
PETROBRAS - ANÁLISE DOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS E DOS CONTRATOS DA ENTIDADE

Relatório de Auditoria

Ministro-Relator Ubiratan Aguiar

Grupo I - Classe V - Plenário

TC-016.176/2000-5 (c/ 09 volumes)

Natureza: Relatório de Auditoria

Apenso: TC-013.195/2001-5 - Solicitação de informações

Entidade: Petróleo Brasileiro S. A. - Petrobras

Responsáveis: Alceu Barroso Lima Neto, Antônio Carlos de Souza Sampaio Filho, Antonio Carlos Sobreira de Agostini, Arnaldo Leite Pereira, Aurílio Fernandes Lima, Carlos Frederico Leipnik Kotouc, Joel Mendes Rennó, José Carlos Ávila Betencourt, José Carlos da Fonseca, Luiz Carlos Quintella Freire, Nelson Taveira da Costa, Orlando Galvão Filho, Percy Louzada de Abreu, Roberto Fernandes Orzechowsky, Sebastião Henriques Vilarinho.

Ementa: Relatório de Auditoria realizada na área de licitações e contratos. Considerações acerca do art. 67 da Lei nº 9.478/97 e do Decreto nº 2.745/98, que aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras. Inconstitucionalidade das normas. Comunicação à Petrobrás. Existência de outras irregularidades. Determinações. Realização de audiências. Remessa de cópias.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de auditoria realizada na Petrobrás com o objetivo de “analisar os procedimentos licitatórios da entidade e seus contratos, especialmente após o advento do Decreto nº 2.745/98, bem como verificar a implantação da *homepage* Contas Públicas”.

2. Com o intuito de não prejudicar a compreensão das questões que serão tratadas, adoto, como meu Relatório, excertos daquele produzido pela equipe de auditoria:

“...

8. CONSIDERAÇÕES SOBRE O ART. 67 DA LEI Nº 9.478/97 E O DECRETO Nº 2.745/98 (REGULAMENTO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO DA PETROBRAS)

8.1. Histórico

8.1.1. O art. 37 da Constituição Federal de 1988 estabeleceu princípios a serem obedecidos pela administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da

União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de trazer outras determinações. Após a promulgação da Magna Carta, o texto do *caput* do art. 37 só veio a ser alterado pela Emenda Constitucional nº 19, publicada no DOU em 5 de junho de 1998. Ao seu texto, foi acrescentado o princípio da eficiência.

8.1.2. O inciso XXI do art. 37, que não sofreu alteração por emenda constitucional, tem a seguinte redação:

*“XXI – **ressalvados os casos especificados na legislação**, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante **processo de licitação pública** que assegure **igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, **nos termos da lei**, o qual **somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.**”* (grifos nossos)

8.1.3. A Lei nº 8.666/93 veio regulamentar o inciso supra e dar outras providências. Desde então, as licitações e contratos da administração pública direta e indireta, inclusive empresas públicas e sociedades de economia mista, passaram a ser regidas por esse diploma. O legislador procurou ser bem claro quanto à sujeição de empresas públicas e sociedades de economia mista, redigindo o parágrafo único do art. 1º da Lei:

*“Parágrafo único. **Subordinam-se ao regime desta lei**, além dos órgãos da Administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, **as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.**”* (grifamos)

8.1.4. O art. 119 da Lei de Licitações e Contratos prevê que as sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União editariam regulamentos próprios, devidamente publicados, **ficando sujeitos às disposições daquela Lei**.

8.1.5. Em 10 de novembro de 1995, foi publicada no DOU a Emenda Constitucional nº 9, que alterou o texto do art. 177 da Constituição Federal, autorizando à União contratar empresas **estatais ou privadas** para atuarem em áreas antes exclusivas da Petrobrás. Na prática, essa emenda significou a quebra do monopólio da Empresa. Referida alteração constitucional, entretanto, remeteu à lei ordinária o disciplinamento da matéria, como será melhor abordado no item 0.

8.1.6. Até 6 de agosto de 1997, data em que foi sancionada a Lei nº 9.478/97, não existia a lei citada nos §§ 1º e 2º do artigo 177(43). A Lei dispôs sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, instituiu o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e deu outras providências. Entre essas outras providências, há o Capítulo IX que versa exclusivamente sobre a Petrobrás. O art. 67, incluso nesse Capítulo, estabeleceu 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.

(43) “Art. 177. *Constituem monopólio da União:*

(...)

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

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

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

II – as condições de contratação;

III – a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;
(...);”

8.1.7. Em 05 de junho de 1998, foi publicada no DOU a Emenda Constitucional nº 19, modificando o regime e dispondo sobre princípios e normas da administração pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, além de dar outras providências. No que é afeto a esta auditoria, interessam as alterações processadas no inc. XXVII do art. 22 e no art. 173 e parágrafos. A emenda inovou ao definir que normas gerais de licitação e contratação para as empresas públicas, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços seriam definidos em **estatuto jurídico próprio, sob a forma de lei ordinária**, a qual disporá sobre: sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; a constituição e o funcionamento dos conselhos de Administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; e os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. Doravante, poderão ser feitas referências a essa lei, que ainda não existe, utilizando-se apenas o termo **Estatuto**.

8.1.8. Exclusivamente para fins metodológicos e de manutenção da coerência da Instrução, será considerado como o **Estatuto** sendo uma única lei. Não será abordada no presente trabalho a discussão sobre se haverá somente uma lei para todas as empresas estatais exercentes de atividade econômica e para todos os temas a serem regulamentados ou se haverá várias leis para regulamentar o art. 173, § 1º e incisos. Essa discussão é irrelevante para este trabalho. O importante é que apenas a lei – uma ou mais –, em sentido formal, cabe dispor sobre a matéria.

8.1.9. Logo após a EC nº 19 e pouco mais de um ano após a Lei nº 9.478/97, em 24 de agosto de 1998, foi exarado o Decreto do Presidente da República nº 2.745/98, disciplinando o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A.. Desde então, a Companhia vem seguindo o Regulamento Simplificado para suas obras, compras, serviços e alienações; não mais obedecendo à Lei nº 8.666/93.

8.1.0. Este trabalho lança mão de citações de renomados doutrinadores que versaram em abstrato sobre as modificações implementadas pela Emenda Constitucional nº 19. Todavia, essas citações servem tão-somente para enriquecer a Instrução e ilustrar o estudo levado a termo por esta Equipe. O exame promovido pelo Tribunal traz inovações significativas em relação aos trabalhos mencionados, por haver debruçado-se sobre o fato concreto da existência do Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A., regulando licitações, contratos e alienações da Empresa, consequência da Lei nº 9.478/97.

8.2. O artigo 67 da Lei nº 9.478/97 e o Decreto nº 2.745/98 frente à ordem constitucional

8.2.1. Para analisar o artigo 67 da Lei nº 9.478/97, primeiramente faz-se necessário entender as relações de independência harmônica entre os Poderes Executivo e Legislativo.

8.2.2. Cioso de sua competência e na estrita defesa do princípio constitucional da tripartição dos Poderes, o Poder Legislativo participa ativamente das mudanças estruturais promovidas no Estado Brasileiro, não permitindo ao Governo – entendido como tal aquele que executa as políticas governamentais, isto é, o Poder Executivo – que as promova unilateralmente. Por vezes, inclusive, colocou-se em posição de frontal desacordo com intenções do Chefe de Estado e de Governo. Entende-se essa discordância como o salutar exercício da democracia, garantida no estado de direito. Não raramente, a vontade do Governo diverge da vontade do Estado.

8.2.3. A participação ativa do Poder Legislativo é notada na intensa discussão parlamentar, que não está restrita à votação de emendas constitucionais, mas que se prolonga pela exigência de lei para regulamentar diversas alterações feitas no Texto Magno. Não é sem porquê a inclusão de expressões, tais como: “*na forma da lei*”, “*a lei estabelecerá*” ou “*a lei disporá*”. O Poder Legislativo avoca a prerrogativa de discutir e decidir de que forma serão regrados vários dispositivos constitucionais. Com isso, defende sua função precípua, petreamente definida na Carta Magna. As Emendas Constitucionais 9 e 19 contêm exemplos típicos dessa avocação.

8.2.4. No exercício de suas atribuições, o Legislativo elaborou a Lei nº 9.478/97, em obediência ao disposto nos §§ 1º e 2º do art. 177 da Constituição, modificado e acrescido, respectivamente, pela Emenda Constitucional nº 9. Apesar de não ser objeto essencial de seu conteúdo, essa Lei, no art. 67, autorizou ao Poder Executivo a editar um decreto estatuinto o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A.. Analisemos melhor esse dispositivo, cotejando-o com a Constituição Federal, entendida como um sistema coerente e harmônico de normas.

8.2.5. A competência para legislar sobre licitações e contratos é privativa da União. Competência essa exercida quando da edição da Lei nº 8.666/93. O art. 22 da Constituição, em seu inciso XXVII, com a redação vigente à época da Emenda Constitucional nº 9 e da publicação da Lei nº 9.478/97, dizia o seguinte:

“Art. 22 – *Compete à União legislar sobre:*

(...)

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle;” (grifos nossos)

8.2.6. A Emenda Constitucional nº 9, que não promoveu qualquer alteração no texto do art. 22, modificou a redação do art. 177, alterando o seu § 1º e acrescentando o § 2º. O texto do artigo passou a ser o seguinte:

“Art. 177. *Constituem monopólio da União:*

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

II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

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

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

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

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

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

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

II – as condições de contratação;

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

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

8.2.7. Analisando por partes, ressalta-se em primeiro lugar que, ao não alterar o art. 22, a Emenda não modificou a competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as empresas sob seu controle.

8.2.8. Pela técnica de redação legislativa, é lógico entender que dois parágrafos de um mesmo artigo tratem de mesma matéria ou de matéria concorrente, ainda mais quando, explicitamente, há referências diretas de um para o outro. Esse é o caso dos §§ 1º e 2º do art. 177. O § 1º determina que “a União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei”. Ou seja, o constituinte derivado está possibilitando apenas à União, e a mais nenhum outro ente, mesmo que pessoa jurídica de direito público ou empresa controlada direta ou indiretamente por ela, contratar determinadas atividades, que são monopólio dela, seguindo condições a serem definidas em lei. No § 2º, em lista exaustiva (*numerus clausus*), diz

que a lei referida no § 1º – aquela que permite que a União contrate a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo – disporá sobre, entre outras matérias, as condições de contratação.

8.2.9. A leitura coordenada do texto constitucional é esclarecedora. Por várias ocasiões, trechos da Carta Magna exigem um exercício árduo de interpretação, em face à redação pouco clara dada pelo constituinte. Não é o que ocorre no caso em tela. O texto constitucional resultante das modificações implementadas pela Emenda nº 9 permite uma única interpretação: a de que a União, e apenas ela, contrate, com empresas estatais ou privadas, as seguintes atividades, que são seu monopólio: a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro, a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das duas atividades discriminadas anteriormente, o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem. Para que sejam feitas essas contratações (ou seja, as das atividades previstas nos incisos I a IV do art. 177 e listadas neste parágrafo), deverão ser obedecidas as condições previstas em lei, que disporá especificamente sobre elas. O texto evidencia que as contratações a que se refere são as concessões e autorizações para o exercício daquelas atividades. Por quê? Porque concessões e autorizações são os instrumentos constitucionalmente definidos para que seja possível a exploração, por particulares, de jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica, consoante o art. 176 *caput* e § 1º (abaixo). Da mesma forma que o art. 177 cita apenas a União, nele não é feita qualquer menção a aquisições de bens e serviços, contratações de obras ou alienações.

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

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

8.2.10. O art. 5º da Lei 9.478/97 disciplinou a matéria para as atividades econômicas tratadas no art. 4º da mesma lei, que nada mais é do que a repetição do art. 177 *caput* e incisos de I a IV, da Constituição.

“Art. 5º. As atividades econômicas de que trata o artigo anterior serão reguladas e fiscalizadas pela União e poderão ser exercidas, mediante concessão ou autorização, por empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e Administração no País.”

8.2.11. Reforçamos que o art. 177 da Constituição trata apenas das áreas sob monopólio da União e da forma como será exercido esse monopólio. Não versa sobre qualquer outro ente, nem mesmo uma empresa controlada pela União – que, como se sabe, possui personalidade jurídica própria e distinta da dela – nem de outra forma de contratação, que não as concessões e autorizações para que empresas estatais ou privadas realizem as atividades previstas nos seus incisos I a IV.

8.2.12. Não tendo havido alteração no art. 22, continuou inalterada a competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as empresas sob seu controle, competência essa exercida quando da sanção da Lei nº 8.666/93. A interpretação é límpida e, guardando a devida *venia* a teses divergentes, qualquer outra forma de se fazer a leitura dessa parte do texto constitucional é uma tentativa de distorcer o que foi estabelecido pelo poder constituinte.

8.2.13. Portanto, não houve na Emenda Constitucional nº 9 qualquer mudança nas competências outorgadas no art. 22 da Constituição, e nem tampouco mandamento constitucional para que fosse editada lei, e muito menos decreto, com normas de licitação e contratação para empresas públicas ou sociedades de economia mista. Esse mandamento (o da lei) veio somente três anos mais tarde, com a Emenda nº 19. Destarte, ao permitir a edição, na Lei nº 9.478/97, de um decreto com o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A., o legislador foi além do que a Constituição previu para aquela lei. Apesar de ter sido extrapolado o que fora constitucionalmente preceituado, não ocorreu qualquer inconstitucionalidade. Por si só, o fato do Congresso Nacional tratar, em uma mesma lei ordinária, de um tema indicado por mandamento constitucional específico e, além dessa matéria, de outra constitucionalmente disponível para aquela espécie de diploma legal, não caracteriza irregularidade. Há que se ressaltar também que a edição da Lei 9.478/97 não revogou a Lei 8.666/93 ou afastou sua incidência sobre nenhum ente. Invocamos o art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/42) para ratificar essa afirmação:

“Art. 2º - Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º - A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º - A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º - Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.”

8.2.14. Limpidamente, a Lei 9.478/97 não se encaixa na hipótese do § 1º, acima.

8.2.15. É deveras importante e decisivo para o bom entendimento da matéria, lembrar que a Lei nº 9.478/97 não tem qualquer relação direta com a Emenda Constitucional nº 19. **A lei foi editada quase um ano antes da publicação dessa emenda, não podendo, portanto, ser invocada como forma de regulamentação do atual texto do**

art. 173, § 1º. Nem mesmo em um exercício árduo de distensão e flexibilidade jurídica poder-se-ia admitir que o Regulamento Simplificado, autorizado no artigo 67 da Lei nº 9.478/97, não estivesse umbilicalmente ligado e não devesse obediência ao único diploma que regulamentava, e ainda regulamenta, licitações, contratos e alienações para a Administração Pública – a Lei nº 8.666/93 –, mas sim a qualquer outra disposição, constitucional ou não, que nem ao menos existia à época da promulgação e sanção daquela lei.

8.2.16. Em não bastando, o art. 173(44) da Constituição prevê que a lei disporá sobre os temas nele citados. Ou seja, as regras devem estar na lei. Qualquer regulamento pode apenas explicitar e desenvolver o que já estiver contido na lei. Mesmo, equivocadamente, passando ao largo do flagrante óbice temporal evidenciado no parágrafo anterior, haveria necessidade de que a Lei nº 9.478/97 dispusesse sobre a matéria. A simples permissão para a edição de um Regulamento Simplificado por meio de decreto não é dispor sobre as matérias da forma como o constituinte derivado pretendeu. A intenção do constituinte foi de que a lei prescrevesse, determinasse, estabelecesse, estatuisse; nunca que a lei se desfizesse, se desincumbisse ou se desonerasse da responsabilidade a ela imposta, como os defensores do Decreto nº 2.745/98 patrocinam. Note-se que todas as expressões utilizadas podem ser associadas ao ato de dispor, mas somente prescrever, determinar, estabelecer e estatuir podem ser utilizadas apropriadamente para definir o mandamento constitucional. Se assim não fosse, não haveria razão para que esse preceito constasse da Carta Magna. Aceitar a possibilidade de o Decreto nº 2.745/98, com o seu teor, regulamentar licitações, contratos e alienações para a Petrobrás seria admitir a ocorrência da situação hipotética descrita no próximo parágrafo.

(44) *“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.*

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

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

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

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

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

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

§2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º *A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.*

§ 4º *A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.*

§ 5º *A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.”*

8.2.17. A Constituição Federal sofre a emenda X, passando a determinar a regulamentação por lei complementar de seu artigo Y, que versa, p.e., sobre limitações constitucionais ao poder de polícia. Existe uma lei complementar Z, anterior à emenda Y, versando sobre assunto diverso, mas que possui um artigo simploriamente dizendo que *“as limitações constitucionais ao poder de polícia serão regulamentadas por lei ordinária”*. De posse da permissão dada na lei complementar Z, e após a emenda X, o legislador regulamenta as limitações constitucionais ao poder de polícia por lei ordinária. Ora, não há exigência de quase nenhum raciocínio hermenêutico para concluir que essa interpretação enviesada da Constituição é inaceitável. A situação hipotética aventada é muito menos grave do que a realidade que envolve a Lei nº 9.478/97, a Emenda Constitucional nº 19 e o Decreto nº 2.745/98 (editado após à EC 19). No caso concreto discutido nesta Instrução, há um fator decisivo que reforça a inviabilidade do conteúdo do Decreto 2.745/98: a existência da Lei 8.666/93, dispoendo sobre a matéria objeto do Decreto.

8.2.18. Dando continuidade, consoante a EC nº 19, as normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as empresas públicas e sociedades de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, deverão ser estabelecidas em uma lei específica, que será o estatuto jurídico dessas entidades. A edição dessa lei compete privativamente à União. O Estatuto poderá dispor, inclusive, sobre novas modalidades de licitação e novas hipóteses de dispensa e inexigibilidade. No entanto, em regra, as entidades não estarão livres do dever de licitar. A lei citada no § 1º do artigo 173, até o momento, não foi elaborada. Citamos a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“O princípio da indisponibilidade do interesse público também exige que as empresas estatais, embora regidas pelo direito privado, se submetam à licitação, uma vez que administram recursos total ou parcialmente públicos. A exigência decorre também da Constituição, por força do já mencionado artigo 37, XXI, e do artigo 22, XXVII, que dá à União competência para estabelecer normas gerais de licitação e contratação em todas as modalidades, para as Administrações Públicas Diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no artigo 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do artigo 173, § 1º, III. Este último dispositivo, também alterado pela Emenda nº 19, prevê que as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade

econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços sejam regidas por estatuto jurídico que disponha, entre outras coisas, sobre licitação e contratação, com observância dos princípios da Administração Pública.

Isto significa que, com a nova redação do dispositivo constitucional, as empresas estatais vão poder dispor de procedimento próprio para suas licitações. Mas não estarão dispensadas de observar os princípios da licitação.

Afora o princípio da licitação, existem outros que se referem ao próprio procedimento: em suas várias fases vão se colocar em confronto o interesse público na escolha da melhor oferta e o interesse particular em contratar com a Administração. Seguindo mais a linha de Hely Lopes Meirelles, o artigo 3º do Decreto-lei nº 2.300, de 21-11-86, determinava que a licitação será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos; a esses o artigo 3º da Lei nº 8.666, de 21-6-93, acrescenta os da legalidade, impessoalidade e moralidade, já previstos no artigo 37, caput, da Constituição.” (Direito Administrativo; pág. 295; 13ª ed. – 2001; Ed. Atlas; São Paulo) (grifo nosso)

8.2.19. O jurista Celso Antônio Bandeira de Mello também ressalta que não haverá desnecessidade do dever de licitar, conforme texto extraído de uma de suas obras:

“Entretanto, podem-se pôr, e pôr-se-ão, hipóteses em que realizá-la [a licitação(45)] não traria inconveniente algum e não contenderia com as razões óbvias pelas quais a Constituição estabeleceu que as entidades estatais exploradoras de atividade econômica se submetem ao regime aplicável às empresas privadas. Referimo-nos aos casos em que estas pessoas pretendam, ‘exempli gratia’, construir a fábrica onde se instalarão, o prédio em que funcionarão seus escritórios, ou intentem adquirir a maquinaria necessária para sua produção, ou mesmo os móveis e equipamentos de suas sedes ou filiais. Nenhuma destas atividades reclama a desenvoltura que é requerida para a normal, ágil e fluida exploração da atividade econômica a que foram por lei prepostas e que levou a Constituição a dispor que teriam regime correspondente ao das empresas privadas.

Realizando licitação em hipóteses desta ordem, como obrigatoriamente terão de realizar, os sujeitos em apreço não estarão em nada divorciados do espírito informador do § 1º do art.173 e, pelo contrário, estarão atendendo à norma contida no art. 37, XXI, da própria Constituição, que fixa, como regra geral para o Poder Público e entidades estatais, a adoção de procedimento licitatório quando se proponham a adquirir ou alienar bens, contratar obras ou serviços.” (Curso de Direito Administrativo, pág. 132; 11ª ed. revista, atualizada e ampliada de acordo com as Emendas Constitucionais 19 e 20, de 1998; Malheiros Editores Ltda.; São Paulo) (grifo nosso)

(45) Nota da Equipe de Auditoria.

8.2.20. A continuidade da instrução depende de que se faça um parêntese sobre a recepção da Lei 8.666/93 pela Constituição Federal, após a EC nº 19.

8.2.21. Ressaltamos que, mesmo com as alterações promovidas por meio da EC 19, não foi retirada da União a competência para legislar sobre licitações e contratos, em todas as modalidades, para as empresas públicas e sociedades de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços e foi mantido o dever de licitar para toda Administração (o art. 37, XXI, sequer foi alterado). Deve-se procurar, então, no ordenamento jurídico, obedecidas as atuais regras constitucionais e até a elaboração do Estatuto, quais diplomas legais regem licitações e contratações para essas empresas. Atualmente, a única lei em vigor que estabelece normas gerais para licitações e contratos para a Administração Pública, e que segue fielmente os seus princípios, é a Lei nº 8.666/93.

8.2.22. Tais entes, por determinação constitucional, estão obrigados a licitar e, até a elaboração do seu Estatuto, não há qualquer outra lei, que não a 8.666/93, estabelecendo as suas regras gerais de licitações e contratações. Da mesma forma, como entes pertencentes à administração pública indireta, as empresas estatais exploradoras de atividade econômica devem obediência às regras estabelecidas para a Administração quanto aos procedimentos internos para assinatura de contratos. A competência para legislar sobre esses temas é da União, e vem sendo exercida, até o momento, plenamente por intermédio da Lei 8.666/93. Assim, **no que tange às obrigações impostas à Administração**, a Lei de Licitações e Contratos foi integralmente recepcionada pela Constituição Federal, pois não há incompatibilidade entre o que nela está estabelecido para as empresas estatais exploradoras de atividade econômica e o texto constitucional posterior à EC nº 19. Casos similares são os do Código Tributário Nacional e da Lei nº 4.320/64. Essas leis, prévias à promulgação da atual Constituição Federal, ainda disciplinam matérias que, pela Carta Magna, deverão ser reguladas por leis específicas ainda a serem editadas.

8.2.23. Seguindo o desenvolvimento lógico das idéias apresentadas, as normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as empresas públicas e sociedades de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, continuam sendo definidas na Lei de Licitações e Contratos, publicada em 1993. Quando do advento da lei prevista no § 1º do art. 173, será afastada a incidência da Lei nº 8.666/93 sobre essas empresas. Neste momento, essas entidades passarão a contar com estatuto próprio, estabelecido em ato normativo adequado para tanto: lei ordinária.

8.2.24. Os defensores do afastamento imediato, após a promulgação da EC nº 19, da incidência da Lei nº 8.666/93 sobre empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, apegam-se ao inciso II do § 1º do art. 173, CF/88. Segundo eles, a Constituição já está definindo que essas pessoas jurídicas sujeitam-se ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, sem quaisquer óbices ou situações que devam ser ainda reguladas em lei. A Equipe de Auditoria permite-se

discordar dessa tese. O que está dito na Constituição é que o estatuto referido no § 1º irá dispor sobre cinco assuntos: a) qual será a função social daquelas pessoas jurídicas e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; b) de que forma aquelas pessoas jurídicas, respeitadas as suas particularidades, sujeitar-se-ão ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; c) como será promovida a licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; d) qual será a constituição e como será o funcionamento dos conselhos de Administração e fiscal, garantindo a participação de acionistas minoritários; e) definição dos períodos dos mandatos, da forma de avaliação de desempenho e de quais serão os limites de responsabilidade dos administradores.

8.2.25. O constituinte derivado expressou sua disposição de que as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços sujeitem-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, mas delegou à lei ordinária específica a definição de que forma elas sujeitar-se-ão. Mais uma vez invocando a técnica de redação legislativa, afirmamos que o inciso de um parágrafo não está desvinculado dos outros do mesmo parágrafo, ao qual se subordinam. O *caput* do § 1º do art. 173 ordena que a lei disporá sobre **todos** os incisos a ele subordinados. Não há inciso algum com prerrogativa de não sujeição às disposições da lei. Ademais, qual o propósito de incluir tal disposição em um inciso de um parágrafo em que todos os outros incisos necessitam de regulamentação? Por que, se a idéia do constituinte derivado era apenas estabelecer uma nova ordem, uma nova disposição auto-aplicável, ele não o fez em um parágrafo em separado, como quando disse taxativa e incisivamente que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado (§ 2º do art. 173, CF/88)? A resposta é simples: porque uma empresa pública ou sociedade de economia mista, por mais que se deseje, nunca será uma empresa privada igual a qualquer outra formada com capital exclusivamente privado.

8.2.26. Há peculiaridades inerentes a essas empresas que as diferenciam. As três principais: elas pertencem ao Estado e, portanto, por força da indisponibilidade e da preponderância do interesse público, devem seguir determinadas diretrizes que não podem ser impostas a uma empresa totalmente privada (entre elas o dever de licitar); há o dever de prestar contas à sociedade brasileira, não apenas pelo exercício de sua função social, mas pelo dever de dar conhecimento de suas ações ao seu proprietário; e há restrições impostas pelo Poder Público quando da contratação, não ao terceiro, mas à empresa estatal, em razão de estar lidando com dinheiro público, mesmo quando assina um contrato tipicamente privado.

8.2.27. Sem esgotar o rol de peculiaridades de uma empresa particular, salientamos que ela, obedecendo as regras do Direito: aliena seus bens da forma como bem entende; contrata do mesmo modo; associa-se a outras empresas sob as mais diversas maneiras, inclusive consórcios; e promove seleção para a contratação de

empregados da forma que lhe for mais conveniente. Uma empresa estatal não tem a mesma liberdade. O constituinte deixou bem claro que a sujeição estará disposta no Estatuto, uma lei específica. Servindo apenas como exercício, mas com o objetivo de evidenciar as possibilidades facultadas ao legislador na edição dessa lei, não há o que o proíba de delimitar o nível de endividamento (contratação de empréstimos e financiamentos, por exemplo) de empresas estatais exercentes de atividade econômica. Apenas a título de ficção, o legislador poderia definir o limite de duas vezes o capital próprio da empresa. Tal determinação não contrariaria direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, e estaria, simultaneamente em consonância com os princípios do interesse público e do controle. Da mesma forma, no Estatuto, podem ser definidas as regras para realização dos concursos para preenchimentos de vagas existentes, bem como o procedimento para que seja efetivada uma demissão. Novamente não estarão sendo feridos os direitos citados no art. 173, § 1º, II, e estarão sendo respeitados os princípios da administração pública; entretanto, não há como se admitir que essas empresas estejam livres das normas e princípios impostos à administração pública.

8.2.28. As regras de licitação e contratação incidentes sobre uma empresa estatal certamente são, e sempre serão, mais restritivas do que as impostas às empresas do setor privado. A lei virá para delimitar de que maneira serão as novas restrições, que não poderão ferir direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, e que deverão obedecer aos princípios da administração pública. Enquanto não é elaborado o Estatuto, é a Lei nº 8.666/93 que traz as restrições. Evidente fica que, para inibir uma ação do legislador, ao redigir a lei citada no § 1º do art. 173, tendente a contrabalançar restrições a elas inatas com benefícios fiscais não extensivos às empresas do setor privado, o constituinte derivado incluiu o § 2º do art. 173. Da obra do professor Marçal Justen, foram extraídos os trechos abaixo:

“A Reforma Administrativa (EC nº 19) deu nova redação ao art. 173, especificamente para prever que as entidades da Administração indireta, exercentes de atividade econômica, passariam a sujeitar-se a regime jurídico específico, no tocante a licitações. Ali se previu um ‘estatuto’ para tais entidades, ao qual caberia disciplinar licitação e contratação, ‘observados os princípios da administração pública’ (inc. III).

Supõe-se que a vontade do legislador reformador era de aliviar as restrições da Lei nº 8.666, relativamente a sociedades de economia mista e empresas públicas exercentes de atividade econômica. Mas a nova redação não assegurou tal resultado. Afinal, manter um único regime de licitações e contratos administrativos, aplicável tanto à Administração direta como à indireta, não infringe a nova redação constitucional.

(...)

Enfim, a questão se resolverá no âmbito da legislação infraconstitucional. Há forte tendência a minorar o rigorismo da Lei nº 8.666. Dentre as críticas mais agudas contra o diploma, encontra-se aquela atinente ao tratamento reservado para entidades da Administração indireta exercentes de atividades econômicas.

(...)

Essas ponderações são parcialmente procedentes, sem dúvida. Não podem ser acolhidas quando pretendem eliminar, de modo absoluto, os controles sobre tais ‘empresas’ por três motivos principais.

Em primeiro lugar, o art. 37 e os demais dispositivos constitucionais não excluíram as empresas estatais da submissão ao regime jurídico basilar atinente à atividade administrativa do Estado. A intervenção no domínio econômico não exclui a aplicação de todos os princípios que norteiam e constroem a atividade administrativa. Logo, não é possível invocar a atuação no mercado (privado) como fundamento para alterar a natureza jurídica das pessoas criadas e controladas pelo estado.

Em segundo lugar, deve ter-se em vista que ‘empresas’ estatais administram recursos públicos. Logo, não é possível supor que a comunidade seria terceira ou alheia ao destino desses recursos. Os instrumentos pelos quais a Nação controla seus administradores alcançam a gestão das entidades administrativas atuantes no domínio econômico.

Em terceiro lugar a entidade pública não se submete aos controles inerentes à iniciativa privada. Os particulares, sócios de uma entidade privada, buscam o lucro. As práticas ineficientes ou inadequadas são objeto de reprovação através de instrumentos jurídicos postos às mãos dos sócios. No campo público, não há meio de implementar-se esse controle difuso, especialmente em face dos postulados de que as pessoas integrantes da Administração indireta não podem buscar o lucro. Ao menos, esse intuito lucrativo nunca seria assemelhável ao que norteia a atividade privada. Logo, a eliminação de controles formais produziria o risco de descalabros – tese cuja procedência foi comprovada pela experiência nacional e estrangeira, aliás.

(...)

Em síntese, as entidades da Administração indireta permanecerão sujeitas ao regime da Lei nº 8.666 até a edição de novas regras. No futuro, haverá dois regimes básicos, um destinado à Administração direta, autárquica e indireta prestadora de serviços públicos (aí incluída a atuação de suporte à Administração) e outro para as entidades privadas exercentes de atividade econômica. O regime especial para essas últimas não consistirá na liberação pura e simples para realização de contratações, sem observância de limites ou procedimentos determinados.” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, pág. 21; 6ª ed. rev. e ampl. – 1999; Dialética; São Paulo) (grifos nossos)

8.2.29. Visando ao bom andamento desta Instrução e para que se espanque de vez a afirmação de que, após a Emenda nº 19, as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias exploradoras de atividade econômica, ficam imediatamente submetidas, integralmente, ao regime jurídico próprio das empresas privadas, sem nenhuma ressalva ou óbice legal; é imprescindível deter maior atenção ao disposto no art. 173, § 1º, II e III.

8.2.30. A redação do § 1º do art. 173 da Constituição, anterior à EC nº 19, era a seguinte:

“§ 1º. A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.”

8.2.31. O mesmo parágrafo, após a EC nº 19, quando foram incluídos cinco incisos, ficou da seguinte forma:

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

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

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

(...).”

8.2.32. O texto anterior à emenda já preceituava que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica sujeitavam-se ao regime jurídico das empresas privadas, e apenas dava relevo às sujeições a obrigações trabalhistas e tributárias. A sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, portanto, nunca excluiu qualquer dos direitos ou obrigações a elas inerentes. No entanto, isso também não afastava as empresas estatais do dever de obedecer a regras que, especificamente, lhes coubessem como entes integrantes da Administração Pública indireta.

8.2.33. Após a emenda, o constituinte derivado destacou os direitos civis, comerciais, trabalhistas e tributários; as obrigações civis e comerciais; além das já anteriormente realçadas obrigações trabalhistas e tributárias. Tanto realces de direitos quanto de obrigações não modificaram a essência da sujeição ao regime próprio das empresas privadas. A modificação do artigo em tela, de *per se*, não alterou a sujeição. Lembramos, ainda, que a EC 19 não livrou as empresas estatais exploradoras de atividade econômica da obrigação de seguir as regras que obrigam a Administração Pública, bem como aos princípios desta. O Professor Marçal Justen Filho, abordando a questão, escreveu:

*“Rigorosamente, a EC nº 19 não trouxe qualquer modificação efetiva nesse ponto (a atuação das empresas públicas e sociedades de economia mista, em relação às contratações)(46). É que a alteração da redação do art. 22, inc. XXVII, da CF/88 não foi suficiente para estabelecer um regime especial para as sociedades de economia mista e empresas públicas. Aliás, a modificação do texto constitucional foi inútil nesse ponto. Não era necessário modificar a Constituição para dar um novo regime para licitações e contratos daquelas entidades. Bastava mudar a Lei de Licitações e Contratos. **Mais ainda, sem mudar a Lei de Licitações e Contratos atual, não há como alterar o regime jurídico a que elas se subordinam.**”* (Informativo Licitações e Contratos nº 54 – Agosto/98 – Zênite – Informação e Consultoria em Administração Pública) (grifos nossos)

(46) Nota da Equipe de Auditoria.

8.2.34. Bebendo na fonte da obra do ilustre jurista, reafirmamos que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica continuam sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, assim como antes da EC 19, mas não estão livres das regras de atuação impostas pela Administração a seus integrantes.

8.2.35. Essas empresas são pessoas jurídicas *sui generis* que, por mandamento constitucional, assemelham-se a empresas privadas. Bem dito: assemelham-se. Uma empresa privada, entre outras singularidades, não está obrigada a licitar; não está sujeita à coordenação ministerial; prescinde de concurso público para preenchimento de seus quadros; não deve obediência a princípios regedores de administração pública; atos lesivos ao meio ambiente, ao patrimônio histórico ou artístico praticados por ela não são suscetíveis de anulação por ação popular; não depende de lei específica que autorize a sua criação; não está submetida à fiscalização do Poder Legislativo e dos Tribunais de Contas. Portanto, é um exagero em relação à boa exegese entender que empresas estatais exploradoras de atividade econômica sejam totalmente disciplinadas pelas mesmas normas regentes das empresas privadas. O Direito é uma ciência que não pode prescindir da interpretação, e a hermenêutica jurídica nos permite depreender que, no que lhes couber, desde que não sejam feridos os princípios da administração pública e direitos e obrigações civis comerciais, trabalhistas e tributários, essas pessoas jurídicas seguem o regime próprio das empresas privadas. Entre as competências do Estatuto está a definição do limite de discricionariedade do gestor e a forma como deverá proceder ao administrar o bem público, tendo sempre em mente a supremacia do interesse público.

8.2.36. A preponderância do interesse público sobre o particular e a sua indisponibilidade são ícones inafastáveis na atuação do administrador público, e não se externam apenas nas cláusulas exorbitantes de um contrato administrativo. Entre as diversas formas de sua exteriorização, está a cogente imposição de procedimentos a serem adotados quando se trata da lida com o recurso público, seja contra desmandos seja para evitar danos causados pela inoperância do administrador. Há o costume de se identificar casos de ocorrência da supremacia do interesse público apenas quando a Administração obriga ao particular a ela não vinculado. No entanto, essa visão é por demais acanhada ante a grandeza desse princípio. A supremacia do interesse público é exercida também em relação aos entes integrantes da Administração Pública que possuem personalidade jurídica própria, mesmo esse agindo como ente privado. Não é apenas por deter, direta ou indiretamente, o controle acionário que a União pode ditar a voga na gestão dessas empresas. Olhando com esses olhos, estaríamos diante do disparamento de ser, em tese, possível que as suas ações não obedecessem à orientação, à coordenação e à supervisão por parte do ministro de estado de sua área de atuação, visto que seria possível à uma empresa estatal exercer livremente sua vontade própria, absolutamente descompromissada e independente. Antes que se levantem vozes a clamar que isso não seria possível por contrariar ao art. 87, parágrafo único, I, da Constituição Federal, afirmamos que a impossibilidade se dá ainda em nível mais elevado. Ao se admitir tal disparate, violentar-se-ia o

princípio constitucional da supremacia do interesse público, que permeia e informa todo o sistema, inclusive o artigo retrocitado e as ações dos ministros. Acresça-se a isso a lembrança de que o interesse público é o da sociedade.

8.2.37. As empresas estatais exploradoras de atividade econômica, a despeito de possuírem personalidade jurídica própria, são parte integrante da Administração Pública, defendendo interesses e gerindo recursos que pertencem ao Estado ou a empresas por ele controladas. Em sentido concreto, o controle acionário, em ambos os casos, é do Estado. Como acionista majoritário, ele – o Estado e não qualquer dos Poderes da República – detém o controle dessas empresas. Não se faz necessário um grande raciocínio para concluir que o interesse público está em situação de supremacia em relação aos interesses da própria empresa estatal. Em relação a empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, mesmo após a EC nº 19, a Administração Pública não renunciou ao controle, bem como não livrou os seus administradores da obediência aos seus princípios maiores da administração pública. Foi com esse pensamento que o constituinte originário asseverou que o Estatuto virá para reger licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações desses entes, obedecidos aos princípios da administração pública. Independente de que as relações entre a empresa estatal e terceiros sejam regidas pelo direito privado, o administrador não está livre para fazer o que bem entender com o recurso público, sob o suposto abrigo do manto das ditas regras. É a lei quem determina até onde pode ir a discricionariedade do administrador.

8.2.38. A Carta Magna preceitua que as regras de licitação e contratação dessas empresas, constantes do seu Estatuto, obedecerão aos princípios da administração pública. Não foi firmado pelo constituinte derivado que serão obedecidos **apenas** os princípios da administração pública. Se assim fosse, não seria necessário ao Estatuto dispor sobre tais normas.

8.2.39. O estatuto das empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias exploradoras de atividade econômica ainda será editado e disporá sobre os limites de discricionariedade admitidos ao gestor. No entanto, na sua ausência, esses limites não podem estar desregrados, sem rédea; e efetivamente não estão. Há que se verificar, novamente, qual lei vigente no ordenamento jurídico pátrio supre a lacuna da regulação do limite de discricionariedade e das obrigações do administrador frente à Administração no que concerne a licitações, contratos e alienações.

8.2.40. Da mesma forma que para os procedimentos licitatórios, as regras que determinam as ações do gestor, frente à Administração Pública e mantendo-se fielmente submisso ao interesse público, quando da assinatura de contratos, encontram-se na Lei nº 8.666/93. A exemplo do que é possível em relação à licitação, a lei prevista no art. 173, § 1º, III, da Constituição poderá, inclusive, desdizer praticamente tudo que está na Lei de Licitações e Contratos de 1993, desde que não fira os princípios da administração pública, assim como direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. Porém, enquanto ainda não existir o Estatuto, é à Lei nº 8.666/93 que todas as empresas estatais exploradoras de atividade econômica, inclusive a Petrobrás,

estão submetidas. Na obra *Licitação à Luz do Direito Positivo*, os autores Roberto Ribeiro Bazilli e Sandra Julien Miranda fazem a mesma constatação:

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

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

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

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

Assim, pois, até que esse novo regime licitatório se efetive, a Lei 8.666, de 1993, com suas alterações, continuará sendo obrigatória para a Administração indireta, inclusive para as entidades prestadoras de atividade econômica. Uma vez editada essa nova lei, haverá dois regimes distintos a respeito de licitação e contrato: um para a Administração direta e indireta, excluídas as pessoas jurídicas prestadoras de atividade econômica, que ficarão sujeitas a um outro regime, adequado e compatível com as necessidades de competitividade inerentes ao setor privado, de maneira a estabelecer igualdade de condições com a iniciativa privada.” (*Licitação à Luz do Direito Positivo*, pág. 36/37; 1ª ed. – 1999; Malheiros Editores; São Paulo) (*grifamos*)

8.2.41. A dicotomia de a empresa estatal estar atuando em concorrência com empresas privadas e, ao mesmo tempo, estar submetida a regras mais rígidas de atuação interna não é inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 19. Sobre o tema, na assentada em que proferiu o Acórdão nº 121/98-Plenário, em Pedido de Reexame (TC 010.124/95-0), este Tribunal já expressava o entendimento de que, quando agem especificamente na sua atividade-fim, empresas estatais exploradoras

de atividade econômica não estão sujeitas à Lei de Licitações e Contratos. Nesses momentos, essas empresas devem comportar-se como suas concorrentes privadas. Fora isso, a Lei de Licitações e Contratos deve ser seguida. Diversos doutrinadores comungam dessa idéia. Ademais, na ocorrência de eventualidade em que, comprovadamente, seja exigido um procedimento mais expedito para que se afaste eventual dano ou prejuízo, há a possibilidade da contratação por emergência.

8.2.42. Mesmo as empresas estatais exploradoras de atividade econômica firmando contratos privados, as ações do administrador até a assinatura da avença e as relacionadas a alterações contratuais não podem estar pautadas apenas no seu bom senso, na sua vontade e na obediência a regras civis e comerciais, mesmo quando estão de acordo com os interesses da empresa.

8.2.43. Um contrato privado pressupõe acordo de vontades, sem que haja preponderância de uma das partes. Não é para subverter esse axioma fundamental para a validade do contrato que defendemos limites para a ação do administrador. Ao assinar, com a devida autorização legal, um contrato em nome de uma empresa, o gestor privado expressa a livre vontade daquela companhia; porém, previamente, seus proprietários definiram as competências de seus prepostos. Isso é simples em uma empresa privada, mas como fazê-lo em uma empresa estatal? Mesmo o dirigente máximo da empresa estatal, sua diretoria e seu conselho de administração estão obrigatoriamente vinculados ao interesse público. A forma do corpo social exteriorizar seu interesse é por meio da Constituição e das leis, votadas e discutidas pelos seus representantes legitimamente eleitos para tanto. Assim foi feito. O art. 173, § 1º, III, da Lei Maior, exige uma lei específica para disciplinar licitação, contratação e alienação para empresas estatais que explorem atividade econômica. Essa lei ainda não foi feita. No entanto, há outra lei que está em vigor, abrange essas empresas e dita as regras exigidas. Devemos curvar-nos à constatação de que ela contém determinadas normas que não são específicas para as empresas estatais exercentes de atividade econômica, não caindo como uma luva sobre essas pessoas jurídicas. Porém, esse não é um argumento jurídico consistente e válido para afastar por completo sua incidência sobre esses entes. Tal constatação só faz reforçar a premência de que seja editada a lei que conterá o estatuto dessas empresas, mas não pode servir de esteio para que se permita qualquer ação, apenas abrigada pelo Direito Civil e Comercial.

8.2.44. O contrato SERCOM-610.2.078.99-1, firmado entre a Petrobrás e três agências de propaganda, cujo objeto é serviços de publicidade, está sendo alvo de análise no TC 001.316/2001-0, concomitante a esta Instrução. Esse contrato serve como exemplo adequado para ilustrar o ponto de vista defendido no parágrafo anterior. A Companhia, obedecendo apenas as regras dos Direitos Civil e Comercial, promoveu aditamento de 253,47% (duzentos e cinquenta e três vírgula quarenta e sete por cento) no valor do contrato. O montante inicialmente contratado era de R\$ 72.000.000,00 (setenta e dois milhões) e atualmente encontra-se em R\$ 254.500.000,00 (duzentos e cinquenta e quatro milhões e quinhentos mil reais). Além do acréscimo no valor contratual, houve aditamento para prorrogação de sua vigência por mais 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias. Se for admitida a necessidade de obediência apenas às

normas civis e comerciais, rememorando que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer nada a não ser em virtude de lei, e admitindo-se que as regras definidas em lei para a administração pública não alcançariam as ações do administrador de uma empresa estatal exercente de atividade econômica ao assinar um contrato privado, estaríamos admitindo que aquele acordo poderia continuar sendo aditado em valor e prorrogado indefinidamente, a critério das partes. Assim sendo, estariam sendo esquecidos os princípios da licitação, do interesse público, do controle e da moralidade. Cópias do contrato e de seus aditivos relacionados com as alterações de valor e prazo encontram-se às fls. 04/64, Volume 1.

8.2.45. Outro caso que merece destaque é o do TC 008.232/1999-7, ainda em exame por esta Corte, em que se questiona a lisura de procedimentos adotados por administradores da Empresa. A aquisição de plataformas para exploração de petróleo sob exame nesse processo, em que está envolvida a Marítima Petróleo e Engenharia, foi feita antes da edição do Regulamento Simplificado, período em que não cabe questionamento quanto a submissão da Petrobrás à Lei de Licitações e Contratos. Uma das plataformas adquiridas foi a P36, que foi a pique no dia 20 de março de 2001 em consequência de uma série de explosões que resultaram nas mortes de onze funcionários. Mesmo estando obrigados a fazer o que a lei determinava detalhada e claramente, os administradores praticaram atos que suscitaram questionamentos por parte do TCU. Afirmamos que, estando os gestores libertos para fazer apenas o que a lei não proíbe, como os administradores de empresas particulares, estará franqueado o caminho para que o interesse público seja ferido.

8.2.46. Levantar-se-ão teses divergentes que procurarão porto seguro para defesa de que a Lei 8.666/93 não se aplica às empresas estatais exploradoras de atividade econômica porque, no art. 1º da Lei, é citado apenas contrato administrativo. As regras contidas no Estatuto de Licitações e Contratos são, primordialmente, para defesa do interesse público. Regras nele estabelecidas que se apliquem apenas a contratos administrativos – aquelas que colocam a Administração em situação de prevalência frente o particular no cumprimento do contrato – podem não ter cabimento de uso quando se trata de um contrato privado. Entretanto, não há razão plausível para que se afastem as regras internas à Administração, colocadas com intuito exclusivo de proteção do bem público. No futuro, essas regras poderão ser modificadas por lei ordinária específica: o estatuto citado no art. 173, § 1º, da Constituição.

8.2.47. A defesa da tese de que, até que o estatuto das empresas estatais exploradoras de atividade econômica esteja em vigor, a Lei de Licitações e Contratos de 1993 ainda é aplicável àquelas entidades vem sendo feita, primordialmente, sob o prisma do princípio do interesse público. Contudo, a proteção dos outros princípios da administração pública também é motivo de sua aplicação, pois essa lei os segue fielmente. A dicção da Carta Magna exige a obediência aos princípios da administração pública. Não houve restrição a princípios contidos apenas na Constituição. Por conseguinte, esses princípios são os que se encontram na própria Constituição e em outras leis. A Lei nº 8.666/93 e o Decreto-Lei nº 200/67 são exemplos disso.

8.2.48. Os que preconizam a não sujeição das empresas estatais exploradoras de atividade econômica à Lei 8.666/93 alegam que sua utilização inviabiliza o bom gerenciamento. Além de não ser uma afirmação com base jurídica, é uma falácia. A eficiência e a economicidade não são alcançadas pelo simples fato de serem utilizados os mesmos procedimentos de licitação e contratação das empresas particulares. Esses dois princípios não se encontram dissociados da aplicação do Estatuto de Licitações e Contratos. Mui pelo contrário, estão intimamente ligados a ela, da mesma maneira que estão diretamente vinculados ao princípio básico do planejamento (art. 6º, I, Decreto-lei nº 200/67) e ao da seleção da proposta mais vantajosa para Administração (Lei nº 8.666/93). Cabe ter presente que a legítima defesa de dois princípios, os da economicidade e da eficiência, não justifica a inobservância de outros, como os da supremacia do interesse público, da publicidade, da isonomia, da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa. Mais uma vez, citamos Marçal Justen:

“Tem-se atribuído à disciplina da Lei nº 8.666 a responsabilidade por dificuldades na gestão da atividade administrativa. Sustenta-se que a uniformidade e exaustividade da regulação legal provocam prejuízos à Administração, que não lograria obter a agilidade indispensável à eficiência na gestão da coisa pública. Deve-se ter cautela com essas acusações, em grande parte não procedentes.

É imperioso tomar consciência de que o maior fator para os desencontros no curso da licitação reside na má redação dos atos convocatórios. Os inúmeros defeitos da Lei nº 8.666 são agravados em decorrência de interpretações mecanicistas, que pretendem enfrentar o diploma legal como se fosse uma espécie de ‘manual de instruções’, a ser obedecido literal e textualmente. Um sem-número de problemas poderiam ser evitados se os editais deixassem de ser meras repetições automáticas do passado. São incluídas exigências dispensáveis e despropositadas. Em contrapartida, regras úteis e necessárias deixam de constar do ato convocatório.

Logo, esses problemas não serão superados através de mero câmbio legislativo. Se uma nova legislação for editada e vier a ser aplicada segundo os mesmos critérios hermenêuticos ora adotados, o resultado continuará a ser desastroso.” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, pág. 21; 6ª ed. rev. e ampl. – 1999; Dialética; São Paulo)

8.2.49. Em continuação à análise, discorrer-se-á sobre a delegação da função legiferante. Essa função é própria e característica do Poder Legislativo, mas encontram-se consagradas na Constituição, com suas delimitações próprias, as exceções da medida provisória e da lei delegada. Apenas na segunda hipótese, realmente é concedido ao Presidente da República a possibilidade de legislar, *stricto sensu*, cabendo ainda a possibilidade de apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, sendo vedada qualquer emenda. O caso das medidas provisórias é diferente. Apesar de terem força de lei, não podem ser consideradas como tal em sentido formal, e perderão sua eficácia, desde sua edição, caso não sejam convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação.

8.2.50. Exceto pelo art. 246, acrescido à Carta Magna pela EC nº 6, que veda a utilização de medidas provisórias para regulamentar artigos da Constituição cuja

redação tenha sido alterada por meio de emenda constitucional promulgada a partir de 1995, a Constituição não enumerou explicitamente as matérias a serem reguladas por medida provisória. Todavia, a doutrina é remansosa quando só admite como possível de ser objeto deste ato normativo as mesmas matérias que possam ser objeto de lei delegada, desde que haja urgência e relevância. Sobre o tema, José Afonso da Silva pronunciou-se da seguinte forma:

“Finalmente, uma interpretação lógico-sistemática leva a concluir que o Presidente da República não poderá disciplinar por medidas provisórias situações ou matérias que não podem ser objeto de delegação. Seria um despautério que medidas provisórias pudessem regular situações que sejam vedadas às leis delegadas. Também não o poderá fazer em matéria tributária, porque o sistema tributário não permite legislação de urgência, já que a lei tributária material não é aplicável imediatamente, por regra, porquanto está sujeita ao princípio da anterioridade (art. 150, III, b).” (Curso de Direito Constitucional Positivo, pág. 504; 11ª ed. – Fev/1996; Malheiros Editores Ltda.; São Paulo)

8.2.51. O constitucionalista Celso Ribeiro Bastos assim manifestou-se acerca da matéria:

“As medidas provisórias podem versar sobre todas as matérias que possam ser objeto de lei, salvo as seguintes exceções: a) matérias reservadas à lei complementar; b) matérias que não podem ser objeto de delegação legislativa; c) matéria penal; d) matéria tributária.

E, por força do art. 246 das Disposições Constitucionais Gerais, ‘é vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995’ (EC n. 6, de 15-8-1995).

(...)

A medida provisória, embora seja ato normativo com força de lei, não pode ser considerada lei em sentido formal, já que não é ato nascido no Poder Legislativo. Não pode, por isso, versar sobre matérias que, por determinação constitucional, estejam reservadas à lei, como as do § 1º do art. 68. Não pode, também, o Chefe do Executivo editar medidas provisórias em matérias reservadas à lei complementar. O mesmo se diz com relação às matérias que não possam ser objeto de delegação legislativa, bem como matéria penal e matéria tributária, respeitante à criação ou majoração de tributos, salvo para instituir empréstimos compulsórios emergenciais (CF, art. 148, I e II) e para instituir impostos extraordinários de guerra (art.154, II).” (Curso de Direito Constitucional, pág. 359/360; 18ª ed. ampl. e atual. – 1997; Ed. Saraiva; São Paulo)

8.2.52. Não foi sem propósito a redação dos parágrafos anteriores discorrendo sobre as situações em que há possibilidade de delegação de competência ao Poder Executivo para exercer a função legiferante. Tal atitude teve como intuito evidenciar que o texto do art. 67 da Lei nº 9.478/97 deve ser empregado assim como está escrito: permitir que seja editado um regulamento simplificado para a Petrobrás. Encontra-se aí a inovação trazida por essa Lei: o regulamento **simplificado**. A Lei nº 9.478/97 não

pode ser vista como um instrumento de delegação de competências que são constitucionalmente definidas. Não foi dado ao Executivo um cheque em branco, assinado, e que a ele caberia preencher com o valor que bem entendesse. Ao regulamento, não seria permitido criar, inovar, em matéria legislativa. A delegação legislativa *stricto sensu*, é exercida por um diploma específico: a lei delegada. Quando implícita e disfarçada de outra forma, não é admitida no ordenamento jurídico pátrio.

8.2.53. A Lei nº 8.666/93 já estava em vigor à época da edição do Decreto nº 2.745/98 e é o estatuto que regulamenta as licitações e contratos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações das administrações direta, indireta e fundacional. Em momento algum, nem na Constituição ou mesmo na Lei nº 9.478/97, foi feita menção de qualquer ab-rogação daquele ato legislativo em relação à Petrobrás. Não há afastamento dos efeitos do Estatuto de Licitações e Contratos em relação à Petrobrás ou a qualquer outra sociedade de economia mista ou empresa pública, no que concerne a processos licitatórios. Entendemos que, para licitações, a Lei nº 8.666/93 continua a vigorar, inclusive para a Petrobrás. No entender desta Equipe, a Lei nº 9.478/97, de mesma hierarquia que a Lei nº 8.666/93, não revogou ou ab-rogou, nem mesmo tacitamente, o Estatuto de Licitações e Contratos – ao qual, desde sua publicação, a Petrobrás sempre deveu obediência. Destarte, o regulamento simplificado que viesse a ser editado, mesmo que por decreto, deveria obedecer à Lei 8.666/93, como previa o art. 119 dessa Lei (abaixo), da mesma forma que aos princípios da administração pública.

*“Art. 119. As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior editarão regulamentos próprios devidamente publicados, **ficando sujeitas às disposições desta lei.**”*

8.2.54. Ao Poder Executivo, foi dada a possibilidade de elaborar um regulamento simplificado para regular as licitações e contratos de obras e serviços da Empresa. Tal simplificação permitiria à Companhia dispor de um instrumento mais apropriado à sua realidade, com disposições adequadas a ela, sem outras que, exclusivamente, são aplicáveis às administrações direta, autárquica ou fundacional. Porém, não lhe foi facultado colocar-se em desacordo com a Lei de Licitações e Contratos nem com os princípios basilares da administração pública. Neste ponto, fazemos um paralelo com o procedimento de prestação de contas simplificada, muito utilizado nesta Corte. Em momento algum, a prestação de contas simplificada tem o condão de transformar em regular qualquer ato que, caso fosse examinado em uma prestação de contas normal, receberia a pecha de irregular. Um processo simplificado objetiva dar agilidade e rapidez; todavia, são mantidas as regras básicas que regem o procedimento padrão. Para ambos, a regularidade da atuação do administrador deve ser verificada em confronto com a lei. O mesmo raciocínio deve ser usado quando se fala de um regulamento simplificado de licitação.

8.2.55. Não foi o que ocorreu. Ao editar o Decreto nº 2.745/98, o Presidente da República invadiu a competência do Poder Legislativo. O Decreto imiscuiu-se em seara alheia às suas possibilidades normativas, dispondo sobre temas reservados à

lei, em sentido formal, conforme dispõe o art. 22, XXVII, c/c art. 173, § 1º, III, da Constituição; ambos com as redações dadas pela EC nº 19, abaixo reproduzidas :

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III;”

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

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

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

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

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

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

8.2.56. Os ilustres juristas Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Celso Ribeiro Bastos, Hely Lopes Meirelles e Celso Antônio Bandeira de Mello discorreram sobre o poder regulamentar exercido, pelo chefe do Poder Executivo, por meio de decretos. A Equipe de Auditoria permite-se evitar repisar o tema, por constatar que pouco ou nada haveria de acrescentar às tão bem redigidas explicações. Não apenas para ilustrar, mas com o intuito de agregar significativo conteúdo a esta Instrução, são reproduzidos abaixo trechos de obras de cada um dos autores citados.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro *in* Direito Administrativo; págs. 87 e 214/ 215; 13ª ed. – 2001; Ed. Atlas; São Paulo:

“Decreto é a forma de que se revestem os atos individuais ou gerais, emanados do Chefe do Poder Executivo (Presidente da República, Governador e Prefeito).

Ele pode conter, da mesma forma que a lei, regras gerais e abstratas que se dirigem a todas as pessoas que se encontram na mesma situação (decreto geral) ou pode dirigir-se a pessoa ou grupo de pessoas determinadas. Nesse caso, ele constitui decreto de efeito concreto (decreto individual); é o caso de um decreto de desapropriação, de nomeação, de demissão.

Que não produz efeitos gerais, ele pode ser:

regulamentar ou de execução, quando expedido com base no artigo 84, IV, da Constituição, para fiel execução da lei;

independente ou autônomo, que não disciplina matéria não regulada em lei. A partir da Constituição de 1988, não há fundamento para esse tipo de decreto no direito brasileiro (cf. item 3.4.1).

O decreto só pode ser considerado ato administrativo propriamente dito quando tem efeito concreto. O decreto geral é ato normativo, semelhante, quanto ao conteúdo e quanto aos efeitos, à lei.

Quando comparado à lei, que é ato normativo originário (porque cria direito novo originário de órgão estatal dotado de competência própria derivada da Constituição), **o decreto regulamentar é ato normativo derivado (porque não cria direito novo, mas apenas estabelece normas que permitam explicitar a forma de execução da lei).**

(...)

Doutrinariamente, admitem-se dois tipos de regulamentos: o regulamento executivo e o regulamento independente ou autônomo. O primeiro contempla a lei ou, nos termos do artigo 84, IV, da Constituição, **contém normas 'para fiel execução da lei'; ele não pode estabelecer normas contra legem ou ultra legem. Ele não pode inovar na ordem jurídica, não cria direitos, obrigações, proibições, medidas punitivas, até porque ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, conforme o artigo 5º, II, da Constituição; ele tem que se limitar a estabelecer normas sobre a forma como a lei vai ser cumprida pela Administração.**

O regulamento autônomo ou independente inova na ordem jurídica; porque estabelece normas sobre matérias não disciplinadas em lei; ele não completa nem desenvolve nenhuma lei prévia.” (realces do autor em sublinhado e realces da Equipe em negrito)

Celso Ribeiro Bastos in Curso de Direito Constitucional, págs. 368/369, 18ª edição - 1997, Editora Saraiva; São Paulo:

“1.1. A Faculdade Regulamentar

1. 1. 1. Tipos de Regulamentos

Os regulamentos, nos diversos sistemas jurídicos, podem ser de três tipos: os autônomos ou independentes, os delegados e os de execução. Os autônomos, encontráveis em certos países europeus, apresentam a característica de independem de lei que os fundamente. Extraem sua validade diretamente da Constituição e são realizados pelo Executivo para a expressão de sua competência sobre matérias não reservadas à lei. Inovam a ordem jurídica, pelo que equívalem, de certa forma, a uma lei baixada pela Administração. A propósito, vale lembrar aqui a exata lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: ‘os regulamentos independentes ou autônomos, na verdade, são verdadeiras leis, e assim chamados tão-somente porque emanados pelo Poder Executivo, pois não constituem desenvolvimento de qualquer lei ordinária, mas correspondem ao exercício da prerrogativa de legislar a ele reconhecida com base no Direito Constitucional.

São, realmente, sancionados e promulgados em virtude de competência constitucional expressa, ou de costume constitucional, ou, ainda, de construção do texto constitucional, que confere ao Poder Executivo a faculdade de legislar, isoladamente, sem a participação do Poder Legislativo, e competência alheia a qualquer lei ordinária da qual seja complemento' (Princípios gerais de direito administrativo, Forense, p. 303).

*Os regulamentos delegados ou autorizados são aqueles que desenvolvem a lei, agregando-lhe algum elemento que inova na ordem jurídica, baixados, contudo, em decorrência de habilitação legislativa. Nutrem estes regulamentos pontos de contato com a lei delegada. O traço diacrítico de ambos radica-se na amplitude da competência delegada. Se está for ao ponto de incluir a habilitação para baixar a própria lei, só será possível, no nosso sistema, por meio de resolução do Congresso Nacional, satisfeitos, é óbvio, os princípios atinentes à delegação legislativa. **Os regulamentos delegados, diversamente, pressupõem lei anterior, com fundamento na qual dão continuidade à elaboração normativa. Se forem por demais amplos os poderes deferidos pela lei, estar-se-á, na verdade, diante de delegação legislativa implícita, vedada em nosso sistema por folgada prevalência da separação de funções.***

No nosso sistema jurídico-constitucional inexistem os regulamentos autônomos, a despeito de parte da doutrina, sem dúvida minoritária, insistir na possibilidade, entre nós, da edição de regulamentos independentes. A razão é a seguinte. O art. 84, IV, diz caber ao Presidente da República o editar decretos e regulamentos para fiel execução das leis. O art. 5º, II, por sua vez, reza que 'Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'.

*Diante de tão inequívocos parâmetros, é perfeitamente lícito afirmar-se o caráter de execução dos nossos regulamentos, emanados em **desenvolvimento** da lei. Podem, entretanto, agregar elementos à norma legal, para tornar suas obrigações de mais fácil aplicação. **São insuscetíveis, entretanto, de criar obrigações novas, sendo apenas aptos a desenvolver as existentes na lei. Eis porque serão sempre 'secundum legem' sob pena de extravazamento ilegal de sua esfera de competência.**" (realces do autor em sublinhado e realces da Equipe em negrito)*

Hely Lopes Meirelles in Direito Administrativo Brasileiro; págs. 112/113; 24ª ed. – 1999; Malheiros Editores; São Paulo

*"No poder de chefiar a Administração está implícito o de regulamentar a lei e suprir, com normas próprias, as omissões do Legislativo que estiverem na alçada do Executivo. Os vazios da lei e a imprevisibilidade de certos fatos e circunstâncias que surgem, a reclamar providências imediatas da Administração, impõem se reconheça ao Chefe do Executivo o poder de regulamentar, através de decreto, as normas legislativas incompletas, onde prover situações não previstas pelo legislador, mas ocorrentes na prática administrativa. **O essencial é que o Executivo, ao expedir regulamento - autônomo ou de execução da lei -, não invada as chamadas 'reservas da lei', ou seja, aquelas matérias só disciplináveis por lei, e***

tais são, em princípio, as que afetam as garantias e os direitos individuais assegurados pela Constituição (art. 5º).

A faculdade normativa, embora caiba predominantemente ao Legislativo, nele não se exaure, remanesecendo boa parte para o Executivo, que expede regulamentos e outros atos de caráter geral e efeitos externos. Assim, **o regulamento é um complemento da lei naquilo que não é privativo da lei. Entretanto, não se pode confundir lei e regulamento.**

Regulamento é ato administrativo geral e normativo, expedido privativamente pelo Chefe do Executivo (federal, estadual ou municipal), através de decreto, com o fim de explicar o modo e forma de execução da lei (regulamento de execução) ou prover situações não disciplinadas em lei (regulamento autônomo ou independente).

O regulamento não é lei, embora a ela se assemelhe no conteúdo e poder normativo. Nem toda lei depende de regulamento para ser executada, mas toda e qualquer lei pode ser regulamentada se o Executivo julgar conveniente fazê-lo. **Sendo o regulamento, na hierarquia das normas, ato inferior à lei, não a pode contrariar, nem restringir ou ampliar suas disposições. Só lhe cabe explicitar a lei, dentro dos limites por ela traçados.** Na omissão da lei, o regulamento supre a lacuna, até que o legislador complete os claros da legislação. Enquanto não o fizer, vige o regulamento, **desde que não invada matéria reservada à lei.**

O Congresso Nacional tem competência para sustar atos normativos do Executivo que exorbitem do poder regulamentar (CF, art. 49, V).

(...)

Regulamentos – Os regulamentos são atos administrativos, postos em vigência por decreto, para especificar os mandamentos da lei ou prover situações ainda não disciplinadas por lei. Desta conceituação ressaltam os caracteres marcantes do regulamento: ato administrativo (e não legislativo); **ato explicativo ou supletivo da lei; ato hierarquicamente inferior à lei; ato de eficácia externa.**

(...)

Como ato inferior à lei, o regulamento não pode contrariá-la ou ir além do que ela permite. No que o regulamento infringir ou extravasar da lei, é irrito ou nulo, por caracterizar situação de ilegalidade. Quando o regulamento visa a explicar a lei (regulamento de execução), terá que se cingir ao que a lei contém; quando se tratar de regulamento destinado a prover situações não contempladas em lei (regulamento autônomo ou independente), terá de se ater aos limites de competência do Executivo, não podendo, nunca, invadir as reservas da lei, isto é, suprir a lei naquilo que é de exclusiva competência da norma legislativa (lei em sentido formal e material). Assim sendo, o regulamento jamais poderá instituir ou majorar tributos, criar cargos, aumentar vencimentos, perdoar dívidas ativas, conceder isenções tributárias e o mais que depender de lei propriamente dita.

A propósito, advertiu D'Alessio que os regulamentos têm da lei apenas o conteúdo e a normatividade, mas não têm a forma e a extensão da lei, porque

promanam de órgãos executivos, e não de corpos legislativos(47).” (realces do autor em sublinhado e realces da Equipe em negrito)

(47) Francesco D’Alessio, *Diritto Amministrativo*, Turim, 1932, 1/88.

Celso Antônio Bandeira de Mello *in* Curso de Direito Administrativo; págs. 240/255; 11ª ed. – 1999; Malheiros Editores; São Paulo

“III - Diferenças entre lei e regulamento no Direito brasileiro

3. No Brasil, entre a lei e o regulamento não existe diferença apenas quanto à origem. Não é tão-só o fato de uma provir do Legislativo e outro do Executivo o que os aparta. Também não é apenas a posição de supremacia da lei sobre o regulamento o que os discrimina. Esta característica faz com que o regulamento não possa contrariar a lei e firma seu caráter subordinado em relação a ela, mas não, basta para esgotar a dissepção entre ambos no Direito brasileiro.

Há outro ponto diferencial e que possui relevo máximo e consiste em que - conforme averbação precisa do Prof. O. A. Bandeira de Mello - só a lei inova em caráter inicial na ordem jurídica.

A distinção deles segundo a matéria, diz o citado mestre, ‘está em que a lei inova originariamente na ordem jurídica, enquanto o regulamento não a altera fonte primária do Direito, ao passo que o regulamento é fonte secundária, inferior’(48)

(48) Princípios Gerais de Direito Administrativo, 22 ed., v. 1, Forense, 1979, p.316. Seabra Fagundes, cogitando das virtualidades normativas do regulamento, assinalou: ‘É certo que, como a lei, reveste o aspecto de norma geral, abstrata e obrigatória. Mas não acarreta, e aqui dela se distancia, modificação à ordem jurídica vigente. Não lhe cabe alterar situação jurídica anterior, *mas, apenas, pormenorizar as condições de modificação originária de outro ato (a lei). Se o fizer, exorbitará, significarão urna invasão pelo Poder Executivo da competência legislativa do Congresso’ (O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 5ª ed., Forense, 1979, p. 24, nota de rodapé 2 - os grifos são nossos).*

IV - O regulamento ante o princípio da legalidade no Brasil

4. O Texto Constitucional brasileiro, em seu art. 5º, II, expressamente estatui que: ‘Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’.

Note-se que o preceptivo não diz ‘decreto’, ‘regulamento’, ‘portaria’, ‘resolução’ ou quejandos. Exige lei para que o Poder Público possa impor obrigações aos administrados. É que a Constituição brasileira, seguindo tradição já antiga, firmada por suas antecedentes republicanas, não quis tolerar que o Executivo, valendo-se de regulamento, pudesse, por si mesmo, interferir com a liberdade ou a propriedade das pessoas.

5. Em estrita harmonia com o art. 52, II, precitado, e travando um quadro cerrado dentro, do qual se há de circunscrever a Administração com todos os seus órgãos e auxiliares personalizados, o art. 84, IV, delimita, então, o sentido da competência regulamentar do Chefe do Poder Executivo ao estabelecer que ao Presidente da República compete ‘sancionar, promulgar e fazer publicar as leis,

bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução'. Nisto se revela que a função regulamentar, no Brasil, cinge-se exclusivamente à produção destes atos normativos que sejam requeridos para 'fiel execução' da lei. Ou seja: entre nós, então, como se disse, não há lugar senão para os regulamentos que a doutrina estrangeira designa como 'executivos'.

6. Reforçando, ainda mais, as dicções mencionadas, o art. 37 estabelece, enfaticamente, que: 'A Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerão aos princípios da legalidade (...) ' etc.

Em suma: consagra-se, em nosso Direito Constitucional, a aplicação plena, cabal, do chamado princípio da legalidade, tomado em sua verdadeira e completa extensão. Em conseqüência, pode-se, com Pontes de Miranda, afirmar: 'Onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos - há abuso do poder regulamentar, invasão de competência legislativa. **O regulamento não é mais do que auxiliar das leis, auxiliar que sói pretender, não raro, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se e lograr que o elevem à categoria de lei**'(49).

(49) Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969, 2ª ed., t. III, Ed. RT, 1970, p. 314. As observações do autor citado foram feitas ao tempo Carta de 1969, mas perante textos equivalentes aos ora vigentes.

7. Os preceptivos da Constituição brasileira, retrotranscritos, respondem com precisão capilar a objetivos fundamentais do Estado de direito e exprimem com rigor o ideário e as preocupações que nele; teoricamente se substanciaram, pois seu projeto é o de que vigore o governo das leis e não o dos homens. Ou seja: a 'rule of law, not of men', conforme a assertiva clássica oriunda do Direito inglês.

Nos aludidos versículos constitucionais estampa-se o cuidado que engendrou a tripartição do exercício do Poder; isto é, o de evitar que Poderes Públicos se concentrem em um "mesmo homem ou corpo de principais", para usar das expressões do próprio Montesquieu, cautela indispensável, porquanto, no dizer deste iluminado teórico: 'é uma experiência eterna a de que todo homem que tem poder é levado a abusar dele; ele vai até que encontre limites'. Nisto, aliás, justificou a postulação de que aquele que faz as leis não as execute nem julgue; que o que julga não faça as leis nem as execute e que aquele que executa não faça as leis nem julgue(50).

A razão mesma do Estado de Direito é a defesa do indivíduo contra o Poder Público. E a fórmula, por excelência, asseguradora deste desiderato descansa na tripartição do exercício do Poder, graças a quê os cidadãos se garantem ante os riscos de demasias do Executivo, negando-lhe qualquer folga jurídica para estabelecer as regras que impliquem limitações à liberdade e propriedade das pessoas. Com efeito, foi exatamente para deter o poder do monarca, cujo sucessor é o Poder Executivo, que se concebeu este mecanismo, difundido no mundo civilizado.

(50) *De l'Esprit des Lois*, Paris, Gamier Frères, Libraires Editeurs, 1869, pp. 142 e 143.

8. *Ressalte-se que, dispondo o art. 52, II, da Constituição que 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei', com isto firmou o princípio da garantia da liberdade como regra, segundo o qual 'o que não está proibido aos particulares está, 'ipso facto', permitido'. Ante os termos do preceptivo, entende-se: 'o que não está por lei proibido, está juridicamente permitido'.*

*De outro lado, conjugando-se o disposto no artigo citado com o estabelecido no art. 84, IV, que só prevê regulamentos para 'fiel execução das leis', e com o próprio art. 37, que submete a Administração ao princípio da legalidade, resulta que vige, na esfera do Direito Público, um cânone basilar - oposto ao da autonomia da vontade -, segundo o qual: **o que, por lei, não está antecipadamente permitido à Administração está, 'ipso facto', proibido, de tal sorte que a Administração, para agir, depende integralmente de uma anterior previsão legal que lhe faculte ou imponha o dever de atuar.***

Por isto deixou-se dito que o regulamento, além de inferior, subordinado, é ato dependente de lei.

(...)

II. *Certamente, esta integral subordinação da Administração à lei não é fórmula mágica, nem suficiente, só por só, para assegurar os objetivos que a nortearam. Contudo, certamente é condição importantíssima para que se realizem.*

A assertiva ganha particular relevo no caso de povos cuja história jurídico-política, por força de subdesenvolvimento social, cultural, político e econômico, está pejada de fases em que o Direito coincide com a vontade do Chefe do Poder Executivo e por isso desliga-se do corpo social. Como se sabe, este é rigorosamente o caso do Brasil.

Por tal razão, a regra do art. 5º, II, bem como o disposto nos arts. 37 e 84, IV, da Carta Magna do País possuem relevo transcendente, pois assumem função-chave no sistema jurídico. Correspondem a verdadeira pedra angular de nosso Direito Público, na medida em que respondem pelo critério de preservação de um ponto nodular da ordem jurídica brasileira. Deles depende a manutenção, sob o ponto de vista jurídico, de instituições concebidas para garantir o indivíduo contra eventuais desmandos do Estado.

Pode ocorrer que o princípio em causa não desempenhe tão transcendente papel efetivo em outros sistemas jurídicos, mas no Direito brasileiro é, por sem dúvida, princípio de fulgurante importância. Cabe-lhe não apenas o caráter de preceito impositivo, mas também o de esteio para contenção de intemperanças estatais. Por isto, o conteúdo estimativo vazado nos preceitos constitucionais referidos ultrapassa até mesmo o rigor de suas claríssimas letras, para assurar a função de tônica do sistema, vetor axiológico que deve iluminar a análise e a inteligência de quaisquer regras editadas pelo Estado.

(...)

Para vincar ainda mais reiteradamente a diretriz consagrada da subordinação da Administração à lei, a Constituição, em inúmeros dispositivos atinentes a presumíveis atuações estatais, agrega cauteloso acréscimo: 'nos termos da lei'.

*Em suma: é livre de qualquer dívida ou entredúvida que, entre nós, por folga dos arts. 5º, II, 84, IV, e 37 da Constituição, **só por lei se regula liberdade e propriedade; só por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer.** Vale dizer: restrição alguma à liberdade ou à propriedade pode ser imposta se não estiver previamente delineada, configurada e estabelecida em alguma lei, e **só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos.***

*Este último traço é que faz do regulamento, além de regra de menor folga jurídica que a lei, norma **dependente dela,** pois forçosamente a pressupõe, sem o quê nada poderia dispor. No Direito pátrio, sem lei não haveria espaço jurídico para o regulamento.*

13. Pode parecer, até mesmo, estranho que a Lei Maior haja se ocupado com tão insistente reiteração em sublinhar a inteireza do princípio da legalidade. Fê-lo, entretanto, a sabendas, por advertida contra a tendência do Poder Executivo de sobrepor-se às leis. É que o Executivo, no Brasil, abomina a legalidade e tem o costumeiro hábito de afrontá-la, sem ser nisto coartado, como devido. Daí a insistência constitucional, possivelmente na expectativa de que suas dicções tão claras e repetidas 'ad nauseam' encorajem o Judiciário a reprimir os desmandos do Executivo(51).

(...)

*(51) Nossa forte tradição autoritária leva a que, sob olhares complacentes de uma sociedade desconhecadora dos rudimentos da cidadania e, por isto mesmo, naturalmente submissa, o Executivo pisoteie, a cotio e a sem fins, os mais comezinhos princípios do Estado de Direito, sem encontrar oposição decidida dos demais Poderes do Estado ou das instituições não-governamentais. Note-se que se está a falar dos períodos, aliás raros, em que não estivemos sob os tacões de alguma ditadura. Em outra nota de rodapé já relembramos que, desde a República, vivemos muito poucos anos de democracia e, ademais, 'relativa'. Cumpre, ainda, assinalar que, por ocasião da última ditadura, instaurada pelo golpe que os militares, atizados pelos setores civis mais conservadores do País, desfecharam em 1964, inaugurou-se um período, ainda não concluído, em que os economistas, graças ao prestígio que então se lhes concedeu - e que até hoje perdura -, foram erigidos em novos *gurus* da sociedade brasileira. Estes, associando, paradoxalmente, de um lado, um menoscabo profundo pelo Direito e, de outro, uma credulidade quase que infantil no poder das normas para transformar a realidade infra-estrutural, converteram-se, graças a isto, em alimentadores de um sistema de produção desatada de regras jurídicas inconstitucionais, sempre geradas no ventre do Executivo. Produziram, destarte, uma torrente de normas administrativas invasivas da esfera legislativa e uma contínua instabilização jurídica, de resto, altamente perturbadora tanto da ordem social quanto da previsibilidade necessária aos agentes econômicos, gerando um caos, cujos resultados bem se*

podem apreciar nos alarmantes índices sociais a que o País chegou. Mesmo ultrapassado o período castrense, estes maus hábitos perduraram, ou seja: continuam tais *gurus* a influenciar vivamente a sociedade e persiste-se crendo, com eles, que é preciso a todo instante produzir novas normas e rapidamente, sem os cerceios inerentes à tramitação e aprovação legislativa, ainda que estejam em pauta a alteração de direitos e a criação de obrigações para os cidadãos. Assim se foi impondo uma generalizada complacência com as violações do princípio da legalidade. Por isto, sob a atual Constituição, o Executivo incide em verdadeiro defluxo de ‘medidas provisórias’, praticamente todas elas manifestamente inconstitucionais, com o quê, entretanto, parece que ninguém se importa, sendo certo que o principal omissis em rechaçá-las por tal coima é o próprio Poder Legislativo.

16. Em face do quanto foi dito, já se pode assinalar e enfatizar que:

a) Onde não houver espaço para uma atuação administrativa, não haverá cabida para regulamento. Foi o que Geraldo Ataliba esclareceu luminosamente: ‘Só cabe regulamento em matéria que vai ser objeto de ação administrativa ou desta depende’. O sistema só requer ou admite regulamento, como instrumento de adaptação ou ordenação do aparelho administrativo, tendo em vista, exatamente, a criação de condições para a fiel execução das leis’(52).

(52) “O decreto regulamentar no sistema brasileiro”, RDA 97/29 (o grifo é do autor citante).

b) Onde não houver liberdade administrativa alguma a ser exercitada (discricionariedade) - por estar prefigurado na lei o único modo e o único possível comportamento da Administração ante hipóteses igualmente estabelecidas em termos de objetividade absoluta -, não haverá lugar para regulamento que não seja mera repetição da lei ou desdobramento do que nela se disse sinteticamente.

17. É esta segunda conclusão que abre passo para uma terceira, a saber: o regulamento executivo, único existente no sistema brasileiro, é um meio de disciplinar a discricção administrativa, vale dizer, de regular a liberdade relativa que viceje no interior das balizas legais, quando a Administração esteja posta na contingência de executar lei que demande ulteriores precisões.

(...)

*22. Ao cabo do que se expôs neste tópico, pode-se dizer que a finalidade da competência regulamentar é a de produzir normas requeridas para a execução das leis quando estas demandem uma atuação administrativa a ser desenvolvida dentro de um espaço de liberdade exigente de regulação ulterior, **a bem de uma aplicação uniforme da lei, isto é, respeitosa do princípio da igualdade de todos os administrados.***

Sua natureza é a de um dever jurídico: o de proceder a uma delimitação administrativa interna da esfera de discricionariedade que da lei resultava para a Administração, em vista de assegurar o referido princípio da igualdade, mediante imposição de um comportamento uniforme perante situações iguais.

VI - Limites ao regulamento no Direito brasileiro: a delegação legislativa disfarçada

23. Disse Pontes de Miranda: *'Se o regulamento cria direitos ou obrigações novas, estranhos à lei, ou faz reviver direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações ou exceções, que a lei apagou, é inconstitucional. Por exemplo: Se faz exemplificativo o que à taxativo, ou vice-versa. Tampouco pode delimitar, ou ampliar direitos, deveres, pretensões, obrigações ou exceções à proibição, salvo se estão implícitas. Nem ordenar o que a lei não ordena (...). Nenhum princípio novo, ou diferente, de direito material se lhe pode introduzir. Em consequência disso, não fixa nem diminui, nem eleva vencimentos, nem institui penas, emolumentos, taxas ou isenções. Vale dentro da lei; fora da lei a que se reporta, ou das outras leis, não vale. Em se tratando de regra jurídica de direito formal, o regulamento não pode ir além da edição de regras que indiquem a maneira de ser observada a regra jurídica.*

'Sempre que no regulamento se insere o que se afasta, para mais ou para menos, da lei, é nulo, por ser contrária à lei a regra jurídica que se tentou embutir no sistema jurídico.

'Se, regulamentando a lei 'a', o regulamento fere a Constituição ou outra lei, é contrário à Constituição, ou à lei, é - em consequência - nulo o que editou.

'A pretexto de regulamentar a lei 'a', não pode o regulamento, sequer, ofender o que, a propósito de lei 'b', outro regulamento estabeleceria.'(53)

(53) Ob. fit., t. III, pp. 316 e 317.

24. Esta longa - mas oportuna - citação calha à fiveleta para indicar que **ao regulamento desassiste incluir no sistema positivo qualquer regra geradora de direito ou obrigação novos**. Nem favor nem restrição que já não se contenham previamente na lei regulamentada podem ser agregados pelo regulamento.

Há inovação proibida sempre que seja impossível afirmar-se que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição já estavam estatuídos e identificados na lei regulamentada. Ou, reversamente: há inovação proibida quando se possa afirmar que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição incidentes sobre alguém não estavam já estatuídos e identificados na lei regulamentada. A identificação não necessita ser absoluta, mas deve ser suficiente para que se reconheçam as condições básicas de sua existência em vista de seus pressupostos, estabelecidos na lei e nas finalidades que ela protege.

É, pois, à lei, e não ao regulamento, que compete indicar as condições de aquisição ou restrição de direito. Ao regulamento só pode assistir, à vista das condições preestabelecidas, a especificação delas. E esta especificação tem que se conter no interior do conteúdo significativo das palavras legais enunciadoras do teor do direito ou restrição e do teor das condições a serem preenchidas. Deveras, disciplinar certa matéria não é conferir a outrem o poder de discipliná-la. Fora isto possível, e a segurança de que 'ninguém poderia ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei' deixaria de se constituir em proteção constitucional. Em suma: não mais haveria a garantia constitucional aludida, pois os ditames ali insculpidos teriam sua valia condicionada às decisões infraconstitucionais, isto é, às que resultassem do querer do legislador ordinário.

É dizer: se à lei fosse dado dispor que o Executivo disciplinaria, por regulamento, tal ou qual liberdade, o ditame assecuratório de que 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei' perderia o caráter de garantia constitucional, pois o administrado seria obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa ora em virtude de regulamento, ora de lei, ao líbido do Legislativo, isto é, conforme o legislador ordinário entendesse de decidir. É óbvio, entretanto, que, em tal caso, este último estaria, se sobrepondo ao constituinte e subvertendo a hierarquia entre Constituição e lei, evento juridicamente inadmissível em regime de Constituição rígida.

25. Por isto, a lei que limitar-se a (pretender) transferir ao Executivo o poder de ditar, por si, as 'condições ou meios que permitem restringir um direito configura delegação disfarçada, inconstitucional. Deveras: as funções correspondentes a cada um dos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) são, como regra, indelegáveis. Disto se ressalva, tão-só, a hipótese de 'leis delegadas', pela própria Constituição previstas no art. 59, IV, mas editáveis apenas em decorrência do procedimento legislativo regulado no art. 68 e segundo as condições e limites ali estabelecidos(54).

(54) 'Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

'§ 1º. Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

'I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

'II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

'III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

'§ 2º. A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.

'§ 3º. Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda.'

Com efeito, a indelegabilidade, enquanto princípio constitucional, resulta diretamente, ainda que de modo implícito, do art. 2º do Texto Magno, de acordo com o qual: 'São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário'. É que, sendo certo e indiscutido que os três Poderes existem precisamente para apartar as funções que lhes são correspondentes, se pudessem delegar uns aos outros as que lhes são próprias, a tripartição proclamada pela Lei Maior não estaria nela ou por ela assegurada. **Pelo contrário, dependeria do maior ou menor amor que os titulares destes conjuntos orgânicos devotassem às atribuições que lhes concernem, ensejando-lhes, pois, manter ou desfazer, a seus talentos, o esquema jurídico-político que a Constituição instituiu para benefício e garantia dos cidadãos.**

Tal indelegabilidade, portanto, não é homenagem vã aos ocasionais detentores das distintas funções estatais. Significa, isto sim, cautela estatuída em

prol dos administrados, isto é, óbice a que qualquer dos Poderes se demita de sua missão própria ou seja complacente com o uso de atribuições suas, trespassando-as para outro Poder, no que estaria derrocando todo o sistema de repartição de Poderes, concebido para a proteção dos indivíduos.

Outrossim, a própria possibilidade de existirem 'leis delegadas', conforme acima referido, torna óbvio que não podem existir 'delegações disfarçadas', procedidas indireta ou implicitamente. Com efeito, a simples previsão desta espécie legislativa demonstra, a 'contrario sensu', que a regra é a indelegabilidade.

(...)

28. Considera-se que há delegação disfarçada e inconstitucional, efetuada fora do procedimento regular, toda vez que a lei remete ao Executivo a criação das regras que configuram o direito ou que geram a obrigação, o dever ou a restrição à liberdade. Isto sucede quando fica deferido ao regulamento definir por si mesmo as condições ou requisitos necessários ao nascimento do direito material ou ao nascimento da obrigação, dever ou restrição. Ocorre, mais evidentemente, quando a lei faculta ao regulamento determinar obrigações, deveres, limitações ou restrições que já não estejam previamente definidos e estabelecidos na própria lei. Em suma: quando se faculta ao regulamento inovar inicialmente na ordem jurídica. E inovar quer dizer introduzir algo cuja preexistência não se pode conclusivamente deduzir da lei regulamentada.

Entre nós, este procedimento abusivo, inconstitucional e escandaloso foi praticado inúmeras vezes e do modo mais flagrante possível. Nisto se revela o profundo descaso que, infelizmente, nossos legisladores têm tido na manutenção das prerrogativas do Poder em que se encartam, demonstrando, pois, um cabal despreço pela Constituição e - pior que isto - olímpica indiferença pela salvaguarda dos direitos e garantias dos cidadãos.

Assim, inúmeras são as leis que deferem, 'sic et simpliciter', a órgãos colegiais do Executivo - como ao Conselho Monetário Nacional, por exemplo - o poder de expedir decisões ('resoluções') cujo conteúdo só pode ser o de lei.

Se foram mais raras as delegações apresentadas na inteireza de um diploma legal, não o foram as delegações inseridas em alguns artigos de certas leis. E graças a eles, com relação a determinados pontos versados pela lei, escancara-se para o Executivo larga porta pela qual tem legislado, inconstitucionalmente, por via de regulamentos, abrigado no conforto de dispositivos nulos.

(...)

30. Como postremeira observação, impende reiterar o que constou de advertência de Pontes de Miranda em trecho dantes colacionado. A saber: regulamento jamais pode contrariar o que conste de alguma lei ou ditar restrições que se contraponham ao estatuído em alguma norma legal. A título de regulamentar dada lei, o Executivo não pode interferir com o que conste de outra. Ou esta última já foi afetada diretamente por dispositivos antinômicos constantes da própria lei nova - e que, por isso mesmo, derrogaram ou modificaram os preceitos da lei anterior -, ou permanece incólume, com sua folga jurídica integral. Daí que

os direitos e situações jurídicas que estejam sob seu amparo são insuscetíveis de amesquinamento pelos ditames introduzidos por regulamento que discipline diversamente a matéria.” (realces do autor em sublinhado e realces da Equipe em negrito)

8.2.57. Após essas elucidativas colações e as prévias laudas redigidas acerca do Regulamento Simplificado, evidencia-se que o Decreto nº 2.745/98, com o conteúdo que traz, caracteriza-se plenamente como um decreto regulamentar que exorbitou de sua competência normativa.

8.2.58. A edição do Decreto nº 2.745/98, contendo o Regulamento Simplificado, foi autorizada na Lei nº 9.478/97, que em momento algum dispôs sobre normas de licitações e contratos pertinentes a obras, serviços, compras e alienações no âmbito da Administração Pública. Essas normas encontram-se na Lei nº 8.666/93. Nela, o texto do Decreto não encontra eco. Antes, inova no mundo jurídico, estabelecendo novas regras para situações que já são regidas pelo Estatuto de Licitações.

8.2.59. Por estar em desacordo com a Lei nº 8.666/93, o Decreto nº 2.745/98 é materialmente ilegal. A ilegalidade formal da norma, e sua conseqüente exclusão do ordenamento jurídico, depende de sua declaração pelo Superior Tribunal de Justiça.

8.2.60. Considerando que a lei com 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 ainda não foi elaborada. Considerando que a competência para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades para as administrações pública diretas, autárquicas e fundacionais de todas as esferas de governo; bem como para as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços; é privativa da União. Considerando que a única lei em vigor que regula procedimentos licitatórios e contratos, para todos os entes citados, é a Lei nº 8.666/93. Considerando que não é admissível regular matéria reservada a lei por meio de decreto. Conclui-se que, mesmo após a Emenda Constitucional nº 19 e antes da publicação da lei prevista no § 1º do art. 173 da Constituição, a Petrobrás mantém-se submissa à Lei nº 8.666/93.

8.2.61. Por oportuno, reproduzimos abaixo o Voto do Exmo. Sr. Ministro Humberto Souto, constante da Decisão nº 703/1998-TCU-Plenário, Sessão de 14 de outubro de 1998, proferida nos autos do TC 000.214/1997-3 (embargos de declaração opostos pelo Banco do Brasil S.A. contra a Decisão nº 587/1998-TCU-Plenário, proferida em processo de representação):

“(…) Quanto ao mérito, entendo não ser possível dar-lhe provimento, pois a pretendida omissão não ocorre no caso sob exame, na medida em que mencionado dispositivo constitucional, a seguir reproduzido, depende de lei que o regule: ‘Art. 173 § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico (...)’. Assim, não existindo, ainda, referida lei, continua aplicável a Lei 8.666/93 às licitações empreendidas pelas sociedades de economia mista, não ocorrendo, portanto, omissão na Decisão recorrida. Parece-me oportuno transcrever magistério do eminente professor Celso

Ribeiro Bastos que, ao salientar a importância da legislação integradora na manutenção do equilíbrio do ordenamento jurídico, comentou o § 1º do artigo 5º da Constituição Federal ('§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.') utilizando-se, a certo momento, dos seguintes dizeres: '..... São muito freqüentes no Texto Constitucional os dispositivos que fazem expressa remissão à lei como elemento indispensável para a conformação jurídica da matéria tratada. Na própria cabeça do artigo sob comento temos exemplo disto, o que, de resto, já foi por nós comentado. É a lei que ditará a forma, a extensão, o modo de exercer a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania. Seria um manifesto disparate quereremos dar aplicação a essas normas independentemente do fato de estarem elas a fazer remissão a uma legislação integradora.' (In 'Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988'; S. Paulo, Saraiva, v. 2, 1988-1989, p. 392). **No presente caso, a Constituição define que 'a lei estabelecerá' o estatuto, não havendo, portanto, nenhuma dúvida a respeito da necessidade dessa lei para mudança da situação jurídica atual. Aliás, o próprio recorrente reconhece isso, ao discorrer sobre o Projeto de Lei que está em tramitação no Congresso Nacional. Assim, não havendo omissão na Decisão hostilizada, VOTO no sentido de que este Colegiado Pleno adote a decisão que ora submeto à sua deliberação.**" (grifos nossos)

8.2.62. Adicionalmente, é conveniente ressaltar que, ainda que alegue urgência e relevância, não será possível ao Poder Executivo utilizar-se do instituto da medida provisória para regular o assunto, por força dos ditames da Emenda Constitucional nº 6.

8.2.63. Apenas com fins ilustrativos, serão salientadas algumas particularidades do Regulamento Simplificado. Por diversas vezes, o conteúdo do Decreto nº 2.745/98, já demonstrado ilegal, afronta o princípio constitucional da isonomia; além dos princípios da igualdade, da legalidade, da impessoalidade e da publicidade, expressos tanto na Constituição (arts. 5º e 37) quanto na Lei de Licitações e Contratos (art. 3º). Diversas inovações trazidas por meio do Decreto, algumas em afronta aos princípios constitucionais e da licitação, estão claramente disciplinando matéria já definida na Lei nº 8.666/93. Citamos as principais:

- criação de novas hipóteses de dispensa e inexigibilidade – itens 2.1 e 2.3;
- redefinição das modalidades de licitação (concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão) – itens 3.1.1 a 3.1.5;
- supressão 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 – item 3.1.3, desobedecendo ao princípio da impessoalidade;
- abolição dos limites monetários para estabelecimento das modalidades de licitação – item 3.3;
- criação da possibilidade de definir como representante comercial exclusivo aquele que seja o único inscrito no registro cadastral de licitantes da Empresa, a

despeito de, na realidade, poder haver outros fornecedores no mercado – item 2.3.2, novamente desobedecendo o princípio da impessoalidade;

- instituição do tipo de licitação “de melhor preço”, em substituição ao tipo “de menor preço” – item 3.2;

- afronta ao princípio da publicidade:

- redefinição dos prazos mínimos para recebimento das propostas ou da realização do evento, a partir da última publicação do edital resumido ou da expedição do convite, além de terem sido redefinidas as formas de dar publicidade aos certames licitatórios – itens 5.3, 5.4, 5.4.1, 5.5, 5.5.2 e 5.6;

- inexigência da publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na Imprensa Oficial;

- inexigência da publicação das compras efetuadas (exigência do art. 16, Lei nº 8.666/93);

- restrição da publicidade do convite à Empresa e aos seus convidados, pois não há sequer exigência de afixação da carta-convite em local apropriado (exigência do art. 22, § 3º, Lei nº 8.666/93).

8.2.64. Em vista de tratar-se não apenas de ilegalidade frente à Lei nº 8.666/93, mas de desrespeito aos princípios constitucionais da igualdade, da isonomia, da impessoalidade e da publicidade, os itens 3.3, 2.3.2, entre outros, serão abordados mais detidamente no item 0 desta Instrução.

8.2.65. Por último, abordar-se-á a possibilidade facultada na Constituição (art. 37, XXI) para que, na Administração Pública, possam realizar-se obras, serviços, compras e alienações sem processo de licitação pública, onde não esteja assegurada a igualdade de condições a todos os concorrentes. A Lei Magna faz permitir que tal ocorra apenas nos casos especificados na legislação. Legislação em seu sentido preciso e direto: o conjunto de leis que compõem o ordenamento jurídico pátrio. Caso contrário, utilizando-se o termo legislação em seu sentido escorreito, usado no cotidiano, admitir-se-ia que uma portaria de ministro de Estado fosse instrumento hábil para definir casos de exceção. Em relação à Petrobrás, atualmente, esses casos são apenas os definidos nos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93. Não há diploma legal que enumere outros possíveis casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, nos quais exista alguma chance de que ocorra desigualdade de condições entre todos os possíveis concorrentes. O Regulamento Simplificado não é, como pretende, ato normativo competente para isso.

8.3. Conclusão

8.3.1. A necessidade urgente da edição da lei prevista no § 1º do art. 173 da Constituição é óbvia. Reconhece-se, devido à nova ordem constitucional, a premência daquele diploma. No entanto, mesmo rogando-se pelo bom senso, não se pode admitir que um decreto presidencial exacerbe sua competência para suprir tal vácuo.

8.3.2. O Decreto nº 2.745/98 estabelece regras para matéria que, por exigência constitucional, deve ter suas normas definidas em lei ordinária. Essas normas encontram-se dispostas na Lei nº 8.666/93 e o Regulamento Simplificado não as obedece. Por conseguinte, a Equipe de Auditoria entende que o Decreto nº 2.745/98

carece do atributo da legalidade. Dessa forma, todos os procedimentos administrativos baseados no Decreto nº 2.745/98, bem como contratos resultantes desses procedimentos, são irregulares. Salientamos que a ilegalidade, em abstrato, do decreto apenas pode ser declarada pelo Superior Tribunal de Justiça.

8.3.3. Além da manifesta ilegalidade de sua aplicação, nos casos objeto desta auditoria, o Regulamento Simplificado traz regras que ferem de morte os artigos 22 e 37 da Constituição, nele incluso o princípio da publicidade, bem como os princípios constitucionais da igualdade, da isonomia e da impessoalidade.

8.3.4. Cumprida a análise, e levando-se em conta que, atualmente, o único diploma legal regedor das licitações e contratos para a Administração Pública é a Lei nº 8.666/93, é a ela que a Petrobrás deve obediência, até que seja publicado 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 (lei citada no art. 173, § 1º, da Constituição Federal).

8.3.5. Levando-se em conta, porém, que os administradores pautaram-se, de boa-fé, em norma exarada pelo Poder Executivo, presumidamente válida, não há como imputar-lhes responsabilidade por seu uso.

8.3.6. Ante as razões expendidas, no exercício das atribuições constitucionalmente definidas a este Tribunal, ratificadas pela Súmula nº 347/STF, esta Equipe proporá ao Colendo que seja feita determinação para que, a partir da data da decisão acolhedora de nossa proposta, a Petrobrás abstenha-se de utilizar o Decreto nº 2.745/98, voltando a proceder em obediência à Lei nº 8.666/93. Será proposto, também, que se dê conhecimento da decisão ao Congresso Nacional, para que este órgão, no exercício da sua competência exclusiva, conforme art. 49, V, da Constituição, suste o Decreto nº 2.745/98. Propor-se-á, adicionalmente, dar conhecimento da decisão ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, ao Exmo. Sr. Ministro das Minas e Energia e ao Sr. Presidente da Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS.

8.3.7. Nesta Instrução será demonstrada, em concreto, a ilegalidade do Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobrás e as inconstitucionalidades perpetradas sob o abrigo de suas normas (mais especificamente, as relacionadas no item 0.

8.3.8. Cabe ter presente que, inicialmente, os trabalhos de campo tinham como norte a aderência das licitações e contratos à Lei nº 8.666/93 e ao Decreto nº 2.745/98, de acordo, respectivamente, com os períodos de suas utilizações pela Empresa. A maior parte dos procedimentos licitatórios e contratações estudados foram feitos sob a égide do Regulamento Simplificado. Via de conseqüência, a maior parte das anotações de irregularidades originalmente feitas foram em relação a ele. Os questionamentos que culminaram com a avaliação desenvolvida neste item 0 surgiram por ocasião da análise mais apurada dos documentos coletados e das informações obtidas nas entrevistas. Convencida da inaplicabilidade do Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobrás, nos moldes do Decreto nº 2.745/98, e de posse dos mesmos documentos e depoimentos, a Equipe de Auditoria retomou

a análise e enumerou as irregularidades em cotejo com a Lei de Licitações e Contratos. Todavia, como houve a constatação de que mesmo o Regulamento Simplificado foi descumprido e para que o trabalho previamente realizado não se perdesse, estão sendo apresentadas também as desconformidades verificadas frente ao Decreto nº 2.745/98.

9. COMENTÁRIOS SOBRE PONTOS ESPECÍFICOS DO REGULAMENTO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO DA PETROBRAS

(...)

10. SUPERINTENDÊNCIA DE EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO - E&P

(...)

11. SERVIÇO DE MATERIAL - SERMAT

(...)

12. SERVIÇO DE RECURSOS DA INFORMAÇÃO - SERINF

(...)

12.1 Contrato nº 600.2.047.99-3

Objeto: prestação de serviços de assessoria para o Projeto Ano 2000 – Inspeção

Completa

Contratado: IBM Brasil, Indústria, Máquinas e Serviços Ltda.

Modalidade de contratação: dispensa

Fundamentação: item 2.1, b, do Regulamento do Procedimento Licitatório

Simplificado da Petrobrás

Data de assinatura: 08/09/1999

Valor Inicial: R\$ 1.359.126,84

Valor Atual: R\$ 1.359.126,84

Vigência: 180 dias, contados a partir da data de assinatura

Quantidade de termos aditivos: nenhum

Contrato nº 600.2.066.99-1

Objeto: prestação de serviços de assessoria para o Projeto Ano 2000 – Inspeção

Completa

Contratado: IBM Brasil, Indústria, Máquinas e Serviços Ltda.

Modalidade de contratação: dispensa

Fundamentação: item 2.1, b, do Regulamento do Procedimento Licitatório

Simplificado da Petrobrás

Data de assinatura: 04/11/1999

Valor Inicial: R\$ 1.210.000,00

Valor Atual: R\$ 1.210.000,00

Vigência: 120 dias, contados a partir da data de assinatura

Quantidade de termos aditivos: nenhum

12.1.1. Irregularidades frente à Lei nº 8.666/93:

12.1.1.1 Contratação por emergência, com base no item 2.1, b, do Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobrás, para situação que seria plenamente previsível, caracterizando falta de planejamento.

Descrição

A Divisão de Coordenação de Rede de Informática do Serviço de Recursos da Informação fez consulta ao Serviço Jurídico (SEJUR) acerca da possibilidade de contratação da IBM Brasil, por dispensa de licitação, com amparo no disposto no item 2.1, alínea “b” do Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobrás, para certificação das adaptações promovidas nos sistemas aplicativos da Empresa, feitas com vistas a evitar ocorrências decorrentes do chamado “bug do milênio”.

Em 20 de abril de 1999, por meio do DIP-SEJUR/DICONT-4250/99 (fls. 82/83, Volume 4), o Serviço Jurídico deu parecer favorável à contratação.

Os pedidos para contratação da IBM foram feitos nas Solicitações de Autorização para Contratação (SACs) nºs 105/99 (fls. 84, Volume 4) e 155/99 (fls. 144, Volume 4), pelos Srs. Frederico Leipnik Kotouc e Nelson Taveira da Costa, Chefe do Setor de Operações e Chefe de Divisão de Coordenação da Rede de Informática, respectivamente.

Parecer da Equipe

A contratação foi feita por dispensa fundamentada, em razão da exiguidade de tempo, no item 2.1, b, do Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado. Em face da situação de emergência em que a Empresa se encontrava, a contratação teria abrigo também na Lei nº 8.666/93. Não se esquecendo da irregularidade perpetrada pela simples fundamentação no Decreto nº 2.745/98; já considerada e tratada previamente neste trabalho; cabe realçar aqui a imprevidência que possibilitou à Companhia chegar àquela realidade emergencial.

O “bug do milênio” foi um problema identificado há anos, e a certificação das alterações promovidas nos sistemas aplicativos era uma necessidade também sobejamente já conhecida dos profissionais da área de informática.

Apesar de reconhecer que, na data em que foi solicitada a autorização para a contratação, pudesse se caracterizar uma situação de emergência; questionamos a falta de planejamento da Empresa, por apenas solicitar a contratação de prestador de serviço para certificar as alterações promovidas nos sistemas aplicativos em data tão crítica.

Assim sendo, proporemos que os responsáveis Sr. José Carlos de Ávila Betencourt, Superintendente do Serviço de Recursos da Informação; Carlos Frederico Leipnik Kotouc, Chefe do Setor de Operações; Nelson Taveira da Costa, Chefe de Divisão de Coordenação da Rede de Informática; sejam convocados em audiência para que apresentem as razões de justificativa para a contratação nos moldes como foi realizada, em decorrência da falta de planejamento evidenciada.

(...)

12.2. Contrato nº 600.2.017.00-6

Objeto: serviços de consultoria para implementação do software SAP R/3 na Petrobrás

Contratado: Ernst & Young Consulting S/C Ltda.

Modalidade de contratação: inexigibilidade

Fundamentação: item 2.3 do Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobrás

Data de assinatura: 11/02/2000

Valor Inicial: R\$ 59.437.340,00

Valor Atual: R\$ 59.437.340,00

Vigência: 28 meses, contados a partir da pertinente autorização de início dos serviços

Quantidade de termos aditivos: nenhum

12.2.1. Irregularidades frente à Lei nº 8.666/93:

Contratação por inexigibilidade de licitação fundamentada no item 2.3 do Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobrás, sem a ocorrência de inviabilidade de competição.

Descrição

Foi contratada a Ernst & Young como notória especialista na implantação do software SAP R/3. Apesar de a contratada estar habilitada pela própria SAP Brasil Ltda. como implementadora desse sistema de gestão, ela não era a única empresa em condições de oferecer os serviços pretendidos pela Petrobrás.

Parecer da Equipe

Os serviços foram contratados junto à Ernst & Young por decisão unilateral e discricionária dos administradores da Petrobrás. Em entrevista com o Sr. Antonio Carlos Sampaio, Chefe do Setor de Contratação – DGR/SERINF, foi obtida a informação de que, pelo menos, um concorrente havia apresentado oferta para os serviços de implementação do SAP R/3. A ofertante teria sido a empresa Andersen Consulting que, para o serviço em comento, trabalharia em associação com a IBM.

Em princípio, o requisito primeiro para a ocorrência de casos de inexigibilidade de licitação – tanto para a Lei 8.666/93 quanto para o Regulamento Simplificado –, qual seja a inviabilidade de competição, não foi cumprido.

Será proposto chamar em audiência o Sr. Antonio Carlos Sampaio e o Sr. José Carlos Ávila Betencourt, Superintendente do Serviço de Recursos da Informação, para que apresentem as razões de justificativa para que não tenha sido promovido processo licitatório para contratação dos serviços objeto do contrato sob análise, visto que havia mais de uma empresa habilitada para tanto.

13. SUPERINTENDÊNCIA DE PARTICIPAÇÕES - SUPART

(...)

14. AQUISIÇÃO DAS PLATAFORMAS P38 E P40

14.1. Histórico

14.1.1. Em razão da descoberta do Campo de Roncador, na Bacia de Campos, a Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS decidiu deslocar para lá, do Campo de Marlim Sul, na mesma Bacia, a plataforma P36 (na época da elaboração desta Instrução, essa plataforma afundou em decorrência de três explosões, com onze vítimas, ocorridas em 15/03/2001). Conseqüentemente, Marlim Sul ficou sem plataforma de exploração. Havia, portanto, necessidade de se contratar uma nova plataforma para operação nesse campo.

14.1.2. Havia sido promovido processo licitatório para contratação da plataforma P37 (Marlim). Nesse certame, a Marítima ofertara a plataforma DB-100. A Empresa identificou que havia compatibilidade, dependendo de algumas adaptações, entre a DB-100 e a unidade que se desejaria para Marlim Sul. Foi deflagrado, então, um processo de negociação direta para a contratação daquela plataforma, autorizado pela Ata D.E. 4.081, item 31, de 09/01/97 (fls. 239, Volume 9). Essa decisão implicou clara desobediência ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório (salientado no DIP-SEJUR-37/96, de 8 de janeiro de 1997, às fls. 253/255, Volume 9). Ademais, não foi sequer comprovada a inviabilidade de competição, o que poderia justificar uma contratação por inexigibilidade. Ocorreu, portanto, desrespeito à Lei nº 8.666/93.

14.1.3. A unidade objeto da negociação viria a ser denominada de P40(55). Foi adotado como ponto de partida o projeto de conversão da DB-100, do modo em que foi habilitada no processo licitatório da P37, acrescido de Memorial Descritivo com os principais requisitos a serem modificados na documentação da P37, para que a plataforma pudesse operar no Campo Marlim Sul (P40).

(55) Antes de ser convertida na P40, por um período, a DB 100 recebeu a denominação de PB 200.

14.1.4. A negociação da P40 tinha valor estimado de US\$ 340 milhões, sendo US\$ 311 milhões referentes ao preço ofertado para Marlim (P37) e US\$ 29 milhões referentes à adequação dos requisitos para utilização em Marlim Sul. Essa adequação incluía o aumento da capacidade de compressão de gás, da capacidade de geração de energia e a alteração do sistema de ancoragem devido à maior lâmina d'água no local de instalação da plataforma. Paralelamente, foi também providenciada a contratação da P38.

14.1.5. Antes de dar prosseguimento ao relato, compete esclarecer que as unidades de exploração podem ser simples ou compostas – classificação dada por esta Equipe de Auditoria. Uma Unidade de Exploração e Produção (UEP) simples é aquela onde a própria plataforma de perfuração e extração faz também a armazenagem do óleo ou gás extraído. Por seu turno, uma UEP composta é aquela onde as tarefas de perfuração e extração são desempenhadas por uma plataforma e a de armazenagem por outra. No último caso é onde se encaixa a especificação para a plataforma de Marlim Sul. A P40 é uma unidade de perfuração e extração, enquanto a P38 é uma plataforma de armazenagem. Na verdade, a plataforma de armazenagem não passa de um navio-tanque com as devidas adaptações.

14.1.6. Os processos de negociação apresentaram diversas irregularidades, constatadas pela Auditoria Interna, e que levaram à constituição de uma Comissão de Sindicância para apurá-las. Os trabalhos realizados foram minuciosos e esclarecedores, estando documentados nos Relatório de Auditoria AUDIN-E-5003-A/2000 (fls. 7/18, Volume 7) e Relatório da Comissão de Sindicância (fls. 116/132, Volume 9). Julgamos, portanto, desnecessário transcrever os relatos ali constantes.

14.1.7. Por meio de carta ao Exmo. Sr. Ministro-Presidente Iram Saraiva, datada de 23/08/2000 (fls. 1, Volume 7), a Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS encaminhou ao Tribunal o Relatório da Comissão de Sindicância.

14.1.8. As irregularidades elencadas pela Comissão de Sindicância foram as seguintes:

- não informação à Diretoria Executiva da exclusão dos Sistemas de Geração de Energia Elétrica e de Ancoragem no decorrer das negociações diretas da P40, gerando aditivos da ordem de US\$ 47,2 milhões;

- deficiência na Estrutura de Negócio concebida para os contratos de afretamento das unidades P38 e P40, expondo a Petrobrás à risco financeiro de US\$ 218 milhões;

- inobservância de procedimento usual de contratação na negociação da P38, gerando dúvidas quanto à legitimidade e economicidade do processo de consulta ao mercado;

- deficiência na análise econômica da proposta de contratação da P40, decorrente de utilização da taxa de juros acima do valor de mercado, subavaliando o Valor Presente (VP) da unidade em US\$ 46 milhões.

14.1.9. Envolvidos diretamente no episódio estiveram:

- ROBERTO FERNANDES ORZECOWSKY, então chefe do SEGEN/EMBAR(56);

(56) Serviço de Engenharia / Empreendimento para Construção de Plataformas e Dutos Barracuda

- ALCEU BARROSO LIMA NETO, então Superintendente do Serviço de Engenharia - SEGEN;

- JOSÉ CARLOS DA FONSECA, então Superintendente do SEGEN;

- LUIZ CARLOS QUINTELLA FREIRE, então Superintendente-Adjunto de Engenharia e Empreendimentos do SEGEN;

- SEBASTIÃO HENRIQUES VILARINHO, então Diretor da Área de Engenharia da Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS.

14.1.10. Ao final de seus trabalhos, a Comissão de Sindicância chegou às conclusões que seguem (fls. 130, Volume 9):

- ROBERTO FERNANDES ORZECOWSKY, então chefe do SEGEN/EMBAR, pode ser responsabilizado por:

- a) Exceder o limite de sua competência ao elaborar e entregar, em mãos, à Mitsubishi, empresa que entrou no processo como financiadora do projeto, a carta SEGEN/EMBAR-021/97, de 08/04/97 (fls. 30, Volume 8), que atribuiu à BRASOIL a responsabilidade pelo fornecimento dos Sistemas de Geração de Energia Elétrica e de Ancoragem da P40;

- b) Omitir informações durante a fase de negociação na contratação da P40;

- c) Dissimular informação em documento interno da Companhia, induzindo seus superiores a erro de avaliação na contratação da P40;

- d) Omitir informações ao E&P(57) sobre as condições finais pactuadas nos contratos da P38 e P40;

(57) Superintendente de Exploração e Produção.

e) Fornecer à Mitsubishi, em 22/08/97, a Carta SEGEM/EMBAR 053/97, contendo um CD com os requisitos para fornecimento da P38, sem que lhe fosse autorizado e antes mesmo da decisão da Diretoria Executiva que autorizou a consulta ao mercado;

f) Descumprir determinação da Diretoria Executiva, em relação à participação dos demais Órgãos no processo de consulta ao mercado para contratação da P38.

- ALCEU BARROSO LIMA NETO, então Superintendente do SEGEN, pode ser responsabilizado por:

a) Não conferir documentos relevantes que lhe foram submetidos na contratação da P40;

b) Endossar informação dissimulada na contratação da P40;

c) Submeter informação dissimulada à apreciação de seus superiores, induzindo-os a erro de avaliação na contratação da P40;

d) Acompanhar superficialmente as atividades desenvolvidas por áreas subordinadas;

e) Exercer de forma falha a direção técnico-administrativa do SEGEN;

f) Deixar de cumprir determinação da Diretoria Executiva na contratação da P38.

- JOSÉ CARLOS DA FONSECA, então Superintendente do SEGEN, pode ser responsabilizado por:

a) Não conferir documentos relevantes que lhe foram submetidos para aquisição do Sistema de Geração de Energia da P40;

b) Endossar informação dissimulada para aquisição do Sistema de Geração de Energia da P40;

c) Submeter informação dissimulada à apreciação de seus superiores, induzindo-os a erro de avaliação para aquisição do Sistema de Geração de Energia da P40.

- LUIZ CARLOS QUINTELLA FREIRE, então Superintendente-Adjunto de Engenharia e Empreendimentos do SEGEN, pode ser responsabilizado por:

a) Acompanhar superficialmente as atividades desenvolvidas por área que lhe estava diretamente subordinada.

- SEBASTIÃO HENRIQUES VILARINHO, então Diretor da Área de Engenharia da Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRÁS, pode ser responsabilizado por:

a) Não conferir documentos relevantes que lhe foram submetidos na contratação da P38, P40 e na aquisição do Sistema de Geração de Energia da P40;

b) Endossar informação dissimulada na contratação e na aquisição do Sistema de Geração de Energia da P40;

c) Submeter informação dissimulada à apreciação da Diretoria Executiva, induzindo-a a erro de avaliação para aquisição do Sistema de Geração de Energia da P40;

d) Exercer de forma falha a direção técnico-administrativa da Área de Engenharia.

14.1.11. Em decorrência das responsabilidades definidas no Relatório da Comissão de Sindicância, no Comunicado da Secretaria Geral da Petrobrás (SEGEPE) referente à Ata DE 4.268, ITEM 16, DE 17/08/2000, Pauta nº 630 (fls. 114, Volume 9), a Diretoria da Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRÁS, entre outras providências administrativas e legais, decidiu:

- demitir por justa causa ROBERTO FERNANDES ORZECZOWSKY e ALCEU BARROSO LIMA NETO;

- dispensar das funções de confiança que exerciam JOSÉ CARLOS DA FONSECA e LUIZ CARLOS QUINTELLA FREIRE.

14.1.12. Segundo informou o Sr. NELSON SÁ GOMES RAMALHO, Superintendente-Adjunto do Serviço Jurídico, não foi determinada qualquer punição ao Sr. SEBASTIÃO HENRIQUES VILARINHO porque ele, quando dos atos punitivos, não mais era diretor da Empresa e não mantinha mais vínculo empregatício com ela.

14.1.13. Os Srs. ROBERTO FERNANDES ORZECZOWSKY e ALCEU BARROSO LIMA NETO foram readmitidos na Empresa por ordem judicial.

14.1.14. De referir, a publicação de matéria jornalística na Revista Época, edição de 19 de março de 2001 (cópia às fls. 2/6, Volume 7), versando sobre suspeitas de favorecimento à Marítima Petróleo e Engenharia por parte de gestores da Petrobrás, na qual é feita citação ao caso sobre o qual versamos.

14.2. Parecer da Equipe

14.2.1. Tendo como base o apresentado tanto no Relatório de Auditoria AUDIN-E-5003-A/2000 quanto no Relatório da Comissão de Sindicância, todos os responsáveis nominados no subitem 0 são solidários com relação às irregularidades verificadas no subitem 0.

14.2.2. Restaram, no entanto, não esclarecidos pontos relacionados a algumas irregularidades. Nos próximos parágrafos, serão feitos os questionamentos pelos quais esta Equipe proporá a audiência dos responsáveis.

14.2.3. O primeiro questionamento é atinente à realização de **aditamento contratual por meio de instrumento ilegítimo**. Foi emitida pelo Sr. Roberto Fernandes Orzechowsky a carta SEGEN/EMBAR-021/97, de 08/04/97 (fls. 30, Volume 8), atribuindo à BRASOIL a responsabilidade pelo fornecimento dos Sistemas de Geração de Energia Elétrica e de Ancoragem da P40. Essa alteração obrigaram que fossem feitos novos aditivos contratuais posteriores que oneraram a Empresa em aproximadamente US\$ 47,2 milhões.

14.2.4. Com relação à **“não informação à Diretoria Executiva da exclusão dos Sistemas de Geração de Energia Elétrica e de Ancoragem no decorrer das negociações diretas da P40, gerando aditivos da ordem de US\$ 47,2 milhões”**, os responsáveis devem explicar como foi assinado o contrato, sem que nenhum dos superiores do Sr. ROBERTO FERNANDES ORZECZOWSKY houvesse verificado a exclusão de itens vitais para a existência de um equipamento como uma plataforma de exploração e produção. Houve, no mínimo, negligência no trato da coisa pública, visto que, como constante do Relatório da Comissão de Sindicância, *“O fato que positivamente ficou evidenciado é que, a exceção da carta 021/97, os demais documentos examinados*

pela Comissão, originários do SEGEN, referentes à contratação dessa Unidade, continham a chancela do Superintendente do Órgão.” (fls. 121, Volume 9).

14.2.5. Surge aqui um novo senão: **por que a Empresa aceitou passivamente as alterações contratuais se, originalmente, a proposta de fornecimento da plataforma P40 contemplava os Sistemas de Geração de Energia Elétrica e de Ancoragem?** Não está claro porque razão a empresa aceitou pagar duas vezes pelos mesmos equipamentos.

14.2.6. Com relação à **“deficiência na Estrutura de Negócio concebida para os contratos de afretamento das unidades P38 e P40, expondo a Petrobrás à risco financeiro de US\$ 218 milhões”**, mister se faz ressaltar os trechos abaixo:

“Desde o início, foi caracterizado pela Linklaters & Paines(58) que a Mitsubishi não assumiria qualquer risco de construção, passando a ser meramente acessório, à operação, os aspectos de ordem financeira, uma vez que o valor da taxa de afretamento já estava previamente definido e acordado” (fls. 129, Volume 9)

(58) Empresa de consultoria que assessora a PETROBRAS em alguns contratos regidos pela lei inglesa.

*“A estruturação dada ao negócio, compreendendo os respectivos instrumentos contratuais, **revelou-se inócua em termos de resguardar os interesses da PETROBRAS na operação.**”* (fls. 129, Volume 9) (grifo nosso)

“Para executar a conversão (das unidades contratadas), a PETRO DIA(59) contratou a FPSO ENGINEERING INC (SPC criada pela MARÍTIMA para assinar o contrato de conversão), que por sua vez, subcontratou a FPSO CONSTRUCTION INC (outra SPC criada pela MARÍTIMA) para efetivamente realizar a conversão. Para controlar a conversão, a BRASOIL dispunha de dois instrumentos: o SUPERVISION AGREEMENT – garante o poder de fiscalizar, atestar medição, realizar modificações de projeto e autorizar a PETRO DIA a liberar pagamentos referentes a conversão – e o STEP-IN – permite substituir a contratada mediante a comprovação de inadimplência.

(59) Special Purpose Company (SPC) criada pela Mitsubishi para ser proprietária e fazer contratos de afretamento com a BRASOIL, que subafretou as unidades à PETROBRAS.

*Apesar de alertados tempestivamente pela LINKLATERS – consultoria londrina que assessora a PETROBRAS em alguns contratos regidos pela lei inglesa – SEGEN E SEFIN aceitaram a estruturação que imputava integralmente à PETROBRAS os riscos pela conversão das unidades, embora a responsabilidade pela contratação fosse da MITSUBISHI (PETRO DIA), **eximida, contratualmente, de qualquer risco relacionado à conversão.***

Na estruturação, a MARÍTIMA (FPSO ENGINEERING), contratada pela PETRO DIA para realizar a conversão, pôde subcontratar empresa por ela mesma constituída (FPSO CONSTRUCTION) para executar o serviço, sendo Full Conversion Contract o único instrumento com previsão de sanção por inadimplência, porém adstrito aos pactuantes, ou seja, SPCs criadas pela MARÍTIMA.

O STEP-IN foi assinado por PETRO DIA, BRASOIL e FPSO ENGINEERING, porém a FPSO CONSTRUCTION, 2ª empresa criada pela MARÍTIMA, era quem contratava fornecedores. Sendo assim, o instrumento se mostra ineficaz, pois seu campo de utilização não alcança a atuação da FPSO ENGINEERING. Na prática, percebe-se a criação de artifício para marginalizar possíveis controles.

Cabe ressaltar que, no encaminhamento da documentação à D.E. sobre a estruturação a ser adotada – decisão constante da Ata 4.108, item 14, de 24-07-97 – não houve menção sobre a participação da FPSO CONSTRUCTION, o que veio a se concretizar posteriormente, com aquiescência do SEGEN. Por outro lado, também não há evidências, nos documentos do negócio, de contato formal entre SEGEN e LINKLATERS e entre os órgãos envolvidos a respeito do risco negocial, o que constou apenas do anexo I (modelo de contrato de afretamento a ser assinado) do processo de aprovação.

Por fim, deve-se registrar o entendimento de que informações dessa relevância deveriam constar em destaque, rotineiramente, nos processos, de tal sorte a que riscos do negócio se tornem plenamente conhecidos.” (fls. 16/17, Volume 7) (grifos nossos)

14.2.7. Da mesma forma que na irregularidade anterior, houve flagrante negligência por parte dos administradores, submetendo a Empresa a risco de prejuízo desnecessário e sobre o qual não poderia exercer nenhum controle.

14.2.8. Com relação a “**inobservância de procedimento usual de contratação na negociação da P38, gerando dúvidas quanto à legitimidade e economicidade do processo de consulta ao mercado**”, a principal constatação é que não foi promovido processo licitatório. À época, a Empresa adotava a Lei nº 8.666/93. Apesar de a situação ou o objeto da contratação não permitirem a caracterização de caso dispensa ou de inexigibilidade de licitação, foi adotada a negociação direta. Foram desobedecidos o art. 1º, parágrafo único. e art. 2º, parágrafo único, daquela Lei. Além dos responsáveis já identificados no subitem 0, devem também ser chamados em audiência os integrantes da Diretoria Executiva que aprovaram, pela Ata D.E. 4.115, item 15, de 11/09/97 (fls. 202, Volume 9), a proposição de consulta ao mercado para aquisição da P38.

14.2.9. Com relação à “**deficiência na análise econômica da proposta de contratação da P40, decorrente de utilização da taxa de juros acima do valor de mercado, subavaliando o Valor Presente (VP) da unidade em US\$ 46 milhões**”, os responsáveis devem explicar a razão para adoção da taxa de 11,5%, apesar de, no período, a Petrobrás vir obtendo a taxa média de 8,2%, LIBOR mais juros, para os seus financiamentos de longo prazo (segundo Relatório da Comissão de Sindicância - fls. 120, Volume 9).

14.2.10. Finalizando, entendemos que a Comissão de Sindicância deixou de elencar uma irregularidade grave: **não houve licitação para a contratação da P40**. Da mesma forma como para a P38, a realização de licitação, nos moldes da Lei nº 8.666/93, era obrigatório para a P40. Portanto, mais uma vez, houve **inobservância de**

procedimento usual de contratação, gerando dúvidas quanto à legitimidade e economicidade do processo de consulta ao mercado.

14.2.11. Sendo assim, devem ser chamados em audiência os responsáveis listados no subitem 0 e os integrantes da Diretoria Executiva que, pela Ata D.E. 4.081, item 31, de 09/01/97 (fls. 239, Volume 9), determinaram que se negociasse a aquisição da plataforma DB-100, aproveitando o oferecimento realizado no processo licitatório para o Campo de Marlim (P37), para que apresentem as razões de justificativa para a não realização de processo licitatório para a contratação da P40.

15. PÁGINA CONTAS PÚBLICAS

15.1. Histórico

15.1.1. A Lei nº 9.755, de 16 de dezembro de 1998, determinou que o Tribunal de Contas da União criasse a *homepage* na rede de computadores Internet, denominada de “Contas Públicas”, para divulgação de extensa gama de dados e informações. Entre eles, as relações mensais de todas as compras feitas pela Administração direta ou indireta.

15.1.2. Visando regulamentar a forma que os dados seriam disponibilizados, o TCU editou a Instrução Normativa nº 28, de 5 de maio de 1999.

15.1.3. São os próprios órgãos e entidades os responsáveis pela disponibilização, em páginas específicas de seus *sites*, dos dados e informações requeridas na Lei. A fidedignidade desses dados e informações também é de responsabilidade desses órgãos e entidades.

15.1.4. Ao TCU cabe: manter a *homepage* “Contas Públicas”, provendo o acesso organizado aos dados e informações por meio de *links*, que remeterão às respectivas páginas específicas de cada órgão ou entidade; estabelecer, em conjunto com cada um dos órgãos e entidades federais, estaduais e municipais envolvidos, a forma de apresentação dos dados e informações que integrarão a *homepage*, visando à sua uniformização; verificar, nos *sites* dos órgãos e entidades responsáveis, a acessibilidade e adequação da forma de apresentação dos dados e informações.

15.1.2. O sítio Contas Públicas da Petrobrás na Internet

15.2.1. Verificou-se a situação em que se encontra a implantação das informações do *site* Contas Públicas, conforme previsto na Lei nº 9.755/98 e disciplinado na Instrução Normativa/TCU nº 28/99, inclusive quanto às sugestões relativas à uniformização dos dados.

15.2.2. Na Petrobrás, a implantação do sítio Contas Públicas ficou a cargo da Superintendência de Controle (SUCON). Por isso, foi realizada entrevista com os Srs. Luiz Gonzaga, Chefe da Divisão de Custos e Avaliação de Resultados – DIVAR/SUCON, e com o Sr. Fernando José Albuquerque, Técnico em Contabilidade II.

15.2.3. O *site* foi implantado utilizando-se os dados constantes do Sistema Base de Dados de Contratos (BDC) e tem atualização mensal, mantendo-se disponíveis as informações referentes aos últimos 12 meses. O responsável pela manutenção do BDC é o Sr. Fernando José Albuquerque e, por essa razão, a ele também ficou afeta a implantação da página na Internet.

15.2.4. Obedecendo aos ditames colimados no art. 1º da Lei nº 9.755/98, e seus respectivos parágrafos, esta unidade técnica analisou as informações apresentadas pela Petrobrás. Verificou-se que a página contém a maioria dos dados exigidos pela lei, mas há informações que ainda não constam do *site*. A análise da página e as sugestões para padronização constaram do Ofício nº 485/2000 - 1ª Secex, de 29/11/2000 (cópia às fls. 65/66, Volume Principal), preparado e enviado após os trabalhos de campo.

15.2.5. Os responsáveis afirmaram que algumas informações não estavam disponíveis na página por não fazerem parte do Sistema BDC, mas comprometeram-se a promover as modificações necessárias para que todas as sugestões constantes do Ofício nº 485/2000 - 1ª Secex fossem implementadas.

15.2.6. Mediante consulta ao *site* em 08/06/2001, verificamos que não constam, ainda, da *home page* contas públicas da Petrobrás os dados abaixo:

quantos aos instrumentos de contratos e aditivos:

a) fundamento legal da licitação, dispensa ou ineligibilidade;

b) modalidade da licitação;

c) número do processo de licitação, dispensa ou ineligibilidade;

d) número do processo relativo ao aditivo;

e) nome e CNPJ/CPF do contratado;

f) datas de assinatura e de publicação do resumo do instrumento no respectivo

Diário Oficial;

g) vigência;

h) programa de trabalho, quando cabível, dos recursos orçamentários relativos ao objeto;

i) valor global.

quanto às compras:

nome e CNPJ/CPF do fornecedor;

descrição do bem adquirido;

preço unitário de aquisição do bem;

quantidade adquirida do bem; e

valor total da aquisição.

15.2.7. Desse modo, propomos que seja assinado o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, contados a partir da Decisão prolatada pelo Tribunal, para a adequação da página Contas Públicas da Petrobrás à Lei nº 9.755/98, à Instrução Normativa/TCU nº 28, atentando-se ao disposto no parágrafo anterior bem como às sugestões formuladas no Ofício nº 485/2000 - 1ª Secex.

16. OUTRAS IRREGULARIDADES ENCONTRADAS

16.1. Nos processos/pastas de documentos de negociação analisados pela Equipe de Auditoria, foi verificada característica recorrente comum a todos: **não há numeração de folhas**. Por mais prosaica que possa parecer, essa providência é um eficiente mecanismo de proteção das informações processuais. A não existência de numeração de folhas permite que sejam retirados ou adicionados documentos, sem que haja possibilidade de controle.

16.2. Informações adicionadas ou retiradas podem ser decisivas para os trabalhos de auditoria. Este assunto não será objeto de maior aprofundamento no decorrer da Instrução. Por conseguinte, já neste item, propomos que a Corte de Contas faça determinação para que, doravante, todos os processos/pastas de documentos da Petrobrás tenham suas folhas, obrigatoriamente, numeradas e rubricadas, obedecida a ordem cronológica de suas inclusões.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Diante do exposto, submetemos os autos à consideração superior, propondo:

18.1. determinar à Petrobrás, no exercício das atribuições definidas pela Constituição Federal a este Tribunal, ratificadas pela Súmula nº 347/STF, que se abstenha de utilizar o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado, estabelecido pelo Decreto nº 2.745/98, por este haver exorbitado do poder regulamentar ao não obedecer as normas gerais de licitações e contratos da Lei nº 8.666/93, atualmente, a única lei que dispõe sobre a matéria para a Administração Pública;

18.2. determinar à Petrobrás que volte a reger suas licitações, contratações e alienações pela Lei nº 8.666/93;

18.3. dar conhecimento da Decisão ao Congresso Nacional, ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, ao Exmo. Sr. Ministro de Estado de Minas e Energia e ao Sr. Presidente da Petrobrás;

18.4. determinar que, no prazo máximo de 15 (quinze) dias contados da Decisão, seja incluído na Base de Dados de Contratos o Contrato nº GEII 92902 (item **Erro! A origem da referência não foi encontrada.**);

18.5. determinar que todo o contrato assinado pela Petrobrás seja, obrigatoriamente, lançado no Sistema Base de Dados de Contratos - BDC, ou em outro que eventualmente venha a substituí-lo, no prazo máximo de 15 (quinze) dias da sua assinatura;

18.6. assinar prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para que a Petrobrás insira os dados faltantes abaixo no sítio Contas Públicas da Empresa em consonância ao preceituado na Lei nº 9.755/98 e na IN/TCU nº 28 e observe as sugestões constantes do Ofício nº 485/2000 - 1ª Secex.

- quantos aos instrumentos de contratos e aditivos:

a) fundamento legal da licitação, dispensa ou inexigibilidade;

b) modalidade da licitação;

c) número do processo de licitação, dispensa ou inexigibilidade;

d) número do processo relativo ao aditivo;

e) nome e CNPJ/CPF do contratado;

f) datas de assinatura e de publicação do resumo do instrumento no respectivo

Diário Oficial;

g) vigência;

h) programa de trabalho, quando cabível, dos recursos orçamentários relativos ao objeto.

- quanto às compras:

a) nome e CNPJ/CPF do fornecedor;

- b) preço unitário de aquisição do bem;
- c) quantidade adquirida do bem.

18.7. determinar que todos os processos/pastas de documentos de qualquer área da Petrobrás tenham suas folhas, obrigatoriamente, numeradas e rubricadas, obedecida a ordem cronológica de suas inclusões;

18.8. determinar a formação de processo apartado, com vistas a não prejudicar a apreciação das demais determinações e dado que essas não influem na apreciação das matérias objeto da apartação, para que se realize audiência, nos termos dos artigos 43, inciso II, da Lei nº 8.443/92 c/c o artigo 194, inciso III, do Regimento Interno/TCU, dos responsáveis abaixo arrolados – segregados pelos fatos a que estão vinculados – para que apresentem, no prazo de quinze dias, razões de justificativa para as seguintes ocorrências:

a) contratação por emergência, com base no item 2.1, b, do Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobrás, para situação que seria plenamente previsível, caracterizando falta de planejamento nos contratos 600.2.047.99-3 e 600.2.066.99-1 (item 0);

José Carlos Ávila Betencourt – CPF 100.266.084-53;

Carlos Frederico Leipnik Kotouc – CPF 107.902.391-56;

Nelson Taveira da Costa – CPF 100.271.338-23;

b) contratação por inexigibilidade de licitação fundamentada no item 2.3 do Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobrás, sem a ocorrência de inviabilidade de competição, no contrato 600.2.017.00-6 (item 0);

José Carlos Ávila Betencourt – CPF 100.266.084-53;

Antônio Carlos de Souza Sampaio Filho – CPF 389.630.947-15;

c) não realização de procedimento licitatório, conforme determinado pela Lei nº 8.666/93, para a contratação da plataforma P38 (itens 0 e 0);

Joel Mendes Rennó – CPF 026.310.678-00;

Antonio Carlos Sobreira de Agostini – CPF 031.477.977-91;

Arnaldo Leite Pereira – CPF 010.410.967-04;

Aurílio Fernandes Lima – CPF 017.311.308-72;

Orlando Galvão Filho – CPF 031.520.657-87;

Percy Louzada de Abreu – CPF 000.057.380-91;

Sebastião Henriques Vilarinho – CPF 002.733.925-49;

Roberto Fernandes Orzechowsky – CPF 106.295.869-82;

Alceu Barroso Lima Neto – CPF 100.679.802-84;

José Carlos da Fonseca – CPF 106.284.403-21;

Luiz Carlos Quintella Freire – CPF 103.266.414-21;

d) não realização de procedimento licitatório, conforme determinado pela Lei nº 8.666/93, para a contratação da plataforma P40 (item 0);

Joel Mendes Rennó – CPF 026.310.678-00;

Antonio Carlos Sobreira de Agostini – CPF 031.477.977-91;

Arnaldo Leite Pereira – CPF 010.410.967-04;

Aurílio Fernandes Lima – CPF 017.311.308-72;

Orlando Galvão Filho – CPF 031.520.657-87;
Percy Louzada de Abreu – CPF 000.057.380-91;
Sebastião Henriques Vilarinho – CPF 002.733.925-49;
Roberto Fernandes Orzechowsky – CPF 106.295.869-82;
Alceu Barroso Lima Neto – CPF 100.679.802-84;
José Carlos da Fonseca – CPF 106.284.403-21;
Luiz Carlos Quintella Freire – CPF 103.266.414-21;

e) promoção de alteração contratual por meio de instrumento ilegítimo para tal (Carta SEGEN/EMBAR-021/97, de 08/04/97, às fls. 30, Volume 8, que atribuiu à BRASOIL a responsabilidade pelo fornecimento dos Sistemas de Geração de Energia Elétrica e de Ancoragem da P40) (item 0);

Roberto Fernandes Orzechowsky – CPF 106.295.869-82;

f) não informação à Diretoria Executiva da exclusão dos Sistemas de Geração de Energia Elétrica e de Ancoragem no decorrer das negociações diretas da P40, gerando aditivos da ordem de US\$ 47,2 milhões (itens 0 e 0);

Sebastião Henriques Vilarinho – CPF 002.733.925-49;
Roberto Fernandes Orzechowsky – CPF 106.295.869-82;
Alceu Barroso Lima Neto – CPF 100.679.802-84;
José Carlos da Fonseca – CPF 106.284.403-21;
Luiz Carlos Quintella Freire – CPF 103.266.414-21;

g) assinatura de aditivos contratuais para inclusão dos Sistemas de Geração de Energia e de Ancoragem para a plataforma P40, quando esses sistemas já estavam contemplados na proposta original feita pelo fornecedor (item 0);

Joel Mendes Rennó – CPF 026.310.678-00;
Antonio Carlos Sobreira de Agostini – CPF 031.477.977-91;
Arnaldo Leite Pereira – CPF 010.410.967-04;
Aurílio Fernandes Lima – CPF 017.311.308-72;
Orlando Galvão Filho – CPF 031.520.657-87;
Percy Louzada de Abreu – CPF 000.057.380-91;
Sebastião Henriques Vilarinho – CPF 002.733.925-49;
Roberto Fernandes Orzechowsky – CPF 106.295.869-82;
Alceu Barroso Lima Neto – CPF 100.679.802-84;
José Carlos da Fonseca – CPF 106.284.403-21;
Luiz Carlos Quintella Freire – CPF 103.266.414-21;

h) adoção de estrutura de negócio deficiente para os contratos de afretamento das unidades P38 e P40, que possibilitou o não-resguardo dos interesses da Petrobrás na operação, já que a ela ficava imputada integralmente os riscos pela conversão das unidades, embora a responsabilidade pela contratação fosse da MITSUBISHI (PETRO DIA), eximida, contratualmente, de qualquer risco relacionado à conversão. Os instrumentos de que a BRASOIL dispunha para controlar a conversão (o SUPERVISION AGREEMENT – garantia o poder de fiscalizar, atestar medição, realizar modificações de projeto e autorizar a PETRO DIA a liberar pagamentos referentes a conversão – e o STEP-IN – permitia substituir a contratada mediante a comprovação

de inadimplência) não alcançavam as suas verdadeiras executoras (FPSO ENGINEERING INC. – SPC criada pela MARÍTIMA para assinar o contrato de conversão – e FPSO CONSTRUCTION INC. – outra SPC criada pela MARÍTIMA, subcontratada pela FPSO ENGINEERING INC., que foi quem efetivamente realizou a conversão –), visto que seus campos de utilização não abrangiam a atuação dessas pessoas jurídicas. A estratégia expôs a Petrobrás a risco financeiro de US\$ 218 milhões (itens 0, 0 e 0);

Sebastião Henriques Vilarinho – CPF 002.733.925-49;

Roberto Fernandes Orzechowsky – CPF 106.295.869-82;

Alceu Barroso Lima Neto – CPF 100.679.802-84;

José Carlos da Fonseca – CPF 106.284.403-21;

Luiz Carlos Quintella Freire – CPF 103.266.414-21;

i) deficiência na análise econômica da proposta de contratação da P40, decorrente de utilização da taxa de juros acima do valor de mercado, subavaliando o Valor Presente (VP) da unidade em US\$ 46 milhões (itens 0 e 0);

Sebastião Henriques Vilarinho – CPF 002.733.925-49;

Roberto Fernandes Orzechowsky – CPF 106.295.869-82;

Alceu Barroso Lima Neto – CPF 100.679.802-84;

José Carlos da Fonseca – CPF 106.284.403-21;

Luiz Carlos Quintella Freire – CPF 103.266.414-21.

3. O Diretor de Divisão e o Titular da 1ª SECEX manifestaram-se de acordo com as conclusões da equipe de auditoria.

VOTO

O art. 37 da Constituição Federal, ao dispor sobre os princípios aplicáveis à administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, estabeleceu, em seu inciso XXI, a obrigatoriedade da licitação pública para a contratação de obras, serviços, compras e alienações. O referido art. 37 foi regulamentado pela Lei nº 8.666, de 21.06.93, que já no Parágrafo único de seu art. 1º dizia de sua aplicabilidade, dentre outras entidades, às empresas públicas e sociedades de economia mista. Na condição de sociedade de economia mista, a Petrobrás passou, então, a sujeitar-se àquela lei, utilizando-se, como praxe, dos preceitos nela contidos.

2. Não havia outro normativo que dispusesse sobre a realização de licitações, por parte da Petrobrás, até 06.08.97, quando foi promulgada a Lei nº 9.478, que dispôs sobre “a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo”, instituiu “o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo” e deu outras providências. Tal lei reservou seu Capítulo IX à Petrobrás, dispondo em seu art. 67, *in verbis*:

“Art. 67. Os contratos celebrados pela PETROBRAS, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República.”

3. Em 05.06.98, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 19, que dentre outras providências, alterou o § 1º do art. 173 da Carta Magna, que passou a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 173.....

§ 1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

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

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

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

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

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

4. Finalmente, em 24.08.98, foi editado o Decreto nº 2.745, que aprovou 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”. A ementa do Decreto, bem como o “consideranda” que precede o texto da norma, referem-se específica e exclusivamente ao art. 67 da Lei nº 9.478/97. Assim, em que pese o item 1.1 do Regulamento a ele anexo mencionar que o regulamento teria sido 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”, não se pode dar a compreensão de que o Decreto nº 2.745 teria objetivado regulamentar o referido § 1º do art. 173 da Carta Magna, sendo nítido que tal norma veio a regulamentar exclusivamente a Lei nº 9.478/97.

5. Da mesma forma, não se pode conferir a interpretação de que a Lei nº 9.478/97 pudesse ser recepcionada como a lei a que se refere o § 1º do art. 173 da Constituição, uma vez que aquela somente dispôs sobre normas de licitação, não tratando das demais questões referidas nos incisos I a V do § 1º do art. 173 da Constituição, o que se faria exigível em uma norma que pretendesse disciplinar aquele dispositivo constitucional.

6. 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*).

11. A equipe de auditoria discorreu suficientemente sobre a impossibilidade de ser introduzida inovação no mundo jurídico por meio de Decretos. A vasta doutrina mencionada, transcrita no Relatório que antecede a este Voto, é esclarecedora e contundente, demonstrando a impropriedade do procedimento adotado. Não obstante, permito-me somar àquelas lições, ainda outras.

12. Segundo aceito pela doutrina pátria, a função normativa exercida pelo Poder Executivo pode ser classificada da seguinte forma: 1) função normativa primária, decorrente de atribuição (edição de Medidas Provisórias) ou de delegação (edição de leis delegadas); 2) função normativa secundária, decorrente de atribuição (edição de regulamentos). Como não estamos tratando, no caso em discussão, da edição de Medidas Provisórias ou de leis delegadas, podemos restringir nosso estudo ao exercício da função normativa secundária, consistente na edição de regulamentos.

13. Escusando-me por alongar meu Voto, peço vênias para transcrever, nos itens seguintes, alguns princípios consagrados na literatura, aplicáveis aos regulamentos, porque elucidativos e perfeitamente enquadráveis na questão que se examina.

14. “O primeiro princípio é o da primazia ou da preeminência da lei. A lei está, hierarquicamente, acima do regulamento. Este não pode contrariar aquela.

Por isso que o Direito Brasileiro não admite regulamentos revocatórios (abrogatórios ou derogatórios) e suspensivos de normas legais” (Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, in *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, V. I, p. 235).

15.À respeito desse princípio, Clèmerson Merlin Clève acrescenta:

“Aliás, afirme-se, nem mesmo com autorização legal poderia o regulamento ab-rogar, derogar, modificar ou suspender norma contida em lei. Eventual autorização com esse teor configuraria delegação legislativa vedada pelo nosso sistema constitucional.” (op. cit., p. 235).

16.Decorre desse princípio que o Decreto nº 2.745/98 não poderia, em nenhuma hipótese, suspender a eficácia da aplicação da Lei nº 8.666/93, no que concerne às licitações e contratos celebrados pela Petrobrás.

17.O segundo princípio é o da precedência da lei. Leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“O Estado Democrático de Direito exige não apenas uma vinculação negativa (dever de não contrariar), mas também uma vinculação positiva (dever de apontar o fundamento legal) da Administração à lei.” (in *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988, 1991*, p. 27)

18.Daí, resume Clèmerson Merlin Clève:

“Decorre daí que é defeso ao Presidente da República editar regulamento sem a prévia existência de lei. O regulamento se presta para favorecer a aplicação da lei.” (op. cit., p. 235).

19.Dessume-se, desse princípio, que o Decreto não poderia trazer assunto não discutido em lei.

20.”O terceiro princípio é o da acessoriedade dos regulamentos. Os regulamentos são acessórios em relação à lei. Não podem tomar o lugar delas. Não podem assumir o papel que a Constituição reservou à lei. Tratam-se, pois, de atos normativos sujeitos à lei e dela dependentes” (Clèmerson Merlin Clève, op. cit., p. 235).

21.Sobre o ponto, assinalou Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

“...os seus preceitos constituem regras técnicas de boa execução da lei, para melhor aplicação. Complementar os seus preceitos, nele apoiados, como meros elementos de sua execução, como procedimentos de sua aplicação.” (op. cit., p. 312).

22.Dessa lição, conclui-se que o Decreto nº 2.745/98 não poderia, como o fez, assumir o papel reservado à lei, disciplinando inteiramente questão que competia àquela espécie normativa.

23.O quarto princípio é o da identidade própria do regulamento. “Significa ele que, ainda que expressamente previsto pela lei, as normas regulamentares guardam a hierarquia que lhes é própria, não alcançando, com a simples previsão legal, promoção hierárquica ou deslocamento de regime jurídico (do regulamentar para o específico da lei); neste ponto, ainda que o Legislativo afirme que a norma regulamentar integrará o diploma legal, tanto em face da Constituição, não pode ocorrer”. (José Joaquim Gomes Canotilho, in *Direito Constitucional*, 4ª ed., 1989).

24. Assinalou *Clèmerson Merlin Clève*:

“Previsão como essa não passa de previsão nula e, pois, insuscetível de realização.” (*op. cit. p. 236*).

25. Daí conclui-se que o art. 67 da Lei nº 9.478/97 não poderia ter remetido integralmente o disciplinamento de questão de natureza constitucional para regulamento a ser editado pelo Poder Executivo.

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.

28. Ainda que sob o risco de parecer repetitivo, reafirmo que não consignei, neste Voto, os argumentos desenvolvidos pela Unidade Técnica, exclusivamente com o intuito de evitar desnecessárias repetições, uma vez que já transcritos no Relatório que o antecede. Faço deles, entretanto, parte integrante deste, por seus lúcidos fundamentos.

29. Alvitro adequado, também, o entendimento da 1ª SECEX, quando considera que os atos até aqui praticados pela Petrobrás, com fulcro no aludido Decreto nº 2.745/98, foram motivados sob o manto da aparente legalidade daquela norma, operando, *in casu*, a presunção de legitimidade dos atos administrativos, motivo pelo qual devem ser acolhidos.

30. 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 conseqüência, 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.

||

31.É oportuno que se diga que o afastamento, por este Tribunal, da aplicação do art. 67 da Lei nº 9.478/97 e do Decreto nº 2.745/98, não implica em dizer que a Petrobrás deve se utilizar, de forma irrestrita, da integralidade dos comandos inseridos na Lei nº 8.666/93 para toda e qualquer situação. Existem particularidades inerentes às sociedades de economia mista que conduzem à necessidade de soluções não contempladas naquele diploma.

32.Sobre o assunto, permito-me recordar que este Tribunal, ao apreciar pedido de reexame interposto pela Petrobrás Distribuidora S. A. - BR, manifestou-se favoravelmente à inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços que constituam “atividade-fim” da empresa (Acórdão nº 121/98 - Plenário, prolatado nos autos do TC-010.124/1995-0). Da atenta leitura do Relatório e Voto que o fundamentaram, vê-se que o termo “atividade-fim”, apesar de genérico, foi utilizado para designar os insumos adquiridos e os produtos vendidos pelas empresas. Reforça essa convicção o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, então transcrito, que novamente aproveitou para registrar:

“Veja-se: não faria sentido pretender que uma sociedade de economia mista ou empresa pública exploradoras de atividade econômica (art. 173 e § 1º da Constituição) efetuassem licitação para adquirir os insumos que rotineiramente necessitam para a regularidade da produção industrial ou comercial a que estejam legalmente prepostas. Tanto quanto não o faria pretender que instaurassem dito certame para colocarem no mercado o que produzem.” (in Curso de Direito Administrativo, 1996, p. 330).

33.Novamente, para melhor esclarecer o assunto, valho-me dos ensinamentos daquele renomado administrativista:

“Assim, se é certamente obrigatório entender que os contratos das empresas estatais exploradoras de atividade econômica evidentemente não são contratos administrativos, nem por isto ter-se-á de concluir que, em todo e qualquer caso, as referidas pessoas estejam isentas do dever de licitar. Sem dúvida, a adoção de procedimento licitatório seria inconveniente com a normalidade de suas atuações na atividade econômica, isto é, não seria exequível em relação aos seus rotineiros procedimentos para operar o cumprimento das atividades negociais em vista da qual foram criadas. As delongas da licitação inibiriam seu desempenho expedito e muitas vezes obstarium a obtenção do negócio mais vantajoso. Dela não haveria cogitar em tais casos.

Entretanto, podem-se pôr, e pôr-se-ão, hipóteses em que realizá-la não traria inconveniente algum e não contenderia com as razões óbvias pelas quais a Constituição estabeleceu que as entidades estatais exploradoras de atividade econômica se submetem ao regime aplicável às empresas privadas. Referimo-nos aos casos em que estas pessoas pretendam, *exempli gratia*, construir a fábrica onde se instalarão, o prédio em que funcionarão seus escritórios, ou intentem adquirir a maquinaria necessária para sua produção, ou mesmo os móveis e equipamentos de suas sedes ou filiais. Nenhuma destas atividades reclama a desenvoltura que é requerida para a normal, ágil e fluida exploração da atividade econômica a que foram por lei prepostas e que levou a Constituição a dispor que teriam regime correspondente ao das empresas privadas.

Realizando licitação em hipóteses desta ordem, como obrigatoriamente terão de realizar, os sujeitos em apreço não estarão em nada divorciados do espírito informador do § 1º do art. 173 e, pelo contrário, estarão atendendo a norma contida no art. 37, XXI, da própria Constituição, que fixa, como regra geral para o Poder Público e entidades estatais, a adoção de procedimento licitatório quando se proponham a adquirir ou alienar bens, contratar obras ou serviços. Ou seja: o § 1º do art. 173 é uma exceção (específica para as entidades governamentais exploradoras de atividade econômica) a esta regra geral. Donde, há de ser entendida nos limites necessários ao atendimento das razões pelas quais existe dita exceção. Não há por que dilargá-la além do necessário para a observância do propósito que a inspira.” (*op. cit.*, pp. 114/115).

III

34.O trabalho desenvolvido pela 1ª SECEX incluiu a realização de análise de dispositivos constantes do Decreto nº 2.745/98, em confronto com os princípios constitucionais consagrados no art. 37 da Carta Magna. Ao término da análise, concluiu a Unidade Técnica pela violação dos princípios da publicidade, da igualdade, da isonomia e da impessoalidade.

35.Considerando, entretanto, que conclui já pela inconstitucionalidade daquela norma, deixo de tecer comentários sobre dispositivos específicos inseridos em seu bojo.

IV

36.O Relatório de Auditoria apresenta, ainda, situações diversas em que foram destacadas “irregularidades frente à Lei nº 8.666/93”. Considerando o disposto no item 29 deste Voto - presunção de legitimidade dos atos então praticados sob o manto de norma até então tida como legal -, deixo de tecer considerações sobre o assunto, destacando que também a 1ª SECEX opinou por que fossem relevadas as falhas verificadas.

37. Diferentes são as situações em que a Unidade Técnica aponta o descumprimento de dispositivos constantes do próprio Decreto nº 2.745/98, ou, ainda, as situações em que - independentemente da fundamentação legal utilizada (Decreto nº 2.745/98 ou Lei nº 8.666/93) - os atos praticados no âmbito da Petrobrás revelaram imprevidência. Enquadra-se nessa situação a contratação, por emergência, da empresa IBM do Brasil, com dispensa de licitação, fundamentada na exiguidade de tempo, para certificação das adaptações promovidas nos sistemas aplicativos da empresa, feitas com vistas a evitar ocorrências decorrentes do chamado “bug do milênio”. Como bem assinalou a equipe de auditoria, o “bug do milênio” já era esperado a anos; a contratação, com a caracterização de uma situação de emergência, demonstra a inexistência de planejamento.

38. Manifesto, assim, minha integral aquiescência às propostas de mérito apresentadas pela 1ª SECEX, inclusive quanto à solução processual por ela apresentada - de que as audiências sejam realizadas em processo apartado. Compreendo que tal procedimento conferirá maior celeridade ao exame das respostas às referidas audiências, uma vez que não se sujeitará aos atrasos provocados por eventuais recursos que venham a ser interpostos contra as medidas de caráter definitivo que constarão da Decisão que agora submeterei ao Colegiado.

39. Por fim, gostaria de elogiar o minudente trabalho elaborado pela equipe de auditoria, integrada pelos AFCEs Francisco Eduardo Carrilho Chaves e Michelle Glória Coelho Pinto, ambos da 1ª SECEX, em vista da qualidade e profundidade com que foram abordadas as questões de maior relevância.

40. Em tempo, destaco que este processo já foi trazido anteriormente ao egrégio Plenário. Primeiramente, na Sessão de 24.10.2001, quando houve pedido de vista formulado pelo Exmo. Sr. Ministro Iram Saraiva, que devolveu os autos a meu Gabinete no dia 11.04.2002; e novamente na Sessão de 24.04.2002, quando novo pedido de vista foi formulado, daquela feita pelo Exmo. Sr. Ministro Guilherme Palmeira, que restituiu os autos a meu Gabinete em 11.06.2002. Considerando que ambos os revisores deixaram de apresentar qualquer manifestação a respeito das questões discutidas nos autos, novamente incluí o processo na pauta desta Sessão, sem proceder a qualquer alteração em relação à proposta que originalmente havia formulado.

Ante o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto ao Colegiado.

DECISÃO Nº 663/2002 -TCU - PLENÁRIO¹

1. Processo TC-016.176/2000-5 – c/ 09 volumes
2. Classe de Assunto: V - Relatório de Auditoria
3. Responsáveis: Alceu Barroso Lima Neto (Superintendente do Serviço de Engenharia), Antônio Carlos de Souza Sampaio Filho (Chefe de Setor), Antonio Carlos Sobreira de Agostini (Diretor), Arnaldo Leite Pereira (Diretor), Aurílio Fernandes Lima (Diretor), Carlos Frederico Leipnik Kotouc (Chefe do Setor de Operações), Joel

¹ Publicada no DOU de 08/07/2002.

Mendes Rennó (ex-Presidente), José Carlos Ávila Betencourt (Superintendente de Serviço), José Carlos da Fonseca (Superintendente do Serviço de Engenharia), Luiz Carlos Quintella Freire (Superintendente Adjunto da Engenharia e Empreendimentos do SEGEN), Nelson Taveira da Costa (Chefe de Divisão de Coordenação da Rede de Informática), Orlando Galvão Filho (Diretor), Percy Louzada de Abreu (Diretor), Roberto Fernandes Orzechowsky (Chefe do Empreendimento para Construção das Plataformas e Dutos de Barracuda) e Sebastião Henriques Vilarinho (Diretor).

4. Entidade: Petróleo Brasileiro S. A. - Petrobrás

5. Relator: MINISTRO UBIRATAN AGUIAR

6. Representante do Ministério Público: não atuou

7. Unidade Técnica: 1ª SECEX

8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, com fulcro no art. 71, IV, da Constituição Federal c/c art. 43, II, da Lei nº 8.443/92, DECIDE:

8.1. determinar à Petrobrás que se abstenha de aplicar às suas licitações e contratos o Decreto 2.745/98 e o artigo 67 da Lei 9.478/97, em razão de sua inconstitucionalidade, e observe os ditames da Lei 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;

8.4. determinar à Petrobrás, desde logo, que:

8.4.1. efetue o lançamento, na Base de Dados de Contratos - DBC ou em outro sistema que venha a substituí-lo, de todos os contratos assinados em seu âmbito, inclusive o de nº GEII 92902, já existente;

8.4.2. no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, insira, no *site* Contas Públicas da empresa, os dados faltantes a seguir relacionados, em consonância ao preceituado na Lei nº 9.755/98 e na IN/TCU nº 28:

a) quanto aos instrumentos de contratos e aditivos:

a.1) fundamento legal da licitação, dispensa ou inexigibilidade;

a.2) modalidade da licitação;

a.3) número do processo de licitação, dispensa ou inexigibilidade;

a.4) número do processo relativo ao aditivo;

a.5) nome e CNPJ/CPF do contratado;

a.6) datas de assinatura e de publicação do resumo do instrumento no respectivo Diário Oficial;

a.7) vigência;

a.8) programa de trabalho, quando cabível, dos recursos orçamentários relativos ao objeto.

b) quanto às compras:

b.1) nome e CNPJ/CPF do fornecedor;

b.2) preço unitário de aquisição do bem;

b.3) quantidade adquirida do bem.

8.4.3. numere e rubrique, obedecida a ordem cronológica de inclusão, todos os processos/pastas de documentos de qualquer de suas áreas;

8.5. determinar à 1ª SECEX que constitua processo apartado, mediante o desentranhamento, destes autos, das peças pertinentes, para que sejam realizadas audiências dos responsáveis a seguir especificados, para que apresentem, no prazo de quinze dias, razões de justificativa acerca das seguintes ocorrências:

8.5.1. contratação (contratos 600.2.047.99-3 e 600.2.066.99-1) sem a realização prévia de licitação, sob a alegação de emergência, enquadrada no item 2.1, b, do Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobrás, para situação de fácil previsibilidade, caracterizando falta de planejamento.

Responsáveis: José Carlos Ávila Betencourt, Carlos Frederico Leipnik Kotouc e Nelson Taveira da Costa;

8.5.2. contratação (contrato 600.2.017.00-6), por inexigibilidade de licitação fundamentada no item 2.3 do Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobrás, sem que estivesse caracterizada a inviabilidade de competição.

Responsáveis: José Carlos Ávila Betencourt e Antônio Carlos de Souza Sampaio Filho;

8.5.3. não realização de procedimento licitatório para a contratação das plataformas P38 e P40.

Responsáveis: Joel Mendes Rennó, Antonio Carlos Sobreira de Agostini, Arnaldo Leite Pereira, Aurílio Fernandes Lima, Orlando Galvão Filho, Percy Louzada de Abreu, Sebastião Henriques Vilarinho, Roberto Fernandes Orzechowsky, Alceu Barroso Lima Neto, José Carlos da Fonseca e Luiz Carlos Quintella Freire;

8.5.4. promoção de alteração contratual, por meio de instrumento ilegítimo para tal finalidade (Carta SEGEN/EMBAR-021/97, de 08/04/97, às fls. 30, Volume 8, que atribuiu à BRASOIL a responsabilidade pelo fornecimento dos Sistemas de Geração de Energia Elétrica e de Ancoragem da plataforma P40)

Responsável: Roberto Fernandes Orzechowsky;

8.5.5. desídia, caracterizada pela não informação, à Diretoria Executiva, da exclusão dos Sistemas de Geração de Energia Elétrica e de Ancoragem, no decorrer das negociações diretas da P40, gerando aditivos da ordem de US\$ 47,2 milhões.

Responsáveis: Sebastião Henriques Vilarinho, Roberto Fernandes Orzechowsky, Alceu Barroso Lima Neto, José Carlos da Fonseca e Luiz Carlos Quintella Freire;

8.5.6. assinatura de aditivos contratuais para inclusão dos Sistemas de Geração de Energia e de Ancoragem para a plataforma P40, quando esses sistemas já estavam

contemplados na proposta original feita pelo fornecedor, podendo tal fato vir a caracterizar a realização de ato antieconômico passível de restituição.

Responsáveis: Joel Mendes Rennó, Antonio Carlos Sobreira de Agostini, Arnaldo Leite Pereira, Aurílio Fernandes Lima, Orlando Galvão Filho, Percy Louzada de Abreu, Sebastião Henriques Vilarinho, Roberto Fernandes Orzechowsky, Alceu Barroso Lima Neto, José Carlos da Fonseca e Luiz Carlos Quintella Freire;

8.5.7. adoção de estrutura de negócio deficiente, para os contratos de afretamento das unidades P38 e P40, com o não-resguardo dos interesses da Petrobrás na operação, já que a ela ficava imputada integralmente os riscos pela conversão das unidades, embora a responsabilidade pela contratação fosse da MITSUBISHI (PETRO DIA), que se encontrava, contratualmente, eximida de qualquer risco relacionado à conversão e os instrumentos de que a BRASOIL dispunha para controlar a conversão não alcançavam as verdadeiras executoras, visto que seus campos de utilização não abrangiam a atuação das respectivas pessoas jurídicas.

Responsáveis: Sebastião Henriques Vilarinho, Roberto Fernandes Orzechowsky, Alceu Barroso Lima Neto, José Carlos da Fonseca e Luiz Carlos Quintella Freire;

8.5.8. deficiência na análise econômica da proposta de contratação da P40, decorrente de utilização da taxa de juros acima do valor de mercado, subavaliando o Valor Presente (VP) da unidade em US\$ 46 milhões.

Responsáveis: Sebastião Henriques Vilarinho, Roberto Fernandes Orzechowsky, Alceu Barroso Lima Neto, José Carlos da Fonseca e Luiz Carlos Quintella Freire;

8.6. remeter cópia desta Decisão, acompanhada do Relatório e Voto que a fundamentam, à Presidência da República, à Presidência do Congresso Nacional, à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, à Comissão de Fiscalização e Controle do Senado Federal, ao Ministro de Estado de Minas e Energia, ao Presidente da Petrobrás, à Juíza de Direito do 1º Cartório Cível de Novo Hamburgo, no Estado do Rio Grande do Sul, em atendimento à solicitação contida no TC-013.195/2001-5, apenso, e à Sra. Silvana Batini Cesar Góes, Procuradora da República no Estado do Rio de Janeiro, em atendimento à solicitação contida no Ofício nº 081/02/PR/RJ/GAB/SG, daquela procedência.

9. Ata nº 21/2002 – Plenário

10. Data da Sessão: 19/06/2002 – Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Vilaça, Iram Saraiva, Valmir Campelo, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar (Relator) e Benjamin Zymler.

11.2. Auditores presentes: Lincoln Magalhães da Rocha, Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

UBIRATAN AGUIAR
Ministro-Relator