

## DECRETO FEDERAL Nº 2.745/98 – APLICABILIDADE – CONSIDERAÇÕES

Andréa Ribeiro Vianna da Silva\*

Nas contratações para compras, obras e serviços, a PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A. orientava-se pela Lei 8.666/93. A doutrina especializada já entendia, desde a edição da chamada Lei das Licitações, que o art. 119 da referida Lei violou gravemente o princípio da isonomia – *pelo qual os iguais devem ser tratados igualmente, e os desiguais, desigualmente, na medida de sua desigualdade* –, configurando inconstitucionalidade, eis que tratava igualmente as estatais que realizam atividade econômica, no exercício da intervenção do Estado na economia, em regime de competição mercadológica, nos termos do art. 173 da Constituição da República, e as pessoas jurídicas de direito público, bem como as estatais prestadoras de serviços públicos submetidas ao regime do art. 175 da Constituição da República.

Com o advento da EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 9, de 09 de novembro de 1995, estabeleceu-se novo cenário constitucional com a flexibilização do monopólio das atividades ligadas à exploração do petróleo e do gás natural, que foi regulamentado pela Lei 9.478/97, que “*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, EDÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS*”. A referida Lei previu, no art. 67, a edição de um *REGULAMENTO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO* para a PETROBRAS, reconhecendo a necessidade de dar maior mobilidade para atuação em um mercado em fase de abertura à competição. Ressalte-se, quanto a este aspecto, que a PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A. sempre atuou em mercado caracterizado pela concorrência, como é o mercado de distribuição de combustíveis e derivados de petróleo.

Por seu turno, a EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19, de 04 de junho de 1998 (D.O.U. de 05 de junho), estabeleceu uma nova ordem constitucional para as sociedades estatais que exercem atividade econômica, ao alterar o art. 173 da Constituição da República, para prever o advento do estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, que explorem atividade econômica, o qual disporá também sobre licitação e contratação, observados os princípios da Administração Pública:

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

**§ 1º** *A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, que explorem*

\* Advogada

*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.*

Na época, a doutrina, ainda que vacilante, não pôde deixar de admitir que a Lei 8.666/93 não foi recepcionada pela nova ordem constitucional estabelecida pela EC 19/98, no que respeita ao regime jurídico das empresas estatais que exercem atividade econômica, dividindo-se apenas quanto aos efeitos desta não recepção. Há quem ainda entenda que o vazio legislativo deveria ser ocupado pela Lei 8.666/93, como norma geral. Entretanto, não nos parece ser esta a interpretação correta, eis que a EC 19/98 veio corrigir, exatamente, a distorção já apontada, existente em razão do art. 119 da Lei 8.666/93; não seria razoável admitir que a correção do vício de inconstitucionalidade, um dos muitos encontrados na Lei 8.666/93, ficasse a depender indefinidamente da produção legislativa.

Parece-nos que o art. 173, § 1º, III, da Constituição da República configura norma constitucional de eficácia contida, na clássica nomenclatura de José Afonso da Silva, ou, pela moderna doutrina, norma constitucional de eficácia relativa restringível ou redutível (Maria Helena Diniz e Michel Temer *apud* Alexandre de Moraes, Direito Constitucional, Atlas, 6ª ed., 1999, pág. 40), considerando-se que tem aplicabilidade imediata ou plena, ou seja, contém normatividade capaz de reger os interesses (eis que os princípios da Administração Pública estão expressos no art. 37, *caput* e inciso XXI, da Constituição da República), mas sua eficácia pode ser restringida ou reduzida pela norma infraconstitucional. Entretanto, cumpre ressaltar que a ausência da lei prevista constitucionalmente não pode ter o condão de restaurar a eficácia da norma não recepcionada, operando uma *repristinação tácita* incompatível com a ordem constitucional estabelecida.

Assim, com a não recepção da Lei 8.666/93, as empresas estatais que exercem atividade econômica, aí consideradas a empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidiárias, estão obrigadas, apenas, à observância dos princípios regedores da Administração Pública, constantes do art. 37, e, especialmente o inciso XXI, que trata dos princípios básicos da licitação. Na lição do eminente Marcos Juruena Villela Souto, retornou-se à correta técnica prevista no Decreto-Lei 200/67 (cujos arts. 125 a 146 só traziam critérios específicos de licitações e contratações, restritos à Administração Pública Direta e autárquica, excluindo, portanto as entidades com personalidade jurídica de direito privado), e depois, no art. 86 do Decreto-Lei 2.300/86 (que estabelecia que as sociedades controladas direta ou indiretamente pela União e os outros entes federados deveriam se submeter a regulamentos próprios, que prescrevessem procedimentos simplificados). (*in* Licitações e Contratos Administrativos, Adcoas, 3ª ed., 1998, págs. 47 e 416-417).

Desta sorte, o advento do Decreto 2.745, de 24 de agosto de 1998 (logo após a EC 19/98), expedido pelo Sr. Presidente da República, e que institui o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado, adotado pela PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. e suas subsidiárias, está em consonância com os princípios da EC 9/95, regulamentada pela Lei 9.478/97, e da EC 19/98, restando claro que o Decreto 2.745/98 não regulamentou ou “simplificou” a Lei 8.666/93, mas, sim, *disciplinou, de forma autônoma*, a Lei 9.478/97. Parece-nos, ainda, que, com a eventual edição do Estatuto previsto constitucionalmente, o qual configurará regra geral para a matéria, o Decreto poderá vir a ser cotejado com o referido diploma legal, de modo a adequar-se ao mesmo. Até lá, o Decreto 2.745/98 tem aplicação autônoma.

Por fim, quanto à aplicabilidade do Decreto 2.745/98 às subsidiárias da PETRÓLEO BRASILEIRO S.A., não temos dúvida quanto à pertinência do entendimento afirmativo, em razão do princípio da razoabilidade. Os contornos do princípio vêm sendo definidos ao longo da história jurídica pela doutrina e pela jurisprudência, evoluindo desde a referência à transição, nos Estados Unidos, do *procedural due process of law*, ou seja, o aspecto processual do devido processo legal, com base na igualdade das partes no processo, para o *substantive due process of law*, o aspecto material, de garantia dos direitos fundamentais contra atos legislativos, administrativos ou judiciais despidos de sua finalidade social (noções livremente recolhidas da obra “Os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade das Normas”, Lumen Juris, 2000, págs. 13 a 48, de Raphael Augusto Sofiati de Queiroz, que faz aprofundado estudo histórico, doutrinário e jurisprudencial sobre o tema).

A finalidade social reflete, no caso, o valor superior a todo o ordenamento jurídico: a justiça. Daí o reconhecimento do princípio da legitimidade como a “oitava superior” do princípio da legalidade: não basta avaliar a mera adequação formal a determinado texto legal, é necessário ponderar interesses e razões, de modo a verificar se o ato, seja ele qual for, é o correto e justo. Utiliza-se, assim, a *lógica do razoável*, expressão adotada por juristas de várias áreas do Direito, como Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Nagib Slaib Filho, individualizada como princípio autônomo reconhecido implicitamente na Constituição da República, e já positivado, quanto aos atos administrativos, na Lei 9.784/99, que estabelece normas para o procedimento administrativo.

Destarte, partindo da Constituição da República, fonte dos princípios, que configuram verdadeiros mandamentos nucleares do sistema e representam a ideologia político-estrutural do Estado, verifica-se o processo de concretização ou densificação da norma abstrata até o caso concreto; de modo a identificar se algum elemento anômalo foi inserido, desviando a finalidade da norma. Tal elemento anômalo pode ferir a razoabilidade pelo atingimento de um de seus três componentes: a ADEQUAÇÃO, que é a capacidade ou aptidão da medida em atingir os objetivos pretendidos; a NECESSIDADE, ou seja, a utilidade ou proveito da medida; e a PROPORCIONALIDADE, princípio autônomo muitas vezes confundido com a própria razoabilidade, da qual é espécie, configurando a ponderação,

com vistas à verificação do equilíbrio, entre os meios (ônus, restrições) e os fins (objetivos alcançados).

Aplicando o critério ao caso *sub examen*, em que se busca sustentar interpretação da norma legal que seja consentânea com os princípios constitucionais, teríamos:

a) Constituição da República, art. 173, § 1º, III, com a redação dada pela Emenda Constitucional 19/98: a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias (sociedades controladas por uma outra, existindo para cumprir parte dos objetivos sociais da controladora), que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da Administração Pública. Reconhecimento da diferença entre a atuação das empresas prestadoras de serviços públicos e as empresas que exploram atividade econômica, no exercício da intervenção do Estado no domínio econômico.

b) Não recepção da Lei 8.666/93 para as empresas que exploram atividade econômica, as quais deverão submeter-se a regulamentos licitatórios próprios, até a edição da lei prevista constitucionalmente.

c) Lei 9.478/97, art. 67: previsão de edição de um REGULAMENTO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO para a PETROBRAS, reconhecendo a necessidade de dar maior mobilidade para atuação em um mercado em fase de abertura à competição.

d) Decreto 2.745/98: regulamentou o art. 67 da Lei 9.478/97, estabelecendo o procedimento licitatório simplificado para a PETROBRAS.

e) Aplicação do Decreto 2.745/98 às subsidiárias da PETRÓLEO BRASILEIRO S.A., especialmente a PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A., que sempre atuou em mercado caracterizado pela concorrência, como é o mercado de distribuição de combustíveis e derivados de petróleo.

Percebe-se que, no processo de densificação da norma constitucional abstrata, a interpretação acima, aplicado o critério da lógica do razoável, está conforme com o princípio da isonomia, ao tratar situações iguais de maneira igual, na medida da sua igualdade. Note-se, a seguir, a aplicação do critério, com a introdução de elementos anômalos:

a) Constituição da República, art. 173, § 1º, III, com a redação dada pela Emenda Constitucional 19/98: a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias (sociedades controladas por uma outra, existindo para cumprir parte dos objetivos sociais da controladora), que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da Administração Pública. Reconhecimento da diferença entre a atuação das empresas prestadoras de serviços públicos e as empresas que exploram atividade econômica, no exercício da intervenção do Estado no domínio econômico.

b) Não recepção da Lei 8.666/93 para as empresas que exploram atividade econômica; entretanto, a mesma deve continuar sendo aplicada, até a edição da lei prevista constitucionalmente.

c) Lei 9.478/97, art. 67: previsão de edição de um REGULAMENTO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO para a PETROBRAS, reconhecendo a necessidade de dar maior mobilidade para atuação em um mercado em fase de abertura à competição.

d) Decreto 2.745/98: regulamentou o art. 67 da Lei 9.478/97, estabelecendo o procedimento licitatório simplificado para a PETROBRAS.

e) Não aplicação do Decreto 2.745/98 às subsidiárias da PETRÓLEO BRASILEIRO S.A., que continuam submetidas ao regime da Lei 8.666/93, até a edição da lei prevista constitucionalmente.

Percebe-se, agora, que a interpretação acima fere a lógica do razoável, pois é *inadequada*, eis que desconforme com a finalidade da Emenda Constitucional 19/98, impedindo sua efetividade e a correção de uma inconstitucionalidade, ao continuar tratando situações diferentes igualmente, no caso da manutenção do mesmo regime licitatório para as empresas prestadoras de serviços públicos e para as empresas que realizam atividade econômica.

Ademais, a não aplicação do Decreto 2.745/98 às subsidiárias da PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. fere a razoabilidade, mais uma vez, sob o aspecto da *adequação*, eis que a Lei 8.666/98 já foi reconhecida pelo legislador constitucional como inadequada para regular a atuação das empresas que exercem atividade econômica, tendo estabelecido que o novo Estatuto Jurídico aplicar-se-á também às subsidiárias. Por outro lado, fere também a razoabilidade sob o aspecto da *proporcionalidade*, eis que, atingindo o princípio da isonomia, ao tratar situações iguais – atuação em mercado competitivo – de maneira desigual – submissão a dois regimes licitatórios diversos –, acaba por criar ônus injustificado para a PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A., obrigando-a a submeter-se a regime impróprio para a atividade, em situação de claro desvio da finalidade da norma constitucional.

Não nos abstermos de considerar o risco de um outro possível desvirtuamento lógico, qual seja, o entendimento de que, sendo certa a não recepção da Lei 8.666/93 para a atividade econômica estatal, passasse esta à completa desregulamentação, com a aplicação do Decreto 2.745/98 à PETRÓLEO BRASILEIRO S.A., apenas por força da Lei regulamentadora da atuação no mercado do petróleo, e de nenhum regime para as subsidiárias. Parece-nos, entretanto, que o raciocínio carece, de forma absoluta, de fundamento lógico-jurídico, em face da previsão expressa da observância dos princípios da Administração Pública. Mesmo em face de tal despropósito, a única solução jurídica possível seria auto-regulamentação, adotando a PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A. o regulamento licitatório da *holding*, até o advento do Estatuto Constitucional.

Por fim, buscando demonstrar o efeito prático da interpretação questionada, pela inserção dos elementos anômalos apontados no curso do processo da lógica do razoável, consideremos o fato concreto da recente transformação, pela PETRÓLEO BRASILEIRO S.A., de uma de suas onze refinarias em subsidiária. A prevalecer o entendimento, teríamos, até a criação da subsidiária, configurando a refinaria um órgão da *holding*, a aplicação do Decreto 2.745/98, e, após a constituição da sociedade, o retorno à aplicação da Lei 8.666/93, o que nos parece desprovido de sustentação jurídica.

Em conclusão, entendemos plenamente fundamentada a aplicabilidade do Decreto 2.745/98 à PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A. para as contratações de compras, obras e serviços relativos às suas atividades-meio, ressalvadas as contratações relativas às suas atividades-fim, nos termos da Decisão nº 121/98, do Tribunal de Contas da União.

Eis as considerações que nos cabia fazer.

Rio de Janeiro, 28 de maio de 2001.