

REGULAMENTOS SIMPLIFICADOS DE LICITAÇÕES DAS EMPRESAS ESTATAIS: O CASO DA PETROBRÁS

Gustavo Binenbojm*

I. Introdução

O Grupo Petrobrás está subordinado aos termos do Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998, o qual, com fundamento no art. 67 da Lei nº 9.478/97 e no art. 173, § 1º, III, da Constituição da República (na redação introduzida pela Emenda Constitucional nº 19/98), aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás.

Visando a alcançar maior celeridade, menores custos e maior economicidade em suas licitações, bem como incrementar o seu grau de competitividade no segmento específico de mercado em que atua, o Grupo Petrobrás (*holding* e subsidiárias) desenvolveu e vem se utilizando de um sistema eletrônico de seleção de propostas veiculado na *internet* – o Sistema Petronect. A adoção de tal sistema se alinha com uma tendência internacional, testada e aprovada em países da União Européia e nos Estados Unidos da América, e que vem de ser introduzida no Brasil com a instituição do pregão eletrônico, previsto na Lei nº 10.520/2002 e regulamentado pelo Decreto nº 5.450/2005.

O Sistema Petronect, cuja eficiência tem se revelado indiscutível na prática, opera da seguinte forma:

(i) a empresa emite cartas-convite a, no mínimo, três fornecedores ou prestadores de serviço, preferencialmente (mas nem sempre) escolhidos dentre aqueles inscritos em seu Cadastro, de acordo com o ramo pertinente ao objeto da futura contratação;

(ii) os convidados que manifestam interesse em participar do certame (e somente eles) têm seus dados transferidos para o portal, a fim de que possam realizar suas propostas em uma cotação eletrônica;

(iii) em dia e hora marcados, a empresa conduz a cotação eletrônica seguindo, usualmente, a metodologia do “leilão reverso”. Assim, os licitantes convidados enviam suas propostas, de forma sucessiva e sem identificação pelos concorrentes, sagrando-se vencedor aquele que, ao final, oferecer o menor lance.

Esclareça-se que, diante da ausência de critério objetivo fixado no Decreto nº 2.745/98 para a definição da modalidade licitatória a ser utilizada em cada caso (ao contrário do que ocorre na sistemática da Lei nº 8.666/93), a Petrobrás se utiliza comumente da modalidade convite, por força das peculiaridades do mercado específico em que atua. Trata-se, portanto, de um “convite eletrônico”, que segue, em sua primeira parte, o rito da modalidade convite e, em sua segunda parte, rito mais próximo da modalidade pregão.

Inobstante sua inegável eficiência, subsistem controvérsias acerca de alguns aspectos jurídicos do Sistema Petronect, traduzidos nos seguintes quesitos objetivos:

* Professor Adjunto de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Professor da Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas – RJ, Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ, Master of Laws pela Yale Law School (EUA) Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

(A) Partindo-se do pressuposto de que a utilização do convite tem apresentado resultados mais vantajosos, tendo em vista a seleção interna dos convidados, e partindo-se do pressuposto de que o próprio diploma infralegal, em seu item 1.2., determina que as licitações devam obedecer ao princípio da publicidade, de que maneira seria possível dar-se cumprimento a referido princípio, uma vez que o instrumento convocatório do certame não é disponibilizado a outros possíveis interessados em participar da disputa?

(B) Sanada a questão da publicidade, e tendo em vista o fato de que a nova espécie de seleção de proposta eletrônica, denominada leilão reverso eletrônico, obedece, na 1ª parte de seu rito, ao procedimento próprio do convite, e, na segunda parte, ao procedimento próprio da modalidade pregão eletrônico, seria possível entendermos que o “leilão reverso eletrônico” está amparado de alguma forma pelo Decreto nº 2.745/98? Quais os riscos decorrentes da utilização dessa modalidade pela Petrobrás?

(C) Ao utilizar o leilão reverso eletrônico, estaria a Petrobrás descumprindo o § 1º do artigo 4º, do Decreto nº 5.450, de 31/05/05, que determina a utilização obrigatória da modalidade pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, pelos órgãos da administração pública federal direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União?”

Estas as questões principais que servirão de norte ao presente estudo.

II. Constitucionalidade e Legalidade do Decreto Nº 2.745/98

A Constituição de 1988, desde sua versão original, preocupou-se em conferir às empresas estatais um regime jurídico diferenciado daquele estabelecido para o restante da Administração Pública. A lógica de tal tratamento especial deveu-se à preocupação do legislador constituinte em dotar tais entidades de mecanismos de gestão eficientes e capazes de lhes proporcionar competitividade nos segmentos de mercado em que atuam, sem descuidar, no entanto, da observância dos princípios básicos da Administração Pública.

Dai o texto original do art. 173, parágrafo único, da Carta de 1988 determinar expressamente a submissão de empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime jurídico próprio das empresas privadas. Assim, a própria sujeição dessas entidades ao dever geral de licitar tornou-se objeto de acesa controvérsia doutrinária e jurisprudencial.

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, todavia, foi extremamente conservadora e previu, de modo genérico, a aplicabilidade de seus dispositivos às empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público.¹ Nada obstante o caráter aparentemente

¹ Lei nº 8.666/93, art. 1º, 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.”

peremptório do texto legal, isso não impediu que a jurisprudência, atendendo aos reclames da doutrina,² atenuasse a exigência, afastando o dever de licitar para as empresas estatais e suas subsidiárias exploradoras de atividades econômicas, naquilo que dissesse respeito às suas atividades-fim. Mesmo o Tribunal de Contas da União – TCU, em seu apego rigoroso às formalidades jurídicas, proclamou tal entendimento no Acórdão nº 121/1998 – Plenário³, reconhecendo que a incidência direta do art. 173 da Constituição Federal paralysava a eficácia da Lei nº 8.666/93 (notadamente de seu art. 1º, parágrafo único), no que se referia às atividades-fim das entidades exploradoras de atividades econômicas.

Formou-se, assim, um regime híbrido de licitação nas estatais exploradoras de atividades econômicas. Suas atividades-fim foram liberadas do dever de licitar, enquanto suas atividades-meio continuavam sujeitas à disciplina, rígida e burocrática, da Lei nº 8.666/93.

Embora para alguns teóricos tal regime pudesse parecer razoável, a verdade é que a aplicação da Lei nº 8.666/93 às empresas estatais exploradoras de atividades econômicas sempre se revelou problemática na prática, seja pela excessiva lentidão e onerosidade de seus ritos, como pela baixa economicidade de seus resultados. Inseridas, muitas vezes, em ambientes de livre concorrência, a Lei de Licitações sempre representou um ingrediente importante da baixa competitividade das estatais brasileiras *vis-à-vis* de empresas privadas libertas dos mesmos entraves burocráticos. Tudo a contribuir, injustamente, para o discurso e a prática do sucateamento das empresas controladas pelo Poder Público.

A Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, conhecida como Emenda da Reforma Administrativa, buscou remediar tal situação. Sua estratégia foi a de *cindir* o regime jurídico das licitações em dois: o primeiro, destinado às administrações diretas, autárquicas e fundacionais, disciplinado na Lei nº 8.666/93; o segundo, destinado às empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, a ser disciplinado em ato normativo próprio.

Tal alteração constitucional – a qual, por evidente, prevalece sobre qualquer disposição legal em sentido contrário – operou-se por duas modificações nos textos dos arts. 22, XXVII e 173, § 1º, III. Confira-se a dicção de tais dispositivos constitucionais, atualmente em vigor, nos termos ditados pela EC nº 19/98:

“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, § 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:

² V., por todos, Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 1996, p. 330.

³ TCU – Plenário, Processo nº 010.124/1995-0.

II – 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.”

Tais normas foram inseridas na Carta Magna sob os auspícios de uma Reforma Administrativa que almejava a superação do modelo de Administração burocrática e sua substituição por um modelo de Administração pautado em metas e resultados. Em tal contexto é que foi inserido no *caput* do art. 37, como um novo norte principiológico da Administração Pública, o princípio da eficiência. No que se referia especificamente às empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, o dever de eficiência pressupunha um conjunto de normas flexibilizadoras do regime publicístico tradicional, dentre elas as relativas a licitação.

É bem verdade que a lei reclamada no art. 173, § 1º, veiculando um estatuto geral das empresas estatais ainda não foi editada, o que é algo de todo lamentável. Nada obstante, tal não importou a completa paralisação da eficácia das novas normas constitucionais. Entenda-se por quê.

Em primeiro lugar, porque o art. 22, XXVII, é de clareza meridiana ao fazer a divisão entre a legislação de licitações aplicável às administrações diretas, autarquias e fundações públicas – representada pela Lei nº 8.666/93 – e aquela que seria aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista. Não se trata de uma mera possibilidade aberta pelo constituinte, mas de um comando imperativo: a Lei nº 8.666/93 não será mais aplicável às licitações promovidas por empresas estatais. Assim, ainda que de conteúdo *negativo*, a eficácia direta e imediata da norma constitucional é inquestionável: afastar a aplicação da Lei nº 8.666/93 às empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias.

Some-se a isso a circunstância de que o art. 173, § 1º, inciso III, reitera o comando emanado do art. 22, XXVII, determinando que o regime de licitações das empresas estatais seja diferenciado e tenha como parâmetros os princípios da Administração Pública.

Neste ponto, alguém poderá questionar se ao afastar-se a aplicabilidade das normas da Lei nº 8.666/93 ao regime de licitações do Grupo Petrobrás não se poderia ter criado um vácuo normativo, diante da eventual ausência da norma específica exigida pelo art. 173, § 1º, da Constituição Federal.

A resposta é negativa. Talvez este fosse um questionamento mais complexo se suscitado em relação a outras empresas estatais, desprovidas de alguma normatividade específica já editada acerca de seu regime de licitações. Alguns poderiam cogitar da aplicação precária e parcial da Lei nº 8.666/93 para evitar a situação de anomia. Outros poderão sugerir soluções mais heterodoxas, como a edição de regulamentos internos de licitações pelas próprias entidades. Seja como for, este não é, definitivamente, o caso do Grupo Petrobrás.

É que a Lei nº 9.478/97, que dispôs sobre as diretrizes da política energética nacional, previu expressamente em seu art. 67:

“Art. 67. Os contratos celebrados pela Petrobrás, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedi-

mento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República.”

Por evidente, a Lei nº 9.478/97 não é o estatuto das empresas estatais, previsto no art. 173, § 1º, da Constituição. Mas isso não significa, todavia, que não possa servir para tornar eficaz um dos comandos do dispositivo constitucional: exatamente aquele que, reiterando o já disposto no art. 22, XXVII, determina a existência de um regime diferenciado de licitações para as empresas estatais.

As razões para tal conclusão são evidentes. Primeiro: é preferível que se dê eficácia e efetividade a um dos comandos constantes da norma constitucional do que a *nenhum*. A supremacia da Constituição exige posturas interpretativas e legislativas que confirmem a *máxima efetividade* possível a suas normas, o que milita no sentido de *aproveitar* a previsão legal existente. Segundo: convém lembrar que o art. 67 da Lei nº 9.478/97 é um dispositivo com eficácia e força hierárquica de lei ordinária, tal como o seria o estatuto das empresas estatais. É claro que a lei ordinária que contivesse o aludido estatuto, caso deixasse de dispor sobre alguns de seus objetos, não se tornaria só por isso inconstitucional.

Assim, é plenamente válido o art. 67 da Lei nº 9.478/97, não apenas porque compatível, mas por realizar – ainda que parcialmente – a vontade constitucional expressa no art. 22, XXVII e no art. 173, § 1º, III (EC nº 19/98).

O Decreto nº 2.745/98, por seu turno, foi editado após a Lei nº 9.478/97, veiculando o Regulamento do Procedimento Simplificado de Licitações da Petrobrás.

Segundo entendimento do Tribunal de Contas da União, exarado no Acórdão nº 633/2002, tanto o art. 67 da Lei nº 9.478/97 como o Decreto nº 2.745/98 seriam inconstitucionais tendo em conta o seguinte: (i) a Lei nº 9.478/97 não é o estatuto das empresas estatais previsto no art. 173, § 1º, da Constituição; (ii) o art. 67 da Lei nº 9.478/97 teria delegado ao Decreto matéria sujeita a reserva legal absoluta; (iii) o Decreto nº 2.748/98 teria *inovado* na ordem jurídica e violado a Lei nº 8.666/93.

Todos os argumentos esposados pelo TCU são, a meu sentir, improcedentes. Veja-se.

O primeiro argumento já foi devidamente respondido e superado anteriormente. O segundo argumento, por sua vez, é absolutamente inconsistente. Não há como se aceitar que a matéria de licitações, tratando basicamente de procedimentos administrativos, possa ser equiparada, v.g., às matérias penal e tributária. Note-se que mesmo em tais searas – naturalmente sensíveis por importarem restrições a direitos fundamentais como liberdade e propriedade – somente se tem reserva absoluta na instituição de crimes e penas, e na instituição ou majoração de tributos.⁴

Como se sabe, as áreas sujeitas a reservas absolutas de lei são hodiernamente muito restritas, concentrando-se naquilo que possa importar restrições estatais a direitos fundamentais. O fato de o art. 173, § 1º, da Carta Federal aludir à “lei” ao se referir ao estatuto das empresas estatais não significa que *todas* as matérias que constituem seu objeto estejam sujeitas a uma reserva legal absoluta. Natu-

⁴ Mesmo em relação à instituição e majoração de tributos, o Supremo Tribunal Federal tem admitido que tais medidas se perfaçam via Medida Provisória. Confira-se, STF, ADIN nº 1417, rel. Min. Octavio Gallotti, DJU 24.05.1996.

ralmente, a lei formal será exigível apenas naquilo que diga com a imposição de restrições a direitos fundamentais, não sendo este o caso da definição de procedimentos administrativos de certames licitatórios.

Vale lembrar, com Carlos Pinto Coelho Mota, que o art. 67 da Lei nº 9.478/97 é muito semelhante ao art. 86 do antigo Decreto-lei nº 2.300/86, o qual teve sua legitimidade placitada quando de sua vigência.⁵ Aliás, sempre se admitiu, no direito brasileiro, a definição de ritos e procedimentos por atos normativos administrativos, sem a necessidade do esgotamento da matéria por lei formal.

Por outro lado, chegando já ao terceiro argumento, é natural que o Decreto nº 2.745/98 tenha inovado no ordenamento jurídico. Não se pode conceber que um *regulamento simplificado* de licitações seja editado, em cumprimento a um comando de diferenciação de regime emanado da própria Constituição, para que tudo se mantenha rigorosamente como consta da Lei nº 8.666/93. A instituição de um novo regime licitatório exige, precisamente, a *inovação*.

Não se trata, a toda evidência, de uma *violação* à Lei nº 8.666/93. Só se viola aquilo a que se está subordinado. No caso da matéria de licitação no Grupo Petrobrás, os arts. 22, XXVII e 173, § 1º, III, da Constituição c/c o art. 67 da Lei nº 9.478/97 afastaram a incidência da Lei nº 8.666/93 e abriram caminho para a edição do Decreto nº 2.745/98. Em outras palavras, não se trata de violação, nem de revogação da Lei nº 8.666/93, mas tão-somente do reconhecimento da sua inaplicabilidade (decorrente de sua não-incidência) sobre as licitações do Grupo Petrobrás. O Decreto nº 2.745/98, portanto, não afrontou a Lei nº 8.666/93 porque regulou um campo por ela não regulado (ou que deixou, por determinação constitucional e legal, de ser por ela regulado).

De outro bordo, já tive a oportunidade de sustentar que a idéia de que os regulamentos não *inovam* no ordenamento jurídico se encontra hoje totalmente superada.⁶ Caso se limitassem a repetir sacramentalmente as palavras do legislador, seriam eles de todo inúteis. Todo regulamento contém algum conteúdo inovador, dentro dos limites permitidos pela Constituição e pela lei. E isso há de ser admitido mesmo em relação aos chamados *regulamentos de execução*, cujo papel é o de detalhar ou explicitar as diretrizes genéricas contidas na lei, com vistas a assegurar a sua fiel execução (CF, art. 84, IV).

No caso específico do Decreto nº 2.745/98, há ainda uma razão mais contundente para que se tenha como válido o seu caráter *inovador*. É que a matéria de licitações inclui-se, sem dificuldades, no tema geral da “organização e funcionamento da Administração Pública.” Ora, com o advento da Emenda Constitucional nº 32/2001, a redação do art. 84, VI, “a”, da Constituição foi alterada precisamente para passar-se a admitir a edição dos chamados *regulamentos autônomos* sobre organização e funcionamento da Administração.

Veja-se o que, sobre o tema, afirmou alhures:

“Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, um novo quadro surgiu em relação ao poder

⁵ Carlos Pinto Coelho Motta, *O Regime de Licitações na Petrobrás e a Posição do Tribunal de Contas da União*, Boletim de Licitações e Contratos, fevereiro/2003, p. 105.

⁶ Gustavo Binbenbom, *Uma Teoria do Direito Administrativo*, 2006, p. 157/158: “Na doutrina e na jurisprudência caminha-se em direção a uma concepção ampla de regulamentos de execução. Neste sentido, Caio Tácito explica que ‘regulamentar não é somente reproduzir analiticamente a lei, mas ampliá-la e completá-la, segundo o seu espírito e o seu conteúdo, sobretudo nos aspectos em que a própria lei, expressa ou implicitamente, outorga à esfera regulamentar.’”

regulamentar no Brasil. É que tal Emenda, cujo propósito principal foi o de criar limites claros à edição de medidas provisórias, retirou a expressão “na forma da lei” do art. 84, VI. Ficou assim estatuído na nova alínea “a” que compete privativamente ao Presidente da República dispor mediante decreto sobre “a organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos. Além disso, alteraram-se os incisos X e XI do art. 48, retirando competências normativas do Congresso Nacional que foram agora atribuídas ao Chefe do Executivo. A Emenda Constitucional nº 32/01 alterou ainda a alínea “e” do inciso II do § 1º do art. 61 da Constituição Federal, que trata das iniciativas privativas do Presidente da República. As matérias que agora são atribuições normativas autônomas do Chefe do Executivo, foram, aparentemente, excluídas do processo legislativo.

(...) A matéria relativa à organização e funcionamento da Administração Pública pode até ser tratada por regulamento, mas no caso de superveniência de lei de iniciativa do Presidente da República, esta prevalecerá no que dispuser em sentido diverso. De igual modo, será cabível a expedição de regulamentos autônomos em espaços normativos não sujeitos constitucionalmente à reserva de lei (formal ou material), sempre que à míngua do ato legislativo, a Administração Pública estiver compelida a agir para cumprimento de seus deveres constitucionais. Também neste caso, por evidente, assegura-se a preeminência da lei superveniente sobre os regulamentos até então editados.”⁷

Deste modo, ainda que à míngua de uma lei específica sobre as licitações da Petrobrás – o que nem é o caso, diante da existência do art. 67 da Lei nº 9.478/97 – o Decreto nº 2.745/98 teria *validamente* disposto sobre a matéria, porquanto: (i) o art. 84, VI, “a” permite a expedição de regulamentos autônomos em matéria de organização e funcionamento da Administração Pública; (ii) a matéria de licitações não está sujeita à reserva legal e se insere, confortavelmente, no rol de assuntos inerentes à organização e ao funcionamento da Administração. Por evidente, lei superveniente tratando do tema, desde que validamente editada, prevalecerá sobre o Decreto nº 2.745/98.

Vale esclarecer que o fato de o Decreto nº 2.745/98 haver sido editado anteriormente à promulgação da EC 32/2001 em nada interfere com as conclusões acima. Com efeito, sempre nos pareceu, mesmo antes do advento da EC 32/2001, que a Constituição comportava espaços de *normatividade autônoma* da Administração, nos campos não sujeitos à reserva legal. Aliás o simples reconhecimento da existência de reservas de lei implica, *a fortiori*, a existência de outros campos normativos suscetíveis de tratamento por regulamentos autônomos.

Destarte, a existência do art. 84, VI, “a”, no atual texto da Constituição brasileira, prevendo expressamente a possibilidade de edição de regulamentos

⁷ Gustavo Binbenbom, *Uma Teoria do Direito Administrativo*, 2006, p. 166/167 e 169.

autônomos nas hipóteses que menciona,⁸ não inibe – assim como sua ausência do texto constitucional jamais inibiu – o reconhecimento de outros espaços regulamentares autônomos, implícitos ou explícitos na sistemática da Carta Magna. Admite-se, assim, que em campos não sujeitos a *reservas de lei* (formal ou material), a Administração Pública possa legitimamente editar regulamentos autônomos, desde que identificado um interesse constitucional que lhe incumba promover ou preservar.

Em nomenclatura proposta por André Rodrigues Cyrino,⁹ seriam esses os chamados *regulamentos independentes*. O fundamento de tal poder regulamentar autônomo ou independente é a norma constitucional que atribui diretamente à Administração o encargo de preservar ou promover determinado estado de coisas; cumprindo-lhe atuar em tal desiderato, está a Administração implicitamente autorizada pela Lei Maior a editar os atos normativos necessários ao alcance do fim. Também nessas hipóteses, tal como na do art. 84, VI, “a”, vale a *preferência da lei*: isto é, sobrevento lei dispondo em sentido diverso do regulamento, aquela prevalecerá sobre este.

Assim, o advento da EC 32/2001 teve apenas, em relação ao Decreto nº 2.745/98, uma *eficácia declarativa* da sua legitimidade constitucional. De fato, foi ele editado validamente sob a égide do texto constitucional e teve a sua validade placitada, agora em *termos expressos*, pela nova dicção do art. 84, VI, “a”, da Carta da República.

Portanto, em síntese de tudo que se vem de expor, é possível afirmar que o Decreto nº 2.745/98: (i) como *regulamento de execução*, tem supedâneo na previsão legal constante do art. 67 da Lei nº 9.478/97, feita, por sua vez, em consonância com as normas constitucionais sobre licitações; ou, (ii) ainda que assim não fosse, teria supedâneo direto na Constituição, como um *regulamento autônomo ou independente*, sobretudo após o reconhecimento expresso de tal modalidade regulamentar no art. 84, VI, “a”, decorrente da alteração promovida pela EC nº 32/2001.

Last but not least, há ainda um último argumento em prol da validade do Regulamento Simplificado de Licitações da Petrobrás. É que, desde a edição da Emenda Constitucional nº 09/95, o monopólio das atividades econômicas relacionadas ao petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos foi *relativizado*, passado a Petrobrás a atuar em regime de concorrência com os agentes econômicos privados. Note-se que, no caso da Petrobrás Distribuidora, por exemplo, a atuação em ambiente concorrencial já fazia parte de seu universo.

Ora bem: a livre concorrência pressupõe igualdade de condições entre os agentes econômicos concorrentes. Não se compadece, portanto, com esse novo ambiente concorrencial do setor do petróleo que o Grupo Petrobrás esteja sujeito a procedimentos de compras burocráticos, custosos e demo-

rados, enquanto suas concorrentes a nada disso se sujeitam. O novo regime do setor do petróleo exige um novo tratamento para as licitações da empresa estatal brasileira, sob pena de tratamento concorrencial anti-isonômico e da causação de enormes prejuízos ao Estado brasileiro e demais acionistas da Companhia.

Tal argumento sensibilizou o Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal. Ao conceder liminar em mandado de segurança impetrado pela Petrobrás contra a decisão do TCU que julgara inconstitucional o Decreto nº 2.745/98, afirmou o ilustre Ministro:

“A EC nº 9/95, apesar de ter mantido o monopólio estatal da atividade econômica relacionada ao petróleo e ao gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, acabou com o monopólio do exercício dessa atividade. Em outros termos, a EC nº 9/95, ao alterar o texto constitucional de 1988, continuou a abrigar o monopólio da atividade do petróleo, porém, flexibilizou a sua execução, permitindo que empresas privadas participem dessa atividade econômica, mediante a celebração, com a União, de contratos administrativos de concessão de exploração de bem público. Segundo o disposto no art. 177, § 1º, da Constituição, na redação da EC nº 9/95: “§ 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”. Dessa forma, embora submetidas ao regime de monopólio da União, as atividades de pesquisa, lavra, refinação, importação, exportação, transporte marítimo e transporte por meio de conduto (incisos I a IV do art. 177), podem ser exercidas por empresas estatais ou privadas num âmbito de livre concorrência. A hipótese prevista no art. 177, § 1º, da CRFB/88, que relativizou o monopólio do petróleo, remete à lei a disciplina dessa forma especial de contratação. A Lei nº 9.478/97, portanto, disciplina a matéria. Em seu artigo 67, deixa explícito que “os contratos celebrados pela Petrobrás, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República”. A matéria está regulamentada pelo Decreto nº 2.745, de 1998, o qual aprova o regulamento licitatório simplificado da Petrobrás. A submissão legal da Petrobrás a um regime diferenciado de licitação parece estar justificado pelo fato de que, com a relativização do monopólio do petróleo trazida pela EC nº 9/95, a empresa passou a exercer a atividade econômica de exploração do petróleo em regime de livre competição com as empresas privadas concessionárias da atividade, as quais, frise-se, não estão submetidas às regras rígidas de licitação e contratação da Lei nº 8.666/93. Lembre-se, nesse sentido, que a livre concorrência pressupõe a igualdade de condições entre os concorrentes. Assim, a declaração de

⁸ Vale consignar que a previsão constitucional expressa da possibilidade da edição de regulamentos autônomos não é propriamente uma inovação da EC 32/2001. Com efeito, o art. 237 da Constituição, situado nas “Disposições Constitucionais Gerais”, atribui ao Ministério da Fazenda competência para exercer a fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, quando essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais. Com fundamento em tal dispositivo, o Supremo Tribunal Federal considerou constitucional uma *portaria autônoma* do Ministério da Fazenda que proibia a importação de veículos usados (STF, RE 208.220-1/CE, DJU 12.09.1997, p. 43.748). Tratava-se, portanto, do reconhecimento da legitimidade da edição de regulamentos autônomos quando fundados diretamente na Lei Maior, respeitada a primazia de lei supervenientemente promulgada.

⁹ André Rodrigues Cyrino, *O Poder Regulamentar Autônomo do Presidente da República – A Espécie Regulamentar Criada pela EC nº 32/2001*, 2005.

inconstitucionalidade, pelo Tribunal de Contas da União, do art. 67 da Lei nº 9.478/97, e do Decreto nº 2.745/98, obrigando a Petrobrás, conseqüentemente, a cumprir as exigências da Lei nº 8.666/93, parece estar em confronto com normas constitucionais, mormente as que traduzem o princípio da legalidade, as que delimitam as competências do TCU (art. 71), assim como aquelas que conformam o regime de exploração da atividade econômica do petróleo (art. 177).¹⁰

Como se vê, há em vigor uma decisão da mais alta Corte de Justiça brasileira suspendendo a eficácia da decisão do TCU acima mencionada – equivocada decisão, como se vem de demonstrar – e sustentando a validade do Decreto nº 2.745/98. Assim como o eminente Ministro Gilmar Mendes, entendo que a Constituição brasileira, em sua configuração sistemática atual, não se compadece com a aplicação das normas da Lei nº 8.666/93 ao regime de licitações do Grupo Petrobrás, havendo, ademais, fundamentos jurídicos consistentes, tanto de ordem constitucional como legal, para o reconhecimento da juridicidade do Decreto nº 2.745/98.

ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE DO SISTEMA PETRONECT COM O DECRETO Nº 2.745/98 E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COMO UM TODO

Nota Prévia

A adoção do Sistema Petronect pelo Grupo Petrobrás, como uma ferramenta eletrônica para a realização de parte de seus procedimentos licitatórios na *internet*, alinha-se com uma tendência internacional – e já hoje presente em alguns níveis da Administração Pública brasileira – de modernização e busca de maior eficiência nas contratações governamentais. A experiência do uso de tais mecanismos, tanto aqui como em outras terras, tem se revelado extremamente profícua, rendendo como frutos: (i) a redução do tempo dos procedimentos; (ii) a redução dos custos dos procedimentos; (iii) a ampliação do grau de transparência e controlabilidade dos procedimentos; (iv) e, sobretudo, a obtenção de melhores resultados em termos de economicidade das propostas selecionadas.

Os Estados Unidos da América foram pioneiros na implementação de mecanismos eletrônicos e do uso da *internet* (*e-procurement*) nas contratações de sua Administração Pública. Também na União Européia tem-se caminhado no sentido da adoção de instrumentos de licitação eletrônicos, com uso do *cyberspace*. A Diretiva 2004/18 estimula o uso da *internet* pelos países membros, permitindo o envio do edital e o recebimento de propostas por meio eletrônico, com significativa redução de prazos. Aliás, o art. 54º da Diretiva 2004/18 prevê a possibilidade da utilização do *leilão reverso*, nos moldes do Sistema Petronect e do pregão brasileiro, inclusive com uso da *internet*.¹¹

¹⁰ MS 25.888, rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 29.03.2006, p. 11.

¹¹ V., sobre o tema, interessante artigo de Luiz Fernando Bandeira, *A Licitação Eletrônica e a Prevenção da Corrupção*, Revista de Informação Legislativa nº 165, jan./mar. 2005, p. 271/273.

No Brasil, a adoção do pregão eletrônico (Lei nº 10.520/2002 e Decreto nº 5.450/2005), embora ainda limitado a bens e serviços comuns, causou verdadeira revolução nos mecanismos de contratação estatal. O portal www.comprasnet.gov.br serve tanto à convocação por meio da publicação de editais, como ao cadastramento de licitantes, que podem enviar suas propostas de preços eletronicamente e participar de um leilão regressivo no qual se busca um preço mínimo.

As vantagens de tal sistema são inúmeras, dentre as quais, a diminuição do tempo do procedimento e dos seus custos, a maior competitividade gerada pelo leilão reverso, a maior transparência e conseqüente controlabilidade de todos os atos do processo, que ficam disponíveis no sítio da *internet*. Não à toa, especialistas registraram resultados extraordinários, como por exemplo, apenas no âmbito da Administração federal, a redução de 25% nos valores médios pagos pela aquisição dos principais bens e serviços objeto das compras governamentais, assim como uma redução de 50% do tempo necessário para a seleção do contratado.¹²

Também no âmbito de alguns Estados da Federação, na esteira do exemplo do governo federal, sistemas de seleção eletrônica têm sido utilizados com sucesso. Merecem destaque, nesse âmbito, as experiências a Bolsa Eletrônica de Compras do Governo de São Paulo – BEC/SP (www.bec.sp.gov.br) e o Sistema de Compras Eletrônicas do Governo do Estado da Bahia (comprasnet.ba). Neste último caso, conforme registra Murilo Carneiro da Costa, o sistema movimentou, em seus dois primeiros anos de funcionamento, mais de R\$ 11 milhões, contabilizando uma economia de R\$ 3,6 milhões decorrentes do barateamento das cotações, em média, de 25%.¹³

O Sistema Petronect, desenvolvido pelo Grupo Petrobrás sob o pálio do Decreto nº 2.745/98, tem tido uma história igualmente de sucesso. Segundo informações oficiais da Petrobrás, foram realizados, até agosto de 2006, 230 (duzentos e trinta) leilões reversos através do Sistema Petronect. Pois bem: em um total de R\$ 606 milhões em contratações, estima-se uma economia de R\$ 173 milhões, com uma redução de gastos da ordem de 22%. Isso, evidentemente, sem que se esteja a falar na redução do tempo dos procedimentos, dos custos operacionais e do ganho em transparência.

Feita essa digressão preliminar, passa-se agora ao exame das questões jurídicas suscitadas pela criação do Sistema Petronect.

A limitação do universo de participantes e a questão da publicidade do procedimento.

Cumpra consignar, logo de plano, que o próprio Decreto nº 2.745/98 contempla, em seu item 1.10, a possibilidade de utilização de “mecanismos seguros de transmissão de dados à distância” para realização de suas contratações. Confira-se o teor literal do preceptivo:

¹² Neste sentido, Antônio Carlos Passos de Carvalho, *O Estado pode comprar bem, barato e com transparência*, Jornal Valor Econômico, 16 de outubro de 2002; no mesmo sentido, Rodrigo Ledo, *Contas públicas: economia de até 25%*, Jornal Correio Braziliense, 25 de março de 2002.

¹³ Murilo Carneiro da Costa, *Redução de Custos nas Compras Governamentais: exemplos de economia dos Governos dos estados da Bahia e de São Paulo*, Bahia Análise & Dados, v. 14, nº 2, set. 2004, p. 378.

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

Como se pode constatar, o próprio Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobrás alberga a possibilidade de uso de mecanismos eletrônicos para as contratações do Grupo. E não se diga que a cláusula 1.10 tem aplicabilidade restrita às atividades-fim das empresas do Grupo Petrobrás, pois o Decreto nº 2.745/98 trata de “procedimentos de licitação”, e não da mera coleta informal de propostas. Com efeito, estando as empresas do Grupo liberadas do dever de licitar em relação a suas atividades-fim, a previsão do item 1.10 resultaria absolutamente inócua. Por evidente, as contratações feitas no âmbito das atividades-fim seguem rito e disciplina do direito privado, inclusive quanto à celebração de contratos por meios eletrônicos.

Assim sendo, a única razão útil pela qual o item 1.10 foi inserido no Decreto nº 2.745/98 foi a de viabilizar o uso de mecanismos eletrônicos para a realização de certames licitatórios, à semelhança do que ocorre hoje com o pregão eletrônico. De todo modo, tendo em vista o princípio da instrumentalidade das formas e a incidência conjunta do princípio constitucional da eficiência, a utilização de meios eletrônicos seria admissível – e mesmo recomendável – nas licitações da Petrobrás. Deveras, a busca da maior eficiência possível, com redução de custos e otimização de resultados, cria para as entidades da Administração Pública um dever de utilização dos melhores meios disponíveis para a realização de seus fins. No caso das licitações públicas, o uso seguro de novas tecnologias não deve ficar a reboque das – sempre lentas – modificações legislativas.

Assentada essa premissa, passa-se ao exame do procedimento adotado no Sistema Petronect.

Ao contrário do que se encontra na sistemática da Lei nº 8.666/93, o Decreto nº 2.745/98 não estabeleceu critério objetivo para a definição da modalidade de licitação a ser adotada em cada caso concreto. Assim, enquanto a Lei nº 8.666/93 define faixas de valores estimados do objeto da licitação como critério para a determinação da modalidade a ser adotada – concorrência, tomada de preços ou convite – o Decreto nº 2.745/98 fixa apenas diretrizes genéricas, deixando a definição da modalidade ao alvedrio exclusivo do gestor.

Veja-se o que dispõem os itens pertinentes do Decreto nº 2.745/98:

- 3.1.1 CONCORRÊNCIA - é a modalidade de licitação em que será admitida a participação de qualquer interessado que reúna as condições exigidas no edital.
- 3.1.2 TOMADA DE PREÇOS - é a modalidade de licitação entre pessoas, físicas ou jurídicas previamente cadastradas e classificadas na PETROBRÁS, no ramo pertinente ao objeto.
- 3.1.3 CONVITE - é a modalidade de licitação entre pessoas físicas ou jurídicas, do ramo pertinente ao objeto, em número mínimo de três, inscritas ou não no registro cadastral de licitantes da PETROBRÁS.
- 3.3 Para a escolha da modalidade de licitação serão levados em

conta, dentre outros, os seguintes fatores:

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

A previsão constitucional (art. 22, XXVII e art. 173, § 1º, III) e legal (Lei nº 9.478/97, art. 67) de um regime de licitações diferenciado para as empresas estatais e suas subsidiárias autoriza, evidentemente, a existência de um regulamento que contenha disciplina distinta daquela contida na Lei nº 8.666/93. Mais do que isso: a Constituição e a Lei nº 9.478/97 exigem essa diferenciação em termos de *simplicificação*, de molde a tornar os procedimentos licitatórios mais adequados à realidade das estatais exploradoras de atividades econômicas.

Nessa toada, era natural e absolutamente legítimo que o Decreto nº 2.745/98 procurasse *flexibilizar e simplificar* o regime da Lei nº 8.666/93. Por isso, embora prevendo as modalidades tradicionais da Lei – concorrência, tomada de preços e convite – deixou à discricão dos gestores do Grupo Petrobrás a escolha da modalidade mais adequada a cada caso concreto, de forma a permitir a melhor adequação do procedimento ao segmento de mercado específico em que a contratação vier a ser realizada.

Repete-se uma vez mais: a Constituição e a Lei nº 9.478/97 não autorizaram a edição de um regulamento simplificado de licitações para o Grupo Petrobrás para que a disciplina da Lei nº 8.666/93 fosse seguida à risca. Isso seria algo inútil e contraditório. A autorização constitucional e legal, em sua letra e espírito, tem por finalidade precisamente permitir um tratamento diferenciado e mais flexível, que possa tornar o regime de licitações das empresas estatais compatível com sua natureza empresarial e sua vinculação a padrões empresariais de eficiência. Como já se disse, a inserção das estatais em um mercado competitivo exige um tratamento jurídico o mais próximo possível dos concorrentes privados.

Parece-me salutar e jurídica a *desvinculação* feita pelo Decreto nº 2.745/98 entre valores contratuais e a definição da modalidade a ser seguida na licitação. Com efeito, dentro da realidade empresarial de cada segmento de mercado, existem circunstâncias e especificidades que recomendam maior ou menor publicidade, maior ou menor espectro de fornecedores ou prestadores de serviços, maior ou menor celeridade nos procedimentos de contratação e assim por diante. Essa é a razão da maior flexibilidade criada pelo Decreto nº 2.745/98 e o espírito das diretrizes elencadas no item 3.3 para orientar a opção gerencial da Petrobrás no momento da definição da modalidade de licitação a ser adotada em cada caso.

De outro bordo, não há qualquer vício na previsão da participação *apenas* dos convidados para o certame no rito do convite. O Decreto nº 2.745/98 se diferencia

da Lei nº 8.666/93 ao não permitir a participação de outros licitantes cadastrados, que manifestem a sua intenção em até 24 horas do início da licitação.

Como já restou explicitado, o Decreto nº 2.745/98 não está subordinado à Lei nº 8.666/93. Antes, ao contrário, existe precisamente para conferir às licitações do Grupo Petrobrás um regime diferenciado e mais flexível. É natural, portanto, que possa restringir o número de participantes em licitações do tipo convite, quando as circunstâncias e opções gerenciais o recomendarem. Note-se que não há aqui qualquer violação aos princípios constitucionais da *publicidade*, da *impessoalidade* e da *isonomia*.

Em primeiro lugar, o princípio da *publicidade* administrativa não exige que todas as licitações sejam universais e abertas a todo e qualquer interessado. A própria opção da Lei nº 8.666/93 foi, ao disciplinar o convite, permitir a expedição de carta-convite a apenas três convidados e restringir a participação de outros licitantes àqueles cadastrados que, a pelo menos 24 horas do certame, venha a manifestar a sua intenção. O que dizer de outros eventuais interessados não cadastrados? E o que dizer do fato de o convite não ser publicado no Diário Oficial ou em jornal de grande circulação? Nada disso é objeto de impugnação pela doutrina, pelo TCU ou pelos tribunais judiciais brasileiros.

A explicação para isso é singela: é que o princípio da *publicidade* não é uma regra, a exigir a adoção de um comportamento único e rígido pelos seus destinatários. Os princípios, ao contrário das regras, são aplicados em *graus*, conforme as circunstâncias fáticas e jurídicas permitirem. Assim, há modalidades licitatórias para as quais é recomendável uma ampla publicidade e a ausência de restrição dos licitantes àqueles convidados pela Administração. Em outros casos, outros princípios igualmente constitucionais – como os princípios da eficiência e da economicidade – podem atuar para sopesar o grau de publicidade e abertura do certame em prol de maior agilidade, segurança e garantia de qualidade.

Há certamente um mínimo de publicidade sempre exigível em qualquer licitação. Aliás, o próprio Decreto nº 2.475/98 estabelece, em seu item 1.8.1 que a “licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis a todos os interessados os atos de seu procedimento.” Isso significa que o texto do convite deve ser disponibilizado a qualquer interessado no sítio Petronect e na própria repartição do grupo Petrobrás que estiver em vias de realizar a licitação. Além disso, todos os atos do procedimento devem ser acessíveis ao público, ainda que apenas em registro na *internet*, por um período razoável de tempo.

Por outro lado, a possível restrição do convite eletrônico a três convidados – que, repita-se, é apenas possível, mas não obrigatória – em nada ofende aos princípios da *impessoalidade* e da *isonomia*. Faz parte da lógica empresarial e da prática do mercado e da própria Administração Pública que as empresas tenham um *cadastro de fornecedores*, constituindo uma espécie de lista de possíveis fornecedores e prestadores de serviço previamente habilitados. Vale registrar que o *cadastro* é previsto e incentivado pela própria Lei nº 8.666/93. Ora, é natural que nas suas licitações as empresas do Grupo Petrobrás possam enviar convites (por carta ou email), preferencialmente, a fornecedores ou prestadores de serviço por elas antes cadastrados. Em alguns casos, a empresa poderá convidar outros não cadastrados, mas isso não invalida a existência e a finalidade do cadastro.

Não afronta aos princípios da *impessoalidade* e da *isonomia* o fato de, numa dada situação, uma empresa não haver sido convidada e não poder participar do certame. Isso pode acontecer também no regime da Lei nº 8.666/93, caso o interessado que não tenha sido convidado não seja registrado no cadastro de fornecedores da entidade licitante. Relembre-se que a participação de não-convidados, no convite disciplinado pela Lei nº 8.666/93, é restrita aos cadastrados. Assim, o que deve estar sempre aberto a todos os interessados é a possibilidade de se

registrarem no cadastro de fornecedores das empresas do Grupo Petrobrás, desde que preencham os requisitos estabelecidos. Todos, assim, têm igual oportunidade de virem a se tornar licitantes em convites promovidos pela Petrobrás.

O que os princípios da *impessoalidade* e da *isonomia* vedam, no entanto, é a concessão de privilégios ou favorecimentos a determinados fornecedores ou prestadores de serviço em função de preferências pessoais. Isso é de todo inadmissível, merecendo impugnação da parte dos prejudicados. Assim, os critérios a presidir a escolha dos convidados, em cada caso, devem ser estritamente técnicos e ditados apenas pela experiência e expertise dos gestores. Qualquer situação de favorecimento ou perseguição pessoal pode e deve levar à invalidação do certame.

Até para evitar situações que tais, o Decreto nº 2.745/98, em seu item 5.6.2, exige profilaticamente que “a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou semelhante, a convocação será estendida a, pelo menos, mais uma firma, dentre as cadastradas e classificadas no ramo pertinente.” Isso garante uma *salutar rotatividade* entre os convidados, assegurando, em curto espaço de tempo, que todos os cadastrados, do mesmo ramo de atividade, venham a ser convidados a participar de diversas licitações.

Ora bem: se todos, sem exceção, têm potencialmente abertas as portas do cadastro de fornecedores e prestadores de serviço do Grupo Petrobrás e, dentre os cadastrados, todos virão a ser convidados a participar de licitações, conforme um critério de rotatividade, não há o menor cabimento em se cogitar de qualquer ofensa aos princípios da *impessoalidade* e da *isonomia*.

Quanto ao grau de publicidade do convite eletrônico, tal como ocorre com o convite regulado pela Lei nº 8.666/93, a expedição de carta ou email aos convidados, e a disponibilização do convite no sítio Petronect e, sob forma escrita, na sede da repartição licitante, são mais que suficientes. De fato, se a própria Lei nº 8.666/93 se satisfaz, em relação à publicidade do convite, apenas com a afixação deste na sede da repartição, a divulgação do convite eletrônico também na *internet* lhe assegura um caráter público ainda mais acentuado.

A metodologia do leilão eletrônico reverso.

O Decreto nº 2.745/98 não prevê expressamente a figura do leilão reverso ou regressivo, como o faz a Lei nº 10.520/2002, ao dispor sobre o pregão. Nada obstante, o Sistema Petronect, operando o “convite eletrônico”, se utiliza dessa metodologia para a apuração do menor preço. Indaga-se se tal procedimento seria lícito. Entendo firmemente que sim.

A uma, porque o item 3.2.a estabelece apenas um critério – melhor preço – a pautar objetivamente a licitação. A forma pela qual a entidade licitante irá *apurar* este preço, isto é, a metodologia pela qual se vai *estimular* o mercado a oferecer os menores lances possíveis, é matéria a ser definida no edital ou no convite. O tipo de licitação é *melhor preço*, mas esse melhor preço não é necessariamente alcançável pelo método tradicional, baseado na apresentação de envelopes contendo propostas escritas. Bem ao revés, tal método sabe-se hoje inteiramente superado pelo leilão regressivo.

No sistema tradicional a elaboração de preços é um mero jogo de probabilidades. Tentava-se prever quem poderia participar do certame e assim se fazia uma previsão do preço máximo que se poderia propor. Na hipótese de eventual surpresa ou má previsão, esse licitante que houvesse feito uma má previsão restava excluído, embora lhe fosse possível oferecer preço mais baixo. O sistema, em outras palavras, *incentivava* a apresentação dos preços mais altos possíveis.

Já no leilão reverso a realidade é outra, pois se permite ao licitante a redução de sua proposta inicial de preço. Depois de publicadas as propostas originais, aquele licitante que errou a sua estimativa pode oferecer um lance mais baixo, e assim sucessivamente, como todos os demais licitantes. O sistema *incentiva* a apresentação dos preços mais baixos possíveis.

Além disso, o leilão reverso inibe a corrupção privada entre os competidores, na medida em que eventual combinação de preços pode ser *furada* por qualquer um dos licitantes mediante oferta de lance mais baixo. Tal não ocorria no método tradicional, pois as propostas eram estáticas, de vez que apresentadas por escrito e insuscetíveis de posterior redução.¹⁴

Por fim, o uso da *internet* para a realização do leilão reverso *despersonaliza* o certame, pela ausência de contato pessoal dos licitantes entre si e destes com a comissão de licitação. Num leilão presencial, é sempre possível cogitar-se de acordos entre os licitantes para parar os lances ou para que um deles se retire da disputa. No leilão eletrônico, os licitantes não sabem com quem estão concorrendo e não têm como manipular o andamento das cotações. Tudo que eles sabem são os preços oferecidos pelos concorrentes. Alcança-se, assim, muito maior economicidade nas propostas selecionadas.

Pode-se dizer, portanto, mesmo correndo o risco do exagero caricato, que o método das propostas estáticas não apura o menor preço, mas o *menos alto* dentre os passíveis de serem oferecidos pelos competidores. Já o sistema de leilão reverso – e ainda mais o leilão reverso eletrônico – adota mecanismos de incentivo à redução das propostas de preço ao *mínimo possível*. Não fosse já pela lógica irreparável dos argumentos, tal realidade estaria demonstrada pelos números alcançados pelas entidades que têm se utilizado dessa metodologia.

Ora, se o próprio Decreto nº 2.745/98 estimula a negociação entre a entidade e os licitantes, após a abertura das propostas, com vistas à redução dos preços (item 6.23), o método do leilão reverso cumpre esta finalidade de maneira otimizada, permitindo o oferecimento de lances sucessivos e cada vez mais baixos. Há que se reconhecer que tal método é o que melhor alcança os objetivos estabelecidos pelo Decreto nº 2.745/98.

De outra parte, merece relevo o fato de não haver, no texto do Decreto nº 2.745/98, norma semelhante àquela prevista no art. 22, § 8º, da Lei nº 8.666/93, que veda a combinação de modalidades de licitação. Tampouco se encontra no Decreto nº 2.745/98 norma igual ou parecida com a prevista no art. 45, § 5º, da Lei nº 8.666/93, que veda a utilização de outros tipos de licitação não previstos na Lei. Veja-se, então: ainda que não se considere que o Sistema Petronect promova um típico convite do tipo menor preço (o que me parece ser verdadeiramente o caso), nada impede que as empresas do Grupo Petrobrás, ao elaborarem os editais ou convites para suas licitações, realizem essa salutar combinação entre o convite do Decreto nº 2.745/98 e o pregão, disciplinado pela Lei nº 10.520/2002.

Como o Grupo Petrobrás não está sujeito à disciplina da Lei nº 8.666/93, mas à do Decreto nº 2.745/98, não estaria a cometer qualquer ilegalidade ao combinar duas modalidades distintas de licitação. Note-se que não há qualquer prejuízo para os licitantes, pois que têm eles, ao receberem o convite, prévio conhecimento do regramento do certame de que participarão.

Não há também que se falar, de outro lado, em inobservância do princípio do *procedimento formal*. Como se sabe, o sentido finalístico de tal princípio é o de garantir segurança jurídica aos licitantes, impedindo a Administração de se valer de critérios de julgamento arbitrários ou inventados *ad hoc*, para favorecer ou prejudicar algum competidor específico. Ora, nada disso é passível de

ocorrer nos convites eletrônicos promovidos pela BR que seguem a metodologia do leilão reverso.

Com efeito, como já dito acima, as regras que contêm a forma de apuração do menor preço são previamente divulgadas e conhecidas por todos os licitantes. Tais regras, a seu turno, são rigidamente aplicadas pelas comissões de licitação, sob pena de violação ao instrumento convocatório. Assegura-se, dessa forma, um procedimento formal que confere a todos os licitantes tratamento impessoal e igualitário. Em outros termos, a finalidade do princípio é alcançada.

Mas isso ainda não é tudo. É que, como já explicitado, a disciplina do Decreto nº 2.745/98 não veda a combinação de modalidades licitatórias, diversamente do previsto na Lei nº 8.666/93. Assim, valendo-se dessa maior flexibilidade, nada impede que o Grupo Petrobrás, ao elaborar seus editais ou convites, se utilize da metodologia de apuração do menor preço prevista na Lei do pregão (Lei nº 10.520/2002). Mesmo para aqueles que tenham uma leitura mais rigorosa do princípio do procedimento formal – como uma exigência de previsão expressa do rito da licitação na lei – a existência da previsão do leilão reverso na legislação do pregão supriria tal exigência.

Por fim, há de se dizer que a solução adotada pelo Sistema Petronect é aquela que melhor realiza o *princípio da eficiência* administrativa, inserido no *caput* do art. 37 da Constituição por obra da EC nº 19/98. E isso sem ocasionar lesão a qualquer outro princípio da Administração Pública. Ora, havendo razoáveis e plausíveis alternativas hermenêuticas disponíveis, deve o intérprete prestigiar aquela que melhor realiza o dever de eficiência imposto à Administração Pública pela Constituição. Deste modo, entendo que a interpretação que admite a utilização do leilão eletrônico reverso pelo Sistema Petronect é aquela mais consentânea com os princípios constitucionais da Administração Pública. É dizer: trata-se de uma interpretação do Decreto nº 2.745/98 *conforme à Constituição*.

Relações entre o Sistema Petronect e a disciplina jurídica do pregão.

Por derradeiro, indaga-se se o Grupo Petrobrás não estaria *descumprindo* o disposto no art. 4º, § 1º, do Decreto nº 5.450/2005, que regulamenta a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002), e determina a utilização *obrigatória* da modalidade pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, por toda a Administração Pública federal, inclusive empresas públicas, sociedades de economia mista e demais empresas controladas direta ou indiretamente pela União.

A resposta é negativa. A questão aqui é de *norma aplicável*. Com efeito, o art. 67 da Lei nº 9.478/97 dispôs expressamente que um decreto presidencial instituiria o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobrás. Assim, o Decreto nº 2.745/98 veio ao mundo jurídico veiculando tal regulamento. Como se trata, na espécie, de um conjunto de *normas específicas* destinadas ao Grupo Petrobrás, há que ser aplicado o critério de solução de antinomias segundo o qual *lex specialis derogat generali*. Tal critério, conhecido como critério da especialidade, determina que, na hipótese de colisão entre duas normas, prevaleça a mais especial em detrimento da mais geral.¹⁵

A pergunta a ser feita é, assim, de singelíssima indagação: qual das duas normas em questão é a mais específica? O Decreto nº 5.450/2005, que trata do pregão

¹⁴ Luiz Fernando Bandeira, *A Licitação Eletrônica e a Prevenção da Corrupção*, Revista de Informação Legislativa nº 165, jan./mar. 2005, p. 276.

¹⁵ V., sobre o tema, Norberto Bobbio, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 1996, p. 92 e ss.

para a Administração direta, autarquias, fundações, fundos especiais e demais entidades da Administração indireta, ou o Decreto nº 2.745/98, que disciplina exclusivamente o regulamento de licitações do Grupo Petrobrás? O Decreto nº 2.745/98 é mais específico, pois trata apenas do Grupo Petrobrás, devendo por isso prevalecer. Por outro lado, poder-se-ia cogitar da aplicação do Decreto nº 5.450/2005 às demais entidades da Administração indireta que não tenham norma específica a disciplinar seus procedimentos licitatórios.

Convém arrematar o ponto com dois outros argumentos: o primeiro, de que o Decreto nº 5.450/2005 não revogou expressamente o Decreto nº 2.745/98, quando, em tese, poderia fazê-lo; e o segundo, no sentido de que, segundo o art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.” Isso significa que o Decreto nº 5.450/2005, embora posterior ao Decreto nº 2.745/98, não o revogou ou alterou, porquanto instituiu normas gerais sobre o pregão, não interferindo com a disciplina específica do regime de licitações do Grupo Petrobrás.

Relembre-se, por último, que existe um dispositivo de hierarquia superior ao Decreto nº 5.450/2005 que seria descumprido caso se pretendesse sobrepor as suas normas àquelas do Decreto nº 2.745/98: o art. 67 da Lei nº 9.478/97. Deveras: segundo tal dispositivo *legal*, deverá haver, necessariamente, um regulamento de licitações específico da Petrobras. Tal dispositivo só pode ser revogado ou alterado por norma posterior de mesma hierarquia, e não por um decreto presidencial, como é o caso do Decreto nº 5.450/2005. E note-se que a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002), que em tese poderia tê-lo feito, deu ao uso da modalidade pregão caráter meramente facultativo.¹⁶

Pelo acima exposto, tenho como inaplicável ao Grupo Petrobrás a norma prevista no art. 4º, § 1º, do Decreto nº 5.450/2005.

Conclusões

(A) Partindo-se do pressuposto de que a utilização do convite tem apresentado resultados mais vantajosos, tendo em vista a seleção interna dos convidados, e partindo-se do pressuposto de que o próprio diploma infralegal, em seu item 1.2., determina que as licitações devam obedecer ao princípio da publicidade, de que maneira seria possível dar-se cumprimento a referido princípio, uma vez que o instrumento convocatório do certame não é disponibilizado a outros possíveis interessados em participar da disputa?

Resposta: O Decreto nº 2.475/98 estabelece, em seu item 1.8.1 que a “licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis a todos os interessados os atos de seu procedimento.” Isso significa que o texto do convite deve ser disponibilizado a qualquer interessado no sítio Petronect e na própria repartição do grupo Petrobrás que estiver em vias de realizar a licitação. Além disso, todos os atos do procedimento devem ser acessíveis ao público, ainda que apenas em registro na internet, por um período razoável de tempo.

Por outro lado, a possível restrição do convite eletrônico a três convidados – que, repita-se, é apenas possível, mas não obrigatória – em nada ofende aos princípios da *impessoalidade* e da *isonomia*. Faz parte da lógica empresarial e da

¹⁶ Lei nº 10.520/2002, art. 1º: “Para aquisição de bens e serviços comuns, **poderá** ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.”

prática do mercado e da própria Administração Pública que as empresas tenham um *cadastro de fornecedores*, constituindo uma espécie de lista de possíveis fornecedores e prestadores de serviço previamente habilitados. Vale registrar que o *cadastro* é previsto e incentivado pela própria Lei nº 8.666/93. Ora, é natural que nas suas licitações as empresas do Grupo Petrobrás possam enviar convites (por carta ou email), preferencialmente, a fornecedores ou prestadores de serviço por ela antes cadastrados. Em alguns casos, a empresa poderá convidar outros não cadastrados, mas isso não invalida a existência e a finalidade do cadastro.

Não afronta aos princípios da impessoalidade e da isonomia o fato de, numa dada situação, uma empresa não haver sido convidada e não poder participar do certame. Isso pode acontecer também no regime da Lei nº 8.666/93, caso o interessado que não tenha sido convidado não seja registrado no cadastro de fornecedores da entidade licitante. Relembre-se que a participação de não-convidados, no convite disciplinado pela Lei nº 8.666/93, é restrita aos cadastrados. Assim, o que deve estar sempre aberto a todos os interessados é a possibilidade de se registrarem no cadastro de fornecedores das empresas do Grupo Petrobrás, desde que preencham os requisitos estabelecidos. Todos, assim, têm igual oportunidade de virem a se tornar licitantes em convites promovidos pela Petrobrás.

O que os princípios da impessoalidade e da isonomia vedam é a concessão de privilégios ou favorecimentos a determinados fornecedores ou prestadores de serviço em função de preferências pessoais. Isso é de todo inadmissível, merecendo impugnação da parte dos prejudicados. Assim, os critérios a presidir a escolha dos convidados, em cada caso, devem ser estritamente técnicos e ditados apenas pela experiência e expertise dos gestores. Qualquer situação de favorecimento ou perseguição pessoal pode e deve levar à invalidação do certame.

Até para evitar situações que tais, o Decreto nº 2.745/98, em seu item 5.6.2, exige profilaticamente que “a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado, a convocação será estendida a, pelo menos, mais uma firma, dentre as cadastradas e classificadas no ramo pertinente.” Isso garante uma *salutar rotatividade* entre os convidados, assegurando, em curto espaço de tempo, que todos os cadastrados, do mesmo ramo de atividade, venham a ser convidados a participar de diversas licitações.

Ora bem: se todos, sem exceção, têm potencialmente abertas as portas do cadastro de fornecedores e prestadores de serviço do Grupo Petrobrás e, dentre os cadastrados, todos virão a ser convidados a participar de licitações, conforme um critério de rotatividade, não há o menor cabimento em se cogitar de qualquer ofensa aos princípios da impessoalidade e da isonomia.

(B) Sanada a questão da publicidade, e tendo em vista o fato de que a nova espécie de seleção de proposta eletrônica, denominada leilão reverso eletrônico, obedece, na 1ª parte de seu rito, ao procedimento próprio do convite, e, na segunda parte, ao procedimento próprio da modalidade pregão eletrônico, seria possível entendermos que o “leilão reverso eletrônico” está amparado de alguma forma pelo Decreto nº 2.745/98? Quais os riscos decorrentes da utilização dessa modalidade pela BR?

Resposta: Sim. A uma, porque o item 3.2.a do Decreto nº 2.745/98 estabelece apenas um critério – melhor preço – a pautar objetivamente a licitação. A forma pela qual a entidade licitante irá *apurar* este preço, isto é, a metodologia pela qual se vai *estimular* o mercado a oferecer os menores lances possíveis, é matéria a ser definida no edital ou no convite. O tipo de licitação é *melhor preço*, mas esse melhor preço não é necessariamente alcançável pelo método tradicional, baseado

na apresentação de envelopes contendo propostas escritas. Bem ao revés, tal método sabe-se hoje inteiramente superado pelo leilão regressivo.

Ora, se o próprio Decreto nº 2.745/98 estimula a negociação entre a entidade e os licitantes, após a abertura das propostas, com vistas à redução dos preços (item 6.23), o método do leilão reverso cumpre esta finalidade de maneira otimizada, permitindo o oferecimento de lances sucessivos e cada vez mais baixos. Há que se reconhecer que tal método é o que melhor alcança os objetivos estabelecidos pelo Decreto nº 2.745/98.

De outra parte, merece relevo o fato de não haver, no texto do Decreto nº 2.745/98, norma semelhante àquela prevista no art. 22, § 8º, da Lei nº 8.666/93, que veda a combinação de modalidades de licitação. Tampouco se encontra no Decreto nº 2.745/98 norma igual ou parecida com a prevista no art. 45, § 5º, da Lei nº 8.666/93, que veda a utilização de outros tipos de licitação não previstos na Lei. Veja-se, então: ainda que não se considere que o Sistema Petronect promova um típico convite do tipo menor preço (o que me parece ser verdadeiramente o caso), nada impediria que as empresas do Grupo Petrobrás, ao elaborarem os editais ou convites para suas licitações, realizem essa salutar combinação entre o convite do Decreto nº 2.745/98 e o pregão, disciplinado pela Lei nº 10.520/2002.

Como o Grupo Petrobrás não está sujeito à disciplina da Lei nº 8.666/93, mas à do Decreto nº 2.745/98, não estaria a cometer qualquer ilegalidade ao combinar duas modalidades distintas de licitação. Note-se que não há qualquer prejuízo para os licitantes, pois que têm eles, ao receberem o convite, prévio conhecimento do regimento do certame de que participarão.

Por fim, há de se dizer que a solução adotada pelo Sistema Petronect é aquela que melhor realiza o *princípio da eficiência* administrativa, inserido no *caput* do art. 37 da Constituição por obra da EC nº 19/98. E isso sem ocasionar lesão a qualquer outro princípio da Administração Pública. Ora, havendo razoáveis e plausíveis alternativas hermenêuticas disponíveis, deve o intérprete prestigiar aquela que melhor realiza o dever de eficiência imposto à Administração Pública pela Constituição. Deste modo, entendendo que a interpretação que admite a utilização do leilão eletrônico reverso pelo Sistema Petronect é aquela mais consentânea com os princípios constitucionais da Administração Pública. É dizer: trata-se de uma interpretação do Decreto nº 2.745/98 conforme à Constituição.

(C) Ao utilizar o leilão reverso eletrônico, estaria a BR descumprindo o § 1º do artigo 4º, do Decreto nº 5.450, de 31/05/05, que determina a utilização obrigatória da modalidade pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, pelos órgãos da administração pública federal direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União?

Resposta: Não. A questão aqui é de norma aplicável. Com efeito, o art. 67 da Lei nº 9.478/97 dispôs expressamente que um decreto presidencial instituiria o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobrás. Assim, o Decreto nº 2.745/98 veio ao mundo jurídico veiculando tal regulamento. Como se trata, na espécie, de um conjunto de *normas específicas* destinadas ao Grupo Petrobrás, há que ser aplicado o critério de solução de antinomias segundo o qual *lex specialis derogat generali*. Tal critério, conhecido como critério da especialidade, determina que, na hipótese de colisão entre duas normas, prevaleça a mais especial em detrimento da mais geral.

A pergunta a ser feita é, assim, de singelíssima indagação: qual das duas normas em questão é a mais específica? O Decreto nº 5.450/2005, que trata do pregão para a Administração direta, autarquias, fundações, fundos especiais e demais entidades da Administração indireta, ou o Decreto nº 2.745/98, que disciplina exclusivamente o regulamento de licitações do Grupo Petrobrás? O Decreto nº 2.745/98 é mais específico, pois trata apenas do Grupo Petrobrás, devendo por isso prevalecer. Por outro lado, poder-se-ia cogitar da aplicação do Decreto nº 5.450/2005 às demais entidades da Administração indireta que não tenham norma específica a disciplinar seus procedimentos licitatórios.

Convém arrematar o ponto com dois outros argumentos: o primeiro, de que o Decreto nº 5.450/2005 não revogou expressamente o Decreto nº 2.745/98, quando, em tese, poderia fazê-lo; e o segundo, no sentido de que, segundo o art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.” Isso significa que o Decreto nº 5.450/2005, embora posterior ao Decreto nº 2.745/98, não o revogou ou alterou, porquanto instituiu normas gerais sobre o pregão, não interferindo com a disciplina específica do regime de licitações do Grupo Petrobrás.

Relembre-se, por último, que existe um dispositivo de hierarquia superior ao Decreto nº 5.450/2005 que seria descumprido caso se pretendesse sobrepor as suas normas àquelas do Decreto nº 2.745/98: o art. 67 da Lei nº 9.478/97. Deveras: segundo tal dispositivo *legal*, deverá haver, necessariamente, um regulamento de licitações específico da Petrobrás. Tal dispositivo só pode ser revogado ou alterado por norma posterior de mesma hierarquia, e não por um decreto presidencial, como é o caso do Decreto nº 5.450/2005. E note-se que a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002), que em tese poderia tê-lo feito, deu ao uso da modalidade pregão caráter meramente facultativo.

Pelo acima exposto, tenho como inaplicável ao Grupo Petrobrás a norma prevista no art. 4º, § 1º, do Decreto nº 5.450/2005.