

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Anote-se, inicialmente, que o acórdão dos embargos de declaração foi publicado em 18/8/2000, conforme expresse na certidão de folha 346, não sendo exigível a demonstração da existência de repercussão geral das questões constitucionais trazidas no recurso extraordinário, conforme decidido na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº. 664.567/RS, Pleno, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 6/9/07.

Em prosseguimento, tem-se que a controvérsia em debate nestes autos cinge-se em determinar se a recorrida encontra-se obrigada a cumprir os ditames da Lei nº 8.666/93, em face da disciplina trazida pela norma do artigo 173, § 1º da Constituição Federal.

A sentença de primeiro grau julgou procedente a ação e impôs à recorrida o pagamento de indenização por perdas e danos, o que foi feito com esboço na ilegalidade da ruptura contratual levada a cabo pela recorrida, e, ainda, porque o fato de ter havido uma nova contratação independentemente do regime de licitação, configuraria uma grave violação das normas legais que se entendeu aplicáveis ao caso.

Já no Tribunal Regional Federal, tal decisão foi reformada, porque então se entendeu que à recorrida não se aplicaria a imposição constante do artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93.

O apelo extremo está calcado na assertiva de que o simples fato de a sociedade de economia mista, que explore atividade econômica, sujeitar-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, segundo os termos do § 1º do artigo 173 da Constituição Federal, não a excluiria do processo de licitação preconizado pelo inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal.

Isso porque – e especialmente no caso presente, ainda mais se realçaria, dada a pujança econômica da recorrida – sociedades de economia mista majoritárias, tais como a recorrida, administram recursos públicos, não raras vezes de vulto, e a sociedade civil não poderia ficar alheia, tampouco à margem, da destinação de tais recursos.

À época em que se passaram os fatos em discussão nestes autos, vigorava o artigo 173, § 1º da Constituição Federal, em sua redação original, a qual, pura e simplesmente, estabelecia que a empresa pública, a sociedade

de economia mista e outras entidades que venham a explorar atividades econômicas, devem sujeitar-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98, tal dispositivo constitucional teve alterada sua redação, a qual agora determina que a lei deverá estabelecer o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços. E elencou, então, a disciplina que deveria constar desse estatuto jurídico: função social; forma de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias; licitação de obras e contratação de serviços, contas, alienações, observados os princípios da Administração Pública; constituição ou o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação dos acionistas minoritários e os mandatos, avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

Constata-se, portanto, que, em ambos os momentos em que redigidas essas normas constitucionais, o que se desejou foi proteger a atividade dessas sociedades que exploram atividade econômica, pondo-as, sempre, sob o regime das empresas privadas.

De fato, a preocupação maior parece ter sido a de assegurar concretamente que esse desempenho das sociedades de economia mista pudesse guardar o mesmo padrão das demais empresas que atuam no mercado, afastando, assim, qualquer mecanismo de proteção ou de privilégios.

Esta Corte, quando do julgamento da ADI nº 3.273/DF (DJ de 2/3/07), em que ficou Relator para o acórdão o Senhor Ministro **Eros Grau**, deixou bem claro que essa é a orientação prevalecente com relação à recorrida, como ficou explicitado naquela ocasião, sendo certo que, naquele momento, o que se discutiu, de forma objetiva, foi a participação da Petrobrás, em uma dada licitação.

Destaca-se, por oportuno, o seguinte trecho do acórdão então proferido, que bem explicita a questão ora em análise, **in verbis** :

“ A PETROBRAS não é prestadora de serviço público; não pode ser concebida como delegada da União; explora atividade econômica

em sentido estrito, sujeitando-se ao regime jurídico das empresas privadas (§ 1º, 11 do artigo 173 da Constituição do Brasil de 1988).

Atua em regime de competição com empresas privadas que se disponham a disputar, no âmbito dos procedimentos licitatórios (artigo 7º, XXI da Constituição), as contratações previstas no § 1º do artigo 177 da Constituição do Brasil” .

Não foi por outra razão que o eminente Ministro **Gilmar Mendes** , em longa e percutiente decisão, deferiu uma medida liminar em mandado de segurança a favor da recorrente, impetrado diante de decisão oriunda do Tribunal de Contas da União, que cuidava expressamente da aplicação do regime de licitação previsto na Lei nº 8.666/93. Vale a transcrição de sua fundamentação, **in verbis** :

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

atividade econômica de exploração do petróleo em regime de livre competição com as empresas privadas concessionárias da atividade, as quais, frise-se, não estão submetidas às regras rígidas de licitação e contratação da Lei nº 8.666/93. Lembre-se, nesse sentido, que a livre concorrência pressupõe a igualdade de condições entre os concorrentes. Assim, a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal de Contas da União, do art. 67 da Lei nº 9.478/97, e do Decreto nº 2.745/98, obrigando a Petrobrás, conseqüentemente, a cumprir as exigências da Lei nº 8.666/93, parece estar em confronto com normas constitucionais, mormente as que traduzem o princípio da legalidade, as que delimitam as competências do TCU (art. 71), assim como aquelas que conformam o regime de exploração da atividade econômica do petróleo (art. 177). Não me impressiona o teor da Súmula nº 347 desta Corte, segundo o qual "o Tribunal de Contas, o exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público". A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurisditionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional. No entanto, é preciso levar em conta que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Em escritos doutrinários, tenho enfatizado que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas. Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988. A urgência da pretensão cautelar também parece clara, diante das conseqüências de ordem econômica e política

que serão suportadas pela impetrante caso tenha que cumprir imediatamente a decisão atacada. Tais fatores estão a indicar a necessidade da suspensão cautelar da decisão proferida pelo TCU, até o julgamento final deste mandado de segurança. Ante o exposto, defiro o pedido de medida liminar, para suspender os efeitos da decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 39 /2006) no processo TC nº 008.210/2004-7 (Relatório de Auditoria)” (MS nº 25.888-MC/DF, Relator Min. GILMAR MENDES, DJ de 29/3/6).

Observando a disciplina imposta pela Constituição Federal, veio à lume a Lei nº 9.748/97, que dispôs, então, que os contratos celebrados pela recorrente para a aquisição de bens e serviços seriam precedidos de procedimento licitatório simplificado, o qual viria a ser definido em decreto do Presidente da República.

E isso efetivamente aconteceu, com a edição do Decreto nº 2.745/98.

Por essa razão, o eminente Ministro **Ricardo Lewandowski**, nos autos do Mandado de Segurança nº 26.410 (DJ de 2/3/07), entendeu que a submissão legal da recorrida ao regime diferenciado de licitação parece estar justificado pelo fato de que, com a relativização do monopólio do petróleo trazida pela aludida Emenda Constitucional nº 9/95, a empresa passou a exercer uma atividade econômica que estava vinculada a um regime de livre competição, já agora, e não de monopólio exclusivo. Nas palavras de Sua Excelência:

“ Bem examinados os autos, verifico, em sede de cognição sumária, que existe plausibilidade jurídica no pedido liminar. Em caso idêntico ao presente, MS 25.888 MC/DF, julgado em 22.03.2006, o Min. Gilmar Mendes deferiu o pedido liminar nos seguintes termos: “A submissão legal da Petrobrás a um regime diferenciado de licitação parece estar justificado pelo fato de que, com a relativização do monopólio do petróleo trazida pela EC nº 9/95, a empresa passou a exercer a atividade econômica de exploração do petróleo em regime de livre competição com as empresas privadas concessionárias da atividade, as quais, frise-se, não estão submetidas às regras rígidas de licitação e contratação da Lei nº 8.666/93. Lembre-se, nesse sentido, que a livre concorrência pressupõe a igualdade de condições entre os concorrentes. Assim, a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal de Contas da União, do art. 67 da Lei nº 9.478/97, e do Decreto nº 2.745/98, obrigando a Petrobrás, conseqüentemente, a cumprir as exigências da Lei nº 8.666/93, parece estar em confronto com normas constitucionais, mormente as que traduzem o princípio

da legalidade, as que delimitam as competências do TCU (art. 71), assim como aquelas que conformam o regime de exploração da atividade econômica do petróleo (art. 177). Não me impressiona o teor da Súmula nº 347 desta Corte, segundo o qual “o Tribunal de Contas, o exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”. A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional.” Nesse mesmo sentido o MS 25986 ED-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 21. 06.2006. Defiro, portanto, o pedido de medida liminar para suspender os efeitos da decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, Acórdão 150 /2006, proferido nos autos do processo TC 016.170/2005-2, até o julgamento final do presente mandado de segurança, sem prejuízo de ulterior análise da questão trazida à minha apreciação”.

Inúmeras outras decisões de igual teor foram proferidas, em ações mandamentais impetradas pela recorrida, em casos similares, tais como ocorreu nos autos do MS nº 27.337/DF, relator o Ministro **Eros Grau** (DJe de 28/5/08) e do MS nº 27.743/DF, relatora a Ministra **Cármem Lúcia** (DJe de 15 /12/08).

Assim, se se tem por certo que a recorrida disputa espaço livremente, no mercado em que atua, aí incluída a luta entre concorrentes, em condições parelhas com as empresas privadas, não se há de exigir que fique subordinada aos rígidos limites da licitação da lei especial destinada aos serviços públicos, em sentido ampliado, sob pena de criar-se um grave obstáculo ao normal desempenho de suas atividades comerciais.

Portanto, reputo ser inaplicável às sociedades de economia mista que explorem atividade econômica própria das empresas privadas, concorrendo, portanto, no mercado, o regime estreito estabelecido na Lei nº 8.666/93, por entender não ser possível conciliar o regime previsto na Lei nº 8.666/93 com a agilidade própria desse tipo de mercado que, como sabido, é movido por intensa concorrência entre as empresas que nele atuam.

A agilidade que se exige das empresas que atuam no mercado é absolutamente incompatível com um sistema rígido de licitação, como esse imposto pela referida Lei nº 8.666/93.

Daí a perspectiva de impor-se, já com a Emenda nº 19/98, um regime diferenciado com esse reconhecimento constitucional, consequência previsível da redação original do § 1º do artigo 173 da Constituição, que adotou para essas empresas, na prática de atos de comércio, o regime do direito privado.

E nem se diga que essa interpretação só se tornou possível com a promulgação da Emenda Constitucional nº 9/95, ou mesmo da Emenda Constitucional nº 19/98.

Pelo contrário, a compreensão dessa realidade, ou seja, de que tais empresas que assim atuam no mercado, sujeitam-se ao regime jurídico de direito privado, é inerente ao sistema criado pela Constituição Federal, atribuindo-se à sociedade de economia mista a exposição, a exploração de atividades econômicas (comercialização de bens ou de prestação de serviços) e o mesmo regime das empresas de direito privado.

Não faz nenhum sentido juntar-se esse regime com aquele outro de exigir-se que siga o padrão de contratação adequado para os serviços públicos que não se submetem ao regime da livre concorrência.

Tal interpretação, que afasta a aplicação do artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, é uma consequência direta da própria natureza constitucional dessa sociedade, tal como foi posto pelo constituinte originário e reiterado pelo constituinte derivado, já agora apenas com referência à Emenda Constitucional nº 19/98.

Saliente-se, ademais, que as exigências mercadológicas nesses contratos de afretamento são dotados de uma tal tipicidade que, se seguisse a recorrida o regime exigido pela Lei nº 8.666/93, ficaria até mesmo, de uma certa maneira, inviabilizada a contratação, na medida em que, em tais casos, a contratação obedece a padrões internacionais, com modelo consagrado, espalhada a possibilidade de contratação por todos os países. Por conseguinte, torna-se impossível vinculá-los àquele regime de licitação previsto na lei própria para os contratos licitados no regime do serviço público **stricto sensu**.

Diga-se, ainda, que, se não bastasse essa especificidade para os contratos de afretamento, o fato é que, para as empresas privadas, o mercado já não tem mais limites a partir da globalização da economia e, por óbvio, da possibilidade de descentralizar-se a produção de bens e serviços considerando os preços e condições de fornecimento.

Não é por outra razão que, nos dias que correm, as empresas privadas buscam obter melhores condições para as suas atividades, deslocando unidades de produção e de fornecimento de componentes industriais para praças capazes de oferecer melhores condições e padrões de qualidade.

Trata-se do tão falado fenômeno da globalização, que no mercado de petróleo, em que atuam as empresas envolvidas neste processo, atinge seu grau máximo de potencialização, com empresas de diversas nacionalidades, atuando em conjunto, em variados pontos do globo.

O Estado moderno, no plano do exercício das atividades econômicas, encontra-se exposto à necessidade de enfrentar o mercado internacional, adequando-se às suas exigências, sob pena de ficar ultrapassado e correr o risco de derrocada econômica, com graves conseqüências, para seus cidadãos.

Por isso, ao longo do tempo, foram criados mecanismos próprios para que isso fosse factível. É essa a base da criação de sociedade de economia mista e já agora da flexibilização dos monopólios, quando envolvidos segmentos de alta complexidade e competitividade e severa concorrência, exatamente como ocorre no segmento econômico em que atuam as empresas envolvidas neste litígio.

É incompatível, nesse cenário, exigir que essas sociedades que nasceram das entranhas do Estado para competir no mercado de exploração comercial de bens e serviços fiquem subordinadas a regime administrativo próprio dos serviços públicos, incapazes de desafiar, certamente, a realidade da prática comercial aguerrida com que se deparam, diuturnamente, no desempenho de suas atividades comerciais.

Bem por isso, as empresas de economia mista que disputam livremente o mercado - tanto que a Constituição Federal por essa razão mesma conferiu-lhes o regime de empresas privadas - devem estar submetidas ao regime próprio diferenciado, que foi exatamente o que o constituinte derivado quis aperfeiçoar com a redação da Emenda Constitucional nº 9/95.

Por essas razões, entendo correta a solução que o acórdão recorrido deu ao litígio em tela, razão pela qual, pelo meu voto, estou negando provimento a este recurso extraordinário.