

Voto Vogal

O Senhor Ministro Edson Fachin : Senhora Presidente, nos termos do artigo 134, §2º do Regimento Interno desta Casa, embora não integrasse a Corte quando do início do julgamento do presente feito, analisei o caso e declaro-me apto a votar.

Entendo, de saída, que a Petrobras não está imune aos princípios e regras da Constituição; legalidade, moralidade e impessoalidade devem valer para todos os entes e pessoas. Assim exponho meu voto.

Trata-se de recurso extraordinário interposto em face de acórdão que, considerando o reconhecimento da inconstitucionalidade parcial do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 8.666/1993 pelo Órgão Especial da Corte Gaúcha, o qual deu interpretação conforme à Constituição ao dispositivo para excluir sua incidência às sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, denegar o pleito exordial de indenização pela alegada ausência de licitação da atividade de afretamento de navios para transporte de derivados de petróleo, dando provimento ao apelo da Petrobras.

Na apreciação do extraordinário na Primeira Turma desta Corte, decidiu-se pela afetação do recurso ao Plenário, o qual iniciou o julgamento do feito em 03 de agosto de 2011. Na oportunidade, o Relator, E. Ministro Dias Toffoli, proferiu voto no sentido do desprovimento do recurso extraordinário, mantendo a não incidência do disposto na Lei nº 8.666/1993 às sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, ao entender que *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*, e concluindo no sentido de que *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*.

O E. Ministro Marco Aurélio inaugurou a divergência, dando provimento ao recurso extraordinário, ao entendimento de que o *instituto*

da licitação foi inicialmente previsto a abranger, sem excepcionar-se este ou aquele caso concreto, as sociedades de economia mista, bem como que sob o ângulo da licitação, com a Emenda Constitucional nº 19/98, veio à balha dispositivo revelando-a específica, e não afastando-a. Então, não cabe concluir pelo estabelecimento de distinções nem pelo conflito do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 8.666/93 com o citado artigo 173, §1º, da Carta Federal.

Em análise ao caso presente, atente-se à necessidade de delimitação do objeto da presente demanda, cujos fatos ocorrem nos anos de 1993 denúncia do contrato, pela Petrobras, junto às empresas ora recorrentes e 1994 realização do procedimento licitatório que deixa de observar as disposições da Lei nº 8.666/1993.

Os fatos ocorreram, portanto, antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 9/1995, que incidiu sobre o monopólio do petróleo, bem como da promulgação da Emenda Constitucional nº 19/1998, a qual modificou a redação original do §1º do artigo 173 do texto da Constituição.

Nesse sentido, portanto, **debate-se na presente lide acerca da necessidade ou desnecessidade de a Petrobras, no período anterior à Emenda Constitucional nº 9/95, promover licitação nos termos da Lei nº 8.666/1993.**

Delimitado o objeto, e bem analisada a circunstância, entendo pelo provimento do apelo, no que acompanho a divergência inaugurada pelo E. Ministro Marco Aurélio.

A Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras consiste em sociedade de economia mista, definido o conceito pelo Decreto-Lei nº 200/1967, que conceitua essa modalidade de empresa estatal como *entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.*

Sociedades de economia mista como a Petrobras, atuam na consecução da intervenção estatal no domínio econômico, campo, por natureza, de atuação da iniciativa privada, no qual, entretanto, faz-se presente o Estado para assegurar imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, nos termos da lei autorizadora da atuação dessas empresas estatais. É certo que cumprem função de relevo em condições específicas.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles:

“Com relação às empresas que exploram atividade econômica a licitação e a contratação ficarão sujeitas aos princípios da Administração Pública, nos termos de seu futuro estatuto jurídico (CF, art. 173, §1º, III, com a redação da EC 19/98), que, evidentemente não deve impor as mesmas restrições previstas para as suas congêneres prestadoras de serviços públicos, sob pena de contrariar o preceito constitucional de que o regime jurídico de tais entidades deve ser assemelhado ao das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias (CF, art. 173, §1º, II)”. (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 42.ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 464)

Da lição de Marçal Justen Filho, tratando especificamente da Petrobras:

“A atuação da Petrobras não pode ser enfocada apenas sob a dimensão interna, em que se configura um monopólio. A Petrobras atua em competição com outras empresas transnacionais, numa dimensão mundial. Portanto, aplicam-se a ela as considerações anteriores relativas à necessidade de adoção de procedimentos contratuais apropriados a garantir-lhe condições de competitividade”. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 42)

Colocadas assim as premissas, a questão ora submetida a julgamento traz consigo a necessidade de aferir como tais empresas se conformam diante do texto da Constituição da República.

É da dicção constitucional a submissão dessas empresas ao regime jurídico de direito privado, o qual sofre derrogações em favor do direito público, decorrentes do próprio texto constitucional, assegurando que essas entidades integrantes da Administração Pública Indireta não se desviem de seus objetivos institucionais, já que não podem possuir os mesmos propósitos de uma empresa do setor privado, pois inseridas em um contexto de consecução do interesse público.

Nessa conjugação de regimes jurídicos, primordialmente de direito privado no que concerne à regulação das sociedades de economia mista que exercem atividade econômica (em alguma medida de contraposição àquelas que desempenham serviço público), mas com a necessária reserva dos

princípios de direito público, em especial aqueles descritos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal com especial relevo à legalidade, moralidade e impessoalidade cuja latitude hermenêutica não confere maior espaço para interpretação.

Eis o lugar que ocupa a licitação para contratação de obras, serviços, compras e alienações, aplicável às sociedades de economia mista, mesmo àquelas que exercem atividade econômica, por expressa dicção constitucional, desde a redação originária. É nesse espaço de contaminação dos princípios do direito público no regime jurídico de direito privado a reger essa modalidade de empresa estatal que se situa a exigência da licitação, até mesmo em homenagem ao investimento público na sociedade de economia mista considerada.

A Constituição Federal disciplinou a necessidade de observância da licitação em seu artigo 37, inciso XXI, assegurando à Administração Pública Direta e Indireta a melhor contratação tendo em vista o interesse especial tutelado. Em regulamentação a esse dispositivo, foi editada a Lei nº 8.666/1993, estabelecendo normas acerca das licitações e contratos administrativos, contendo em seu artigo 1º a seguinte redação:

“Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios” .

A questão a ser dirimida, portanto, resume-se a saber se, na hipótese concreta, no ano de 1994, havia legislação que fizesse o *discrímen* entre a exigência de licitação às sociedades de economia mista que exercem atividade econômica e aquela que se opera em relação às demais entidades que integram a Administração Pública.

Se, de uma parte, é correto afirmar que a partir da redação conferida pela Emenda Constitucional nº 19/98 ao artigo 173 do texto constitucional passou a existir autorização expressa para a edição de lei que promova essa distinção, de outra parte ressalte-se que mesmo nessa nova redação exige-se observância aos princípios da administração pública.

Dessarte, considerando que à época dos fatos já vigorava a Lei nº 8.666/1993, a regulamentar de forma exclusiva o disposto no artigo 37, *caput* e inciso XXI, e constatando-se que o parágrafo único do artigo 1º da referida lei expressamente inclui as sociedades de economia mista como entes regulados por seus dispositivos, não subsiste razão para que a Petrobras não estivesse a ela vinculada, no período anterior às Emendas Constitucionais nº 9/95 e 19/98.

Mesmo que se considere a característica da competitividade das atividades da Petrobras, bem como sua peculiar atuação no plano internacional, a Constituição da República é expressa em seu regramento, vindo a permitir uma distinção legislativa no que concerne ao procedimento licitatório apenas com a Emenda Constitucional nº 19/98 debate este cuja seara é diversa, não sendo objeto do presente feito.

Portanto, considerado o texto da Constituição, que em seu artigo 37, *caput*, expressamente submete, desde a promulgação, as entidades integrantes da Administração Indireta aos princípios ali encartados, e restando a necessidade de licitação antecedente às contratações expressa no inciso XXI, como corolário dos princípios da moralidade, da impessoalidade, da legalidade, da isonomia e da publicidade, depreendo ser imprescindível a submissão da Petrobras aos procedimentos previstos pela Lei nº 8.666/1993, em razão da inexistência de regramento constitucional, vigente à época, que a excluísse do âmbito de incidência da legislação em comento, a qual, ao revés, expressamente determina a aplicação de suas regras às sociedades de economia mista.

Diante dessas considerações, voto no sentido do provimento do recurso extraordinário ora sob apreciação, acompanhando a divergência.

É como voto.