



INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
DIREITO CONSTITUCIONAL

FRANCISCO EDUARDO CARRILHO CHAVES

**O FAVORECIMENTO À PETROBRAS
NO NOVO MARCO REGULATÓRIO
PARA EXPLORAÇÃO DAS JAZIDAS DO
PRÉ-SAL E DE ÁREAS
CONSIDERADAS ESTRATÉGICAS**

Brasília – DF

2010

FRANCISCO EDUARDO CARRILHO CHAVES

**O FAVORECIMENTO À PETROBRAS
NO NOVO MARCO REGULATÓRIO
PARA EXPLORAÇÃO DAS JAZIDAS DO
PRÉ-SAL E DE ÁREAS
CONSIDERADAS ESTRATÉGICAS**

Trabalho de conclusão de curso, apresentado como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Orientador: Prof. Paulo Gustavo Gonet Branco

Brasília – DF

2010

FRANCISCO EDUARDO CARRILHO CHAVES

**O FAVORECIMENTO À PETROBRAS
NO NOVO MARCO REGULATÓRIO
PARA EXPLORAÇÃO DAS JAZIDAS DO
PRÉ-SAL E DE ÁREAS
CONSIDERADAS ESTRATÉGICAS**

Trabalho de conclusão de curso, apresentado como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____,
com menção _____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

À Patrícia, Eduardo, Thiago, Marianna e Lucas, que sofrem indiretamente pela minha insensata opção de não dizer não a desafios.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco, cuja sensibilidade permitiu entender as limitações enfrentadas por este orientando.

Aos que pretendem um Brasil mais justo, fraterno e solidário, e lutam por isso respeitando as instituições e a Constituição.

Ao Senado Federal, que, por meio do Interlegis, incentivou o aperfeiçoamento de seus quadros, em momento de tão raras ações institucionais nesse sentido. Em especial, se for considerada a circunstância de que o cargo de consultor legislativo é indissociável do compromisso pelo contínuo aprendizado e desenvolvimento.

*A verdade é rara, mas sua oferta sempre
foi maior do que a demanda.*

Josh Billings, pseudônimo de Henry Wheeler Shaw

SUMÁRIO

Introdução	1
Delimitação temática	3
1. Considerações iniciais	4
2. Privilégios concedidos à Petrobras	10
2.1. Definição da Petrobras como condutora e executora de todas as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações de exploração e produção	10
2.2. Cessão, dispensada a licitação, do exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, limitada a cinco bilhões de barris equivalentes de petróleo	23
2.3. Contratação direta da Petrobras para a prestação de determinados serviços	26
3. Conclusões	37
Referências bibliográficas	39

INTRODUÇÃO

No segundo semestre de 2009, o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional quatro projetos de lei com o objetivo de estabelecer um novo marco regulatório para a exploração do petróleo e outros hidrocarbonetos líquidos na área do pré-sal e em áreas consideradas estratégicas.

Para esta monografia, toma-se por base as proposições na forma como elaboradas pelo Executivo, pois ainda se encontram em discussão nas casas legislativas. Para facilitar, faz-se uso da identificação que receberam na Câmara dos Deputados (CD).

Os projetos de lei são os seguintes:

1) PL nº 5.938, de 2009, que dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas, altera dispositivos da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, e dá outras providências;

2) PL nº 5.939, de 2009, que autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. – Petro-Sal, e dá outras providências;

3) PL nº 5.940, de 2009, que cria o Fundo Social do Pré-sal, e dá outras providências;

4) PL nº 5.941, de 2009, que 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, e dá outras providências.

As proposições suscitam intensa discussão no mundo jurídico. Entretanto, a polêmica envolvendo a repartição de *royalties* concentram a opinião pública leiga e a energia dos parlamentares. Observa-se que a mudança na

participação dos entes federados no resultado da exploração do petróleo e de outros hidrocarbonetos não estavam nos projetos originais.

Questões absolutamente importantes nem chegam a ser abordadas, quanto mais tratadas com profundidade. Para o grande público, e até para parte da imprensa, transparece que o “regime de partilha” proposto no PL nº 5.938, de 2009, é para dividir *royalties*. Trata-se de um equívoco. De acordo com o inciso I do art. 2º do projeto de lei, “partilha de produção” é

regime de exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos no qual o contratado exerce, por sua conta e risco, as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção e, em caso de descoberta comercial, adquire o direito à restituição do custo em óleo, bem como a parcela do excedente em óleo, na proporção, condições e prazos estabelecidos em contrato.

Como já afirmado, o projeto original do governo sequer propunha alteração na repartição dos *royalties*, surgida em face de emendas parlamentares na Câmara dos Deputados. Na essência, o regime de partilha estabelece regras para a participação do Estado e de particulares no que se extrair das jazidas do pré-sal e de áreas consideradas estratégicas.

As proposições são um manancial de temas para monografias jurídicas, mas somente alguns pontos considerados controversos serão abordados, em face da limitação temática que se impõe. O foco do trabalho é nelas identificar disposições que dêem tratamento diferenciado à Petrobras em relação às outras empresas que com ela concorrem no mercado, avaliando sua aderência à ordem jurídica de 1988.

A monografia não analisa individualmente cada uma das proposições, porque fugir-se-ia do tema. Os projetos que contêm os elementos a serem estudados são o PL nº 5.938, de 2009, que cria o regime de partilha da produção, e o PL nº 5.941, de 2009, que dispõe sobre a capitalização da Petrobras.

DELIMITAÇÃO TEMÁTICA

A área de pesquisa desta monografia é o Direito Constitucional. Mais especificamente, o tratamento dispensado a estatais que exercem atividade econômica, com o recorte específico das novas regras propostas para a exploração das jazidas do pré-sal e de áreas consideradas estratégicas, no que é afeto à Petrobras.

Discute-se essas regras em confronto, principalmente, com os princípios constitucionais da isonomia, da livre iniciativa, da livre concorrência e da não intervenção estatal na economia, conforme as disposições da *Lex Magna* resultantes da Emenda Constitucional nº 9, de 1995, e da Emenda Constitucional nº 19, de 1998.

Procura-se aferir a compatibilidade com o texto constitucional do tratamento se pretende dar à estatal brasileira do petróleo.

Enfim, objetiva-se responder à seguinte questão: são constitucionais as disposições legais atinentes à Petrobras no novo marco regulatório para exploração do petróleo e outros hidrocarbonetos líquidos na área do pré-sal e em áreas consideradas estratégicas?

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em 5 de junho de 1998 foi publicada no Diário Oficial da União (DOU) a Emenda Constitucional nº 19, modificando o regime e dispondo sobre princípios e normas da administração pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, além de dar outras providências.

No que é afeto a este trabalho, interessam as alterações processadas no inciso XXVII do art. 22 e no art. 173 e parágrafos, da Constituição.

A emenda inovou ao definir que normas gerais de licitação e contratação para as empresas públicas, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços seriam definidos em estatuto jurídico próprio, sob a forma de lei ordinária, a qual disporá sobre: sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; a constituição e o funcionamento dos conselhos de Administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; e os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. Esse estatuto ainda não existe. Nada impede, até mesmo, que sejam vários estatutos, pois é perfeitamente viável a edição de leis setoriais.

A mais importante consequência da EC nº 19 foi o surgimento da possibilidade de coexistirem dois (ou mais) regimes licitatórios na Administração Pública: um (ou uns) para as estatais exploradoras de atividade econômica e outro para as estatais prestadoras de serviço público. Bazilli e Miranda aduzem:

Com esse novo texto afigura-se suficientemente claro que haverá dois regimes jurídicos distintos de licitação e contratos na Administração Pública. Um mais abrangente, que alcança a Administração direta, autárquica, fundações e também as empresas públicas e sociedades de economia mista exclusivamente prestadoras de serviços públicos; outro, mais restrito, que abrange unicamente as entidades que exercem atividades meramente econômicas.

Esse regime distinto deve proporcionar às entidades com atividade econômica regras licitatórias e contratuais simplificadas, sem formalidades, desburocratizadas e descompromissadas dos sérios entraves hoje existentes e que dificultam a eficiência e a competitividade dessas entidades no livre mercado. Isso não significa, contudo, que as empresas públicas e as sociedades de economia mista quando prestadoras de atividade econômica estão dispensadas da exigência de prévio procedimento licitatório nas suas contratações.

Ao contrário, essas pessoas jurídicas sujeitam-se aos princípios contidos na Constituição disciplinadores da atuação da Administração Pública, entre os quais o consubstanciado no art. 37, XXI, que consagra que as obras, serviços, compras e alienações sejam contratados mediante processo de licitação pública. Assim, os princípios básicos previstos no atual estatuto licitatório continuarão a ser observados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de atividades econômicas, bem como as regras mínimas contratuais.

O regime licitatório e contratual próprio dessas entidades deve ser objeto de lei formal. É o que se depreende do disposto no art. 173, § 1º, da Constituição Federal, que determina seja o estatuto jurídico da empresa estabelecido por lei e em seu inciso III prevê a observância dos princípios de Administração Pública, sendo o primeiro deles o da legalidade (art. 37, “caput”, da Constituição Federal).

Assim, pois, até que esse novo regime licitatório se efetive, a Lei 8.666, de 1993, com suas alterações, continuará sendo obrigatória para a Administração indireta, inclusive para as entidades

prestadoras de atividade econômica. Uma vez editada essa nova lei, haverá dois regimes distintos a respeito de licitação e contrato: um para a Administração direta e indireta, excluídas as pessoas jurídicas prestadoras de atividade econômica, que ficarão sujeitas a um outro regime, adequado e compatível com as necessidades de competitividade inerentes ao setor privado, de maneira a estabelecer igualdade de condições com a iniciativa privada.¹

As empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos exercem atividade de suporte à Administração Pública. São empresas de planejamento, desenvolvimento, processamento de dados, urbanismo, pesquisa, entre outras, vinculadas a atividades precípua da Administração.

As estatais prestadoras de serviço público não são de interesse desta obra, para a qual o importante é destacar que pela EC nº 19 o constituinte derivado expressou claramente sua disposição de que estatais e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços sujeitem-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas. No que tange à atividade-fim, as estatais que atuam em regime concorrencial devem estar em pé de igualdade com as sociedades empresárias privadas, sem favorecimentos ou prejuízos.

O texto anterior à emenda já preceituava, genericamente, que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica se sujeitavam ao regime jurídico das empresas privadas, apenas dando relevo às sujeições a obrigações trabalhistas e tributárias. Essa sujeição, portanto, nunca excluiu qualquer dos direitos ou obrigações a elas inerentes.

Com a emenda, o constituinte derivado optou por destacar os direitos civis, comerciais, trabalhistas e tributários; as obrigações civis e comerciais; além das já anteriormente realçadas obrigações trabalhistas e tributárias. Tanto realces de direitos quanto de obrigações não modificaram a essência da sujeição ao regime próprio das empresas privadas.

¹ **BAZILLI**, Roberto Ribeiro e **MIRANDA**, Sandra Julien. *Licitação à Luz do Direito Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 36/37.

A modificação do artigo em tela, de *per se*, não alterou essa sujeição. Contudo, taxativa e incisivamente, a Constituição determina que esses entes não podem gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado (§ 2º do art. 173).

A Petrobras é uma sociedade de economia mista. Como tal, ela e suas subsidiárias estão abrangidas pelas disposições constitucionais aqui evidenciadas. Em relação à estatal petroleira, mais importante é conhecer a EC nº 9, de 9 de novembro de 1995, que alterou o texto do art. 177 da Constituição Federal, autorizando à União contratar empresas estatais ou privadas para atuarem em áreas antes exclusivas da Petrobras. Na prática, essa emenda significou a quebra do monopólio da estatal.

Os princípios a serem obedecidos pela administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios são definidos no art. 37 da Constituição de 1988. O inciso XXI do artigo determina que:

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. (grifamos)

As alterações processadas pela EC nº 19, não alteraram a competência da União para legislar sobre as normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a Administração Pública federal, direta e indireta, incluídas as empresas públicas e sociedades de economia mista, quaisquer que sejam. A competência legislativa é plena. Não há qualquer celeuma doutrinária ou jurisprudencial quanto a isso.

A já referida EC nº 9 modificou a redação do art. 177, alterando o seu § 1º e acrescentando o § 2º. O texto desse artigo permanece até hoje na forma da EC nº 9:

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III – a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V – a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

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

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

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

II – as condições de contratação;

III – a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;

§ 3º A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional; (realçamos)

A hermenêutica ensina que dois parágrafos de um mesmo artigo tratam da mesma matéria ou de matéria relacionada, ainda mais quando, explicitamente, há referências diretas de um para o outro. É o caso dos §§ 1º e 2º do art. 177.

O § 1º determina que “a União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei”. No § 2º, em lista exaustiva (*numerus clausus*), diz que a lei referida no § 1º disporá, entre outras matérias, sobre as condições de contratação.

Logicamente, para que sejam feitas essas contratações, deverão ser obedecidas as condições previstas em lei, que disporá especificamente sobre elas. O texto evidencia que as contratações a que se refere são as concessões e autorizações para o exercício daquelas atividades, porque concessões e autorizações são os únicos instrumentos constitucionalmente definidos para que seja possível a exploração, por particulares, de jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica, consoante o art. 176 *caput* e § 1º (abaixo):

Art. 176. As **jazidas**, em lavra ou não, e **demais recursos minerais** e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, **garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.**

§ 1º **A pesquisa e a lavra de recursos minerais** e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o *caput* deste artigo **somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União**, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e Administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

..... (grifos nossos)

Estas são considerações preliminares, cujo conteúdo permeará todas as análises desta monografia.

2. PRIVILÉGIOS CONCEDIDOS À PETROBRAS

2.1. DEFINIÇÃO DA PETROBRAS COMO CONDUTORA E EXECUTORA DE TODAS AS ATIVIDADES DE EXPLORAÇÃO, AVALIAÇÃO, DESENVOLVIMENTO, PRODUÇÃO E DESATIVAÇÃO DAS INSTALAÇÕES DE EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO

De acordo com o inciso VI do art. 2º do PL nº 5.938, de 2009, a Petrobras será “responsável pela condução e execução, direta ou indireta, de todas as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações de exploração e produção”, enquanto o inciso VII do mesmo artigo define contratado no regime de partilha de produção como sendo a “Petrobras ou, quando for o caso, o consórcio por ela constituído com o vencedor da licitação para a exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos em regime de partilha de produção”.

Com exclusividade, compete à Petrobras conduzir e executar todas as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações de exploração e produção. Se for de seu interesse, a estatal poderá contratar essas atividades com terceiros (“... condução e execução, direta ou indireta...”). O favorecimento dado à estatal brasileira não leva em conta a existência de outras empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, capacitadas ou que possam se capacitar para cumprir essas tarefas.

O art. 4º do PL nº 5.938, de 2009, “a Petrobras será a operadora de todos os blocos contratados sob o regime de partilha de produção, sendo-lhe

assegurada, a este título, participação mínima no consórcio previsto no art. 20”. Esse artigo exige que, para participar da exploração de jazidas sob o regime de partilha de produção, qualquer empresa submeta-se à constituição obrigatória de consórcio com a Petrobras. Esse consórcio, por sua vez, deve constituir outro consórcio. Dessa feita com a empresa pública cuja criação se pretende autorizar por meio do PL nº 5.939, de 2009, denominada Petro-Sal.

É de trinta por cento a participação mínima da Petrobras no consórcio referido no art. 20 do PL nº 5.938, de 2009 (art. 10, III).

Considera-se serem esses privilégios inconstitucionais dados à Petrobras, em detrimento de seus concorrentes. Não identificamos respaldo na Lei Magna para tais favorecimentos. Violam-se inúmeros comandos constitucionais. Materialmente, o projeto ressuscita o monopólio da empresa, quebrado pela EC nº 9.

O art. 1º, IV, da Lei Maior traz o valor social da livre iniciativa como um dos fundamentos de nossa República. Inegavelmente, trata-se da escolha pelo sistema capitalista. Corolário dessa opção é a valorização da livre iniciativa (art. 170, *caput*), lançada como um dos fundamentos da ordem econômica. É o incentivo ao empreendedorismo.

A livre concorrência é listada como um dos princípios da ordem econômica, junto com outros, dos quais damos destaque também ao da propriedade privada (incisos II e IV do art. 170).

O parágrafo único do art. 170 assegura a todos o direito de exercer livremente qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Lembra-se, contudo, que quaisquer restrições legais devem, inapelavelmente, obediência à Constituição.

Anteriormente, ressaltamos que o inciso II do art. 173 sujeita a empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Aduz-se que as atividades previstas no art. 177, que trata do monopólio da União, não estão excepcionadas da observância do princípio constitucional da livre concorrência, uma que está previsto no art. 170 da Carta Política e informa,

portanto, toda a Ordem Econômica constitucional. O monopólio a que se refere o *caput* do art. 177 refere-se apenas à titularidade das atividades descritas, que sempre será da União, e não à prestação de tais atividades. Ademais, nos termos do § 1º do art. 177 da Constituição, a União não obrigatoriamente executa tais atividades, pois pode contratar empresas públicas ou privadas para tanto.

A leitura coordenada do texto constitucional conduz a que, ao contratar *tanto* empresa pública (Petrobras) como empresas privadas (que hoje ultrapassam sessenta, apenas no mercado de pesquisa e lavra de petróleo e gás natural), a União deve manter sua neutralidade no jogo concorrencial, a fim de não inviabilizar as atividades exercidas pelas empresas privadas nos mercados de petróleo e gás natural.

Garante-se a livre concorrência assegurando-se que a luta econômica se dará sem a interferência do Estado, bem como que ela estará imune à oposição de obstáculos pelos agentes econômicos privados.

Segundo Eros Grau², o princípio da livre concorrência pode ser definido como “liberdade de concorrência, desdobrada em liberdades privadas e liberdades públicas”, assim demarcadas: *i*) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal (liberdade privada); *ii*) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência (liberdade privada); e *iii*) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes (liberdade pública).

Quando o texto constitucional exige tratamento isonômico entre entes estatais e privados que disputam o mesmo mercado (§§ 1º e 2º do art. 173 da Carta de 1988), nada mais faz do que zelar pela livre iniciativa e a livre concorrência.

Assim, tanto o § 1º, II, como o § 2º do art. 173 **buscam localizar no mesmo plano o Estado-empresário e os entes privados**, certamente por ter concluído o constituinte originário que, em um sistema capitalista governado pela regra do livre mercado, seria

² **GRAU**, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 240/246.

inaceitável a concessão de privilégios às empresas públicas e sociedades de economia mista, posto que vulnerar-se-iam, a um só tempo, os princípios constitucionais econômicos da liberdade de iniciativa e da livre concorrência.³ (grifos nossos)

No que tange à sua atuação como agentes econômicos em regime de concorrência de mercado, a exegese do inciso II do art. 173 da Constituição não pode diversa da que impeça que entes da Administração Pública sejam discriminados, tanto positiva quanto negativamente. Dessa forma, sua condição deve ser de isonomia com os seus concorrentes totalmente privados, tanto em direitos quanto em obrigações – todos, a despeito de o legislador constituinte ter optado por ressaltar, em lista exemplificativa os civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Carvalho Filho leciona⁴:

3. No regime adotado no Brasil, constitui princípio da ordem econômica a liberdade de iniciativa, previsto no art. 173, *caput*, da Const. Federal, e esclarecido no parágrafo único: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

O objetivo da norma é claro: as atividades econômicas devem ser, como regra, exploradas por pessoas da iniciativa privada, ressalvadas as hipóteses em que a lei e a própria Constituição estabeleçam situações que excepcionem o princípio geral. Como registram CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS, “não é lícito à lei fazer depender de autorização de órgãos públicos atividades não sujeitas à exploração pelo Estado nem a

³ NETO, Manoel Jorge e Silva. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: LTr, 2001, p. 154.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *O futuro estatuto das empresas públicas e sociedades de economia mista*. Artigo publicado na Juris Poiesis – Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá, acessado no sítio <http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista4/artigo20.htm>, em 31 de março de 2010.

uma especial regulação por parte do poder de polícia” (“Comentários à Constituição do Brasil”, Saraiva, 1990, 7º vol., pág. 39).

Em suma, pode dizer-se que tais dispositivos consagram o sistema do capitalismo, aquele em que os capitais privados são livremente adquiridos, transferidos e extintos como resultado da livre atuação da iniciativa privada. É claro que a ordem econômica procura, aqui e ali, fixar outras regras que impeçam que o livre trânsito de capitais ofereça risco para a coletividade em geral. Contudo, diante do atual processo de globalização da economia, a que estão sujeitas as grandes nações modernas, têm-se revelado mais frágeis e inócuos os mecanismos frenatórios dessa expansão perigosa e prejudicial do capital privado, constituindo-se em verdadeiro risco para a própria existência do Estado.

4. Em consequência do regime capitalista adotado no país, o Estado deve atuar basicamente como agente regulador da economia, como consigna o art. 174 do estatuto constitucional, cabendo-lhe primordialmente estabelecer regras de controle, fiscalizar, fomentar e planejar o setor econômico, com vistas a manter equilibrada a relação capital/consumo.

Trata-se, pois, de atuação estatal de caráter nitidamente interventivo, em relação ao qual ressaí exatamente esse aspecto de controle, evitando o abuso do poder econômico caracterizado pelo domínio dos mercados, pela eliminação da concorrência e pelo aumento arbitrário de lucros. São acertadas, por conseguinte, as palavras de DIÓGENES GASPARINI, segundo o qual **“essas deformações da ordem econômica acabam, de um lado, por aniquilar qualquer iniciativa, sufocar toda a concorrência e por dominar, em consequência, os mercados e, de outro, por desestimular a produção, a pesquisa e o aperfeiçoamento”** (“Direito Administrativo”, Saraiva, 4ª ed., 1995, pág. 429).

5. Cabendo ao Estado, primordialmente, tal função reguladora e controladora do setor econômico, para a defesa da sociedade e do próprio Poder Público, resulta que **só excepcionalmente pode ele imiscuir-se na atividade econômica, ou seja, explorá-la**

nos mesmos moldes em que se dá a atuação da iniciativa privada.

Não foi por outro fundamento que a Constituição Federal estabeleceu bem claramente que “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 definido em lei” (art. 173). Essa, aliás, é a única posição compatível com o regime da livre iniciativa: conferindo-se liberdade de iniciativa aos particulares para o desempenho das atividades econômicas, não seria admissível a duplicidade dessa exploração em ordem a aceitar-se a conjugação do particular e do Poder Público. Tem-se, pois, que a exploração direta do setor econômico pelo Estado retrata verdadeira e inegável situação de excepcionalidade, que é exatamente o que se coaduna com o regime capitalista (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Direito Constitucional Positivo”, RT, 5ª ed., 1989, pág. 669).

6. Não sendo titular do direito à exploração direta da atividade econômica, ressalvados os casos excepcionais contemplados na lei e na própria Constituição (como é o caso do monopólio estatal da pesquisa, lavra etc de minérios e minerais nucleares e seus derivados, previsto no art. 178, V, CF), o Estado deve valer-se de instrumentos específicos para intervir na economia.

Tais instrumentos são exatamente as sociedades de economia mista e as empresas públicas, entidades que integram a Administração Indireta do Estado e, se se preordenam ao setor econômico, representam atuação indireta e descentralizada do Poder Público no referido segmento, conforme indica o art. 173, § 1º, da Lei Maior.

Logicamente, ao permitir esse tipo de intervenção estatal, o Constituinte se preocupou em não discriminá-las em relação às titulares normais do poder econômico, isto é, as empresas da iniciativa privada. É que, se forem subsidiadas, apoiadas e fortalecidas diretamente pelo Estado, a que estão vinculadas, isso provocaria um inevitável rompimento no mercado de produção, industrialização e comercialização de bens de consumo, pois que

as empresas privadas seriam plena e inexoravelmente atingidas por essa desproporção de forças, o que é fatal no setor econômico. Por tal motivo é que tais entidades estatais sempre deveriam “operar sob as mesmas normas e condições das empresas particulares congêneres, para não lhes fazer concorrência”, como acertadamente advertia HELY LOPES MEIRELLES (“Direito Administrativo Brasileiro”, Malheiros, 18ª ed., 1990, pág. 321).

De nossa parte, já deixamos registrado, no mesmo diapasão, que “o intuito do Constituinte não é difícil de explicar. **Se as empresas paraestatais tivessem prerrogativas e vantagens específicas do Estado, teriam elas muito maiores facilidades que as empresas privadas e, por certo, causariam a ruptura do postulado da livre concorrência e do equilíbrio do mercado**” (nosso “Manual” cit., pág. 647). (grifamos e sublinhamos)

Ainda sobre o princípio da livre concorrência, citando Gastão Alves de Toledo, Miguel Reale e Eros Grau, Gilmar Mendes, Inocêncio Oliveira e Paulo Gonet Branco escreveram:

Igualmente relevante entre os princípios fundamentais da atividade econômica, a *livre concorrência* está intimamente ligada ao princípio da livre iniciativa, que a Carta Política de 1988 inscreveu entre os fundamentos da ordem econômica, como assinala o citado Gastão Alves de Toledo, para quem, enquanto a livre iniciativa aponta para a liberdade política, que lhe serve de fundamento, a livre concorrência significa a possibilidade de os agentes econômicos poderem atuar sem embaraços juridicamente justificáveis, em um determinado mercado, visando à produção, à circulação e ao consumo de bens e serviços.

No mesmo sentido, com a argúcia e a elegância de costume, Miguel Reale acentua que a *livre iniciativa* e a *livre concorrência* são conceitos complementares mas essencialmente distintos, o que não impede, antes recomenda, sejam analisadas em suas implicações recíprocas, como revela a passagem a seguir,

recolhida em uma de suas obras dedicadas ao estudo da *constituição econômica* na Carta Política de 1988:

"Ora, *livre iniciativa* e *livre concorrência* são conceitos complementares, mas essencialmente distintos. A primeira não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e de meios informa o princípio de livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados arts. 1º e 170".

Já o conceito de livre concorrência tem caráter instrumental, significando o "princípio econômico" segundo o qual a fixação dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos cogentes da autoridade administrativa, mas sim do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado. (...)

Acentuando, também, essa correlação, Eros Grau afirma que a análise da livre iniciativa encontra necessária complementação na ponderação do princípio da livre concorrência, razão por que devem ser estudados paralelamente, uma orientação que ele de fato adotou, como se verá a seguir.

Com efeito, seguindo essa diretriz, Eros Grau começa por salientar que, sob dois aspectos, é instigante a afirmação, principiológica, da *livre* concorrência no texto constitucional.

Primeiro, porque "a concorrência livre — não *liberdade de concorrência*, note-se — somente poderia ter lugar em condições de mercado nas quais não se manifestasse o fenômeno do poder econômico", o qual, no entanto, é "um dado constitucionalmente institucionalizado, no mesmo texto que consagra o princípio", como se infere da menção ao abuso do *poder econômico* no art. 173, § 42, da Lei Maior.

.....
À vista desses argumentos, conclui, então, Eros Grau que é de permitir aos agentes econômicos que disputem as presas do mercado com todas as armas e forças a seu alcance, desde que,

obviamente, essa competição não descambe para práticas que inviabilizem a livre concorrência, de resto um valor congênito à ordem econômica do capitalismo. Daí, em arremate, estas palavras, com que resume as suas reflexões sobre o tema:

“O que se passa, em verdade, é que é outro, que não aquele lido no preceito por quantos se dispõem a fazer praça do liberalismo econômico, o sentido do princípio da *livre concorrência*. Deveras, não há oposição entre o princípio da *livre concorrência* e aquele que se oculta sob a norma do § 4º do art. 173 do texto constitucional, princípio latente, que se expressa como princípio *da repressão aos abusos do poder econômico* e, em verdade – porque dele é fragmento –, compõe-se no primeiro. E que o poder econômico é a regra e não a exceção”.

Se isso é verdade — e parece que o seja em linha de princípio —, então há de se ter presente a questão de saber até que ponto e em que medida os mecanismos disponíveis em nosso ordenamento jurídico são eficazes para coibir os abusos de um poder — o *poder econômico* — que, por natureza, tende a se expandir e não conhecer limites. Noutras palavras, da mesma forma que no plano político, para que haja equilíbrio entre os Poderes é preciso que eles sejam mutuamente controláveis — *le pouvoir arrête le pouvoir*³⁷ -, o mesmo há de se impor, também, no domínio econômico, dotando-se o Poder *Público* de meios capazes de controlar o poder *econômico* para preservar a livre concorrência contra práticas abusivas — dumping, cartel ou monopólio, por exemplo — incompatíveis com esse princípio fundamental da economia de mercado.⁵

Diante das lições transcritas, entende-se configurar violação do princípio constitucional da livre concorrência a garantia de reserva de mercado que o novo marco regulatório pretende dar à Petrobras, como, entre outras: a participação compulsória da empresa na pesquisa e lavra de petróleo e gás natural em todas as

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed., revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1358-1360.

áreas do pré-sal ou a cessão direta, sem licitação, de cinco bilhões de barris de petróleo na área do pré-sal.

Essas disposições reforçam, sobremaneira, a posição já dominante da estatal, não apenas no mercado de pesquisa e lavra de petróleo, como também nos mercados verticalmente integrados de toda a cadeia produtiva, em especial no refino e transporte marítimo e por meio de dutos, de petróleo e gás natural, o que contribuirá para a probabilidade futura de exercício de atos abusivos do poder econômico pela Petrobras em todos os mercados do petróleo e do gás natural, em evidente prejuízo para a livre concorrência entre prestadores públicos e privados que deve existir no setor.

Não resta dúvida de que, em que pese a Carta Política conter disposições expressas que vedam a concessão de privilégios a entes estatais que disputam o mercado, o novo marco regulatório está conferindo privilégios à Petrobras. Também frente à letra do § 2º do art. 173, percebe-se vulneração do texto constitucional. O comando determina que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

A fiscalidade não se resume à esfera tributária. A vedação a privilégios fiscais não deve ser interpretada exclusivamente como impedimento a que sejam franqueadas benesses não isonômicas em direitos e obrigações de natureza tributária.

O termo “fiscal” é muito mais amplo do que “tributário”, estando associado à atuação do Estado na consecução de seus objetivos. Para ficarmos apenas em um exemplo dessa distinção, cita-se o art. 165, § 5º, I, da Carta da República:

Art. 165.

.....

§ 5º A lei orçamentária anual compreenderá:

I – o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público;

.....

O orçamento fiscal não se resume a receitas tributárias. Essas são apenas uma parte do orçamento fiscal, que contém a previsão da receita (tributária e não tributária) e a fixação da despesa dos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta.

O Estado pretende garantir à Petrobras tratamento diferenciado, não extensivo às empresas do setor privado que com ela concorrem. Concretizada essa intenção, essas serão colocadas em situação de menosprezo, vendo-se alijadas, por um ato do Poder Público que viola a Constituição, da possibilidade de competir em pé de igualdade com a estatal. Avalia-se que as benesses em favor da Petrobras, que envolvem o alcance dos objetivos estatais, o que as coloca no campo da fiscalidade, não estão respaldados pela Constituição.

Também se percebe insultado o § 4º do art. 173 da Constituição do Brasil. É incontroverso que se os projetos forem aprovados na forma em que propostos, a Petrobras será colocada em posição hegemônica, de dominação do mercado em que atua, estando sua concorrência virtualmente eliminada. Tudo isso como resultado de um ato do Poder Público, e não do legítimo e desejado jogo concorrencial de uma economia capitalista.

Consoante o proveitoso o ensinamento de Bandeira de Mello, o *caput* do art. 5º da Lei Magna estabelece o princípio da igualdade, segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, com os temperamentos previstos no próprio texto constitucional ou em lei, desde que não haja violação de direitos e garantias fundamentais⁶. No caso da produção legislativa e na aplicação da lei, ainda que seja óbvio, acrescentamos que não pode haver violação da Constituição.

O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma **voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio**

⁶ **MELLO**, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, **a própria edição dela se sujeita ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas.**

.....
Em suma: dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal **é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes.**⁷ (grifamos)

Diante da imanência do princípio da igualdade, que permeia toda a Constituição e, obrigatoriamente, informa as alterações promovidas pelo constituinte derivado, a produção legislativa e a aplicação das normas jurídicas, o que importa conhecer são os limites dentro dos quais se admite o estabelecimento de um *discriminen*, para que se mantenha o respeito também ao princípio da isonomia e, no limite, à própria Carta Política. No caso em análise, o tratamento diferenciado concedido à Petrobras é, além de contrário à norma constitucional expressa, violador do princípio da igualdade. O diploma constitucional (art. 173, inciso II e § 2º), expressamente, coloca as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços – no que se enquadra a Petrobras –, em situação de isonomia e igualdade com as empresas privadas. A lei não pode afetar esse equilíbrio.

Prosseguindo, o novo marco regulatório obriga empresas, até mesmo a Petrobras, a formar vínculos associativos compulsórios (art. 20 do PL nº 5.938, de 2009). A Petrobras figurará, obrigatoriamente, entre os consorciados, com uma participação mínima de trinta por cento (art. 10, III, c, do PL nº 5.938, de 2009).

Nada mais ofensivo à livre iniciativa. Uma coisa é dar a uma empresa a opção de concorrer à possibilidade de explorar jazidas minerais em consórcio com entes estatais, outra é obrigá-la à associação, sob pena de alijá-la por completo dessa atividade econômica, impedindo-a de cumprir seus fins societários.

⁷ **MELLO**, Celso Antônio Bandeira de. Ob. cit., p. 9/10.

Não bastasse estarem na contingência de formar consórcios, as empresas privadas não podem sequer escolher com quem se consorciar. Deverão sempre formar consórcios com a Petrobras e com a Petro-Sal.

Além de as empresas privadas se verem na obrigação de formar consórcios, sem poderem exercer o direito de livre escolha de com quem se associar, praticamente lhes será negada chance real de ter voz ativa na condução do negócio em que ingressarão.

De acordo com os arts. 22 e 23 do PL nº 5.938, de 2009, a administração do consórcio caberá a um comitê operacional e a Petro-Sal indicará a metade dos integrantes desse comitê, inclusive o seu presidente, que deterá poder de veto e voto de qualidade (art. 25 do PL nº 5.938, de 2009), cabendo aos demais consorciados a indicação dos outros integrantes. Como a Petrobras deterá trinta por cento de participação no consórcio, a participação das empresas privadas no comitê operacional que gerenciará o segundo consórcio será sempre minoritária⁸. Sem muito esforço, nota-se que o comando das ações do consórcio ficará com a sua parte estatal.

Para a Petrobras a situação é outra. Conforme ressaltado anteriormente, pretende-se dar a ela, sem concorrer com ninguém, alguns contratos no regime de partilha da produção, para os quais deverá formar consórcio apenas com a Petro-Sal (cessão dos cinco bilhões de barris, sem licitação). Também já dissemos que a sociedade de economia mista consorciar-se-á com a empresa (ou grupo de empresas) que ganhar a licitação para exploração de bloco no regime de partilha de produção – única possibilidade dada a ela de atuar nesse mercado –, mas com a garantia de que deterá o mínimo de trinta por cento de participação. Esse quinhão mínimo pode ser ampliado, de acordo com regulamentação infralegal, pois caberá ao Ministério de Minas e Energia (MME) propor ao Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) essa participação (art. 10, III, alínea c, do PL nº 5.938,

⁸ No comitê operacional, 50% dos assentos caberão à Petro-Sal. Considerando que a Petrobras deterá, pelo menos, 30% de participação no consórcio é de se esperar que lhes sejam destinados, no mínimo, 30% dos assentos restantes do comitê. Dessa maneira, a Petrobras contaria com 15% dos votos no comitê operacional. Portanto, restaria ao parceiro privado 35% dos votos, no máximo.

de 2009). A lei garantirá o mínimo, mas o máximo ficará ao alvitre da Administração. O favorecimento à Petrobras pode ser ampliado por um ato da Administração.

Ocorre que também será franqueada à estatal petroleira a opção de concorrer com as demais empresas para ser a sua própria “parceira” no consórcio. Caso ganhe a licitação, a Petrobras ficará sozinha e será a única contratada no regime de partilha da produção. Nessa hipótese, a Petrobras também constituirá consórcio com a Petro-Sal.

Observa-se que há, portanto, possibilidade de a Petrobras explorar blocos petrolíferos no pré-sal de forma isolada, mesmo em campos não alcançados pela cessão, sem licitação, do exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, limitada a cinco bilhões de barris equivalentes de petróleo, prevista no PL nº 5.941, de 2009.

A cessão é objeto do próximo subitem.

2.2. CESSÃO, DISPENSADA A LICITAÇÃO, DO EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES DE PESQUISA E LAVRA DE PETRÓLEO, DE GÁS NATURAL E DE OUTROS HIDROCARBONETOS FLUIDOS, LIMITADA A CINCO BILHÕES DE BARRIS EQUIVALENTES DE PETRÓLEO

Preliminarmente, registra-se o aproveitamento para este subitem de todas as considerações feitas acerca da opção constitucional pelo sistema capitalista, livre iniciativa e livre concorrência.

Dispensada a licitação, a Petrobras, e somente ela, terá o benefício de exercer as atividades de pesquisa e lavra de cinco bilhões de barris equivalentes de petróleo em áreas não concedidas localizadas no pré-sal.

A cessão é parte apresentada como a saída para capitalizar a empresa, que, diante dos desafios a serem enfrentados, sem dúvida necessita ter o seu capital social fortalecido. A estatal precisa ter condições para realizar os investimentos de exploração no pré-sal.

O PL nº 5.941, de 2009, prevê o lançamento de títulos públicos pelo Tesouro Nacional, que serão usados para adquirir ações da Petrobras, que, em seguida, os utilizará para adquirir, da própria União, o direito de exploração de cinco bilhões de barris de petróleo na camada do pré-sal. Nessa aquisição, não lhe será imposta a concorrência de suas congêneres, porquanto a proposição apresentada pelo Governo determina a dispensa da licitação.

Novamente, a Petrobras é colocada em posição de evidente vantagem em relação a seus concorrentes. Salvo melhor juízo, não se vislumbra respaldo constitucional para o privilégio. Sequer é possível invocar o interesse público, diante do que prevê a Lei Maior. Alerta-se para a distinção entre o interesse público e o interesse do Governo.

Em defesa da medida, poder-se-ia alegar que a cessão é onerosa. É uma verdade. Contudo qualquer petroleira se prontificaria a pagar o valor que fosse necessário para ter garantida para si, sem precisar concorrer com ninguém, a exploração de cinco bilhões de barris de óleo.

O benefício à Petrobras não se resume ao fato de que não precisará disputar com outras empresas o direito de explorar os tais cinco bilhões de barris. Haverá repercussões muito positivas em sua contabilidade. Certamente, subirão os preços de suas ações e a empresa será vista com outros olhos no mercado financeiro, nacional e internacional. Com a certeza de uma reserva de tamanha expressão contabilizada em seus ativos, o poder de alavancagem da estatal será por demais favorecido. Qual agente financeiro não se sentirá seguro ao emprestar para a Petrobras? Trata-se de dar à estatal, com o patrimônio público, que é de todos os brasileiros, uma vantagem competitiva imensa em relação a seus competidores.

Há efeitos econômicos reflexos à medida. A despeito de esta monografia ser jurídica, um deles interessa em especial, pois conduz a uma injuricidade. O projeto de lei não define a que preço a Petrobras irá adquirir o

direito de exploração dos cinco bilhões de barris de petróleo. Um erro de apenas um dólar americano para menos na precificação do barril acarretará a transferência de nada menos do que US\$ 5.000.000.000,00 (cinco bilhões de dólares americanos) do patrimônio público para os cofres da Petrobras, cujo capital social é eminentemente privado (em torno de 70%).

A crítica ganha contornos mais dramáticos quando se percebe que um equívoco desse tipo seria de reversão praticamente impossível quantos aos seus efeitos. Uma vez realizada a operação de capitalização da empresa e compra dos direitos exploratórios, dificilmente ela será desfeita, seja por motivos políticos ou técnicos.

Por outro lado, a capitalização da Petrobras não exigiria toda a engenharia envolvendo os barris de petróleo. Não poucas vezes, o Governo aumenta capital de empresas estatais lançando títulos no mercado e destinando a receita desses títulos no capital social da pessoa jurídica da qual participa.

Transparece que a capitalização está sendo usada apenas como um artifício para conferir à Petrobras, de forma inconstitucional, a primazia de dispor da prerrogativa de explorar cinco bilhões de barris de petróleo na camada do pré-sal, sem que lhe seja exigido concorrer com outras empresas por esse direito.

Invoca-se a reforma estrutural do Estado promovida pelo Governo Fernando Henrique Cardoso, da qual a Emenda Constitucional nº 9 foi importante etapa. Até essa emenda, a exploração, o desenvolvimento e a produção de petróleo e de gás natural eram desempenhadas exclusivamente pelo Estado e pela Petrobras (conforme preconizava o texto anterior ao referido emendamento do art. 177 da Constituição).

Por força das alterações constitucionais promovidas pela EC nº 9, ao dispor sobre a titularidade da União no monopólio da exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural, há que ser garantido o regime concorrencial nessas atividades.

A Lei nº 9.478, de 1997, alicerçada nas alterações constitucionais promovidas pela EC nº 9, ao dispor sobre a titularidade da União no monopólio daquelas atividades, definiu que passariam a ser exercidas mediante contratos de concessão, assegurando à Petrobras os direitos sobre os campos que já se

encontrassem em efetiva produção na data de início da vigência daquela lei (arts. 23 e 32).

Daquele momento em diante, a Petrobras passou a ter de disputar o direito de firmar os contratos de concessão com outras empresas. Atividades que eram desenvolvidas praticamente *in totum* por pela estatal, criada para esse fim específico, passaram a ser objeto de delegação a particulares, por meio de concessão.

Combinando-se as modificações promovidas pela EC nº 9 e pela EC nº 19, conclui-se inadmissível conferir qualquer privilégio a uma empresa pública ou a uma sociedade de economia mista, mesmo em atividades cujo monopólio é da União. Mais especificamente ao caso em comento, é descabido favorecer a Petrobras com dispensa de licitação para dar-lhe o direito de exercer as atividades de pesquisa e lavra de cinco bilhões de barris equivalentes de petróleo em áreas não concedidas localizadas no pré-sal.

Em face do exposto, ainda que seja legítimo imaginar que o País tenha interesse em que a Petrobras disponha de condições financeiras para realizar os investimentos necessários à exploração das reservas do pré-sal, o mecanismo resultante do PL nº 5.941, de 2009, revela-se afrontoso à ordem jurídica de 1988.

2.3. CONTRATAÇÃO DIRETA DA PETROBRAS PARA A PRESTAÇÃO DE DETERMINADOS SERVIÇOS

O novo marco regulatório prevê duas situações em que será dispensado o procedimento licitatório para a Administração contratar a Petrobras. São as seguintes:

i) a Petrobras poderá ser contratada diretamente para realizar estudos exploratórios necessários à avaliação do potencial das áreas do pré-sal e das áreas estratégicas (art. 7º, p.u., do PL nº 5.938, de 2009);

ii) a Petro-Sal, representando a União, poderá contratar diretamente a Petrobras, dispensada a licitação, como agente comercializador do petróleo, do gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos da União (art. 44, p.u., do PL nº 5.938, de 2009).

Não nos parece que a Petrobras seja a única empresa em condições de realizar estudos exploratórios avaliativos de áreas petrolíferas e de comercializar petróleo e outras *commodities* congêneres.

Mais uma vez, aplica-se o que se expôs sobre a necessidade de obediência aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência. Contudo, não é demais trazer outros elementos no sentido de fundamentar a conclusão pela inconstitucionalidade dessas disposições.

Novamente, retorna-se no tempo para lembrar o que inspirou a Emenda Constitucional nº 9, e suas consequências. A emenda alterou o § 1º do art. 177 da Carta Magna, permitindo à União contratar empresas públicas ou privadas para desenvolver atividades monopolistas vinculadas à área do petróleo, observadas condições definidas em lei:

- I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;
- II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;
- III – a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;
- IV – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

Salvo melhor juízo, consideradas as condições atuais, nada permite justificar um tratamento favorecido para a Petrobras no exercício dessas atividades.

O professor Marçal Justen Filho não tem dúvida em afirmar submeterem-se as entidades exploradoras de atividade econômica ao regime jurídico de direito privado⁹, por força do art. 173 da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19. O jurista é reconhecido por sua produção literária, notadamente na área de licitações e contratos administrativos. Nesse campo do direito, ao analisar o inciso VIII do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, o doutrinador considera ser inaplicável a extensão de seus efeitos para permitir a contratação por órgãos ou entidades da administração pública, mediante dispensa de licitação, de entes da administração indireta que exerçam atividade econômica. O dispositivo legal tem a seguinte redação:

Art. 24. É dispensável a licitação:

.....
VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

Marçal defende que tal contratação ofenderia o regime jurídico de direito privado conferido àquelas entidades pelo art. 173, § 1º, inciso II, da Lei da República, por violação dos princípios da isonomia e da livre concorrência. Alerta-se para que, em que pese a lei prever expressamente uma possibilidade de dispensar a licitação (art. 24, VIII, da Lei de Licitações), após a Emenda Constitucional nº 19, Justen Filho tão-somente admite a não realização de procedimento licitatório para contratar entidades do braço empresarial do Estado que prestem serviços públicos. A Petrobras, indubitavelmente, não se enquadra nesse universo.

⁹ **JUSTEN FILHO**, Marçal. *Comentários à Lei das Licitações e Contratos Administrativos*. 8 ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 248/249.

Não é outra a visão expressa pelo Ministro Eros Grau em seu Voto-vista na ADI 3.273-9/DF (DJ 02.03.2007):

A União não poderá, *ex vi* do disposto no inciso XXI do artigo 37 da Constituição, contratá-la [Petrobras] senão mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, observadas as condições estabelecidas na lei prevista no § 1º do artigo 177 da Constituição.

A inaplicabilidade do inciso VIII do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, às estatais que exercem atividade econômica, disputando mercado com outras empresas, é exposta por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, com propriedade:

É desconcertante verificar que alguns órgãos públicos, menos atentos ao texto legal e ignorando os princípios constitucionais da ordem econômica adotada em nosso País, vêm promovendo contratações de empresas públicas que não foram criadas para a finalidade específica de atender às necessidades da Administração, pretendendo amparar a contratação direta no inciso VIII do art. 24, em comento.

Seria o caso de o órgão público pretender adquirir combustível diretamente da Petrobrás, sociedade de economia mista que insere sua atuação na mesma dimensão das atividades prestadas por outras distribuidoras e não tem a finalidade específica de distribuir combustíveis a órgãos públicos.¹⁰

Di Pietro apresenta fundamentos para essas conclusões, nos moldes do que se defende nesta monografia.

¹⁰ **FERNANDES**, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 5ªed. - Atualizada, revista e ampliada, Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 378/379.

O critério em que o legislador deveria basear-se é o que decorre da própria Constituição Federal, que, no título da "Ordem Econômica e Financeira", bem distinguiu dois tipos de atividades prestadas pelo Estado: a atividade econômica, como exceção à regra da iniciativa privada, hipótese em que as empresas estatais se submetem ao regime das empresas privadas (art. 173, §1º); e o serviço público (...)

No primeiro caso, as entidades podem atuar em regime de monopólio, e, nesse caso, a sua contratação pelo Poder Público cai na hipótese de inexigibilidade de licitação (art. 25); ou em regime de competição com a iniciativa privada, hipótese em que não podem ter os privilégios de serem contratadas sem licitação, sob ofensa ao princípio da livre concorrência, inscrito no art. 170, IV, da Constituição Federal, e ao próprio objetivo da licitação, de assegurar a proposta mais vantajosa para a celebração de seus contratos.

Quando a Administração exerce atividade econômica com base no art. 173, ela o faz a título de intervenção no domínio econômico, para subsidiar a iniciativa privada, e não para concorrer deslealmente com ela, o que ocorreria se tivesse, a empresa estatal, o privilégio de ser contratada sem licitação.¹¹

Citamos também Toshio Mukai, que lança mão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

O inciso VIII dispõe sobre operações entre órgãos e entidades públicas (...). A lei nº 8.883/94 deu nova redação a esse inciso (...). Agora não só não se refere à exceção ('exceto se houver empresas privadas que possam fornecer...') (...). No nosso entender, a retirada do texto daquela expressão exceptiva não significa que o problema esteja superado, pois também à época do Decreto-Lei 200/67, no

¹¹ **DI PIETRO**, Maria Sylvia Zanella e outros. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 4ª ed. revista e ampliada, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 114/115.

texto correspondente, não existia a exceção, e nem por isso o Superior Tribunal Federal deixou de entender ser necessário (...) se efetivasse a licitação (1ª T., RE 87.347, j. 4-3-1980, rel. Min. Xavier de Albuquerque: 'Não cabe dispensa de licitação, em favor da Petrobras, para instalar postos de gasolinas e de socorro mecânico em estrada estadual. Essa atividade não se inclui no monopólio ou exclusividade de serviço (...)'¹²

A jurisprudência pacificada do Tribunal de Contas da União (TCU) é exatamente nesse sentido. Faz-se referência, pontualmente, ao Acórdão 1171/2006 - Segunda Câmara, exarado nos autos do TC 017.963/2004-8, no qual se tratou da contratação, por dispensa de licitação, da Petrobras Distribuidora S.A. para fornecimento de combustíveis.

Acórdão nº 1.171/2006 - Segunda Câmara: (Dispensa, contratação de entidade integrante da Administração Pública, fornecimento de combustível, Petrobras, art. 24, VIII)

SUMÁRIO: Pedido de Reexame interposto contra o subitem 5.1.1.7 do Acórdão nº 1.425/2005 - Segunda Câmara, Relação do Gabinete do Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha, Ata 31/2005 - Segunda Câmara. Requisitos de admissibilidade preenchidos. Conhecimento. Obrigatoriedade de licitação para aquisição de combustíveis. Pacífica jurisprudência do TCU nesse sentido. Precedentes. Improcedência das alegações recursais quanto à legalidade de aquisição de combustíveis, sem licitação, com base no art. 24, inciso VIII, da Lei nº 8.666/1 993. Ferimento aos princípios constitucionais da livre concorrência, da licitação e da isonomia. Não-provimento. Manutenção do Acórdão recorrido em seus exatos termos. Juntada do processo às contas do exercício de 2004. Ciência ao Recorrente.

Trecho do voto

¹² MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 6ª ed. revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 65.

4. No âmbito deste Tribunal, é remansosa a jurisprudência no sentido de que a aquisição de combustíveis na Administração Pública, sujeita-se a procedimento licitatório, conforme indicado no art. 2º da Lei nº 8.666/1993, vedando-se, assim, a aquisição direta desse bem com base no art. 24, inciso VIII, da citada Lei de Licitações e Contratos. Cito, como exemplos, as seguintes deliberações: Decisões nº 118/1998 - Segunda Câmara e 257/1997 - Plenário e Acórdãos nº 29/1992 e nº 56/1999, ambos do Plenário.

5. Neste ponto, destaco que, diversamente do alegado na peça recursal, a Decisão nº 604/1998 - TCU - Plenário não autoriza a aquisição de combustíveis pela Administração Pública com suporte no referido dispositivo legal; ao contrário, dispõe expressamente em sua ementa a respeito da obrigatoriedade de licitação para aquisição desse bem. Veja a ementa do citado *decisum*:

"EMENTA: Representação formulada pelo CADE contra a PETROBRAS. Possíveis irregularidades na área de licitação relativa à produção e comercialização de asfalto e de emulsões asfálticas. Possível concentração econômica decorrente da aquisição de fábricas já analisada pelo CADE. Ausência do objeto. Não conhecimento. Arquivamento. Obrigatoriedade de licitação para compra de combustível. Considerações" (TC 002.128/1998-5).

6. No que se refere ainda à jurisprudência desta Casa, relativamente a essa matéria, cabe destacar recente deliberação do Plenário que, ao apreciar nos autos do TC 015.376/1997-4, Pedidos de Reexame interpostos pela Petrobras Distribuidora S/A, pela Diretoria-Geral de Administração da Presidência da República e pela Diretoria de Contas da Marinha do Brasil contra decisão com teor semelhante à que ora se aprecia, reafirma a obrigatoriedade de licitação para aquisição de combustíveis e a inaplicabilidade, em consequência, do art. 24, inciso VIII, da Lei nº 8.666/1993 para essa espécie de operação, demonstrando o acerto da

deliberação recorrida (v. g.: Acórdão nº 2.063/2005 - Plenário, ratificado pelo Acórdão nº 98/2006 - Plenário). (..)

9. Releva ainda esclarecer que a doutrina pátria, a despeito de posições minoritárias contrárias, tais como as indicadas pelo Recorrente, é majoritariamente desfavorável à aplicabilidade do art. 24, inciso VIII, da Lei nº 8.666/1993 aos processos de aquisição de combustíveis pela Administração Pública. Tem-se essa compreensão, com acerto, por entender que as entidades fornecedoras desse bem, sendo exploradoras de atividade econômica, sujeitam-se ao regime do art. 173 da Constituição Federal de 1988, que veda a concessão de privilégios a tais entidades não assegurados à iniciativa privada, em obediência aos princípios constitucionais da livre concorrência e da isonomia (...)

O art. 24 do Estatuto das Licitações trata de hipóteses em que a licitação é dispensável. Contudo, igual encadeamento de idéias é perfeitamente aplicável a circunstâncias em que a licitação é dispensada. O fundamento constitucional é o mesmo.

Quando a licitação é dispensada, por opção legal, o administrador está impedido de realizá-la. Por outro lado, nas situações em que a licitação é dispensável a lei dá ao administrador a possibilidade de fazê-la ou não. O legislador confere poder discricionário ao gestor público.

Quando a licitação é dispensável, existe a possibilidade de competição – esperada e desejada em uma economia de mercado, conforme a opção feita por nosso constituinte –, mas, alicerçado em fundamentos que encontram respaldo na Constituição, o legislador opta por dar ao administrador a chance escolher. Nas hipóteses em que as licitações são dispensáveis, identifica-se a aplicação dos princípios da eficiência, economicidade, interesse público e segurança nacional, entre outros.

Os mais açodados podem imaginar que o tratamento diferenciado concedido à Petrobras estaria albergado pelos princípios do interesse público e da segurança nacional. Com a devida vênia, discordamos.

A Petrobras, apesar de ser uma empresa estatal, não se confunde com a União, de forma que os objetivos de uma e outra não são necessariamente os mesmos. O interesse público pode não ser o interesse da Petrobras, que tem maioria do seu capital originado da iniciativa privada e possui objetivos próprios. Esses objetivos podem ser a maximização do lucro ou uma maior participação no mercado, como ocorre em qualquer empresa comercial. Por mais indesejável que seja, a estatal também pode servir a interesses menos nobres, sejam pessoais, sejam da corporação. Na ausência do ambiente concorrencial, aumenta consideravelmente a probabilidade de a Petrobras passar a privilegiar seu corpo funcional ou determinados fornecedores, sem a devida contrapartida em termos de produtividade ou qualidade do insumo oferecido. É fácil imaginar um cenário em que a Petrobras, como única compradora, utilize seu poder de monopólio¹³ de forma a deprimir os preços dos fornecedores, a ponto de desestimular investimentos em pesquisa e desenvolvimento.

Recentemente configurou-se uma situação que demonstra bem essa dissociação de interesses. Tratou-se do debate em torno do teor de enxofre no diesel produzido pela empresa, bem acima do limite estabelecido pela Resolução nº 315, de 2002, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama). A Petrobras, para não reduzir seus lucros, não investiu na produção de um diesel ecologicamente correto, porém de maior custo. Esse exemplo também mostra que não é preciso entregar o monopólio da produção a empresas estatais: o que importa são órgãos reguladores fortes, que deveriam obrigar as empresas – estatais ou não – a atuarem de forma a atender os anseios da Nação. No caso, a produção de diesel com alto teor de enxofre decorre da fragilidade do Conama, e não da origem do capital da empresa que produz o diesel, se estatal, privada ou multinacional.

O argumento de que a Petrobras merece ser retribuída por ter descoberto o petróleo do pré-sal é igualmente falacioso. Quando a Petrobras, em contrato com a ANP, pesquisa o potencial geológico de áreas, recebe para executar a atividade. E, no caso de áreas já concedidas, o custo incorrido na pesquisa será mais do que compensado com o direito de exploração do bloco. Em outras palavras,

¹³ Estrutura de mercado caracterizada por haver um único comprador para o produto de vários vendedores (Dicionário Eletrônico Houaiss, Versão 1.0. Editora Objetiva Ltda., 2004).

a Petrobras já foi paga, ou será paga (via maiores rendimentos) por ter descoberto o pré-sal, não sendo devidas outras compensações. Seria equivalente a dizer, em uma comparação caricatural, que um funcionário que participou da construção de um prédio tenha direito a ganhar um apartamento nesse prédio. Isso não faz sentido, pois ele já recebeu salários em pagamento do seu trabalho.

Quanto à capacidade tecnológica da Petrobras, isso não é posto em dúvida. São vários os exemplos de sucesso da empresa. Mas esse sucesso não justifica as benesses. Em tendo capacidade tecnológica, e considerando sua vantagem informacional (que já possui em função de sua longa experiência no País) é natural que a empresa venha a ganhar parte significativa dos leilões que tenha interesse em participar. A empresa deter o direito de exploração porque competiu é totalmente diferente de ela adquirir esse mesmo direito por meio de privilégios. Mesmo reconhecendo a competência da empresa, deve-se lembrar que ela não é a única capaz de explorar o pré-sal. Não há evidências de que a Petrobras seja atualmente a mais capaz para operar todos os campos do pré-sal, o que justificaria a proposta do Governo. Há ainda menos evidências de que a Petrobrás será a mais capaz para operar todos os campos.

Ademais, com a quebra de seu monopólio da Petrobras e com a aprovação da Lei do Petróleo (Lei nº 9.478, de 1997), que criou a ANP e levou ao aumento da competição e à possibilidade de selar parcerias internacionais, a estatal passou a desenvolver com maior velocidade a extração de petróleo, ampliou sua participação internacional e se tornou uma das empresas líderes do setor no mundo. Não é tormentoso entender as razões para isso. Em um regime de baixa competição, a empresa pode se dar ao luxo de aplicar ineficientemente seus recursos, oferecendo uma política salarial incompatível com a do setor privado ou dedicando-se a projetos com baixa probabilidade de sucesso. Quando a competição aumenta, a estatal é obrigada a canalizar os recursos para aumentar a produtividade. Além disso, a presença de empresas estrangeiras no país permite troca de tecnologias, incentiva a formação de pessoal e induz maior oferta de mão-de-obra especializada.

Diante do texto constitucional vigente, conclui-se, portanto, não serem aceitáveis e estarem descolados dos melhores interesses do País as dispensas de licitação previstas no novo marco regulatório do petróleo, que conferirão vantagens

competitivas para a Petrobras, em menoscabo das demais empresas existentes no mercado, que, na forma prevista na Lei Maior, poderiam prestar os serviços que, graciosamente, serão atribuídos à estatal brasileira do petróleo.

3. CONCLUSÕES

A análise dos projetos encaminhados pelo Poder Executivo para fundar um novo marco regulatório para a exploração das jazidas do pré-sal e áreas consideradas estratégicas, por meio de contratos de partilha de produção, demonstra que, a toda evidência, se está procurando materialmente ressuscitar o monopólio da Petrobras, quebrado com a Emenda Constitucional nº 9.

Hoje, a detentora do monopólio das atividades descritas no art. 177 da Constituição é somente a União, que se optar por contratar alguém para exercê-lo, em seu nome, deve dar tratamento isonômico a todas as empresas constituídas sob as leis brasileiras, com administração no país, no momento da escolha do parceiro empresarial.

O retorno à situação anterior às Emendas nºs 9 e 19 é uma aspiração legítima. Para muitos, defensável por inúmeros aspectos. Contudo, a obediência ao Estado Democrático de Direito exige que essa volta se dê pelos meios previstos no ordenamento jurídico. Ou seja, com a apresentação de uma proposta de emenda à Constituição.

Conforme referido, a existência de um ambiente concorrencial associado ao estabelecimento de regras claras e à atuação eficiente do Estado como ente regulador foram fatores decisivos para o desenvolvimento do setor petrolífero e para os resultados expressivos que vêm alcançando a Petrobras e as demais empresas envolvidas na cadeia de produção e comercialização do petróleo, gás natural e derivados.

Nada leva a crer que o modelo vigente, *per se*, enseje riscos à soberania nacional ou subjuguem o interesse do País ao de terceiros, sejam eles outros Estados soberanos ou corporações. As instituições têm se revelado sólidas e eficazes na obtenção do melhor resultado para o Brasil. Caso algum risco realmente exista no presente, persistirá no modelo que se está propondo. Notadamente se

envolver pressões de natureza diplomática ou militar. Ressuscitar o monopólio da Petrobras, além de ser inconstitucional, certamente não terá o condão de modificar essa realidade.

Caso sejam aprovados os projetos de lei encaminhados pelo Governo, o que se está propondo subverterá a ordem constitucional. Há várias violações ao ordenamento jurídico vigente presentes nas proposições, algumas ressaltadas nesta monografia.

Concluindo, no que atine a este trabalho, esperamos ter demonstrado que é afrontoso à Carta Magna, além de improdutivo:

i) atribuir à Petrobras a condição de condutora e executora de todas as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações de exploração e produção;

ii) ceder à Petrobras o direito de explorar cinco bilhões de barris de petróleo na camada do pré-sal, sob o pretexto de capitalizar a empresa;

iii) dispensar a licitação para contratar a Petrobras para realizar estudos exploratórios necessários à avaliação do potencial das áreas do pré-sal e das áreas estratégicas, bem como para atuar como agente comercializador do petróleo, do gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos da União.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro e **MARTINS**, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Saraiva.1990, 7. v.

BAZILLI, Roberto Ribeiro e **MIRANDA**, Sandra Julien. *Licitação à Luz do Direito Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional – 13ª ed.* São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *O futuro estatuto das empresas públicas e sociedades de economia mista*. Artigo publicado na Juris Poiesis – Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá, acessado no sítio <http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista4/artigo20.htm>, em 31 de março de 2010.

CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos – 2ª ed.* São Paulo: Saraiva, 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2005.

_____. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 4ª ed. revista e ampliada, São Paulo: Malheiros, 2000.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 5ªed. - Atualizada, revista e ampliada, Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei das Licitações e Contratos Administrativos*. 8 ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 17ª e 26ª ed. São Paulo: Malheiros.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. *Curso de Direito Administrativo – 5ª, 11ª e 14ª ed.* São Paulo : Malheiros Editores.

_____. *Direito Administrativo e Constitucional – Estudos Vol. 2*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Os limites da revisão constitucional*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, v.5, n.21, p.69-91, out./dez. 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; **COELHO**, Inocêncio Mártires e **BRANCO**, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed., revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional* – 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 6ª ed. revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2004.

NETO, Manoel Jorge e Silva. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: LTr, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo* – 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.