

Contraponto a liminares concedidas no âmbito do STF: análise da jurisprudência do TCU acerca da obrigatoriedade de as estatais licitarem nos moldes previstos pela Lei nº 8.666/1993

Sandro Grangeiro Leite

Recentemente, Ministros do Supremo Tribunal Federal concederam liminares em mandados de segurança nos quais foram impugnadas determinações do TCU para que a Petrobras obedecesse aos ditames da Lei nº 8.666/1993.

Trata-se das liminares concedidas nos Mandados de Segurança nos 25.888 (Relator Ministro Gilmar Mendes), 25.968 (Relator Ministro Celso de Mello), 26.410 (Relator Ministro Ricardo Lewandowski) e 26.783 (Relator Ministro Marco Aurélio, liminar concedida pela Presidente Ministra Ellen Gracie).

O leading case consistiu no MS nº 25.888. Nesse precedente, foi impugnado acórdão do TCU no qual determinou-se à Petrobras que se abstinhasse de aplicar o Regulamento de Procedimento Licitatório Simplificado, consubstanciado no Decreto nº 2.745/1998. O relator, Ministro Gilmar Mendes, ponderou acerca das alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 9/1995, que flexibilizou o monopólio da atividade petrolífera, e pela Lei nº 9.478/1997, que disciplinou o regime de contratação de concessionárias pela União, no que concerne à mencionada atividade. Asseverou que o Decreto nº 2.745/1998 regulamentou o art. 67 da citada lei, aprovando o regulamento licitatório simplificado da estatal. Dessa forma, após apresentar fundamentação contido no trecho que a seguir transcreve-se, concedeu a liminar:

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),

Sandro Grangeiro Leite é servidor do Tribunal de Contas da União, graduado em Direito pela Universidade de Brasília – UnB e em Engenharia Mecânica-Aeronáutica pelo Instituto Tecnológico de Aeronáutica – ITA.



assim como aquelas que conformam o regime de exploração da atividade econômica do petróleo (art. 177).

Pode-se concluir que a posição reinante no STF consiste em repúdio às deliberações do TCU que determinam às estatais exploradoras de atividade econômica a submissão às normas contidas na Lei de Licitações e Contratos. A fundamentação consiste basicamente em uma incompatibilidade entre o regime de livre competição a que estão submetidas tais estatais e os ditames da Lei nº 8.666/1993.

Considera-se pertinente, neste ponto, realizar-se um estudo sobre as deliberações do TCU acerca da necessidade de aplicação da Lei nº 8.666/1993 às empresas públicas e sociedades de economia mista, de modo a verificar se essas decisões consistem em empecilho para que as estatais exerçam suas atividades negociais.

DELIBERAÇÕES DO TCU

A princípio, após o advento da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 8.666/1993, os precedentes do TCU apenas prescreviam a observância dos ditames dessa lei às estatais.

Entretanto, essa orientação foi objeto de exame metuculoso. Atento às peculiaridades, especialmente das estatais exploradoras de atividade econômica¹, o entendimento do TCU foi gradativamente alterado. Passa-se a discorrer sobre esses precedentes, que representaram uma posição diferente em relação a apenas determinar o cumprimento de dispositivos da Lei nº 8.666/1993. As deliberações foram agrupadas por processo, para, ao final deste estudo, procurar divisar as características principais da evolução da jurisprudência do TCU em relação ao tema.

MERIDIONAL LEASING S.A. (TC Nº 649.091/1994-9)

Em Sessão de 31 de agosto de 1995, a 2ª Câmara do TCU, em deliberação inserida na Relação nº 24/1995, julgou as contas da Meridional Leasing S.A. – Arrendamento Mercantil, relativas ao exercício de 1993, regulares com ressalva, sem prejuízo de determinar à entidade que cumprisse o disposto na Lei nº 8.666/1993 relativamente à alienação de bens. Tratou-se do TC nº 649.091/1994-9.

Inconformada com essa decisão, a entidade opôs Embargos de Declaração, solicitando esclarecimentos quanto à abrangência da determinação. A solicitação consistia em pleito para separar os bens de uso da empresa e os bens que, sujeitos a arrendamento, são retomados ou devolvidos à entidade, disponíveis à alienação, e vinculados a sua atividade-fim. A entidade pretendia excluir a alienação destes dos procedimentos estabelecidos na Lei nº 8.666/1993.

Por meio do Acórdão/TCU nº 680/1996, a 2ª Câmara do TCU não conheceu do recurso, considerando a sua intempestividade. Entretanto, cabe observar o parecer do Ministério Público junto ao TCU – MP/TCU. Nesse parecer, foi analisada a pertinência da obrigação da Meridional Leasing S.A. realizar licitação para a alienação dos bens devolvidos pelos arrendatários ou reavidos por reintegração de posse.

Foi advogada uma interpretação harmônica dos preceitos contidos no art. 37, XXI, e no art. 173, § 1º, ambos da Constituição Federal de 1988. Enquanto o primeiro estabelece a obrigatoriedade de tanto a administração direta quanto a indireta realizarem licitação, o segundo prevê o regime próprio das empresas privadas em relação às estatais exploradoras de atividade econômica.

Foi defendido que, em relação às atividades diretamente vinculadas à exploração de atividade econômica pela estatal, não deveria haver certame licitatório. Foi feita a ressalva de que em relação à aquisição de alguns bens ligados à atividade-fim da empresa, porém, de forma indireta, como material de escritório e computadores, deveria haver submissão à licitação. Dessa forma, o alvo da ausência de necessidade de licitar estaria nos “insumos adquiridos para a fabricação de um bem destinado à comercialização, porque estes sim vinculam-se diretamente à atividade fim da empresa, [...] Do mesmo modo, a alienação do produto final industrializado dispensa a realização do certame” (Trecho do parecer do MP/TCU exarado nos autos do TC nº 649.091/1994-9).

A seguir, o mencionado parecer trouxe consignado que tanto a aquisição quanto a alienação dos bens destinados a arrendamento estão diretamente vinculados à atividade negocial da empresa, sendo isentos, por conseguinte, de procedimento licitatório. Assim, propôs o conhecimento do expediente como Recurso de Reconsideração, para a reforma da decisão atacada, com a exclusão da determinação da alienação dos bens de arrendamento retomados ou devolvidos. Entretanto, consoante salientado acima, essa proposta não foi apreciada por questões processuais.

BANCO MERIDIONAL DO BRASIL S.A.
(TC Nº 625.068/1995-5)

Por meio do Acórdão nº 395/1995, prolatado pela 2ª Câmara do TCU, foi julgada Auditoria realizada no Banco Meridional do Brasil S.A., nos autos do TC nº 625.068/1995-5. Nessa assentada, foi imputada multa ao dirigente da instituição, em virtude de irregularidade na aquisição de equipamentos de informática e software.

Foi protocolado Pedido de Reexame, que foi apreciado pela 2ª Câmara do TCU por meio do Acórdão/TCU nº 806/1996. Nessa ocasião, foi ressaltado que a operação foi oriunda de atuação do banco como agente financeiro de um cliente, que lhe entregou em comodato os mencionados produtos. Dessa forma, o voto condutor do citado acórdão transcreveu parte do parecer do MP/TCU exarado nos autos TC nº 649.091/1994-9, comentado

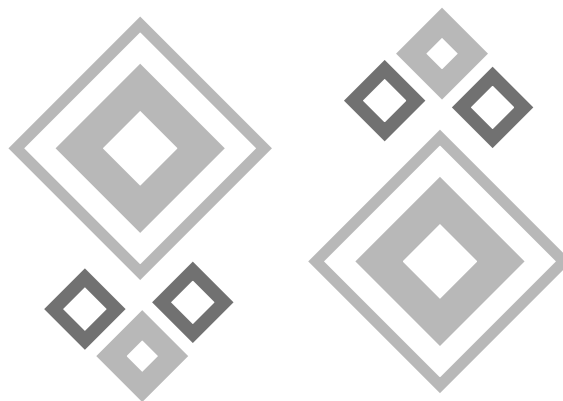
anteriormente, concluindo que se tratava de operação comercial, vinculada diretamente à atividade-fim do banco, o que levou à insubsistência da apenação.

PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A.
(TCS Nºs 008.355/1993-2 E 010.124/1995-0)

Nos autos do TC nº 008.355/1993-2, foi analisada denúncia de parlamentar que, entre outros, asseverou que a mencionada empresa estaria violando o estatuto das licitações. Como, para o deslinde do feito, havia necessidade de um exame mais aprofundado, e já havia um procedimento fiscalizatório agendado na referida estatal, o Plenário do TCU, por meio da Decisão nº 174/1993, decidiu conhecer da denúncia, “para que os fatos denunciados sejam objeto da Inspeção já programada na entidade”.

Realizada a inspeção na Petrobras Distribuidora S.A., a unidade técnica, antes de proferir seu parecer, teceu algumas considerações importantes sobre as atividades da entidade sob análise, realçando que atuava em ambiente concorrencial. Para a consecução do seu objeto negocial, a entidade teria contratado diretamente, sem qualquer procedimento licitatório, empresas transportadoras. A unidade técnica também ressaltou que a empresa fornece combustível a locais que nem mesmo seriam economicamente interessantes.

A justificativa utilizada pela estatal para a contratação direta fundamentou-se na utilização do Manual Geral de Contratação da Petrobras, que, em seu item 2.1.7 do Capítulo II, determinava que não se sujeitavam a procedimento licitatório os atos tipicamente comerciais, decorrentes de procedimentos usuais de mercado e indispensáveis à atividade normal da Petrobras e de suas subsidiárias.



“Pode-se observar que a jurisprudência do TCU evoluiu no sentido de flexibilizar a aplicação da Lei nº 8.666/1993 às estatais que exploram atividade econômica. Os argumentos concentram-se em uma compatibilização entre os preceitos constitucionais que obrigam a licitar (inciso XXI do art. 37) e que consignam estarem essas estatais sujeitas às obrigações das empresas privadas (§ 1º do art. 173)”

O Ministro-Relator, ao analisar a questão, ressaltou que haveria a necessidade de reformulação do mencionado Manual, adequando-o aos preceitos da Lei nº 8.666/1993. Por conseguinte, por meio da Decisão/TCU nº 414/1994, o Plenário do TCU deliberou por determinar à Petrobras Distribuidora S.A. que “adote as providências necessárias à reformulação das normas internas, contidas no Manual Geral de Contratações, de forma a adequar aos princípios insertos na Lei nº 8.666/93 e obrigar à realização de procedimento licitatório para as atividades concernentes à contratação de transporte de seus produtos.”

Foi autuada nova denúncia, desta feita acerca de descumprimento da determinação acima mencionada, que constituiu os autos do TC nº 010.124/1995-0. Em nova inspeção, a unidade técnica comprovou o descumprimento do mandamento contido na Decisão/TCU nº 414/1994 – Plenário. Ouvidos em audiência, os diretores da entidade alegaram a não incidência da Lei nº 8.666/1993 ou a impraticabilidade da aplicação dessa norma, pelos danos financeiros que a companhia supostamente sofreria.

No voto que apreciou a mencionada denúncia, o Ministro-Relator ressaltou a necessidade de aplicação de penalidade, em que pese o ambiente competitivo

que trabalha a empresa. Assim, o Plenário do TCU, por meio do Acórdão/TCU nº 240/1997, deliberou por apenas os membros da Diretoria Executiva da Petrobras Distribuidora S.A. com aplicação de multa, além de reiterar a determinação anteriormente efetuada, que foi estendida a todas as empresas do grupo Petrobras.

Irresignada com a decisão, a Petrobras Distribuidora S.A. interpôs Pedido de Reexame. Consta do voto condutor do Acórdão/TCU nº 121/1998 – Plenário, que apreciou o mencionado recurso, análise sobre a interpretação sistemática dos seguintes dispositivos constitucionais: art. 37, XXI, que consigna a obrigação de licitar, e do art. 173, § 1º, que sujeita as empresas públicas e sociedades de economia mista ao regime próprio das empresas privadas.

Assim, o art. 37, XXI, estabelecerá uma regra geral, excepcionada em relação às estatais exploradoras de atividade econômica, que, consoante o art. 173, § 1º, regem-se pela normas aplicáveis às empresas privadas.

Foi realizada análise das atividades da Petrobras Distribuidora S.A. e concluiu-se que o transporte de combustível líquido constitui-se em atividade-fim da empresa. Também se considerou que, com o advento da Lei nº 9.478/1997, houve a consolidação da concorrência no setor, o que imprimiria a necessidade de a estatal atuar com agilidade e competitividade. Em adição, foi mencionado parecer do então Procurador-Geral, Dr. Walton Alencar Rodrigues, no qual foi enfatizada a introdução de um modelo gerencial na Administração Pública após a Emenda Constitucional nº 19/1998, “no qual o controle dos processos administrativos passa a ser substituído pelo controle de resultados, a liberdade de contratação pelas empresas estatais exploradoras de atividade econômica foi ainda mais acentuada” (Trecho do voto condutor do Acórdão/TCU nº 121/1998 – Plenário).

Diante dessas considerações, foi dado provimento ao recurso para tornar as multas insubsistentes, e para alterar a redação da Decisão/TCU nº 414/1994 – Plenário, de modo a excluir a obrigatoriedade de a Petrobras Distribuidora S.A. realizar processo licitatório para as contratações de transportes que constituam atividade-fim da empresa.

PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. – PETROBRAS (TC Nº 007.923/1999-6)

Foi formulada Representação contra a Petrobras acerca de suposta contratação direta de consultoria quando a competição era viável. Observou-se que, além da contratação da consultoria, estava sendo contratado um software integrado de gestão empresarial, também sem licitação.

Por meio da Decisão/TCU nº 156/2000 – Plenário foi determinado à Petrobras que não contratasse a aquisição do mencionado software antes da realização do procedimento licitatório, além de determinar à unidade técnica a apuração da responsabilidade em relação à contratação direta de consultoria.

Interessante observar que os argumentos da Petrobras tiveram como preliminar a não aplicabilidade da Lei nº 8.666/1993 à estatal. Essa questão foi abordada no voto condutor da mencionada decisão, entendendo o Relator que há necessidade de a Petrobras submeter-se à Lei nº 8.666/1993 enquanto não for editada a lei que regulamentará o art. 173, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

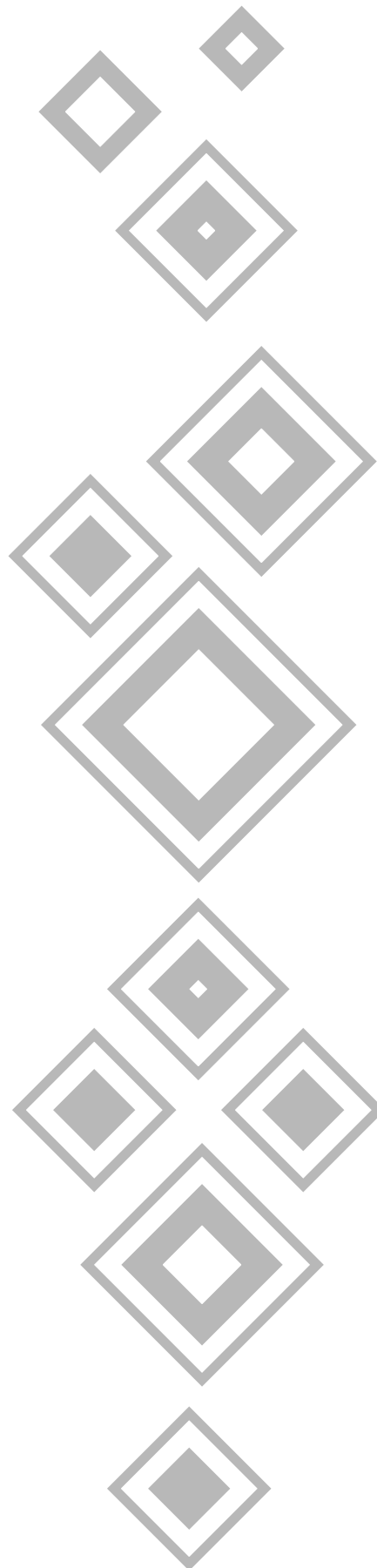
Observe-se que essa decisão foi reformada pelo Acórdão/TCU nº 279/2001 – Plenário, que eliminou a determinação de procedimento licitatório prévio em relação à contratação do software de gestão empresarial, pois a contratação deu-se antes da prolação da Decisão/TCU nº 156/2000 – Plenário.

PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. – PETROBRAS (TC Nº 016.176/2000-5)

Foi realizada auditoria na Petrobras, com o intuito de analisar os procedimentos licitatórios da estatal e os seus contratos, após o surgimento do Decreto nº 2.745/1998, entre outros.

Foi analisada, em concreto, a contratação para a construção das plataformas P38 e P40. O Relator discorreu sobre a sucessão de normativos: Lei nº 9.478/1997, em especial o seu art. 67, a Emenda Constitucional nº 19/1998, e, por fim, o Decreto nº 2.745/1998. Asseverou que a Lei nº 9.478/1997 não abrangeu, de fato, licitações, apenas apresentou, no seu art. 67, uma “delegação legislativa imprópria”. Assim, o Decreto nº 2.745/1998 teria inovado no mundo jurídico, ou seja, “não regulamentou dispositivos: os criou” [trecho do voto condutor da Decisão/TCU nº 663/2002 – Plenário]. A seguir, discorreu sobre a impropriedade dessa conduta, de modo que o mencionado decreto não poderia afastar a aplicabilidade da Lei nº 8.666/1993, em relação às licitações e contratos celebrados pela Petrobras.

O seguinte trecho do voto condutor da Decisão/TCU nº 663/2002 – Plenário sintetiza essas conclusões:



25. Daí conclui-se que o art. 67 da Lei nº 9.478/97 não poderia ter remetido integralmente o disciplinamento de questão de natureza constitucional para regulamento a ser editado pelo Poder Executivo.

26. Resumindo, então, a questão, temos que o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal remeteu à lei o disciplinamento das licitações e contratações efetuadas pelo Poder Público. A única lei que realmente disciplinou o assunto foi a de nº 8.666/93, uma vez que a Lei nº 9.478/97, ao invés de dispor ao menos sobre normas e princípios gerais, remeteu a questão para norma de hierarquia inferior. No entanto, como ensina José Afonso da Silva:

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

27. Vê-se, então, que o art. 67 da Lei nº 9.478/97 revestiu-se de inconstitucionalidade, por remeter à norma de hierarquia inferior, o completo disciplinamento de questão que, nos termos do art. 37, XXI, da Carta Magna, deveria ser normatizado por lei. Por conseqüência, tem-se por inconstitucional o Decreto nº 2.745/98.

Ante esses argumentos, o Plenário do TCU, por meio da Decisão/TCU nº 663/2002, consoante o enunciado nº 347 da Súmula do STF², determinou à Petrobras que se abstivesse de aplicar o Decreto

nº 2.745/1998 em suas licitações, em virtude de sua inconstitucionalidade, até a edição da lei de que trata o § 1º do art. 173 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998.

É importante salientar que consta do voto condutor ressalva de que a Petrobras não deve empregar a Lei de Licitações e Contratos a todas as suas atividades, sendo feita remissão ao Acórdão/TCU nº 121/1998 – Plenário.

Cabe salientar que a Decisão /TCU nº 663/2002 foi objeto de Pedido de Reexame, ainda não apreciado.

BANCO DO BRASIL VIAGENS E TURISMO LTDA. – BBTUR (TC Nº 017.072/2000-5)

Em atendimento a determinação do Plenário do TCU, por meio da Decisão nº 107/2001, em que tratou de solicitação do Senado Federal, foi realizada auditoria na empresa Banco do Brasil Viagens e Turismo Ltda. (BBTUR). Havia indícios de irregularidade no fretamento do navio Ecstasy, para o Reveillon do Milênio.

A unidade técnica concluiu que a operação tinha sido danosa aos cofres da entidade e que não houve o regular certamente licitatório para o mencionado fretamento. Dessa forma, propôs a imposição de multa aos dirigentes da BBTUR.

O Relator divergiu dessa proposta, consignando que se tratava de atividade-fim da entidade, que explorava atividade econômica, dessa forma, seria incabível a realização de licitação. Assim, por meio da Decisão/TCU nº 1.383/2002 – Plenário, foram aceitas as razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis, não havendo aplicação de multa.

BANCO DO BRASIL S.A. (TC Nº 000.214/1997-3)

Foi formulada Representação contra o Banco do Brasil S.A. pela contratação de penhor rural sem realização de licitação.

No caso, tratava-se de seguro automático, a ser pago pelo mutuário, quando da contratação de penhor rural com o Banco do Brasil S.A. Havia um sistema de sorteio, promovido pelo Instituto de Resseguros do Brasil – IRB, para a escolha da seguradora. Entretanto, já na vigência da Lei nº 8.666/1993, em virtude da emissão do parecer 745/95 PGFN/CAT, foi suspenso esse procedimento. A partir daí, o Banco do Brasil passou a contratar sempre a Companhia de Seguros Aliança do Brasil (Brasilseg), empresa do conglomerado Banco do Brasil.

O TCU entendeu que era devida a aplicação da Lei nº 8.666/1993. Assim, por meio da Decisão/TCU nº 587/1998 – Plenário, foi assinado o prazo de quinze dias para que o Banco do Brasil S.A. passasse a realizar licitações para contratação de seguros nas operações efetuadas pelo Banco com garantia de bens de terceiros.

Irresignado com essa deliberação, o Banco do Brasil S.A. opôs Embargos de Declaração alegando omissão em relação à análise das alterações efetivadas pela Emenda Constitucional nº 19/1998.

Observa-se que o Banco do Brasil S.A. alegou que a alteração constitucional apenas evidenciou a necessidade de as estatais que exploram atividade econômica não estarem submetidas aos ditames da Lei de Licitações e Contratos, com fundamento em uma incompatibilidade entre a utilização da licitação e a realização da atividade negocial.

O Relator considerou que a omissão não se fez presente, em virtude de a mencionada Emenda Constitucional prever a edição de lei, que tratará das licitações em relação às estatais exploradoras de atividade econômica. Assim, haveria necessidade de lei para a alteração da situação jurídica atual, ou seja, para que a Lei nº 8.666/1993 não se aplicasse ao Banco do Brasil S.A. Assim, o Plenário do TCU prolatou a Decisão nº 703/1998, na qual os Embargos foram conhecidos e não foram acolhidos.

Não satisfeitos, o Banco do Brasil S.A. e a Companhia de Seguros Aliança do Brasil (Brasilseg) interpuseram Pedidos de Reexame. Os argumentos podem ser sintetizados no sentido de desafiar a seguinte questão: “da obrigatoriedade ou não de o

Banco do Brasil realizar licitações para contratação de seguros nas operações efetuadas com garantia de bens de terceiros, tendo em vista a alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 19/88 no art. 173, § 1º, da CF/88, que gerou importantes reflexos nos procedimentos de licitação e contratação das empresas estatais” (Trecho do Relatório que acompanhou o Acórdão/TCU nº 624/2003 – Plenário).

O Relator, Exmo. Ministro Guilherme Palmeira, após tecer considerações sobre a evolução legislativa, discorrendo sobre o Decreto-Lei nº 2.300/1986, a Constituição Federal de 1988, a Lei nº 8.666/1993 e a Emenda Constitucional nº 19/1998, não se omitindo em relação à jurisprudência do próprio TCU, ao mencionar o Acórdão/TCU nº 121/1998 – Plenário e a Decisão nº 663/2002 – Plenário, concluiu que tratava-se de operação bancária típica, encontrando-se o Banco do Brasil em igualdade de condições com outras instituições financeiras. Dessa forma, foi proposto o conhecimento e o provimento dos Pedidos de Reexame.

O Exmo. Ministro Benjamin Zynler atuou como Revisor. Entretanto, elaborou uma proposta mais restritiva em relação à utilização da jurisprudência daquela Corte, pois considerou que o mero fato de ser atividade negocial não acarretaria automaticamente a desnecessidade de obedecer aos ditames da Lei nº 8.666/1993. Trecho do seu voto cristaliza esse entendimento:

No que concerne ao primeiro ponto, julgo que o só fato de tratar-se de atividade-fim não afasta, de pronto, a obrigatoriedade da realização de procedimento licitatório. Isso só ocorre quando se verificar, no caso concreto, que os trâmites inerentes a esse procedimento constituem óbice intransponível à atividade negocial da empresa, que atua em mercado onde exista concorrência.

[...]

Dessa forma, a jurisprudência deste Tribunal sobre a não incidência das normas de licitação à atividade-fim das empresas estatais (como na hipótese do Acórdão nº 121/1998 - Plenário, no qual foi dado provimento parcial a Pedido de

Reexame interposto contra a aplicação multa de membros da Diretoria Executiva da BR Distribuidora por não realização de licitação para contratação de serviços de transportes) deve ser aplicada de forma cautelosa, porque constitui premissa lógica dessas decisões, ainda que não mencionada expressamente, a existência de óbices intransponíveis para a realização das atividades negociais, em função do procedimento licitatório.

Assim sendo, sempre que a realização de licitação não trouxer prejuízos à consecução dos objetivos da entidade, por não afetar a agilidade requerida para sua atuação eficiente no mercado concorrencial, remanesce a obrigatoriedade da licitação (Trecho do voto revisor do Acórdão/TCU nº 624/2003 – Plenário).

Por fim, o Revisor considerou que as determinações perderam sua razão de ser em virtude de informação do Banco do Brasil S.A. de que estava sendo facultado ao mutuário a escolha da seguradora. Como o pagamento do prêmio caberia ao tomador dos recursos, este deveria poder escolher a seguradora.

Assim, foi prolatado o Acórdão/TCU nº 624/2003 – Plenário, que conheceu dos Pedidos de Reexame, deu-lhes provimento, tornou insubsistente a Decisão/TCU nº 587/1998 – Plenário e determinou ao Banco do Brasil S.A. que, nos contratos de crédito rural, informasse aos mutuários a possibilidade de optarem pela seguradora de suas preferências.

**PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. –
PETROBRAS (TC 008.232/1999-7)**

Foi formalizada denúncia perante o TCU contra a Petróleo Brasileiro S.A. sobre possíveis irregularidades nas contratações da empresa Marítima Petróleo Ltda. para o afretamento e a prestação de serviços de operação das plataformas de perfuração de posicionamento dinâmico, e para a modificação da plataforma de produção P-36.

Foram constatadas irregularidades relativas à não inclusão nos editais de licitação de exigências mínimas em relação aos licitantes, para assegurar a exequibilidade do objeto, consoante previsto

nos §§ 2º, 3º e 4º do art. 31 da Lei nº 8.666/1993, além de não haver o estabelecimento, no edital, de qualquer restrição a que uma empresa concentrasse uma quantidade expressiva dos contratos, e a não utilização da técnica de menor preço, quando a complexidade dos empreendimentos indicava o emprego dos critérios de técnica e preço, faculdade exposta no § 3º do art. 46 da Lei nº 8.666/1993.

O Relator, Exmo. Ministro Ubiratan Aguiar, não acatou parte das justificativas dos responsáveis, propondo a aplicação de multa aos dirigentes da entidade.

O processo foi objeto de pedido de vista do Exmo. Ministro Benjamin Zymler, que apresentou voto revisor. Inicialmente, o Revisor teceu considerações sobre o controle externo em relação às estatais exploradoras de atividade econômica, e, por fim, entendeu que os ajustes efetivados pela Petrobras estavam inseridos nas suas atividades finalísticas, o que levaria a uma interpretação mais flexível da Lei nº 8.666/1993 no caso sob análise. Feitas essas considerações e observada a culpabilidade dos gestores, propôs o acolhimento das razões de justificativa dos responsáveis, eximindo-os de qualquer apenação.

Em seguida, o Relator apresentou voto complementar, no qual registrou seu entendimento sobre a aplicação dos ditames licitatórios às estatais exploradoras de atividade econômica. Foi explicitado que “a abrangência de tais atividades finalísticas deve, a meu ver, ser definida restritivamente, relacionando-se efetivamente aos negócios da entidade em que a agilidade é fator essencial para o seu desempenho, inclusive perante a concorrência do segmento de mercado em que se inserir.” (Trecho do voto condutor do Acórdão/TCU nº 1.268/2003 – Plenário). Salientou que a dispensa da aplicação dos ditames da Lei nº 8.666/93 somente se daria se houvesse obstáculo intransponível ao exercício das atividades estatais da estatal. Após tecer essas considerações, realizou nova análise das falhas e, divergindo do Revisor, reiterou sua proposta de apenação dos responsáveis, acolhida do Plenário, por meio do Acórdão/TCU nº 1.268/2003.

Essa deliberação foi reformado pelo Acórdão/TCU nº 1.844/2005 – Plenário, com a exclusão das apenações. Considerou-se que houve rigor excessivo, aliado à ausência de prejuízo aos cofres da estatal.

CONCLUSÃO

No que concerne ao Tribunal de Contas da União, observa-se uma flexibilização quanto à obrigatoriedade de as estatais, em certas situações, realizarem procedimento licitatório sob os ditames da Lei nº 8.666/1993.

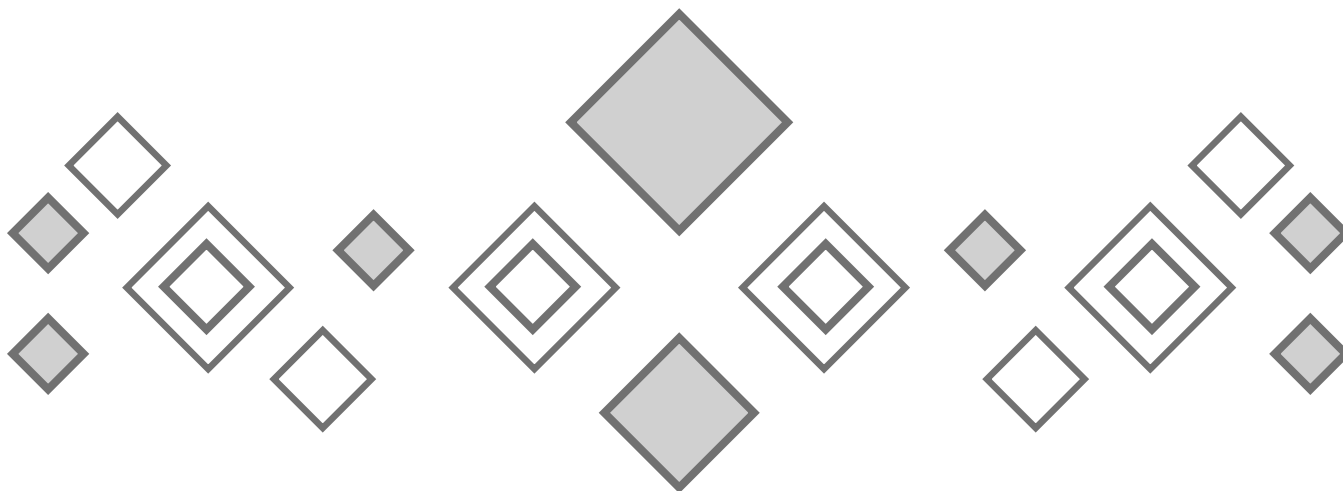
Como passo inicial, houve o parecer do MP/TCU exarado nos autos do TC nº 649.091/19994-9. Embora esse parecer não tenha sido levado em conta nesses autos, pois ele opinou sobre o mérito de recurso que não chegou a ser admitido em virtude de intempestividade, posteriormente, em outro processo, serviu como base para a fundamentação do Acórdão/TCU nº 806/1996 – 2ª Câmara.

Consoante mencionado, esse parecer advogou uma harmonia entre os preceitos do art. 37, inciso XXI, e do art. 173, § 1º, ambos da Constituição Federal de 1988. Enquanto o primeiro consigna a obrigatoriedade de realização de licitação para toda a Administração Direta e Indireta, o segundo prevê o regime próprio das empresas privadas em relação às estatais exploradoras de atividade econômica. Essa harmonia seria obtida com a ausência de procedimento licitatório em relação à atividade-fim dessas empresas.

Entretanto, o precedente jurisprudencial mais citado e que mais influenciou as decisões posteriores consistiu no Acórdão/TCU nº 121/1998 – Plenário, possivelmente pelo fato de ter sido o primeiro a apresentar a tese inovadora no Plenário do TCU. Nesse precedente, a instrução da unidade técnica fez referência ao mencionado parecer do MP/TCU e concluiu-se que a situação peculiar das estatais exploradoras de atividade econômica constituiria uma exceção ao comando estatuído no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal de 1988. Observa-se que o Procurador-Geral à época salientou um possível efeito da Emenda Constitucional nº 19/1998, que teria enfatizado um modelo gerencial na Administração, o que contribuiria para a flexibilização do modelo licitatório em relação às estatais mencionadas.

Esse precedente foi utilizado nos autos do TC nº 017.072/2000-5, por meio da Decisão/TCU nº 1.383/2002 – Plenário e também nos autos do TC nº 000.214/1997-3, para fundamentar o Acórdão/TCU nº 624/2003 – Plenário.

Especificamente em relação à Petrobras, foi discutida a aplicabilidade do Decreto nº 2.745/1998 (Decisão/TCU nº 156/2000 – Plenário). Esse normativo foi declarado inconstitucional pela Decisão/TCU nº 663/2002 – Plenário, sendo determinada à Petrobras a utilização da Lei nº 8.666/1993 enquanto não editada a lei que regulamentará o § 1º do art. 173 da Constituição Federal de 1988. Observa-se que a decisão que operou essa declaração foi atacada



pelo expediente recursal pertinente, dotado de efeito suspensivo, o qual ainda não foi apreciado. Entretanto, observa-se que, mesmo com a necessidade de a Petrobras obedecer à Lei nº 8.666/1993, foi feita a ressalva em relação aos casos abarcados pelo Acórdão/TCU nº 121/1998 – Plenário.

Em outra situação, os dirigentes da Petrobras foram apenados por não seguirem os comandos da Lei nº 8.666/1993, em deliberação na qual foi discutida a extensão do termo “atividade-fim” (Acórdão/TCU nº 1.268/2003 – Plenário), posteriormente reformada em razão de ausência de prejuízo aos cofres da estatal.

Pode-se observar que a jurisprudência do TCU evoluiu no sentido de flexibilizar a aplicação da Lei nº 8.666/1993 às estatais que exploram atividade econômica. Os argumentos concentram-se em uma compatibilização entre os preceitos constitucionais que obrigam a licitar (inciso XXI do art. 37) e que consignam estarem essas estatais sujeitas às obrigações das empresas privadas (§ 1º do art. 173). Dessa forma, a regra geral da necessidade de licitar seria excepcionada em relação a esses entes.

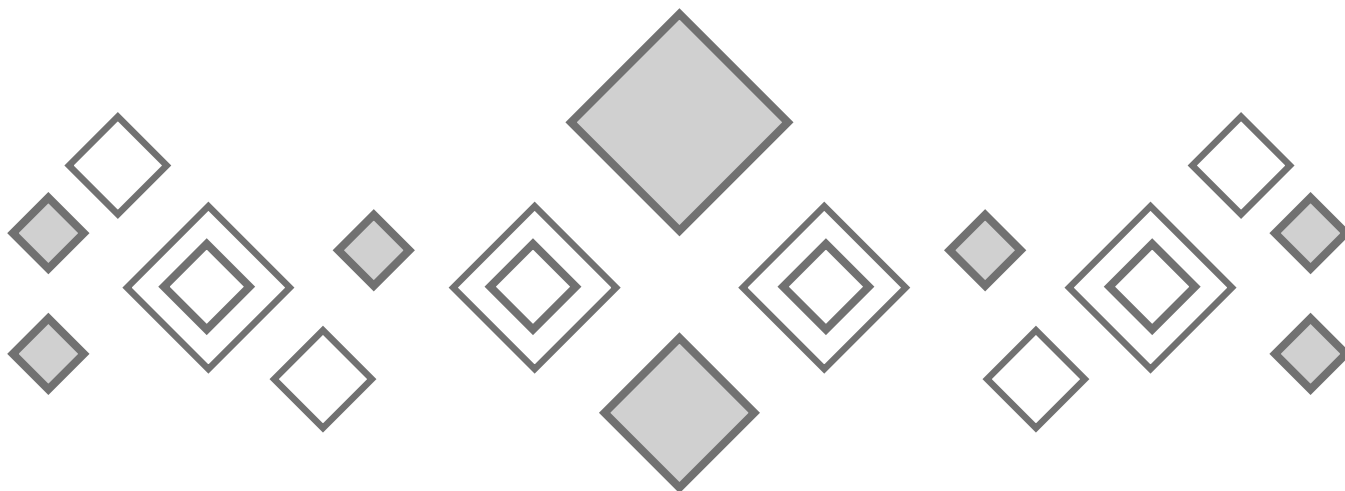
Entretanto, é conveniente ressaltar que essa excepcionalidade é restrita às chamadas atividades-fim dessas empresas. Assim, a Petrobras Distribuidora pode contratar empresas transportadoras de combustível sem licitação, a Petrobras pode adquirir petróleo no exterior nas mesmas condições, enfim,

as atividades que impliquem na aquisição de insumos e na comercialização dos produtos-finais não estariam sujeitas ao prévio certame licitatório na sua contratação. Foi feita a ressalva que essas atividades-fim não abarcaria a aquisição de bens que, embora ligados à atividade finalística da empresa, não tivessem uma ligação direta, como a aquisição de mobiliário e novas fábricas.

Percebe-se que essa ligação direta ou indireta com a atividade-fim da empresa sujeita-se a uma interpretação casuística, havendo precedente (TC nº 008.232/1999-7) em que um Ministro propôs a apenação dos dirigentes da Petrobras, enquanto outro, em virtude de uma aplicação mais “flexível” da Lei nº 8.666/1993, isentava-os de qualquer penalidade.

Cabe salientar a posição do Exmo. Ministro Benjamin Zymler que salientou que, mesmo sendo atividade-fim, deveria ser observado se a ausência de licitação seria realmente nociva ao desenvolvimento das atividades negociais da empresa.

Dessa forma, observa-se que a jurisprudência do TCU não impõe a aplicação da Lei nº 8.666/1993 aos entes da Administração Indireta no caso de estatais exploradoras de atividade econômica, em relação aos atos diretamente ligados à sua atividade-fim. Por conseguinte, pelo menos neste ponto, as premissas que fundamentaram as liminares concedidas no âmbito do STF não correspondem ao atual entendimento do TCU.



REFERÊNCIAS

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

NOTAS

- 1 É necessário realizar a distinção entre empresas que exploram atividade econômica e aquelas que prestam serviço público. A importância dessa distinção é salientada por Hely Lopes Meirelles (2004, p. 350). Enquanto o art. 173 da Constituição Federal cuida daquelas, o art. 175 da Carta Magna trata destas, consoante lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003, p. 382):

Uma primeira ilação que se tira do art. 173, § 1º, é a de que, quando o Estado, por intermédio dessas empresas exerce atividade econômica, reservada preferencialmente ao particular pelo *caput* do dispositivo, ele obedece, no silêncio da lei, a normas de direito privado. Estas normas são a regra; o direito público é a exceção e, como tal, deve ser interpretado restritivamente.

Outra conclusão é a de que, se a própria Constituição estabelece o regime jurídico de direito privado, as derrogações a esse regime somente são admissíveis quando delas decorrem implícita ou explicitamente. A lei ordinária não pode derogar o direito comum, se não admitida essa possibilidade pela Constituição.

Tais conclusões, repita-se, somente se aplicam quando as empresas governamentais sejam instituídas para atuar na iniciativa privada.

Isto porque, como o artigo 173 cuida especificamente da atividade de natureza privada, exercida excepcionalmente pelo Estado por razões de segurança nacional ou interesse coletivo relevante, há de se concluir que as normas dos §§ 1º e 2º só incidem nessa hipótese. Se a atividade for econômica (comercial ou industrial) mas assumida pelo Estado como serviço público, tais normas não têm aplicação, incidindo, então, o art. 175 da Constituição, segundo o qual incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Isso quer dizer que a empresa estatal que desempenha serviço público é concessionária de serviço público, submetendo-se à norma do artigo 175 e ao regime jurídico dos contratos administrativos, com todas as cláusulas exorbitantes, deveres perante os usuários e direito ao equilíbrio econômico-financeiro.

Celso Antônio Bandeira de Mello realiza a mesma diferenciação, advogando tratamento distinto em função das peculiaridades de cada tipo (2002, pp. 175-176):

55. Através desses sujeitos auxiliares [empresas públicas e sociedades de economia mista] o Estado realiza cometimentos de dupla natureza:

- a) explora atividades econômicas que, em princípio competem às empresas privadas e apenas suplementarmente, por razões de subida importância, é que o Estado pode vir a ser chamado a protagoniza-las (art. 173 da Constituição);
- b) presta serviços públicos ou coordena a execução de obras públicas, ambas as atividades indubitavelmente pertinentes à esfera do Estado.

Há, portanto, *dois tipos fundamentais de empresas públicas e sociedades de economia mista*: exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviço público ou coordenadoras de obras públicas. Seus regimes jurídicos não são, nem podem ser idênticos, [...].

No primeiro caso, é compreensível que o regime jurídico de tais pessoas seja o mais próximo possível daquele aplicável à generalidade das pessoas de Direito Privado. Seja pela natureza do objeto de sua ação, seja para prevenir que desfrutem de situação vantajosa em relação às empresas privadas – às quais cabe a senhoria no campo econômico –, compreende-se que estejam, em suas atuações, submetidas a uma disciplina bastante avizinhada da que regula as entidades particulares de fins empresariais. Daí haver o Texto Constitucional estabelecido que em tais hipóteses regular-se-ão pelo regime próprio das empresas privadas (art. 173, § 1º, II). Advirta-se, apenas, que há um grande exagero nesta dicção da Lei Magna, pois ela mesma se encarrega de desmentir-se em inúmeros outros artigos, [...].

No segundo caso, quando concebidas para prestar serviços públicos ou desenvolver quaisquer atividades de índole pública propriamente (como promover a realização de obras públicas), é natural que sofram o influxo mais acentuado de princípios e regras de Direito Público, ajustados, portanto, ao resguardo de interesses desta índole.

- 2 O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

