LICITAÇÃO — DISPENSA — SERVIÇO EXCLUSIVO

— Não cabe dispensa de licitação, em favor da Petrobrás, para instalar postos de gasolina e de socorro mecânico em estrada estadual.

— Essa atividade não se inclui no monopólio ou exclusividade de serviço, não se caracterizando a hipótese do art. 126, § 2.º, letra f, *do Decreto-lei n.º 200/67.*

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Petrobrás e Estado de São Paulo *versus*
Cia. São Paulo Distribuidora de Derivados de Petróleo e outras
Recurso Extraordinário n.º 87 347 — Relator: Sr. Ministro
XAVIER DE ALBUQUERQUE

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, de conformidade com a ata de julgamentos e notas taquigráficas, à unanimidade de votos, não conhecer dos recursos.

Brasília, 4 de março de 1980. *Thompson Flores,* Presidente. *Xavier de Albuquerque,* Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque: O Governador do Estado de São Paulo baixou

decreto autorizando a Petrobrás a construir e explorar Centros de Abastecimento e Serviços na Rodovia Castelo Branco, o que provocou mandado de segurança impetrado ao Tribunal de Justiça por empresas de comércio e distribuição de derivados de petróleo.

A segurança foi concedida por acórdão que tomou esta ementa (fls. 343):

"*Rodovia estadual.* Centros de abastecimento e de serviço, nas áreas laterais, pertencentes ao Estado, em virtude de expropriação, para neles serem explorados o comércio de gasolina e de outros derivados do petróleo (venda a consumidores), bem como para as atividades de socorro mecânico, fornecimento de alimentação e hospedagem a motoristas e acompanhantes, etc. Exploração concedida à Petrobrás, com exclusividade, sem licitação, com base em Decretos do Governo do Estado. Inconstitucionalidade e ilegalidade da concessão feita nesses termos. Inexistência de monopólio, para aquelas atividades. Interpretação do art. 126, § 2º, do Decreto-lei Federal nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, bem como do art. 23, nº VII, da Lei estadual nº 10 395, de 17 de dezembro de 1970, e art. 24, nº VII, da Lei estadual nº 89, de 27 de dezembro de 1972. Mandado de segurança concedido a várias companhias particulares, que se viram prejudicadas com a outorga de privilégio de local, sem abertura de concorrência."

Recorreram extraordinariamente a Petrobrás e o Estado de São Paulo, ambos pela letra *a* e sob o fundamento de que o aresto impugnado negou vigência ao art. 126, § 2º, letra *f* do Decreto-lei nº 200/67.

Os recursos foram admitidos porque, segundo o despacho do ilustre Presidente do Tribunal *a quo*, "a espécie está a reclamar, na verdade, o pronunciamento da mais alta Corte de Justiça do País, pois o v. acórdão recorrido decidiu interpretando e aplicando preceito de lei federal" (fls. 403).

Nesta instância, a Procuradoria-Geral da República opinou pelo conhecimento e provimento dos recursos, em longo e bem cuidado parecer do Subprocurador-Geral Mauro Leite Soares.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque (Relator): Da fundamentação do acórdão recorrido, destaco estes tópicos (fls. 353-357):

"O problema teve causa na concessão de privilégio de local, para a exploração do comércio de gasolina, lubrificantes e outros derivados de petróleo, bem como para as atividades de socorro mecânico, fornecimento de repouso e alimentação aos motoristas e acompanhantes, na Rodovia Castelo Branco, segundo os termos de 'considerando' que justificou a expedição do Decreto de 9 de fevereiro de 1971, isto é, o ato impugnado do Governador Abreu Sodré (Veja seu texto, a fls. 38).

Sendo o local da concessão a área declarada de utilidade pública e assim desapropriada pelo Governo do Estado, cabia a este, sem dúvida, por interesse público, estabelecer a forma de exploração dos centros de abastecimento e de serviço, por uma ou mais de uma pessoa ou empresa.

Jamais, contudo, poderia dispensar a licitação de interessados na exploração dos centros de abastecimento e de serviço.

Invocou o Governador do Estado o disposto no art. 4º, § 1º, do Decreto paulista nº 51 860, de 22 de maio de 1969, que, relativamente às áreas desapropriadas com o objetivo de nelas serem localizados aqueles centros de abastecimento, deu origem ao ato impugnado. Em verdade, pelo corpo do art. 4º, ficara determinada a 'concorrência de qualificação para a construção e exploração comercial dos Centros de Abastecimento e Serviço', mas, pelo § 1º, ficara o Departamento de Estradas de Rodagem autorizado a ceder esse direito à Petrobrás, ouvidos os órgãos técnicos, independentemente de concorrência.

Apegara-se o Decreto Estadual, nesse ponto, a uma interpretação errônea do texto do art. 126, § 2º, letra *f*, do Decreto-lei Federal

nº 200, reproduzido pelo art. 23, nº VII, da Lei paulista nº 10 395 (e hoje pelo art. 24, nº VII, da Lei estadual nº 89), que dispensam a licitação 'quando a operação envolver concessionário de serviço público ou, exclusivamente, pessoas de direito público interno ou entidades sujeitas ao seu controle majoritário'.

Mas o art. 4º, § 1º, do Decreto nº 51 860, baixado pelo Governador Abreu Sodré, em complementação a regulamento anterior, dera errônea interpretação às leis da União e do Estado, a respeito de dispensa de licitação.

O art. 126, § 2º, letra *f*, do Decreto-lei Federal nº 200, reproduzido nas mencionadas leis do Estado, só dispensou a licitação, como, aliás, é natural, em duas hipóteses:

a) quando o Estado tiver necessidade de efetuar determinada operação com algum concessionário de serviço público;

b) quando tiver necessidade de operar, *exclusivamente,* com pessoas de direito público interno ou entidades sujeitas ao seu controle majoritário (porque não deve existir competição entre órgãos administrativos).

Na primeira hipótese, a dispensa de licitação nem precisaria constar da lei, porque seria óbvia: se o Estado precisar do serviço público, transferido a um concessionário, é claro que só poderá operar com este último e com mais ninguém.

Na segunda hipótese, o texto precisa de interpretação que observe logicamente o espírito da lei e, sobretudo, a filiação da regra aí estabelecida aos princípios orientadores da Constituição Federal.

O advérbio 'exclusivamente', utilizado pelo art. 23, nº VII, da Lei paulista nº 10 395, ou pelo art. 24, nº VII, da atual Lei nº 89, que copiaram o art. 126, § 2º, letra *f*, do Decreto-lei Federal nº 200 — tem o significado de que a operação haverá de ser feita entre o Estado e outra pessoa de direito público interno, ou entidade sujeita a seu controle majoritário, em caráter exclusivo, isto é, sem a possibilidade de se fazer a mesma operação com particulares. Se o Estado pudesse realizar a mesma operação, indiferentemente, com pessoas de direito público interno, ou com entidades sujeitas a seu controle majoritário, e também com particulares, não haveria serviço público e teria de vigorar, não a exceção, mas a regra geral, que exige a licitação.

A exceção do art. 126, § 2º, letra *f*, do Decreto-lei nº 200, noutras palavras, tem o mesmo significado do adjetivo 'exclusivo', empregado, no plural, pelo mesmo dispositivo legal, em sua letra *d* (texto reproduzido, também, na legislação paulista), no sentido de se dispensar a concorrência quando se cogitar de 'aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só podem ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial *exclusivos* (sem a possibilidade de haver outro com quem o Estado pudesse contratar).

Ora, a exploração de centros de abastecimento e de serviço, à margem de rodovia estadual, para venda aos consumidores de gasolina, lubrificantes e outros derivados de petróleo, ou para fornecimento de socorro mecânico, lavagem e lubrificação de veículos, bem como a exploração de motéis, restaurantes e anexos, conforme se lê no art. 1º do Decreto nº 51 850, que é a base do ato impugnado — não se constitui, evidentemente, em *serviço público,* a ser desempenhado por entidades de direito público interno, ou por seus concessionários. Nem existe empresa pública, isto é, companhia de capital sujeito ao controle majoritário do Estado, formada com o objetivo de explorar, especialmente, aquelas referidas atividades, em caráter de exclusividade.

A Petrobrás, que dispõe do monopólio federal da pesquisa e lavra do petróleo, não domina com exclusividade o mercado de venda de seus produtos aos consumidores. Esse mercado é excluído do monopólio. É, aliás, essencialmente, um mercado atribuído ao comércio de particulares, que adquirem os produtos da empresa detentora do monopólio estatal e os revendem, no varejo, aos consumidores. Tanto assim é que, como já foi dito, inúmeras companhias de capital

privado exploram o ramo, lado a lado com a Petrobrás, que, nessa atividade de venda a consumidores, no varejo, está sujeita a concorrência, em obediência a outros princípios constitucionais, que garantem o 'regime de competição e a liberdade de iniciativa', bem como asseguram preferência às empresas particulares, na exploração de atividades econômicas, dando-lhes igualdade de tratamento com as empresas públicas que, supletivamente, explorem a mesma atividade econômica (Constituição da República, arts. 163 e 170, §§ 1º, 2º e 3º — lendo-se, no § 2º, que, 'na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas'."

Aí não vejo, *data venia,* negativa de vigência, senão interpretação, que nada tem de desarrazoada, do art. 126, § 2º, letra *f* do Decreto-lei nº 200/67. Como os recursos estão fundados apenas na letra *a* do permissivo constitucional, e apontam como negado em sua vigência, tão-somente, o referido preceito legal, não vejo como possam prosperar, à vista do que nossa jurisprudência consagrou na Súmula 400.

O nobre advogado, há pouco, ponderava que não é possível conciliar a idéia de razoabilidade da interpretação com o conceito de direito líquido e certo, e que, portanto, a escapar o acórdão da censura extraordinária apenas pela razoabilidade, é porque teria ele reconhecido direito líquido e certo onde tal não existia.

Poderia ser armado interessante raciocínio a respeito desse aspecto, mas, desde que a Petrobrás, ou o Estado, houvesse apontado, por exemplo, como ofendido, o art. 1º da lei do Mandado de Segurança. Mas, não apontou. Não temos porque examinar se havia, ou não havia, direito líquido e certo, no caso.

Por outro lado, também considerou o acórdão, para corroboração do significado que deu ao preceito legal questionado, dispositivos constitucionais que regem a intervenção do Estado na atividade econômica.

O nobre advogado também observou, sem razão, a meu ver, que esses dispositivos não têm nada a ver com a controvérsia. Têm eles tudo a ver com a questão. São dispositivos que regem a intervenção do Estado na atividade econômica e que subordinam as empresas estatais, que concorrem com as particulares, ao regime jurídico destas. Não pode haver nada mais claro do que a pertinência entre a interpretação, que o acórdão deu ao preceito regulador da dispensa de licitação, e esses princípios maiores, porque constitucionais, que informaram essa interpretação.

Nesse ponto — quero dizer, no ponto em que o acórdão foi buscar arrimo efetivo, e muito bom, na Constituição — os recursos silenciaram.

A rigor, bem que se poderia aplicar ao caso a Súmula nº 283. Mas, prescindo disso.

Não conheço dos recursos, porque ambos fundam-se apenas na letra *a,* e o acórdão não negou vigência à lei; deu-lhe interpretação que não é desarrazoada.

EXTRATO DA ATA

RE 87 347-3 — SP — Rel., Min. Xavier de Albuquerque. 1ºs Rectes.: Petrobrás — Petróleo Brasileiro S.A. (Advs., João Luiz Americano Leite e outros); 2º Recte.: Estado de São Paulo (Adv., Fábio Carlos Lorenzi). Recdos.: Cia. São Paulo Distribuidora de Derivados de Petróleo e outras (Advs., Manuel Alceu Affonso Ferreira e outros).

Decisão: Não conhecidos, decisão unânime. Falou pelo 1º Recte. o Dr. José de Magalhães Barroso. 1.ª T., 4.3.80.

Presidência do Sr. Ministro Thompson Flores. Presentes à sessão os Srs. Ministros Xavier de Albuquerque, Cunha Peixoto, Soares Muñoz e Rafael Mayer.

Subprocurador-Geral da República, o Dr. Francisco de Assis Toledo.