTA, 2005; JUSTEN FILHO, 2008).

No tocante à modalidade pregão, mais de um entrevistado indicou que sua abrangência deveria ser aumentada. Para E1, a modalidade poderia abranger também as obras e serviços de engenharia, que, embora mais complexos que os bens e serviços comuns, já dispõem de um amplo número de fornecedores especializados em condições de bem executar o objeto. Nesse mesmo sentido, E3 concorda com a ampliação do escopo para obras de engenharia, que atualmente demoram muito tempo para ser concluídas.

Também em relação ao pregão, surgiu a questão da qualidade do objeto licitado. Alguns dos entrevistados relataram a ocorrência de problemas nesse sentido, mesmo com a exigência de que o primeiro classificado no certame forneça amostras e protótipos. Essa situação é relatada por Justen Filho (2011, p. 5):

Houve uma redução dramática nos custos da Administração graças à ascensão do uso pregão. Mas se verifica, simultaneamente, um enorme problema em termos de qualidade. Todos aqueles que algum dia tiveram o trabalho de participar de uma licitação sabem disso. Desde a compra de café até qualquer outro produto que se faça por pregão, é necessária uma amostra para verificar o que se está comprando porque há esse efeito da “racionalidade” da iniciativa privada: reduzem-se os preços e se reduz a qualidade e, no fundo, a Administração acaba comprando um objeto imprestável, pagando o menor preço possível.

Para o autor (2011), esse é o eterno conflito que se processa nas relações entre o agente público e o agente privado, pois a cada solução legislativa ou administrativa encontrada pelo primeiro, o segundo imediatamente procura identificar suas falhas e definir a melhor estratégia para aproveitá-las. Na condição de licitante, o particular certamente procurará todas as imprecisões da legislação, todos os pontos vulneráveis do edital e tentará tirar proveito disso (JUSTEN FILHO, 2011).

A postura dos agentes econômicos de privilegiar sempre a obtenção do maior ganho possível no decorrer das transações, ainda que isso implique perdas aos demais, está vinculado ao conceito de oportunismo (FARIA *et al.*, 2010). Segundo Faria *et al.* (2010), no caso das licitações, os participantes poderão agir com oportunismo quando o produto licitado não estiver completamente especificado. Assim, os fornecedores poderão se aproveitar desta incompletude para ofertar produtos de baixa qualidade ou que não atendam as necessidades do contratante.

Para evitar situações desse tipo - em que “o barato, sai caro”, Justen Filho (2011) sugere que a lei institua o chamado cadastro de produtos, que consistiria na abertura a todos os interessados em vender para a Administração da possibilidade de oferecerem seus produtos

para serem previamente testados. A Administração ficaria vinculada a comprar somente os produtos que constem daquele cadastro. Dessa forma, entende o autor, seria dirimida a dificuldade de se ter de fazer o exame genérico dos produtos ofertados a cada novo procedimento licitatório.

Embora se trate apenas de uma proposta, não havendo previsão em lei, em duas das empresas visitadas foi possível verificar medidas “informais” nesse sentido. Em uma delas, foi mencionada a utilização recente de cadastro de cadeiras e condicionadores de ar. Segundo o gestor entrevistado, a operacionalização do procedimento ainda é difícil, pois em razão da desregulamentação há muitos questionamentos dentro do próprio setor de licitações. Na outra empresa, o procedimento normal que leva em média de 30 a 40 dias, com a adoção do cadastro de produtos é estendido para em torno de 60 dias, porém os resultados foram apontados como satisfatórios, porque permitiu um maior controle da qualidade dos produtos comprados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A caminhada deste trabalho teve início com a exposição da nova situação trazida pela EC nº 19/98, que alterou a redação do art. 173 da Constituição Federal, passando a prever a edição de um estatuto jurídico que deverá regular o procedimento licitatório aplicável às empresas públicas e às sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica.

Na tentativa de solucionar o problema inicial, buscou-se entender em primeiro lugar as características do atual regramento licitatório e os principais impasses a ele associados, bem como apresentar a evolução dos pensamentos legislativo, doutrinário e jurisprudencial na tentativa de resolver tais questões.

Conforme analisado, a Lei nº 8.666/93 surgiu em meio ao clamor popular pelo combate à corrupção historicamente associada às compras e contratações da Administração Pública. Em vista disso, optou o legislador, representante legitimado pelo povo, por concentrar em um único instrumento normativo todas as hipóteses verificáveis na contratação pública, o que resultou numa redação prescritiva, detalhista e rígida, focada em controles *a priori*, com o intuito de cercear ao máximo o arbítrio dos administradores. A sua ênfase em tratar até dos mais específicos detalhes procedimentais a liga de forma direta às características da administração burocrática, da qual herda a qualidade fundamental que é a efetividade no controle dos abusos, porém da qual também carrega alguns dos principais defeitos, em especial a autorreferência e a ineficiência.

Observou-se, no entanto, que a gestão pública aos poucos está conseguindo desvencilhar-se de certas amarras com a incorporação de tecnologias da informação ao processo de compras. O advento do pregão eletrônico promoveu uma verdadeira revolução nos procedimentos licitatórios, como tem sido ressaltado pela doutrina, pelos gestores públicos e demais envolvidos. Desde a sua implantação, inicialmente em âmbito federal, depois estendida aos demais entes pela Lei nº 10.520/2002, a modalidade tem gerado importantes reduções nos custos e nos prazos.

Noutro sentido, investigou-se a ação empresarial do Estado, que se manifesta através de empresas públicas e sociedades de economia mista, em conjunto designadas empresas estatais. Demonstrou-se, inicialmente, que a criação destas entidades está associada ao denominado fenômeno da descentralização administrativa, por meio do qual o ente estatal atribui personalidade jurídica a uma entidade, para que ela preste serviços públicos ou realize

atividades econômicas ou de utilidade pública.

Neste cenário, para que as empresas públicas e sociedades de economia mista gozem da eficiência e da flexibilidade necessárias para o exercício de suas atividades, foi-lhes atribuída a personalidade jurídica de direito privado, característica peculiar na organização administrativa estatal. No entanto, a natureza de entidades auxiliares do Estado as vincula a um regime jurídico híbrido, o que não permite que atuem integralmente sob a regência do direito privado.

As estatais exploradoras de atividade econômica são as que interessam ao presente trabalho por que é precisamente para elas que se dirige a previsão constitucional do estatuto jurídico. Ademais, a atual submissão ao regime licitatório previsto pela Lei nº 8.666/93 é alvo de grande debate, principalmente em âmbito jurídico. Mesmo que existam respeitáveis opiniões sustentando que o mencionado art. 173, §1º, III, seja dotado de eficácia jurídica suficiente para autorizar de imediato o estabelecimento de procedimentos simplificados para essas empresas, não se pode ignorar a posição dominante de que tal liberdade só existirá após a criação do mencionado estatuto.

O que se mostra consensual é que há um descompasso entre as necessidades das empresas estatais que competem no mercado e as exigências do regime licitatório fixado na Lei nº 8.666/93. Não se admite que se “burocratize” as empresas públicas e as sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica a ponto de emperrar-lhes o seu funcionamento, pois isso vai de encontro a própria intenção do Estado de dotar tais entidades da mobilidade e da liberdade de atuação típicas de uma empresa privada. Mais do que atributos oportunos, a flexibilidade, a agilidade e a eficiência são condições essenciais para que desempenhem o papel que lhes foi designado.

Diante do exposto, julgou-se fundamental explorar o tema diretamente nessa categoria de empresas. Nesse sentido, a opção foi ouvir os gestores atuantes no principal órgão de compras e contratações destas entidades - a Comissão de licitação -, o que se constituiu no objetivo geral deste trabalho. As considerações foram obtidas a partir de entrevistas realizadas em três instituições do setor financeiro, mercado em que se observa acirrado embate na disputa por espaços entre empresas privadas e empresas estatais.

Os principais pontos das manifestações dos entrevistados foram reunidos no Capítulo 4. De forma geral, é possível pontuar que os gestores percebem a flexibilização como necessária, porém não como urgente. Ao recuperar o seu histórico, pôde-se concluir que o caráter prioritário associado à questão foi revisto pelo Poder Executivo Federal no início da

década passada, o que ressoou nas empresas e explica a desmobilização verificada no fomento ao debate interno sobre o tema.

A acentuada tolerância com o atual regime manifestada pelos entrevistados exigiu reflexão. A cautela demandada para desempenhar corretamente as tarefas relacionadas ao ofício parece compor a própria personalidade dos gestores das Comissões de licitação. Não há que se desconsiderar ainda que os administradores entrevistados pertencem a uma geração que desconhece cenário diferente do atual, pois já ingressaram nesses colegiados após a edição da lei mencionada. Porém, em favor deles, dois pontos que chamaram a atenção devem ser ressaltados: o profundo conhecimento dos dispositivos legais associados ao procedimento - decorrente da possibilidade de atualização constante ofertada pelas empresas e também do interesse pessoal pelo tema-, o que lhes permite estruturar as estratégias mais adequadas, dentro do permitido pela lei, para alcançar os objetivos esperados nas contratações; e o alto grau de motivação e comprometimento demonstrados no exercício de uma função exigente e polêmica.

O exame minucioso de alguns pontos do Decreto nº 2.745/98 também se mostrou pertinente. Mencionou-se que a solução jurídica para a política licitatória da PETROBRAS tem sido objeto de contestações desde a sua instituição. A empresa, no entanto, tem conseguido sucessivas vitórias no STF, porém ainda não há decisão de mérito sobre o tema. O posicionamento definitivo do tribunal está próximo, o que porá fim a essa discussão.

Não obstante, não se pode desconsiderar que o seu conjunto de atividades econômicas precípuas é exercido em um mercado que, embora flexibilizado, ainda se coloca em regime de monopólio da União, o que evidencia a condição de *longa manus* estatal da petrolífera. Essa peculiaridade a diferencia das demais empresas estatais que competem com particulares que, como regra, não usufruem de tal salvaguarda do Estado.

Constata-se, dessa forma, que a vindoura decisão do STF trará valiosas contribuições no debate sobre o regime licitatório das empresas estatais, porém, diante da singular circunstância que envolve a PETROBRAS, ainda restará indefinida significativa parcela do tema. Assim sendo, não se poderá adotá-la como extensível a toda e qualquer estatal, requerendo que a solução para o problema seja contemplada por outros meios.

Dessa maneira, a intenção recentemente manifestada pela STN de associar-se ao DEST para estabelecer uma proposta de estatuto jurídico que contemple as licitações e contratos das entidades exploradoras de atividade econômica surge alvissareira. Já que representam justamente a possibilidade de que o Estado atue sob o regime do direito privado,

é necessário que possam ter asseguradas para si uma ferramenta compatível para competir no mercado e, mais precisamente, para cumprir sua própria razão de ser.

Faz-se necessário também mencionar as limitações do presente estudo. Inicialmente, poder-se-ia indicar o reduzido número de entrevistados, o que está associado às dificuldades de acesso e à relutância das entidades em autorizar a participação de seus funcionários. Ademais, pode-se considerar nesse contexto a escassa bibliografia abordando o tema a partir de um ponto de vista gerencial. Contudo, acredita-se que, mesmo diante de tais adversidades, o alcance dos objetivos inicialmente propostos não foi comprometido. É recomendável que futuras abordagens considerem o tema sob uma perspectiva inovadora, em consonância com as modernas teorias que não mais distinguem as empresas estatais entre exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviços públicos, e sim pelas circunstâncias de estarem ou não submetidas ao regime de competição, o que aumentará consideravelmente o número e a diversidade de empresas aptas a serem investigadas.

Se o trabalho logrou êxito em instigar o repensar da submissão das estatais exploradoras de atividade econômica aos ditames da Lei nº 8.666/93, pode-se dizer então que o primeiro passo foi dado.

REFERÊNCIAS

ABRAMO, C. W.; CAPOBIANCO, E.; NAVES, R.. Contratações de obras e serviços (licitações). In: SPECK, Bruno Wilhelm (Org.). **Caminhos da Transparência**. Campinas: UNICAMP, 2002.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

_____. **Direito Constitucional Descomplicado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Método, 2011.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Licitações nas Empresas Estatais. In: Seminário de Direito Administrativo do TCMSP, 2., São Paulo, 2004. **Licitação e Contrato - Direito Aplicado**. São Paulo: TCMSP, 2004.

BACEN. **50 maiores bancos e o consolidado do sistema financeiro nacional**. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 12 abr. 2011.

BANRISUL. Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A. Disponível em: <<http://www.banrisul.com.br/>>. Acesso em: 05 nov. 2011.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Ed. 70, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. A reforma da Lei de Licitações e Contratações Públicas da Administração Pública. In: **VI Fórum Brasileiro sobre a Reforma do Estado**, Rio de Janeiro, 3 Out. 2007.

_____. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Advocacia Geral da União. Parecer AC 15 do Advogado-Geral da União. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo. Brasília, DF, 19 jul. 2004. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 26 out. 2011.

BRASIL. **Constituição Federal**. 5. ed. atual. até a EC n. 56/2007. Barueri: Manole, 2008.

BRASIL. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo. Brasília, DF, 27 fev. 1967. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 mai. 2011.

BRASIL. Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998. Aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS previsto no art . 67 da Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo. Brasília, DF, 25 ago. 1998. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2011.

BRASIL. Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo. Brasília, DF, 01 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 set. 2011.

BRASIL. Lei nº 2.004, de 03 de outubro de 1953. Dispõe sobre a Política Nacional do Petróleo e define as atribuições do Conselho Nacional do Petróleo, institui a Sociedade Anônima, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo. Rio de Janeiro, DF, 03 out. 1953. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2011.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo. Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 mai. 2011.

BRASIL. Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo. Brasília, DF, 08 jul. 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 set. 2011.

BRASIL. Lei nº 9.487, 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 e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo. Brasília, DF, 07 ago. 1997. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 out. 2011.

BRASIL. 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. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo. Brasília, DF, 30 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 out. 2011.

BRASIL. Lei nº 12.276, de 30 de junho de 2010. Autoriza a União a ceder onerosamente à Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o inciso I do art. 177 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo. Brasília, DF, 30 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 set. 2011.

BRASIL. Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. Altera a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo. Brasília, DF, 28 mai. 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 out. 2011.

BRASIL. Lei nº 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. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo. Brasília, DF, 30 jul. 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 115.062/9-RS**. Recorrente: Agropecuária São Felipe Ltda e Outros. Recorrido: Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul (BRDE). Relator: Ministro Célio Borja. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 441.280-RS**. Recorrente: Frota de Petroleiros do Sul Ltda. (Petrosul). Recorrida: Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras). Relator: Ministro José Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 27 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 25.888-DF**. Recorrente: Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras). Recorrida: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 22 mar. 2006. Publicação: DJ 29 mar. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 27 out. 2011.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 121/1998-TCU-Plenário**. Entidade: Petrobras Distribuidora S.A. (Petrobras). Relator: Ministro Iram Saraiva. Data da sessão: 26 ago. 1998 Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 24 de set. 2011.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão nº 663/2002-TCU-Plenário**. Entidade: Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras). Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Data da sessão: 19 jun. 2002. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 26 de out. 2011.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 908/2006-TCU-Plenário**. Entidade: Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras). Relator: Ministro Augusto Nardes. Data da sessão: 18 abr. 2006. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 26 de out. 2011.

BRDE. Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul. Disponível em: <<http://www.brde.com.br/>>. Acesso em: 05 nov. 2011.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Uma Nova Lei de Licitações. **Gazeta Mercantil**, São Paulo: 27 set. 1996. Nacional, p. A-5. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br>> Acesso em: 03 nov. 2011.

_____. **Construindo o Estado republicano: Democracia e reforma da gestão pública**, 1. ed. São Paulo: FGV, 2009.

CAIXA. **Relatório de Sustentabilidade de 2010**. Disponível em: <<http://www.caixa.gov.br/>>. Acesso em: 05 nov. 2011.

CANO, WILSON. Brasil: é possível uma reconstrução do Estado para o desenvolvimento? **Revista do Serviço Público**, Brasília, edição especial (1937-2007), p. 59-70. 2007.

CASTELAR, Armando. **A experiência brasileira de privatização: o que vem a seguir?** Textos para Discussão do BNDES, v. 87, novembro de 2000. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/conhecimento/publicacoes/catalogo/catalogo.asp>>. Acesso em: 01 nov. 2011.

CRETELLA JUNIOR, José. **Administração Indireta Brasileira**. 4. ed. atualizada, reescrita e rev. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DALLARI, Adílson Abreu. Licitações nas Empresas Estatais. **Revista de Direito Administrativo**, v. 229, p. 69-85, 2002.

ECCARD, Frederico Pinto. **A evolução do papel das empresas estatais para o desenvolvimento econômico**: o caso da Eletrobrás. 2009. 190 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Econômicas) – Rio de Janeiro (RJ): IE/UFRJ, 2009.

FARIA, Evandro Rodrigues de *et al.* Fatores determinantes na variação dos preços dos produtos contratados por pregão eletrônico. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 44, n. 6, nov./dez. 2010.

FERNANDES, Ciro Campos Christo. A reforma administrativa no Brasil: oito anos de implementação do Plano Diretor – 1995-2002. In: **VII Congresso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública**, Lisboa, Portugal, 8-11 Oct. 2002.

_____. **Sistemas de compras eletrônicas e sua aplicação à Administração Pública**: o caso do SIASG/Comprasnet. 2003. 173 f. Dissertação (Mestrado em Gestão Empresarial) – Brasília (DF):EBAPE/FGV, 2003.

FLICK, Uwe. **Uma introdução à pesquisa qualitativa**. Porto Alegre: Bookman, 2004.

FONSECA, Pedro Cezar Dutra. UFRGS e BRDE: a história das duas instituições. In: Antonio de Pádua da Silva Filho (Org.). **UFRGS: patrimônio do Estado**. Porto Alegre: UFRGS, 2010.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. revista e atualizada, São Paulo, Malheiros, 2010.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Sistema de Registro de Preços e Pregão**. 1. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2003.

JARDIM, Lauro. Licitação na Petrobras. **Veja**, São Paulo, 17 out 2011. Coluna Radar Online. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/radar-on-line/judiciario/468561/>>. Acesso em: 28 out. 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

_____. **Projeto da nova Lei de Licitações**: transcrição da contribuição de Marçal Justen Filho na Audiência Pública da CCJ da Câmara dos Deputados realizada em 21 set. 2011. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n° 56, out. de 2011. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 19 out. 2011.

LIMA, Luciana. Lei de Licitações não atende necessidade das empresas estatais, diz TCU.

Agência Brasil, Brasília, 26 mai. 2010. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2010-05-26/lei-de-licitacoes-nao-atende-necessidades-das-empresas-estatais-diz-tcu>>. Acesso em: 24 out. 2011.

MALHOTRA, Naresh K. **Pesquisas de marketing: uma orientação aplicada**. 4. ed. Porto Alegre: Bookman, 2006.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado. In: **Direito Administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MARTINS, Adriana Vassallo. **Notas sobre as articulações entre o Estado brasileiro e suas empresas estatais: o caso do contrato de gestão da Companhia Vale do Rio Doce**. 2004. 15p. Disponível em: http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/dest/080707_GEST_SemInter_articulacoes.pdf>. Acesso em: 15 de set. 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009, c1990.

_____. **Licitação e Contrato Administrativo: de acordo com as Leis 8.666, de 21.06.1993, 8.883, de 8.6.1994 e 9.648, de 27.5.1998**. 13. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Licitação nas Estatais em face da EC nº. 19. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 6, junho/julho/agosto, 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos: estrutura da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregão, parcerias público-privadas**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MPOG. **Estatais mantêm o ritmo de execução orçamentária**. Disponível em: <<http://http://www.planejamento.gov.br/noticia.asp?p=not&cod=7338&cat=22&sec=4>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

_____. **Pregões eletrônicos geram economia de R\$ 2,13 bilhões para o Governo Federal**. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/noticia.asp?p=not&cod=7465&cat=94&sec=7>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

PESSOA, Robertônio Santos. Administração indireta: uma reflexão crítica. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, v.7, n.31, p. 75-86, 2005.

PETROBRAS. **Censo para Diversidade PETROBRAS**. Rio de Janeiro: Petróleo Brasileiro S.A., 2008. Disponível em: <<http://www.petrobras.com.br>>. Acesso em: 20 out. 2011.

_____. **Manual de Contratações da Petróleo Brasileiro S.A.** Rio de Janeiro: Petróleo Brasileiro S.A., 2011. Disponível em: <<http://www.petrobras.com.br>>. Acesso em: 22 out. 2011.

PINTO, Eduardo Jardim. **Lei das licitações públicas: instrumento de controle versus instrumento de ação.** 1997. 238 f. Dissertação (Mestrado em Administração) – Porto Alegre (RS): PPGA/UFRGS, 1997.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada: estrutura e função.** 1. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Rosângela do Socorro. Por um estatuto jurídico para as sociedades estatais que atuam no mercado. 58 f. In: **IV Prêmio DEST/MPOG de monografias - estatais.** Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Brasília. 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Decreto nº 42.434, de 09 de setembro de 2003. Regulamenta, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a modalidade de licitação denominada pregão, por meio eletrônico, para a aquisição de bens e serviços comuns, instituída pela Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002. **Diário Oficial do Estado**, Poder Executivo. Porto Alegre, RS, 10 set. 2003. Disponível em: <www.compras.rs.gov.br>. Acesso em: 15 set. 2011.

ROESCH, Sylvia Maria Azevedo. **Projetos de estágio e de pesquisa em Administração.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SALDANHA, Clézio. **Introdução à Gestão Pública**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SCALETSKY, Eduardo Carnos. A Petrobras e os trabalhadores da empresa estatal. **Rev. Univ. Rural, Sér. Ciênc. Humanas**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 2, p. 137-149, jul./dez. 2001.

_____. Práticas de governança corporativa como suporte para a coordenação de empresas estatais. In: **X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública**, Santiago, Chile, 18 - 21 Oct. 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Licitação nas Estatais: Levando a Natureza Empresarial a Sério. **Revista de Direito Administrativo**, v. 245, p.13-30, 2007.

ANEXO A – ROTEIRO PARA AS ENTREVISTAS**Lei nº 8.666/93**

- 1) Inicialmente, peço-lhe que avalie a atual lei em relação aos princípios abaixo:
 - a) Formalismo
 - b) Publicidade dos atos
 - c) Igualdade entre os licitantes
 - d) Sigilo na apresentação das propostas
 - e) Vinculação ao edital
 - f) Julgamento objetivo
 - g) Probidade e moralidade administrativa
 - h) Adjudicação obrigatória ao vencedor
 - i) Competitividade
 - j) Economicidade
 - l) Eficiência
- 2) Na sua opinião, as disposições da Lei nº 8.666/93 são compatíveis com o caráter empresarial da sua organização no tocante às compras?
 - 2.1) **(Em caso de resposta negativa)** No seu sentir, alterações nesta legislação são prementes?
 - 2.2.1) **(Em caso de resposta positiva)** Quais são os pontos que exigem maior atenção?
- 3) Entende ser possível alterar a legislação sem ofender os princípios mencionados anteriormente?
- 4) A ênfase no tipo de licitação “menor preço” lhe parece adequada?
 - 4.1) **(Em caso de resposta positiva)** Na sua opinião, “menor preço” e “menor custo” são expressões sinônimas?
 - 4.2) **(Em caso de resposta negativa)** Por quê? Possui alguma opinião a respeito de qual seria o tratamento mais conveniente?
- 5) No seu entendimento, o critério de valor é o parâmetro mais adequado para a definição da modalidade a ser adotada, tal como prevê a Lei nº 8.666/93?
 - 5.1) **(Em caso de resposta negativa)** Qual seria o padrão mais apropriado a ser considerado na escolha da modalidade cabível?
- 6) O(a) Sr(a). tem conhecimento de projetos que foram retardados, interrompidos ou mesmo

inviabilizados em decorrência dos dispositivos da Lei nº 8.666/93?

6.1) **(Em caso de resposta positiva)** É possível relatar em que ponto residiu o entrave?

Pregão Eletrônico

1) A instituição da modalidade pregão pela Lei nº 10.520/02 tem sido apontada como uma inovação que trouxe ganhos para toda a Administração Pública. Todavia, os dados que os portais governamentais divulgam e a mídia reproduz contemplam apenas os resultados dos órgãos da Administração Direta e das entidades autárquicas e fundacionais. Os benefícios também foram percebidos na sua empresa?

1.1) **(Em caso de resposta positiva)** A sua empresa dispõe de dados atualizados sobre a economia gerada pela nova modalidade?

2) Ressalvada a sua aplicação específica, quais são as principais vantagens da modalidade pregão em relação às previstas na Lei nº 8.666/93?

3) Na sua opinião, a antecipação da fase de classificação das propostas em relação à habilitação dos licitantes, como previsto na modalidade pregão, poderia ser estendida para as demais modalidades?

3.1) **(Em caso de resposta positiva)** Quais seriam os benefícios obtidos com a inversão dessas fases (em relação ao regramento atual das cinco modalidades previstas na Lei nº 8.666/93)?

Inexigibilidade, dispensa e contratação direta

1) Na sua opinião, as empresas estatais deveriam ser autorizadas a contratar diretamente em casos específicos?

1.1) **(Em caso de resposta positiva)** Em quais situações?

2) A sua empresa se utiliza das contratações diretas?

2.1) **(Em caso de resposta positiva)** É possível estimar qual a participação percentual destas em relação ao total de contratações?

Cenário atual

1) A EC 19/1998 alterou a redação do art. 173 da CF/88, que passou a prever a criação, por lei, de um estatuto jurídico para as empresas estatais exploradoras de atividade econômica, o qual tratará, dentre outros temas, da licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações. O(a) Sr(a). tem conhecimento desse dispositivo? Qual a sua interpretação dele?

2) No que diz respeito a esta passagem específica da EC 19/1998, ela foi aprovada com a

redação original da Proposta de Emenda Constitucional, cuja iniciativa partiu do Poder Executivo Federal, ou seja, não houve qualquer interferência nesse ponto do Poder Legislativo. Entretanto, desde que a previsão passou a ter sede constitucional, não partiu do Executivo nenhum projeto de lei com vistas a atender o dispositivo. Ao que o(a) Sr(a). atribui essa inércia?

3) No âmbito da sua empresa, participou ou conhece alguma discussão sobre o tema?

3.1) **(Em caso de resposta positiva)** Poderia relatar no que consiste(ia)? Houve alguma repercussão nos procedimentos licitatórios?

3.2) **(Em caso de resposta negativa)** Entende que a sua empresa deveria agir mais concretamente sobre o tema?

4) A previsão constitucional mencionada acima deu ensejo ao surgimento de algumas iniciativas de implementação do chamado “regime licitatório simplificado”. O(a) Sr(a). tem conhecimento de algum caso de empresa estatal que se valha desse instrumento?

4.1) **(Em caso de resposta positiva)** Na sua opinião, a reprodução deste modelo, com os ajustes necessários, traria vantagens para a sua empresa?

4.1.1) **(Em caso de resposta positiva)** Quais?

Considerações finais do entrevistado

1) Por fim, o(a) sr(a). deseja fazer algum acréscimo em relação ao tema ou abordar algum ponto que julga importante e não foi contemplado nos questionamentos anteriores?