

PARECER

I

A consulta tem por objeto o exame da legalidade e da permanência do ato pelo qual foi outorgada concessão à BR DISTRIBUIDORA S/A, empresa subsidiária da PETRÓLEO BRASILEIRO S/A — PETROBRAS para o fornecimento de gás canalizado.

Sobre o texto foram formalizados quesitos específicos que passamos a responder.

*1º quesito* — O contrato de concessão firmado entre o Governo do Estado do Espírito Santo e a BR DISTRIBUIDORA S/A, em 16-12-1993, tendo a PETRÓLEO BRASILEIRO S/A — PETROBRAS como parte inventa-

riante, atendia aos padrões de um contrato dessa natureza?

*Resposta* — O contrato de concessão em causa atendia, quando formulado, aos padrões jurídicos de um contrato sobre a matéria e, a nosso ver, continua pertinente em face da legislação atual.

*2º quesito* — A PETRÓLEO BRASILEIRO S/A — PETROBRAS, criada pela Lei 2.004, de 03 de outubro de 1953, e a BR DISTRIBUIDORA, cujo capital é controlado pela Petrobras e que detém a outorga da concessão, são consideradas empresas estatais para efeitos da legislação que ampara esta concessão?

*Resposta* — Tanto a PETRÓLEO BRASILEIRO S/A — PETROBRAS como a BR DISTRIBUIDORA S.A. — sua subsidiária — são empresas estatais, nos termos da legislação que rege a concessão em apreço.

A empresa estatal se caracteriza pelo ato de sua criação, oriundo do Poder Público e da finalidade de sua atuação.

Mediante a empresa pública o Estado alcança dois resultados: primeiramente a liberdade de agir como se fosse uma empresa privada; de outra parte mantém o controle do funcionamento da entidade.

Têm a forma de direito privado e a substância de direito público. O merecimento autorizado por força de lei.

*3º quesito* — Considerando que o art. 25 da Constituição Federal, em seu parágrafo segundo preceituava que “cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão a empresa estatal, com exclusividade de distribuição, os serviços locais de gás canalizado” e que o contrato ora enfocado foi firmado sob a vigência deste dispositivo, estaria este contrato plenamente abrangido pelo dispositivo constitucional acima enfocado?

A concessão foi feita a uma empresa estatal, regularmente criada, com exclusividade de distribuição, que já esta atendida por uma sua empresa subsidiária sob regime de seu controle.

*Resposta* — O contrato em causa atendeu ao art. 25 da Constituição Federal, ao ser celebrado e continua pertinente com a presente redação do dispositivo constitucional, não tendo sido expedida, sobre a matéria, medida provisória.

*4º quesito* — Considerando que o art. 24, inciso VIII da Lei 8.666/93 diz que:

“É dispensável a licitação

.....  
VIII — para aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.”

Estaria a BR DISTRIBUIDORA e a PETROBRAS, criadas antes da Lei de Licitações acima, contempladas no dispositivo citado?

*Resposta* — Ambas as empresas indicadas no quesito foram criadas para o fim específico a que se destinam com o qual é compatível o contrato de concessão de fornecimento de gás canalizado. Tanto os bens adquiridos para o serviço bem como os serviços prestados atendem a essa finalidade.

*5º quesito* — A Lei de Concessões aplica-se ao presente caso?

*Resposta* — Com as peculiaridades do serviço em causa, aplica-se, na hipótese, a lei de concessões, que se concilia com a natureza estatal das empresas.

*6º quesito* — Considerando a nova redação do artigo 25, parágrafo 2º da Constituição Federal, através da Emenda Constitucional nº 5, de 15-08-95 que retirou da redação original a expressão “ou mediante concessão a empresa estatal, com exclusividade de distribuição” e, à luz do art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, estaria a concessão revogada?

*Resposta* — A simplificação do art. 25, parágrafo 2º, não afeta a legalidade de atos praticados licitamente, segundo a lei da época, nem perturba a legalidade do contrato em exame que em nada ofende o art. 5º, nº XXXVI da Constituição, que antes o protege.

*7º quesito* — Considerando que, eventualmente, em face da Ação Popular proposta, poderá ser deferida liminar nos termos requeridos na aludida ação, como poderia ser avaliado o princípio da continuidade dos serviços públicos face a essa medida extrema, de vez que o Estado, em princípio não teria condições de assumir os serviços?

*Resposta* — A hipótese depende obviamente dos termos da liminar que venha a ser concedida. A continuidade do serviço público é fundamental e se for afetada caberá medida judicial que a proteja. Colaborarei, a esse respeito, se for necessário, quanto à solicitação a ser feita.

*8º quesito* — Na hipótese mencionada no quesito anterior que medidas poderiam a PETROBRAS e a BR adotarem para resguardar os investimentos já feitos ao longo destes anos?

*Resposta* — As medidas cabíveis dependem do teor da extensão da liminar que, por hipótese, venha a ser concedida. De qualquer forma a concessão poderá ser garantida por via judicial.

Em tese, sob fundamento de vício de forma ou vício de mérito, poderiam as entidades postular, na via administrativa, pedido de reconsideração do ato perante a mesma autoridade ou interpor recurso administrativo de revisão do ato, perante autoridade administrativa superior.

Se a instância administrativa demorar a decidir ou decidir negativamente, caberá recorrer à instância judicial, mediante Mandado de Segurança pleiteando a anulação do ato administrativo posto em causa.

Se não for concedido o Mandado de Segurança, ou não seja decidido em prazo razoável poderá ser proposta ação ordinária anulatória do ato administrativo, observado o prazo prescricional de acesso à Justiça contra o Estado.

*9º quesito* — Considerando que, no âmbito da Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo foi apresentado um projeto de Decreto legislativo que, por esta via, pretende também a revogação da concessão, alegando a falta de licitação, e considerando ainda que o art. 56 e seus incisos da Constituição do Estado do Espírito Santo preceituam que compete à Assembléia Legislativa fiscalizar e controlar atos do poder executivo, bem como sustar atos normativos do mesmo poder, estaria a concessão em foco abrangida nestas disposições?

*Resposta* — O contrato de concessão não é ato normativo que possa ser sustado pela Assembléia Legislativa. Trata-se de ato executivo, apenas passível de fiscalização pelo Poder Legislativo.

Rio de Janeiro, 21 de julho de 2004

CAIO TÁCITO