

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 34.495/2005 - (Clas. 03)

RELATOR: DES. ANTONIO EDUARDO F. DUARTE

### A C Ó R D ã O

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO C/C PERDAS E DANOS. SERVIÇOS COMPLEXOS E DE ELEVADO VALOR NO RAMO DE PROSPECÇÃO E EXTRAÇÃO DE PETRÓLEO. ALEGAÇÃO DE RESPEITO OBRIGATÓRIO AO DISPOSTO NA LEI Nº 8.666/1993. DESCABIMENTO NA HIPÓTESE. LICITAÇÃO DEFLAGRADA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA (PETROBRÁS) NA MODALIDADE DE CARTA-CONVITE. LEGALIDADE. SIMPLIFICAÇÃO DO REFERIDO PROCEDIMENTO. PREVISÃO ESTABELECIDADA NO ART. 67, DA LEI Nº 9.478/1997 E REGULAMENTADO PELO DECRETO Nº 2.745/1998. ADMISSIBILIDADE E CONSTITUCIONALIDADE. NORMAS ESPECIAIS EDITADAS APÓS A EC Nº 09/1995 QUE ROMPEU O MONOPÓLIO DE TAIS ATIVIDADES PETROLÍFERAS. QUESTÕES JÁ ENFRENTADAS E ACOLHIDAS PELO STF. PREJUDICIALIDADE DE INCIDENTES

PROCESSUAIS PERANTE O STJ. TUTELA ANTECIPADA QUE NÃO MAIS PERSISTE. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO AUTORAL. PROVIMENTO DO RECURSO. SENTENÇA REFORMADA.

*Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 09, de 09/11/1995, que alterou os parágrafos 1º e 2º, do artigo 177 da Carta da República, a PETROBRÁS não mais detém o monopólio da pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, passando a acontecer tais atividades no regime de livre concorrência, sob fiscalização da “Agência Nacional do Petróleo”, criada juntamente com o “Conselho Nacional de Política Energética”, por força da Lei nº 9.478, de 06/08/1997. Por isso, embora permaneça como sociedade de economia mista sob controle da União, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, na realidade deixou de ser assemelhada a empresas públicas ou a autarquias, no que tange ao rigor dos procedimentos licitatórios encerrados na Lei nº 8.666/1993.*

*Assim, in casu, toda e qualquer licitação deflagrada pela aludida sociedade de economia mista (a PETROBRÁS) na modalidade de “Carta-Convite”, além de exibir plena legalidade, traduz a efetiva simplificação do procedimento licitatório, expressamente autorizado pelo artigo 67, da Lei nº 9.478/1997, regulamentado pelo Decreto nº 2.745, de 24/08/1998, sendo pois de inteira admissibilidade e*

*constitucionalidade, na medida em que não só permite a aceitação com rapidez da proposta mais vantajosa, mas também insere a mesma no cenário da livre competição, segundo as condições do mercado que atua, situação que ocorre sem qualquer afronta aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, isonomia e eficiência, princípios esses, aliás, claramente previstos no referido diploma (o Decreto nº 2.745/1998), até porque não se pode omitir de dotá-la de instrumentos que proporcionassem agilidade às suas licitações, pena de mantê-la em desigualdade com seus concorrentes.*

*Logo, dentro de tais norma pode e deve a mencionada sociedade de economia mista (a PETROBRÁS) recusar, ou não convidar, determinadas empresas com vistas a participarem desse procedimento específico e breve, sobretudo quando se verificar que ditas empresas não preenchem os requisitos exigidos pelo “Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado”, aprovado pelo Decreto nº 2.745/1998, inclusive pela circunstância de não ser admissível que aquela (a PETROBRÁS), competindo há algum tempo em um mercado exigente e globalizado, não tenha instrumentos e ferramentas livres e de maior alcance, apenas pelo fato de integrar a Administração Indireta, e permaneça atrelada a restrições licitatórias inexistentes para as companhias que com ela disputam no mesmo mercado nacional e internacional, não se podendo olvidar, ademais, que o citado “Regulamento” exige, na modalidade convite, a seleção de pelo menos três empresas do*

3ª Câmara Cível  
Apelação Cível nº 34.495/2005

*ramo pertinente ao objeto da licitação, número mínimo, aliás, também estabelecido na Lei nº 8.666/1993 (art. 22, parág. 3º).*

*De outro lado, ressalte-se que essas questões já foram enfrentadas e acolhidas pelo Colendo STF na Ação Cautelar nº 1193-1-RJ, bem como, e em consequência, prejudicados restaram todos os incidentes processuais levados ao Eg. STJ, daí resultando que não mais persiste a tutela antecipada que fora ao início cassada e depois restabelecida e confirmada no decreto de sentença.*

*Portanto, tratando-se de ação declaratória, em cúmulo com perdas e danos, onde se almeja o reconhecimento e a declaração de nulidade do procedimento licitatório acima explicitado, improcedente se mostra, em tal hipótese, o pedido desse modo formulado.”*

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 34.495/2005, em que é apelante PETRÓLEO BRASILEIRO S/A – PETROBRÁS e apelada MARÍTIMA PETRÓLEO E ENGENHARIA LTDA.,

ACORDAM os Desembargadores que compõem a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na sessão realizada na data de 04/12/2007, por unanimidade, em dar provimento ao recurso para, reformando a douda sentença monocrática, julgar improcedente o pedido, invertidos os ônus sucumbenciais, fixados os honorários advocatícios, a teor do parág. 4º, do artigo 20 do CPC, no importe de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais).

Integra o presente o relatório de fls. 2.005/2.007, sublinhando que se trata de recurso cujo relator originário era o saudoso Des. Murilo Andrade de Carvalho.

Versa a espécie sobre ação de rito ordinário, com natureza declaratória de nulidade de procedimento licitatório e c/c perdas e danos, que a apelada move em face da apelante, incluindo pleito de tutela antecipada, objetivando a autora: (i) que seja determinada, de pronto, a suspensão das licitações da ré que estejam em curso, visando a contratação de obras ou serviços por convite, com valores superiores àqueles previstos na Lei nº 8.666/1993, compelindo-a a adotar a modalidade de concorrência para a contratação de serviços e obras complexas e de elevado valor, possibilitando, desta forma, que ela autora participe das referidas licitações; (ii) reconhecer e declarar a nulidade, ou ilegalidade, da utilização pela ré da modalidade de carta-convite para licitações que envolvam prestação de serviços complexos e de elevado valor, superiores aos limites da Lei Geral de Licitações, impondo-lhe, pois, o dever de, doravante, observar os critérios de valor da citada lei, sob pena de multa diária fixada em valor expressivo, compatível com o patrimônio da mesma; e (iii) condenar a ré ao pagamento de perdas e danos correspondentes ao que for apurado através de prova pericial, cujo quantitativo represente em proveito econômico, os prejuízos suportados em decorrência de ser impossibilitada de participar de licitação para execução de serviços que são de sua capacitação técnica.

Como causa de pedir a prestação jurisdicional, sustenta a autora que é conhecida no seu ramo de atuação como empresa sólida e detentora de extrema qualificação técnica, requisitos estes que, ao longo de sua já extensa e marcante trajetória, seja a nível nacional ou internacional, vem lhe propiciando a participação em importantes projetos, notadamente na execução de serviços e obras atinentes à exploração de petróleo, em toda a amplitude que tais serviços demandam. Esta reconhecida capacitação e excelência na prestação de

serviços fez com que a demandante viesse a se sagrar vencedora em inúmeras licitações (em várias modalidades), para a execução de serviços das mais variadas especificidades, principalmente para a ré e suas subsidiárias. Aduz a existência de recentes “Boletins de Avaliação de Desempenho” emitidos pela demandada, através dos quais esta, por seus técnicos, atribui notas de qualificação para os serviços então prestados, destacando que o expressivo número de contratos celebrados, em passado recente, entre as partes, fruto do êxito obtido em licitações da qual participou juntamente com outras empresas de renome nacional e internacional, deve-se, também, a singularidade e ampla diversidade dos serviços que é capaz de prestar com inegável qualidade, podendo-se mencionar, a título de exemplo, que ela autora é a única empresa nacional que agrega e tem condições de fornecer plataformas de perfuração, de produção, serviços de mergulhadores, etc.

Registra ainda a autora que, a despeito de sua extrema qualificação conhecida no mercado e reconhecida pelas próprias licitações que venceu em passado próximo para a execução de serviços para a ré, por força de desavenças “políticas” internas com a demandada e seus diretores, passou a autora, de forma odiosa e ilegal, a ser excluída, execrada e discriminada nos procedimentos licitatórios recentes para a outorga de vários e importantes serviços, seja para a própria ré ou suas subsidiárias. Tal discriminação injustificada vem se repetindo e, além de estar causando sérios e incontornáveis prejuízos a ela demandante, certamente que vem burlando as mais mezinhas normas constitucionais e legais específicas e relativas às licitações. Isto porque, visando nitidamente evitar que a autora participe de procedimentos licitatórios e tenha outros contratos celebrados, a ré vem adotando a ilegal e totalmente desaconselhável (seja sob a ótica de proveito econômico-financeiro, técnico e moral) prática de licitação na modalidade de carta-convite para a adjudicação de serviços complexos e de valores altamente elevados, evitando não só que ela autora, mas todos os demais interessados capacitados

para executar obras ou serviços para a ré, tenham a possibilidade de fazê-los, sendo excluídos em evidente “privilégio” a algumas poucas empresas “convidadas” a licitar. Enfatiza, igualmente, o art. 173, parág. 1º, inc. III da Carta da República que prevê licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da Administração Pública e que, a teor literal do art. 37, inc. XI da aludida Lei Maior, a ré há de observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, asseverando que as contratações, mediante licitação, devem assegurar igualdade entre todos os concorrentes.

Pela decisão interlocutória de fls. 78/80, foi concedida a antecipação da tutela, decisão essa que, embora cassada, em julgamento unânime, pelo Ag. de Inst. nº 16.862/2001, desta Eg. Terceira Câmara Cível e sob relatoria do eminente Des. José Carlos Varanda, acabou sendo renovada e deferida pela decisão interlocutória de fls. 388, esta mantida, porém por maioria, pelo Ag. de Inst. nº 20.729/2002, também deste órgão fracionário, sendo relator o saudoso Des. Murilo Andrade de Carvalho. Dessa situação confrontante acabaram acontecendo vários incidentes processuais nesta instância e nas Cortes Superiores.

A tese de resistência da ré encontra-se apoiada forte no argumento de que todo o cenário envolvendo o petróleo no País veio a sofrer profundas mudanças com a promulgação, aos 09/11/1995, da EC nº 09, que alterou os parágrafos 1º e 2º, do artigo 177 da Carta Magna, retirando o monopólio que até então detinha a ré, ou seja, não mais teria em suas mãos, em nome da União, a exclusividade para a realização dessas atividades, abrindo-se o mercado para a participação da iniciativa privada, lançando-a, ela demandada, no cenário da livre competição. Por evidente, para que a ré pudesse se tornar efetivamente competitiva dentro desse mercado aberto, revelaram-se necessários alguns cuidados especiais, sob pena de inviabilizar a sua participação, vindo então a Lei nº



9.478/1997, que em seu artigo 67 criou um procedimento licitatório simplificado em benefício da ré, nos contratos para aquisição de bens e serviços. Menciona que, sob os auspícios da nova ordem constitucional (EC nº 09/1995), a citada Lei nº 9.478/1997 (lex specialis), diploma da mesma estrutura da Lei nº 8.666/1993 (lex generalis), autoriza expressamente que as licitações promovidas pela ré sejam regidas por regulamento simplificado, que foi aprovado pelo Decreto nº 2.475/1998. Conforme pondera, o que o legislador efetivamente pretendeu (a ratio legis), atento à nova ordem constitucional, foi conferir à demandada um tratamento diferenciado das demais integrantes da Administração Pública, eis que, nesse particular, deixou de ser a estatal que detinha o monopólio para concorrer em pé de igualdade com os demais protagonistas do cenário petrolífero.

Sublinha a ré, outrossim, que a competição nesse mercado é assaz acirrada e as metas que frequentemente são estabelecidas, algumas inclusive pela própria “Agência Nacional do Petróleo”, dependem precipuamente do fator tempo. Daí porque, fácil de ver, a eleição do convite para licitar os serviços, modalidade bem mais ágil e que não deixa de observar os demais princípios que norteiam o certame. Frisa ainda a ré que os valores estimados para os empreendimentos, nas cores em que foram lançados pela autora, procuram, de algum modo, o caminho da sensibilização e do induzimento, aspecto que não resiste à singela e notória constatação de que o que está em pauta é o segmento da exploração do petróleo, setor que envolve a construção de plataformas petrolíferas, navios, tanques e etc., diante do que os empreendimentos enumerados pela autora (conversão de navio, instalação de um sistema de geração de energia, lançamento de âncoras) não se revelam desproporcionais à modalidade eleita, estando, aliás, em perfeita consonância com o Decreto que a tanto lhe autoriza. Portanto, a diferença básica entre as modalidades “CONCORRÊNCIA” e “CONVITE”, é que nesta última ela demandada poderá chamar empresas que atuam no ramo



pertinente ao objeto da licitação, observado o número mínimo de três, enquanto que na primeira é facultada a participação de toda e qualquer empresa. Quanto ao pleito de perdas e danos, enfatiza a ré que o direito brasileiro não concebe a indenização de “dano hipotético”, natureza em que se enquadraria a pretensão autoral de receber verba *“em quantitativo que represente, em proveito econômico, os prejuízos suportados pela Autora em decorrência de ser impossibilitada de participar de licitações para execução de serviços que são de sua capacitação técnica.”*

Frente a todo esse quadro fático e jurídico é que sobreveio então o desate do conflito de interesses pela sentença de fls. 1.435/1.442, complementada pela decisão de fls. 1.450/1.451, a qual, com os fundamentos que alinha e a condenação que especifica, julgou procedente o pedido, remetendo o pagamento das perdas e danos ao que for apurado em sede pericial. Entretanto, assim concluindo, o decisum combatido, embora da lavra de culto Magistrado, data vênia não deu ao litígio a solução que se impunha, já que improcedente se mostra a pretensão formulada, razão porque merece prosperar o inconformismo da ré, ora apelante.

Mencione-se, desde logo, que a ré-apelante adunou aos presentes autos, em prol de sua tese, pareceres de renomados juristas. Na instância singular juntou o parecer de fls. 252/284, do Professor e hoje Ministro do STF, EROS ROBERTO GRAU, bem como o parecer de fls. 289/325, do Professor ADILSON ABREU DALLARI. Com as razões recursais trouxe a manifestação da ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, de fls. 1.482/1.489, além do parecer de fls. 1.961/1.991, do Professor LUÍS ROBERTO BARROSO.

Reside o ponto nodal da controvérsia instaurada, em saber se a ré-apelante, nos contratos para aquisição de bens e serviços em geral, no segmento petrolífero que atua, pode, ou não, valer-se da nova regra simplificada para as licitações que

realiza, prevista na Lei nº 9.478/1997 e no Decreto nº 2.745/1998, diplomas estes advindos com a promulgação da EC nº 09/1995, que alterou a ordem constitucional então vigente (o monopólio do petróleo pela União), modificando os parágrafos 1º e 2º, do artigo 177 da Carta da República, bem como se haveria, ou não, ilegalidade na utilização da modalidade “convite”, introduzida na simplificação criada pelos citados diplomas legais, para os procedimentos licitatórios que envolvam prestação de serviços complexos e de elevado valor, superiores aos limites da “Lei Geral de Licitações”. Por conta disso, se haveria obrigatoriedade de compor perdas e danos que a autora-apelada alega experimentados em virtude de supostos prejuízos sofridos, os quais, porém, não são delineados, seja no que tange aos danos emergentes seja no que tange aos lucros cessantes.

Ao que parece, a pretensão da autora-apelada embasa-se em dois argumentos por ela utilizados: a) por entender existente ilegalidade na realização das licitações da ré-apelante para grandes obras e construções através da modalidade “convite”, sem a observância do artigo 23, inc. I, alínea “a” da Lei nº 8.666/1993, que autoriza essa modalidade em certames que não ultrapassem o limite de R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); e b) que dito proceder afrontaria os princípios da impessoalidade, legalidade, moralidade, publicidade e igualdade, a que alude o artigo 37 da Constituição Federal.

Importante assinalar, também ao início, que houve uma censurável extrapolação dos limites da lide, que nunca teve por alvo determinada e específica licitação realizada pela ré-apelante, situação que, no entanto, levou as partes à interposição de diversos incidentes processuais, fruto, aliás, de equívocos cometidos em ambos os graus de jurisdição, incidentes esses onde se discutiu a possibilidade de participação da autora-apelada em determinadas licitações, aspecto que, data vênia, não merece aplauso algum, porquanto

fora do escopo da tutela antecipada e dos limites objetivos e subjetivos da lide.

Referidos incidentes processuais foram levados aos Tribunais Superiores, certo que, mesmo depois de prolatada a sentença de mérito, as questões neles suscitadas continuaram a ser debatidas nessas instâncias revisoras, culminando com a decisão colegiada (unânime) da 2ª Turma da Suprema Corte, em procedimento sob relatoria do eminente Ministro Gilmar Mendes, onde restou confirmado que a ré-apelante está sim submetida ao “Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado” aprovado pelo Decreto nº 2.745/1998, o que reafirma a legalidade e a constitucionalidade de todas as licitações que promovera.

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 09, de 09/11/1995, que alterou os parágrafos 1º e 2º, do artigo 177 da Carta da República, a ré-apelante, em nome da União, não mais detém o monopólio da pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, bem como o refino de petróleo, nacional ou estrangeiro, inclusive a importação e a exportação dos produtos e derivados básicos resultantes dessas atividades, passando a acontecer tais atividades no regime de livre concorrência, sob fiscalização da “Agência Nacional do Petróleo”, criada juntamente com o “Conselho Nacional de Política Energética”, por força da Lei nº 9.478, de 06/08/1997.

Surgiu daí a quebra do monopólio da ré-apelante quanto a extração e produção de petróleo, tendo a nova redação do parág. 1º, do citado artigo 177, conforme estabelecido pela EC nº 09/1995, facultado à União a contratação de empresas estatais ou privadas, dizendo (verbis): *“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”*.

Em decorrência, veio então a Lei nº 9.478/1997, que no parág. 1º, de seu artigo 61 estabelece que: *“As atividades econômicas referidas neste artigo serão desenvolvidas pela Petrobrás em caráter de livre competição com outras empresas, em função das condições do mercado, observado o período de transição previsto no capítulo X e demais princípios e diretrizes desta lei”*.

Já em seu artigo 67, esta mesma lei estabeleceu de forma peremptória: *“Os contratos celebrados pela Petrobrás, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República”*.

O procedimento licitatório simplificado fixado, é perfeitamente válido e jurídico, como, aliás, cuidou o legislador de proclamar na elucidativa exposição de motivos da Lei nº 9.478/1997, que veio a lume na esteira da nova ordem constitucional introduzida pela EC 09/1995. Veja-se:

*“4. No novo cenário decorrente da flexibilização estabelecida pela Emenda Constitucional nº 09, de 09 de novembro de 1995, a disciplina preconizada no anteprojeto abrange todas as atividades vinculadas ao monopólio do petróleo, com duplo objetivo: permitir o acesso de quaisquer empresas interessadas em investir no setor, sem discriminações ou favorecimentos, e proporcionar à PETROBRÁS condições de plena atuação, nesse novo cenário competitivo, liberando-a dos pesados encargos extra-empresariais que a sua natureza, até então monopolista, lhe impunha.”*

*“19. Os dois últimos capítulos do anteprojeto cuidam da situação da PETROBRÁS, que é mantida com seus objetivos originais, como agente estatal do monopólio, já agora não mais com a exclusividade que lhe conferiu a Lei nº 2.004, de*

*03 de outubro de 1953, mas em caráter de livre competição com outras empresas, estatais ou privadas. Mantendo o controle acionário da União sobre a PETROBRÁS, a nova lei proporcionará à estatal brasileira maior flexibilidade de atuação no novo cenário, permitindo-lhe, para isso, criar, transformar, fundir ou cindir subsidiárias para exercer as atividades relacionadas com seu objeto social, além da possibilidade de adotar procedimento licitatório simplificado, segundo normas previamente aprovadas pelo Ministério de Minas e Energia e publicadas no Diário Oficial”.*

Dando cumprimento ao que estabelece o artigo 67, da Lei nº 9.478/1997, que se trata de lei especial, tendo ela, por conseguinte, prioridade sobre a norma geral, observado o princípio da hierarquia das leis, foi editado o Decreto nº 2.745, de 24/08/1998, aprovando o “Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado” instituído pela ré-apelante, sem qualquer afronta aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, isonomia e eficiência.

Bem por tudo isso, embora permaneça como sociedade de economia mista sob controle acionário da União, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, é que a ré-apelante, na realidade, deixou de ser assemelhada a empresas públicas ou a autarquias, no que tange ao rigor dos procedimentos licitatórios encerrados na Lei nº 8.666/1993, a significar que a modalidade “convite” pode ser adotada pela mesma em qualquer licitação, independentemente do valor da obra ou do serviço a ser contratado.

Gizou o ilustre Professor ADILSON DE ABREU DALLARI, em parecer sobre o tema (fls. 289/325), mais precisamente as fls. 324, que: *“Pode a PETROBRÁS, em suas licitações, valer-se dos procedimentos licitatórios simplificados estabelecidos pelo Regulamento aprovado pelo*

*Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998, com fundamento no art. 67 da Lei nº 9.478/97, que, por sua vez, está perfeitamente conforme ao disposto no art. 173, § 1º, III, da Constituição Federal. Não pode ser inconstitucional o que está perfeitamente ajustado às normas, princípios, valores e objetivos da Constituição Federal, em sua redação atual”.*

Diferente não é a posição do culto Professor EROS ROBERTO GRAU, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, no parecer que formulou em 22/04/2002 (fls. 252/284), onde destacou a total legalidade do procedimento adotado pela ré-apelante e a obrigatoriedade da adoção das regras previstas no Procedimento Licitatório Simplificado nas licitações pela mesma realizadas, sublinhando, especificamente as fls. 284, que:

*“a PETROBRÁS pode e deve, em consonância com o artigo 67 da Lei 9.478/97, enquanto não expedido o estatuto jurídico da empresa pública, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica, previsto no § 1º do art. 173 da Constituição do Brasil, adotar como norma para seus contratos que venha a celebrar para a aquisição de bens e serviços as disposições do Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado aprovado pelo Decreto 2.745, de 24 de agosto de 1998; tanto o artigo 67 da Lei 9.478/97, quanto, o decreto, são plenamente constitucionais; a suposição de que esse regulamento deveria simplesmente reproduzir o teor das normas da Lei 8.666/93 é insustentável, porque francamente adversa ao disposto no § 1º do artigo 173 da Constituição;”*

Justamente acerca do “Procedimento Licitatório Simplificado” da ré-apelante, a ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO em recente manifestação, traduzida no parecer nº AC-



15 aprovado pelo Exmo. Sr. Presidente da República, publicado no DOU de 19/07/2004 (conf. Fls. 1.489), afirma que o referido Decreto é aplicável à mesma (a ré-apelante), sendo certo que o referido parecer (fls. 1.482/1.489), nos termos da Lei Complementar nº 73/1993, art. 40, parág. 1º, tem efeito vinculante no âmbito da Administração Federal, inclusive sobre o TCU e a Controladoria-Geral da União, assim se posicionando:

*“3) quanto à terceira questão – que também interessa à primeira – vigentes a Lei nº 9478/97, inclusive o seu art. 67, e o Decreto nº 2745/98, deve a PETROBRÁS aplicá-los e observá-los, salvo decisão judicial, na instância própria, pela inconstitucionalidade, visto como não é facultativa a observância da lei”.*

Assim, in casu, ao contrário do que afirma a autora-apelada, toda e qualquer licitação deflagrada pela ré-apelante na modalidade de “Carta-Convite”, além de exibir plena legalidade, traduz a efetiva simplificação do procedimento licitatório, expressamente autorizado pelo artigo 67, da Lei nº 9.478/1997, regulamentado pelo Decreto nº 2.745/1998, sendo pois de inteira admissibilidade e constitucionalidade, na medida em que não só permite a aceitação com rapidez da proposta mais vantajosa, mas também insere a mesma (a ré-apelante) no cenário da livre competição, segundo as condições do mercado que atua, situação que ocorre sem qualquer afronta, repita-se, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, isonomia e eficiência, princípios esses, aliás, claramente previstos no referido diploma (o Decreto nº 2.745/1998), até porque não se pode deixar de dotá-la de instrumentos que proporcionassem agilidade às suas licitações, pena de mantê-la em desigualdade com seus concorrentes.



Veja-se ainda que, na seqüência da equivocada extrapolação dos limites da lide, o Eg. Órgão Especial desta Corte, no Mand. de Seg. nº 1429/2001, de que foi Relator o eminente Des. Gama Malcher, manifestou-se em prol da tese da ré-apelante assentando o seguinte (fls. 237): *“Por outro lado a Lei nº 9.478 de 1997 excepcionou, para a Petrobras, o regime licitatório subtraindo-o do sistema comum da Lei 8666/93, permitindo que os contratos que ela celebre sejam precedidos de procedimento licitatório simplificado, definido pelo Decreto do Presidente da República e este, através do Decreto 2745/98 permite que tal empresa use o sistema de carta-convite, independentemente do valor do bem ou serviço licitado”*.

Ressalta a propósito o ilustre constitucionalista Professor LUÍS ROBERTO BARROSO, nas conclusões de seu parecer de fls. 1.961/1.991, que:

*“A. As sociedades de economia mista que exploram atividade econômica têm um regime diferenciado no âmbito da Administração Pública, tendo em conta as necessidades de flexibilidade, agilidade, competitividade e eficiência que se ligam de forma direta à razão de existência dessas entidades e ao interesse público que devem realizar. Um dos aspectos centrais desse regime diferenciado é justamente a disciplina das licitações e contratos aplicáveis a tais empresas. Essa diretriz, que já constava do texto original da Constituição de 1988, tornou-se ainda mais explícita após a Emenda Constitucional nº 19/98”*.

*“B. Não se vislumbra invalidade no art. 67 da Lei nº 9.478/97. A matéria por ele versada não está submetida à reserva de lei formal ou à reversa absoluta de lei. Ademais, a ação do Chefe do Executivo, na hipótese está vinculada a parâmetros constitucionais e legais, em particular*

*à estrutura geral do procedimento licitatório padrão previsto na Lei nº 8.666/93, que o Executivo deveria simplificar. Isso não significa, como parece evidente, que o Executivo deveria reproduzir o que dispõe a Lei nº 8.666/93, sob pena de sua ação ser inócua e não se prestar à sua finalidade.”*

*“C. No que diz respeito aos critérios fixados pelo Decreto nº 2.745/98 para a escolha das modalidades de licitação, eles se vinculam diretamente às suas finalidades constitucionais associadas à técnica da licitação: obtenção de melhor proposta para a Administração e garantia de tratamento isonômico a todos os interessados capazes de atender às necessidades do Poder Público. A utilização de um critério totalmente objetivo - como o previsto na Lei nº 8.666/93 – não é o único meio de realizar os fins constitucionais e, eventualmente, tendo em conta a complexidade da realidade sobre a qual deverá incidir, poderá até mesmo não ser um meio adequado. A existência de maior subjetividade não compromete, portanto, a validade do Decreto, mas impõe ao administrador o dever jurídico de racionalmente demonstrar que sua decisão foi a mais adequada para o interesse público no caso”.*

Logo, dentro de tais normas pode e deve a ré-apelante recusar, ou não convidar, determinadas empresas com vistas a participarem desse procedimento específico e breve, sobretudo quando se verifica que ditas empresas não preenchem os requisitos exigidos pelo “Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado”, aprovado pelo Decreto nº 2.745/1998, inclusive pela circunstância de não ser admissível que aquela (a ré-apelante), competindo há algum tempo em um mercado exigente e globalizado, não tenha instrumentos e

ferramentas livres e de maior alcance, apenas pelo fato de integrar a Administração Indireta, e permaneça atrelada a restrições licitatórias inexistentes para as companhias que com ela disputam no mesmo mercado nacional e internacional, não se podendo olvidar, ademais, que o citado “Regulamento” exige, na modalidade convite, a seleção de pelo menos três empresas do ramo pertinente ao objeto da licitação, número mínimo, aliás também estabelecido na Lei nº 8.666/1993 (art. 22, parág. 3º).

Muito embora a certeza do direito da ré-apelante, conforme antes demonstrado, verdade é que essas questões que o alicerçam, com ênfase para a possibilidade de utilização pela mesma do “Procedimento Licitatório Simplificado”, já foram enfrentadas e acolhidas, após prolatada a sentença ora recorrida, pelo Eg. STF na Ação Cautelar nº 1193-1-RJ, bem como, e em consequência, prejudicados restaram todos os incidentes processuais levados ao Colendo STJ, daí resultando que não mais persiste a tutela antecipada que fora ao início cassada e depois restabelecida e confirmada no decreto de sentença.

Como se vê de fls. 1.926/1.935, a 2ª Turma do STF, na Relatoria do Exmo. Min. Gilmar Mendes ao apreciar questão de ordem na aludida Ação Cautelar nº 1193-1-RJ, requerida pela aqui ré-apelante, que a possibilitou utilizar o “Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado” em suas licitações, pronunciou-se sobre o tema de fundo, estando o acórdão assim ementado:

*“EMENTA: Ação Cautelar. 2. Efeito suspensivo a recurso extraordinário admitido no Superior Tribunal de Justiça. 3. Plausibilidade jurídica do pedido. Licitações realizadas pela Petrobrás com base no Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado (Decreto nº 2.745/98 e Lei nº 9.478/97). 4. Perigo de dano irreparável. A*

*suspensão das licitações pode inviabilizar a própria atividade da Petrobrás e comprometer o processo de exploração e distribuição de petróleo em todo o país, com reflexos imediatos para a indústria, comércio e, enfim, para toda a população. 5. Medida cautelar deferida para conceder efeito suspensivo ao recurso extraordinário”.*

Extrai-se do voto do Ministro Relator, quando se remete a outra decisão também de sua relatoria, a seguinte passagem:

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

Inclusive posteriormente a essa decisão, a Corte Suprema, sob relatoria de outros Ministros, ratificou a conclusão alcançada pela 2ª Turma na Ação Cautelar nº 1.193-1-RJ, após julgar diversos Mandados de Segurança impetrados pela ré-apelante contra atos praticados pelo Tribunal de Contas da União, que suspendera licitações promovidas na modalidade “convite”, de acordo com a Lei nº 9.478/1997 e o Decreto nº 2.475/1998 (MS nº 25.888/DF – rel. Min. Celso de Mello; MS nº 25.986/DF – rel. Min. Ricardo Lewandowski; e MS nº 26.783/DF – rel. Min. Ellen Gracie).

Relativamente às perdas e danos, cujo pleito é formulado cumulativamente, considerando a improcedência do pedido ao qual se agrega, a indicar, por igual, o seu desacolhimento, bastante dizer que a condenação imposta a esse respeito à ré-apelante, no montante a ser apurado através de perícia e em quantitativo que represente os prejuízos suportados pela autora-apelada, por impossibilidade de participar das licitações acontecidas, é, data vênia, equivocada, não fosse o aspecto de que a Lei Substantiva Civil não alberga a figura do ressarcimento de danos hipotéticos.

Portanto, tratando-se de ação declaratória, em cúmulo com pleito de perda e danos, onde se almeja o reconhecimento e a declaração de nulidade do “Procedimento Licitatório Simplificado” adotado pela ré-apelante, improcedente se mostra, na hipótese, o pedido desse modo formulado.

Eis porque, máxima vênia, merece integral reforma a douda sentença de primeiro grau, já que não agiu o seu ilustre prolator com o costumeiro acerto.

À conta do acima exposto, dá-se provimento ao recurso para, reformando a ilustre sentença monocrática, julgar improcedente o pedido, invertidos os ônus sucumbenciais, fixados os honorários advocatícios, a teor do parág. 4º, do

3ª Câmara Cível  
Apelação Cível nº 34.495/2005

artigo 20 do CPC, no importe de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais).

Rio de Janeiro, 04 de dezembro de 2007

\_\_\_\_\_, Relator  
DES. ANTONIO EDUARDO F.DUARTE