

LEGALIDADE DOS CONTRATOS DE ADESÃO FIRMADOS POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

THE LEGALITY OF ADHERENCE CONTRACTS SIGNED BY SEMI-PUBLIC CORPORATION

RENATO POLTRONIERI*

RESUMO: O presente artigo analisa a natureza jurídica, validade e responsabilidades jurídicas da contratação de serviços por Sociedade de Economia Mista formalizada diretamente, através da aceitação tácita ou formal de contrato de adesão privado. Tal análise se fará através do estudo do regime jurídico de contratação de serviços privados e dos Entes Públicos em geral e, em especial, uma das mais noticiadas Sociedades de Economia Mista nacional: a Petrobrás.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos de Adesão. Sociedade de Economia Mista. Petrobras. Licitação. Regime de Contratação. Entes Públicos. Contratação pela Petrobras. Dispensa de Licitação. Inexigibilidade de Licitação. Atos Administrativos. Atos Políticos. Atos de Gestão, Contrato de Prestação de Serviços.

ABSTRACT: *This article analyzes the legal status, validity and legal responsibilities of contracting services by a Semi-Public Corporation directly formalized, through tacit or formal acceptance of a pre-formulated private standard contract. Such analysis will be done through the study of the legal regime of the private contracting services process and the Public Entities contracting services process in general and, in particular, for one of the most reported national Semi-Public Corporations: Petrobrás.*

KEYWORDS: *Pre-Formulated Standard Contract. Semi-Public Corporation. Petrobras. Public Bidding. Contracting Process. Public Entities. Petrobras Contracting Process. Bid Waiver. Bid Non-Requirement. Administrative Acts. Political Acts. Management Acts. Services*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Regime jurídico de contratação: entes públicos diretos e sociedade de economia mista; 2. Regime de contratação pública geral; 3. Regime de contratação da Petrobrás; 3.1 Regime de contratação simplificado da Petrobrás; 3.2 Contratação pela Petrobrás - dispensa e inexigibilidade de licitação; 3.2.1 Manual da Petrobrás para contratação - MPC; 3.2.2 Dispensa de

* Professor de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutor em Direito pela PUC/SP e Mestre em Direito Constitucional, Político e Econômico, especialista em Direito Público e Regulatório, Pós-graduado em Direito Internacional Econômico/ Itália e Pós-graduado em Administração de Empresas/FACEF.
Email: renato.poltronieri@mackenzie.br, ou rpoltronieri@demarest.com.br

licitação; 3.2.3 Inexigibilidade de licitação; 4. Regime jurídico dos contratos privados de prestação de serviço entre pessoas jurídicas; 5. Atos administrativos e atos políticos ou de gestão; 6. Natureza jurídica da contratação da contratada pela Petrobrás; 7. Ratificação da contratação da contratada pela Petrobrás; 7.1 Dispensa de licitação; 7.2 Inexigibilidade de licitação; 8. Conclusão e resposta aos questionamentos considerados na hipótese desse artigo.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende examinar conceitualmente se é lícito às Sociedades de Economia Mista firmarem contratos de adesão formulados e apresentados por seus fornecedores ou prestadores de serviço privados, tomando como referência uma das mais noticiadas Sociedades de Economia Mista nacional: a Petrobrás. Trataremos nesse artigo de uma hipótese de relação contratual entre uma empresa privada, identificada nesse artigo como *Contratada*, e a *Petrobrás*, firmada expressa ou tacitamente por meio da solicitação de um serviço pela Petrobrás e vinculação dessa a um contrato de adesão, oferecido expressa ou tacitamente pela Contratada a todos os seus clientes na esfera privada.

A hipótese utilizada como referência possui reais condições de existir e abrange várias áreas e seguimentos de mercado, tendo a Petrobrás como contratante. Essa hipótese e a respectiva conclusão podem ser estendidas para qualquer Sociedade de Economia Mista.

O artigo irá abordar em síntese (i) a natureza jurídica da relação entre Contratada e Petrobrás, considerando que a Petrobrás é uma Sociedade de Economia Mista, controlada pelo Estado; (ii) as responsabilidades jurídicas para as empresas envolvidas nessa relação; e (iii) as possíveis irregularidades dessa relação entre Contratada e Petrobrás por meio de um contrato de adesão expresso ou tácito oferecido pela Contratada.

A conclusão a ser confirmada juridicamente é se é lícito para a Contratada, a partir da solicitação e execução do serviço para a Petrobrás, atender às solicitações da empresa estatal. E essa, por sua vez, realizar os pagamentos pelos serviços prestados.

O contexto tido como referência tem como premissa que as solicitações da Petrobrás foram consideradas formalizadas nos

termos do “contrato de adesão”, disponibilizado para todos os clientes, pessoas jurídicas, via solicitação, por qualquer meio lícito. Materialmente, a relação contratual deve estar caracterizada e comprovada pelo serviço solicitado pela Petrobrás, pela execução deste pela Contratada, e pelo respectivo pagamento pela Petrobrás. Nesse cenário, analisaremos as seguintes questões práticas: (i) qual a natureza jurídica da relação existente entre as empresas, considerando que a Petrobrás é uma Sociedade de Economia Mista, controlada pelo Estado?; (ii) quais as responsabilidades jurídicas para as empresas envolvidas nessa relação, sendo considerada contratual?; e (iii) há alguma irregularidade a ser sanada e/ou providência por parte da Contratada e/ou Petrobrás para manutenção dessa relação, sendo considerada contratual, nos termos da legislação brasileira aplicável?

Para tanto, é necessário apresentar o complexo contexto jurídico-normativo envolvendo a natureza jurídica dos contratos públicos em geral e dos contratos privados firmados pelas sociedades de economia mista, em especial a Petrobrás e os atos administrativos e atos de gestão praticados pelas empresas estatais atuantes no mercado privado, considerando o exemplo de relação jurídica material da Petrobrás com a Contratada.

1. REGIME JURÍDICO DE CONTRATAÇÃO: ENTES PÚBLICOS DIRETOS E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

O regime jurídico aplicável na contratação de empresas privadas (como a Contratada) pelos entes públicos em geral, incluindo Empresas Públicas e Sociedade de Economia Mista, como a Petrobrás, é definido pela Lei nº 8.666/93 e suas alterações. Segundo essa lei, os serviços contratados de terceiros privados pela Administração Pública serão necessariamente precedidos de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei e na Constituição Federal. Para os fins dessa Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Dentre outras disposições legais, consta previsto nessa norma que a contratação poderá ser direta, quando estiver prevista em lei a dispensa ou inexigibilidade, situação que não será exigida a instauração de processo de concorrência entre possíveis interessados privados. Ou seja, as situações excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, nas quais se permite a contratação direta, são expressamente identificadas na legislação nos casos em que (i) o objeto da contratação não for passível de concorrência; ou (ii) as circunstâncias do caso concreto impeçam a competição, por manifestamente contrária ao interesse público/econômico; (iii) diante do fato concreto e valor envolvido; e, (iv) verdade material do objeto e objetivo da contratação.

De qualquer forma, seja por meio de licitação/concorrência, seja por meio de contratação direta, todos os contratos envolvendo entes estatais (direitos ou indiretos) devem atender aos preceitos de direito público, aplicando-se neles também os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado, o que permite concluir que a administração pode firmar contratos de adesão de origem privada quando contrata com empresas prestadora de serviços regulados como, por exemplo, serviços de água e esgoto, telefonia, distribuição de energia elétrica e gás canalizado, etc. Mas na presente hipótese todo e qualquer serviço privado e lícito pode ser considerado.

É importante lembrar que a diferença entre os entes públicos diretos (União, Estados e Municípios) e os entes privados controlados pelo Poder Público (como a Petrobrás) está nas prerrogativas e nas restrições próprias do regime jurídico administrativo direto, com maior limitação de atuação, quando comparado com o regime jurídico das empresas estatais que atuam no setor privado. A doutrina e jurisprudência entendem que as Sociedades de Economia Mista como a Petrobrás possuem um “regime jurídico híbrido”, porque se submetem ao regime de direito público, tendo em vista fazerem prevalecer a vontade impessoal e atingirem a um determinado fim de interesse público; e em outros momentos se submetem ao regime de direito privado, considerando suas áreas de atuação econômica e necessidades operacionais.

Assim, a Administração Pública quando institui uma Sociedade de Economia Mista, como a Petrobrás, com regime jurídico de direito privado, está se sujeitando a um regime predominantemente de direito privado e como tal deve adequar a atuação da companhia às regras de mercado. Teoricamente, a criação de Sociedades de Economia Mista tem como fundamento legal a previsão constitucional e como motivação administrativa e econômica a diferenciação desse ente privado da Administração direta e, dentro da lei, o Poder Público atuar com maior liberdade econômica e comercial em uma determinada área.

2. REGIME DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA GERAL

Em breve síntese, licitação é o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, possibilita a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório e formulem propostas, dentre as quais o ente público selecionará e aceitará a mais conveniente (vantajosa) para a celebração de contrato, visando garantir a isonomia entre os concorrentes. A Constituição Federal exige licitação para os contratos em geral, inclusive o de prestação de serviços, conforme art.37, XXI:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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

Nesse sentido, a Lei nº 8.666/93 exige que se instaure procedimento licitatório para realização de compras, contratação de serviços e obras de todos os órgãos da Administração Pública direta e indireta, como as Sociedades de Economia Mista e demais

entidades controladas indiretamente pela União. O artigo 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93 ressalta que:

“Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.

A convocação pela Administração dos interessados ocorre na forma prevista na lei (edital ou carta-convite), cujo ato convocatório dispõe das condições básicas para participar da licitação, bem como as normas a serem observadas no contrato que se têm condições por parte dos interessados. Tem-se, portanto, que o instrumento convocatório é a lei da licitação e, em consequência, a lei do contrato. Nem a administração pode alterar as condições, nem o particular pode apresentar propostas ou documentos em desacordo com o exigido no ato de convocação, sob pena desclassificação ou inabilitação, respectivamente.

Porém, o artigo 119 da Lei nº 8.666/93 determina que as Sociedades de Economia Mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições desta Lei.

3. REGIME DE CONTRATAÇÃO DA PETROBRÁS

A Lei 9.478/97 estabeleceu em seu art. 67 que a Petrobrás se submete a regime licitatório diferenciado proveniente de Decreto do Presidente da República, nº 2.745, de 24 de agosto de 1998. Esse Decreto estipula o regime de contratação que a Petrobrás e as empresas a ela vinculadas devem se submeter.

Em tese, a partir da vigência deste Decreto seria lícito à Petrobrás abandonar as regras da Lei nº 8.666/93 e adotar seu próprio regulamento. Contudo, com a introdução da Emenda Constitucional nº 19, ficou expressa a necessidade de haver previsão

desse regime diferenciado por meio de lei nacional. É por conta dessa previsão constitucional que persiste uma complexa controvérsia de entendimentos entre o Tribunal de Contas da União (TCU) e o Supremo Tribunal Federal (STF).

De acordo com o entendimento do TCU, o Decreto nº 2.745/98 é inválido pelo fato de ter inovado o sistema jurídico constitucional de contratação pública. Segundo o TCU, o Decreto existe para preencher as possíveis lacunas ou procedimentos deixados pela lei, e não para inovar e legislar sobre um determinado assunto. Para o TCU esse erro já decorre do art. 67 da Lei nº 9.478/97 que, ao conferir competência ao Chefe do Executivo para regulamentar o assunto, não estabeleceu as diretrizes que deveriam ser seguidas, deixando que este mesmo as estipulasse. Essa conjuntura, nos termos do TCU, não condiz com o exigido pela Constituição, que exige edição de lei para regular a matéria, vedando assim a delegação da competência legislativa.

Com base nesse raciocínio, o TCU proferiu a Decisão nº 663/2002, entendendo pela inconstitucionalidade do art. 67 da Lei 9.478/97. E com base nisso, determinou que a PETROBRÁS voltasse a seguir os ditames da Lei nº 8.666/93, tendo em vista a invalidade do decreto que regulamentava seu regime licitatório simplificado.

Esse entendimento, contudo, não foi confirmado pelo STF. Ao analisar Mandado de Segurança contra a decisão do TCU, o STF entendeu pela incompetência deste para declarar a inconstitucionalidade do art. 67 da Lei 9.478/97. Consignou que o art. 71 da Constituição, veiculador das competências do TCU, não dispõe sobre análise de constitucionalidade de normas. Desde essa época, o STF vem mantendo o direito/legalidade da Petrobrás utilizar seu regime licitatório simplificado. Ainda assim, o TCU persiste nas declarações de inconstitucionalidade do referido dispositivo. Para tanto, vale-se na Súmula 347 do próprio STF, que lhe concedeu competência para isso ao dispor que: “*O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público*”.

Mesmo diante do entendimento contrário do TCU, cujas decisões têm efeitos apenas entre as partes do contrato/processo que lhe foi submetido, a PETROBRÁS continua utilizando o

regime licitatório simplificado, uma vez que até o momento não foi declarada a inconstitucionalidade deste ou do art. 67 da Lei 9.478/97 pelo STF, com efeitos para todos os contratos da empresa.

Não há, até o momento, decisão definitiva sobre o tema.

3.1 REGIME DE CONTRATAÇÃO SIMPLIFICADO DA PETROBRÁS

Segundo a Emenda Constitucional nº 19 de 1998, a utilização das normas gerais dispostas na Lei nº 8.666/93 pelas Empresas Públicas e pelas Sociedades de Economia Mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ficou limitada e o regime simplificado para realização de licitações e contratações, previsto no estatuto jurídico da entidade, passou a preponderar.

Esse regime simplificado possibilita evitar a sujeição dessas empresas ao rigor da Lei nº 8.666/93, que exige custos vultosos e bastante tempo para concluir as contratações, o que atrasa a dinamicidade das relações privadas. Tendo em vista que elas estão inseridas no setor privado, pretende-se que atuem no mesmo patamar competitivo de suas concorrentes. O regime simplificado trata-se, portanto, de um regime licitatório diferente, que teoricamente permite igualdade para essas empresas quando concorrem no setor privado, sem pretender resultar em um sistema de plena discricionariedade do gestor para realização de compras.

Esse regime não significa propriamente ausência de procedimento licitatório, até porque este é obrigatório por norma constitucional, mas sim um procedimento simplificado em relação ao disposto na Lei nº 8.666/93.

A Constituição Federal prevê que os contratos administrativos e as licitações sejam disciplinados por lei. Essa regra se aplica também ao regime licitatório simplificado da Petrobrás. É necessário haver previsão legal para que essas Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista utilizem regimes licitatórios simplificados, tal como se dá (ao menos em tese, segundo o STF) no caso da Petrobrás. No mais, cabe mencionar que a Petrobrás, como ente da administração pública indireta, tem como prerrogativa a autoexecutoriedade de suas decisões, o que significa dizer que a Petrobrás tem poderes

para executar sua decisão administrativa de contratar, na hipótese em análise, a Contratada, como prestador de serviços que atende aos interesses da empresa.

Essa decisão administrativa tem presunção de legitimidade e legalidade desde que fique comprovado, por exemplo, que o serviço prestado pela Contratada atenda aos parâmetros exigidos pela Petrobrás, ainda que por meio do contrato de adesão oferecido pela própria Contratada.

Importante notar que mesmo vinculada a um contrato de adesão, a Petrobrás pode utilizar meios indiretos de coerção, como multa e penalidades administrativas, as quais poderão ser impostas em casos de descumprimentos integral ou parcial dos serviços contratados. Ou seja, entendemos que mesmo sob a égide de contrato de adesão, prevalece neste caso a norma de ordem pública, contudo em que nível de aplicação ela prevalece sobre o pacto contratual privado, lícito, é uma questão jurídica a ser examinada em apartado. Por exemplo, todas as penalidades previstas para serem aplicadas pelos entes públicos atingem esses contratos, sem qualquer distinção? Por se tratar de tema complexo e questionável, até mesmo no âmbito judicial, trataremos do mesmo em artigo separado.

Sobre penalidades, o Decreto nº 2.745/98 prevê que havendo inexecução total ou parcial do contrato, essa poderá ensejar a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei, além da aplicação ao contratado das seguintes sanções: (i) advertência; (ii) multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; (iii) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Petrobrás, por prazo não superior a dois anos; (iv) proibição de participar de licitação na Petrobrás, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação, perante a própria autoridade que aplicou a pena.

3.2 CONTRATAÇÃO PELA PETROBRÁS - DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

A Lei nº 9.648/98, ao alterar a Lei nº 8.666/93, dispôs, no inciso XVIII, do artigo 24, a possibilidade de dispensa de licitação “na contratação realizada por Empresa Pública ou Sociedade

de Economia Mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado”.

O Decreto nº 2.745/98, ao aprovar o regulamento do procedimento licitatório simplificado da Petrobrás, estabelece os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação cujas competências, a Diretoria Executiva da Petrobrás definirá, em ato específico. A rigor, esse ato é formalizado por meio do Manual da Petrobrás para Contratação - MPC. Além disso, estabelece que a dispensa de licitação dependerá de exposição de motivos do titular da unidade administrativa interessada na contratação da obra, serviço ou compra em que sejam detalhadamente esclarecidos: (a) a caracterização das circunstâncias de fato justificadoras do pedido; (b) o dispositivo do Regulamento aplicável à hipótese; (c) as razões da escolha da firma ou pessoa física a ser contratada; (d) a justificativa do preço de contratação e a sua adequação ao mercado e à estimativa de custo da Petrobrás.

Ademais, o Decreto estabelece, em seu item 2.3, como situações em que a licitação é inexigível, quando houver inviabilidade fática ou jurídica de competição, em especial:

“(...) b) para a contratação de serviços técnicos de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização; (...) e) para a contratação de serviços ou aquisição de bens, em situações atípicas de mercado em que, comprovadamente, a realização do procedimento licitatório não seja hábil a atender ao princípio da economicidade”.

Além disso, o Decreto delimita como produtor, firma ou representante comercial exclusivo, aquele que seja o único a explorar, legalmente, a atividade no local da contratação, ou no território nacional, ou o único inscrito no registro cadastral de licitantes da Petrobrás, conforme o custo estimado e os possíveis limites de valores que seriam utilizados no convite, na concorrência ou na tomada de preços, caso fossem implementados.

Por fim, o Decreto define, em seu item 2.3.1, como notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos,

experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que seu trabalho é o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

3.2.1 MANUAL DA PETROBRÁS PARA CONTRATAÇÃO - MPC

O Manual da Petrobrás para Contratação - MPC atualmente vigente, foi aprovado pela Diretoria Executiva em 07.02.2013 (publicado no D.O.U em 08/05/2013), sua revisão foi aprovada em 19.11.2014, cuja publicação ocorreu no D.O.U de 09. 02.2015 com vigência a partir de 02.02.2015.

O MPC prevê, em seu item 1.2.1 que a autorização para instauração dos processos de contratação, seja direta ou por prévia licitação, compete à autoridade que detiver a competência para a contratação, com base no valor estimado para aquisição do bem ou serviço ou em razão da natureza do negócio jurídico. O MPC prevê, ainda, em seu item 1.3.1 que a celebração de qualquer negócio jurídico depende de prévia autorização de quem detenha o respectivo limite de competência, dentro de sua estrutura hierárquica, conforme estabelecido na Tabela de Limites de Competência aprovada pela Diretoria Executiva.

O Capítulo 3 do MPC estabelece que, ressalvados os casos previstos no Manual, no Estatuto Social ou em normas aprovadas pela Diretoria Executiva, a competência para autorizar a celebração de contratos, de atos de renúncia e de transações extrajudiciais é definida por limites de valor.

O MPC dispõe que os contratos e seus aditivos devem ser formalizados por escrito, mas que está dispensada a formalização de instrumento contratual nas contratações com valores iguais ou inferiores ao valor equivalente de dispensa de licitação por valor, com pagamento único (item 5.1.3). Nos demais casos, a formalização é obrigatória, sendo que, até o limite de 5% do limite da competência do Titular da Unidade Organizacional o Contrato pode ser formalizado através de instrumento jurídico simplificado denominado carta-contrato.

O MPC estabelece, ainda, que as contratações diretas podem ser realizadas com dispensa de licitação, em razão do valor envolvido. E esse valor para dispensa de licitação, na contratação de serviços, é aquele aprovado pela Diretoria Executiva da Petrobrás, levando-se em consideração as realidades específicas de cada Unidade e as políticas corporativas da Petrobrás (item 4.4.3.1). Não tivemos acesso ao valor atual definido para contratação por dispensa pela imprensa oficial ou site da Petrobrás.

3.2.2 DISPENSA DE LICITAÇÃO

É possível a contratação direta por dispensa de licitação, desde que o valor da contratação atenda os requisitos dispostos no MPC ou quando não tiverem interessados à licitação anterior e esta não puder ser repetida sem prejuízo para a Petrobrás, mantidas as condições preestabelecidas inicialmente.

Dentre os procedimentos para contratação direta, no caso de dispensa, será necessária a exposição dos motivos pelo titular da unidade administrativa interessada na contratação da obra, serviço ou compra em que sejam detalhadamente esclarecidos: a) a caracterização das circunstâncias de fato justificadoras do pedido; b) o dispositivo deste Regulamento aplicável à hipótese; c) as razões da escolha da firma ou pessoa física a ser contratada; e d) a justificativa do preço de contratação e a sua adequação ao mercado e à estimativa de custo da PETROBRÁS.

O MPC estabelece que os Gerentes Executivos ou equivalentes no Plano Básico de Organização – PBO podem delegar seus limites de competência, total ou parcialmente aos seus subordinados, mediante documento formal previamente aprovado pelo Diretor de contato, inclusive nos casos de dispensa de licitação pelo valor envolvido.

3.2.3 INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Quanto à contratação direta por inexigibilidade de licitação, o MPC estabelece que as contratações devem ser comunicadas à Autoridade imediatamente superior, no prazo de 5 dias da contratação, com a respectiva justificativa do enquadramento, da

escolha da Contratada e do preço.

Assim, as razões que envolveram a possibilidade única de contratação da CONTRATADA devem ser calcadas em fatos e registros de que não havia nenhuma empresa em território nacional, ou regional conforme a necessidade, disposta ou capaz de executar o serviço naquele tempo e espaço.

4. REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS PRIVADOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO ENTRE PESSOAS JURÍDICAS

Conceitualmente, atividade empresarial econômica e organizada tem como objetivo essencial a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens ou serviços, gerados mediante a organização dos fatores de produção: trabalho, capital e tecnologia. Assim, consideramos que uma empresa está atrelada a uma atividade econômica, direta ou indiretamente, e não se confunde com a pessoa física que exerce a atividade ou ocupa um cargo, nem com a forma de constituição da empresa.

Por consequência, o regime jurídico dos contratos privados de prestação de serviço entre pessoas jurídicas leva em conta a dinâmica da atividade empresarial e depende apenas do interesse das partes; competência ou capacidade para contratar; ser oneroso; e o objeto ser lícito. Segundo Silvio Venosa (1996:65):

“no artigo 82 do Código vamos encontrar os elementos essenciais do negócio jurídico: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não proibida pela lei. No contrato esses elementos podem ser vistos sob o prisma genérico dos negócios jurídicos em geral: são nulos os contratos a que faltar qualquer dos elementos essenciais genéricos. Cada contrato, porém, pode requerer outros elementos essenciais, específicos de sua natureza: assim, para a compra e venda são elementos essenciais específicos a coisa, o preço e o consentimento (há outros contratos que também necessitam desses elementos).”

É bem verdade que grandes empresas nacionais e multinacionais, com foco em *compliance*, já possuem sofisticados procedimentos de contratação interna para garantir a idoneidade e legalidade de seus fornecedores e respectivos bens/serviços. Não consideraremos tais procedimentos na presente análise. Em se

tratando da PETROBRÁS é obrigatório focar na comprovação da capacidade de quem está demandando o serviço para contratar. Os demais elementos são essenciais da mesma forma e cada qual deve ser devidamente caracterizado.

Quanto ao objeto do contrato de prestação de serviços, este deve ser identificado, e poderá ser de ordem material, braçal ou intelectual. Assim, devem ser consideradas como prestação de serviços entre pessoas jurídicas de direito privado todas as situações previstas no art. 593 do CC e que não se enquadrem no conceito de relação trabalhista. Para Venosa (2006:223):

“a prestação de serviços pode ser conceituada como o contrato sinalagmático pelo qual uma das partes, denominada prestador, obriga-se a prestar serviços a outra, denominada dono do serviço, mediante remuneração.”

Nesse sentido é que o regime jurídico do contrato de prestação de serviço em comento caracteriza-se pela obrigação assumida entre as pessoas jurídicas para a prestação de serviços de uma parte à outra, por determinado tempo, ou para o fim específico de determinada atividade, mediante pagamento. Não há entre as empresas qualquer vínculo de subordinação hierárquica ou de dependência técnica e o prazo desse contrato é essencial para definir e limitar as obrigações das partes, conforme o interesse delas ou em função de circunstâncias envolvidas ou da natureza ou especificidade da atividade.

Quanto à forma e característica do contrato de prestação de serviços, na esfera privada, ele pode ser por escrito ou verbalmente. Tradicionalmente, especialmente envolvendo pessoas jurídicas e para preservar a essência da relação jurídica, a contratação escrita deve ser concretizada.

É importante ressaltar que a Constituição Federal, em seu art. 170 estabelece que a atividade econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a livre concorrência (art. 170, inciso IV) e a livre iniciativa (art. 170, inciso IX). Nesse sentido, Venosa (2006: 580) ratifica que a:

“consequência importante do contrato é permitir a livre iniciativa em grande escala, gerando atividade negocial e circulação de riquezas, paralelamente à permanência e solidificação de grandes corporações”.

Ao proclamar a livre iniciativa e concorrência como princípios da ordem econômica nacional, a Constituição Federal atribui à iniciativa privada o papel de produzir e comercializar bens e serviços. A livre iniciativa e concorrência constituem a regra constitucional, sendo que exceções devem estar previstos na própria Constituição Federal.

O papel do Estado deve se restringir, a rigor, à normatização do exercício das atividades de produção e circulação de bens e serviços. Por outro lado, se pretende ou já atua na atividade econômica privada deve se adequar a esse regime. Portanto, a legalidade da prestação de serviços está atrelada ao objeto e principalmente à pessoa ou às pessoas responsáveis pela contratação e execução. Existem regimes jurídicos distintos e esses se definem não apenas em função do objeto a ser contratado, mas também da natureza e limitações das partes envolvidas. Tem-se uma relação do fator subjetivo (necessidade ou não de contratar) com o fator objetivo (atividade e objeto da empresa contratada).

5. ATOS ADMINISTRATIVOS E ATOS POLÍTICOS OU DE GESTÃO.

O Estado como Administração, incluindo as Sociedades de Economia Mista nesse cenário, surge em uma concepção de organização e assume uma posição de estruturação de funções e competências. O controle dos atos administrativos e contratuais dos entes públicos, ou empresas controladas pelo Estado, é necessário para manter a ordem e o atendimento das finalidades dos entes públicos e, principalmente para evitar o arbítrio dos administradores.¹

1 De acordo com João dos Reis Silva Júnior (2005:123), “no Estado moderno estará toda a origem histórica do institucional e do político de qualquer instituição ou organização da sociedade atual”. Segundo Rivero (2004:189), “a tendência é estender o império do direito tão longe quanto o permitam as necessidades inerentes ao exercício do poder. Daí, o desenvolvimento da jurisdição e, sobretudo, dos recursos facultados

Tendo como base a doutrina liberal do Estado, com normas sistematizadas, com repartição de poderes e voltado para garantir os direitos individuais, o papel representado pela lei para a Administração Pública era o mesmo que representava para o particular, ou seja, a atuação é livre enquanto não ultrapassar os limites impostos pela lei.

Embora a legislação brasileira defina um parâmetro contrário para a atuação dos entes públicos em geral, com estrito rigor ao que está formalmente previsto em lei, há hipóteses de que o Estado, direta ou indiretamente, atua como se fosse um ente privado. Assim, vale destacar que se considerarmos que a Administração Pública está vinculada a uma sistemática política e econômica podemos compreender as afirmações de Jean Rivero (2004:65) que adverte que:

“nos Estados Unidos os problemas de organização administrativa são tradicionalmente considerados como estranhos ao direito, ficando sob o impacto de disciplina própria, metajurídica, a ‘ciência da Administração’ (pública), ramo da ciência política”.

Tal afirmação indica uma situação jurídica totalmente distinta dos sistemas formais, como o sistema jurídico brasileiro, cuja atuação administrativa do ente público, direta ou indiretamente, está vinculada aos conceitos e legalidade taxativa contida em uma norma jurídica².

Bandeira de Mello (2005:35) diferencia as funções políticas ou de governo das funções administrativas, do ponto de vista formal, como interessa para o aspecto abordado neste artigo e hipótese de

aos particulares.” Ver Bittar (2002:109) sobre a função da política como forma de organização social e manutenção da liberdade, seguindo a tradição romana, separando o domínio público do privado. Política significa processo de escolha entre alternativas e ações relacionadas à natureza, ao homem e ao Estado de direito.

2 Segundo apresenta Di Pietro (1991:68), os doutrinadores alemães Otto Mayer (1903), Georg Jellinek (1921) e Fritz Fleiner (1933) têm pensamento semelhante entre si, pois reconhecem “a impossibilidade de a lei prever todas as soluções possíveis, sendo inevitável o estabelecimento de regras de caráter geral que irão ser aplicadas pela Administração diante do caso concreto, segundo critérios que lhe pareçam mais adequados. Mas ela está subordinada a limites que emanam da ordem jurídica, dentre os quais a finalidade ou intenção da lei”.

contratação feita pela Petrobrás³. Com esse parâmetro, a atuação política (ato político) dentro da Administração Pública é livre e, portanto, quase ilimitada, desde que respeite o direito material em vigor. O ato político é geral e abrangente na determinação dos objetivos a serem perseguidos que, a rigor, constituem as diretrizes de atuação do Estado sob um determinado governo, em harmonia com as garantias e previsões constitucionais, no tempo e no espaço histórico⁴.

O ato político é caracterizado em seu fundamento pela capacidade, autodeterminação e liberdade dos seus fins, respeitando os preceitos normativos. O objetivo da política é o poder, que pode ser utilizado para alcançar metas ideais ou simplesmente o prestígio individual. Ao contrário, portanto, do ato administrativo e/ou contratual que é sempre indicado e vinculado à previsão normativa em um sistema jurídico formal e com repartição de poderes e funções.

O ato político está relacionado exclusivamente com o exercício da competência de um cargo, sem qualquer norma que estruture o conteúdo, o momento ou o procedimento a ser cumprido. São atos de vontade e voluntários cerceados juridicamente pela própria competência conferida pelo sistema normativo. Trata-se da autonomia operacional entre o sistema político e o jurídico⁵.

3 Ver Celso Fernandes Campilongo (2002:76 et seq.) sobre a definição diferenciadora de Niklas Luhmann (1983) para sistema jurídico e sistema político. O código de comunicação do sistema político é governo-oposição. O código de comunicação do sistema jurídico é legal-ilegal. Ver Sylvio Motta e Gustavo Barchet (2007:575 et seq.) sobre a diferença entre os atos de governo e da Administração, bem como a distinção entre a conceituação de agentes políticos e agentes administrativos.

4 Marcelo Figueiredo (1999:38) aborda a distinção entre atos políticos e atos administrativos e indicando categoricamente a “necessidade, em um estado democrático de direito, de estabelecerem-se mecanismos recíprocos de controle entre os ‘poderes’”.

5 Segundo Marcelo Neves (2007:148) a Constituição apresenta-se como mecanismo de interpretação e separação entre o sistema político e jurídico. Ver Bandeira de Mello (2005:356) sobre a sujeição dos atos políticos ou de governo ao Estado de direito e ao controle judicial. No mesmo sentido doutrina Odete Medauar (1999:169), inclusive colocando os atos políticos como gênero do ato administrativo, como mencionado no art. 102, III, c, da Constituição de 1988. Meirelles (2001:667) indica que atos políticos são os praticados por agentes do governo, segundo competência constitucional e com ampla liberdade de apreciação, sem se aterem a critérios jurídicos preestabelecidos, mas

No Estado de direito, com repartição de poderes e funções, o poder político é exercido temporariamente (cargo ocupado por eleição ou nomeação) e vincula-se às decisões políticas pessoais do ocupante do cargo, como uma faculdade-poder. Trata-se do exercício do poder de selecionar os modos e os instrumentos por meio dos quais desenvolverá concretamente sua atividade⁶.

O administrador-político, que excepcionalmente pode ser identificado em cargos de carreira, como em Empresas Públicas ou Sociedades de Economia Mista, para atos específicos e restritos, decide como desenvolverá concretamente sua atividade: quando e como atuará ou não e, na primeira hipótese, qual conteúdo irá buscar ou proporcionar⁷.

A atuação administrativa (ato administrativo) é primordialmente exercida pelo ocupante do cargo de carreira pública, mas também é exercida pelo ocupante de cargo político-eletivo, conforme previsto no ordenamento, já que a característica e condição essencial para a atuação administrativa é que matéria e procedimento objeto do ato estejam previstos e vinculados ao texto normativo⁸.

sujeitos ao controle judicial. Regis Fernandes de Oliveira (2007:157 et seq.) aponta que a denominação de atos de governo ou políticos é inadequada, pois os três poderes seriam competentes para tais atos e que a rigor tal distinção não teria base científica. De toda forma, define atos políticos como sendo aqueles praticados pelo chefe do Executivo ou mediante expressa delegação e devem buscar sua fonte de emanção direta na Constituição, independentemente de qualquer habilitação legislativa.

- 6 Segundo António Francisco de Sousa (1994:147 et seq.), há diferença da liberdade criadora da Administração (ato político) da discricionariedade administrativa (ato administrativo) tendo em vista que esse último é um dever de, diante determinados pressupostos, escolher uma das possibilidades de decisão; já a liberdade criadora tem uma função de cumprimento de normas programáticas, sem qualquer vinculação com um dever de agir/ decidir, desde que não atinja nenhum direito individual.
- 7 Miguel Seabra Fagundes (1984:127) defende que o mérito está no sentido político do ato administrativo, tendo em vista que se trata do procedimento que atende ao interesse público e, ao mesmo tempo, se ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa deve considerar. Ver Queiró (1944:209) sobre a definição de discricionariedade segundo a dogmática italiana aplicável ao presente estudo.
- 8 Raulino Jacó Brüning (1989:57 et seq.) entende a clássica tripartição dos poderes e as garantias constitucionais individuais e sociais como meios de controle e limitação do exercício do poder do Estado, pois “acima de tudo é a atividade política do Estado e de seus agentes que precisa ser controlada e reprimida”. Segundo o autor, “os abusos substanciais (de mérito), que encobrem motivos totalmente reprováveis, e

Nessa perspectiva, a prática do ato administrativo está prévia e textualmente determinada pela norma jurídica, inserida e estruturada dentro de um sistema legal de regras. É um dever-poder, qualificado e exercido para terceiros. O administrador-funcional, nesse papel, tem obrigação e deve atuar sempre que a hipótese de fato prevista na norma for verificada⁹.

Considerando que a legalidade administrativa está vinculada ao ordenamento, o poder político (faculdade-poder) transformou-se em poder jurídico (dever-poder), cuja concretização passa a ser prevista na norma jurídica¹⁰.

Afirmar que a Administração Pública, por meio de uma Sociedade de Economia Mista, possui obrigação jurídica de atuar é alegar que o evento concreto se enquadra em uma situação de fato prevista na regra jurídica válida que exige que ela faça ou se abstenha de fazer alguma coisa. Na ausência de tal regra jurídica válida, não existe obrigação jurídica para Administração. Pode, contudo, haver uma pressão ou tendência política ou econômica, (faculdade-poder) especialmente envolvendo uma Sociedade de

as autoridades que os praticam, não sofrem qualquer reparo da justiça” porque não podem ser controlados somente por meios jurídicos. Ver Oswaldo Luiz Palu (2004:137) sobre sua indicação de que o sistema de freios e contra pesos não é ilimitado pela separação de poderes dentro de um Estado.

9 Segundo Enterría e Fernandez (1990:497 et seq.) historicamente, os atos político não constituem uma espécie de gênero dos atos administrativos discricionários. São atos distintos, pois os atos políticos estão confiados aos supremos órgãos estatais. Ainda assim, os atos políticos estão sujeitos ao controle judicial no tocante à sua execução e efeitos materiais e legais. De toda forma, a divisão dos atos quanto a sua natureza (político ou administrativo) é importante para atualmente se concluir a superação do “móbil político” surgido no âmbito do Conselho de Estado francês, no início do Século XVIII, em que a simples classificação pelo Executivo de que tal ato possuía fim político bastava para excluí-lo totalmente do controle contencioso-administrativo. Em ato contínuo, sustenta a tese de que o conteúdo dos atos administrativos discricionários estão sujeitos a sindicância e controle judicial, por terem natureza formal, motivos determinantes e finalidade definível.

10 Na atuação administrativa verifica-se que o controle dos motivos é o da proporcionalidade dos meios aos fins. Ver Georges Vedel e Pierre Delvolvé (1990:799 et seq.) sobre o conceito de legalidade que está relacionado com a concretização da proporcionalidade, segundo o qual uma decisão não pode ser legal senão quando suas consequências estão em relação com o objetivo perseguido, o que fundamentaria o controle que o juiz exerce sobre as vantagens e os inconvenientes de um ato administrativo.

Economia Mista, que atua na esfera privada, o que não se deve confundir com uma obrigação jurídica ou liberdade extrema como nas empresas privadas¹¹.

Tratando de metodologia jurídica, pode-se separar atos políticos ou de gestão dos atos administrativos, com base na teoria formalista de que a ciência normativa é examinada como fim em si mesma, limitada a estudar os institutos jurídicos dentro de sua própria estrutura e segundo características a eles imanentes, excluindo do estudo, análise ou decisão, no momento de aplicação

11 Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1998:33) declara-se adepto da doutrina que encontra no mérito o “sentido político” da ação do Estado enquanto administrador, protagonizada pelos mestres Miguel Seabra Fagundes (1984) e Cretella Júnior (1972), e acrescenta que “esse sentido político decorre da função de atender ao interesse público, para o desempenho do qual a Administração deve preencher uma definição específica incompletamente feita na lei. Trata-se, portanto, de uma integração administrativa da legitimidade”.

Segundo Di Pietro (1991:74), no direito francês, o tema sobre controle é analisado em relação aos motivos do ato. “Distinguem-se três graus no controle dos fatos: o controle da materialidade, o controle da qualificação dos fatos e o controle da adequação da decisão aos fatos.” Do primeiro decorre uma simples constatação, pois se verifica a ocorrência dos fatos; é um controle mínimo. O controle da qualificação dos fatos “tem por objetivo verificar se os fatos produzidos são de natureza a justificar a decisão” da autoridade administrativa. “Esse é um controle considerado normal, porém que não se exerce em todas as hipóteses, pois há matérias em relação às quais o juiz administrativo só exerce o controle para anular a decisão administrativa que padece de um erro manifesto.” [...] “O terceiro tipo de controle – controle máximo – é o que verifica a adequação da decisão aos fatos. Esse controle se exerce em hipóteses limitadas, em que o juiz aprecia, não apenas se o fato justifica uma medida por parte da Administração, mas, dentre as medidas possíveis, julga se foi tomada a mais adequada.” [...] “O mesmo ocorre em relação à teoria das circunstâncias excepcionais, que aceita a possibilidade de a Administração afastar-se do princípio da legalidade diante de uma situação anormal e exorbitante, na medida em que isso seja necessário para atender ao interesse público”.

Segundo Hans Kelsen (1998:393) – ainda que não se refira apenas aos atos discricionários, mas, sim, a todo e qualquer ato jurídico – a escolha da solução “correta”, muito antes de balizar-se em juízos de legalidade, deve fundar-se em decisão política – e, pois, de utilização de mérito e juízos de valor. De acordo com seus ensinamentos, “a questão de saber qual é, dentre as possibilidades que se apresentam nos quadros do direito a aplicar, a correta, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao direito positivo, não é um problema de teoria do direito, mas um problema de política do direito”. Roberto Dromi (2007:162) salienta que “o conceito de valor se refere à correspondência que existe entre a conduta subjetiva, individual e devida e o bem objetivo, comum e devido”. Nesse sentido, o valor orienta a preferência (componente subjetivo) que conduz, segundo conceituado em uma norma jurídica, a um fim determinado (elemento objetivo).

do instituto jurídico formado, qualquer relação com a finalidade social e reguladora do direito que o contrarie¹².

Segundo esse pressuposto, garante-se a mutabilidade das normas e ao mesmo tempo a apreciação jurídica autônoma e absolutamente técnico-formalista, concebendo o direito como um aparelho técnico protetor justaposto à concreta realidade da vida, funcionalmente autônoma e qualitativamente distinta das influências e emoções no momento de aplicação da norma, no tempo e espaço¹³.

Quanto à distinção entre a teoria e a prática envolvendo a atuação político-econômica do Estado, é válida a afirmação desenvolvida para a atuação política do Estado de que a verdade é mais forte que a argumentação, ou seja, os fatos devem demonstrar o cumprimento da norma, mesmo diante da ausência de qualquer formalidade.

Nesse contexto é que a relação contratual mantida pelo Estado e, especialmente, as Sociedades de Economia Mista, como a PETROBRÁS, deve respeitar a realidade normativa e atender na prática as definições conceituais previstas na norma¹⁴.

Portanto, a própria atuação político-econômica, que se distingue da ação administrativa, totalmente vinculada ao ordenamento, seria controlável e fiscalizável, o que ratifica a posição exposta no presente artigo de ser jurídica e concretamente possível a relação contratual privada mantida entre a Petrobrás e a Contratada,

12 Marcello Caetano (1996:379) indica que as garantias políticas (cenário em que se desenvolvem os atos políticos) estão relacionadas ao funcionamento das instituições legais e administrativas, conforme competências e funções estruturadas pela Constituição e o direito de se manifestar, reivindicar, peticionar, reunir e se expressar. Em relação à ação política, sob o ponto de vista jurídico, afirma o autor que “A sorte da ação desenvolvida à sombra deles depende da receptividade de quem detém o poder e da conveniência que encontre em atendê-la.”

13 Consultar Giuliano Mazzoni (1934) sobre a relação entre fato e norma. Consultar Vernengo (1971) sobre a função social da ciência do direito e a necessidade de não desprezar os critérios políticos no direito e especialmente no direito público.

14 Segundo Humberto Ávila (2007:125), no contexto da definição conceitual, o controle dos atos administrativos discricionários pelo poder Judiciário será maior quanto maior for: (i) o juízo de valor a respeito da matéria; (ii) a premissa e a justificativa para a ação; (iii) a restrição ao bem jurídico constitucionalmente protegido; e (iv) a importância sistemática desse bem para o direito.

que somente pode existir licitamente em função do ordenamento jurídico e competências das respectivas empresas¹⁵.

Na hipótese proposta nesse artigo, a controvérsia a ser dirimida é como aproximar a realidade prática das relações contratuais privadas da vinculação e formalização ideal de atuação dos entes públicos. A proposta é esclarecida ponderando os limites da plena liberdade privada e a restrita e legalmente estruturada vinculação ao texto da norma jurídica para a atuação dos entes públicos.

A distinção entre atos políticos e atos administrativos é essencial (tomando essência como identidade de uma coisa para diferenciá-la de outra e como condicionante da existência dela) para identificar os parâmetros de democracia, estado legal e repartição de poderes¹⁶. Hans Kelsen (2005:177) exprime a distinção existente entre direito objetivo e poder, bem como entre direito e força, ainda que o direito não possa existir concretamente sem poder para materializar o ordenamento.

Há teorias tratando da limitação da atuação político-econômica dos entes estatais como (i) a que controla o desvio ou o excesso de poder; (ii) a dos motivos determinantes para a validade do ato praticado; (iii) a da interpretação de conceitos imprecisos por elementos objetivos e (iv) a que preconiza a razoabilidade e a moralidade como parâmetros de contenção da liberdade do administrador, entre outras¹⁷. Todas elas parecem

15 Ver Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007:55 et seq.) sobre possibilidade de controle jurisdicional dos atos políticos ou de governo segundo o sistema normativo do Estado de direito, que segundo o autor não é baseada sobre o mesmo pressuposto de distinção entre atos políticos e atos administrativos apurada e desenvolvida neste estudo.

16 Ver legislação sobre crime de responsabilidade (Lei federal nº 1.079/50) e de improbidade administrativa (Lei federal nº 8.492/92). Ver Jessé Torres Pereira Júnior (1970:70) sobre a distinção entre atos administrativos e de governo ou político para fins de classificação do ato como crime de responsabilidade ou de improbidade. Ver José Armando da Costa (2000:103) sobre a improbidade como atentado contra os princípios constitucionais. Ver Fazzio Júnior (2000:240) sobre a necessidade de descrição precisa dos defeitos do ato administrativo praticado para que o autor possa ser julgado por improbidade.

17 Consultar Sarria (1982) sobre o exercício das funções estatais, que não podem limitar-se ao automatismo e que depende das considerações do administrador sobre as circunstâncias de cada momento. Ver Mário Masagão (1977:21) sobre o conceito

controlar determinados aspectos da atuação empresarial e política da Sociedade de Economia Mista, faltando sempre a objetividade em relação aos efeitos do ato praticado e aos limites ação.

O poder de contratação pelos entes públicos, em um Estado de direito e com repartição de poderes e funções, é conferido e controlado conforme as regras de estrutura e a competência normativa instituída¹⁸. Nessa situação prevalece a forma horizontal de aplicação da norma e poder conferido por ela, cuja força é controlada e equilibrada formalmente, contrapondo-se à força oriunda do poder de fato, por si só desmedida e descontrolada. Portanto, o poder de direito é representado pelo sistema de normas e pela estrutura de exercício de uma função, conforme previsto no ordenamento e sistematicamente definido e limitado.

No Estado de direito, formal e com repartição de poderes e funções, o exercício do poder, em especial o administrativo e político-econômico, deve seguir padrões de intensidade e materialidade previamente definidos. Esse é o poder conferido pelo ordenamento, que, ao mesmo tempo, o fiscaliza e o controla¹⁹.

Os motivos político-econômicos justificam determinados atos de natureza privada dos entes públicos, mas não são atos livres e subjetivos, pois mesmo atuando na esfera privada, dependem

de Direito Administrativo como o de conjunto dos princípios que regulam a atividade jurídica do Estado, exceto a judiciária, através da instituição de meios e órgãos para sua ação em geral e da atividade da Administração Pública como a mais poderosa, mas com um dever de apresentar-se de forma satisfatória ao interesse geral.

- 18 Consultar Habermas (2003) sobre a profissionalização do Estado, instituído em tese para atuar como representante político de acordo com as competências e funcionalidades estruturadas pelo ordenamento. Ver Goyard-Fabre (2002:483) sobre a contestação de Habermas sobre a universalização da razão e a unidade do sujeito em nome dos particularismos e pluralidade das formas de vida social. Segundo ele, a razão é importante, mas não poderia se expressar unicamente no modo técnico-político.
- 19 Celso Fernandes Campilongo (2002:79) alerta que “a forma fundamental do direito é a de um programa condicional respaldado pela força física”. O direito se relaciona com a moral, mas não de forma causal ou de produção de efeitos. A referência jurídica é sempre normativa (código legal-ilegal), assim como em Hans Kelsen (2005), em que o sistema normativo opera segundo suas próprias regras. “Quem pode dizer o que é direito? Só o próprio direito”. Paulo Bonavides (2007:107) aborda o significado de poder político enquanto organização ou disciplina jurídica da força, representando e estimulando a organização, coesão e solidariedade normativa de um grupo social em determinado território.

do cumprimento e comprovação da formalidade, motivação, fundamentação, economia e eficiência. A decisão de atuação do Estado na esfera privada, econômica e de mercado, desde que não contrarie nenhum preceito do ordenamento jurídico, fomenta o ajuste e adaptação do interesse público primário à interesses de ordem econômica, em busca da lucratividade²⁰.

Os argumentos da Administração de uma Sociedade de Economia Mista devem justificar os atos e contratos formulados, cujos conteúdos são totalmente vinculado à norma e objetivos da atuação privada, cuja eficiência e lucratividade lhe garante a existência perfeita no mundo jurídico e empresarial, mesmo diante das exigências de formalidade, motivação, fundamentação, finalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficácia exigidos dos entes públicos, diretos ou indiretos, atuantes na esfera pública ou privada.

O ato de gestão do administrador não é uma expressão de generosidade; é uma obrigação do cargo, que precisa obter e mostrar os efeitos da decisão tomada, bem como respeitar, garantir e ampliar o cumprimento do ordenamento.

A prerrogativa de organização ou diretivas para atuação do Estado na esfera privada, econômica e tecnológica implica no exercício de opções a respeito de soluções alternativas para cumprimento dos princípios administrativos e atingimento dos objetivos econômicos-empresariais. Todavia, isso não é mecanizável em fórmulas fixas ou reguladas. Por esse motivo, tais opções ficam sob a égide da atuação política, centrada no ocupante do cargo empresarial e político, como na direção de uma Sociedade de Economia Mista²¹.

20 Conforme o entendimento de Reale (1972:14), “é impossível passar do *mundo dos fatos* ao mundo do *dever ser jurídico*. A norma não resulta apenas dos fatos, mas da atitude espiritual (adesão, reação etc.) assumida pelo homem em face de um sistema de fatos”. Essa é missão da política em relação ao ordenamento jurídico, ou seja, “se a feitura das leis é problema político por excelência, ou seja, sócio-jurídico-político, é bom lembrar que não pode deixar de ser questão técnica e formalmente jurídica”. Ver Campilongo (2002:65 et seq.) sobre a diferença funcional entre sistema jurídico e sistema político. Ver ainda Marcos Augusto Perez (2006:168) sobre exemplo de decisão política influenciando a relação Administração Pública e administrado.

21 Ver Enterría e Fernandez (1990:499) sobre a teoria do móbil político e a distinção entre as funções políticas e administrativas, cada uma expressada em tipos de atos

Disso resulta uma dupla Administração empresarial e política quando o Estado, direta ou indiretamente, atua na esfera privada, na medida em que esses dois temas interferem na decisão sobre qualquer medida econômica, como se um contrato de prestação de serviços está ou não dentro das balizas instituídas pelo interesse econômico e empresarial da empresa estatal que atua na esfera privada.

6. NATUREZA JURÍDICA DA CONTRATAÇÃO DA CONTRATADA PELA PETROBRÁS

Como regra geral, é necessária a instauração de procedimento licitatório e concorrencial para contratação dos serviços de natureza privada, assegurando o princípio da isonomia e a escolha da proposta mais vantajosa à Administração Pública ou Sociedade de Economia Mista, conforme disposições do artigo 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93, e o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e legislação específica aplicável à Petrobrás. Nesse sentido, e nos termos das regras aplicáveis à Petrobrás, no caso de contratação direta deverá haver procedimento formalizando a dispensa ou a inexigibilidade. Em ambas as hipóteses deverá haver justificativa administrativa, de fato e de direito, para que a contratação tenha sido efetivada, nos termos do Decreto nº 2.745/98, e procedimento previsto no MPC.

Assim, considerando que os serviços prestados são lícitos e de natureza privada, podemos defender que a natureza jurídica da relação mantida entre Contratada e Petrobrás, em que a Contratada presta serviços relacionados com seu objeto e atividade social, é contratual, baseada nos termos do contrato de adesão oferecido pela Contratada a seus clientes, pessoas jurídicas. Esse pressuposto de existência de uma relação contratual não livra ou diminui a oportunidade da Contratada solicitar formalmente à Petrobrás a ratificação desses pressupostos e exigir a ratificação formal do atendimento de todas as normas de contratação aplicáveis aos entes públicos e Sociedade de Economia Mista.

diferentes.

Assim, as contratações de serviços pela Petrobrás podem ser feitas por meio de procedimento (a) concorrencial, (b) dispensa ou (c) por inexigibilidade. A Sociedade de Economia Mista deve motivar e fundamentar o eventual enquadramento desse serviço e suas particularidades em cada modalidade, devendo ratificar a legalidade do que está constituído até o presente.

7. RATIFICAÇÃO DA CONTRATAÇÃO DA CONTRATADA PELA PETROBRÁS

Para que a contratação direta da Contratada pela Petrobrás seja regular, tanto por dispensa ou inexigibilidade de concorrência, a contratação deve ocorrer por procedimento administrativo formalizado, no qual devem estar justificadas documentalmente, por escrito, as razões da escolha da Contratada.

A necessidade de se detalhar e especificar o objeto contratado é para se obstar eventuais direcionamentos sob a alegação de exclusividade ou inviabilidade de licitação, nos termos do artigo 6º, inciso IX, artigo 7º, § 2º e § 4º, e artigo 12 da Lei nº 8.666/93. O artigo 14 da mesma Lei estabelece que nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa. A existência de procedimento de contratação direta com motivação e fundamentação explicitando a razão e a necessidade da contratação dos serviços é necessário para validação do requisito de existência e legalidade do ato administrativo, nos termos do artigo 26, *caput*, da Lei nº 8.666/93.

O procedimento de dispensa ou inexigibilidade de concorrência entre possíveis fornecedores deverá atestar o enquadramento da contratação dentro dos valores permitidos para a decisão da Petrobrás contratar diretamente ou a impossibilidade de contratação de outras empresas, mediante a existência de registros e justificativas técnicas quanto à viabilidade de prestação dos serviços e cotação de preço, bem como se os serviços estavam acessíveis de forma mais econômica. Ademais, deverá ser demonstrada a presença do interesse empresarial da Petrobrás na contratação dos respectivos serviços da Contratada, sem contrariar o interesse público geral e

abstrato, o qual deve ser formalizado e demonstrado, de modo a caracterizar a moralidade da contratação.

Quanto ao objeto e preço contratado pelos serviços prestados, a rigor, esses preços deverão atender aos princípios da economia, proporcionalidade, razoabilidade, eficiência e do interesse econômico-empresarial, os quais, por via de regra, deverão permear toda compra da Administração Pública, direta ou indireta. Assim, o objeto contratado, o serviço prestado e o preço devem ser compatíveis com (i) os objetivos econômicos, funcionais e materiais da companhia e (ii) os preços de mercado praticados nesse segmento, comparáveis e parametrizados às modalidades de serviços prestados pela Contratada.

No mais, deverá ser confirmado o procedimento administrativo interno na PETROBRÁS, compatível com os contratos celebrados, para que seja ratificado que não há desvios de procedimentos, prejuízos e/ou preços superdimensionados à Administração Pública/Sociedade de Economia Mista. Nesse contexto, para regularidade da contratação direta de um serviço ou eventuais renovações, sem prévia concorrência com potenciais prestadores do mesmo tipo de serviço, é necessário a existência e/ou instauração de procedimento administrativo de dispensa ou inexigibilidade, o qual deverá ser formalizado por contrato expresso (em ratificação e acréscimo ao termo contratual de adesão da Contratada para clientes pessoas jurídicas) no qual deverá constar todas as especificidades do objeto contratado, justificativas, bem como eventuais modificações do projeto ou das especificações, ou para modificações do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto.

7.1 DISPENSA DE LICITAÇÃO

Para que seja reconhecida a legalidade da contratação direta de um serviço prestados pela Contratada à Petrobrás, tendo ocorrida a contratação direta por **dispensa de licitação**, é necessário demonstrar a compatibilidade do valor contratado, de acordo com os valores estabelecidos na tabela de limite de competências da Petrobrás. Como indicado anteriormente, poderá haver dispensa de licitação em razão: (i) do valor contratado; ou (ii) quando não

tiverem interessados à licitação anterior e esta não puder ser repetida sem prejuízo para a Petrobrás, mantidas as condições preestabelecidas em eventual concorrência pública.

Nesse contexto, para que contratação direta por dispensa de licitação de um serviço prestado pela Contratada à Petrobrás tenham sido regulares: (a) a Contratada deverá assegurar-se que os valores dos serviços prestados estão dentro da Tabela de Limites de Competência aprovada pela Diretoria Executiva da Petrobrás; ou (b) assegurar-se da comprovada ausência de interessados à licitação anterior, sendo mantidas as condições pré-estabelecidas.

Assim, Contratada e Petrobrás devem possuir documentos que comprovem a justificativa material e o processo administrativo interno para contratação direta por dispensa de licitação, incluindo cópia dos procedimentos adotados e da tabela de valores limites para essa competência e tipo de contratação, os quais, a rigor, comprovarão a licitude da contratação.

7.2 INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Caso a contratação direta tenha ocorrido por **inexigibilidade de licitação**, igualmente, deverá ter havido procedimento administrativo interno de caracterização da inexigibilidade, comprovando a impossibilidade em instaurar procedimento licitatório, em atenção ao princípio do formalismo que rege os atos administrativos e decorre do princípio da legalidade, e também para os fins do artigo 26, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 8.666/93.

A inviabilidade em instaurar procedimento licitatório para concorrência entre eventuais interessados para a prestação do serviço nos termos, locais, modelos, quantidade etc. como necessitado e pretendido pela Petrobrás fundamentaria também a inexigibilidade de licitação. Esse fato objetivo deve estar demonstrado em procedimento administrativo interno pela Petrobrás, incluindo a especificidade do objeto contratado e a motivação que levou à escolha da Contratada pela Sociedade de Economia Mista.

Considerando a exclusividade e particularidade de um único possível prestador de serviço, a Súmula 255 Tribunal de Contas da União dispõe que:

“nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público, responsável pela contratação, a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade”.²²

Da mesma forma, nessa hipótese, a Contratada e Petrobrás devem possuir documentos que comprovem a justificativa e o processo administrativo interno para contratação direta por inexigibilidade de licitação.

8. CONCLUSÃO E RESPOSTAS AOS QUESTIONAMENTOS CONSIDERADOS NA HIPÓTESE DESSE ARTIGO.

Considerando os fatos jurídicos hipotéticos indicados acima, conclui-se pelas seguintes respostas:

(i) Qual a natureza jurídica da relação entre as empresas, considerando que a Petrobrás é uma Sociedade de Economia Mista, controlada pelo Estado?

RES.: Considerando a existência de fato de uma relação comercial em que há o cumprimento dos princípios legais para a formação da relação contratual entre as empresas, nos termos do Código Civil e legislação especial aplicável às contratações feitas pela Petrobrás, inclusive pela necessidade de haver o aceite ou a solicitação dos serviços pela Petrobrás, entendemos que a natureza jurídica da relação entre Contratada e Petrobrás é contratual, por meio do contrato de adesão oferecido pela Contratada, em que esta presta serviços relacionados com seu objeto e atividade social.

Essa relação contratual estaria tacitamente formalizada e inserida no modelo de contrato de adesão oferecido pela Contratada aos clientes pessoas jurídicas, incluindo todos os acréscimos e as alterações pertinentes à prestação de serviços que fossem solicitados pela Petrobrás.

Como mencionamos no item 3.1 acima, a supremacia das normas de ordem pública diante da legalidade do contrato

22 Disponível em <<http://portal.tcu.gov.br/cidadao/cidadao.htm>>.

de adesão de origem privada firmado por entes públicos é tema complexo e questionável, até mesmo no âmbito judicial. Assim, a questão se todas as penalidades previstas para serem aplicadas pelos entes públicos atingem esses contratos, sem qualquer distinção aos contratos de adesão oferecidos pelos entes privados, deve ser tema de estudo em separado.

(ii) Quais as responsabilidades jurídicas para as empresas envolvidas nessa relação contratual?

RES.: Considerada regular a relação contratual entre as empresas, as responsabilidades jurídicas das partes são aquelas definidas em contrato, mesmo que o de adesão oferecido pela Contratada, bem como as responsabilidades legais e gerais aplicáveis a cada uma das pessoas jurídicas, em especial à Petrobrás, por sua natureza de Sociedade de Economia Mista.

Considerando a hipótese da relação contratual depender de alguma regularização, como a formalização de procedimento administrativo interno na Petrobrás ou a formalização de instrumento contratual com cláusulas oferecidas pela Petrobrás, a Contratada poderá ser responsabilizada segundo o exigido na legislação federal aplicável, conforme indicado nesse artigo, no item 3.1 e dependendo do enquadramento que a eventual irregularidade receber, em que pese a necessidade de se questionar juridicamente o tipo e a amplitude das penas, previstas em tese, de serem aplicadas.

Na hipótese extrema da contratação da Contratada pela Petrobrás ser considerada totalmente irregular, simplesmente pela ausência de um modelo de contrato oferecido pela Petrobrás, a relação mantida entre as empresas pode ser declarada nula, assim como os respectivos pagamentos efetuados à Contratada. Não concordamos com a concretização jurídica ilimitada dessa hipótese de penalização, embora a controvérsia possa ser levantada pelos órgãos de fiscalização internos e externos da Petrobrás, incluindo o Ministério Público.

Em decorrência da hipótese extrema acima, a Petrobrás e Contratada deverão se defender contra as possíveis penalidades nas esferas civil, penal e administrativa, bem como responder pela prática de ato de improbidade administrativa, caso seja comprovado

dano ao erário, dolo e/ou alguma forma de desvio de finalidade, cuja penalidade poderá variar conforme a capitulação ou infração que for teoricamente configurada.

(iii) Há alguma irregularidade a ser sanada e/ou providência por parte da Contratada e/ou Petrobrás para manutenção de uma relação contratual com base em contrato de adesão oferecido pela Contratante, nos termos da legislação brasileira aplicável?

RES.: Diante dos pressupostos indicados, entendemos que não há irregularidade que torne a relação contratual nula de pleno direito. O que pode haver é irregularidade sanável. Para regularização e/ou manutenção da atual relação contratual, nos termos da legislação brasileira aplicável, é necessário adotar os procedimentos indicados no item 6 desse artigo, em especial, confirmar e/ou formalizar o procedimento administrativo interno na Petrobrás que justifique documentalmente, por escrito, as razões da escolha da Contratada e o procedimento adotado: (i) dispensa ou (ii) inexigibilidade, que deverão estar indicados.

Nesse aspecto, a justificativa deverá conter as razões que envolveram a possibilidade única de contratação da Contratada, consubstanciadas em fatos e registros, de que essa empresa é capaz de executar o serviço contratado conforme a necessidade e nos termos ainda que tácitos exigidos pela Petrobrás.

Além da justificativa, é necessário detalhar e especificar o objeto contratado e a extensão dos serviços contratados e respectiva cotação/compatibilidade dos preços praticados com valor de mercado. No mais, deve ser confirmado o procedimento administrativo interno na Petrobrás, compatível com o objeto do contrato celebrado, ratificando que não há prejuízos à Administração Pública/Sociedade de Economia Mista.

Da mesma forma, a Contratada deve obter a confirmação do exame e da respectiva aprovação, direta ou indireta, pelos órgãos de fiscalização interno e externo da Sociedade de Economia Mista, como o TCU, dessa contratação no respectivo ano, conforme previsto na legislação, pela via: (a) concorrencial, (b) dispensa ou (c) por inexigibilidade, seguindo a motivação e fundamentação aplicável aos serviços e suas particularidades.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7º ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 18ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. I.

BITTAR, Eduardo C. B.; *Doutrinas e filosofias políticas*. São Paulo: Atlas, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BRÜNING, Raulino Jacó. *O controle dos atos administrativos pelo Ministério Público*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor; Blumenau: Editora da FURB, 1989.

CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Do ato administrativo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1972.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Da discricionariedade administrativa*. São Paulo: Atlas - LIS Gráfica e Editora, 1991.

DROMI, Roberto. *Sistema jurídico e valores administrativos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2007.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Trad.: Arnaldo Setti. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6º ed., São Paulo: Saraiva, 1984.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos*. São Paulo: Atlas, 2000.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O Controle da moralidade na constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

GOYARD-FABRE, Simone. Os princípios filosóficos do direito político moderno. Trad.: Irene A. Paternot. São Paulo: Martins fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Trad. Fávio Beno Siebenechler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 6ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977.

MAZZONI, Giuliano. *L'Ordinamento corporativo*. Padova: CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1934.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 3ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da e BARCHET, Gustavo. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2007.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2º ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato administrativo*. 5ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. “Os atos institucionais em face do direito administrativo”. In: *Direito administrativo aplicado e comparado*. São Paulo, v. I, Editora Resenha Universitária. 1970.

PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *O poder discricionário da Administração*. Coimbra: Coimbra Editora, 1944.

REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. 3ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1972.

RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. Trad. José Cretella Jr. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

SARRIA, Consuelo. “Discrecionalidad administrativa” In: *Acto administrativo* - Vários autores. Tucuman: Ediciones UNSTA, 1982. p. 97-123.

SILVA JUNIOR, João dos Reis. “A contradição público-privado e as modalidades da dimensão estatal” In: *margem esquerda – ensaios marxistas*. São Paulo, n. 6, setembro, Boitempo Editorial, 2005.

SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

VEDEL, Georges e DELVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif*. 11º ed., Paris: Presses Universitaires de France, 1990.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013. v.3.

_____. *Direito civil: parte geral*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Teoria Geral dos contratos*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1996

VERNENGO, Roberto José. *Temas de teoria general del derecho*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciências Sociales, 1971.

Recebido em 18/04/2016.

Aprovado em 31/08/2016.