

PARECER N° , DE 2015

SF/15876.76072-27

Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, sobre o Projeto de Decreto Legislativo nº 197, de 2014, que susta os efeitos do Decreto nº 2.735, de 24 de agosto de 1998, expedido pelo Exmo. Sr. Presidente da República, que aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras, previsto no art. 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.

RELATOR: Senador RONALDO CAIADO

I – RELATÓRIO

Recebemos, para analisar e emitir parecer relativo aos aspectos ligados à área temática deste órgão fracionário do Senado Federal, o Projeto de Decreto Legislativo nº 197, de 2014, que *susta os efeitos do Decreto nº 2.735, de 24 de agosto de 1998, expedido pelo Exmo. Sr. Presidente da República, que aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras, previsto no art. 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.*

Em seu principal artigo, a referida proposição susta, de forma integral, os efeitos do Decreto mencionado.

Da justificação colhem-se elementos técnicos importantes à compreensão do fundamento constitucional e do alcance da matéria da qual ora nos ocupamos, pois assenta-se ela em alegação de inconstitucionalidade.

Pela sua densidade, reproduzimos os elementos que, a juízo do Autor, representam lesão direta e objetiva aos princípios da legalidade e da impessoalidade, ambos com raízes constitucionais, à altura do art. 37 da Carta da República:

- a) a criação de novas hipóteses de dispensa e inexigibilidade previstas nos subitens 2.1 e 2.3 do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto n.º 2.745/98;
- b) a desvinculação do valor no que se refere às modalidades de licitação previstas nos subitens 3.1.1 a 3.1.5 e 3.3 do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto n.º 2.745/98;
- c) a supressão da obrigatoriedade de extensão do convite aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte quatro) horas da apresentação das propostas, conforme previsão do subitem 3.1.3 do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto n.º 2.745/98, desobedecendo ao princípio da impessoalidade;
- d) a definição de representante comercial exclusivo como sendo aquele que seja o único inscrito no registro cadastral de licitantes da empresa, apesar da existência fática de outros fornecedores no Mercado, conforme disposto no subitem 2.3.2 do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto n.º 2.745/98, em desacordo com o princípio da impessoalidade;
- e) a instituição do tipo de licitação “de melhor preço”, em vez “de menor preço”, de acordo com o subitem 3.2 do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto n.º 2.745/98;
- f) a redefinição das formas de dar publicidade aos certames licitatórios, consoante estabelecido nos subitens 5.3, 5.4, 5.4.1, 5.5, 5.5.2 e 5.6 do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto n.º 2.745/98, em afronta ao princípio da publicidade;
- g) a restrição da publicidade do convite à empresa e aos seus convidados, sem a exigência de afixação da carta-convite em local apropriado, de acordo com a art. 22, § 3º, da Lei n.º 8.666/93;

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

Inclua-se na lista a previsão de penalidades, aplicáveis pela Petrobras, a empresas inadimplentes na execução dos contratos.

Sobre esses argumentos, o Autor da proposição em exame, Senador Ricardo Ferraço, sustenta a possibilidade de incidência da competência congressual de sustação de atos executivos normativos, por conta da exorbitância do poder regulamentar do Chefe do Poder Executivo.

É o relatório.

II – ANÁLISE

Determina o art. 49, V, da Constituição Federal, que compete exclusivamente ao Congresso Nacional “*sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa*”.

Cuida-se aqui de competência do Poder Legislativo da União conhecida pela doutrina especializada como veto legislativo, e que configura, no sistema brasileiro, hipótese de controle de constitucionalidade político repressivo, representando instrumento destinado a permitir ao Congresso Nacional “*zelar pela preservação de sua competência legislativa, em face da atribuição normativa dos outros Poderes*”, como consta no inciso XI do mesmo art. 49, e conter, por essa via, excessos normativos do Poder Executivo, tanto relativos a normas jurídicas primárias (quando elaborada lei delegada em descumprimento dos limites da delegação legislativa, segundo o art. 68, § 2º, da CF) quanto relativamente a normas jurídicas secundárias (quando elaborado decreto regulamentar que exorbite os limites do poder regulamentar, conforme preconiza o art. 84, IV, parte final, também da CF).

O Ministro Gilmar Mendes entende essa competência congressual como uma fórmula excepcional no sistema constitucional brasileiro, a qual, segundo o Supremo Tribunal Federal, fundamenta-se na “nítida necessidade de preservar a integridade da separação funcional dos Poderes”, conforme assentado na decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 748.

Como referido, são duas as hipóteses de utilização do poder suspensivo de normas do Congresso Nacional: no caso de lei delegada que descumpra os limites da delegação legislativa, e na hipótese de decreto executivo que exorbite dos limites do poder regulamentar.

Na hipótese, tanto o decreto foi além do permitido como não houve delegação legislativa alguma.

A Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, “dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências”.

Em seu art. 67, determina:

Art. 67. 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.

Alegadamente em obediência a este dispositivo, o então Presidente da República editou o Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998, que “aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS previsto no art. 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997”. É evidente, contudo, que a regra não lhe conferiu esse poder, por ser inválida.

O parágrafo 1º do art. 173 da Lei Magna, na redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, é claro:

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: (...) III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública (...). – g.n. .

Obviamente, o texto refere-se a lei ordinária, ato emanado do Poder Legislativo. Esse é o entendimento que histórica e invariavelmente

se teve sempre que a Constituição remete algum assunto a esse tipo de norma. A não ser assim, a própria emenda 19 certamente teria sido questionada, por subtrair atribuições do Congresso Nacional, desfigurando a cláusula da separação de poderes, imune ao legislador ordinário. Também nessa linha o entendimento do TCU, ancorado na lição do professor José Afonso da Silva, de São Paulo. Nos autos do Acórdão 663, de 2002, em que concluiu pela constitucionalidade do decreto, a Corte assim se manifestou:

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

Outro complicador: o decreto inova o ordenamento jurídico, estabelecendo novos direitos, obrigações e até penalidades, matéria que todos sabemos reservada à lei em sentido estrito.

É notório que em nosso sistema constitucional, somente a lei pode estabelecer direitos e obrigações, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF, art. 5º, II). Nessa seara, o Brasil destoa-se de outros modelos democráticos, como o francês, em que a própria Constituição prevê o uso de atos administrativos com força inaugural. Entre nós, os decretos e regulamentos tem caráter meramente administrativo. Destinam-se exclusivamente a permitir o fiel cumprimento

da lei, como consta do art. 84, IV, do Estatuto Supremo. São atos subordinados à lei, sem legitimidade para ampliar ou restringir seu alcance. Limitam-se a dispor como ela deve ser aplicada pelos agentes administrativos. Em suma, são instruções e orientações expedidas pelo chefe do Executivo visando à correta e fiel execução da norma, sendo-lhes defeso suprir eventual lacuna ou omissão do Parlamento. Os chamados decretos autônomos são de uso reduzido. São aceitos apenas em temas relacionados com a organização e funcionamento da administração pública e desde que não impliquem despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos (CF, art. 84, VI, *a*). Essa é a orientação compatível com o texto constitucional e predominante na doutrina e na jurisprudência pátrias. É a lição, dentre outros, do Ministro Carlos Mário Velloso. Nas suas palavras, no direito brasileiro, o regulamento é, de regra, um ato secundário. Por essa razão, “não pode o Executivo, ao exercer a função regulamentar, criar direitos ou obrigações novas, ou, numa palavra, inovar a ordem jurídica (...).” Ainda de acordo com ele, o regulamento exige a existência de lei, porque nada mais é do que um auxiliar dela (cf. Temas de Direito Público, Belo Horizonte, Del Rey, 1993, p.418/431). Em outro ponto, sob o título ***“O falso regulamento de execução e o regulamento praeter legem”***, o mesmo autor anota:

Certas leis conferem ao Chefe do Poder Executivo a faculdade de, regulamentando-as, inovarem de forma inicial na ordem jurídica. Tem-se, em caso assim, autêntica delegação legislativa. Valeriam esses regulamentos?” Questiona o ministro e ele mesmo responde: “É claro que não” (id.ib.).

Também essa é a posição seguida no Supremo Tribunal Federal. No julgamento do Recurso Extraordinário 318.873-AgR/SC, por exemplo, de que foi relator o relator o Ministro Celso de Mello, a Corte assim se manifestou:

O princípio da reserva legal atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por tal razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações. Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal. O abuso de poder

regulamentar, especialmente nos casos em que o Estado atua contra legem ou praeter legem, não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária que lhe confere o art. 49, V, da CR e que lhe permite ‘sustar os atos normativos do Poder Executivo quer exorbitem do poder regulamentar (in A Constituição e o Supremo, 4^a ed., Brasília, Secretaria de Documentação, 2011, p. 975).

Na mesma linha a decisão do plenário na ADI nº 1.435-MC, sob a relatoria do então Ministro Francisco Rezek:

...Não havendo lei anterior que possa ser regulamentada, qualquer disposição sobre o assunto tende a ser adotada em lei formal. O decreto seria nulo, não por ilegalidade, mas por inconstitucionalidade, já que supriu a lei onde a Constituição a exige (idem, p. 1104).

Verifica-se, sem grande esforço, que tanto a doutrina predominante como a conclusão pretoriana supratranscrita acomodam-se como uma luva ao presente caso. Pois também aqui não houve uma lei anterior. O decreto fundamentou-se num trecho genérico da Lei 9.478/97 (art. 67), transformando-o numa espécie de delegação, inconcebível na sistemática constitucional.

Em resumo, não se altera a ordem jurídica por decreto nem se delega por lei estranha ao modelo constitucionalmente previsto. Nos termos do artigo 68 da Lei Magna, a delegação legislativa obedece a rito próprio. Para começar, depende de solicitação explícita do Presidente da República e é veiculada por resolução. Além disso, cabe ao Legislativo especificar o conteúdo da norma, a forma de seu exercício, e ainda reavaliar, se quiser, em votação única, se os limites e condições que impôs foram devidamente observados. Nada disso ocorreu. A parte final do artigo 67 da Lei nº 9.478, de 1997, não valida o ato, por falta de amparo constitucional. O dispositivo não poderia conferir poderes ao Executivo para disciplinar, por ato administrativo, matéria constitucionalmente reservada à lei. O disciplinamento das licitações públicas sempre esteve sob a reserva de lei. É a regra prevista no art. 37, XXI, da Constituição, e

na Emenda Constitucional nº 19/98, que previu modelo diferenciado para as estatais que exercem atividade econômica. Em outras palavras: tanto o decreto como o art. 67 da Lei do Petróleo, que o fundamentou, são nulos, por constitucionalidade, como reconheceu o TCU.

No tocante à delegação legislativa, é oportuno este trecho do voto do Ministro Celso de Mello, como relator da ADIn 1.296-MC:

...A delegação legislativa externa, nos casos em que se apresente possível, só pode ser veiculada mediante resolução, que constitui o meio formalmente idêntico para consubstanciar, em nosso sistema constitucional, o ato de outorga parlamentar de funções normativas ao Poder Executivo. A resolução não pode ser validamente substituída, em tema de delegação legislativa, por lei comum, cujo processo de formação não se ajusta a disciplina ritual fixada pelo art. 68 da Constituição. A vontade do legislador, que substitui arbitrariamente a lei delegada pela figura da lei ordinária, objetivando, com esse procedimento, transferir ao Poder Executivo o exercício de competência normativa primária, revela-se irrita e desvestida de qualquer eficácia jurídica no plano constitucional. O Executivo não pode, fundando-se em mera permissão legislativa constante de lei comum, valer-se do regulamento delegado ou autorizado como sucedâneo da lei delegada para efeito de disciplinar, normativamente, temas sujeitos a reserva constitucional de lei (STF, ADIn 1.276-MC, rel. Min. Celso de Mello, j. 14.06.1995. Cf. MEDINA, José Miguel Garcia. Constituição Federal Comentada – com súmulas e julgados selecionados do STF e de outros tribunais; 2^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 367).

A controversa constitucionalidade do referido Decreto executivo e do Procedimento Licitatório Simplificado autorizado à Petrobras não é recente. Desde 2005 (há uma década, portanto!), a questão aguarda o pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal.

Até agora, seis ministros votaram. Três favoráveis à sua constitucionalidade (Carlos Alberto Direito, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli) e três contra (Carlos Ayres de Brito, Cármem Lúcia e Marco

Aurélio Mello). O julgamento encontra-se suspenso devido a pedido de vistas do Ministro Luiz Fux.

Contudo, isso não impede a intervenção congressual, como propõe o Senador Ricardo Ferraço. Sobretudo levando-se em conta que há anos, desde 2002, o Tribunal de Contas da União, órgão auxiliar desta Casa no controle externo da administração pública, já reconheceu a constitucionalidade do ato em diferentes e reiteradas decisões.

Diversamente do que alguns pretendem, não interessa a esta Casa nem à nação questionar quem subscreveu o decreto. Se esse ou aquele governo. Aliás, o histórico desse regulamento evidencia uma sucessão de equívocos no Legislativo e no Executivo. Primeiro, para garantir a presença da Petrobras num mercado cada vez mais competitivo e globalizado, o governo avança sobre atribuições do Congresso Nacional, disciplinando administrativamente matéria que o constituinte dispensara à lei (CF, art. 37, XXI), embora pudesse fazê-lo por medida provisória. Depois, em vez de recuperar sua prerrogativa, o Legislativo aprova a chamada Lei do Petróleo (Lei nº 9.478, de 1997), inserindo nela o art. 67, que deu carta branca ao Executivo para dispor sobre o assunto, sem qualquer reserva. A Emenda Constitucional nº 19, de 1998, talvez na tentativa de corrigir o equívoco, afastou definitivamente a incidência da Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/93) sobre as estatais voltadas para a atividade econômica, preconizando a existência de estatuto próprio. Só que também este a ser instituído por lei específica, não por decreto, como insistente e acertadamente decidiu a Corte de Contas.

Esse retrospecto, contudo, não sana a impropriedade do ato nem legitima a delinquência administrativa, materializada nas licitações fajutas e fraudulentas, no comadrio escuso entre empreiteiras e entre estas e gestores estatais, em troca de propinas para satisfazer ambições pessoais ou custear projetos eleitoreiros. Tampouco servirá de atenuante para os que agiram criminosamente ou recomporá os estragos financeiros já impostos à Petrobrás. O fundamental agora é estancar o processo de rapinagem propiciado pelo modelo simplificado de que cuida o Decreto 2.745.

De sua evidente constitucionalidade decorre não apenas desrespeito à ordem constitucional vigente. Decorre, também, a permissividade ao cometimento de uma longa relação de crimes contra o

petróleo brasileiro, contra a Petrobrás, contra seus empregados e acionistas, contra os interesses estratégicos do Brasil no campo energético e contra as instituições deste País, incluindo-se neste rol o Executivo federal, o Congresso Nacional e o Judiciário.

Cuida-se, sem dúvida, de um cenário que não pode ser ignorado. Esta Casa não pode agir como avestruz e aguardar que a solução apareça milagrosamente. O Executivo já demonstrou não ter qualquer intenção de rever seu ato e redimir-se de seus erros. Tanto que em vez de curvar-se às reiteradas determinações do TCU para seguir a Lei 8.666/93, o governo insiste em invalidar as decisões do órgão de fiscalização que impugnaram o ato. No STF, há o registro de 19 mandados de segurança contra as deliberações da Corte de Contas nesse sentido. Alguns patrocinados pela estatal, outros por empreiteiras. Além disso, a postura pública do ex-Presidente Lula não sugere qualquer expectativa nessa direção. Por mais de uma vez, o ex-Presidente foi ácido contra as ações do TCU. Em 2010, por exemplo, ele tanto censurou o trabalho do órgão como o desafiou ostensivamente ao vetar dispositivos da lei orçamentária que impediam o repasse de dinheiro do contribuinte para obras inscritas na lista negra da Corte, por suspeitas de superfaturamento, gestão temerária e outras fraudes no emprego das verbas liberadas até então. Algumas, aliás, diretamente relacionadas com a Petrobras, como as da refinaria Abreu e Lima, em Pernambuco.

O argumento de que a aplicação da Lei 8.666/93 prejudicaria a competitividade da empresa, face à demora procedural, não procede. Tanto que era dela que a Petrobrás se valia antes do Decreto 2.745/98. E não há notícias de que a empresa tenha perdido espaço no mercado por causa disso. Além do mais, é improvável que o recurso à Lei Geral das Licitações, como já determinou o TCU - reitere-se, implique prejuízos maiores do que os já contabilizados pela *Operação Lava-Jato*. Nos levantamentos do atento Senador Ricardo Ferraço, nos últimos dez anos a empresa gastou em torno de 220 bilhões de reais com produtos e serviços, tudo sob o regime simplificado. Ademais, num Estado Democrático de Direito, é inaceitável que conveniências econômicas ou financeiras sobreponham-se a princípios estruturantes desse próprio Estado, como o da legalidade e o da separação de poderes, que o regulamento ignora. A esse respeito, é pertinente a seguinte advertência do Ministro Celso de Mello, como relator, em liminar, da ADIn 2.934-7/600-DF:

A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste, enquanto for respeitada, constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos.

Diante disso e da compreensão deste Relator de que o Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras é efetivamente inconstitucional e, pior, uma imensa porta aberta à desenfreada corrupção neste País, é dever do Parlamento da República, no exercício de sua competência imposta pelo art. 49, V, conjugado com os incisos X e XI, da Constituição Federal, atuar no sentido de cerrar essa porta e de fazer cessar a aparentemente irrefreável fome pelo dinheiro da Petrobras demonstrada pelos agentes públicos e privados que hoje estampam notícias criminais quase que diariamente.

Faz-se apenas um reparo ao projeto: certamente por erro de digitação, a ementa faz referência ao Decreto nº 2.735, de 24 de agosto de 1998. O correto é Decreto nº **2.745**. O equívoco, no entanto, restará superado com a emenda de redação que apresento.

III – VOTO

Em face de todo o exposto, somos pela **aprovação** do Projeto de Decreto Legislativo nº 197, de 2014, com a emenda de redação anexa.

Presidente

Relator

EMENDA DE REDAÇÃO N° - CCJ

Dê-se à **ementa** do Projeto de Decreto Legislativo nº 197, de 2014, a seguinte redação:

“Susta os efeitos do Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998, expedido pelo Exmo. Sr. Presidente da República, que aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S. A. – Petrobras, previsto no art. 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.”

Sala da Comissão, de abril de 2015

Senador **Ronaldo Caiado**

Relator

SF/15876.76072-27