

CENTRO UNIVERSITÁRIO VILA VELHA – UVV

CURSO DE DIREITO

JOSÉ AUGUSTO MACIEL VIDIGAL

**O CONTROLE EXTERNO EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE
CONTAS DA UNIÃO NA VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL: O CASO PETROBRÁS**

VILA VELHA-ES

2010

JOSÉ AUGUSTO MACIEL VIDIGAL

**O CONTROLE EXTERNO EXERCIDO PELO TRIBUNAL
DE CONTAS DA UNIÃO NA VISÃO DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL: O CASO PETROBRÁS**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Vila Velha – UVV, como requisito obrigatório para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Msc. Isabelle Baptista

VILA VELHA-ES

2010

JOSÉ AUGUSTO MACIEL VIDIGAL

**O CONTROLE EXTERNO EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE
CONTAS DA UNIÃO NA VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL: O CASO PETROBRÁS**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Vila Velha – UVV, como requisito obrigatório para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em 9 de junho de 2010

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof^ª. Msc. Isabelle de Baptista
Centro Universitário de Vila Velha – UVV

Prof^ª. Msc. Thaís Machado de Andrade
Centro Universitário de Vila Velha – UVV

RESUMO

Discutir e analisar a constitucionalidade e legalidade das licitações e contratos administrativos no âmbito da Petrobrás, realizadas atualmente com fundamento no artigo 67 da Lei nº 9.748/97 (Lei do Petróleo) e no Decreto nº 2.745/98 da Presidência da República. Eis o objetivo precípuo desse estudo. Acontece que o artigo 173, § 1º, inciso III, estabelece que esse regime jurídico de licitações e contratos administrativos diferenciado, só poderia ser estabelecido por lei de caráter geral para as empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividades econômicas, observados os princípios da Administração Pública. O Tribunal de Contas da União não aceita o decreto, tendo declarado a sua inconstitucionalidade. Porém o STF, em sede de liminares em mandado de segurança, tem permitido, em casos concretos, que a Petrobrás licite por meio do decreto. Além disso, realizou-se nesse estudo uma análise comparativa entre as inovações trazidas pelo Decreto nº 2.745/98 em confronto com os ditames da Lei nº 8.666/93, ressaltando suas principais diferenças, especialmente no que tange à discricionariedade e subjetividade conferida ao gestor público na condução das licitações e contratos administrativos por intermédio do referido decreto. Nesse contexto, há várias questões a serem respondidas tais como: a Petrobrás vem desrespeitando a CRFB/88, a Lei nº. 8.666/93 e o TCU, em regra, com amparo de decisões do STF? Há um desrespeito à lei e à Constituição? Há um desrespeito institucional? É factível a Petrobrás, diante da sua realidade empresarial, seguir a atual Lei de Licitações? Por que não se publica uma Lei de Licitações para empresas públicas e de economia mista, conforme previsão do art. 173, § 1º, Inciso III, da Constituição Federal? Para atingir esses objetivos, foi realizado um estudo de caso com base em pesquisa de campo em processos que tramitam no Tribunal de Contas da União a respeito do assunto, considerando principalmente a documentação acostada nesses autos, mormente, pareceres de juristas, de especialistas, de autoridades públicas, bem como de julgados do Tribunal de Contas da União – TCU e do Supremo Tribunal Federal – STF, sem perder de vista o ainda incipiente posicionamento da doutrina especializada no tema.

ABSTRACT

Discuss and analyze the constitutionality and legality of bids and administrative contracts made by Petrobrás, currently held under Article 67 of Law 9.748/97 (Petroleum Act) and Decree 2.745/98 presidency. This is the main objective of this study. It turns out that article 173, § 1, III, states that the different legal regime of bids and contracts, could only be established by law of a general nature for public companies and joint stock companies that explore economic activities following the principles public administration. The Court of Audit does not accept the decree, having declared its unconstitutionality. But the Supreme Court, at first, allowed in specific cases, that Petrobrás incrementally bid by the decree. In addition, we performed a comparative analysis of the innovations introduced by the Decree 2.745/98, compared with the dictates of the Law 8666/93, highlighting their differences, especially in relation to subjectivity and the discretionary power given to government officials in carrying out the bidding and procurement through this administrative decree. In this context, there are several questions to be answered, which are Petrobrás's disrespecting the CRFB/88, Law 8666/93 and the Court of Audit, as a rule, based on decisions of the Supreme Court?, There's a disrespect for the law and the Constitution? There is an institutional failure? To Petrobrás is feasible, taking into account their reality business following the Bidding Law today? why not publish a bidding Law for public companies and mixed economy, as foreseen in art. 173, § 1, item III of the Constitution? For achieving these objectives, we conducted a case study based on field research in cases being processed in the Court of Auditors on the matter, especially considering the documentation anchored in the present case, in particular, the opinions of lawyers, experts, public authorities and judged by the Court of Audit and the Supreme Court, without losing sight of the positioning of the nascent doctrine that specializes in the subject.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. O DIREITO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO NO BRASIL	9
2.1 – AS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO.....	9
2.1.1 – NATUREZA JURÍDICA DA LICITAÇÃO	11
2.1.2 – DISCIPLINA NORMATIVA DA LICITAÇÃO.....	12
2.1.3 – DESTINATÁRIOS DA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	13
2.2 – AS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ADMINISTRATIVOS EM FACE DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA	14
3. AS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NO ÂMBITO DA PETROBRÁS	19
3.1 – LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NA PETROBRÁS.....	19
3.2 – CONFRONTO ENTRE A LEI Nº 8.666/93 E O DECRETO 2.745/98	20
4. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE E (I)LEGALIDADE DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS REALIZADOS PELA PETROBRÁS.....	25
4.1 – A DIVERGÊNCIA INSTITUCIONAL ENTRE O POSICIONAMENTO DO TCU E O ENTENDIMENTO PRELIMINAR DO STF	25
4.2 – O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO	29
4.3 – ENTENDIMENTOS SOBRE A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.478/97 E DO DECRETO 2.745/98.....	34
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	53
6. REFERÊNCIAS.....	57
APÊNDICE – DECRETO Nº 2.745/98.....	60

1. Introdução

Discutir e analisar a constitucionalidade e legalidade das licitações e contratos administrativos realizados pela Petrobrás, realizadas atualmente com fundamento na Lei nº 9.748/97 (Lei do Petróleo) e no Decreto nº 2.745/98 da Presidência da República. Eis o objetivo precípua desse estudo, explanado no capítulo quatro deste trabalho.

Outrossim, no capítulo três, como objetivo mediato realizou-se uma análise comparativa entre as inovações trazidas pelo Decreto nº 2.745/98 em confronto com os ditames da Lei nº 8.666/93, ressaltando suas principais diferenças, especialmente no que tange à discricionariedade e subjetividade conferida ao gestor público na condução das licitações e contratos administrativos por intermédio do referido decreto.

Porém, antes de atingir esses objetivos, entendeu-se como imperioso, no capítulo dois da monografia, situar o leitor a respeito do atual regime de licitações e contratos administrativos vigente no ordenamento jurídico-administrativo brasileiro e sua evolução, ante o novo viés de natureza econômica aplicável às empresas estatais que explorem atividade de produção ou de comercialização de bens ou de prestação de serviços, promovido por alterações constitucionais que quebraram o monopólio do petróleo e instituíram a reforma administrativa do Estado brasileiro.

Nesse contexto, realizou-se um estudo de caso com base em pesquisa de campo em processos que tramitam no Tribunal de Contas da União a respeito do assunto, considerando principalmente a documentação acostada nesses autos, mormente, pareceres de juristas, de especialistas, de autoridades públicas, bem como de julgados do Tribunal de Contas da União – TCU e do Supremo Tribunal Federal – STF, sem perder de vista o ainda incipiente posicionamento da doutrina especializada no tema.

A relevância desse trabalho consiste na intenção de trazer à tona a discussão e análise das implicações jurídicas do novo arcabouço legal vigente que possibilitou a flexibilização do regime de licitações e contratos administrativos para as empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas

subsidiárias que explorem atividade econômica, a partir da concessão de medida cautelar do STF que suspendeu, em sede de liminar em mandado de segurança, os efeitos da primeira decisão do TCU que declarou inconstitucionais, *in concreto*, o art. 67 da Lei nº 9.784/97 e o Decreto nº 2.745/98, determinando à Petrobrás que, doravante, realizasse suas licitações por meio da Lei nº 8.666/93, sob pena de considerá-las irregulares, implicando na responsabilização pessoal dos agentes que lhes derem causa.

2. O Direito Administrativo Econômico no Brasil

Antes de adentrar no escopo principal do trabalho – que é o estudo de como hodiernamente vem sendo operacionalizadas as licitações e contratos administrativos no âmbito da Petrobrás, considerando os seus aspectos legais e constitucionais – se faz necessário situar o leitor sobre o tema licitações e contratos administrativos no ordenamento jurídico-administrativo brasileiro e a sua evolução em face dos princípios gerais da atividade econômica dispostos no Título VII, Capítulo I, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Nesse contexto, propõem-se a apresentar o regramento geral de licitações e contratos administrativos que deve ser aplicado pela administração direta, indireta, que incluem as autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias, conforme disposição do art. 22, inciso XXVII e do art. 37, XXI, ambos da Constituição Federal, bem como o regramento especial previsto pelo art. 173, § 1º, da Constituição, após as alterações providas pela Emenda Constitucional nº 9/95, responsável pela quebra do monopólio do petróleo, e pela E.C. nº 19/98, que instituiu a chamada reforma administrativa do Estado que, entre outras medidas, possibilitou o regime de licitação diferenciado para as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica.

2.1 – As licitações e contratos administrativos no regime jurídico administrativo brasileiro

Nesse tópico abordar-se o regime jurídico geral de licitações e contratos administrativos vigente no Brasil na forma prevista na Lei nº 8.666/93.

A Administração pública tem como fim primordial o alcance do interesse público. Isso significa que em todos os seus atos e contratos esse objetivo deve ser buscado, tanto na sua atividade fim – prestação do serviço público em si mesmo, quanto na sua atividade meio, qual seja, nos contratos que firma para a realização de obras, prestação de serviços, fornecimento de bens, execução de serviços públicos, locação de imóveis etc.

Enquanto os particulares têm de ampla liberdade na contratação de obras, bens e serviços, a Administração pública para fazê-lo deve respeitar uma série de princípios constitucionais, como os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, isonomia, probidade administrativa, ampla defesa, além de outros previstos na legislação ordinária, tais como a vinculação ao instrumento convocatório, adjudicação compulsória, julgamento objetivo e, ainda assim, respeitados todos esses preceitos, selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Ademais, quando a Administração adquire os bens e serviços necessários para o bom funcionamento da máquina pública, com o propósito de atingir essa finalidade pública, também tem de se valer de procedimentos adequados, ou seja, comprar com o máximo de qualidade, realizável com o menor dispêndio possível. Com efeito, esse é o significado de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.

Na denominada atividade meio, devem existir critérios objetivos, definidos em lei, com ênfase principal na isonomia e melhor proposta de preço, buscando preservar sempre a qualidade, dentro de um patamar aceitável, dos bens e serviços contratados.

Assim, decidiu o Pleno do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 1998), valorizando a igualdade entre os partícipes da licitação nestes exatos termos: *“o procedimento licitatório há de ser o mais abrangente possível, dando azo à participação do maior número possível de concorrentes. A escolha final há de recair sempre na proposta mais vantajosa para a Administração.”*

Para Carvalho Filho (2007, p. 209), não poderia a lei deixar ao exclusivo critério do administrador público a escolhas dos contratados, pois, nesse caso, é fácil prever que haveria margem a escolhas direcionadas de acordo com interesses particulares daqueles responsáveis pelas contratações, prejudicando assim a coletividade, verdadeira titular do poder de dispor do patrimônio público.

Em suma, a licitação tem como objetivo precípua evitar todos os riscos de conluio e malversação do dinheiro público, sendo um procedimento anterior à contratação, permitindo que vários concorrentes ofereçam suas propostas, podendo a Administração escolher, respeitadas as várias condicionantes legais

e constitucionais, aquela mais vantajosa, tendo em vista sempre o interesse público.

2.1.1 – Natureza jurídica da licitação

A licitação é um procedimento administrativo vinculado por meio do qual a Administração Pública, direta e indireta, e os entes por ela controlados escolhem a melhor proposta entre as oferecidas por vários interessados com objetivo de celebração de contrato.

A doutrina brasileira conceitua a licitação de forma semelhante, a seguir traz-se à colação conceitos exarados por doutrinadores pátrios, *verbis*:

[...] **procedimento administrativo** mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Visa proporcionar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fato de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. É o meio técnico-legal de verificação das melhores condições para a execução de obras e serviços, compra de materiais e alienação de bens públicos. Realiza-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, sem a observância dos quais é nulo o procedimento, e o contrato subsequente. MEIRELLES (1999, p. 246, grifamos).

[...] **procedimento administrativo** pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais se selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato. DI PIETRO (2003, p. 299, grifamos).

[...] **procedimento administrativo** vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico. CARVALHO FILHO (2007, p. 2009, grifamos).

Consoante Etrera Cuesta (apud CARVALHO FILHO, 2007, p.210), tal procedimento constitui-se em *“conjunto ordenado de documentos e atuações que servem de antecedente e fundamento a uma decisão administrativa, assim como às providências necessárias para executá-la.”*

Assim, podemos concluir que a **natureza jurídica da licitação é a de procedimento administrativo com fim seletivo.**

2.1.2 – Disciplina normativa da licitação

Nesse tópico será abordado o arcabouço legal relativo à licitação existente no Brasil.

A Constituição vigente referiu-se expressamente à licitação, estabelecendo no art. 22, inc. XXVII, ser da competência privativa da União Federal legislar sobre *“normas gerais da licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido ao disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”*, conforme redação dada pela EC 19/98.

Além desse mandamento, a Constituição (BRASIL, 2008) também enunciou o princípio da obrigação de licitação. No art. 37, XXI, estabelece que, fora os casos expressos em lei, *“as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”*.

Diz a inteligência do art. 22, XXVII, da CF que, sendo da competência privativa da União legislar sobre normas gerais, aos Estados, Distrito Federal e Municípios será lícito legislar sobre normas específicas. A lei reguladora das licitações é a Lei nº 8.666/93, de 21/6/1993 – Estatuto dos Contratos e Licitações, sendo pois, a mesma legislação que disciplina os contratos administrativos.

Além da Lei nº 8.666/93, que é o Estatuto geral das licitações, foi editada, posteriormente, a Lei nº 10.520, de 17/7/2002 (antecedida de várias medidas provisórias reeditadas), que passou a regular a nova modalidade de licitação – o pregão. A referida lei, por conseguinte, tem caráter especial diante do Estatuto, eis que disciplina especificamente nova modalidade licitatória, sendo de acrescentar que, por isso mesmo, incidem sobre essa modalidade, no que couber, as regras da lei geral. Tem o Estatuto Geral de Licitações, portanto, caráter supletivo em relação ao novo diploma do pregão.

2.1.3 – Destinatários da Lei de Licitações e contratos administrativos

Sujeitam-se às normas da Lei nº 8.666/93 (Estatuto de Licitações e contratos administrativos) as pessoas integrantes da república federativa brasileira (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), que formam a administração direta, assim como todos os órgãos administrativos dos Poderes Legislativo e Judiciário, dos Tribunais de Contas e do Ministério Público, de todas as referidas pessoas federativas, conforme dispõe o art. 117 do Estatuto. São também alcançadas pela disciplina do estatuto as entidades integrantes da administração indireta.

Entretanto, no que concerne a empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividades econômico-empresariais, é preciso conciliar o art. 37, XXI, da CF/88 e o art. 1º, parágrafo único, da Lei de Licitações e contratos administrativos, com o art. 173, § 1º, CF/88. É que os referidos entes, embora integrantes da Administração Indireta, podem desempenhar operações peculiares, de nítido caráter econômico, que estão vinculadas aos próprios objetivos da entidade; são atividades-fim dessas pessoas. Nesse caso, é imperioso reconhecer a inaplicabilidade do Estatuto por absoluta impossibilidade jurídica. Para as atividades-meio, contudo, deverá incidir normalmente a Lei nº 8.666/93.

Porém, em virtude da necessidade de distinguir tais situações, sobretudo porque órgãos públicos ou entes prestadores de serviços públicos não podem receber o mesmo tratamento dispensado a pessoas paraestatais voltadas para as atividades econômicas, a Emenda Constitucional nº19/98, alterando o art. 173, § 1º, da CF, admitiu que lei venha a regular especificamente a contratação e as licitações relativas às empresas públicas, sociedades de economia mista suas subsidiárias que explorem atividade econômica, observados os princípios gerais da Administração pública.

Assim, nova disciplina sobre a matéria, específica para as empresas estatais e suas subsidiárias que explorem atividade econômica, deverá ser estabelecida em lei própria, havendo, por conseguinte, a derrogação da Lei nº 8.666/93, na parte que se refere à aplicabilidade de suas normas sobre as empresas públicas e de economia mista que operem nesse ambiente concorrencial.

Deduz-se da Emenda Constitucional nº 19/98 (EC 19/98) que o novo e especializado Estatuto de Licitações e Contratos deverá ter caráter genérico e suas normas gerais deverão ser da competência privativa da União, cabendo a Estado, Distrito Federal e Municípios a criação de normas suplementares para atender suas peculiaridades.

2.2 – As licitações e contratos administrativos em face dos princípios gerais da atividade econômica

É importante avaliar os imperativos sociais e econômicos que motivaram as alterações constitucionais que possibilitam a instauração de um novo regime jurídico-administrativo para as licitações e contratos administrativos no país, bem como as premissas constitucionais e legais para a sua implementação.

A ordem econômica constitucional delimitada nos artigos 170 a 181 CF, baseada no valor do trabalho humano e na livre iniciativa, garante a todos o exercício livre de quaisquer atividades econômicas, independente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos expressamente em lei.

Nesse contexto, estão presentes princípios-valores tais como: soberania nacional, propriedade privada, livre concorrência, função social da propriedade, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, além de outros que se caracterizam como de natureza programática como: reduções das desigualdades regionais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte (alterada pela EC n. 6/95).

A partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98, foi alterada a redação do § 1º do art. 173, estabelecendo no inciso III que a lei estabelecerá estatuto jurídico da empresa pública, sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, que explorem atividade econômica, dispondo sobre a licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.

Interpretando-se a inovação trazida pela EC 19/98, podemos concluir que o legislador promoveu uma possibilidade flexibilização do regime jurídico das empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica no que diz respeito à possibilidade de que essas empresas estatais pudessem ter uma lei própria de licitações e contratos administrativos com objetivo de torná-las mais aptas para atuar em um ambiente econômico, concorrencial, mais ágil, de livre iniciativa, o qual não se coaduna com os procedimentos morosos e complexos previstos para a Administração Pública *stricto sensu*, haja vista o seu dever de transparência, isonomia e de utilização eficiente dos escassos e disputados recursos orçamentários.

Para Hely Lopes Meirelles (1999, p. 328) as empresas estatais que exploram atividade econômica merecem um tratamento diferenciado daquele a que se submetem as suas congêneres, prestadoras de serviços públicos, por atuarem em um regime jurídico assemelhado aos das empresas privadas, *verbis*:

Quanto à contratação de obras, serviços e compras, assim como à alienação de seus bens, as empresas estatais *prestadoras de serviços públicos* ficam sujeitas à *licitação*, nos termos da Lei nº 8.666/93, podendo ter regulamentos próprios, aprovados pela autoridade superior e publicados, que estabeleçam um procedimento adequado às suas finalidades, com observância dos preceitos básicos da lei (art. 119). De igual forma, os contratos por elas celebrados são *contratos administrativos*, em tudo semelhantes aos efetuados pelos órgãos da Administração direta. Com relação às empresas que *exploram atividade econômica* a licitação e a contratação ficarão sujeitas aos *princípios* da Administração Pública, nos termos do seu **futuro estatuto jurídico** (CF, art. 173, § 1º, III, com redação da EC 19/98), que, evidentemente **não deve impor as mesmas restrições previstas para as sua congêneres prestadoras de serviços públicos, sob pena de contrariar o preceito constitucional de que o regime jurídico de tais entidades deve ser assemelhado aos das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias** (CF, art. 173, § 1º, grifos nossos)

Na mesma linha vai o pensamento de José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 213), *verbis*:

Em virtude, porém, da necessidade de distinguir tais situações, sobretudo porque órgãos públicos ou prestadores de serviços públicos não podem receber o mesmo tratamento dispensado a pessoas paraestatais voltadas para o desempenho de atividades econômicas, a Emenda Constitucional nº 19/98, alterando o art. 173, § 1º, da CF, admitiu que a lei venha regular especificamente a contratação e as licitações relativas às empresas públicas e

sociedades de economia mista, observados os princípios gerais desses institutos. Significa que nova disciplina sobre a matéria, específica para essas pessoas administrativas, será estabelecida em lei própria, seguindo-se em consequência, que a lei nº 8.666/93 sofrerá derrogação no que toca à aplicabilidade de suas normas sobre as referidas entidades. A nova lei deverá ter caráter genérico e suas normas gerais deverão ser da competência privativa da União, cabendo a Estados, Distrito Federal e Municípios a criação de normas suplementares para atender a suas peculiaridades.

Entretanto, para que essas empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, que explorem atividade econômica, possam ter a prerrogativa de se utilizar de regramento alternativo ao previsto na Lei nº 8.666/93 é necessário que haja um estatuto jurídico único para a espécie, instituído por meio de lei geral.

Para Di Pietro (2003, p. 394) essa é uma condição imprescindível para que tenham a possibilidade de licitar e contratar por meio de outro instrumento jurídico diverso do previsto na Lei de Licitações e contratos administrativos então vigente:

Com essa alteração, abriu-se ensejo a que se estabeleçam normas sobre licitação e contratos diferentes para estatais. Enquanto não for estabelecido o estatuto jurídico previsto no art. 173, § 1º, continuam a aplicar-se as normas da Lei nº 8.666/93, já que o dispositivo constitucional não é auto-aplicável.

Para Bandeira de Mello (2003, p. 491-492), de fato, não restam dúvidas de que as empresas estatais e suas subsidiárias que explorem atividades econômicas, a partir da EC 19/98, terão a prerrogativa de licitar por meio de um estatuto jurídico próprio, criado a partir da edição de lei própria para esse fim.

Mais do que isso, Bandeira de Mello (2003, p. 491-492) enfrenta o problema de imediato, trazendo ao lume a problemática nestes termos: *“mesmo hoje, merece certa detença é a de se saber se sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica estão ou não sujeitas ao dever de licitar.”*

Concluiu o esse eminente estudioso que sim (2003, P. 491), eis que, por enquanto, apesar de a Constituição as declarar sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, o art. 37, XXI, da CF, atinente à licitação, não faz nenhuma ressalva quanto a excepcioná-las do dever de licitar com base no regramento

atual, pelo fato de atuarem em um ambiente próprio de empresas privadas e/ou de serem exploradoras de atividade econômica.

A despeito da produção doutrinária, é de bom alvitre, para situar o tema no âmbito de uma perspectiva mais concreta, informar sobre o julgamento de Medida Cautelar em Mandado de Segurança – MS 25.888 MC/DF, da lavra do Ministro Gilmar Mendes (STF, 2006), no qual se decidiu liminarmente, sobre a possibilidade de não sujeição de uma empresa de economia mista a lei atual de licitações e contratos administrativos, *in verbis*:

[...] Dessa forma, embora submetidas ao regime de monopólio da União, as atividades de pesquisa, lavra, refinação, importação, exportação, transporte marítimo e transporte por meio de conduto (incisos I a IV do art. 177), podem ser exercidas por empresas estatais ou privadas num âmbito de livre concorrência. A hipótese prevista no art. 177, § 1º, da CRFB/88, que relativizou o monopólio do petróleo, remete à lei a disciplina dessa forma especial de contratação. A Lei nº 9.478/97, portanto, disciplina a matéria. Em seu artigo 67, deixa explícito que "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". A matéria está regulamentada pelo Decreto nº 2.745, de 1998, o qual aprova o regulamento licitatório simplificado da Petrobrás. A submissão legal da Petrobrás a um regime diferenciado de licitação parece estar justificada 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.

Com efeito, a decisão do pretório enfatiza a questão da exploração de atividade econômica pela empresa estatal diante do permissivo constitucional previsto no art. 173, § 1º, III, da Carta Magna. Até aí, entendemos que não há o que ressaltar.

Entretanto, segue o ilustre ministro-relator remetendo o caso para disciplina legal (Lei do Petróleo) e infralegal (Decreto Simplificado de Licitações da Petrobrás), olvidando que a matéria está delineada em nível constitucional por uma norma de eficácia limitada, como é o art. 173, § 1º, inciso III, de forma que até a edição de uma lei geral instituidora do estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividades econômicas, não há permissivo para que essas empresas se vejam descompromissadas, tomando emprestadas as palavras do excelentíssimo

relator no excerto supra, das “regras rígidas de licitação e contratação da Lei nº 8.666/93.”.

Toda a mudança de paradigma legal requer um esforço de interpretação. De fato, há sobre o tema das licitações e contratos administrativos na Petrobrás uma grande controvérsia entre aplicadores, estudiosos, doutrinadores e posicionamentos por enquanto divergentes, ainda que em caráter preliminar, entre a Corte de Contas e o Poder Judiciário, embora exista uma sinalização favorável deste último em prol da constitucionalidade do Decreto de Licitações da Petrobras.

Com efeito, não podemos desprezar a importância dessa empresa estatal para a economia nacional pela sua magnitude econômica e estratégica, porém não podemos também olvidar do quanto é caro e imprescindível o respeito incondicional às leis e à Constituição em um Estado Democrático de Direito.

3. As licitações e contratos administrativos no âmbito da Petrobrás

Nesse capítulo apresenta-se a evolução do modelo de licitação na Petrobrás, desde a época que a empresa operava como detentora do monopólio de exploração do petróleo e submetia-se aos ditames da Lei nº 8.666/93 até os dias atuais em que se findou tal monopólio, o que justifica a existência de um estatuto jurídico apropriado para a exploração econômica em um regime de livre concorrência.

A grande questão que também se impõe é a verificação da adequação da Lei 9.784/97 e do Decreto nº 2.745/98, abstraindo-se nesse momento da questão de sua constitucionalidade, como instrumentos apropriados para suprir a lacuna da inexistência do estatuto jurídico previsto na forma disposta no art. 173, § 1º da Constituição Federal.

Nesse mister, entendemos como interessante fazer um confronto comparativo entre a Lei nº 8.666/93 e o Decreto nº 2.745/98, visando principalmente evidenciar o alcance dos princípios da Administração Pública previstos no art. 37, *caput*, da Carta Magna no diploma de licitações exclusivo da Petrobrás, trazendo à reflexão a sua viabilidade técnica de galgar os requisitos para desenhar-se como o estatuto previsto na Constituição pela Emenda Constitucional nº 19/98.

3.1 – Licitações e contratos administrativos na Petrobrás

Com a edição da EC nº 19/2008 houve importante reforma administrativa com fundamento no Plano de Reforma do Estado, visando revolucionar os fundamentos da Administração Pública Brasileira, passando de um modelo predominantemente burocrático (tipos ideais de Max Weber) para uma administração gerencial.

Apesar dessa mudança de paradigma, não se pode afirmar se a partir desse momento as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias exploradoras de atividade econômica ficaram integralmente submetidas ao regime próprio das empresas privadas. Para Justen Filho (2004,

p. 22) a EC nº 19/98 não foi suficiente para alterar o regime jurídico de licitações e contratos administrativos dessas empresas, sendo condição necessária para esse fim a existência de uma nova lei de licitações e contratos administrativos.

Para esse doutrinador, a Petrobras, por se tratar de sociedade de economia mista, possui natureza essencial das chamadas empresas estatais. Essas empresas, como instrumentos de ação estatal, são a *longa manus* da Administração Direta. Por isso, o regime jurídico a elas aplicado, em última instância, é o público, ainda que mitigado por contornos de direito privado.

Assim, a Petrobrás é uma entidade de direito privado por imposição legal, sob a égide da Lei das Sociedades Anônimas, tendo, por sua natureza, empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e observando as regras semelhantes às do setor privado. Portanto, o seu regime jurídico é híbrido, haja vista ser exigida a prestação de contas ao Tribunal de Contas da União – TCU, a realização de concurso público e de licitações, bem como a observância dos princípios insculpidos no art. 37 da Constituição da República.

Não obstante, a partir do permissivo do art. 67 da Lei nº 9.478/97, a Petrobrás passou a utilizar o Decreto nº 2.745/98 como seu estatuto jurídico próprio de licitações e contratos administrativos em substituição à Lei nº 8.666/93.

3.2 – Confronto entre a Lei nº 8.666/93 e o Decreto nº 2.745/98

A despeito da controvérsia acerca da constitucionalidade do Decreto n.º 2.745/98 e, por conseqüência, do Regulamento Licitatório Simplificado da Petrobras, nesse momento entende-se como oportuno realizar um análise comparativa entre esse normativo e a Lei n.º 8.666/93.

Vários dispositivos do regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto n.º 2.745/98 inovam se comparados à Lei nº 8.666/93, em afronta ao princípio da reserva legal. A seguir, de forma apenas exemplificativa, destacam-se algumas dessas inovações:

a) criação de novas hipóteses de dispensa e inexigibilidade previstas nos subitens 2.1 e 2.3 do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto n.º 2.745/98;

b) desvinculação do valor estimado da contratação para a definição das modalidades de licitação previstas nos subitens 3.1.1 a 3.1.5 e 3.3 do Decreto n.º 2.745/98;

c) eliminação da obrigatoriedade de extensão do convite aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas, conforme previsto no subitem 3.1.3 do Decreto n.º 2.745/98, em afronta aos princípios da impessoalidade e da isonomia;

d) possibilidade de definir representante comercial exclusivo como aquele único inscrito no registro de licitantes da Petrobrás, embora existam outros fornecedores no mercado, segundo o disposto no subitem 2.3.2 do Decreto n.º 2.745/98, em afronta aos princípios da impessoalidade e da isonomia;

e) instituição da espécie de licitação “de melhor preço”, em vez da “de menor preço”, de acordo com o subitem 3.2 Decreto n.º 2.745/98;

f) redefinição das formas de dar publicidade aos certames licitatórios, consoante estabelecido nos subitens 5.3, 5.4, 5.5, e 5.6 do Decreto n.º 2.745/98, em desrespeito ao princípio da publicidade;

g) limitação da publicidade do convite aos convocados da Petrobrás, sem a exigência de fixação da carta-convite em local apropriado, com a finalidade de estender o convite aos demais interessados cadastrados na correspondente especialidade, conforme o subitem 3.1.3 do Decreto n.º 2.745/98, em afronta aos princípios da publicidade e da isonomia;

h) possibilidade de negociação com o licitante vencedor em busca do melhor preço e da proposta mais vantajosa para a Petrobras.

Além disso, é importante ressaltar o alto grau de discricionariedade e subjetividade outorgada ao administrador público na contratação com amparo no Decreto nº 2.745/98, eis que esse regulamento aboliu os limites pecuniários para escolha da modalidade de licitação, *ex vi* do disposto no subitem 3.3 do Regulamento (BRASIL, 1998), *verbis*:

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

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

Ademais, vale destacar que a lista do subitem 3.3 do regulamento é exemplificativa, o que avulta ainda mais a enorme discricionariedade conferida ao administrador para escolha da modalidade de contratação a ser adotada.

Em relação a esse tema da discricionariedade do administrador público e a permissividade do regulamento de licitações da Petrobrás, é interessante trazer à colação dados de licitações dessa estatal informados e analisados por Cláudio Weber Abramo – Diretor Executivo em nível nacional da associação civil sem fins lucrativos Transparência Brasil – em excerto de recente artigo publicado em seu blog:

Diferentemente de qualquer outra estatal, a Petrobras tem um regulamento próprio de licitações. Uma lei especial foi promulgada para isso. Embora seja considerado internacionalmente um bom regulamento, é muito mais permissivo do que a lei de licitações que governa o resto do poder público, a Lei nº 8.666/93.

Um indício disso vem da análise dos contratos que a empresa firma. Tomando-se apenas o ano de 2009, até a semana passada, e limitando a atenção aos contratos de serviços, a Petrobras empenhou nada menos de R\$13.043.565.125,69. Treze bilhões de reais. Conforme a modalidade de licitação, esse dinheiro se distribuiu da seguinte maneira:

Modalidade de Licitação	Total (R\$)
-------------------------	-------------

Leilão	31.324.130,00
Convênios	206.409.842,92
Dispensa	776.439.045,42
Inexigibilidade	873.028.521,41
Convite	5.330.652.611,14
Inaplicabilidade	5.825.710.974,80
Total	13.043.565.125,69

Convênios, Dispensas, Inexigibilidades e Inaplicabilidades correspondem a contratações não submetidas a processo concorrencial. Alguém decide que a empresa fulana será contratada e assim fica. No agregado, isso dá cerca de R\$ 7,7 bilhões, mais da metade do que a Petrobras contratou como serviços este ano.

Uma proporção tão elevada de contratações sem processo concorrencial levanta naturais indagações a respeito de como foram feitas. (ABRAMO, 2009)

Nesse contexto, qualquer motivo pode ser alegado para justificar a utilização de determinada modalidade, haja vista a extrema subjetividade das situações elencadas no decreto, não havendo correlação direta e objetiva entre as situações possíveis, especialmente no aspecto monetário, e as modalidades que a elas se enquadram.

Com efeito, ao assim estipular, o Decreto nº 2.745/98 desvirtuou completamente do espírito do legislador quando disciplinou essa matéria na elaboração da Lei nº 8.666/93, eis que nesta oportunidade foram estabelecidos parâmetros objetivos para escolha da modalidade, afastando, assim, qualquer grau de subjetividade e discricionariedade na concretização desse normativo.

Obviamente, o legislador não desejava que o gestor detivesse liberdade para adoção da modalidade ao seu livre juízo. Vale lembrar que, no ordenamento jurídico-administrativo pátrio, ao administrador só é permitido fazer o previsto na lei, o Decreto nº 2.745/98 – repise-se, ato normativo do Poder Executivo – violou esse princípio legal.

De certo, hoje, o espírito do legislador não será o mesmo da época da edição da Lei nº 8.666/93 caso venha a editar o estatuto de licitações e contratos administrativos previsto na atual redação do art. 173, § 1º, da Constituição, haja vista o tratamento especial e diferenciado conferido às empresas estatais que explorem atividade econômica. Entretanto, não é razoável imaginar que esse futuro estatuto seja dotado de tamanha permissividade, discricionariedade e subjetividade como se apresenta no Decreto nº 2.745/98.

Uma pergunta colocada no bojo do projeto de monografia que deu origem a este trabalho, ante a tamanha controvérsia em relação à constitucionalidade do Decreto nº 2.745/98, foi a seguinte: por que não se edita uma lei geral de licitações na forma aludida no art. 173, § 1º, inciso III, da Constituição? Talvez essa questão esteja respondida nesse capítulo com outra pergunta, qual seja, que entidade sujeita a um estatuto jurídico de licitações tão permissivo como o do Decreto nº 2.745/98 se renderia ao risco de perder sua zona de conforto? Isto é, da faculdade de licitar e contratar da forma que melhor lhe convier.

4 – A (in)constitucionalidade e (i)legalidade das licitações e contratos administrativos realizados pela Petrobrás

Neste tópico analisar-se-á as implicações jurídicas do novo arcabouço legal das licitações e contratos administrativos a partir da Emendas Constitucionais nºs 9/95 e 19/98, em especial no que tange à constitucionalidade das alterações normativas ocorridas.

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98, foi alterada a redação do § 1º do art. 173, sendo estipulado no inciso III, que a lei estabelecerá estatuto jurídico da empresa pública, sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, que explorem atividade econômica, dispondo sobre a licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.

Nessa inovação trazida pela EC 19/98 o legislador promoveu uma possibilidade flexibilização do regime de jurídico das empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica, passando essas empresas estatais a ter possibilidade de dispor de lei própria versando sobre suas licitações e contratos administrativos, com objetivo de torná-las mais aptas para atuar em um ambiente econômico, concorrencial, mais ágil, de livre iniciativa, o qual não se coaduna mais com os morosos e complexos procedimentos previstos para a Administração Pública *stricto sensu*.

Nesse contexto, foi editado o Decreto nº 2.745/98, aproveitando-se de um comando já existente na Lei nº 9.478/97 (Lei do Petróleo), que proporcionou à Petrobrás condições mais favoráveis, do que as previstas na Lei nº 8.666/93, para efetuar suas licitações e contratos administrativos.

4.1 – A divergência institucional entre o posicionamento do TCU e o entendimento preliminar do STF

Nesse tópico damos enfoque às principais decisões do Tribunal de Contas da União – TCU e do Supremo Tribunal Federal – STF que inauguraram a

controvérsia sobre o regime jurídico de relativo às licitações e contratos administrativos a ser seguido pela Petrobrás.

Por meio da Decisão nº 663/2002-Plenário (TCU, 2002), prolatada no âmbito da instrução e julgamento do Processo nº TC 016.176/2000-5 e publicada no Diário Oficial da União em 24/06/2002, iniciou-se toda a celeuma sobre a possibilidade de a Petrobrás utilizar-se do Decreto nº 2.745/98 para efetuar suas licitações e contratos administrativos.

Nesse *decisum* foi determinado à Petrobrás pelo Tribunal de Contas da União, com amparo no art. 71, IV, da Constituição Federal c/c art. 43, II, da Lei nº 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU), *verbis*:

8.1. determinar à Petrobrás que se abstenha de aplicar às suas licitações e contratos administrativos o Decreto nº 2.745/98 e o artigo 67 da Lei nº 9.478/97, em razão de sua inconstitucionalidade, e observe os ditames da Lei nº 8.666/93 e o seu anterior regulamento próprio, até a edição da lei de que trata o § 1º do artigo 173 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional 19/98;

8.2. aceitar como legítimos os procedimentos praticados, no âmbito da Petrobrás, com arrimo nas referidas normas, ante a presunção de legalidade então operante;

8.3. dar ciência à Petrobrás do entendimento consignado no item 8.1 retro, alertando-a de que os atos doravante praticados com base nos referidos dispositivos serão considerados como irregulares por esta Corte e implicarão na responsabilização pessoal dos agentes que lhes derem causa, devendo a entidade valer-se, na realização de suas licitações e celebração de seus contratos, das prescrições contidas na Lei nº 8.666/93; (TCU, 2002)

Observa-se da decisão em tela, que serviu de paradigma para muitas outras ulteriores da Corte de Contas, que o TCU exarou três comandos diferentes para a Petrobrás.

No primeiro deles determina a essa empresa que, a partir desse *decisum*, se abstenha de utilizar do procedimento simplificado de licitações veiculado por meio do Decreto nº 2.745/98, em virtude de sua declaração de inconstitucionalidade, passando a valer-se da Lei nº 8.666/93 em suas próximas licitações e contratos. No tópico seguinte nos dedicaremos à discussão sobre a questão da declaração de inconstitucionalidade realizada pelo TCU.

No segundo comando, com esteio na presunção de legalidade dos atos da Administração, o Tribunal aceita como legítimas às licitações e contratos administrativos até então realizadas pela Petrobrás com fundamento no decreto declarado inconstitucional.

Por fim, alerta a empresa para que tome ciência de que doravante os atos praticados com base nos dispositivos do decreto serão considerados irregulares e implicarão na responsabilidade pessoal dos agentes que lhes derem causa.

A partir desse momento, a Petrobrás, irresignada, ingressa com recurso administrativo – denominado Pedido de Reexame com efeito suspensivo, previsto na Lei Orgânica do TCU, contra essa decisão da Corte de Contas, ficando pendente o julgamento do mérito até o Acórdão TCU nº 560/2010 – Plenário (TCU, 2010), de 24/03/2010, o qual negou provimento ao recurso da estatal.

É importante destacar nessa decisão, mais do que a declaração de inconstitucionalidade de caráter incidental, é a determinação para que Petrobrás não mais licite com amparo no Decreto nº 2.745/98, até que seja editada uma lei nos moldes pretendidos pelo § 1º do art. 173 da Constituição Federal de 1988.

Uma vez que ocorreu o trânsito em julgado administrativo do processo e foi mantida essa determinação, de agora em diante, caso haja o seu descumprimento, todos os gestores da Petrobrás estarão sujeitos à responsabilização pelo Tribunal se contratarem com fundamento no decreto.

Com efeito, o Acórdão 663/2002-Plenário (TCU, 2002) foi o julgado que serviu de paradigma jurisprudencial para as demais decisões do Tribunal sobre a matéria, as quais têm confirmando o entendimento produzido nesse *decisum*, confirmando no caso concreto a inconstitucionalidade do Decreto nº 2.745/98.

Nesse sentido, somente a título exemplificativo, faz-se referência aos seguintes julgados do Tribunal de Contas da União: Acórdãos TCU nºs 1.453/2003-Plenário, 104/2006-Plenário, 1.844/2009-Plenário, 1.854/2009-2ª Câmara, 2.689/2009-2ª Câmara, 395/2005-Plenário, 2.006/2004-Plenário, 2.385/2006-

Plenário, 920/2007-Plenário, 1.312/2007-Plenário, 121/1998-Plenário, 29/2004-Plenário, 908/2006-Plenário, 1.329/2003-Plenário, 1.719/2006-Plenário etc.

Como dito, o TCU, a partir da Decisão 663/2002-Plenário (TCU, 2002), passou a decidir de forma recorrente, nos casos que fiscalizou, sobre a inconstitucionalidade do Decreto nº 2.745/98 e da submissão da Petrobrás à Lei nº 8.666/93, até que se edite uma lei apropriada regulando a matéria, não só para a Petrobrás, mas para qualquer empresa pública, de economia mista ou de suas subsidiárias que explorem atividade econômica, na forma prevista no § 1º do art. 173 da CF/88.

Diante desse quadro, a Petrobrás, em vez de cumprir as determinações do TCU, impetrou diversos mandados de segurança no Supremo Tribunal Federal contra as decisões do Tribunal de Contas da União.

O STF, em regra, em sede de Medida Cautelar em Mandado de Segurança, tem decidido por suspender as decisões do TCU sobre a matéria até que haja decisão de mérito. Destes julgamentos preliminares, destacamos o MS 25.888 MC/DF (STF, 2006), de 22/03/2006, da lavra do Ministro Gilmar Mendes, que foi o primeiro a enfrentar a questão na Suprema Corte, tendo sua decisão, ainda que em caráter liminar, servido como esteio para várias outras medidas cautelares em mandado de segurança expedidas no mesmo sentido pelo Pretório, quais sejam os: MS 25481 MC/DF – Relator: Min. Sepúlveda Pertence; MS 2986 ED/DF – Relator: Min. Celso Mello; MS 27232 MC/DF – Relator Min. Eros Grau; MS 27743 MC/DF – Relator: Min. Carmem Lúcia; MS 28252 MC/DF – Relator: Min. Eros Grau; MS 27337 MC/DF – Relator: Min. Eros Grau; MS 25986 ED/DF – Relator: Min. Celso Mello; MS 26783 MC/DF – Relator: Min. Ellen Gracie; MS 27837 MC/DF – Relator: Gilmar Mendes e MS 27796 MC/DF – Relator: Carlos Britto.

No MS 25.888 MC/DF (STF, 2006), destaca-se o entendimento do Ministro-Relator enfatizando a relativização do monopólio do petróleo trazida pela Emenda Constitucional nº 9/95, promovendo um ambiente de livre competição para o setor do petróleo, tendo a Lei nº 9.478/97 disciplinado a matéria, deixando explícita a possibilidade de licitação simplificada pela Petrobrás, estando, portanto, a matéria regulada pelo Decreto nº 2.745/98.

Nesse sentido, conclui o relator que a submissão da Petrobrás a um regime diferenciado de licitação parece estar justificada tendo em vista o exercício de atividade econômica em regime de livre competição com as empresas privadas, lembrando que a livre concorrência pressupõe igualdade de condições entre os concorrentes.

4.2 – O controle de constitucionalidade exercido pelo Tribunal de Contas da União

Nesse tópico traz-se à discussão o poder conferido ao Tribunal de Contas da União para declarar a inconstitucionalidade, *in concreto*, de atos normativos e demais atos do poder público, tendo em vista que este poder é o pilar fundamental que sustenta a jurisprudência administrativa da Corte de Contas em relação ao tema proposto neste trabalho, qual seja a declaração de inconstitucionalidade do art. 67 da Lei nº 9.478/97 e do Decreto nº 2.745/98.

O Tribunal de Contas no exercício de sua competência pode apreciar, em caso concreto, a constitucionalidade de atos normativos e demais atos do poder público. Quem diz isso é o próprio Supremo Tribunal Federal por meio da sua Súmula 347, *in verbis*: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e atos do poder público.”.

Também a jurisprudência do Tribunal de Contas da União é firme na afirmação de sua competência para declarar a inconstitucionalidade, *in concreto*, das leis e atos administrativos no exercício de suas atribuições, assim como ressalta a não vinculação do TCU às decisões judiciais incidentais em face do princípio independência de jurisdição vigente no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, fazemos referência aos Acórdãos nºs 1763/2008-Plenário (TCU, 2008) e 1719/2006-Plenário (TCU, 2006) que julgaram embargos de declaração interpostos pela Petrobrás, colacionados a seguir:

Acórdão nº 1763/2008 – TCU – Plenário (TC 008.815/2000-3)

Sumário: Processual. Embargos de declaração contra acórdão adotado em pedido de reexame em face do acórdão proferido em processo de levantamento de auditoria. Declaração de inconstitucionalidade. Competência do TCU. Omissão não configurada. Rejeição.

1. Embora o TCU não possua competência para declarar, em abstrato, a inconstitucionalidade de atos normativos, pode declará-la na apreciação, em concreto, de atos normativos e demais atos do poder público.

2. Não se verificando a omissão apontada, rejeitam-se os embargos declaratórios.

.....
Acórdão nº 1719/2006-TCU-Plenário (TC-011.173/2003-5)

Sumário: embargos de declaração. Omissão e contradição não configuradas. Conhecimento. Rejeição.

1. Não se verificando omissões nem contradições apontadas, rejeitam-se os embargos declaratórios.

2. Nega-se provimento à peça recursal, mantendo-se integralmente a deliberação recorrida, quando o recorrente não traz aos autos elementos suficientes para a alteração do juízo formado por esta corte.

3. Decisão judicial proferida em caso concreto, suspensiva de determinação do TCU, não vincula os julgamentos desta corte, em face da independência de jurisdição constitucionalmente prevista e da Súmula/STF nº 347.

Vale ainda destacar excerto do Voto do Ministro-Relator do Tribunal de Contas da União que fundamentou o Acórdão 663/2002-Plenário (TCU, 2002), que declarou a inconstitucionalidade do art. 67 da Lei nº 9.478/97 e do Decreto nº 2.745/98, *verbis*:

Considerando, entretanto, o sistema de controle difuso de constitucionalidade, adotado em nosso ordenamento jurídico, e em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal consignado em sua Súmula nº 347, no sentido de que "*o Tribunal de Contas da União, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público*", entendo que deva, esta Corte, firmar o entendimento de que são inconstitucionais o art. 67 da Lei nº 9.478/97 e o Decreto nº 2.745/98, afastando, por consequência, sua aplicação, dando ciência à Petrobrás de que os atos doravante praticados com base nos referidos dispositivos serão considerados irregulares por esta Corte e implicarão na responsabilização pessoal dos agentes que lhes derem causa.

Apesar da Suprema Corte e do próprio Tribunal de Contas da União entenderem como competência das Cortes de Contas apreciar de forma incidental a constitucionalidade de leis e atos do poder público, há vezes dissonantes de eminentes estudiosos do Direito e, naturalmente, do corpo jurídico da Petrobrás.

Nesse sentido, ressaltamos o parecer de Adilson Abreu Dallari¹ inserido nos autos do Processo TC nº 010.115/2002-9 do Tribunal de Contas da União. Importante informar que esse parecer foi elaborado a partir de consulta promovida pelo Corpo Jurídico da própria Petrobrás ao eminente jurista.

Nesse arrazoado, o Professor Dallari (2002, p. 164-200 / vol. 11) entende que o Tribunal de Contas da União não tem competência para declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos federais, nestes exatos termos:

Preliminarmente, cabe deixar claro que o respeitável e Egrégio Tribunal de Contas da União não tem competência para declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos federais, com o efeito de retirá-los do sistema jurídico. Quem tem tal competência é o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional, com base nos arts. 102, I e 49, V, da Constituição Federal.

Esta observação é feita para precisar que o TCU apenas entendeu serem inconstitucionais o texto legal e o decreto presidencial que permitem à PETROBRÁS realizar procedimentos licitatórios simplificados, mas tais normas estão em vigor, podendo, portanto, caso tivessem algum vício de origem, ganhar fundamento de validade com o decorrer do tempo, mais exatamente com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98. (Grifado no original)

Outrossim, trazemos posicionamento do corpo jurídico da Petrobrás no Mandado de Segurança MS 27837/DF (STF, 2008) impetrado no STF contra o Acórdão TCU nº 597/2004, que determinou a estatal a adequação de seus procedimentos licitatórios às normas estabelecidas na Lei nº 8.666/93, e contra o Acórdão nº 2115/2008, que não deu provimento ao Pedido de Reexame da estatal contra essa decisão, nos seguintes termos:

a) o TCU não possui competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. A Súmula 347 do STF foi editada em 1963, tendo como base o art. 77 da Constituição de 1946, há muito revogado. A regra do Regimento Interno do TCU, que prevê essa competência, não pode se sobrepor à Constituição;

b) a Petrobrás, empresa integrante da Administração Indireta, está submetida ao princípio da legalidade e, portanto, deve cumprir o art. 67 da Lei nº 9.478/97 e o Decreto nº 2.745/98, que permanecem vigentes, e determinam que os contratos celebrados pela impetrante, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, afastando a aplicação da Lei nº 8.666/93.

¹ Parecer assinado na condição de Professor Titular da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

c) por força do § 1º do art. 40 da LC nº 73/93, a Petrobrás está obrigada a cumprir o Parecer AC-15, da Advocacia-Geral da União, que conclui que *'a inaplicação (do Decreto nº 2.745/98) ' por alegada inconstitucionalidade do regime simplificado 'à todo o Grupo Petrobrás, esbarra no respeito ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis e da legalidade dos atos da administração até que sobrevenha decisão judicial em contrário, sendo insuficiente a opinião do TCU, a quem cabe tão só julgar a regularidade das contas'.*

d) após a Emenda Constitucional nº 9/95, que alterou o § 1º do art. 177 da Constituição, a impetrante passou a atuar na exploração do petróleo em regime de livre concorrência com outras empresas. Com isso, o art. 67 da Lei nº 9.478/97 determinou a submissão da impetrante a um procedimento licitatório simplificado, afastando a aplicação da Lei nº 8.666/93, que estabelece um regime de licitação e contratação inadequado para a atuação da empresa num ambiente de livre competição.

No julgamento no STF de outro Mandado de Segurança, chama atenção a existência de discordância no próprio seio do STF em relação ao exercício do controle de constitucionalidade incidental pelo TCU, em que pese a existência de jurisprudência sumulada sobre o tema na própria Suprema Corte.

Trata-se de posicionamento do Ministro Gilmar Mendes – que mais uma vez toma relevo, tendo em vista o enfrentamento da contenda – quando do julgamento do Mandado de Segurança MS 27837/DF (STF, 2009), com pedido de liminar, de 06/07/2007, impetrado pela Petrobrás contra os Acórdãos TCU de nº 597/2004 e de nº 2115/2008. A seguir colacionamos o julgamento monocrático, em sede de liminar, do Ministro-Relator, *verbis*:

A submissão legal da Petrobrás a um regime diferenciado de licitação parece estar justificada 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). **Não me impressiona o teor da Súmula nº 347 desta Corte, segundo o qual 'o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público'. A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de**

13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual.

Até o advento da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional. No entanto, é preciso levar em conta que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Em escritos doutrinários, tenho enfatizado que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil.

Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas. Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988. A urgência da pretensão cautelar também parece clara, diante das conseqüências de ordem econômica e política que serão suportadas pela impetrante caso tenha que cumprir imediatamente a decisão atacada. Tais fatores estão a indicar a necessidade da suspensão cautelar da decisão proferida pelo TCU, até o julgamento final deste mandado de segurança.

.....
Ante o exposto, defiro o pedido de medida liminar, para suspender os efeitos da decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 2.115/2008) no processo TC nº 009.131/2003-8 (Grifos nossos).

Embora o Ministro do STF Gilmar Mendes assevere que a introdução do controle abstrato de normas pela EC nº 16/65 e a ampla legitimação conferido a esse instrumento pela Constituição Federal de 1998 tenham mitigado a amplitude do controle difuso de constitucionalidade, acarretando a necessidade de reavaliação da Súmula 347 do STF, que legitima o controle de constitucionalidade incidental do TCU, em outro trabalho de sua autoria (MENDES apud MARTINS, 2000, p. 62-63 / vol. 10), paradoxalmente, defende a tese de inaplicabilidade do controle concentrado quando do exame de regulamentos editados para execução das leis, *in verbis*:

Há algum tempo vem o Supremo Tribunal Federal recusando-se a examinar a constitucionalidade dos atos regulamentares editados para execução das leis, no juízo abstrato de constitucionalidade. Sustenta-se que, nesse caso, há uma colisão entre a lei e o regulamento, cuidando-se, pois, de questão de legalidade a ser aferida no controle incidental ou concreto. Segundo esse entendimento, a aferição da constitucionalidade de ato normativo pressupõe colisão direta com a Constituição, conflito esse que não se configura na relação lei-regulamento. O Tribunal admite a aferição de constitucionalidade do regulamento apenas na hipótese de manifesta ausência de fundamento legal para expedição do ato (Constituição, art. 84, IV).

Com isso, exclui-se a possibilidade de verificar a configuração, no controle abstrato de normas, da ilegalidade do ato regulamentar editado ao arrepio do princípio da reserva legal, ou que se revele incompatível com o princípio da supremacia da lei. (Controle Concentrado de Constitucionalidade, Ed. Saraiva, 2001, p. 139).

Não obstante a controvérsia, em nosso entendimento, pensamos que a competência do Tribunal de Contas de exercer o controle incidental de constitucionalidade no exercício de suas atribuições é inconteste no atual ordenamento jurídico pátrio, mormente tendo em vista a plena vigência e a dicção literal da Súmula 347 do STF. Não fosse assim, bastaria à Suprema Corte, como guardiã da Constituição Federal, rever ou revogar nesse caso a sua jurisprudência sumulada, o que ainda não se consumou, apesar da opinião favorável do Ministro Gilmar Mendes do STF.

4.3 – Entendimentos sobre a (in)constitucionalidade da Lei nº 9.478/97 e do Decreto nº 2.745/98

Consideramos esse tópico o mais relevante do trabalho. Nele procuramos incluir todos os aspectos jurídicos mais relevantes relativos à constitucionalidade ou à inconstitucionalidade da Lei nº 9.478/97 e do Decreto nº 2.745/98.

Foram referenciadas e analisadas decisões do STF e do TCU, assim como a legislação sobre o tema, processos de fiscalização do Tribunal de Contas da União, pareceres jurídico-administrativos da Petrobrás, parecer do Ministério Público junto ao TCU, Parecer da Advocacia Geral da União, pareceres de notáveis juristas e posicionamentos da ainda incipiente doutrina especializada no tema.

Como já visto, o julgando do Tribunal de Contas da União que inaugurou a celeuma com a Petrobrás sobre a aplicação da Lei nº 9.478/97 e o Decreto nº 2.745/98 foi a Decisão do TCU nº 663/2002-Plenário.

Assim, preambularmente, é importante informar os principais aspectos cognitivos que levaram o TCU a declarar a inconstitucionalidade do art. 67 da Lei do Petróleo e do Decreto da Petrobrás.

O relatório que fundamentou a Decisão 663/2002, para fins metodológicos, abstrai da discussão a questão se haverá somente uma lei para todas as empresas estatais que exercem atividade econômica e para todos os temas a serem regulamentados ou se haverá várias leis para regulamentar o art. 173, § 1º e incisos, entendendo como irrelevante essa discussão naquele momento, sendo importante apenas o fato de existir ou não lei – uma ou mais –, em sentido formal dispondo sobre a matéria.

Inicialmente, no voto que fundamentou a Decisão 663/2002-Plenário (TCU, 2002), o Tribunal de Contas da União atacou a questão da delegação legislativa imprópria, eis que o art. 67 da Lei nº 9.478/97 não especificou os princípios e critérios que deveriam servir de suporte para o chefe do executivo na regulamentação da lei. A seguir trazemos excertos do entendimento do Ministro Relator Ubiratan Aguiar em seu voto:

Assim, resta claro que o Decreto nº 2.745/98, que aprovou o Regulamento do Procedimento licitatório Simplificado da Petrobrás, veio a regulamentar o art. 67 da Lei nº 9.478/97.

7. A partir de 24.08.98, data da edição do Decreto nº 2.745, a Petrobrás não mais seguiu os comandos contidos na Lei nº 8.666/93, adotando exclusivamente os preceitos contidos no Regulamento.

8. Em tese, a posição adotada pela Petrobrás seria legítima e não traria questionamentos, uma vez que a lei específica (Lei nº 9.478/97), posterior, teria substituído à lei geral (Lei nº 8.666/93), passando a regular os procedimentos licitatórios adotados pela Petrobrás. Ocorre que a Lei nº 9.478/97 não legislou sobre licitações, *stricto sensu*, deixando tal tarefa a cargo do Decreto; é dizer, a Lei nº 9.478/97 não trouxe qualquer dispositivo que dissesse como seriam as licitações processadas pela Petrobrás. Nem ao menos os princípios básicos que deveriam reger os processos licitatórios da estatal constaram da lei. Assim, o Decreto nº 2.745/98 inovou no mundo jurídico, ao trazer comandos e princípios que deveriam constar de lei. Pode-se dizer, então, que o Decreto não regulamentou dispositivos: os criou.

9. A esse respeito, vale observar a lição de Clèmerson Merlin Clève, ao discorrer sobre a delegação legislativa:

"As leis de base delimitarão com precisão o objeto e o alcance da delegação legislativa e os princípios e critérios que devem ser seguidos para seu exercício." (in Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988).

10. Vê-se, portanto, que o art. 67 da Lei nº 9.478/97 revestiu-se do caráter de delegação legislativa imprópria, por não ter especificado os princípios e critérios que deveriam ser seguidos pelo Chefe do Executivo no exercício da regulamentação. Mesmo que viesse no bojo de uma lei delegada - o que não ocorreu -, o art. 67 da Lei nº 9.478/97 poderia ser tido como inconstitucional. Observe-se, nesse sentido, a lição de Carlos Roberto de Siqueira Castro:

"[...] a questão da limitação da autoridade delegada está na base da moderna doutrina acerca da delegabilidade dos poderes constituídos, que exige a fixação de standards precisos, sem o que a delegação importa em abdicação da função. Além do mais, se a atribuição de poder legislativo do Congresso ou o Poder Judiciário carecerem de parâmetros para apreciarem a legalidade da resolução padecerão do vício irremediável da inconstitucionalidade." (in O Congresso e as Delegações Legislativas, 1986, p. 139).

Conclui o Ministro-Relator no Voto que fundamentou a Decisão 663/2002-Plenário (TCU, 2002) declarando a inconstitucionalidade do Decreto nº 2.745/98, por ter regulamentado matéria não disciplinada por lei, *in verbis*:

26. Resumindo, então, a questão, temos que o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal remeteu à lei o disciplinamento das licitações e contratações efetuadas pelo Poder Público. A única lei que realmente disciplinou o assunto foi a de nº 8.666/93, uma vez que a Lei nº 9.478/97, ao invés de dispor ao menos sobre normas e princípios gerais, remeteu a questão para norma de hierarquia inferior. No entanto, como ensina José Afonso da Silva:

"[...] já se deduz que a palavra lei, para a realização plena do princípio da legalidade, se aplica, em rigor técnico, à lei formal, isto é, ao ato legislativo emanado dos órgãos de representação popular e elaborado de conformidade com o processo legislativo previsto na Constituição (arts. 59-69). Há, porém, casos em que a referência à lei na Constituição, quer para satisfazer tão-só às exigências do princípio da legalidade, quer para atender hipóteses de reserva [...], não exclui a possibilidade de que a matéria seja regulada por um 'ato equiparado', e ato equiparado à lei formal, no sistema constitucional brasileiro atual, será apenas a lei delegada (art. 68) e as medidas provisórias, convertidas em lei (art. 62), os quais, contudo, só podem substituir a lei formal em relação àquelas matérias estritamente indicadas nos dispositivos referidos." (in Curso de Direito Constitucional Positivo, 6ª ed., p. 363).

27. Vê-se, então, que o art. 67 da Lei nº 9.478/97 revestiu-se de inconstitucionalidade, por remeter à norma de hierarquia inferior, o completo disciplinamento de questão que, nos termos do art. 37, XXI, da Carta Magna, deveria ser normatizado por lei. Por conseqüência, tem-se por inconstitucional o Decreto nº 2.745/98.

Recentemente, o Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU – MPTCU emitiu Parecer nos autos do Processo TC nº 017.810/2006-5 sob o tema das licitações da Petrobrás com amparo no Decreto nº 2.745/98.

Nesse arrazoado o procurador enfatiza a necessidade de nova reflexão do TCU sobre o assunto, haja vista as mais recentes decisões adotadas em relação à matéria, ainda que monocraticamente, por diversos Ministros da Suprema Corte, vislumbrado uma presunção de mérito no sentido de ocorrer um futuro permissivo para a Petrobrás licitar com esteio no art. 67 da Lei do Petróleo e no Decreto nº 2.745/98, presunção essa que milita a favor da Petrobrás, sendo recomendável que, até a decisão de mérito da Suprema Corte, o Tribunal de Contas fiscalizasse a Petrobrás com fundamento nos princípios constitucionais prescritos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal e nas normas dispostas no Decreto nº 2.745/98. A seguir reproduzimos fragmentos do parecer do *parquet* junto à Corte de Contas:

A decisão adotada no MS 25.888-DF antecipa, outrossim, decisão de mérito favorável à constitucionalidade do Decreto nº 2.745/98, hoje considerado inconstitucional por este Tribunal de Contas. Na opinião do Exmo. Ministro-Presidente do STF, a Lei nº 9.478/97, que serviu à regulamentação da Emenda Constitucional nº 09/1995, estabelece, expressamente, em seu art. 67, a criação de procedimento simplificado, a ser regulamentado por decreto presidencial. A seu ver, o decreto presidencial nº 2.745/98 constitui, justamente, o instrumento legal de regulamentação da supracitada Lei nº 9.478/97.

As concessões de liminar que advieram nos outros três mandados de segurança em favor da Petrobrás nada subtraíram ou acresceram aos fundamentos já antes expostos nos autos do MS 25.888-DF. Os Exmos. Ministros Celso Mello, Ricardo Lewandowski e Ellen Gracie, reproduzindo a fundamentação já antes utilizada Ministro Gilmar Mendes, suspenderam os efeitos das respectivas decisões deste Tribunal objeto dos Mandados de Segurança MS 25.986-DF, MS 26.410-DF e MS 26.783-DF, respectivamente. A suspensão dos efeitos de tais decisões do TCU possibilitou, nos respectivos casos concretos, que a Petrobrás continuasse aplicando o Decreto nº 2.745/98 como único instrumento jurídico infraconstitucional na regulamentação de seus procedimentos licitatórios e contratuais.

.....
Apesar de a matéria ainda não ter sido deliberada em definitivo pela Suprema Corte, já se tem a opinião de quatro de seus Ministros em favor da constitucionalidade e da aplicação do referido Decreto nº 2.745/98, o que, a meu ver, abre caminho naquela Corte para a concessão de novas liminares no mesmo sentido.

As cautelares concedidas em favor da empresa, ainda que de caráter precário quanto a seus efeitos, revelam, na minha opinião, forte tendência contrária ao atual entendimento precedentes deste Tribunal sobre o assunto em tela.

Por outro lado, desejo enfatizar que a orientação ora sugerida por mim não deve perder de vista os princípios constitucionais relacionados à matéria. Muito pelo contrário, penso que tais princípios devem ser a base dos procedimentos licitatórios e contratuais adotados pela empresa, na ainda ausência de decisão de mérito por parte do Supremo Tribunal Federal.

A matéria é, sem dúvida, delicada, pois ao mesmo tempo em que se deve ter por consideração os aspectos técnicos da questão, não se pode olvidar da personalidade eminentemente pública da Petrobrás. Ao passo que o primeiro aspecto – técnico – é argüido, ainda que legitimamente, no interesse de conferir maior competitividade à empresa, deve-se estar atento para o fato de que a personalidade pública da empresa sujeita-a a possíveis injunções políticas incompatíveis com seus fins societários e, por conseguinte, seus atos devem estar menos suscetíveis a decisões discricionárias e subjetivas.

.....
Contudo, defendo que, em face das circunstâncias já acima consignadas, advindas das mais recentes decisões tomadas no âmbito da Suprema Corte desse país, os procedimentos licitatórios e contratuais levados a cabo pela Petrobrás devem, ao menos por enquanto, passar a ser fiscalizados por esta Corte de Contas com fundamento nos princípios constitucionais prescritos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal e nas normas contidas no Decreto nº 2.745/98. (Furtado, 2006, p. 42-45 do anexo 7)

Ao examinar o teor do Parecer do MPTCU a favor da utilização do art. 37, *caput*, da CF/88, combinado com o Decreto nº 2.745/98, pela Petrobrás até a decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal, o Ministro-Relator do TCU Raimundo Carrero, no Voto que fundamentou o Acórdão nº 1.854/2009 – 2ª Câmara (TCU, 2009), dissentiu da recomendação do *parquet* junto à Corte de Contas.

O Ministro-Relator fundamenta a sua discordância com lastro na firme jurisprudência do Tribunal de Contas da União no sentido da inconstitucionalidade do referido decreto e no caráter precário e restrito das decisões cautelares do Egrégio STF. O relator, ao sopesar esses dois vetores, conclui por ser mais adequado manter-se coerente com a já reafirmada linha jurisprudencial da Corte de Contas. A seguir colacionamos excertos do Voto do Ministro-Relator, *in verbis*:

3. A sujeição da Petrobras à Lei 8.666/93 tem sido reafirmada pela jurisprudência predominante deste Tribunal, a exemplo dos recentes Acórdãos 3044/2008, 93/2009, 454/2009 e 401/2009, todos do Plenário, aprovados à unanimidade.

4. De outro lado, as decisões monocráticas até aqui proferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, anotadas pelo Representante do Ministério Público especializado, referem-se a medidas

cautelares, prolatadas em sede de cognição apenas sumária da matéria.

5. A essas decisões cautelares do E. STF – de caráter precário e restrito ao ato impetrado, não traduzindo a posição definitiva daquela Corte sobre o tema –, contrapõem-se as diversas e exaustivas apreciações de mérito que este Tribunal de Contas já realizou sobre a matéria. Ao sopesar esses dois fatores de ponderação, concluo ser mais adequado manter a linha de jurisprudência deste Tribunal de Contas, ao menos enquanto não surgir um pronunciamento definitivo e divergente da Corte Constitucional.

6. Reconheço, nesse sentido, a respeitável preocupação trazida pelo Ilustre Procurador-Geral, no sentido de adequar o entendimento desta Corte de Contas à tendência que vem se delineando entre parte dos Ministros do Supremo Tribunal Federal nas medidas cautelares até aqui expedidas. Porém, compreendo que essa percepção – que é apenas um prognóstico de uma futura decisão de mérito do E. STF sobre o tema – não constitui razão forte o suficiente para que este Tribunal se antecipe e, de moto próprio, modifique sua sólida jurisprudência diante de um fato incerto, ainda que tomado como provável.

Por ser relativamente recente e bem pontual a divergência sobre a constitucionalidade da Lei nº 9.478/97 e do Decreto 2.748/98, não há na maioria das obras doutrinárias especializadas consultadas menção ou aprofundamento no assunto. Entretanto, foi possível identificar alguns estudiosos do Direito que se dedicaram ao tema, ainda que de forma breve.

Dentre eles destacamos Marçal Justen Filho (2004, p. 16-17) que assevera que a EC nº 19/98, que deu nova redação ao art. 173 da Constituição, teve como finalidade aliviar as restrições impostas pela Lei nº 8.666/93 às sociedades de economia mista e empresas públicas exercentes de atividade econômica. Entretanto, para o autor, enquanto não for editado um estatuto de licitações e contratos administrativos da Administração indireta, à essas empresas estatais será aplicável a Lei Geral de Licitações.

Tratando mais especificamente do “*Caso Petrobrás*”, o administrativista frisa que a solução adotada pela Lei nº 9.478/97 e pelo Decreto nº 2.745/98 deve ser avaliada sob dois aspectos, quais sejam, primeiramente, a delegação da disciplina da matéria à competência regulamentar e, segundo, a edição de disciplina simplificada restrita unicamente à Petrobrás. Para Marçal Justen Filho, sob esses dois ângulos, a solução empreendida pela lei e o decreto merecem reprovação, *in verbis*:

Em primeiro lugar, a CF/88 determinou que certas matérias fossem disciplinadas por *lei*. Há explícita referência tanto no art. 22, inc. XXVII, quanto no art. 37, inc. XXI, como no art. 173, § 1º, inc. III, à competência legislativa da União para dispor sobre licitação, contratos administrativos e hipóteses de contratação direta. Essas determinações não significam a vedação à remessa da regulação normativa por meio de decreto. Portanto, não há impedimento a que decretos complementem a disciplina contida na *lei*. Mas não há cabimento em adotar solução equivalente à da delegação de competência do Legislativo ao Executivo. **Se a CF/88 determina que lei disporá sobre certo assunto, é inconstitucional que uma lei omita qualquer norma sobre o tema e determine que o tema será objeto de disciplina por meio de regulamento presidencial. A regulamentação admissível seria aquela que versasse sobre a complementação das normas fundamentais contidas em uma lei. Tal não se verificou no caso concreto, eis que a lei não editou norma material alguma.** Nada dispôs, a não ser a transferência para o Executivo da competência para disciplinar a matéria. A solução ora reprovada equivale a não apenas introduzir uma espécie de delegação normativa não contemplada no sistema jurídico pátrio. Mas ainda, há infração à vontade constitucional explícita, que reservou a disciplina da matéria à via legislativa. Enfim, até se poderia admitir que uma lei contivesse regras não exaustivas sobre um regime jurídico próprio, estabelecendo o perfil dos institutos jurídicos fundamentais. Nesse caso, o regulamento preencheria os espaços vazios deixados pela lei. Mas não é isso que se passa no caso. (Grifamos).

Por outro lado, resta questionar o fundamento de validade para adoção de normas gerais sobre licitação e contratação, distintas daquelas constantes da Lei 8.666, aplicáveis exclusivamente a uma única entidade da Administração indireta. Por mais importante que seja a Petrobrás, não há cabimento em adotar-se um tratamento jurídico próprio, específico e restrito apenas a ela. As normas da Administração indireta são, também elas, gerais – isso pressupõe aplicação similar para todas as entidades em igualdade de condições. Trata-se, em suma, de atender ao disposto no art. 173, § 1º, inc. III. Cabe adotar um estatuto da licitação e contratação da Administração indireta. Essas normas devem ser gerais e comuns a todas as entidades, atendendo ao disposto logo acima. É possível adotar regulamentos próprios, mas sempre respeitando-se as normas gerais comuns (estabelecidas em lei). Não se pode imaginar que cada entidade da Administração indireta seja disciplinada por um conjunto próprio, peculiar, especial e diverso de normas sobre sua atividade contratual e licitatória. Tal equivaleria a eliminar o conceito de norma geral, produzindo uma proliferação de regimes jurídicos que inviabilizariam o controle. Isso frustraria a exigência constitucional da existência de um *estatuto*, expressão indicativa de um diploma homogêneo, aplicável a todas as entidades integrantes da categoria. (JUSTEN FILHO, 2004, p. 22-23)

Deparou-se com esta querela jurídica o então advogado e Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP e atual Ministro do STF Eros Grau, o qual inclusive já atuou no Pretório favoravelmente à Petrobrás contra decisões do TCU a respeito da constitucionalidade do Decreto

nº 2.745/98, ao exarar decisões monocráticas em mandados de segurança, com pedido de liminar, impetrados pela estatal.

Consta dos autos do Processo TC nº 010.115/2002-9 do TCU parecer desse eminente jurista, em resposta à consulta do então gerente executivo da Petrobrás, a respeito decisão do TCU que declarou a inconstitucionalidade do Decreto nº 2.745/98 e determinou à Petrobrás o respeito à Lei nº 8.666/93 em suas licitações e contratos administrativos. A seguir, pela argumentação jurídica que apresenta, entendemos como pertinente trazer ao lume, de forma esquemática e resumida, os fundamentos principais do consulente, conforme relatado no parecer do Sr. Eros Grau (2002, p. 201-210 do volume 11), são os que seguem:

a) houve lei especial a estabelecer que a Petrobrás não deveria seguir as regras da lei geral em vigor, de forma a assegurar à empresa flexibilidade de atuação, em um cenário de livre competição com outras empresas;

b) essa nova condição de competição e livre concorrência seria anulado pela submissão da Petrobrás a uma lei cujo regime jurídico, de direito público, é flagrantemente diverso e mesmo incompatível como o objetivo legal visado na Lei do Petróleo;

c) entende a Petrobrás que é insignificante a discussão sobre a questão da delegação legislativa imprópria, sendo mais apropriado discutir a própria constitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.666/93, relativamente à indevida extensão de seu regime de direito público às sociedades de economia mista referenciadas no art. 173 da CF/88, antes mesmo da promulgação da EC 19/98, isto é, ao passo que Constituição já determinava que as sociedades de economia mista adotassem o regime jurídico de direito privado, a Lei nº 8.666/93 determinava, de maneira inconstitucional, a submissão ao regime de direito público;

d) assim, conclui que é enganosa e injurídica a tese de que enquanto não for sancionada a legislação pertinente, demandada pelo art. 173 da CF/88, as sociedades de economia mista estão proibidas de adotar regras próprias e específicas de licitação, devendo subordinação à Lei nº 8.666/93;

e) ao final, submete ao examinador a pergunta se a Petrobrás, em não sendo expedido o estatuto jurídico das sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica, previsto no art. 173 da CF/88, poderá, em consonância com ao art. 67 da Lei nº 9.478/97, adotar as disposições do Decreto nº 2.745/98 em suas licitações e contratos administrativos. Se não, como deveria proceder à empresa?

Ao analisar as questões carreadas pelo consulente, o jurista (GRAU, 2002, p. 201-233 do volume 11) concluiu pela constitucionalidade da Lei nº 9748/97 e do Decreto nº 2.745/98.

Para Eros Grau (2002, p. 226-230 do volume 11) não houve delegação legislativa imprópria no art. 67 da Lei nº 9.478/97, pois o sistema de tripartição de poderes não pode ter sua rigidez levada às últimas instâncias. Admite que em qualquer dos poderes constituídos há possibilidade de existir o exercício, em menor ou maior grau, de qualquer das funções dos demais, *verbis*:

Daí porque a constitucionalidade do exercício, pelo executivo, de largas parcelas do que tenho denominado *capacidade normativa de conjuntura*, mediante a edição de *regulamentos*, parece-me inquestionável.

Os regulamentos --- e assim também outros atos normativos, veiculados através de resoluções, instruções, portarias, etc. --- são, na dicção de ALESSE, estatuições primárias [impostas por força própria] que se fundam sobre uma *atribuição de poder normativo* contida, explícita ou implicitamente, na Constituição ou em uma lei formal.

O fundamento do poder regulamentar, pois, está nesta atribuição de poder normativo --- e não no *discricionário* da administração, como de ordinário vem afirmando a chamada doutrina tradicional do Direito Administrativo. Assim, o fundamento da chamada *potestade regulamentar* decorre de uma autorização para o *exercício de potestade normativa material*, de parte do Legislativo ao executivo --- autorização que se não confunde com *delegação de função legislativa*.

Logo, quando o Executivo e o Judiciário emanam atos normativos de caráter não legislativo --- atos regulamentares e regimentais, respectivamente --- não os fazem no exercício de *função legislativa*, mas sim no desenvolvimento de *função normativa*. Trata-se, aí, não de *atos administrativos*, porém, nitidamente, de *atos normativos*.

De resto, desejo ainda salientar que a *função normativa*, assim designada e tendo o seu conteúdo definido a partir da classificação material das *funções estatais*, está originariamente espalhada pelo todo que constitui o Estado. Apenas, em consequência da adoção de um determinado *sistema organizacional*, parte dela, transmutada em

função legislativa, é destinada à titularidade do Legislativo. Não obstante, remanesçam as partes restantes como faculdades do Executivo e do Judiciário. Apenas, em razão da contemplação daquele sistema, que supõe a divisão de poderes --- não porém para cindi-los, mas para tê-los em situação de equilíbrio --- o exercício de tais faculdades reclama uma atribuição, explícita ou implicitamente reconhecida em ato legislativo.

.....
A exigência de o exercício da *função regulamentar* e da *função regimental* condicionar-se a *atribuições* [*permissões*] do Legislativo é expediente tendente à promoção do equilíbrio na dinâmica dos poderes tripartidamente organizados, sem que tal signifique a não pré-existência de tais funções, como faculdades vocacionadas à integração do ordenamento.

Assim, o desenvolvimento, pelo Executivo, da *função regulamentar* efetivamente não consubstancia exercício de *função legislativa*, razão pela qual não há que cogitar, na hipótese, de delegação desta última àquele.

E assim é ainda quando a esse desenvolvimento seja conseqüente a imposição de obrigações de fazer ou deixar de fazer alguma coisa, desde que tenha ele decorrido de *uma atribuição de poder normativo*, explícita ou implicitamente contida em ato legislativo --- a imposição de tal obrigação, então, terá surgido "*em virtude de lei*". [cf. o artigo 5º, II da Constituição de 1988].

Ademais, segundo o pensamento de Eros Grau (2002, p. 230-231 do volume 11) o art. 67 da Lei nº 9.478/97 atribui ao Presidente da República o poder regulamentar já atribuído às próprias empresas estatais pelo art. 119 da Lei nº 8.666/93. De mais a mais, em contraposição ao entendimento do TCU, argumenta que não era necessário ao art. 67 da Lei nº 9.478/97 especificar os princípios e critérios a ser seguidos pelo Chefe do Executivo na edição do Decreto nº 2.745/97, uma vez que tais princípios e critérios já estão delineados na Constituição Federal.

Admite o parecerista, porém, a hipótese de inconstitucionalidade do Decreto nº 2.745/98, considerando-se que a Lei nº 9.478/97 é anterior a EC 19/98. Nesse caso, em resposta à consulente, como saída derradeira, até a expedição do estatuto jurídico previsto no § 1º do art. 173 da Constituição Federal, admite até mesmo a possibilidade de a Petrobrás editar um regulamento de licitações próprio com base no art. 119 da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

07. – A interpretação de um texto normativo conforme a Constituição consiste na busca de uma interpretação, entre as várias interpretações possíveis na moldura do texto e dos fatos, daquela que permita compatibilizá-lo à Constituição.

Ora, da interpretação da Lei 8.666/93 conforme a Constituição é perfeitamente possível --- mais do que isso, é necessário --- extrair-se norma com o seguinte enunciado: as empresas estatais que explorem atividade econômica editarão regulamentos próprios, devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições da Lei 8.666/93 no quanto essas disposições sejam compatíveis e adequadas ao texto do § 1º do artigo 173 da Constituição do Brasil.

[...] de todo modo, apenas para argumentar se fosse inconstitucional o Decreto nº 2.745/98, aplicar-se-ia à Petrobrás o disposto no art. 119 da Lei 8.666/93, nos termos explicitados no item 07, acima. (GRAU, 2002, p. 216-217 e 233 do volume 11, grifo do autor)

Também nos autos do Processo TC 010.115/2002-9 consta consulta de idêntico teor à formulada ao Jurista Eros Grau e agora submetida também ao crivo do Professor Adilson Abreu Dallari.

Em resposta ao consulente, por meio de Parecer (Dallari, 2002, p. 199-200 do volume 11), conclui o jurista no sentido de que 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, pode a consulente, com fundamento no art. 67 da Lei nº 9.478/97, adotar o regulamento licitatório simplificado aprovado pelo Decreto nº 2.745/98.

Preliminarmente, para justificar essa conclusão, Dallari (2002, p. 176-179 do volume 11) faz menção à mudança da natureza jurídica da Petrobrás ocorrida com as alterações constitucionais carreadas pela EC nº 9/95, que alterou o art. 177 da CF/88, complementada pelo advento da Lei do Petróleo, passando a Petrobrás de exploradora de atividade econômica em regime de monopólio, para uma situação de competição no mercado com empresas privadas.

Prossegue asseverando que a empresa estatal, como integrante da administração indireta federal, continuou abrangida pelo art. 37 caput e inciso XXI, da CF/88, devendo por isso submissão aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, especialmente à obrigação de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes. Mas agora, com a nova redação do art. 173, § 1º, da Constituição, foi estabelecido no tocante às licitações um novo regime, diferenciado, para as empresas estatais exploradoras de atividade econômica. Para Dallari (2002, p. 179-181 do volume 11), *verbis*:

Está perfeitamente claro que “o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços” será estabelecido por uma futura lei; mas também está igualmente claro que essas entidades **estão obrigadas a realizar suas licitações e contratações de obras, serviços, compras e alienações, com observância dos “princípios da administração pública” e não mais das mesmas normas aplicáveis à administração direta e outras entidades da administração indireta.**

Entendem alguns, entretanto, com base em outra linha de pensamento e num processo interpretativo radicalmente diferente do esposado neste estudo, que essa desoneração somente se verificaria após a edição do estatuto de tais empresas. Tal entendimento somente se sustenta caso se atribua ao dispositivo constitucional em exame (o § 1º do art. 173 e seus incisos) a qualidade de um NADA JURÍDICO, uma norma total e absolutamente ineficaz.

Tal entendimento contraria flagrantemente princípios fundamentais da hermenêutica constitucional e outros postulados da ciência que estuda a interpretação das normas jurídicas, que passam a ser examinados, tomando como ponto de partida o fato de que tanto a EC nº 9, quanto a EC nº 19, integram um processo de reforma do Estado, com vetores, valores e objetivos perfeitamente definidos.

.....
Não se pode interpretar a Constituição de maneira avarenta, dando pouca ou nenhuma importância a seus dispositivos. Nesse trabalho, não é possível olhar para trás, a não ser para observar a linha de evolução dos dispositivos. (Grifo nosso)

Na defesa de sua tese, Adilson Dallari (2002, p. 185-188 do vol. 11) traz à discussão a reforma gerencial do Estado brasileiro conduzida pelo ex-ministro Bresser Pereira. Nesse contexto, para ele fica claro que a tônica do controle administrativo migrou dos processos em si mesmos para os resultados como objetivo e consequência das alterações constitucionais referidas, especialmente no tocante às empresas estatais exploradoras de atividade econômica, sendo imperioso enfrentar a questão da eficácia da norma contida no art. 173, § 1º e seus incisos, dando um tratamento diferenciado no que tange aos procedimentos licitatórios.

Adilson Dallari vai mais além ao asseverar que a eficácia de normas constitucionais, sempre existente em graus diferenciados, tornam inconstitucionais as normas então vigentes – no caso a Lei nº 8.666/93 – ou vindouras que, respectivamente, estão ou estarão contrárias às disposições da Carta Magna. A seguir colacionamos o pensamento do parecerista:

Deixando claro, desde já, que não existe dispositivo constitucional inócuo, deixando claro que toda norma constitucional sempre tem um mínimo de eficácia, salientando que o grau de eficácia ou de aplicabilidade pode variar, JOSÉ AFONSO DA SILVA classifica as normas constitucionais, quanto à eficácia, em normas de eficácia plena, de eficácia contida e normas de eficácia limitada [...]

.....
Ou seja: mesmo que a eficácia plena fique na dependência do legislador ordinário, é absolutamente certo que o mínimo de eficácia, sempre existente, impede a edição de normas da legislação ordinária que contrariem a norma constitucional de eficácia limitada e, o que é mais importante, torna inconstitucionais disposições de leis ordinárias já existentes com elas incompatíveis. (DALLARI, 2002, p. 187-188 / vol. 11)

Dallari (2002, p. 191-194 do volume 11) finaliza seu arrazoado ressaltando a necessidade de interpretação do sistema jurídico como um todo, sendo a interpretação da norma isolada compatível com o conjunto normativo da qual ela faz parte. Ademais, enfoca a conformação teleológica que indica a absoluta necessidade de interpretar um dispositivo levando em consideração a finalidade por ele almejada, isto é, o interesse público a atingir pela prática de determinado ato ou contrato. Esse enfoque instrumental, segundo o jurista, seria o método de interpretação e aplicação do direito denominado jurisprudência dos interesses. Nas palavras do autor:

Quando se cuida de interpretar preceitos de direito administrativo, o norte há de ser sempre a satisfação do interesse público. Advirta-se, entretanto, que não compete ao intérprete ou aplicador da lei, criar ou inventar um interesse público. O interesse público a ser satisfeito deve emergir do sistema jurídico, especialmente de seus princípios fundamentais, afirmados primeiramente na Constituição, cuja invocação ou utilização depende das circunstâncias de ordem fática, que determinarão qual a solução mais razoável entre as que seriam teórica ou abstratamente possíveis.

.....
Afastese, de imediato, qualquer alegação de incompatibilidade entre os princípios da legalidade e da razoabilidade, em matéria de direito público, especialmente administrativo. O princípio da legalidade determina submissão à lei, mas, conforme já salientado, é usual que a norma legal admita uma pluralidade de interpretações. Cabe ao intérprete e aplicador da lei optar pela interpretação mais razoável, em função das circunstâncias do caso concreto e das finalidades almejadas.

Atualmente, além de acatar o princípio da legalidade, é preciso dar atendimento também a um outro novo e significativo princípio constitucional da administração pública, o princípio da eficiência, introduzido no cenário jurídico nacional pela Emenda Constitucional nº 19/98, a chamada reforma administrativa [...]

Não basta atuar de maneira conforme a lei. Não faz sentido emperrar a administração para dar estrito cumprimento à literalidade da lei. Agora é preciso mais: a administração deve buscar a forma mais eficiente de cumprir a lei, deve buscar, entre as soluções teoricamente possíveis, aquela que, diante das circunstâncias do caso concreto, permita atingir os resultados necessários à satisfação do interesse público.

No caso em exame, diante de uma dúvida a respeito de qual lei ordinária deve ser aplicada (a Lei nº 8.666/93 ou a Lei nº 9.478/97) essa verificação sobe para um patamar mais alto: cabe examinar, no tocante às empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, qual delas melhor se ajusta aos princípios constitucionais vigentes, considerando os fatos que levaram a uma alteração dos dispositivos constitucionais aplicáveis.

Contrario sensu ao entendimento de Eros Grau e de Adilson Dallari, reportamos ao Parecer da lavra do não menos ilustre jurista Ives Gandra Martins² (2000, p. 61-107 do vol.10), intitulado pelo autor como *“Inconstitucionalidade do Artigo 67 da Lei nº 9478/97 – Ilegalidade do Decreto nº 2745/98 em Face da Lei nº 8666/93 – Parecer”*. O referido parecer foi elaborado em resposta à consulta da advogada Marcela Quental, estando o mesmo juntado aos autos do Processo TC nº 016.176/2000-5 do Tribunal de Contas da União.

A consulente expôs suas questões nos seguintes termos:

- 1) A Lei n. 9478/97 pode ser considerada a norma mencionada pelo artigo 173, parágrafo 1º da Constituição Federal, na redação que lhe emprestou a Emenda Constitucional nº 19?
- 2) O artigo 67 da Lei n. 9478, de 6 de agosto de 1997, criou a figura da delegação legislativa imprópria?
- 3) Nesse diapasão, o Decreto n. 2745, de 24 de agosto de 1998, que instituiu o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado (de determinada empresa estatal) é constitucional e pode ser adotado como norma para seus contratos que venha a celebrar para a aquisição de bens e serviços?
- 4) Em caso do Decreto n. 2745/98 ser inconstitucional, a empresa estatal estaria sujeita à Lei n. 8666/93, para promover os procedimentos licitatórios? (MARTINS, 2000, p. 61 do vol. 10)

Após denso parecer, o eminente jurista (MARTINS, 2000, p. 104-107 do vol.10) enunciou as seguintes respostas à consulta formulada, concordando com o

² Parecer assinado como Professor Emérito da Universidade Mackenzie.

posicionamento do Tribunal de Contas da União no sentido de considerar inconstitucionais a Lei nº 9.478/97 e o Decreto nº 2.745/98, *in verbis*:

Isto posto, passo a responder às questões formuladas, de forma perfunctória:

1ª questão: Não. A lei 9478/97, por ser anterior à E.C. n. 19/98, manifestamente não é a lei a que se refere, a mencionada alteração da lei suprema. A única lei, nos termos da ADIN n. 4/88 do STF, que pode vigor, com eficácia da sinalização constitucional, é a da mesma n. 8666/93, recepcionada pela Emenda n. 19/98 até a produção da lei específica, a que se refere. A questão comporta uma outra leitura, que mencionei, no corpo deste parecer, qual seja, a de que a E.C. n. 19/98 apenas tornou mais claro princípio explícito, mas genérico, vinculado ao artigo 22, inciso XXVII e 37 “caput”, que impunham processo licitatório próprio para toda a **Administração Direta e Indireta, e para todas as empresas sob controle do Estado, sem exceção**, o que abrange também as empresas de economia mista e empresas públicas. A tese se robustece na medida em que o § único do artigo 70 exige controle e fiscalização do TCU para todas as entidades públicas que trabalham com dinheiro público. Admito, inclusive, que o regime jurídico da empresa estatal, cujo fundamento está na **segurança nacional**, poderia implicar, como no serviço de telecomunicações, disciplina própria do artigo 175 da Constituição Federal. De qualquer forma, qualquer que seja o regime jurídico (artigo 173 ou 175 da Constituição Federal), a lei aplicável é a n. 8666/93, visto que posterior à Constituição de 88, que sempre exigiu certame licitatório PARA A ADMINISTRAÇÃO DIRETA E INDIRETA E EMPRESAS SOB O CONTROLE DO GOVERNO, SEM EXCEÇÕES.

2ª. questão: O artigo 67 da Lei 9478 é de **densa e manifesta inconstitucionalidade**. Tal delegação legislativa não está no processo legislativo do artigo 59, visto que apenas são permitidas as delegações constitucionais, em regime de separação de poderes, a saber, as medidas provisórias e as leis delegadas (a própria expressão já o diz). E apesar de muitos declararem que a M.P. não é lei, tendo apenas efeito de lei, por estar no artigo 59, no processo legislativo, considero delegação legislativa constitucional [29]. Prefiro afastar, inclusive, a própria expressão “delegação legislativa imprópria”, para ficar no da manifesta inconstitucionalidade, visto que o artigo 67 não poderia outorgar poderes que o legislador ordinário não tinha, razão pela qual a pretendida delegação legislativa não é “imprópria” (terminologia que muitos juristas utilizam, inclusive o STF, mas com densidade óptica inferior), mas **inexistente**, porque violadora da lei suprema e, a meu ver, essa inconstitucionalidade da lei tem eficácia “ex tunc”.

3ª. questão: Respondida nas questões anteriores. Se o pretendido legislador outorgante não tinha forças de outorga para que o Executivo definisse “processo licitatório próprio e diferenciado” daquele conformado pelo Poder Legislativo, é **de notória inconstitucionalidade todo o Decreto n. 2745/98**, pois NÃO SE TRATA DE UM DECRETO REGULAMENTADOR, MAS INSTITUIDOR DE NORMAS DE CONDUTAS PRÓPRIAS E DIFERENTES DA LEGISLAÇÃO PRODUZIDA PELO CONGRESSO NACIONAL, em sua função legiferante.

4ª. questão: Como demonstrei no corpo do parecer, a mesma empresa estatal está sujeita, até o advento da lei a que se refere o artigo 173, inciso I (se se admitir que o regime jurídico é o do artigo 173), à Lei n. 8666/93, nunca tendo deixado de estar subordinada a este diploma

legislativo, em face da manifesta inconstitucionalidade do Decreto n. 2745/98 [30].

No corpo de seu parecer, destaca Martins (2000, p. 86-98 do vol.10) a sua opinião pela manifesta inconstitucionalidade do Decreto nº 2.745/98, uma vez que ocorreu delegação legislativa absoluta no art. 67 da Lei nº 9.478/97, outorgando a um decreto, singelo ato regulatório do Poder Executivo, a possibilidade ampla de inovar no ordenamento jurídico. Aproveita o jurista para sustentar a sua tese a instrução de unidade técnica do Tribunal de Contas da União, por ele qualificada como cristalina, na qual há percutiente análise do alto grau de discricionariedade e subjetividade outorgada ao administrador público na contratação com amparo no Decreto nº 2.745/98, *verbis*:

E chega-se ao ponto central do presente parecer, qual seja, a constitucionalidade ou não do artigo 67 da Lei n. 9478/97, assim redigido:

“Os contratos celebrados pela estatal, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República”.

É para mim de manifesta inconstitucionalidade, pois, implica delegação legislativa, a meu ver, não indireta, mas direta, na medida em que declara que TODO O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO PARA A REFERIDA ESTATAL SERÁ DEFINIDO POR DELEGAÇÃO. A própria expressão: *“Será definido”* não oferta dúvida de que a delegação foi absoluta, na medida em que definir é outorgar o regime jurídico pertinente, no Direito. Quem define, conforma, dá perfil, desenha, esculpe a disciplina legal e, no caso, tal disciplina não decorre de lei, mas exclusivamente de uma norma regulatória.

E, na definição desse *“regime jurídico”* – não por lei, mas por singelo ato regulatório do Executivo - as inovações são inúmeras, como, aliás, acentuado no cristalino parecer da Primeira Secretária de Controle Externo do Tribunal de Contas da União, ou seja:

“9.1.1 O Decreto n.o 2.745/98 aboliu os limites monetários para escolha da modalidade da licitação constantes da Lei nº 8.666/93. Segundo o item 3.3 do Decreto n.o 2.745/98, para escolha da modalidade serão levados em conta, dentre outros, os seguintes fatores:

a) necessidade de atingimento do segmento industrial, comercial ou de negócios correspondente à obra, serviço ou fornecimento a ser contratado;

b) participação ampla dos detentores da capacitação, especialidade ou conhecimento pretendidos;

c) satisfação dos prazos ou características especiais da contratação; d) garantia e segurança dos bens e serviços a serem oferecidos;

e) velocidade de decisão, eficiência e presteza da operação industrial, comercial ou de negócios pretendida;

f) peculiaridades da atividade e do mercado de petróleo;

g) busca de padrões internacionais de qualidade e produtividade e aumento da eficiência;

h) desempenho, qualidade e confiabilidade exigidos para os materiais e equipamentos;

i) conhecimento do mercado fornecedor de materiais e equipamentos específicos da indústria de petróleo, permanentemente qualificados por mecanismos que verifiquem e certifiquem suas instalações, procedimentos e sistemas de qualidade, quando exigíveis”.

9.1.2 Destaca-se que a lista é exemplificativa, o que confere ao administrador enorme discricionariedade para escolha da modalidade a ser adotada. Qualquer motivo pode ser alegado para justificar a utilização de determinada modalidade. Ressalte-se que tal circunstância ocorreria ainda que a lista fosse taxativa, haja vista a extrema subjetividade das alíneas acima. Não há correlação direta e objetiva entre situações possíveis e modalidades.

9.1.3 Ao estipular desse modo, o Decreto desvirtuou por completo o espírito do legislador ao disciplinar essa matéria na elaboração da Lei nº 8.666/93. O legislador estabeleceu parâmetros objetivos para escolha da modalidade, afastando, assim, qualquer grau de subjetividade e discricionariedade na concretização desse ato. Decerto, o legislador não desejava que o gestor detivesse liberdade para adoção da modalidade conforme seu juízo. Assim, nesse ponto, ao administrador só foi permitido fazer o previsto na Lei. O Decreto - ato normativo do Poder Executivo - eliminou esse mandamento legal.

9.1.4 Na prática, a dissociação da vultuosidade da despesa e modalidade tem ensejado, na quase totalidade dos processos licitatórios, a escolha da modalidade convite, quando não dispensados ou inexigíveis (vide item 7.4 desta Instrução). Isso, independentemente da materialidade, da complexidade e do risco associado à aquisição. As amostras selecionadas nessa auditoria confirmam essa situação. Na área da Exploração e Produção, o Convite Internacional n.o 101.8.031.99-3 originou contratos estimados em R\$ 701.454.961,60 (setecentos e um milhões, quatrocentos e cinquenta e quatro mil, novecentos e sessenta e um reais e sessenta centavos). Na área do Serviço de Material, para idêntico objeto, num momento o fornecedor foi contratado por inexigibilidade de licitação (contrato n.o 540600087/98- estimado em R\$ 1.717.945,63), noutro por meio de convite (contrato n.o 540320098/00- estimado em US\$ 3.786.436,80). No Serviço de Recursos da Informação, o Convite SERMAT - 91-3003/00 derivou o contrato n.o 600.2.012.00-2 no montante de R\$ 1.647.547,40 (um milhão, seiscentos e quarenta e sete mil, quinhentos e quarenta e sete reais, quarenta centavos)”.

.....
Em nenhum momento, há possibilidade de delegação como a do artigo 67 da referida Lei, mormente, levando-se em consideração, que introduziu, o decreto “regulamentar”, inúmeras ressalvas ao processo licitatório, ao ponto de descaracterizá-lo, por inteiro, assim como ao princípio da isonomia, a que se refere o inciso XXI do artigo 37 (igualdade de oportunidades aos licitantes), tendo sido substituído pelo da livre escolha da empresa estatal, que, conforme declara o parecer da Primeira Secretaria de Controle Externo do Tribunal de Contas da União, representa a esmagadora maioria das contratações feitas pela companhia. Tal “livre escolha” afastou a igualdade de oportunidades do processo licitatório exigido nos termos da lei 8666/93 [23].

Assim sendo, o artigo 67, que outorga poder legiferante para o Executivo definir, redigir, conformar o regime de contratação próprio da

empresa estatal mencionada, é de manifesta inconstitucionalidade [24].

Cabe ainda destacar o relatório final da denominada CPI da Petrobrás (SENADO FEDERAL, 2009) que, dentre vários fatos investigados, teve como um dos seus escopos a investigação de “*Graves irregularidades nos contratos de construção de plataformas, apontadas pelo Tribunal de Contas da União*”.

Nessa CPI houve, ainda que de forma tímida, o enfrentamento da questão suscitada pela utilização do Regulamento Simplificado de Licitações da Petrobrás (Decreto nº 2.745/98), motivando o encaminhamento de projeto de lei em substituição ao referido decreto, com a ressalva de que essa proposição estaria sujeita à alterações durante o processo legislativo:

[...] pretende disciplinar as licitações e contratos administrativos da Petrobras, no sentido de contribuir para correção das falhas e para o aprimoramento das contratações dessa Companhia. Faz-se oportuno registrar que a referida proposta poderá sofrer alterações durante o processo de discussão e votação da matéria. (SENADO FEDERAL, 2009).

Ao analisar esse projeto de lei constatamos que o mesmo, uma vez publicado, sana parcialmente a questão da inconstitucionalidade do Regulamento Simplificado de Licitações da Petrobrás, eis que o estatuto jurídico de licitações e contratos administrativos passa a ser disciplinado por lei como manda a Constituição. Porém, continua pendente a questão desse novo estatuto ser direcionado unicamente para a Petrobrás e não para todas as empresas públicas, de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica, na forma estabelecida na Constituição da República, conforme se pode verificar na ementa do projeto de lei, *verbis*:

Regulamenta o procedimento licitatório simplificado para contratação de obras, serviços, aquisições e alienações, no âmbito da Petróleo Brasileiro S.A. — Petrobras, nos termos do inciso III, § 1º, do art. 173 da Constituição Federal. (SENADO FEDERAL, 2009).

Ademais, no nosso entendimento, esse projeto de lei não resolve o problema da discricionariedade e da subjetividade conferida ao gestor no Decreto nº 2.745/98, eis que também não há no novo texto previsão de delimitação objetiva de limites pecuniários na definição das modalidades de licitação da Petrobrás.

Consideramos esse tópico o ponto alto do trabalho. De fato, nele estão incluídas brilhantes decisões das mais altas cortes do universo jurídico-administrativo pátrio lado a lado com primorosos arrazoados jurídicos dos mais notáveis juristas brasileiros, a maioria deles, por enquanto e lamentavelmente, disponíveis apenas em processos do TCU aos quais tive, como servidor deste órgão, a facilidade de acessar. Com efeito, ante as magníficas exposições, somos levados a oscilar, a cada leitura, entre um e outro argumento jurídico.

Contudo, em nossa opinião, de acordo com a dicção do art. 173, § 1º, III, da Carta Magna e em respeito ao Princípio da Legalidade – para nós o mais relevante no Estado Democrático de Direito, tendo em vista as disposições constitucionais assentadas no art. 1º, parágrafo único, *“Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos dessa Constituição”* e no art. 5º, II, *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*, bem como a precedência desse princípio no art. 37, *caput*, da Constituição – merece prosperar o entendimento do Tribunal de Contas da União e de todos esses eminentes operadores do Direito que acordam com a tese da inconstitucionalidade da Lei nº 9.478/97 e do Decreto nº 2.745/98.

5. Considerações finais

A motivação desse trabalho foi manejar um tema atual, polêmico, importante e que tivesse uma ênfase tanto teórica, buscando atingir os objetivos almejados em um trabalho de natureza acadêmica, quanto prática, haja vista a aplicação do Decreto nº 2.745/98 no dia-a-dia das licitações da Petrobrás e sua repercussão nos tribunais superiores, mais especificamente no Tribunal de Contas da União e no Supremo Tribunal Federal.

Para isso, foi realizado um estudo de caso com base em pesquisa de campo em processos que tramitam no Tribunal de Contas da União a respeito da constitucionalidade das licitações realizadas pela Petrobrás com fundamento no art. 67 da Lei nº 9.748/97 – Lei do Petróleo e no Decreto nº 2.745/98 – Estatuto de Licitações da Petrobrás, considerando principalmente a documentação acostada nesses autos, mormente, pareceres de juristas, de especialistas, de autoridades públicas, bem como de julgados do Tribunal de Contas da União – TCU e do Supremo Tribunal Federal – STF.

Diante de todo o exposto, relaciona-se a seguir as principais constatações e conclusões alcançadas durante a elaboração e desenvolvimento da pesquisa:

1. A licitação tem como objetivo precípua o respeito aos princípios da isonomia e economicidade, evitando todos os riscos de conluio e de malversação do dinheiro público, sendo um procedimento anterior à contratação, permitindo que vários concorrentes ofereçam suas propostas, podendo a Administração escolher, respeitadas as várias condicionantes legais e constitucionais, aquela mais vantajosa, tendo em vista sempre o interesse público.
2. Interpretando-se a inovação trazida pela EC 19/98, pode-se concluir que o legislador promoveu uma possibilidade de flexibilização do regime jurídico das empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica no que diz respeito à possibilidade de que essas empresas estatais pudessem ter um estatuto próprio de licitações e contratos administrativos com objetivo de torná-las mais aptas para atuar em um ambiente econômico, concorrencial, mais ágil, de livre iniciativa, o qual não se coaduna com os procedimentos

morosos e complexos previstos para a Administração Pública na Lei nº 8.666/93, haja vista o seu dever de transparência, isonomia e de utilização eficiente dos escassos e disputados recursos orçamentários.

3. A nova disciplina de licitações e contratos administrativos – introduzida pela Emenda Constitucional nº 19/98, que alterou o artigo 173, § 1º da Constituição Federal – deverá ser estabelecida em lei específica, de caráter genérico, derogando a Lei nº 8.666/93, na parte que se refere à aplicabilidade de suas normas às empresas públicas e de economia mista e as suas subsidiárias que explorem atividade econômica e operem em um ambiente de livre concorrência.

4. Apesar do exame da questão da constitucionalidade do Decreto 2.758/98, é importante ressaltar o alto grau de discricionariedade e subjetividade outorgada ao administrador público na contratação com amparo nesse normativo, eis que esse regulamento aboliu os limites pecuniários para escolha da modalidade de licitação, fixando os critérios de escolha de forma exemplificativa, conferindo ao gestor uma indesejável autonomia para justificar suas escolhas.

5. A partir da Decisão nº 663/2002-Plenário (TCU, 2002), já definitivamente julgada no âmbito administrativo, foi determinado à Petrobrás que se abstenha de utilizar do procedimento simplificado de licitações veiculado por meio do Decreto nº 2.745/98, em virtude de sua declaração de inconstitucionalidade pelo TCU. Doravante, os atos praticados com base nos dispositivos do decreto serão considerados irregulares e implicarão na responsabilidade pessoal dos agentes que lhes derem causa.

6. A competência do Tribunal de Contas de exercer o controle incidental de constitucionalidade no exercício de suas atribuições é inconteste no atual ordenamento jurídico pátrio, mormente tendo em vista a sua jurisprudência própria e a dicção literal da vigente Súmula 347 do STF, *in verbis*: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e atos do poder público.”.

7. A Lei nº 9.478/97 não legislou sobre licitações, apenas, em seu art. 67, outorgou tal tarefa ao Decreto nº 2.745/98. Dessa forma, o decreto não regulamentou as situações estatuídas em lei, como deveria, mas inovou no ordenamento jurídico. Nesse caso, depara-se com duas situações de inconstitucionalidade, quais sejam: a delegação legislativa imprópria e a função anômala do regulamento que cria normas jurídicas não previstas em lei, transmudando-se em decreto autônomo, figura vedada no atual ordenamento jurídico brasileiro.

8. Afigura-se também inconstitucional conceder à Petrobrás um tratamento jurídico próprio, específico e restrito apenas a ela, como o faz o Decreto nº 2.745/98. Para atender ao disposto no art. 173, § 1º, inc. III, é imperioso veicular por lei um estatuto único de licitação e contratos administrativos das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica, contendo normas gerais e comuns a todas essas entidades.

9. Até que seja editada uma lei geral que estabeleça um estatuto jurídico único de licitações e contratos administrativos para a empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica, conforme consignado no art. 173, § 1º, III, da Constituição Federal, estará a Petrobrás obrigada a respeitar e seguir os ditames da Lei nº 8.666/93.

Além disso, não se pode deixar de consignar, o que se trata mais de uma constatação do que propriamente de uma conclusão, questionamento inserido no bojo do projeto que deu origem a este trabalho, ante a tamanha controvérsia em relação à constitucionalidade do Decreto nº 2.745/98: por que não se edita uma lei geral de licitações na forma estabelecida no art. 173, § 1º, inciso III, da Constituição? Talvez essa questão esteja respondida nesta obra com outra pergunta, qual seja, que entidade, sujeita a um estatuto jurídico de licitações tão permissivo como o Decreto nº 2.745/98, se renderia facilmente ao risco de perder sua zona de conforto? Isto é, da faculdade de licitar e contratar da forma que melhor lhe convier.

Por fim, *data vênia* as vozes dissonantes, em nossa opinião, de acordo com a dicção do art. 173, § 1º, III, da Carta Magna e em respeito ao Princípio da Legalidade – para nós o mais relevante no Estado Democrático de Direito, tendo em vista as disposições constitucionais assentadas no art. 1º, parágrafo único, “*Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos dessa Constituição*” e no art. 5º, II, “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”, bem como a precedência do princípio da legalidade no art. 37, *caput*, da Constituição – merece prosperar o entendimento do Tribunal de Contas da União e de todos os eminentes operadores do Direito que acordam com a tese da inconstitucionalidade da Lei nº 9.478/97 e do Decreto nº 2.745/98.

Com efeito, não podemos desprezar a importância da Petrobrás para a economia nacional ante sua magnitude econômica e estratégica, porém não podemos também olvidar do quanto é caro e imprescindível o respeito incondicional à Constituição e às leis no Estado Democrático de Direito.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMO, Cláudio Weber. *Petrobrás: dinheiro demais sem licitação*. Blog do Cláudio Weber Abramo – Diretor Executivo da Transparência Brasil. Artigo publicado em 13 de maio de 2009. Disponível em: <<http://colunistas.ig.com.br/claudioabramo/2009/05/page/2/>>. Acesso em 23/03/2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Lei nº 8.666/93. *Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos administrativos da Administração Pública e dá outras providências*. Brasília, 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 02/09/2009.

BRASIL. Lei nº 9.478/97. *Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências*. Brasília, 1997. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 02/09/2009.

BRASIL. Decreto da Presidência nº 2745/98. *Aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado do Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRÁS previsto no art. 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997*. Brasília, 1998. Disponível em: <<http://WWW.planalto.gov.br>>. Acesso em 16/09/2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 02/09/2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Lumem Juris: 2009.

DALLARI, Adilson Abreu. *Parecer Jurídico. In: Tribunal de Contas da União. Processo TC nº 010.115/2002-9*. 2002. Brasília.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Parecer Jurídico. In: Tribunal de Contas da União. Processo TC nº 010.115/2002-9*. 2002. Brasília.

FURTADO, Lucas Rocha. *Parecer do Ministério Público junto ao TCU. In: Tribunal de Contas da União. Processo TC nº 017.810/2006-5*. 2006. Vitória-ES.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos Administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Parecer Jurídico*. In: *Tribunal de Contas da União. Processo TC nº 016.176/2000-5*. 2000. Brasília.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *MS nº 5.602/DF*. Relatoria: Ministro Presidente Américo Luz. Publicação DJ: 4 fev. 1998. Brasília, 1998. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 1º/12/2009.

SENADO FEDERAL. *Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito constituída para apurar denúncias de irregularidades envolvendo a empresa Petróleo Brasileiro S/A (PETROBRAS) e a Agência Nacional de Petróleo (ANP)*. Relatoria: Senador Romero Jucá. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/getPDF.asp?t=71502>>. Acesso em 25/03/2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *MS 25481 MC /DF. Medida Cautelar no Mandado de Segurança*. Relatoria: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 16/08/2005. Publicação DJ: 2005. Disponível em: www.stf.gov.br. Data da consulta: 22/09/2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *MS 25986 ED/DF. Embargos de Declaração em Mandado de Segurança*. Relatoria: Min. Celso de Mello. Julgamento: 21/06/2006. Publicação DJ: 2006a. Disponível em: www.stf.gov.br. Data da consulta: 22/09/2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *MS 25888 MC /DF. Medida Cautelar no Mandado de Segurança*. Relatoria: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 22/03/2006. Publicação DJ: 2006b. Disponível em: www.stf.gov.br. Data da consulta: 22/09/2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *MS 27232 MC /DF. Medida Cautelar no Mandado de Segurança*. Relatoria: Min. Eros Grau. Julgamento: 13/05/2008. Publicação DJ: 2008a. Disponível em: www.stf.gov.br. Data da consulta: 22/09/2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *MS 27743 MC/DF. Medida Cautelar no Mandado de Segurança*. Relatoria: Min. Cármen Lúcia. Julgamento: 01/12/2008. Publicação DJ: 2008b. Disponível em: www.stf.gov.br. Data da consulta: 22/09/2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *MS 28252 MC /DF. Medida Cautelar no Mandado de Segurança*. Relatoria: Min. Eros Grau. Julgamento: 24/09/2009.

Publicação DJ: 2008c. Disponível em: www.stf.gov.br. Data da consulta: 30/09/2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *MS 27837 MC /DF. Medida Cautelar no Mandado de Segurança*. Relatoria: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 19/01/2009. Publicação DJ: 5 fev. 2009. Disponível em: www.stf.gov.br. Data da consulta: 05/03/2009.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Decisão 663/2002-Plenário. Relatório de Auditoria*. Relatoria: Ministro Ubiratan Aguiar. Julgamento: 12/06/2002. Publicação DOU: 24 jun. 2002. Disponível em www.tcu.gov.br. Data da consulta: 01/03/2010.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão 1719/2006-Plenário. Embargos de Declaração*. Relatoria: Ministro Augusto Nardes. Julgamento: 20/09/2006. Publicação DOU: 22 set. 2006. Disponível em www.tcu.gov.br. Data da consulta: 01/03/2006.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão 1763/2008-Plenário. Embargos de Declaração*. Relatoria: Ministro Aroldo Cedraz. Julgamento: 20/08/2008. Publicação DOU: 22 ago. 2008. Disponível em www.tcu.gov.br. Data da consulta: 01/03/2010.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão 1854/2009-Plenário. Pedido de Reexame em Representação*. Relatoria: Ministro Raimundo Carrero. Julgamento: 14/04/2009. Publicação: Ata 11 de 14 abr. 2009. Disponível em www.tcu.gov.br. Data da consulta: 05/02/2010.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão 560/2010-Plenário. Pedido de Reexame*. Relatoria: Ministro Augusto Nardes. Julgamento: 24/03/2010. Publicação: Ata 9 de 24 de março de 2010. Disponível em www.tcu.gov.br. Data da consulta: 05/02/2010.

APÊNDICE – DECRETO Nº 2.745/98

Presidência da República
Subchefia para Assuntos Jurídicos

DECRETO Nº 2.745, DE 24 DE AGOSTO DE 1998.

Aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. PETROBRÁS previsto no art. 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição Federal, e tendo em vista o disposto no art. 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997,

DECRETA:

Art 1º Fica aprovado o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS, na forma do Anexo deste Decreto.

Art 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 24 de agosto de 1998; 177º da Independência e 110º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Raimundo Brito

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. 25.8.1998

ANEXO

REGULAMENTO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO DA PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

1.1 - Este Regulamento, editado nos termos da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, e do art. 173, § 1º, da Constituição, com a redação dada pela Emenda nº 19, de 4 de junho de 1998, disciplina o procedimento licitatório a ser realizado pela PETROBRÁS, para contratação de obras, serviços, compras e alienações.

1.2 - A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a realização da obra, serviço ou fornecimento pretendido pela PETROBRÁS e será processada e julgada com observância dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da igualdade, bem como da vinculação ao instrumento convocatório, da economicidade, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

1.3 - Nenhuma obra ou serviço será licitado sem a aprovação do projeto básico respectivo, com a definição das características, referências e demais elementos necessários ao perfeito entendimento, pelos interessados, dos trabalhos a realizar, nem contratado, sem a provisão dos recursos financeiros suficientes para sua execução e conclusão integral.

1.3.1 - Quando for o caso, deverão ser adotadas, antes da licitação, as providências para a indispensável liberação, utilização, ocupação, aquisição ou desapropriação dos bens, necessários à execução da obra ou serviço a contratar.

1.4 - Nenhuma compra será feita sem a adequada especificação do seu objeto e indicação dos recursos financeiros necessários ao pagamento.

1.4.1 - As compras realizadas pela PETROBRÁS deverão ter como balizadores:

- a. o princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnica e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e de garantia oferecidas;
- b. condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado; e
- c. definição das unidades e quantidades em função do consumo e utilização prováveis.

1.5 - Estarão impedidos de participar de licitações na PETROBRÁS firma ou consórcio de firmas entre cujos dirigentes, sócios detentores de mais de dez por cento do Capital Social, responsáveis técnicos, bem assim das respectivas subcontratadas, haja alguém que seja Diretor ou empregado da PETROBRÁS.

1.6 - Ressalvada a hipótese de contratação global (turn - key), não poderá concorrer à licitação para execução de obra ou serviço de engenharia pessoa física ou empresa que haja participado da elaboração do projeto básico ou executivo.

1.6.1 - É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o item anterior, na licitação de obra ou serviço ou na sua execução, como consultor técnico, exclusivamente a serviço da PETROBRÁS.

1.7 - O ato de convocação da licitação conterà, sempre, disposição assegurando à PETROBRÁS o direito de, antes da assinatura do contrato correspondente, revogar a licitação, ou, ainda, recusar a adjudicação a firma que, em contratação anterior, tenha revelado incapacidade técnica, administrativa ou financeira, a critério exclusivo da PETROBRÁS, sem que disso decorra, para os participantes, direito a reclamação ou indenização de qualquer espécie.

1.8 - No processamento das licitações é vedado admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos convocatórios, cláusulas ou condições que:

- a. restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação;
- b. estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes.

1.8.1 - A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis a todos os interessados os atos de seu procedimento.

1.9 - Sempre que economicamente recomendável, a PETROBRÁS poderá utilizar-se da contratação integrada, compreendendo realização de projeto básico e/ou detalhamento, realização de obras e serviços, montagem, execução de testes, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com a solidez e segurança especificadas.

1.10 - Sempre que reconhecida na prática comercial, e sua não utilização importar perda de competitividade empresarial, a PETROBRÁS poderá valer-se de mecanismos seguros de transmissão de dados à distância, para fechamento de contratos vinculados às suas atividades finalísticas, devendo manter registros dos entendimentos e tratativas realizados e arquivar as propostas recebidas, para fins de sua análise pelos órgãos internos e externos de controle.

1.11 - Com o objetivo de compor suas propostas para participar de licitações que precedam as concessões de que trata a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a PETROBRÁS poderá assinar pré-contratos, mediante expedição de cartas-convite, assegurando preços e compromissos de fornecimento de bens ou serviços.

1.11.1 - Os pré-contratos contereão cláusula resolutiva de pleno direito, sem penalidade ou indenização, a ser exercida pela PETROBRÁS no caso de outro licitante ser declarado vencedor, e serão submetidos à apreciação posterior dos órgãos de controle externo e de fiscalização.

CAPÍTULO II

DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DA LICITAÇÃO

2.1 - A licitação poderá ser dispensada nas seguintes hipóteses:

- a. nos casos de guerra, grave perturbação da ordem ou calamidade pública;
- b. nos casos de emergência, quando caracterizada a urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens;
- c. quando não acudirem interessados à licitação anterior, e esta não puder ser repetida sem prejuízo para a PETROBRÁS, mantidas, neste caso, as condições preestabelecidas;

- d. quando a operação envolver concessionário de serviço público e o objeto do contrato for pertinente ao da concessão;
- e. quando as propostas de licitação anterior tiverem consignado preços manifestamente superiores aos praticados no mercado, ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos estatais incumbidos do controle oficial de preços;
- f. quando a operação envolver exclusivamente subsidiárias ou controladas da PETROBRÁS, para aquisição de bens ou serviços a preços compatíveis com os praticados no mercado, bem como com pessoas jurídicas de direito público interno, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações ou ainda aquelas sujeitas ao seu controle majoritário, exceto se houver empresas privadas que possam prestar ou fornecer os mesmos bens e serviços, hipótese em que todos ficarão sujeitos a licitação; e quando a operação entre as pessoas antes referidas objetivar o fornecimento de bens ou serviços sujeitos a preço fixo ou tarifa, estipuladas pelo Poder Público;
- g. para a compra de materiais, equipamentos ou gêneros padronizados por órgão oficial, quando não for possível estabelecer critério objetivo para o julgamento das propostas;
- h. para a aquisição de peças e sobressalentes ao fabricante do equipamento a que se destinam, de forma a manter a garantia técnica vigente do mesmo;
- i. na contratação de remanescentes de obra, serviço ou fornecimento, desde que aceitas as mesmas condições do licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido e mediante ampla consulta a empresas do ramo, participantes ou não da licitação anterior;
- j. na contratação de instituições brasileiras, sem fins lucrativos, incumbidas regimental ou estatutariamente da pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional, da integração de portadores de deficiência física, ou programas baseados no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990), desde que detenham inquestionável reputação ético-profissional;
- k. para aquisição de hortifrúfigos e gêneros perecíveis, bem como de bens e serviços a serem prestados aos navios petroleiros e embarcações, quando em estada eventual de curta duração em portos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo ou movimentação operacional, e para equipes sísmicas terrestres.

2.2 - A dispensa de licitação dependerá de exposição de motivos do titular da unidade administrativa interessada na contratação da obra, serviço ou compra em que sejam detalhadamente esclarecidos:

- a. a caracterização das circunstâncias de fato justificadoras do pedido;
- b. o dispositivo deste Regulamento aplicável à hipótese;
- c. as razões da escolha da firma ou pessoa física a ser contratada;
- d. a justificativa do preço de contratação e a sua adequação ao mercado e à estimativa de custo da PETROBRÁS.

2.3 - É inexigível a licitação, quando houver inviabilidade fática ou jurídica de competição, em especial:

- a. para a compra de materiais, equipamentos ou gêneros que possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca;
- b. para a contratação de serviços técnicos a seguir enumerados exemplificadamente, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização:

- estudos técnicos, planejamento e projetos básicos ou executivos;

- pareceres, perícias e avaliações em geral;

- assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras;

- fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

- patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas, em especial os negócios jurídicos atinentes a oportunidades de negócio, financiamentos, patrocínio, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por regras de direito privado face as peculiaridades de mercado;

- treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

c. para a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

d. para a obtenção de licenciamento de uso de software com o detentor de sua titularidade autoral, sem distribuidores, representantes comerciais, ou com um destes na hipótese de exclusividade, comprovada esta por documento hábil;

- e. para a contratação de serviços ou aquisição de bens, em situações atípicas de mercado em que, comprovadamente, a realização do procedimento licitatório não seja hábil a atender ao princípio da economicidade;
- f. no caso de transferência de tecnologia, desde que caracterizada a necessidade e essencialidade da tecnologia em aquisição;
- g. para a compra ou locação de imóvel destinado ao serviço da PETROBRÁS, cujas características de instalação ou localização condicionem a sua escolha;
- h. para a formação de parcerias, consórcios e outras formas associativas de natureza contratual, objetivando o desempenho de atividades compreendidas no objeto social da PETROBRÁS;
- i. para a celebração de "contratos de aliança", assim considerados aqueles que objetivem a soma de esforços entre empresas, para gerenciamento conjunto de empreendimentos, compreendendo o planejamento, a administração, os serviços de procura, construção civil, montagem, pré-operação, comissionamento e partida de unidades, mediante o estabelecimento de preços "meta" e "teto", para efeito de bônus e penalidades, em função desses preços, dos prazos e do desempenho verificado;
- j. para a comercialização de produtos decorrentes da exploração e produção de hidrocarbonetos, gás natural e seus derivados, de produtos de indústrias químicas, para importação, exportação e troca desses produtos, seu transporte, beneficiamento e armazenamento, bem como para a proteção de privilégios industriais e para operações bancárias e creditícias necessárias à manutenção de participação da PETROBRÁS no mercado;
- k. nos casos de competitividade mercadológica, em que a contratação deva ser iminente, por motivo de alteração de programação, desde que comprovadamente não haja tempo hábil para a realização do procedimento licitatório, justificados o preço da contratação e as razões técnicas da alteração de programação;
- l. na aquisição de bens e equipamentos destinados à pesquisa e desenvolvimento tecnológico aplicáveis às atividades da PETROBRÁS.

2.3.1 - Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que seu trabalho é o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

2.3.2 - Considera-se como produtor, firma ou representante comercial exclusivo, aquele que seja o único a explorar, legalmente, a atividade no local da contratação, ou no território nacional, ou o único inscrito no registro cadastral de licitantes da PETROBRÁS, conforme envolva a operação custo estimado nos limites de convite, concorrência ou tomada de preços.

2.4 - A Diretoria da PETROBRÁS definirá, em ato específico, as competências para os atos de dispensa de licitação.

2.5 - Os casos de dispensa (item 2.1) e de inexigibilidade (item 2.3) de licitação deverão ser comunicados pelo responsável da unidade competente à autoridade superior, dentro dos cinco dias seguintes ao ato respectivo, devendo constar da documentação a caracterização da situação justificadora da contratação direta, conforme o caso, a razão da escolha do fornecedor ou prestador de serviço e a justificativa do preço.

CAPÍTULO III

MODALIDADES, TIPOS E LIMITES DE LICITAÇÃO

3.1 - São modalidades de licitação:

- a. A CONCORRÊNCIA
- b. A TOMADA DE PREÇOS
- c. O CONVITE
- d. O CONCURSO
- e. O LEILÃO

3.1.1 - CONCORRÊNCIA - é a modalidade de licitação em que será admitida a participação de qualquer interessado que reúna as condições exigidas no edital.

3.1.2 - TOMADA DE PREÇOS - é a modalidade de licitação entre pessoas, físicas ou jurídicas previamente cadastradas e classificadas na PETROBRÁS, no ramo pertinente ao objeto.

3.1.3 - CONVITE - é a modalidade de licitação entre pessoas físicas ou jurídicas, do ramo pertinente ao objeto, em número mínimo de três, inscritas ou não no registro cadastral de licitantes da PETROBRÁS.

3.1.4 - CONCURSO - é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados, para escolha de trabalho técnico ou artístico, mediante a instituição de prêmios aos vencedores.

3.1.5 - LEILÃO - é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados, para a alienação de bens do ativo permanente da PETROBRÁS, a quem oferecer maior lance, igual ou superior ao da avaliação.

3.2 - De acordo com a complexibilidade e especialização da obra, serviço ou fornecimento a ser contratado, as licitações poderão ser dos seguintes tipos:

a. DE MELHOR PREÇO - quando não haja fatores especiais de ordem técnica que devam ser ponderados e o critério de julgamento indicar que a melhor proposta será a que implicar o menor dispêndio para a PETROBRÁS, ou o maior pagamento, no caso de alienação, observada a ponderação dos fatores indicados no ato de convocação, conforme subitem 6.10;

b. DE TÉCNICA E PREÇO - que será utilizada sempre que fatores especiais de ordem técnica, tais como segurança, operatividade e qualidade da obra, serviço ou fornecimento, devam guardar relação com os preços ofertados;

c. DE MELHOR TÉCNICA - que será utilizada para contratação de obras, serviços ou fornecimentos em que a qualidade técnica seja preponderante sobre o preço.

3.2.1 - O tipo da licitação será indicado pela unidade requisitante interessada e constará, sempre, do edital ou carta-convite.

3.2.2 - Nos casos de utilização de licitação de Técnica e Preço e de Melhor Técnica, a unidade administrativa interessada indicará os requisitos de técnica a serem atendidos pelos licitantes na realização da obra ou serviço ou fornecimento do material ou equipamento.

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

a. necessidade de atingimento do segmento industrial, comercial ou de negócios correspondente à obra, serviço ou fornecimento a ser contratado;

b. participação ampla dos detentores da capacitação, especialidade ou conhecimento pretendidos;

c. satisfação dos prazos ou características especiais da contratação;

d. garantia e segurança dos bens e serviços a serem oferecidos;

e. velocidade de decisão, eficiência e presteza da operação industrial, comercial ou de negócios pretendida;

f. peculiaridades da atividade e do mercado de petróleo;

g. busca de padrões internacionais de qualidade e produtividade e aumento da eficiência;

h. desempenho, qualidade e confiabilidade exigidos para os materiais e equipamentos;

i. conhecimento do mercado fornecedor de materiais e equipamentos específicos da indústria de petróleo, permanentemente qualificados por mecanismos que verifiquem e certifiquem suas instalações, procedimentos e sistemas de qualidade, quando exigíveis.

3.4 - Sempre que razões técnicas determinarem o fracionamento de obra ou serviço em duas ou mais partes, será escolhida a modalidade de licitação que regeria a totalidade da obra ou serviço.

3.5 - Obras ou serviços correlatos e vinculados entre si serão agrupados e licitados sob a modalidade correspondente ao conjunto a ser contratado.

3.6 - Nos casos em que a licitação deva ser realizada sob a modalidade de convite, o titular da unidade administrativa responsável poderá, sempre que julgar conveniente, determinar a utilização da concorrência.

CAPÍTULO IV

REGISTRO CADASTRAL, PRÉ-QUALIFICAÇÃO E HABILITAÇÃO DE LICITANTES

4.1 - A PETROBRÁS manterá registro cadastral de empresas interessadas na realização de obras, serviços ou fornecimentos para a Companhia.

4.1.1 - Para efeito da organização e manutenção do Cadastro de Licitantes, a PETROBRÁS publicará, periodicamente, aviso de chamamento das empresas interessadas, indicando a documentação a ser apresentada, que deverá comprovar:

- a. habilitação jurídica;
- b. capacidade técnica, genérica, específica e operacional;
- c. qualificação econômico-financeira;
- d. regularidade fiscal.

4.2 - As firmas cadastradas serão classificadas por grupos, segundo a sua especialidade.

4.3 - Os registros cadastrais serão atualizados periodicamente, pelo menos uma vez por ano.

4.4 - Os critérios para a classificação das firmas cadastradas serão fixados por Comissão integrada por técnicos das áreas interessadas, indicados pelos respectivos diretores e designados pelo Presidente da PETROBRÁS e serão estabelecidos em norma específica, aprovada pela Diretoria.

4.5 - Feita a classificação, o resultado será comunicado ao interessado, que poderá pedir reconsideração, desde que a requeira, no prazo de cinco dias, apresentando novos elementos, atestados ou outras informações que justifiquem a classificação pretendida.

4.5.1 - Decorrido o prazo do subitem anterior, a unidade administrativa encarregada do Cadastro expedirá o Certificado de Registro e Classificação, que terá validade de doze meses.

4.6 - Qualquer pessoa, que conheça fatos que afetem a inscrição e classificação das firmas executoras de obras e serviços ou fornecedoras de materiais e equipamentos, poderá impugnar, a qualquer tempo, total ou parcialmente, o registro, desde que apresente à unidade de Cadastro as razões da impugnação.

4.7 - A inscrição no registro cadastral de licitantes da PETROBRÁS poderá ser suspensa quando a firma:

- a. faltar ao cumprimento de condições ou normas legais ou contratuais;
- b. apresentar, na execução de contrato celebrado com a PETROBRÁS, desempenho considerado insuficiente;
- c. tiver títulos protestados ou executados;
- d. tiver requerida a sua falência ou concordata, ou, ainda, decretada esta última;
- e. deixar de renovar, no prazo que lhe for fixado, documentos com prazo de validade vencido, ou deixar de justificar, por escrito, a não participação na licitação para a qual tenha sido convidada.

4.8 - A inscrição será cancelada:

- a. por decretação de falência, dissolução ou liquidação da firma;
- b. quando ocorrer declaração de inidoneidade da firma;
- c. pela prática de qualquer ato ilícito;
- d. a requerimento do interessado;

4.9 - A suspensão da inscrição será feita pela unidade encarregada do Cadastro, por iniciativa própria ou mediante provocação de qualquer unidade da PETROBRÁS. O cancelamento da inscrição será determinado por qualquer Diretor, ou pela Diretoria da PETROBRÁS no caso da letra " b " do subitem anterior, com base em justificativa da unidade administrativa interessada.

4.9.1 - O ato de suspensão, ou de cancelamento, que será comunicado, por escrito, pela unidade encarregada do Cadastro, fixará o prazo de vigência e as condições que deverão ser atendidas pela firma, para restabelecimento da inscrição.

4.9.2 - A firma que tiver suspensa a inscrição cadastral não poderá celebrar contratos com a PETROBRÁS, nem obter adjudicação de obra, serviço ou fornecimento, enquanto durar a suspensão. Entretanto, poderá a PETROBRÁS exigir, para manutenção do contrato em execução, que a firma ofereça caução de garantia satisfatória.

4.10 - Para o fim de participar de licitação cujo ato de convocação expressamente o permita, admitir-se-á a inscrição de pessoas físicas ou jurídicas reunidas em consórcio, sendo, porém, vedado a um consorciado, na mesma licitação, também concorrer isoladamente ou por intermédio de outro consórcio.

4.10.1 - As pessoas físicas ou jurídicas consorciadas instruirão o seu pedido de inscrição com prova de compromisso de constituição do consórcio, mediante instrumento, do qual deverão constar, em cláusulas próprias:

- a. a designação do representante legal do consórcio;
- b. composição do consórcio;
- c. objetivo da consorciação;

- d. compromissos e obrigações dos consorciados, dentre os quais o de que cada consorciado responderá, individual e solidariamente, pelas exigências de ordem fiscal e administrativa pertinentes ao objeto da licitação, até a conclusão final dos trabalhos que vierem a ser contratados com consórcio;
 - e. declaração expressa de responsabilidade solidária de todos os consorciados pelos atos praticados sob o consórcio, em relação à licitação e, posteriormente, à eventual contratação;
 - f. compromisso de que o consórcio não terá sua composição ou constituição alteradas ou, sob qualquer forma, modificadas, sem prévia e expressa anuência, escrita, da PETROBRÁS, até a conclusão integral dos trabalhos que vierem a ser contratados;
 - g. compromissos e obrigações de cada um dos consorciados, individualmente, em relação ao objeto de licitação.
- 4.10.2 - A capacidade técnica e financeira do consórcio, para atender às exigências da licitação, será definida pelo somatório da capacidade de seus componentes.
- 4.10.3 - Nos consórcios integrados por empresas nacionais e estrangeiras serão obedecidas as diretrizes estabelecidas pelos órgãos governamentais competentes, cabendo, sempre, a brasileiros a representação legal do consórcio.
- 4.10.4 - Não se aplicará a proibição constante da letra " f " do subitem 4.10.1 quando as empresas consorciadas decidirem fundir-se em uma só, que as suceda para todos os efeitos legais.
- 4.10.5 - Aplicar-se-ão aos consórcios, no que cabíveis, as disposições deste Regulamento, inclusive no tocante ao cadastramento e habilitação de licitantes.
- 4.10.6 - O Certificado do Registro do Consórcio será expedido com a finalidade exclusiva de permitir a participação na licitação indicada no pedido de inscrição.
- 4.10.7 - O edital de licitação poderá fixar a quantidade máxima de firmas por consórcios e estabelecerá prazo para que o compromisso de consorciação seja substituído pelo contrato de constituição definitiva do consórcio, na forma do disposto no art. 279 da Lei nº 6.404 de 15/12/76, sob pena de cancelamento da eventual adjudicação.

4.11 - A PETROBRÁS poderá promover a pré-qualificação de empresas para verificação prévia da habilitação jurídica, capacidade técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal, com vista à participação dessas empresas em certames futuros e específicos.

4.11.1 - O edital de chamamento indicará, além da(s) obra(s), serviço(s) ou fornecimento(s) a ser(em) contratado(s), os requisitos para a pré-qualificação e o seu prazo de validade.

4.11.2 - Uma vez pré-qualificadas, a convocação das empresas interessadas será feita de forma simplificada, mediante carta-convite.

4.12 - O Certificado fornecido aos cadastrados substituirá os documentos exigidos para as licitações processadas dentro do seu prazo de validade, ficando, porém, assegurado à PETROBRÁS o direito de estabelecer novas exigências, bem como comprovação da capacidade operativa atual da empresa, compatível com o objeto a ser contratado.

CAPÍTULO V

PROCESSAMENTO DA LICITAÇÃO

5.1 - As licitações da PETROBRÁS serão processadas por Comissões Permanentes ou Especiais, designadas pela Diretoria ou, mediante delegação desta, pelo titular da unidade administrativa interessada.

5.1.1 - O procedimento da licitação será iniciado com o ato do titular da unidade administrativa interessada, que deverá indicar o objeto a ser licitado, prazo para a execução da obra, serviço ou fornecimento desejado, bem como os recursos orçamentários aprovados ou previstos nos programas plurianuais correspondentes.

5.1.2 - Quando for o caso, o pedido de licitação deverá vir acompanhado do ato de designação da Comissão Especial que a processará.

5.2 - O pedido de licitação deverá conter, dentre outros, os seguintes elementos:

I. - NO CASO DE OBRA OU SERVIÇO:

- a. descrição das características básicas e das especificações dos trabalhos a serem contratados;
- b. indicação do prazo máximo previsto para a conclusão dos trabalhos;
- c. indicação do custo estimado para a execução, cujo orçamento deverá ser anexado ao pedido;
- d. indicação da fonte de recursos para a contratação;
- e. requisitos de capital, qualificação técnica e capacitação econômico-financeira a serem satisfeitos pelas firmas interessadas na participação;

f. local e unidade administrativa onde poderão ser obtidos, pelos interessados, elementos e esclarecimentos complementares sobre a obra ou serviço, bem como o preço de aquisição das especificações técnicas, plantas e demais elementos da licitação.

II. - NO CASO DE COMPRA:

- a. descrição das características técnicas do material ou equipamento a ser adquirido;
- b. indicação da fonte de recursos para a aquisição;
- c. indicação, quando for o caso, dos requisitos de capacitação econômico-financeira, qualificação e tradição técnica a serem satisfeitos pelos fornecedores interessados;
- d. indicação ou requisitos de qualidade técnica exigidos para o material ou equipamento a ser fornecido;
- e. preço de aquisição das especificações técnicas e demais documentos da licitação, quando for o caso.

5.2.1 - Quando exigido como requisito para a participação, o capital social mínimo não será superior a dez por cento do valor estimado para a contratação.

5.2.2 - A Comissão de Licitação poderá solicitar da unidade administrativa requisitante quaisquer elementos e informações que entender necessários para a elaboração do edital ou carta-convite da licitação. A Comissão restituirá à unidade requisitante o pedido de licitação que não contiver os elementos indicados no subitem anterior, bem assim os que não forem complementares com os dados e informações adicionais requisitados.

5.3 - As licitações serão convocadas mediante edital assinado e feito publicar pelo titular da unidade administrativa interessada, ou através de carta-convite expedida pela Comissão de Licitação ou por servidor especialmente designado.

5.3.1 - Na elaboração do edital deverão ser levados em conta, além das condições e exigências técnicas e econômico-financeiras requeridas para a participação, os seguintes princípios básicos de licitação:

- a. igualdade de oportunidade e de tratamento a todos os interessados na licitação;
- b. publicidade e amplo acesso dos interessados às informações e trâmites do procedimento licitatório;
- c. fixação de critérios objetivos para o julgamento da habilitação dos interessados e para avaliação e classificação das propostas.

5.4 - A concorrência será convocada por Aviso publicado, pelo menos uma vez, no Diário Oficial da União e em jornal de circulação nacional, com antecedência mínima de trinta dias da data designada para apresentação de propostas.

5.4.1 - O aviso de convocação indicará, de forma resumida, o objeto da concorrência, os requisitos para a participação, a data e o local de apresentação das propostas e o local onde poderão ser adquiridos o edital e os demais documentos da licitação.

5.4.2 - O edital da concorrência deverá conter o número de ordem em série anual, a sigla da unidade administrativa interessada, a finalidade da licitação, a menção de que será regida por esta Norma e, mais, as seguintes indicações:

- a. o objeto da licitação, perfeitamente caracterizado e definido, conforme o caso, pelo respectivo projeto, normas e demais elementos técnicos pertinentes, bastantes para permitir a exata compreensão dos trabalhos a executar ou do fornecimento a fazer;
- b. as condições de participação e a relação dos documentos exigidos para a habilitação dos licitantes e seus eventuais sub-contratados, os quais serão relativos, exclusivamente, à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal;
- c. o local, dia e horário em que serão recebidas a documentação de habilitação preliminar e as propostas e o local, dia e hora em que serão abertas as propostas;
- d. o critério que será adotado no julgamento das propostas;
- e. o local e a unidade administrativa onde os interessados poderão obter informações e esclarecimentos e cópias dos projetos, plantas, desenhos, instruções, especificações e outros elementos necessários ao perfeito conhecimento do objeto da licitação;
- f. a natureza e o valor da garantia de propostas, quando exigida;
- g. o prazo máximo para cumprimento do objeto da licitação;
- h. as condições de reajustamento dos preços, quando previsto;
- i. a declaração de que os trabalhos, ou fornecimento deverão ser realizados segundo as condições estabelecidas em contrato, cuja minuta acompanhará o edital;
- j. as condições de apresentação das propostas, número de vias e exigências de serem datilografadas e assinadas pelo proponente, sem emendas ou rasuras, com a indicação do respectivo endereço;
- k. as condições para aceitação de empresas associadas em consórcio e para eventual subcontratação;

- l. esclarecimento de que a PETROBRÁS poderá, antes da assinatura do contrato, desistir da concorrência, sem que disso resulte qualquer direito para os licitantes;
- m. prazo de validade das propostas;
- n. outras informações que a unidade requisitante da licitação julgar necessária.

5.4.3 - Nas concorrências haverá, sempre, uma fase inicial de habilitação preliminar, destinada à verificação da plena qualificação das firmas interessadas. Para a habilitação preliminar os interessados apresentarão os documentos indicados no edital, além do comprovante de garantia de manutenção da proposta, quando exigida.

5.4.4 - A habilitação preliminar antecederá a abertura das propostas e a sua apreciação competirá à Comissão de Licitação.

5.4.5 - O edital da concorrência poderá dispensar as firmas inscritas no cadastro da PETROBRÁS e de órgãos da Administração Pública Federal, Estadual ou Municipal, da apresentação dos documentos de regularidade jurídico-fiscal exigidos para a habilitação, desde que exibido o Certificado de registro, respectivo.

5.4.6 - Quando prevista no edital, a exigência de capital mínimo integralizado e realizado, ou de patrimônio líquido, não poderá exceder de dez por cento do valor estimado da contratação.

5.4.7 - Mediante despacho fundamentado, a Diretoria poderá autorizar a redução do prazo de publicação do edital, para, no mínimo, vinte dias, quando essa providência for considerada necessária pela urgência da contratação.

5.5 - A tomada de preços será convocada por Aviso publicado no Diário Oficial da União e em jornal de circulação nacional, com a antecedência mínima de quinze dias da data designada para recebimento das propostas.

5.5.1 - O edital de tomada de preços conterá, além dos requisitos do subitem anterior, que forem cabíveis, as seguintes indicações mínimas:

- a. a descrição detalhada do objeto da licitação, as especificações e demais elementos indispensáveis ao perfeito conhecimento, pelos interessados, dos trabalhos que serão executados, ou dos materiais ou equipamentos a serem fornecidos;
- b. o local, data e horário em que serão recebidas as propostas e as condições da apresentação destas;
- c. a informação de que somente poderão participar da licitação firmas já inscritas no registro cadastral de licitantes da PETROBRÁS;
- d. especificação da forma e o valor da garantia de proposta, quando exigida, e indicação do local e a unidade administrativa da PETROBRÁS onde os interessados obterão informações complementares, cópias das especificações, plantas, desenhos, instruções e demais elementos sobre o objeto da licitação;
- e. o critério de julgamento das propostas, com o esclarecimento de que a PETROBRÁS poderá, antes da assinatura do contrato, revogar a licitação, sem que disso resulte qualquer direito para os licitantes.

5.5.2 - Mediante despacho fundamentado, o Diretor da área a que estiver afeta a licitação poderá autorizar a redução do prazo de publicação do edital, para dez dias, quando essa providência for considerada necessária pela urgência da contratação.

5.6 - O convite será convocado por carta expedida pelo Presidente da Comissão de licitação ou pelo servidor especialmente designado, às firmas indicadas no pedido da licitação, em número mínimo de três, selecionadas pela unidade requisitante dentre as do ramo pertinente ao objeto, inscritos ou não no registro cadastral de licitantes da PETROBRÁS.

5.6.1 - A carta-convite será entregue, aos interessados, contra recibo, com antecedência mínima de três dias antes da data fixada para a apresentação das propostas. A carta-convite será acompanhada das características e demais elementos técnicos da licitação e deverá conter as indicações mínimas, necessárias à elaboração das propostas.

5.6.2 - A cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado, a convocação será estendida a, pelo menos, mais uma firma, dentre as cadastradas e classificadas no ramo pertinente.

CAPÍTULO VI

JULGAMENTO DAS LICITAÇÕES

6.1 - As licitações serão processadas e julgadas com a observância do seguinte procedimento:

- a. abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação, e sua apreciação;

- b. devolução dos envelopes fechados aos licitantes inabilitados, desde que não tenha havido recurso ou após a sua denegação;
- c. abertura dos envelopes contendo as propostas dos licitantes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos;
- d. verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do instrumento convocatório, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;
- e. classificação das propostas e elaboração do Relatório de Julgamento;
- f. aprovação do resultado e adjudicação do objeto ao vencedor.

6.2 - A abertura dos envelopes contendo os documentos de habilitação e as propostas, será realizada sempre em ato público, previamente designado, do qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão de Licitação.

6.3 - Todos os documentos de habilitação e propostas serão rubricados pelos licitantes e pela Comissão de Licitação.

6.4 - O disposto no item 6.1 aplica-se, no que couber, ao leilão e ao convite.

6.5 - O concurso será processado com a observância do procedimento previsto no respectivo instrumento convocatório.

6.6 - Ultrapassada a fase de habilitação dos concorrentes e abertas as propostas, não cabe desclassificá-las por motivo relacionado com a habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.

6.7 - É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do procedimento licitatório, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

6.8 - Após a fase de habilitação, não cabe desistência de proposta, salvo por motivo justo decorrente de fato superveniente e aceito pela Comissão.

6.9 - É assegurado a todos os participantes do procedimento licitatório o direito de recurso, na forma estabelecida no Capítulo IX deste Regulamento.

6.10 - O critério de julgamento das propostas constará, obrigatoriamente, do edital ou carta-convite. Na sua fixação levar-se-ão em conta, dentre outras condições expressamente indicadas no ato de convocação, os fatores de qualidade e rendimento da obra ou serviço ou do material ou equipamento a ser fornecido, os prazos de execução ou de entrega, os preços e as condições de pagamento.

6.11 - A Comissão fará a análise, avaliação e classificação das propostas rigorosamente de conformidade com o critério estabelecido no ato de convocação, desclassificando as que não satisfizeram, total ou parcialmente, às exigências prefixadas.

6.12 - Não serão levadas em conta vantagens não previstas no edital ou carta-convite, nem ofertas de redução sobre a proposta mais barata.

6.13 - No caso de discordância entre os preços unitários e os totais resultantes de cada item da planilha, prevalecerão os primeiros; ocorrendo discordância entre os valores numéricos e os por extenso, prevalecerão estes últimos.

6.14 - Na falta de outro critério expressamente estabelecido no ato de convocação, observado o disposto no subitem anterior, a licitação será julgada com base no menor preço ofertado, assim considerado aquele que representar o menor dispêndio para a PETROBRÁS.

6.15 - Na avaliação das propostas, para efeito da classificação, a Comissão levará em conta todos os aspectos de que possa resultar vantagem para a PETROBRÁS, observado o disposto no subitem 6.25.

6.16 - As propostas serão classificadas por ordem decrescente dos valores ofertados, a partir da mais vantajosa.

6.17 - Verificando-se absoluta igualdade entre duas ou mais propostas, a Comissão designará dia e hora para que os licitantes empatados apresentem novas ofertas de preços; se nenhum deles puder, ou quiser, formular nova proposta, ou caso se verifique novo empate, a licitação será decidida por sorteio entre os iguais.

6.18 - Em igualdade de condições, as propostas de licitantes nacionais terão preferência sobre as dos estrangeiros.

6.19 - Nas licitações de MELHOR PREÇO será declarada vencedora a proponente que, havendo atendido às exigências de prazo de execução ou de entrega e às demais condições gerais estabelecidas no ato de convocação, ofertar o menor valor global para a realização da obra ou serviço, assim considerado aquele que implicar o menor dispêndio para a PETROBRÁS, ou o maior pagamento, no caso de alienação.

6.20 - Nas licitações de TÉCNICA E PREÇO e MELHOR TÉCNICA o julgamento das propostas será feito em duas etapas.

6.20.1 - Na primeira, a Comissão fará a análise das propostas com base nos fatores de avaliação previamente fixados no edital, tais como: qualidade, rendimento, assistência técnica e treinamento, prazo e cronograma de execução, técnica e metodologia de execução, tradição técnica da firma, equipamentos da firma, tipo e prazo da garantia de qualidade oferecida, podendo solicitar dos licitantes as informações e esclarecimentos complementares que considerar necessários, vedada qualquer alteração das condições já oferecidas.

6.20.2 - Concluída a avaliação das propostas técnicas, a Comissão convocará os licitantes, por escrito, e, no dia, hora e local designados, em sessão pública, divulgará o resultado da 1ª etapa do julgamento e proclamará as propostas classificadas tecnicamente. Após a leitura do Relatório Técnico, o Presidente da Comissão prestará aos licitantes os esclarecimentos e justificativas que forem solicitados. As indagações dos licitantes e os esclarecimentos prestados pelo Presidente constarão da ata da sessão. Em seguida, o Presidente da Comissão fará a abertura dos envelopes das propostas financeiras, cujos documentos serão lidos e rubricados pelos membros da Comissão e pelos licitantes. Serão restituídos, fechados, aos respectivos prepostos, os envelopes de preços dos licitantes cujas propostas técnicas tenham sido desclassificadas.

6.20.3 - O Presidente da Comissão não fará a abertura dos envelopes de preços das firmas cujas propostas técnicas tenham sido objeto de impugnação, salvo se, decidida, de plano, a improcedência desta, o impugnante declarar, para ficar consignado na ata, que aceita a decisão da Comissão e renuncia a recurso ou reclamação futura sobre o assunto.

6.20.4 - Também não serão abertos, permanecendo em poder da Comissão, os envelopes de preços das firmas cujas propostas técnicas tenham sido desclassificadas e que consignarem em ata o propósito de recorrer contra tal decisão, bem assim as daquelas contra as quais tenha sido impugnada a classificação, até a decisão final sobre o recurso ou impugnação.

6.20.5 - O resultado da avaliação das propostas técnicas constará de RELATÓRIO TÉCNICO, no qual deverão ser detalhadamente indicados:

- a. as propostas consideradas adequadas às exigências de ordem técnica da licitação;
- b. as razões justificadoras de eventuais desclassificações.

6.20.6 - Na segunda etapa do julgamento, a Comissão avaliará os preços e sua adequação à estimativa da PETROBRÁS para a contratação, bem assim as condições econômico-financeiras ofertados pelos licitantes e fará a classificação final segundo a ordem decrescente dos valores globais, ou por item do pedido, quando se tratar de licitação de compra.

6.21 - Nas licitações de TÉCNICA E PREÇO será proclamada vencedora da licitação a firma que tiver ofertado o melhor preço global para a realização da obra ou serviço, ou o melhor preço final por item do fornecimento a ser contratado, desde que atendidas todas as exigências econômico-financeiras estabelecidas no edital.

6.22 - Nas licitações de MELHOR TÉCNICA será proclamada vencedora a firma que obtiver a melhor classificação técnica, desde que atendidas as condições econômico-financeiras estabelecidas no edital. Entretanto, o edital conterà, sempre, a ressalva de que a PETROBRÁS poderá recusar a adjudicação, quando o preço da proposta for considerado incompatível com a estimativa de custo da contratação.

6.23 - Qualquer que seja o tipo ou modalidade da licitação, poderá a Comissão, uma vez definido o resultado do julgamento, negociar com a firma vencedora ou, sucessivamente, com as demais licitantes, segundo a ordem de classificação, melhores e mais vantajosas condições para a PETROBRÁS. A negociação será feita, sempre, por escrito e as novas condições dela resultantes passarão a integrar a proposta e o contrato subsequente.

6.24 - O resultado das licitações, qualquer que seja o tipo ou modalidade, constará do RELATÓRIO DE JULGAMENTO, circunstanciado, assinado pelos membros da Comissão, no qual serão referidos, resumidamente, os pareceres técnicos dos órgãos porventura consultados.

6.25 - No Relatório de Julgamento a Comissão indicará, detalhadamente, as razões da classificação ou desclassificação das propostas, segundo os fatores considerados no critério pré-estabelecido, justificando, sempre, quando a proposta de menor preço não for a escolhida.

6.26 - Concluído o julgamento, a Comissão comunicará, por escrito, o resultado aos licitantes, franqueando-lhes, e a qualquer interessado que o requeira por escrito, o acesso às informações sobre a tramitação e resultado da licitação.

6.27 - Decorrido o prazo de recurso, ou decidido este, o Relatório de Julgamento será encaminhado pelo Presidente da Comissão ao titular do órgão interessado, para aprovação e adjudicação.

6.27.1 - O titular da unidade competente para a aprovação poderá converter o julgamento em diligência, para que a Comissão supra omissões ou esclareça aspectos do resultado apresentado.

6.27.2 - Mediante decisão fundamentada, a autoridade competente para a aprovação anulará, total ou parcialmente, a licitação, quando ficar comprovada irregularidade ou ilegalidade no seu processamento.

6.28 - Os editais e cartas-convites conterão, sempre, a ressalva de que a PETROBRÁS poderá, mediante decisão fundamentada da autoridade competente para a homologação do julgamento, revogar a licitação, a qualquer tempo, antes da formalização do respectivo contrato, para atender a razões de conveniência administrativa, bem como anular o procedimento, se constatada irregularidade ou ilegalidade, sem que disso resulte, para os licitantes, direito a reclamação ou indenização.

6.29 - As licitações vinculadas a financiamentos contratados pela PETROBRÁS com organismos internacionais serão processadas com observância do disposto nas recomendações contidas nos respectivos Contratos de Empréstimos, e nas instruções específicas dos órgãos federais competentes, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições deste Regulamento.

6.30 - Os editais para essas licitações indicarão os requisitos a serem atendidos pelas firmas estrangeiras eventualmente interessadas na participação.

CAPÍTULO VII

CONTRATAÇÃO

7.1 - A execução de obras e serviços e a aquisição ou alienação de materiais, na PETROBRÁS, serão contratados com o concorrente classificado em primeiro lugar na licitação correspondente, ressalvados os casos de dispensa desta, estabelecidos neste Regulamento.

7.1.1 - Os contratos da PETROBRÁS reger-se-ão pelas normas de direito privado e pelo princípio da autonomia da vontade, ressalvados os casos especiais, obedecerão a minutas padronizadas, elaboradas com a orientação do órgão jurídico e aprovadas pela Diretoria.

7.1.2 - As minutas dos contratos e dos respectivos aditamentos serão previamente analisadas pelo órgão jurídico da PETROBRÁS, na forma do disposto nas normas operacionais internas.

7.1.3 - Os contratos deverão estabelecer, com clareza e precisão, os direitos, obrigações e responsabilidades das partes e conterão cláusulas específicas sobre:

- a. a qualificação das partes;
- b. o objeto e seus elementos característicos;
- c. a forma de execução do objeto;
- d. o preço, as condições de faturamento e de pagamento e, quando for o caso, os critérios de reajustamento;
- e. os prazos de início, de conclusão, de entrega, de garantia e de recebimento do objeto do contrato, conforme o caso;

- f. as responsabilidades das partes;
- g. as que fixem as quantidades e o valor da multa;
- h. a forma de inspeção ou de fiscalização pela PETROBRÁS;
- i. as condições referentes ao recebimento do material, obra ou serviço;
- j. as responsabilidades por tributos ou contribuições;
- k. os casos de rescisão;
- l. o valor do contrato e a origem dos recursos;
- m. a forma de solução dos conflitos, o foro do contrato e, quando necessário, a lei aplicável;
- n. estipulação assegurando à PETROBRÁS o direito de, mediante retenção de pagamentos, ressarcir-se de quantias que lhes sejam devidas pela firma contratada, quaisquer que sejam a natureza e origem desses débitos.

7.1.4 - A Diretoria Executiva definirá, em ato interno específico, as competências para a assinatura dos contratos celebrados pela PETROBRÁS.

7.2 - Os contratos regidos por este Regulamento poderão ser alterados, mediante acordo entre as partes, principalmente nos seguintes casos:

- a. quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
- b. quando necessária a alteração do valor contratual, em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, observado, quanto aos acréscimos, o limite de vinte e cinco por cento do valor atualizado do contrato;
- c. quando conveniente a substituição de garantia de cumprimento das obrigações contratuais;
- d. quando necessária a modificação do regime ou modo de realização do contrato, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;
- e. quando seja comprovadamente necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, respeitado o valor do contrato.

7.3 - A inexecução total ou parcial do contrato poderá ensejar a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei, além da aplicação ao contratado das seguintes sanções:

- a. advertência;
- b. multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;
- c. suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a PETROBRÁS, por prazo não superior a dois anos;
- d. proibição de participar de licitação na PETROBRÁS, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação, perante a própria autoridade que aplicou a pena.

7.3.1 - Constituem motivo, dentre outros, para rescisão do contrato:

- a. o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;
- b. o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;
- c. a lentidão no seu cumprimento, levando a PETROBRÁS a presumir a não-conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;
- d. o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;
- e. a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à PETROBRÁS;
- f. a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação da contratada com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, exceto se admitida no edital e no contrato, bem como a fusão, cisão ou incorporação, que afetem a boa execução deste;
- g. o desatendimento das determinações regulares do preposto da PETROBRÁS designado para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;
- h. o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas em registro próprio;
- i. a decretação da falência, o deferimento da concordata, ou a instauração de insolvência civil;
- j. a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;
- k. a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que, a juízo da PETROBRÁS, prejudique a execução da obra ou serviço;
- l. o protesto de títulos ou a emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos, que caracterizem insolvência do contratado;
- m. a suspensão de sua execução, por ordem escrita da PETROBRÁS por prazo superior a cento e vinte dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra;
- n. a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

7.3.2 - A rescisão acarretará as seguintes consequências imediatas:

- a. execução da garantia contratual, para ressarcimento, à PETROBRÁS, dos valores das multas aplicadas e de quaisquer outras quantias ou indenizações a ela devidas;
- b. retenção dos créditos decorrentes do contrato, até o limite dos prejuízos causados à PETROBRÁS.

7.4 - O contrato poderá estabelecer que a decretação da concordata implicará a rescisão de pleno direito, salvo quando a firma contratada prestar caução suficiente, a critério da PETROBRÁS, para garantir o cumprimento das obrigações contratuais.

CAPÍTULO VIII

LICITAÇÃO PARA ALIENAÇÃO DE BENS

8.1 - Observado o disposto no Estatuto Social, a alienação de bens do ativo permanente, devidamente justificada, será sempre precedida de avaliação e licitação, dispensada esta nos seguintes casos:

- a. doação em pagamento, quando o credor consentir em receber bens móveis ou imóveis em substituição à prestação que lhe é devida;
- b. doação, exclusivamente para bens inservíveis ou na hipótese de calamidade pública;
- c. permuta;
- d. venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;
- e. venda de títulos, na forma da legislação pertinente.

8.2 - A alienação será efetuada mediante leilão público, ou concorrência, quando se tratar de imóveis, segundo as condições definidas pela Diretoria Executiva, indicadas no respectivo edital, previamente publicado.

CAPÍTULO IX

RECURSOS PROCESSUAIS

9.1 - Qualquer interessado, prejudicado por ato de habilitação, classificação ou julgamento, praticado pela Comissão de Licitação, ou por representante autorizado da PETROBRÁS, em função deste Regulamento, poderá recorrer, mediante:

- a. Pedido de Reconsideração;
- b. Recurso Hierárquico.

9.1.1 - O Pedido de Reconsideração será formulado em requerimento escrito e assinado pelo interessado, dirigido à Comissão de Licitação ou à unidade responsável pelo ato impugnado e deverá conter:

- a. a identificação do recorrente e das demais pessoas afetadas pelo ato impugnado;
- b. a indicação do processo licitatório ou administrativo em que o ato tenha sido praticado;
- c. as razões que fundamentam o pedido de reconsideração, com a indicação do dispositivo deste Regulamento ou, quando for o caso, da legislação subsidiariamente aplicável.

9.1.2 - O Pedido de Reconsideração será apresentado no protocolo local da PETROBRÁS, instruído com os documentos de prova de que dispuser o recorrente. Quando assinado por procurador, deverá vir acompanhado do correspondente instrumento do mandato, salvo quando este já constar do processo respectivo.

9.1.3 - Mediante o pagamento do custo correspondente, a parte poderá requerer cópias das peças do processo da licitação, ou de quaisquer outros documentos indispensáveis à instrução do recurso.

9.1.4 - Quando o interessado o requerer, o Pedido de Reconsideração poderá converter-se em Recurso Hierárquico, na hipótese de indeferimento da Comissão de Licitação ou da unidade administrativa à qual tenha sido dirigido.

9.1.5 - O Recurso Hierárquico, formulado com observância do disposto no subitem 9.1.1, será dirigido à unidade administrativa imediatamente superior àquela responsável pelo ato impugnado.

9.1.6 - Quando se referir a ato praticado em processo de licitação, o requerimento do Recurso Hierárquico será apresentado, através do protocolo local da PETROBRÁS, à Comissão de Licitação, que o encaminhará a unidade administrativa competente, com as informações justificativas do ato praticado, caso decida mantê-lo.

9.1.7 - Interposto o recurso hierárquico, a Comissão de Licitação comunicará aos demais licitantes, que poderão impugná-lo no prazo comum de cinco dias úteis.

9.1.8 - A Comissão de Licitação, ou a unidade administrativa responsável pelo ato impugnado, decidirá sobre o Pedido de Reconsideração no prazo de três dias úteis, contados do término do prazo para impugnação e, em igual prazo, comunicará o resultado ao interessado, ou encaminhará o processo ao superior hierárquico, na hipótese prevista no subitem 9.1.4.

9.1.9 - O Recurso Hierárquico será decidido pela unidade administrativa competente no prazo de cinco dias úteis, contados da data em que receber, devidamente instruído, o processo respectivo.

9.2 - É de cinco dias corridos, contados da data de comunicação do ato impugnado, o prazo para formulação do Pedido de Reconsideração e do Recurso Hierárquico.

9.2.1 - Quando se tratar de ato divulgado em sessão pública do procedimento licitatório, o prazo para recorrer contar-se-á da data da realização da sessão.

9.2.2 - Nos demais processos vinculados a esta Norma, o prazo para recorrer contar-se-á da data em que a parte tomar conhecimento do ato.

9.2.3 - Quando o recurso se referir ao resultado final da licitação, o prazo de recurso será contado da data da notificação do resultado, feita pela Comissão de Licitação aos interessados.

9.2.4 - Na contagem do prazo de recurso excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, prorrogando-se este para o primeiro dia útil, quando recair em dia em que não haja expediente na PETROBRÁS.

9.3 - Os recursos terão efeito apenas devolutivo. Entretanto, quando se referirem à habilitação de recorrentes, ou ao resultado da avaliação e classificação de propostas, os recursos acarretarão a suspensão do procedimento licitatório, mas apenas em relação à firma, ou a proposta, atingida pelo recurso.

9.3.1 - A seu exclusivo critério, a autoridade competente para apreciar o recurso poderá suspender o curso do processo, quando isso se tornar recomendável, em face da relevância dos aspectos questionados pelo recorrente.

9.3.2 - A parte poderá, a qualquer tempo, desistir do recurso interposto. Responderá, entretanto, perante a PETROBRÁS, pelos prejuízos que, porventura, decorram da interposição de recurso meramente protelatório.

CAPÍTULO X

DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

10.1 - A disciplina estabelecida neste Regulamento poderá ser complementada, quanto aos aspectos operacionais, por ato interno da Diretoria Executiva da PETROBRÁS, previamente publicado no Diário Oficial da União, inclusive quanto à fixação das multas a que se refere a alínea “g” do subitem 7.1.3.

10.2 - Quando da edição da lei a que se refere o § 1º do art. 173 da Constituição, com a redação dada pela Emenda nº 19, de 4 de junho de 1998, o procedimento licitatório disciplinado neste Regulamento deverá ser revisto, naquilo que conflitar com a nova lei.