

O DECRETO DE LICITAÇÕES DA PETROBRAS À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA: UMA CONTRIBUIÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Helena Telino Monteiro*

Yanko Marcius de Alencar Xavier*

RESUMO

A flexibilização do monopólio do petróleo trouxe para a PETROBRAS um cenário de concorrência e exigência de mais competitividade. No controle das externalidades o Estado deve atuar para a manutenção do mercado e do consumo, propiciando a um só tempo livre iniciativa e livre concorrência. A Constituição Federal previu a possibilidade de que empresas públicas e sociedades de economia mista licitem através de procedimentos simplificados quando atuem em concorrência com empresas exclusivamente privadas. O legislador transferiu sua atribuição constitucional ao Poder Executivo, o que tem suscitado discussões de inconstitucionalidade. Ao lado desse debate surge a eficiência como axioma da análise econômica do direito e reforço da tese da constitucionalidade do Decreto 2745/98.

Palavras-chave: Eficiência; Decreto; Licitação; Petrobras.

ABSTRACT

The easing of the oil monopoly brought to PETROBRAS a scenario of competition and demand for more competitiveness. The external control of the state must act to maintain

* Mestranda em Direito - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. MBA em Direito Empresarial com concentração em Petróleo e Gás - FGV. Especialista em Direito Público - EBEC. Bacharela em Direito - Universidade Federal da Paraíba. Possui curso de Contratos Internacionais e Arbitragem pela Universidade da Califórnia - Davis (EUA). Advogada da PETRÓLEO BRASILEIRO S/A. Professora da Universidade Estácio de Sá-Câmara Cascudo.

* É graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (1988), mestre (1992) e doutor (1996) em Direito pela Universität Osnabrück/Alemanha. É Professor Associado II da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, coordenando o Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis e o Grupo de Pesquisa em Direito e Regulação dos Recursos Naturais e da Energia. Desenvolve pesquisa em Direito do Petróleo e Gás Natural, Direito das Energias Renováveis e Direito das Águas.

the market and consumption, providing at one time free enterprise and free competition. The Federal Constitution provides for the possibility that public companies and mixed economy companies tender selected concessions through simplified procedures when acting in competition with private companies only. The legislature moved its constitutional assignment to the Executive, what has triggered discussions of unconstitutionality. Alongside this debate is the efficiency as an axiom of law and economics what strengthening the thesis of the constitutionality of Decree 2745/98.

Keywords: Efficiency. Decree. Bid. Petrobras

1. INTRODUÇÃO

A análise do Decreto de licitações da PETROBRAS (Decreto nº 2.745/98) vem suscitando acirrados debates, mormente em cenário de discussões para instalação de uma Comissão Parlamentar de Inquérito no Congresso Nacional que, dentre outros, aborda esse tema. A norma em debate surgiu após a flexibilização do monopólio do petróleo ocorrido com a Emenda Constitucional nº 9 de 1995 e firmou-se na prática como a necessidade de dar igualdade de condições de competição a uma empresa que outrora vivenciava cenário de monopólio, e passou posteriormente a atuar em regime de competição.

A atuação do Estado em setores da economia dá-se excepcionalmente e sempre com lastro na própria Constituição Federal. Nesse sentido, a atuação do Estado, através de sociedade de economia mista na cena da exploração de petróleo tem por fim último resguardar interesse público por se tratar de ramo energético e estratégico.

Nesse sentido, o presente trabalho busca na história passada e presente os diferentes momentos de intervenção do Estado na economia e utiliza-se da análise econômica do direito para preencher conceitos como eficiência e controle de externalidades pela atuação do Estado.

Buscou-se, outrossim, enfatizar a temática da flexibilização do monopólio de exploração de petróleo como reforço para a implementação em definitivo do autorizativo constitucional que prevê a possibilidade de procedimento licitatório simplificado para sociedade de economia mista e empresas públicas em setor de

concorrência.

Discutem-se, por fim, os mecanismos clássicos postos à disposição para aqueles que sofrem com as omissões do legislativo e sua eficácia para, em seguida, enfrentar-se a questão da delegação feita pelo legislador ao Executivo para elaboração da norma de licitações da PETROBRAS.

2. BREVE HISTÓRICO DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

Intervir é atuar em área de outrem. O Estado, portanto, quando atua no domínio econômico, intervém em área de titularidade do setor privado, além da esfera do público. Para que se compreenda esta realidade, aponta-se como marco a Revolução Francesa.

Na doutrina liberal de Adam Smith, o Estado se distanciava da Economia, deixando-a para a iniciativa privada. Isso decorreu da pressão que a burguesia fez na derrocada do regime monárquico. Não havia a preocupação na concretização de direitos sociais ou coletivos, pois o individualismo caracterizou o período em que o Estado apenas conferia os chamados direitos de primeira geração (dimensão): civis e políticos.

Após a primeira Grande Guerra Mundial e a queda na bolsa de valores de Nova Iorque, em 1929, firmou-se o Estado de bem-estar social, também conhecido por *Welfare State*. Espelhava um modelo de Estado interventor na economia, com a consolidação dos direitos sociais (direitos de segunda dimensão). A economia passou a ser controlada pelo Estado. Com a explosão da globalização da economia e expansão do capitalismo na década de 80, este modelo começou a ruir. Neste período, apenas à guisa de compreensão histórica, deu-se o fim da Guerra Fria, cujo marco fora o fim da União Soviética e a queda do muro de Berlim, em 1989.

O modelo de atuação do Estado na economia modificou-se, com uma menor presença direta no domínio econômico. Há, no entanto, maior atuação na regulação dos serviços públicos e atividades econômicas que foram transferidos à iniciativa privada, fruto do neoliberalismo econômico. Há efetiva participação estatal na fiscalização, planejamento e regulação da economia. As agências reguladoras, autarquias especiais, são exemplos simbólicos. Dentre seus objetivos, destaca-se a correção das distorções causadas pelo sistema capitalista, que são inerentes ao mesmo, como a limitação à livre

iniciativa, livre concorrência. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) ilustra bem este papel.

Não se imagine que o fato de o Estado poder intervir na economia desnaturará a essência da Constituição Econômica brasileira de 1988, ou seja, o capitalismo. O modelo de economia capitalista da Carta de 1988 não é “puro”. Sua essência é a de um Estado Democrático Social de Direito, voltada a priorizar a dignidade da pessoa humana, a justiça social, o pleno emprego, a erradicação da pobreza.¹

Para Eros Grau (GRAU, 2007. p. 148-150), o Estado pode intervir no domínio econômico ou sobre o domínio econômico. No primeiro caso tem-se o Estado Empresário. Quando o faz por absorção, o Estado é o único agente (monopólio); quando intervém na economia por participação, o Estado é um competidor no mercado. A PETROBRAS é uma sociedade de economia mista utilizada pelo Estado para intervir na economia por participação na exploração de petróleo e derivados.

Na participação, há o Estado Regulador. Quando o Estado intervém, não faz contra o mercado, mas a seu favor. O Estado orienta a atividade dos empresários (inclusive o próprio) com medidas de incentivos ou limites de condutas específicas. Esta regulação pode ser feita, segundo Eros Grau, por direção ou por indução. Por direção, o Estado elabora normas que dirigem a economia, obrigando a realização de condutas, sob pena de, uma vez não as obedecendo, acarretar a aplicação de sanção. São as normas diretivas. Por indução, elaboram-se normas que induzem o comportamento dos agentes na economia. São normas indutoras, admitindo a possibilidade de escolha, já que não se aplicam as sanções em caso de descumprimento.

Neste último caso, utiliza-se, com frequência, das chamadas normas tributárias indutoras, a fim de preservar a livre concorrência. Por exemplo, se o ente estatal deseja que certo produto não mais tenha comércio ou produção, mas não quer interferir de forma direta, pode utilizar-se da norma tributária indutora, onerando o produto.

Dessa breve contextualização histórica pode-se visualizar a necessidade da

¹ Art. 1º e 3º da Constituição Federal de 1988

intervenção do Estado para corrigir as imperfeições do modelo capitalista e, através do direito, amenizar as externalidades apontando soluções eficientes e criando uma regra de igualdade.

3. EXTERNALIDADES, EFICIÊNCIA E O PAPEL DO DIREITO

Externalidade, no sentido que lhe emprega a análise econômica do direito, corresponde aos custos (externalidades negativas) ou benefícios (externalidades positivas) que as atividades de um agente impõem a um terceiro que não por via do sistema de preços. Assim, as conseqüências do mercado para além da oferta e da procura poderiam ser classificadas como externalidades.

Como exemplo, e abstraindo a análise econômica, tem-se a redução da saúde em virtude do uso do tabaco, que implica em externalidade negativa na saúde dos circundantes. É sabido que na defesa de interesses privados o ser humano pode causar externalidades negativas que, do ponto de vista coletivo, não são eficientes. Isso acontecerá desde que os benefícios individuais superem os custos que individualmente se suporta.

A análise econômica do direito propõe para o direito o papel de evitar que esse egoísmo individual impeça resultados socialmente eficientes. Nesse sentido, a eficiência surge como axioma da teoria econômica do direito (ROSA, 2008. p. 14).

Desse modo, pode-se dizer que quando não geram externalidades negativas, as decisões das empresas são, em regra, eficientes, posto que a produção de um determinado produto visará atender a demanda e os consumidores só aceitarão pagar até o preço de reserva, pois, se compram, é porque os benefícios advindos dessa compra são compatíveis com o preço praticado.

Freqüentemente, entretanto, as empresas trabalham com externalidades, dentre as quais se pode citar a poluição, exatamente porque não suportam individualmente os custos gerados desse malefício.

Deve-se admitir, por outro lado, que o nível de poluição ideal no sentido eficiente não é nulo. A poluição resulta de atividades que geram benefícios. O que o

direito deve pensar é como superar os malefícios gerados pelas externalidades negativas com os benefícios inerentes à atividade, levando em consideração a alocação produtiva e eficiente de recursos.

Tradicionalmente tem sido imposta pelo Estado a internalização dos custos decorrentes das externalidades. Nesse sentido, por muito tempo sustentou-se que quando existem externalidades, o mercado falha, não sendo capaz de garantir a eficiente afetação dos recursos. Para resolver o problema é necessário que o Estado intervenha para impor a internalização da externalidade pelo seu causador. É a conhecida intervenção do Estado na economia.

Nesse contexto, o sistema jurídico pode apresentar soluções. Pode coibir o comportamento oportunista e tratar da incerteza frente a situações imprevistas que exerçam influência sobre a transação (custos de transação).

Coase, citado por Vasco Rodrigues (RODRIGUES, 2007. p. 45), adverte que as externalidades não são atos unilaterais, mas a conjugação do comportamento de pelo menos duas partes. Leciona, ainda, que nem sempre a internalização do custo pelo causador será o resultado mais eficiente do ponto de vista econômico.

Na opinião do referido autor a solução eficiente ocorre quando se altera o comportamento da parte para quem tal alteração implica menor custo, o que leva a conclusão de que a intervenção Estatal nem sempre será necessária, pois ao impor a internalização do custo pelo causador da externalidade negativa poderá gerar solução menos eficiente.

Coase conclui que as externalidades não são em si mesmas um impedimento à eficiência do mercado e que, ao revés, o mercado pode permitir a solução do problema através de meios mais eficientes.

Numa atividade empresarial em que existem custos para terceiros só será eficiente a produção de uma unidade do produto se o lucro ao produtor exceder os custos que impõe a terceiros (Kaldor-Hicks). Coase veio discordar em parte para argumentar que seria eficiente também o pagamento feito por terceiros para que a empresa não produza quando seu benefício é inferior ao custo de terceiros. Nesse cenário, os prejudicados arcarão com os custos do fim da atividade empresarial.

A desnecessidade de atuação do Estado parte de um cenário em que não existem custos de transação. Em os havendo, como normalmente ocorre, será necessária a intervenção do Estado. A teoria de Coase poderá funcionar, portanto, não apenas no cenário de custos de transação nulos, mas também de custos de transação baixos o suficiente para permitir uma solução eficiente.

Conclui-se, assim, que não há solução única: nem sempre o mercado, nem sempre o Estado. Tudo vai depender dos custos de transação. Aqui reside o problema: em avaliações casuísticas é necessária muita informação (a autoridade ao elaborar o direito eficientemente teria que verificar os custos de cada uma das partes para solucionar a externalidade), isso origina maiores custos de litigação e, de resto, cria um ambiente de insegurança jurídica.

De qualquer forma, a eficiência parece ser hoje o ponto de partida das análises prescritivas e, como axioma, não é questionada, mas desejada. Nestes termos, nos trabalhos normativistas de Law and economics se caracterizam pelo fato que como traço comum, apontam a noção de eficiência como referencial a avaliar a adequação das normas vigentes. Também é identificável a transformação da busca pela maximização em finalidade a ser alcançada mediante a proposição de novas regras jurídicas (ROSA, 2008. p. 19).

4. A FLEXIBILIZAÇÃO DO MONOPÓLIO DE EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO. A NECESSIDADE DE EFICIÊNCIA PARA MANUTENÇÃO DAS EMPRESAS NO SETOR DE CONCORRÊNCIA

Após essa breve análise sobre o papel do direito e a necessidade de buscar eficiência para a manutenção dos mercados, é possível descortinar o pano de fundo para a temática proposta.

A partir da Constituição da República de 1988, o monopólio legal na exploração de jazidas petrolíferas ganhou *status* constitucional, e a Petróleo Brasileiro S.A, PETROBRAS, representava a única empresa no mercado exploradora desse importante setor da economia brasileira. Seguiu, portanto, toda a legislação aplicável à Administração Pública Indireta, e contratava utilizando-se da lei de licitações: Lei nº 8.666, de 1993.

Com o advento da flexibilização do monopólio da exploração de petróleo, ocorrida no Brasil em atendimento às políticas neoliberais, em vigor com a Emenda Constitucional nº 09/95, a PETROBRAS passou a atuar no mercado em regime de competição e igualdade com empresas multinacionais. Essa alteração constitucional trouxe consigo a necessidade de implementação de novas práticas de contratação pela empresa nacional, tendo em vista que, anteriormente ao cenário dinâmico da livre concorrência, seguia a legislação aplicável para as Sociedades de Economia Mista em geral.

A Política Energética Nacional, outrora traçada pelo Governo Federal, ganhou novos contornos e as portas para o ramo da indústria de petróleo e gás natural no Brasil foram abertas para multinacionais estrangeiras, após a demonstração de que se trata de setor altamente rentável.

A Lei nº 9.478/97, em seu art. 5º, estabeleceu que a pesquisa e a lavra de jazidas de petróleo e gás natural passam a ser exercidos mediante concessão ou autorização dadas pelo Poder Público e, ainda, em seu art. 61, esclarece que a PETROBRAS passa a atuar em caráter de livre competição e em condições de mercado.

Neste novo contexto econômico, e na tentativa de implantar técnicas de licitação capazes de tornar a empresa brasileira suficientemente competitiva no mercado, buscou-se a efetivação do disposto no art. 173, §1º, III, da Constituição da República, com a criação de legislação específica para regular a licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações.

Ganhos de produtividade e redução de custos na contratação outrora morosa pelas amarras da legislação aplicável foram repensados na nova legislação que surgiu em 1997, com a publicação da Lei nº 9.478/97. O novo regramento legislativo, surgido para regulamentar a política energética nacional, e, ainda, a situação da PETROBRAS no novo cenário, trouxe, entre seus artigos, uma autorização para realização de licitação por procedimento simplificado, que seria definido em Decreto do Presidente da República (art. 67 da Lei nº 9478/97).

Em obediência ao que restou positivado, a Presidência da República publicou o Decreto nº 2.745/98, regulamentando o processo de contratação de obras e serviços na PETROBRAS trazendo para o cenário de mercado em livre concorrência condições

mais céleres de contratação de obras e serviços.

O trabalho em condições de livre concorrência exige das empresas em competição celeridade e respostas rápidas às situações mais diversas do setor flexibilizado. Dessa forma, a criação de uma lei específica que trata da política energética e autoriza a edição de Decreto para contratação por procedimento simplificado decorre naturalmente da necessidade de desenvolver-se no segmento energético.

A eficiência econômica é sem dúvida o instrumento por meio da qual é possível realizar o princípio da livre concorrência. Vale ressaltar que a livre concorrência significa mais do que a maximização do lucro pelo empresário, é uma forma também de proteção à sociedade e aos indivíduos e a preservação da livre concorrência.

O princípio da livre concorrência é o desdobramento da livre iniciativa. Implica a ausência de obstáculos para que os agentes ingressem nos mercados, com liberdade de gestão. No entanto, há a proibição de privilégios, evitando o abuso do poder econômico.

Ora, se o Estado pretende induzir a prática de uma conduta ou a inação de um agente econômico, aumentando a carga tributária, por exemplo, certamente o que possui mais recursos financeiros continuará a produção, em detrimento daqueles que não os possuem. Viola-se a livre concorrência e se estabelece uma concorrência desleal.

Desse modo, não se admitem vantagens oriundas de intervenções públicas. Nas normas tributárias indutoras, por exemplo, discute-se a constitucionalidade em situações de concorrência entre agentes com capacidades patrimoniais distintas.

Nesse sentido, a PETROBRAS, como empresa que participa do mercado, não deve ter o seu procedimento de contratação engessado pela Lei de Licitações, sob pena de configurar a já comentada concorrência desleal, uma vez que, com a flexibilização do monopólio, concorre com outras empresas do ramo petrolífero.

Isso porque em um mercado fundado na livre concorrência, todos os concorrentes são pressionados pelo risco de surgimento de um concorrente mais eficiente. A eficiência na concorrência reflete-se na disputa pelo mercado consumidor. Assim, para sair-se bem no mercado é preciso oferecer melhores condições e vantagens para o consumidor.

Por óbvio que o mercado não se resume a isso. Outros elementos, como o poder de escassez e o impacto das marcas, são relevantes. Mas a eficiência econômica é fator importante de colaboração para a defesa da livre concorrência e do mercado consumidor.

A eficiência, assim, é ao que parece, a fundamentação para a previsão constitucional de licitações simplificadas para as empresas que atuam em setor de concorrência. O art. 173, da Constituição Federal, disciplina:

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:

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

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

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

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

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

O Decreto presidencial autorizado pelo Legislativo que regula o procedimento de licitações na PETROBRAS é o de número 2.745/98. Em termos de simplificação, a grande diferença entre esta norma e a lei de licitações reside no fato de que as modalidades de licitação não se dão em virtude do valor licitado, o que possibilita agilidade na contratação mesmo diante de contratos de grande porte.

Deste modo, já que atua em setor de concorrência não deve ter requisitos que dificultem sua eficiência para sobreviver em setor de concorrência, sob pena de extinção

da empresa que, não conseguindo competir em condições de igualdade, terá sua atividade certamente fadada a insucesso.

Em um artigo intitulado Por que eficiência? Dworkin (DWORKIN, 2001). defende uma visão complexa da teoria da igualdade e assevera que os indivíduos são tratados como iguais quando uma parcela igual dos recursos da comunidade é dedicada à vida de cada um.

Retomando essa idéia, não é possível pensar em igualdade se os recursos não estão disponíveis ou estão em situação de maior dificuldade para uns (sociedades de economia mista) e não para outros (empresas de capital exclusivamente privado).

Esses custos ou externalidades negativas foram solucionados pelo legislador constituinte que, visando preservar o mercado em concorrência, estabeleceu a possibilidade de contratar segundo regras mais simplificadas dando-lhe uma forma de sobreviver em condições de igualdade com outras empresas no mercado.

5. DELEGAÇÃO PARA LEGISLAÇÃO SOBRE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO

Já é possível perceber a importância do papel do Estado na solução das externalidades ou custos que o mercado não consegue sozinho resolver. Outrossim, definiu-se que a eficiência tem um papel importante desde a elaboração da norma (papel prescritivo) até a análise do mercado para manter incólume o princípio da livre concorrência. Na temática proposta resta averiguar se, para atender ao princípio da eficiência e à norma constitucional que autoriza um processo licitatório simplificado, poderia o legislador ter delegado sua função ao Poder Executivo.

O princípio da legalidade, por muito tempo, foi visto como vinculação positiva da Administração Pública à lei. Tornou-se célebre a assertiva de que, enquanto o particular pode fazer tudo quanto a lei não proíba, o Administrador só pode fazer o que a lei determina (MEIRELLES, 1996, p. 82-83). Entretanto, a dinâmica do dia-a-dia desta Administração demonstrou que a lei não consegue acompanhar as vicissitudes e problemas enfrentados pela mesma que, por vezes, precisa atuar rapidamente em busca

da solução de seus problemas e preservação do interesse público. Gustavo Binembojm (BINEMBOJM, 2006, p. 134) realça o problema nos seguintes termos:

Ademais a própria lei parece furtar-se muitas vezes à tarefa de regular pormenorizadamente determinadas matérias, deixando ao regulamento, tanto do Presidente da República (art. 84, IV, CF) quanto de autoridades Administrativas independentes, largo campo de conformação, sendo paradigmática dessa “quase delegação” legislativa, a doutrina da deslegalização que vem ganhando destaque no Brasil.

As soluções dessa deslegalização visam contornar os problemas de um processo legislativo moroso para fazer frente às necessidades de celeridade e eficiência, especialmente no campo do direito administrativo econômico. O princípio da legalidade, na perspectiva do presente trabalho, ganha relevo na temática da reserva de lei e da possibilidade de deslegalização no cenário de crise da legalidade.

A reserva de lei estabelece que determinadas matérias só poderão ser tratadas por lei, em sentido material ou formal, a depender do que estabelece a Constituição. Quanto às reservas de lei estabelecidas constitucionalmente, destacam-se seis espécies, sobre três perspectivas: a) de acordo com o órgão responsável (formal ou material); b) de acordo com o grau de densificação normativa (absoluta ou relativa); c) de acordo com a finalidade (qualificada ou não qualificada) (BINEMBOJM, 2006, p. 149)

Na reserva formal de lei, uma matéria só pode ser tratada por lei, em sentido formal. Já na reserva material, pode ser tratada por medida provisória ou lei delegada. A validade dependerá sempre de *standards* mínimos fixados em lei (mesmo na reserva relativa). É de se esclarecer que:

Embora os regulamentos possam ser vistos como lei em sentido material, na medida em que são atos gerais quanto aos seus destinatários e abstratos quanto às hipóteses em que são aplicáveis, jamais terão eles a eficácia normativa e a estrutura hierárquica própria de um ato com força de lei (BINEMBOJM, 2006, p. 153).

Na análise do princípio da legalidade, Odete Medauar, de forma mais conservadora, ressalta a reserva de lei em sentido formal:

Deve-se lembrar também que, para muitas matérias, a Constituição Federal, as Constituições estaduais e as leis orgânicas de municípios exigem a disciplina por lei formal, ou seja, por lei que deverá necessariamente resultar de tramitação no Legislativo. É a chamada reserva de lei – por exemplo o art. 68, §1º, inc. II, da CF veda que o Legislativo delegue nas matérias relativas à nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais (MEDAUAR, 2008, p. 124).

Por outro lado, Gustavo Binembojm, citando Eros Grau, e de forma mais arrojada observa:

É assim que, conforme Eros Roberto Grau, ‘a legalidade será observada ainda que a função normativa seja desenvolvida não apenas pelo Poder Legislativo’. Nesse sentido, a própria Constituição: (i) cria amplo espaço normativo primário para o Poder Executivo, que poderá legislar através de medidas provisórias ou leis delegadas (arts. 62 e 68); (ii) estabelece campo regulamentar autônomo no que se refere à organização e funcionamento da Administração Pública quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos (art. 84, VI, a) (BINEMBOJM, 2006, p. 134)

Há um apelo para a mudança dos parâmetros de controle do ato administrativo, uma vez que a legalidade cede espaço à invocação de outros princípios, igualmente importantes, e à vinculação direta à juridicidade e à Constituição da República (BINEMBOJM, 2006, p. 134).

Desse modo, apesar de ser possível imaginar a edição de Decretos submetidos diretamente à Constituição e ao direito como um todo (vinculação à ampla juridicidade) e a justificativa prática para esse procedimento (omissão legislativa e necessidades reais do cotidiano da Administração Pública), cabe indagar quais os limites e funções da deslegalização.

Um primeiro limite, apontado por alguns, diz respeito à separação de poderes. Lourival Vilanova (VILANOVA, 2000. p. 273) ensina que:

A divisão de poderes importa numa repartição de funções a órgãos diferentes. Os órgãos se tornam, em centros parciais de imputação, pontos de referência de um complexo de normas (e seus respectivos suportes

fáticos). Os órgãos carecem de personalidade própria: a personalidade total do Estado sobrepõe-se-lhes. Mas a cada órgão é distribuído um feixe de atribuições, de faculdades, de deveres e de meios disponíveis, para a execução de suas funções. Esse plexo de direitos/deveres (para dizer numa fórmula abreviada) é competência repartida. Há uma individualidade em cada órgão, uma diferenciação formal e material, indispensável para demarcar as relações jurídicas interorgânicas.

No Brasil, atualmente, a Constituição da República, influenciada pelo pensamento iluminista francês, em seu art. 2º, menciona: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. A consagração do princípio da Separação dos Poderes (ou tripartição de funções) foi alçado inclusive à categoria de cláusula pétrea, no art. 60, § 4º, II, não sendo possível sequer sua reforma pelo Poder Constituinte Derivado.

A partir do Título IV, a Constituição Federal traz à tona as regras atinentes à organização dos poderes, normas estas materialmente constitucionais, ao lado dos direitos e garantias fundamentais. Neste prisma, estabelece-se, pormenorizadamente, as funções de cada poder: executar, legislar e julgar.

No entanto, dois pontos basilares são de extrema importância: o primeiro é o fato de que, normalmente, as três funções não se limitam a uma atribuição macro, pois é cediço que o Legislativo administra e julga, o Executivo legisla e julga, e o Judiciário legisla e administra. Em um segundo momento, tem-se a Teoria dos Freios e Contrapesos, permitindo que haja uma “colaboração” entre os poderes, como o veto do Chefe do Executivo a uma lei, a declaração de inconstitucionalidade do Poder Executivo admitida em doutrina por vezes, a fiscalização e julgamento de contas do Executivo pelo Poder Legislativo, entre outras.

Nos dizeres de José Afonso da Silva (SILVA, 1999, p. 113):

Hoje, o princípio da separação de poderes não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos Legislativo e Executivo e destes com o Judiciário, tanto que atualmente se prefere falar colaboração de poderes, que é a característica do parlamentarismo, em que o governo depende da

confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da independência orgânica e harmonia dos poderes.

Por outro lado e no caso específico do Decreto de licitações da PETROBRAS é possível perceber que as regras gerais para contratação estão firmadas na própria Constituição Federal que não descuidou na determinação da necessária observância de princípios.

De fato o Decreto nº 2.745/98 trouxe grande simplificação de procedimento de licitação e permitiu a utilização da modalidade convite independentemente do valor licitado. Entretanto, isso não autoriza desprezar os princípios da Administração Pública constantes no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988, que deverão sempre ser obedecidos, pelo que sempre será possível o controle da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência nas licitações dessa sociedade de economia mista.

Por outro lado, a não elaboração da lei (mas a deslegalização da matéria) representa a omissão legislativa que não encontra no direito brasileiro meios eficazes de combate. Isso porque os remédios postos a disposição para os casos de omissões do legislador não surtem efeitos práticos.

O mandado de injunção é regulamentado pelo art. 5º, LXXI da Constituição Federal e pela Lei nº 8.038/90, art. 24. É um remédio constitucional posto à disposição de qualquer pessoa (física ou jurídica) que se sinta prejudicada pela falta de norma regulamentadora, sem a qual resulte inviabilizado o exercício de seus direitos, liberdades e garantias constitucionais.

A ação de inconstitucionalidade por omissão por sua vez, é tratada na Constituição da República em seu art. 103, § 2.º. O objeto da ação não é uma norma, mas o comportamento omissivo estatal, que deixa de atuar no sentido de cumprir os ditames constitucionais, nos casos em que o Estado tem a obrigação de agir. Trata-se de um controle abstrato, não se vinculando a casos concretos. Utiliza-se deste remédio quando o Estado deixa de regulamentar normas constitucionais de eficácia limitada.

No que se refere à eficácia desses remédios é possível apontar três diferentes correntes doutrinárias. A primeira sustenta que, diante da omissão do Legislativo em elaborar a norma integradora, deve o Poder Judiciário regulamentar o dispositivo constitucional, editando a lei que vigorará até que o Congresso Nacional exerça sua atividade legiferante.

Essa posição não prosperou face às inúmeras críticas que apontavam a eventual atividade legislativa do Poder Judiciário como uma violação ao princípio da teoria da separação dos poderes. A segunda corrente, apoiada pela doutrina majoritária, defende a tese de que o Poder Judiciário deve suprir a lacuna do Poder Legislativo nos limites do caso concreto. Ou seja, a norma constitucional seria aplicada em favor do impetrante independentemente de regulamentação geral, pois, segundo essa corrente, o mandado de injunção não é sucedâneo da ação de inconstitucionalidade por omissão (MACHADO, 2004. p. 138/141).

No entanto, historicamente, o Supremo Tribunal Federal adotou uma terceira corrente e sustenta que através do Mandado de Injunção apenas se obtém do Judiciário a notificação ao órgão omissor, constatando que este está incorrendo em omissão inconstitucional. Essas decisões acabaram tornando sem eficácia o mandado de injunção que tinha efeitos apenas declaratórios, nada mais.

Entretanto, em 25/10/2007, o Supremo Tribunal Federal decidiu durante o julgamento simultâneo de três Mandados de Injunção (OLIVEIRA, 2007) (MI 670, MI 708 e MI 712) declarar a omissão legislativa quanto ao dever constitucional em editar lei que regulamente o exercício do direito de greve no setor público e, por maioria, aplicar ao setor, no que couber, a lei de greve vigente no setor privado (Lei nº 7.783/89), dando de fato eficácia a uma decisão adotada em sede de mandado de injunção. Caso sem precedentes no país.

O ministro Celso de Mello² salientou que

² Supremo Tribunal Federal. In Notícias do STF. *Quinta-feira, 25 de Outubro de 2007. Supremo determina aplicação da lei de greve dos trabalhadores privados aos servidores públicos.* Disponível em:

não mais se pode tolerar, sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional, cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis - a quem se vem negando, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional -, traduz um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.

É de se ressaltar, nesse aspecto, que o precedente acima ainda não corresponde a uma consolidação ou definição pro futuro do pensamento do STF. Nesse sentido, por muitos anos a norma constitucional foi desprezada em nome da separação dos poderes e a omissão do responsável pelo ato era suficiente para obstacularizar efeitos à norma constitucional.

No mesmo sentido, (ROTHENBURG, 2005. p. 22):

são os contra-sensos do atual momento vivido pelo Direito Constitucional, em que se fixam generosos projetos a cumprir, ainda não se encontraram meios plenamente eficazes para exigir tal cumprimento dos sujeitos constitucionalmente incumbidos mas também não se admite que outros possam ser os legitimados a desempenhar a tarefa de concretização constitucional.

Assim e na falta de meios eficazes para fazer valer a norma constitucional que, preocupada com a manutenção da eficiência econômica das empresas em mercado de concorrência, autorizou um regulamento licitatório simplificado, tudo indica que a deslegalização foi a única forma de fazer valer a norma constitucional.

6. SÍNTESE CONCLUSIVA

À luz do exposto, pode-se concluir que o papel do Estado na economia sofreu significativas mudanças ao longo da história de acordo com as necessidades de cada época. A teoria econômica do direito admite a necessidade de intervenção do Estado

para manter o equilíbrio da economia e muito mais para garantir a paz na sociedade.

Desse modo, a flexibilização do monopólio do petróleo trouxe um novo cenário econômico para a PETROBRAS (sociedade de economia mista): o da concorrência. Essa mudança requer, como medida de garantir a regra de igualdade, que as empresas possam atuar em semelhante situação. Por isto, fez-se necessária a implantação da autorização constitucional para contratação por regime licitatório simplificado: o Decreto presidencial nº 2.745/98.

De constitucionalidade discutida em virtude especialmente da forma (feito por delegação do Congresso ao Presidente da República pela Lei nº 9.478/97), esse decreto possibilitou não apenas a sobrevivência da PETROBRAS como também a fortaleceu.

O princípio da eficiência, de necessária obediência pela administração pública indireta, vem somar-se ao princípio da proteção ao consumidor e ainda ao princípio da livre concorrência. Nem se imagine que os remédios postos à disposição pela Constituição são suficientes para combater eficazmente a mora do legislador. Suficiente voltar na história da eficácia do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão para confirmar a pouca utilidade prática de ambos (ao menos é o que se vê na maioria dos casos).

Importante é, sem dúvida, o estudo das competências constitucionais e da reserva de lei para o aprimoramento da segurança jurídica e da ciência jurídica como um todo. Disso não se olvida. Muito mais importante, porém, é dar eficácia à norma constitucional e eficiência às empresas com capital público que atuam em setor de concorrência, pois só assim estará o consumidor protegido e respeitada a regra de igualdade que deve vigorar num Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2006

BINEMBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

_____. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 670/ES. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Redator para Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. D.J. 06 de novembro de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 708/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. D.J. 06 de novembro de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 712/PA. Relator: Ministro Eros Grau. D.J. 06 de novembro de 2007.

DWORKIN, Ronald. *Por que a eficiência? in Uma Questão de Princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na constituição de 1988*. 12ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção – Um Instrumento de Efetividade da Constituição*. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 21 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007

OLIVEIRA, Antônio José Xavier. Notas acerca da aplicação da Lei de Greve (lei 7.783/89) aos servidores públicos civis: avanço constitucional, implicações políticas e o desafio da adaptação do diploma normativo à problemática específica. *Revista Jus Vigilantibus*, Segunda-feira, 12 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/29648>>. Acesso em: 18 jul. 2009.

RODRIGUES, Vasco. *Análise econômica do direito: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2007.

ROSA, Christian Fernandes Gomes da. *Eficiência como axioma da Teoria Econômica do Direito*. Dissertação (mestrado), Faculdade de Direito da USP, 2008. Disponível em <http://biblioteca.universia.net/ficha.do?id=38324815>. Acesso em 01 de jul. 2009.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca do sujeito: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

Supremo Tribunal Federal. In Notícias do STF. Quinta-feira, 25 de Outubro de 2007. Supremo determina aplicação da lei de greve dos trabalhadores privados aos servidores públicos. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75355&tip=UN> – Acesso em 18 jul. 2009.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.