

REGIME JURÍDICO DA PETROBRAS, DELEGAÇÃO LEGISLATIVA E
PODER REGULAMENTAR: VALIDADE CONSTITUCIONAL DO
PROCEDIMENTO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO INSTITUÍDO PELO
DECRETO Nº 2.745/98

I. CONSULTA E HIPÓTESE

II. REGIME JURÍDICO DA PETROBRAS

III. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 67 DA LEI Nº 9.478/97

IV. VALIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO INSTITUÍDO PELO DECRETO Nº
2.745/98

V. CONCLUSÕES

I. CONSULTA E HIPÓTESE

1. Trata-se de consulta formulada pela Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS, tendo por objeto alguns aspectos do regime de licitação aplicável à empresa. Indaga a consulente, em caráter geral, acerca da validade do art. 67 da Lei nº 9.478/97, bem como do Decreto nº 2.745/98, editado com base em tal dispositivo legal. Indaga, ainda, de maneira particular, acerca da legitimidade dos critérios estabelecidos pelo Decreto para a escolha da modalidade de licitação a ser adotada, inclusive e especialmente quando se trate de *convite*. As principais questões de fato e de direito envolvidas na matéria vão identificadas a seguir.

2. A Lei do Petróleo (Lei nº 9.478, de 6.08.98) previu, no seu art. 67, a definição, mediante decreto do Presidente da República, de procedimento licitatório simplificado, aplicável aos contratos celebrados pela Petrobras para aquisição de bens e serviços¹. Com base nesse dispositivo legal, foi editado o Decreto nº 2.475/98, que aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras. Ao instituir os critérios para a escolha da modalidade de licitação a ser levada a efeito em cada caso, o Decreto deixou de reproduzir o padrão adotado pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666, de 21.06.93), criando parâmetros próprios.

3. A consulente informa que o Decreto tem sido objeto de impugnações quanto à sua validade. Os argumentos invocados pelos que se

¹ Lei nº 9.478/97: “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.”

opõem a ele podem ser agrupados em três grandes categorias, a saber: (i) o art. 67 da Lei nº 9.478/97 não poderia delegar à Administração a definição de um procedimento licitatório simplificado, pois apenas lei formal poderia tratar do tema; (ii) ainda que a delegação fosse possível em tese, afirmam alguns, ela seria inválida no caso, pois teria sido feita sem parâmetros, isto é, “em branco”; e (iii) o Decreto não poderia afastar a incidência da Lei nº 8.666/93 na matéria, pois é ato de hierarquia inferior.

4. Especificamente no que diz respeito à definição da modalidade de licitação a ser adotada, o Decreto utiliza um conjunto de critérios a serem aferidos *in concreto* pelo administrador, em lugar de se valer de uma tabela de valores objetivos, como faz a Lei nº 8.666/93². Por conta da maior subjetividade que tais critérios poderiam ensejar, há quem sustente que, além de ilegal, por vulnerar o que dispõe a Lei nº 8.666/93, o Decreto violaria nesse ponto os princípios constitucionais da Administração Pública, em particular a impessoalidade e a moralidade.

5. O presente estudo pretende demonstrar a validade do decreto e da utilização de carta-convite para contratos que ultrapassem os valores

² Confirmam-se os artigos pertinentes da Lei nº 8.666/93: “Art. 22. São modalidades de licitação: (...) III – convite; (...) Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação: I – para obras e serviços de engenharia: a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); (...) II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior: a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); (...) § 5º É vedada a utilização da modalidade “convite” ou “tomada de preços”, conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de “tomada de preços” ou “concorrência”, respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço. (...) § 8º No caso de consórcios públicos, aplicar-se-á o dobro dos valores mencionados no caput deste artigo quando formado por até 3 (três) entes da Federação, e o triplo, quando formado por maior número.”

previstos na Lei nº 8.666/93, uma vez observados, naturalmente, os critérios estabelecidos no próprio Decreto. Embora as questões versadas não envolvam maior complexidade doutrinária e possam ser equacionadas dentro do quadro do conhecimento convencional, procura-se enfrentar, com seriedade científica, cada uma das objeções apresentadas contra o Decreto nº 2.745/98. Com tal propósito, o itinerário lógico traçado compreende breve investigação teórica acerca do regime jurídico diferenciado da Petrobras, assim como acerca do estado da arte em matéria de delegação legislativa e poder regulamentar.

II. REGIME JURÍDICO DA PETROBRAS

6. A Petrobras S.A., ora consulente, foi criada pela Lei nº 2.004, de 03.10.1953, sob a forma de sociedade de economia mista³, tendo como objeto a exploração de um conjunto de atividades econômicas, a saber: “a pesquisa, a lavra, a refinação, o comércio e o transporte do petróleo proveniente de poço ou de xisto – de seus derivados bem como de quaisquer atividades correlatas ou afins” (art. 6º).

7. As sociedades de economia mista, como é corrente, são pessoas jurídicas de direito privado, com participação do Poder Público e de capitais privados, utilizadas pelo Estado, em geral, para a exploração de atividades

³ Confirmam-se os arts. 5º e 10 da Lei nº 2.004/53: “Art. 5º. Fica a União autorizada a constituir, na forma desta lei, uma sociedade por ações, que se denominará Petróleo Brasileiro S. A. e usará a sigla ou abreviatura de Petrobras. (...) Art. 10. A União subscreverá a totalidade do capital inicial da Sociedade, que será expresso em ações ordinárias e, para sua integralização, disporá de bens e direitos que possui, relacionados com o petróleo, inclusive a permissão para utilizar jazidas de petróleo, rochas betuminosas e pirobotuminosas e de gases naturais; também subscreverá, em todo aumento de capital, ações ordinárias que lhe assegurem pelo menos 51 % (cinquenta e um por cento) do capital votante”.

econômicas⁴. Elas são instituídas mediante prévia autorização legislativa, revestem a forma de sociedades anônimas, admitem o lucro e sujeitam-se às normas próprias das sociedades mercantis, com eventuais derrogações estabelecidas pelo direito público⁵. Sua disciplina jurídica é traçada por diversas disposições constitucionais e legais.

8. A Constituição Federal prevê, no art. 37, XIX, a necessidade de lei específica autorizando a criação de sociedades de economia mista, às quais se aplicam, além dessa, outras disposições constitucionais. Subordinam-se elas, *e.g.*, aos princípios gerais da Administração Pública inscritos no *caput* do art. 37 (*v.g.*, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), assim como a diversas cláusulas do corpo do artigo; submetem-se, ademais, em matéria orçamentária (art. 165, § 5º), endividamento (arts. 163, e 52, VII), prestação de contas (art. 71, II) e contratação de pessoal⁶, dentre outras, a comandos de natureza pública.

9. Não se deve perder de vista, porém, que foi precisamente o regime de direito *privado* que motivou o Poder Público a criar um ente dessa natureza⁷. De fato, para a exploração de atividades econômicas, a sociedade de economia mista não necessita de prerrogativas próprias do Poder Público – que, em

⁴ As sociedades de economia mista podem ser utilizadas, eventualmente, para a prestação de serviços públicos. A doutrina registra que o regime jurídico das sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica – caso da consulente – é mais próximo do das empresas privadas que o das sociedades de economia mista que prestem serviços públicos. *V.*, sobre o tema, Maria Sylvania Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 1996, p. 305.

⁵ Veja-se, por todos, Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 1993, p. 331.

⁶ RTDP 7:260, MS 21.322-DF, Rel. Min. Paulo Brossard.

⁷ Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 1993, p. 333: “A sociedade de economia mista ostenta a estrutura e funcionamento da empresa particular, porque isto constitui, precisamente, sua própria razão de ser. Nem se compreenderia que se burocratizasse tal sociedade a ponto de emperrar-lhe os movimentos e a flexibilidade mercantil, com os métodos estatais”.

um ambiente concorrencial, podem inclusive ensejar concorrência desleal –, mas demanda a agilidade similar aos particulares⁸. A sujeição ao regime próprio das empresas privadas já constava da redação original do § 1º do art. 173 da Constituição, *verbis*: “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”. Na mesma linha, a lei das sociedades por ações (Lei 6.404, de 15.12.1976) abriu um capítulo específico para esta espécie de sociedade, provendo no art. 235:

“Art. 235. As sociedades anônimas de economia mista estão sujeitas a esta Lei, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal.”

10. Como se vê, o regime jurídico das sociedades de economia mista que exploram atividades econômicas pode ser descrito como híbrido. De um lado, elas integram a Administração Pública e sujeitam-se aos princípios e regras constitucionais a ela aplicáveis⁹; de outro, foram criadas como pessoas jurídicas de direito privado exatamente para se valerem das regras típicas das empresas privadas, ganhando em agilidade para a realização do fim público a elas cometido. Assim, e considerando o regime jurídico típico da Administração Pública, não há dúvida de que as sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica têm um regime jurídico distinto.

11. Essa distinção, aliás, aprofundou-se ainda mais com a edição da Emenda Constitucional nº 19/98. A Emenda, como se sabe, deu nova redação ao

⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 1996, p. 31; e Maria Sylvia di Pietro, *Direito administrativo*, 1996, p. 305.

⁹ Além da Constituição, também o Decreto-lei nº 200, de 25 fev. 1967, faz referência às sociedades de economia mista, fornecendo um conceito legal e incluindo-as expressamente entre as entidades da Administração Indireta.

§ 1º do art. 173 e ao art. 22, XXVII. No primeiro caso, a Emenda determinou a instituição de um regime jurídico diferenciado para as sociedades de economia mista e empresas públicas que explorem atividades econômicas. Esse regime deve dispor inclusive sobre licitações e contratações, observados os princípios da Administração Pública. Quanto ao art. 22, XXVII, que trata da competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação¹⁰, o constituinte derivado destacou a situação particular das empresas públicas e sociedades de economia mista, referindo de forma expressa o art. 173, § 1º. Essa a dicção dos dois dispositivos em sua redação atual:

“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 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.”

*“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
(...)*

¹⁰ Confira-se a redação original do dispositivo: “Art. 22. Compete privativamente 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;”.

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”.

12. Aliás, e embora não tenha sido editada lei geral sobre a matéria até o momento, parte da doutrina entende, no que toca a licitações e contratações, que as sociedades de economia mista que explorem atividade econômica estão sujeitas apenas aos princípios gerais da Administração previstos no art. 37 da Constituição – ao que o novo inciso III do § 1º do art. 173 faz referência expressa –, não lhes sendo mais aplicáveis todas as regras da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, que trata do tema de forma geral¹¹.

13. Note-se um ponto importante. O fato de as sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica sujeitarem-se ao regime

¹¹ Adilson Abreu Dallari, *Licitações nas empresas estatais*, *Revista de Direito Administrativo*, 229:69, 2002, p. 72: “Está perfeitamente claro, no § 1º, que ‘o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços’ será estabelecido por uma futura lei; mas também está igualmente claro, no inciso III, que essas entidades estão obrigadas a realizar suas licitações e contratações de obras, serviços, compras e alienações, com observância dos ‘princípios da administração pública’ e não mais das mesmas normas aplicáveis à administração direta e outras entidades da administração indireta. Entendem alguns, entretanto, com base em outra linha de pensamento e num processo interpretativo radicalmente diferente do esposado neste estudo, que essa desoneração somente se verificaria após a edição do estatuto de tais empresas. Tal entendimento somente se sustenta caso se atribua ao dispositivo constitucional em exame (o § 1º do art. 173 e seus incisos) a qualidade de um NADA JURÍDICO, de uma norma total e absolutamente ineficaz.”; e Robertônio Pessoa, *Administração indireta – Uma reflexão crítica*, *Revista Interesse Público* 31:75, 2005, p. 84: “O artigo 173, § 1º, inciso III, prevê a obrigatoriedade da licitação para as empresas estatais. Enfatiza, porém, que a licitação e a contratação de obras, serviços, compras e alienações nestas empresas deverão observar os princípios da Administração Pública. Flexibiliza-se, assim, sem suprimir-lhe, o regime licitatório nessas agências econômicas do Estado. A licitação continua prevalecendo nas empresas públicas, porém, de forma mais simplificada e flexível. Em todo caso, cumpre sejam observados certos princípios básicos, tanto os genéricos, pertinentes à legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade, eficiência, como os específicos, concernentes ao procedimento licitatório (igualdade, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo).”.

próprio das empresas privadas não significa que, como criaturas estatais, possam existir de maneira descompromissada do interesse público. O que é relevante assinalar, à vista dos comandos constitucionais aplicáveis, é que se estabeleceu que a melhor forma de atender ao interesse público, em certo contexto, era dar a tais sociedades a mobilidade e a liberdade de atuação de uma empresa privada. Não há, assim, uma abdicação do interesse público pela adoção de um regime privado, mas a eleição de um meio específico de atuação para satisfação das finalidades estatais. Vale dizer: flexibilidade, agilidade, competitividade e eficiência não são para tais empresas apenas qualidades desejáveis, mas requisitos vitais para que possam cumprir o seu papel.

14. O que se acaba de descrever incide sobre as sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica em geral. À consulente, além dessas disposições, aplicam-se normas específicas, que cabe referir rapidamente. Como se sabe, quando de sua criação, a consulente desenvolvia suas atividades em regime de monopólio (arts. 1º e 2º da Lei nº 2004/53¹²), mantido pela Constituição de 1988 (art. 177¹³). A Emenda Constitucional nº 9, de 9 de

¹² Lei nº 2004/53: “Art. 1º. 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 - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados de petróleo produzidos no País, e bem assim o transporte, por meio de condutos, de petróleo bruto e seus derivados, assim como de gases raros de qualquer origem. Art. 2º A União exercerá, o monopólio estabelecido no artigo anterior: I – por meio do Conselho Nacional do Petróleo, como órgão de orientação e fiscalização; II – por meio da sociedade por ações Petróleo Brasileiro S. A. e das suas subsidiárias, constituídas na forma da presente lei, como órgãos de execução.”

¹³ Esta era a redação original do dispositivo: “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. O monopólio previsto neste artigo inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades nele mencionadas, sendo vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em

novembro de 1995, porém, flexibilizou esse monopólio, autorizando a União Federal a contratar com empresas privadas diversas atividades antes desenvolvidas privativamente pela consulente, de modo a instituir, no setor, um mercado concorrencial¹⁴.

15. Diante desse novo quadro jurídico, o legislador infraconstitucional editou a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 (“Lei do Petróleo”)¹⁵, que, dentre outros temas, regulou as atividades relativas ao monopólio do petróleo, instituiu o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e abriu capítulo específico para a Petrobras (Capítulo IX), revogando a Lei nº 2.004/53, que a regia até então.

16. Ao tratar especificamente da consulente, dentre outras previsões, a Lei nº 9.478/97 acabou por definir que, nada obstante a abertura do mercado, continuava a ser de interesse público a atuação da Petrobras no setor, sendo que a empresa agora deveria desenvolver suas atividades em caráter de livre competição (art. 61¹⁶). E a fim de lhe conferir maior agilidade, o art. 67 da

espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, ressalvado o disposto no art. 20, §1º.”

¹⁴ Esta é a redação atual do art. 177, §§ 1º e 2º da Carta: “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; (...) §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.”

¹⁵ Note-se que a iniciativa do projeto de que resultou a Lei partiu do Poder Executivo.

¹⁶ Confira-se o art. 61 da Lei nº 9.478/97: “Art. 61. A Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS é uma sociedade de economia mista vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que tem como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros

lei autorizou o Presidente da República a, por meio de decreto, definir uma simplificação do procedimento licitatório, que passaria então a ser aplicável à consulente. Esta a dicção do dispositivo:

“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.”

17. O Presidente da República regulamentou o referido dispositivo mediante a expedição do Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998, que aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras. É interessante notar que a já referida EC nº 19/98 foi editada exatamente entre a promulgação da Lei nº 9.478/97 e a expedição do Decreto nº 2.745/98. Com efeito, a necessidade premente de um regime diferenciado – e sobretudo simplificado – de licitações para a consulente vinculava-se de forma particular a sua circunstância específica (abertura do mercado, necessidade iminente de mover-se de forma mais ágil para competir com os outros agentes que ingressariam no setor, etc.). Na avaliação do constituinte derivado que aprovou a EC nº 19/98, porém, essa necessidade generalizou-se para todas as sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas¹⁷.

hidrocarbonetos fluidos, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins, conforme definidas em lei. § 1º. As atividades econômicas referidas neste artigo serão desenvolvidas pela PETROBRAS em caráter de livre competição com outras empresas, em função das condições de mercado, observados o período de transição previsto no capítulo X e os demais princípios e diretrizes desta Lei.”

¹⁷ Lembre-se apenas que, até o momento, não foi editada a lei geral a que faz referência o art. 173, § 1º. Se a consulente não houvesse recebido um tratamento específico por parte da Lei nº 9.478/97, é possível questionar se a Petrobras teria alcançado o sucesso que obteve após a abertura do mercado.

18. Feita essa breve nota geral sobre o regime jurídico da consulente, cabe agora examinar de forma específica as questões por ela suscitadas.

III. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 67 DA LEI Nº 9.478/97

19. Como referido inicialmente, há quem sustente a invalidade do art. 67 da Lei nº 9.478/97 – e, *a fortiori*, do Decreto nº 2.745/98 – sob o fundamento de que ele veicularia uma delegação inválida de poderes do Legislativo para o Executivo. Na verdade, o tema da delegação legislativa insere-se em um quadro mais amplo, integrado pelo princípio da legalidade, pelo poder regulamentar do Chefe do Poder Executivo e, para alguns, pelo que se passou a denominar de deslegalização. Veja-se, de forma sucinta, cada um desses elementos.

20. No direito brasileiro, o **princípio da legalidade**, genericamente considerado, e gravado no art. 5º, II da Constituição da República, reserva à *lei* a criação de deveres e obrigações. Vale dizer: todo e qualquer ato que interfira com o direito de liberdade e propriedade das pessoas carece de lei prévia que o autorize¹⁸. É verdade que a doutrina tem construído em torno desse princípio uma teorização mais sofisticada, capaz de adaptá-lo à nova distribuição de espaços de atuação entre os três Poderes. Com efeito, a crise do Legislativo e da própria lei formal e o crescimento do papel do Executivo, alimentado pela necessidade moderna de agilidade nas ações estatais e pela relação cada vez mais

¹⁸ V. Luís Roberto Barroso, Apontamentos sobre o princípio da legalidade (delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional de competências legislativas). In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2001, p. 165 e ss..

próxima entre ação estatal e conhecimentos técnicos especializados¹⁹, acabou por exigir uma nova leitura do princípio. Nessa linha é que se admite hoje a distinção entre reserva absoluta e reserva relativa de lei, de um lado, e, de outro, entre reserva de lei formal ou material²⁰.

21. Fala-se de reserva legal absoluta quando se exige do legislador que esgote o tratamento da matéria no relato da norma, sem deixar espaço remanescente para a atuação discricionária dos agentes públicos que vão aplicá-la. Será relativa a reserva legal quando se admitir a atuação subjetiva do aplicador da norma ao dar-lhe concreção. Há consenso de que a eliminação completa dessa atuação subjetiva no momento da aplicação é praticamente impossível, de modo que a distinção entre a reserva absoluta e relativa acaba por ser visualizada em termos de grau ou extensão²¹.

22. De parte isso, também é possível distinguir a (a) reserva de lei formal da (b) reserva de lei material. Haverá reserva de lei formal quando determinada matéria só possa ser tratada por ato emanado do Poder Legislativo, mediante adoção do procedimento analítico ditado pela própria Constituição, que normalmente incluirá iniciativa, discussão e votação, sanção-veto, promulgação e publicação. A Constituição contempla, de outra parte, atos normativos que, embora não emanados diretamente do Legislativo, têm força de lei. Com efeito, a

¹⁹ Sobre o tema, veja-se Clèmerson Merlin Clève, *Atividade legislativa do Poder Executivo*, 2000; Vicente Paulo Francisco Ráo, Fatores políticos e sociais da legislação delegada, *Revista dos Tribunais* 742:765, 1997, p. 766-7; e Alexandre Santos de Aragão, O poder normativo das agências reguladoras, *Revista Forense* 354:3, 2001, p. 354-5.

²⁰ Tais idéias encontram-se sinteticamente expostas na notável conferência do Professor Alberto Xavier, Legalidade e tributação, publicada na *RDP* 47-48:329.

²¹ Alexandre Santos de Aragão, Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo, *Boletim de Direito Administrativo* 5:370, 2002, p. 378: "(...) sabemos que o caráter exaustivo da lei, pretensamente excludente de qualquer subjetividade por parte do seu concretizador, é uma idealização irrealizável na prática. Basta vermos a grande quantidade de divergências doutrinárias e judiciais existentes em matéria tributária e criminal, com posições jurídicas diversas, todas plausíveis".

Carta de 1988 confere ao Poder Executivo competência para (i) a edição de leis delegadas²²; (ii) a edição de atos normativos primários, por meio de decreto, no espaço reservado à Administração (*e.g.*, art. 84, VI²³); e (iii) a edição *extraordinária* de atos normativos primários – as medidas provisórias –, sem prévia autorização do Congresso²⁴. O art. 62, § 1º da Constituição lista as matérias que não podem ser objeto de medidas provisórias e que, por isso, estão submetidas à reserva de lei formal²⁵.

23. Nada obstante toda essa construção, cujo propósito evidente é atenuar a rigidez da noção original do princípio da legalidade (inicialmente associado apenas a atos expedidos pelo Poder Legislativo), permanece válida a concepção tradicional do direito constitucional brasileiro²⁶ de que é vedada a

²² CF/88, art. 68: “As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional”.

²³ CF/88, art. 84: “Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VI – dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”.

²⁴ CF/88, art. 62: “Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”.

²⁵ CF/88, art. 62, § 1º: “É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I. relativa a: a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; b) direito penal, processual penal e processual civil; c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º; II. que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; III. Reservada a lei complementar; IV já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República”.

²⁶ A Constituição de 1967/69 dispunha textualmente: “Art. 6º (...) Parágrafo único. Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; quem for investida na função de um deles não poderá exercer a de outro”. Não obstante a textualidade do dispositivo, ocorreram no regime constitucional anterior inúmeras delegações legislativas, copiosamente exemplificáveis. Algumas já vinham de longe, mas não foram questionadas. Confirme-se. Pela Lei nº 1779, de 22.12.52, criou-se a autarquia Instituto Brasileiro do Café, à qual se cometeram diversas atribuições de cunho normativo, inclusive quanto ao trânsito do café entre a produção e o escoamento, fixação de quotas etc. Semelhantemente se passara com o açúcar desde o Decreto nº 22.779, de 01.06.33. Mais recentemente, foi também por via de delegação que se submeteu a disciplina de todo o setor monetário e financeiro às resoluções do Banco Central do Brasil e do Conselho Monetário

delegação de funções de um Poder a outro²⁷ fora das hipóteses constitucionais²⁸; ou, ao menos, de que a delegação, ainda que possível, não pode ser “em branco”, isto é, desacompanhada de parâmetros ou diretrizes obrigatórias que permitam o controle de seu exercício. Trata-se de uma exigência básica da separação de poderes, que um Poder não concentre competências – as suas próprias e mais as que eventualmente receba de outro Poder – sem estar submetido a controle²⁹. Adiante essa questão será retomada. Lançados esses elementos básicos acerca do princípio da legalidade, cabe tratar do poder regulamentar, da delegação legislativa e da deslegalização.

24. No direito brasileiro, na linha da concepção tradicional, o **poder regulamentar** é titularizado pelo Chefe do Poder Executivo, que com base nele poderá expedir atos normativos administrativos. O regulamento, assim, destina-se a explicitar, a detalhar o modo e a forma de execução da lei. Vale dizer: o regulamento é ato inferior à lei e a ela subordinado. Ainda na linha do conhecimento convencional, não pode o regulamento, por força da separação de

Nacional, com fulcro na Lei nº 4.595/64. Também no setor de comércio exterior, sucessivos diplomas legais, desde a Lei nº 3.244/57, repassaram a órgãos do Executivo vastíssimas competências de cunho normativo.

²⁷ Confira-se, a propósito, o seguinte excerto de trabalho doutrinário do Ministro Carlos Mario da Silva Velloso: “no Direito Constitucional clássico, anotam os autores, a regra é a indelegabilidade, como corolário, aliás, da doutrina da separação de poderes teorizada por Montesquieu. Locke, no *Segundo Tratado de Governo Civil*, deixa expresso que nenhum poder pode delegar atribuições, porque o poder é exercido por delegação do soberano, e quem age por delegação não pode delegar o que não lhe pertence, o que se enuncia na máxima latina: *delegata potestas delegari non potest*”. (Delegação legislativa – A legislação por associações, *RDP* 90:179, p. 180).

²⁸ Nessa linha, CF/88, ADCT: “Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todo os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I. ação normativa; (...)”

²⁹ Nuno Piçarra, *A separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, 1989, p. 26: “Na sua dimensão orgânico-funcional, o princípio da separação dos Poderes deve continuar a ser encarado como princípio de moderação, racionalização e limitação do poder político-estadual no interesse da liberdade. Tal constitui seguramente o seu núcleo intangível”.

poderes e do princípio da legalidade, inovar na ordem jurídica, modificando situação preexistente. Somente a lei, e não o regulamento, será a via legítima pela qual podem-se criar obrigações para os particulares³⁰. Algumas dessas idéias começam a ser revisitadas pela moderna doutrina administrativista, mas o desvio não é necessário para os fins visados no presente estudo³¹.

25. A fronteira entre o exercício tradicional do poder regulamentar e o que mais modernamente se passou a denominar de **delegação legislativa** é bastante tênue. A expressão delegação legislativa é empregada em geral para descrever hipóteses nas quais o Legislador fixa determinados parâmetros – mais ou menos gerais – e autoriza o Executivo a disciplinar de forma mais detalhada um tema. Embora o ato expedido com fundamento na delegação legislativa seja inferior à lei e a ela vinculado³², o espaço de criação outorgado ao Executivo pode ser substancialmente mais amplo aqui do que no

³⁰ Nesse sentido, que expressa o ponto de vista da quase totalidade da doutrina, v. por todos, Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 2003, p. 94: “Portanto, a função do ato administrativo só poderá ser a de agregar à lei nível de concreção; nunca lhe assistirá instaurar originariamente qualquer cerceio a direitos de terceiros.”; Maria Sylvania Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 2002, p. 68: “Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, depende de lei.”; e M. Seabra Fagundes, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 1984, pp. 3-5: “[Regulamentos] não acarretam, não podem acarretar qualquer modificação à ordem jurídica vigente”. Vejam-se, ainda, Carlos. Mário Velloso, *Delegação legislativa – A legislação por associações*, *Revista de Direito Público* 90:179; Celso Ribeiro Bastos, *Curso de direito constitucional*, 1990, p. 337; Michel Temer, *Elementos de direito constitucional*, 1999, pp. 159-69; Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda 1/69*, 2^a ed., p. 314

³¹ Sobre o tema, v. Patrícia Batista, *Transformações do direito administrativo*, 2003. V. tb. a tese de doutoramento de Gustavo Binenbojm, da qual fui orientador, intitulada *Novos paradigmas do direito administrativo*, mimeografado, 2005.

³² Sobre esse ponto específico, v. Clémerson Merlin Clève, *A atividade legislativa do Poder Executivo*, 2000, p. 134. Embora não trate da questão nesses termos, Alexandre de Moraes considera que a evolução do entendimento liberal sobre a separação dos Poderes e sobre o conceito de lei, e a necessidade de descentralização administrativa tornaram plenamente aceitável a possibilidade de delegação legislativa. O autor também ressalta que o disposto no art. 49, V, que confere ao Congresso Nacional poderes para sustar os atos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar, deve ser aplicado para controlar os atos normativos das agências reguladoras (Agências reguladoras, *Revista dos Tribunais* 791:8).

exercício tradicional do poder regulamentar. Diversos sistemas constitucionais do mundo, tais como os de EUA, Inglaterra, França, Itália e Alemanha, passaram a adotar mecanismos de delegação legislativa, seja mediante previsão expressa na Constituição – *e.g.*, os *decreti-leggi*, na Itália, e as *ordonnances*, na França –, seja em decorrência de construção jurisprudencial, como no caso dos EUA³³.

26. A polêmica figura da *deslegalização*, por sua vez, constituiria a hipótese na qual o próprio legislador retira certas matérias do domínio da lei, para atribuí-las à disciplina de órgãos ou entidades administrativas. O ato normativo expedido pela Administração em tais hipóteses criaria direitos e obrigações em caráter primário, isto é: sem subordinação à lei, revogando inclusive legislação anterior por acaso existente e que dispusesse de forma diversa³⁴.

27. É fácil perceber que a figura da delegação legislativa poderá, em cada caso, aproximar-se mais da idéia tradicional de poder regulamentar³⁵ ou da controvertida hipótese de deslegalização, dependendo da amplitude do espaço de atuação transferido ao Executivo e da existência ou não, na lei, de parâmetros capazes de nortear e controlar a ação do Executivo. Nessa linha, o direito norte-americano desenvolveu a teoria do *delegation with standards*, para a qual a delegação seria legítima uma vez que o órgão legislativo fixasse parâmetros,

³³ Sobre o tema, vejam-se Richard J. Pierce, Jr., Sidney A. Shapiro e Paul R. Verkuil, *Administrative law and process*, 1999; e Jerry L. Mashaw e Richard A. Merrill, *Administrative Law: the American public law system*, 1985. Em língua portuguesa, confira-se a análise do fenômeno em Carlos Mário da Silva Velloso, Delegação legislativa — A legislação por associações, *Revista de Direito Público* 92:150, 1989, p. 152 e ss..

³⁴ Sobre o tema, v. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Direito regulatório*, 2003; e Alexandre Santos de Aragão, *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, 2002.

³⁵ Sobre o tema na doutrina americana vejam-se, dentre muitos outros: L. Tribe, *American constitutional law*, 1988, p. 362-69; e Mashaw & Merrill, *Administrative law*, 1985, p. 2-30.

standards adequados e capazes de pautar e limitar a atuação normativa do órgão delegado³⁶.

28. A possibilidade de delegação legislativa nesses termos, desde que acompanhada de *standards*, já foi implicitamente aceita pelo Supremo Tribunal Federal em várias ocasiões, que merecem registro. No Recurso Extraordinário nº 264.289/CE, de que foi Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, a Corte considerou inválida determinada delegação exatamente porque não acompanhada de qualquer parâmetro. Confira-se trecho do acórdão:

“O legislador local, como se vê, instituiu e nomeou uma vantagem remuneratória, delegando, porém, ao Executivo – livre de quaisquer parâmetros legais –, a definição de todos os demais aspectos de sua disciplina – a qual, acrescentando-se, se revelou extremamente complexa –, incluídos aspectos essenciais como o valor de cada ponto, as pontuações mínima e máxima e a quantidade de pontos atribuíveis a cada atividade e função. Essa delegação sem parâmetro, contudo, penso eu, é incompatível com o princípio da reserva

³⁶ Carlos Mário da Silva Velloso, Delegação legislativa — A legislação por associações, *Revista de Direito Público* 92:150, 1989, p. 152: “(...) o primeiro é que a delegação legítima é aquela que pode, a qualquer momento, ser retirada daquele que recebeu a delegação. Se isto não fosse possível, o Congresso teria simplesmente abdicado dos seus poderes legislativos, o que seria inconstitucional, porque a Constituição estabelece a doutrina da separação dos poderes e confere ao Congresso todos os poderes legislativos. O segundo critério é aquele que diz respeito à fixação de standards, ou de padrões que limitam a ação do delegado. A qualquer momento, então, a Corte Suprema pode ser chamada a verificar a constitucionalidade da delegação, assim do regulamento, porque poderá verificar se este obedeceu aos standards ou padrões fixados pelo Legislativo. (...) O terceiro critério utilizado pela Corte Suprema, para aferir a legitimidade da delegação legislativa, é o da razoabilidade desta.” (negrito no original). A Suprema Corte, de fato, já coibiu aquilo que considerou “delegações excessivas” de poder normativo. V., como um exemplo, o caso citado em Nowak, Rotunda e Young, *Constitutional law*, 1986, p. 144, referente ao *National Industrial Recovery Act*, de 1933, o qual, entre outras medidas, autorizava o Presidente a proibir o transporte de produtos do petróleo obtidos com violação da lei: “*In Panama Refining Co. v. Ryan, the Supreme Court held that the Act was an excessive delegation of the legislative power to the executive because it did not set any standards for when the president should exercise his discretionary power to prohibit shipment of these products*”.

de lei formal a que está submetida a concessão de aumentos aos servidores públicos (CF, art. 61, § 1º, II, a).”³⁷

29. Mais recentemente, o STF examinou recurso extraordinário em que se discutia a validade do § 2º do art. 1º do Decreto-lei nº 1.422/75. O dispositivo autorizou o Executivo a alterar a alíquota do salário-educação tendo em conta a variação do custo real unitário do ensino de 1º grau, embora o art. 178 da Constituição de 1967/69, que tratava da matéria, tivesse empregado a expressão: “na forma que a lei estabelecer”.

30. A tese do recorrente era a de que o dispositivo seria inconstitucional desde sua origem, por representar delegação de competência em desrespeito aos princípios da legalidade e separação de Poderes (já consagrados na Carta de 1967/69), e, por eventualidade, a não recepção pela Carta de 1988. O STF, por maioria, entendeu que, na vigência da Constituição anterior, o salário-educação não tinha natureza tributária e, portanto, sua disciplina não estava submetida à reserva de lei formal. Mais que isso, a Corte entendeu que os parâmetros previstos em lei, que deveriam balizar a atuação do Executivo, não eram arbitrários nem constituíam um “cheque em branco”, de modo que a delegação era válida. Confira-se trecho do voto do relator, Ministro Ilmar Galvão:

“Na verdade, como facilmente se percebe, não foi sem motivo que o Decreto-Lei nº 1.422/75 deixou de instituir, diretamente, a alíquota do salário-educação: considerou as dificuldades para a mensuração das despesas educacionais com o ensino primário e sua variabilidade, fatores esses incompatíveis com o caráter estático da disciplina legal (...). Portanto, a atribuição de competência ao Poder Executivo para fixar e alterar a alíquota do salário-educação, em razão da flutuação do custo atuarial do ensino fundamental,

³⁷ STF, DJU 14 dez. 2001, RE 264289/CE, Min. Sepúlveda Pertence.

não era arbitrária, ilimitada, verdadeiro cheque em branco, como se alega, mas sujeita a condições (critério previsto em lei) e limites (custo atuarial do ensino fundamental) também previstos em lei. (...)

O que restaria verificar, portanto, já que, pelo critério estabelecido no decreto-lei, a determinação da alíquota do salário-educação se revelou tarefa inadequada ao legislador, é se houve observância dos parâmetros legais, como preconizado no art. 178 da EC 01/69 (...). ”³⁸

31. Em sede abstrata, o tema foi examinado indiretamente na ADIn nº 1668³⁹, na qual se considerou inválido dispositivo da Lei da ANATEL (Lei nº 9.472/97) que conferia à agência poderes normativos para dispor sobre o procedimento licitatório simplificado de outorga do serviço de telefonia⁴⁰. Note-se que, na hipótese, a delegação (i) não foi acompanhada de parâmetros, mesmo porque o art. 210 da Lei 9.472/97 excluiu expressamente a aplicação das Leis nºs 8.666/93, 8.987/95 e 9.074/95 às concessões, permissões e autorizações dos serviços de telecomunicações e uso de radiofrequência⁴¹; e (ii) foi feita ao próprio órgão que procederia às licitações em concreto, e não ao Chefe do Executivo.

32. Pois bem: à vista dos elementos expostos, passa-se agora a examinar a validade do art. 67 da Lei nº 9.478/97, cujo teor já foi acima transcrito (v. nota 1). A questão, a rigor, não envolve maior complexidade. Em *primeiro lugar*, não há dúvida de que a disciplina das licitações e dos contratos envolvendo a Administração Pública – seja a geral, seja a própria das sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, seja ainda a referente à Petrobras – não se sujeita à reserva de lei formal prevista no art. 62, § 1º da Constituição.

³⁸ STF, DJU 4 abr. 2003, RE 290079-6/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão.

³⁹ STF, DJU 23 out. 1997, ADIn 1668, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello.

⁴⁰ STF, DJU 23 out. 97, ADIn 1668, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello.

⁴¹ Ademais, as outras disposições sobre o tema “licitações” contidas na própria Lei da ANATEL também eram objeto de impugnação por inconstitucionalidade na mesma ocasião.

33. É bem de ver, ainda, que a delegação prevista no dispositivo pode ser desfeita, se for o caso. Nada há que impeça o Poder Legislativo de retomar a competência eventualmente delegada ao Executivo, nesse caso. Ademais, enquanto não sobrevier o estatuto geral previsto pela EC n° 19/98, o Decreto n° 2.745/98, anterior à Emenda referida, encontra espaço legítimo de regulamentação, especificamente em relação à consulente, conforme autorizado pela Lei n° 9.478/97. Sobrevindo tal estatuto, poderá ele revogar a delegação feita pela Lei n° 9.478/97, se assim entender por bem, e substituir o Decreto na regulamentação do procedimento licitatório da consulente. Nesse quadro, não é consistente a crítica de que se estaria transferindo ao Executivo tema que apenas poderia ser tratado por lei formal.

34. Em *segundo lugar*, também não haveria aqui razão específica para exigir-se a reserva absoluta de lei. Isto é, em matéria de licitações, não é indispensável que a lei (formal ou material) regule todos os aspectos possíveis da questão, de modo a restringir ao mínimo indispensável a atividade regulamentar do Executivo. Mesmo porque a simplificação do regime licitatório não envolve a restrição de direitos fundamentais, não limita direitos subjetivos e nem cria obrigações oponíveis aos particulares. Salvo, é claro, se, a pretexto de dispor sobre um procedimento licitatório, forem veiculadas normas incompatíveis com os fins constitucionais associados à licitação. Esse, porém, não é o caso do Decreto n° 2.745/98, como se verá adiante.

35. A própria Lei n° 8.666/93 ilustra o que se acaba de afirmar: que não se trata aqui de reserva absoluta de lei. Com efeito, a lei prevê em vários de seus dispositivos a possibilidade de órgãos da Administração expedirem regulamentos, ainda que, em geral, se registre que tais atos do Executivo não

afastam a incidência das regras contidas em seu texto⁴². De forma mais abrangente, o art. 123 da Lei nº 8.666/93 autoriza a expedição de regulamentos – para disciplinar a atuação de repartições sediadas no exterior – que devem submeter-se apenas aos princípios básicos da Lei nº 8.666/93, e não a todas as suas regras⁴³, conferindo ao Executivo, ao menos tendo em conta a noção clássica de poder regulamentar, um espaço substancialmente mais amplo de atuação.

36. Ora: o comando contido no art. 67 da Lei nº 9.478/97 assemelha-se em muito ao contido no art. 123 da Lei nº 8.666/93. Na mesma linha da lei geral, aqui compete ao Chefe do Executivo organizar, a partir do procedimento licitatório padrão, uma regra especial, aplicável à consulente, e que deve corresponder a uma simplificação das regras gerais. Talvez se possa dizer que o art. 67 outorgou um espaço mais amplo de atuação ao Executivo, caracterizando uma delegação legislativa, e não apenas o exercício do poder regulamentar. Seja como for, é certo que não se trata de reserva absoluta de lei. E se é assim, a validade da competência prevista no art. 67 – tenha ela natureza de poder regulamentar ou de delegação legislativa – dependerá da existência de parâmetros que permitam o controle da ação do Poder Executivo⁴⁴. Esta, portanto, é a questão que resta examinar.

⁴² Lei nº 8.666/93: “Art. 115. Os órgãos da Administração poderão expedir normas relativas aos procedimentos operacionais a serem observados na execução das licitações, no âmbito de sua competência, observadas as disposições desta Lei. (...) 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.”

⁴³ Lei nº 8.666/93: “Art. 123. Em suas licitações e contratações administrativas, as repartições sediadas no exterior observarão as peculiaridades locais e os princípios básicos desta Lei, na forma de regulamentação específica”.

⁴⁴ Note-se que o controle da ação do Poder Executivo pode ser levado a cabo pelo Poder Judiciário e pelo próprio Poder Legislativo que, além da possibilidade de revogar o dispositivo em questão ou dispor de forma diversa por meio de lei, poderá, nos termos do art. 49, V, da Constituição, sustar os atos normativos que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa.

37. De forma mediata, o Decreto procura estabelecer um equilíbrio ótimo entre dois parâmetros constitucionais: a sujeição da consulente aos princípios gerais incidentes sobre a Administração Pública (CF, art. 37, *caput*) e o dever de licitar (CF, art. 22, XXVII, art. 37, XXI e art. 173, § 1º, III), de um lado, e, de outro, o fim constitucional atribuído às estatais exploradoras de atividade econômica (CF, art. 173, *caput*), sua sujeição ao direito privado e ao regime concorrencial (CF, art. 173) e a diretriz constitucional que determinou a edição de regime jurídico diferenciado para tais empresas em matéria de licitações e contratos (CF, art. 22, XXVII, e art. 173, § 1º, III). O Decreto faz referência explícita a tais parâmetros⁴⁵.

⁴⁵ Embora a análise ora empreendida concentre-se na constitucionalidade em tese da delegação, vale reproduzir alguns dos dispositivos referidos do Decreto, para ilustrar: “Capítulo I. Disposições gerais. (...) 1.2. A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a realização da obra, serviço ou fornecimento pretendido pela PETROBRAS e será processada e julgada com observância dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da igualdade, bem como da vinculação ao instrumento convocatório, da economicidade, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (...) 1.4.1. As compras realizadas pela PETROBRAS deverão ter como balizadores: a) o princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnica e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e de garantia oferecidas; b) condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado; e c) definição das unidades e quantidades em função do consumo e utilização prováveis. (...) 1.8.1. A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis a todos os interessados os atos de seu procedimento. (...) 1.10. Sempre que reconhecida na prática comercial, e sua não utilização importar perda de competitividade empresarial, a PETROBRAS 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. (...) Capítulo III. Modalidades, tipos e limites de licitação. (...) 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.”

38. De forma imediata, o parâmetro fixado pela Lei nº 9.478/97 foi, sem dúvida, o *procedimento licitatório* padrão, previsto na Lei nº 8.666/93. Nem haveria, a rigor, como ser diferente. Ao utilizar a expressão *procedimento licitatório simplificado*, a Lei nº 9.478/97 refere-se ao procedimento licitatório *existente* no país, que é – até porque não há outro – o previsto na Lei nº 8.666/93. O parâmetro legal, portanto, determinou ao Poder Executivo a *simplificação* do procedimento padrão. Isso significa, como parece evidente, que o Decreto não haveria de reproduzir o que dispõe a Lei nº 8.666/93, sob pena de ser inócuo e não se prestar à sua finalidade. Por outro lado, também não poderia conceber uma estrutura de procedimento licitatório totalmente diversa da hoje existente. E de fato, sem embargo de obedecer ao comando de *simplificação* do art. 67 da Lei nº 9.478/97, o Decreto chega a praticamente reproduzir muitos dispositivos da lei geral de licitações e contratos administrativos (*e.g.*, itens 2.1, 2.2 e 2.3 do Decreto nº 2.745/98, que cuidam das hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação).

39. Cabe fazer uma observação final nesse ponto. Com a abertura do mercado petrolífero, o fator *tempo* se tornou determinante na sobrevivência das empresas que nele atuam, tendo em conta metas e prazos estabelecidos pela regulamentação da própria Agência Nacional do Petróleo – ANP, em especial no que toca à exploração de campos e bacias petrolíferas. De fato, a inobservância de tais prazos e metas pode importar na devolução inoportuna de blocos adquiridos pela consulente, com a conseqüente perda de investimentos de grande porte e todos os demais prejuízos daí decorrentes para o interesse público. Assim, a adoção de um modelo licitatório que permita à consulente a tomada de medidas ágeis e que levem em conta suas características e objetivos específicos, dentro de um espaço razoável de discricionariedade reservado ao administrador⁴⁶, é

⁴⁶ Como registra Celso Antônio Bandeira de Mello, discricionariedade é apenas e tão-somente “a margem de liberdade que remaneça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante

fundamental para que se torne competitiva no setor do petróleo, sendo a solução mais adequada à realização dos fins constitucionais.

40. Em suma: tendo-se em conta que não se está diante de reserva de lei formal ou de reserva absoluta de lei e que o art. 67 da Lei n° 9.478/97 veicula parâmetros adequados, capazes de nortear e controlar a atuação do Chefe do Executivo, não há por que questionar a validade do dispositivo ou, nesse sentido, do Decreto n° 2.745/98.

IV. VALIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO INSTITUÍDO PELO DECRETO Nº 2.745/98

41. O Decreto n° 2.745/98, em seu item 3.1, enumerou as modalidades de licitação aplicáveis à consulente, de maneira idêntica ao dispositivo correspondente da Lei n.º 8.666/93 (art. 22), a saber: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Interessa especificamente à consulente a distinção existente entre os regimes da Lei n° 8.666/93 e do Decreto relativamente aos *critérios* a serem utilizados para a definição da modalidade licitatória aplicável, em particular no que diz respeito ao *convite*.

42. Com efeito, e como já referido, o Decreto utiliza um conjunto de critérios a serem aferidos *in concreto* pelo administrador, em lugar de se valer de uma tabela de valores objetivos, como faz a Lei n° 8.666/93. Por conta da

cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair, objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente." (*Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2003, p. 48). Constitui, assim, instrumento legítimo para o cumprimento ótimo das finalidades que a Constituição e a lei impõem ao administrador, nem por isso representando uma esfera de liberdade irrestrita para a Administração, isto é, imune ao controle de juridicidade.

maior subjetividade que tais critérios ensejam, há quem sustente que, além de ilegal, por vulnerar o que dispõe a Lei nº 8.666/93, o Decreto violaria nesse ponto os princípios constitucionais da Administração Pública, em particular a impessoalidade e a moralidade. Vale transcrever o que dispõem, sobre o ponto, respectivamente, a Lei nº 8.666/93 e o Decreto nº 2.745/98:

- Lei nº 8.666/93

“Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior [concorrência, tomada de preços e convite] serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I – para obras e serviços de engenharia:

- a) convite – até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);*
- b) tomada de preços – até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);*
- c) concorrência – acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);*

II – para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

- a) convite – até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);*
- b) tomada de preços – até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);*
- c) concorrência – acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).”*

- Decreto nº 2.745/98

“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.”*

43. Como se vê, enquanto a lei geral de licitações encerra um único critério objetivo – o critério do *valor* –, o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras adota um conjunto de critérios de natureza subjetiva – mas nem por isso infensos a verificação e controle –, a serem aplicados e sopesados à vista do caso concreto. A pergunta é a seguinte: poderia o Decreto nº 2.745/98 tê-lo feito, abandonando o critério objetivo do valor? A resposta, à luz dos princípios aplicáveis à atuação da consulente, afigura-se afirmativa.

44. Em primeiro lugar, mesmo os não especialistas podem perceber a inadequação do parâmetro fixado pela Lei nº 8.666/93 para o mercado de petróleo. Além da rigidez de se utilizarem valores fixos, no caso específico da modalidade *convite* os valores estimados – muito baixos – praticamente tornariam inútil essa modalidade de licitação, tendo em conta as dimensões econômicas dos negócios do setor. De forma geral, a possibilidade de se adotar uma modalidade de licitação de maior ou menor complexidade e onerosidade em função das circunstâncias e necessidades do caso é certamente um mecanismo que pode conferir maior agilidade e eficiência à atuação da empresa.

45. Em segundo lugar, não há dúvida de que os critérios fixados pelo Decreto ligam-se de forma clara e direta à realização dos dois fins constitucionais visados com o procedimento licitatório: a obtenção, de um lado, da melhor proposta – e do melhor serviço ou bem – para a Administração e, de outro, a garantia de tratamento isonômico a todos os interessados que sejam capazes de oferecer tal bem ou serviço à Administração. Explica-se melhor.

46. Vinculado ao primeiro objetivo, o Decreto n° 2.745/98 exige que se levem em conta fatores como prazo (3.3, *c*), garantia e segurança dos bens e serviços oferecidos (3.3, *d*), velocidade, eficiência e presteza na operação pretendida (3.3, *e*), busca de padrões internacionais de qualidade (3.3, *g*), desempenho, qualidade e confiabilidade dos materiais e equipamentos (3.3, *h*), etc.. Na linha do segundo objetivo, o Decreto determina que se assegure a participação ampla dos que detêm a capacitação, especialidade ou conhecimento pretendidos (3.3, *b*). Ou seja: os mecanismos criados pelo Decreto n° 2.745/98 visam a realizar os mesmos fins que a Lei n° 8.666/93 procurou atingir, que são, afinal, os fins pretendidos pela Constituição ao impor à Administração o dever de licitar. A diferença é que a Lei adotou um critério objetivo e o Decreto, um critério mais complexo, que exige avaliações e ponderações por parte do administrador.

47. Nesse ponto, há necessidade de uma observação. Foi-se o tempo em que os problemas eram simples e as respostas a eles podiam ser pré-fabricadas em caráter geral. O mundo contemporâneo não convive mais com as soluções simplistas. Os problemas compreendem uma multiplicidade de elementos e a realização do interesse público envolve sutilezas e complexidades. Não é mais possível fiar-se apenas em critérios objetivos e fórmulas padronizadas, a despeito do conforto que eles podem transmitir. Muitas vezes, o

administrador, para atender ao interesse público, terá de tomar decisões difíceis, cabendo-lhe demonstrar a racionalidade de sua avaliação por meio de motivação específica. Não é à toa que o tema da argumentação jurídica tem sido objeto de cada vez maior quantidade de estudos, já que esse instituto tornou-se fundamental na construção da legitimidade dos atos do Poder Público⁴⁷.

48. É certo que os critérios objetivos – como os previstos na Lei nº 8.666/93 – facilitam a fiscalização e simplificam, nesse aspecto, o processo decisório. Sua utilidade persiste, não há dúvida, mas a utilização de critérios objetivos não é a única forma de atingir os fins constitucionais e, eventualmente, pode não ser sequer uma forma adequada de atingi-los, sobretudo quando a realidade – e o mercado de petróleo é certamente um exemplo – oferece questões que não podem ser solucionadas por essa espécie de fórmula.

49. Deve-se enfatizar que o emprego de critérios mais complexos, que exigem avaliações *in concreto* por parte do aplicador, não impossibilita o controle de tais avaliações. Muito ao revés, exatamente por conta dessa maior carga de subjetividade, o aplicador deverá ser capaz de demonstrar racionalmente porque considerou sua decisão a mais adequada para o interesse público no caso⁴⁸.

⁴⁷ Sobre o tema teoria da argumentação, v. Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: Luis Roberto Barroso (org.), *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 2006, p. 350-8; Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado da argumentação: a nova retórica*, 1996 (1ª. edição do original *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*, 1958); Stephen E. Toulmin, *The uses of argument*, 1958; Neil Maccormick, *Legal reasoning and legal theory*, 1978; Robert Alexy, *Teoria de la argumentación jurídica*, 1989 (1ª. edição do original *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978); Manuel Atienza, *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*, 2002; Antônio Carlos Cavalcanti Maia, Notas sobre direito, argumentação e democracia. In: Margarida Maria Lacombe Camargo (org.), *1988-1998: uma década de Constituição*, 1999.

⁴⁸ O ponto é destacado por Marçal Justen Filho, ao tratar, de forma geral, sobre a impossibilidade de aplicarem-se às estatais exploradoras de atividade econômica as regras da Lei nº 8.666/93: “A disciplina das contratações administrativas deve ser compatível com o

50. Em resumo: os critérios adotados pelo Decreto n° 2.745/98 para a escolha das modalidades de licitação, e do convite em particular, não têm o condão de frustrar o caráter de competição da licitação, nem violam, *per se*, os princípios constitucionais a que está submetida a Petrobras, não havendo qualquer inconstitucionalidade em tese na não observância do critério de valores objetivos adotados pela Lei n° 8.666/93.

IV. CONCLUSÕES

51. Ao fim desta exposição, é possível compendiar as principais idéias desenvolvidas nas proposições seguintes:

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

funcionamento eficiente das organizações administrativas. Logo, as entidades que desenvolvem atividade econômica não podem sujeitar-se ao mesmo regramento licitatório previsto para a Administração direta e autárquica. Isso é incompatível com os próprios fins buscados por elas e acarreta frustração de sua competitividade no mercado. (...) Isso não significa liberá-las das regras sobre licitação e publicidade, mas adotar disciplina mais simples, dinâmica e compatível com a natureza de sua atuação. A sumariada das formalidades no âmbito licitatório deverá ser compensada pelo incremento dos controles no âmbito de motivação e eficiência, com ampla responsabilização dos administradores por contratações despropositadas." (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 2002, p. 23-4.).

B. Não se vislumbra invalidade no art. 67 da Lei nº 9.478/97. A matéria por ele versada não está submetida à reserva de lei formal ou à reserva absoluta de lei. Ademais, a ação do Chefe do Executivo, na hipótese, está vinculada a parâmetros constitucionais e legais, em particular à estrutura geral do procedimento licitatório padrão previsto na Lei nº 8.666/93, que o Executivo deveria simplificar. Isso não significa, como parece evidente, que o Executivo deveria reproduzir o que dispõe a Lei nº 8.666/93, sob pena de sua ação ser inócua e não se prestar à sua finalidade.

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

É como me parece.

Rio de Janeiro, 09 de janeiro de 2006

Luís Roberto Barroso