

*— As atividades-fins das empresas estatais regem-se pelo direito privado e não estão sujeitas à obrigatoriedade da licitação, que apenas é exigível para suas atividades-meio.*

**Tribunal de Contas da União**  
**Processo n. 10.124/95**

**GRUPO II — CLASSE I — Plenário** Processo nº TC 010.124/95-0 e — Anexo — TC 010.476/95-4 — Relatório de Acompanhamento.

**Natureza:** Pedido de Reexame/Denúncia (ostensiva)

**Entidade:** PETROBRÁS Distribuidora S/A — BR Vinculação: Ministério de Minas e Energia

**Responsáveis:** Orlando Galvão Filho (Presidente); Mário de Paiva Ramos (Vice-Presidente) e Outros

**Unidade de Instrução:** 10ª SECEX

**Ementa —** Pedido de Reexame interposto por dirigentes da PETROBRÁS Distribuidora S/A — BR. contra o Acórdão nº 240/97-TCU-Plenário, que autorizou a aplicação de multa aos responsáveis, e determinou a adequação

do Manual Geral de Contratações da empresa à Lei nº 8.666/93. Conhecimento. Provimento em parte.

Cuidam os autos agora do Pedido de Reexame interposto por dirigentes da PETROBRÁS Distribuidora S/A — BR, objetivando a reforma do Acórdão nº 240/97-TCU-Plenário. prolatado em Sessão Extraordinária de caráter reservado de 22-10-97, com o cancelamento da chancela de “sigiloso”.

2. Naquela oportunidade, o Tribunal, entre outras medidas aplicou multa aos membros da Diretoria Executiva da empresa, e determinou a reformulação do Manual Geral de Contratações, para adequá-lo aos princípios estabelecidos pela Lei nº 8.666/93.

3. Adoto como Relatório parte do parecer de fls. 46/59, da Unidade Técnica, da lavra do AFCE Sérgio Ricardo Watanabe, que a seguir transcrevo:

.....  
“3.1. Argumentos dos recorrentes: A diretoria da BR Distribuidora S/A alega que a denúncia promovida pela ABCAM, que deu origem ao TC-008.355/93-2, apesar de versar sobre fatos verdadeiros, não se referia a fatos ilícitos; no máximo poderiam ser classificados como falhas formais, haja vista a redação de trecho (item 48 — fls. 48) do relatório de auditoria pertinente ao mencionado processo que descaracterizava a existência de irregularidades. Essa distinção faria com que se concluísse que a própria denúncia seria improcedente.

3.2. Quanto ao descumprimento da Decisão 414/94-P, a empresa afirma que em nenhum momento desde a sua notificação teve o propósito de enganar esta Corte. Assim, a BR se dispôs a cumprir na íntegra a Lei das Licitações em todos os seus aspectos, excetuando-se os relativos ao transporte de carga líquida, devido à sua importância estratégica para os negócios da companhia. Essa intenção, segundo a diretoria, não teria sido ocultada da equipe de auditoria do TCU que realizou acompanhamento sobre o cumprimento da referida Decisão (TC-010.476/95-4 — fls. 148/156).

3.3. Justificando a importância dos contratos firmados para o transporte de cargas líquidas, a empresa destaca que a natureza da gran-

de maioria deles é de direito privado, englobando contrapartidas comerciais que possibilitam parcela significativa dos lucros da empresa.

3.4. Os recorrentes ressaltam a relevância das participações da BR nas transportadoras coligadas, afirmando que, se elas não fossem estratégicas, teriam sido incluídas no PND — Programa Nacional de Desestatização conforme dispunha o Decreto nº 1.068/94. De fato, considerando serem necessárias à consecução do objeto social da BR, o Comitê de Coordenação das Empresas Estatais e o Ministro das Milhas e Energia decidiram manter essas participações.

3.5. Mais ainda, a BR seria empresa exploradora de atividade econômica; portanto, sujeita ao mesmo regime das empresas privadas. Dessa maneira, os contratos por ela firmados seriam de natureza comercial, não pública. Essa condição, por outro lado, não as livraria da prévia licitação para todas suas transações, mas apenas para aquelas vinculadas ao cumprimento das atividades industriais para as quais foram criadas. Essa conclusão é coerente com a grande concorrência existente em um mercado altamente competitivo, como o é o da distribuição de combustíveis.

3.6. Considerando-se ainda que a BR atua em todo o território nacional, devido à sua função social, a empresa necessita de um controle rigoroso de preços, pois seu resultado deve compensar custos de forma a garantir preços razoáveis para lugares de mais difícil acesso. Assim, se o frete não for incluso em suas negociações comerciais, a BR estará aliada daqueles mercados, repercutindo no abastecimento nas regiões longínquas. Situações como essa refletiriam a necessidade, reconhecida pelo próprio governo, de modificar o Estatuto das Licitações.

3.7. Como um fato novo, a lei criadora da ANP — Agência Nacional de Petróleo, Lei 9.478/97, dispôs que as atividades econômicas ligadas ao monopólio do petróleo se desenvolveriam em caráter de livre competição, em função das condições de mercado. Nesse contexto estariam a PETROBRÁS e suas subsidiárias.

3.8. Os recorrentes, citando Decisão deste Tribunal exarada no TC-625.068/95, além de parecer da Sra. Cristina da Costa e Silva procuradora do Ministério Público junto a este Tribunal, no TC-649.091/94, afirmam que o conflito entre os art. 37, XXI, e 173 § 1º da Constituição Federal deve ser resolvido de sorte a que o dever de licitar deva ser aplicado às atividades-meio das empresas estatais; as atividades-fim correspondentes a atos negociais seriam regidas pelo direito comercial. Esse entendimento estaria confirmado ainda na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, conforme citação em fls. 12.

3.9. Essa jurisprudência seria aplicável à BR, no caso ora examinado, pois o transporte de combustível seria uma das atividades-fim da empresa, uma vez que o frete é parte integrante do preço final dos produtos vendidos pela distribuidora. Dessa forma os recorrentes querem justificar suas atitudes, ressaltando que a obrigatoriedade de licitar o transporte de carga líquida levaria a que a empresa ficasse em uma situação inferior às das suas concorrentes, perdendo negócios e realizando prejuízos.

3.10. Diante do exposto, a diretoria da BR requer que os fatos relatados na denúncia não sejam considerados ilícitos, julgando-a improcedente. Ademais, diante da descaracterização da irregularidade dos fatos, solicita que sejam canceladas as multas aplicadas. Por fim, pede que seja apreciado o Manual Geral de Contratações da BR a ser submetido ao Ministro de Minas e Energia, apresentado em anexo (fls. 15/40 — Vol. I), e que seja determinado à BR que continue licitando para as contratações de suas atividades-meio, regendo-se pelo direito comercial quanto às suas atividades-fim, em respeito ao seu manual de contratações.

3.11. Quanto ao exercício de sua defesa, os recorrentes solicitam que lhes seja deferido o direito a sustentação oral, pessoal ou por procurador, sendo para isso intimados na sede da empresa para comparecerem à respectiva Sessão. (grifamos)

3.12. Análise: A questão principal referenciada no pedido de reexame apresentado pela BR é a relativa à necessidade de licitar o

transporte de combustíveis líquidos, pois dela decorrerão todos os demais efeitos pretendidos pelos recorrentes. Portanto, analisar-se-á preliminarmente esse tema, passando para os demais por decorrência lógica.

3.13. A obrigatoriedade de toda a Administração Pública direta e indireta, se submeter ao processo de Licitação Pública para contratação de obras, serviços, compras e alienações vem estatuída no Art. 37, XXI, da Constituição Federal. A vontade maior do constituinte originário, regulamentada por meio da Lei 8.666/93 e aliada ao respeito aos princípios da publicidade, da impessoalidade e da moralidade, buscou assim preservar a isonomia entre os concorrentes, evitando que determinados interessados em contratar com a Administração se situassem em posição superior a outros.

3.14. O objetivo de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, prioritário no Decreto-Lei 2.300/86, surge como coadjuvante necessário em todo processo licitatório. conforme previsão no *caput* do art. 3º do Estatuto das Licitações atualmente vigente.

3.15. Preocupado em preservar a isonomia dos licitantes, o legislador estabeleceu como regra geral a realização das licitações em todas as transações comerciais nas quais a Administração contrate com terceiros. Entendeu, porém que há situações nas quais não é possível sua realização. listando suas exceções por meio de dispensas e de inexigibilidades previstas na própria Lei 8.666/93.

3.16. Há categorias de transações, todavia, que não podem ser incluídas no universo abarcado pelo art. 37. XXI da CF Tais práticas se formalizam no contexto da administração indireta. particularmente no das sociedades de economia mista e das empresas públicas exploradoras de atividades econômicas.

3.17. A conclusão da existência de um conjunto de procedimentos no qual não é cabível a execução de licitações ganha relevos práticos quando se analisa a rotina de uma empresa estatal típica. Não é possível imaginar por exemplo que a Acesita ou a CSN, quando estatais, procurassem licitar a compra de minérios em uma concorrência pública para se-

rem processados por elas e posteriormente licitassem para vender seus produtos decorrentes do processamento.

3.18. Perceba-se que o mecanismo de compra e venda obedece às demandas do mercado, seja ele fornecedor, seja ele consumidor, para os quais a empresa deve reagir com velocidade pois todas essas situações encontram seus anônimos compradores e vendedores no próprio mercado, que providencia sua peculiar isonomia, tornando impensável a realização de quaisquer modalidades de procedimentos licitatórios para essas transações. Outra não é a orientação do inciso IV do art. 170 da CF quando determina que a Livre Concorrência seja um Princípio Geral da Atividade Econômica.

3.19. Atento a esse universo de atividades típicas do meio empresarial no qual estão inseridas essas empresas, o constituinte sabiamente resolveu, por meio do art. 173, § 1º, sujeitá-las ao regime Jurídico próprio das empresas privadas. De fato, a preocupação que se evidencia é a de adequar os procedimentos comerciais das estatais ao mercado no qual elas atuam se o contrário fosse feito, a existência dessas empresas se inviabilizaria e todo o dinheiro público nelas investido se desperdiçaria.

3.20. Verifica-se dessa maneira ser apenas aparente a antinomia existente entre os artigos 37, XXI e 173, § 1º da CF, pois cada um desses dispositivos protege um bem jurídico próprio. Resguarda-se dessa forma a boa hermenêutica, como ensinou o mestre Carlos Maximiliano (*in* *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Editora Forense: 1998, pág. 356):

3.20.1. *Contradições absolutas não se presumem. É dever do aplicador comparar e procurar conciliar as disposições várias sobre o mesmo objeto, e do conjunto, assim harmonizado, deduzir o sentido e o alcance de cada uma.*

3.21. Os administrativistas encampam essa teoria, como se pode concluir a partir da doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello (*in* *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros Editores: 1996, pág. 330):

3.21.1. *Veja-se: não faria sentido pretender que uma sociedade de economia mista ou*

*empresa pública exploradoras de atividade econômica (art. 173 e § 1º da Constituição) efetuassem licitação para adquirir os insumos que rotineiramente necessitam para a regularidade da produção industrial ou comercial a que estejam legalmente prepostas. Tanto quanto não o faria pretender que instaurassem dito certame para colocarem no mercado o que produzem.* (grifos do original)

3.22. No caso específico das empresas estatais pertencentes ao setor petrolífero, pode-se perfeitamente admitir que a PETROBRÁS não realize licitações para vender derivados de petróleo à BR Distribuidora e a outras interessadas. Por outro lado, sabe-se que a PETROBRÁS adquire petróleo do exterior, para suprir suas linhas de produção, sem que seja necessária a realização de licitações. De fato, não seria possível imaginar que fosse diferente, pois essas transações exigem uma rápida conformação às realidades mercadológicas, sempre à procura do melhor preço e das melhores condições de negócio.

3.23. A razão principal para que essas transações sejam realizadas sem a prévia licitação é que tais atividades estão incluídas entre as atividades-fim daquelas empresas, ou seja, aquelas diretamente vinculadas à exploração da atividade econômica para a qual foram criadas, e, como será discutido adiante, estão amparadas por contratos comerciais, típicos do Direito Privado, pois não ocorre nelas a posição de supremacia do Poder Público.

3.24. A relação entre a atividade-fim de uma empresa e o descabimento da realização do procedimento licitatório para as transações a ela relacionadas foi analisado pelo douto Ministério Público junto a esta Corte no TC-649.091/94-9 (Acórdão 680/96 — 2ª, Ata 35/96). Na ocasião, ao analisar embargos declaratórios interpostos pela Meridional Leasing S/A, a Procuradora Cristina Machado da Costa e Silva afirmou que:

3.24.1. *Assim, para adquirir bens para seu uso ou para alienar imóveis de sua propriedade ou nele efetuar obras, devem ser obedecidos os procedimentos licitatórios adequados. Porém, estando quaisquer dessas atividades diretamente vinculadas à exploração da atividade econômica pela empresa, não há*

*que se exigir a realização do certame, eis que esta, nesse aspecto, sujeita-se ao regime jurídico das empresas privadas.*

3.25. Observe-se ainda que a BR tem como uma de suas atividades-fim a distribuição de derivados de petróleo, transferindo-os entre seus terminais ou depósitos para os postos revendedores ou para seus consumidores finais. A atividade de distribuir assume nesse caso uma acepção que a torna sinônimo da atividade de transportar, que é a sua materialização física, podendo se dar por intermédio de caminhões, barcos ou outros meios, como o faz a estatal. Assim, conclui-se que o transporte de combustíveis é de fato uma das atividades-fim da BR.

3.26. Ressalte-se que a conclusão sobre a atividade-fim de uma empresa independe de ela terceirizar ou não a sua execução. Como o faz a BR. Nesse sentido cabe lembrar que a prática da terceirização não se restringe às atividades-meio de uma organização, podendo atingir também suas próprias linhas de produção, como se pode aferir de recentes empreendimentos industriais, como a nova fábrica da Volkswagen em Resende/RJ ou a fábrica de computadores da IBM em Campinas/SP

## DA NATUREZA DOS CONTRATOS

3.27. Coadunando-se a esfera do ser com a esfera do dever-ser de Hans Kelsen, a maioria dos contratos firmados por essas entidades é de natureza privada, nos quais a administração se encontra em pé de igualdade com os particulares, sem a posição de supremacia característica do contrato público. Essa conclusão deriva diretamente da intenção do constituinte originário de preservar a igualdade de condições no mercado, sem que as empresas estatais tivessem tratamento favorecido. De fato, o art. 173, § 2º, da CF é exemplar quando proíbe a concessão de favores fiscais às estatais não extensivos às empresas privadas, combinando-se corretamente com o princípio da atividade econômica estatuído no art. 170, IV, da Carta Magna, ou seja, a livre concorrência.

3.28. Essa conclusão encontra respaldo na doutrina predominante sobre contratos, como se pode inferir a partir das palavras do Prof. Toshio Mukai (*in* Contratos Públicos. Forense Universitária: 1995. págs. 24/25):

3.28.1. *É que a Constituição Federal dá competência à União (art. 22) para legislar sobre 'normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo e empresas sob seu controle' (inc. XXVII).*

3.28.2. Portanto, seriam aplicáveis a todas as empresas sob controle estatal as normas gerais sobre contratos, constantes na Lei nº 8.666/93, sendo evidente que, sendo tais normas gerais, típicas do contrato administrativo, os contratos das empresas estatais seriam todos administrativos.

3.28.3. Ocorre que o § 1º do art. 173 da Constituição, em homenagem ao princípio da igualdade econômica entre as empresas estatais que explorem atividades econômicas e as empresas privadas, decorrente do princípio da livre concorrência (art. 170, IV), dispõe:

3.28.4. 'A empresa pública a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.'

3.28.5. Portanto, os contratos das empresas estatais que exploram atividade econômica só podem ser contratos de direito privado, não lhes aplicando as normas gerais sobre contratos da legislação federal. Diante do aparente conflito entre as duas normas, há que se dar prevalência a esta última, pois ela encerra um princípio econômico decorrente da própria Constituição (o da igualdade econômica), enquanto a primeira se constitui em simples norma constitucional. Interpreta-se, pois, o disposto no inc. XXVII do art. 22, no que toca às 'empresas sob seu controle', que aí se enquadram apenas as empresas prestadoras de serviços públicos; assim, harmonizamos a interpretação dos dois dispositivos. (grifos do original)

3.29. Sabendo-se que a maioria dos contra-

tos firmados por empresas estatais é de direito privado, nem por isso se deve concluir que em todos eles seria incabível a licitação. De fato, somente para aqueles relacionados às suas atividades comerciais é que não é possível a licitação, para os demais, aplica-se a regra das licitações. Outro não é o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (*in* Curso de Direito Administrativo. Malheiros Editores: 1996, pág. 114/115):

3.29.1. Assim, se é certamente obrigatório entender que os contratos das empresas estatais exploradoras de atividade econômica evidentemente não são contratos administrativos, *nem por isto ter-se-á de concluir que, em todo e qualquer caso, as referidas pessoas estejam isentas do dever de licitar*. Sem dúvida, a adoção de procedimento licitatório seria inconveniente com a normalidade de suas atuações na atividade econômica, isto é, *não seria exequível em relação aos seus rotineiros procedimentos para operar o cumprimento das atividades negociais em vista da qual foram criadas*. As delongas da licitação inibiriam seu desempenho expedito e muitas vezes obstariam a obtenção do negócio mais vantajoso. Dela não haveria cogitar em tais casos.

3.29.2. Entretanto, podem-se pôr, e pôr-se-ão, hipóteses em que realizá-la não traria inconveniente algum e não contenderia com as razões óbvias pelas quais a Constituição estabeleceu que as entidades estatais exploradoras de atividade econômica se submetem ao regime aplicável às empresas privadas. Referimo-nos aos casos em que estas pessoas pretendam, *exempli gratia*, construir a fábrica onde se instalarão, o prédio em que funcionarão seus escritórios, ou intentem adquirir a maquinaria necessária para sua produção, ou mesmo os móveis e equipamentos de suas sedes ou filiais. Nenhuma destas atividades reclama a desenvoltura que é requerida para a normal, ágil e fluida exploração da atividade econômica a que foram por lei prepostas e que levou a Constituição a dispor que teriam regime correspondente ao das empresas privadas.

3.29.3. *Realizando licitação em hipóteses desta ordem, como obrigatoriamente terão de realizar, os sujeitos em apreço não estarão*

*em nada divorciados do espírito informador do § 1º do art. 173 e, pelo contrário, estarão atendendo a norma contida no art. 37, XXI, da própria Constituição, que fixa, como regra geral para o Poder Público e entidades estatais, a adoção de procedimento licitatório quando se proponham a adquirir ou alienar bens, contratar obras ou serviços. Ou seja: o § 1º do art. 173 é uma exceção (específica para as entidades governamentais exploradoras de atividade econômica) a esta regra geral. Donde, há de ser entendida nos limites necessários ao atendimento das razões pelas quais existe dita exceção. Não há por que dilargá-la além do necessário para a observância do propósito que a inspira.* (grifos do original)

3.30. Perceba-se que essas situações nas quais não é possível licitar referem-se às atividades-fim das empresas, objeto de contratos tipicamente comerciais sujeitos às leis do mercado, pois formalizam a execução do objeto social da empresa. Tais transações não se confundem com as demais, ligadas ao funcionamento das atividades-meio das organizações tais como compra de imobilizado ou de material de almoxarifado, para as quais se deve respeitar o princípio constitucional da prévia licitação.

3.31. A natureza comercial dos contratos de transporte da BR tem como implicação lógica a importância operacional que eles assumem, coadunando-se com a realidade do mercado, que demanda respostas rápidas para os cenários novos que constantemente se apresentam. Essa constatação adquire maior relevância com a criação da ANP — Agência Nacional de Petróleo e o contexto de concorrência que se avizinha para a PETROBRÁS e para suas subsidiárias. A BR, adiantando essa situação, já se encontra em um mercado altamente competitivo, com a entrada constante de novas distribuidoras privadas facilitada pelo *caput* do art. 56 da Lei 9.478/97 e legislações anteriores. Ressalta-se ainda que essa Lei define como um dos objetivos das políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia a promoção da livre concorrência (inciso IX do art. 1º).

3.32. Lembra-se ainda que no mercado de

venda de derivados de petróleo, há somente um fornecedor, que é a PETROBRÁS; assim, as parcelas restantes que determinam o preço final para as empresas distribuidoras são decorrentes de componentes comuns a todas as empresas participantes do mercado, tornando a parcela referente ao frete formadora essencial do custo dos produtos e inerente à atividade-fim da empresa. Nesse sentido, merece relevo o voto do Exmo. Ministro Homero Santos, relator do TC-008.355/93-2, que ao se referir à inclusão do frete como integrante do preço final, destaca sua importância para a atividade empresarial:

3.32.1. *No que diz respeito à incorporação do custo do frete ao preço do produto, sem discriminação e especificação em Notas Fiscais, considerada pela Inspeção como indevida à vista de dispositivo do Código de Defesa do Consumidor, observo que as Notas Fiscais, espelhadas como exemplos, especificam o objeto vendido, seu volume e o preço CIF (com frete). Deixo de acolher a sugestão de se determinar seja discriminado na Nota Fiscal, o custo do frete, à medida em que, na formulação do preço final do produto vendido, existem outros custos que, decerto, além de constituírem segredo empresarial, só interessam ao vendedor o que em nada interferiria, sob o ponto de vista comercial, no direito do consumidor (posto revendedor); além do mais, trata-se de matéria eminentemente tributária e de normas relacionadas com a defesa do consumidor*

3.33. Ressalta-se que o frete é integrante do custo direto da BR, sendo dessa forma indissociável da atividade comercial da empresa, assim como o é a matéria-prima que transporta, devendo ambas serem objetos de contratos comerciais. A inclusão do seu impacto nas notas fiscais, como parte do preço é apenas uma flagrante decorrência dessa constatação.

3.34. Assim sendo os contratos de transporte elemento essencial na formação do preço (item 42 — fls. 12 — Vol. 1), eles são a principal ferramenta a que pode recorrer a BR para competir no mercado, uma vez que o produto posto à disposição pela PETROBRÁS no mercado é único para todas as distribuidoras. Principalmente por meio deles ela

pode reagir rapidamente a uma redução local de preços — *guerra de preços*, usando-se de contrapartidas comerciais que permitam a continuidade da demanda e, por consequência, a continuidade do contrato de transporte e da sobrevivência da transportadora e da própria BR no mercado. Percebe-se que se trata de um restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro no qual ambas as partes concordam em ceder parcelas de seu ganho, com a decorrente redução do preço final, em prol da continuidade de ambas no mercado.

3.35. Ademais, a BR assume um papel social na medida em que ela está presente em diversas localidades que não interessam a nenhuma outra empresa transportadora (fls. 7 — Vol. I), com a assunção de evidentes prejuízos financeiros. Dessa maneira, deve ter mobilidade para rapidamente alterar seus preços e compensar essas perdas com os ganhos de outros pontos do país, com a necessidade de negociação caso a caso com as empresas transportadoras (fls. 8 — Vol. I).

3.36. Percebe-se dessa forma a natureza comercial e estratégica dos contratos de transporte celebrados pela BR, os quais assumem características peculiares e próprias do ramo econômico a que pertence a distribuidora. Tal fato torna inviável a realização do prévio procedimento licitatório para sua contratação, uma vez que esses contratos estão ligados à essência da atividade econômica por ela exercida.

3.37. Refletindo o exposto nesta instrução conclui-se que os contratos de transporte celebrados pela BR Distribuidora são próprios da exploração da atividade econômica para a qual a estatal foi criada; portanto são de natureza comercial e independem da prévia licitação. Destarte, propõe-se que seja dado provimento a este pedido dos recorrentes, determinando que a BR continue a licitar para as contratações das suas atividades-meio, regendo-se suas atividades-fim pelas normas do Direito Privado.

3.38. Ao se propor essa conclusão, verifica-se que não somente parte do Acórdão 240/97-P, recorrido deva ser tornada insubsistente, pois a própria Decisão 414/94-P, em que baseou a denúncia, também estaria pre-

judicada. Destarte, propõe-se que, apesar de não ter sido objeto do recurso, seja dada nova redação à Decisão 414/94-P, excluindo a obrigatoriedade de a BR realizar processo licitatório para a contratação de transporte dos produtos referentes à atividade-fim da empresa.

### DO PEDIDO DE CANCELAMENTO DA MULTA

3.39. O fato de se considerar correta a não realização de procedimento licitatório para a distribuição dos seus produtos não torna procedente de todo e de pronto o pedido apresentado pelos recorrentes. Assim, a pretensão de afirmar que a denúncia promovida pela AB-CAM, sobre a contratação das transportadoras sem a prévia licitação, versava sobre fatos ilícitos não lhes daria a *priori* a prerrogativa de descumprir uma decisão desta Corte.

3.40. Deve ser considerado, todavia, que ao se considerar adequado o procedimento da estatal, desaparece a ilegalidade decorrente do descumprimento do Estatuto das Licitações. Ademais, deve ser, ressaltada a atenuante mencionada pelo Exmo. Ministro Carlos Atila, relator do acórdão recorrido, que reconhecia que os responsáveis *buscavam assegurar maior competitividade à estatal, na concorrência com as empresas privadas, em sua atividade fundamental de distribuidora de combustíveis*. Essa atenuante demonstra que os membros da Diretoria da BR não tiveram ganho financeiro pessoal algum, pois somente protegeram os interesses da empresa e, por consequência, o próprio Erário Público.

3.41. E evidente que a administração da BR poderia ter recorrido aos remédios adequados, solicitando por meio de recurso a reforma da Decisão desta Corte; porém, ao contrário, preferiu se omitir. Frisa-se, todavia, que não há evidências de locupletação ou de desvios decorrentes dos atos praticados, mas apenas o zelo que todos os administradores deveriam ter com o patrimônio da empresa.

3.42. Tecendo essas considerações e verificando que foi preservado o interesse público, conclui-se pela proposta de cancelamento da multa.

### DO PEDIDO DE EXAMINAR O MANUAL GERAL DE CONTRATAÇÕES

3.43. O pedido formulado pela Diretoria da BR (fls. 14 — Vol. I) de examinar seu Manual Geral de Contratações (fls. 15/40 — Vol. I) é atípico nesse estágio do processo, em grau de recurso. De fato, tal solicitação seria equivalente a uma consulta, conforme previsão do inciso XVII do art. 1º da Lei 8.443/92, pois procura obter um posicionamento do Tribunal sobre a adequação legal daquele manual.

3.44. Entendida sua natureza, tal pedido, para seu conhecimento, deveria estar amparado pelos requisitos exigidos pelo Regimento Interno desta Cone, particularmente os dispostos no art. 216, que estipula quais são as autoridades competentes para interpor consulta. Respeitando aqueles ditames, verifica-se que a administração da BR Distribuidora não tem legitimidade para impetrar consultas.

3.45. A ausência da competência para propor essa modalidade de processo invalida a pretensão contida no pedido da BR; portanto, propõe-se pelo seu não-atendimento.”

.....  
4. Com essas ponderações, a instrução propõe, em síntese:

a — que o Tribunal conheça do presente recurso, a despeito de sua intempestividade, respeitando os princípios da verdade material e da ampla defesa;

b — no mérito, que o pedido seja parcialmente atendido, tornando insubsistente o Acórdão nº 240/97 — TCU — P, recorrido;

c — que seja dada nova redação à Decisão nº 414/94-TCUP, excluindo-se a obrigatoriedade de realizar processo licitatório para as contratações de transporte que sejam atividade-fim da empresa; e

d — que seja dado conhecimento à PETROBRÁS Distribuidora S/A e à Petróleo Brasileiro S/A — PETROBRÁS, da Decisão que vier a ser tomada por este Colegiado.

5. O Sr. Diretor da 1ª Divisão Técnica, Gerson Cardoso de Lima, e a Sra. Secretária de Controle Externo da 10ª SECEX, Rosângela Paniago Curado Fleury, manifestam-se de acordo. (fls. 59/60)

6. O Sr. Representante do Ministério Públi-

co junto a este Tribunal, Dr. Walton Alencar Rodrigues, tece considerações, inicialmente, a respeito das alterações promovidas pela recente Emenda Constitucional nº 19/98, que vieram abrandar o entendimento até então vigente, sobre a matéria (procedimento licitatório da Lei nº 8.666/93, no âmbito das sociedades de economia mista e empresas públicas). Ressalta, entre outros aspectos, que, com a promulgação da Reforma Administrativa, implementada pela referida Emenda Constitucional nº 19/98, a filosofia controladora foi revista, em prol da eficiência. Afirma que "...à luz do novo ordenamento jurídico, instaurado pela Emenda Constitucional nº 19/98, os normativos internos não merecem reparos, devendo ser reformada a decisão recorrida." Dessa forma, Sua Excelência acompanha, em parte, o parecer da 10ª SECEX. Conclui, entretanto, pela manutenção da aplicação de multa aos membros da Diretoria Executiva da empresa, ora recorrentes, pelas razões que sustenta em seu parecer de fls. 61/69.

7. Registro ainda que, da peça recursal, consta pedido de sustentação oral, a ser realizada pelos interessados ou por representante legal constituído, por ocasião da inclusão da matéria em pauta e deliberação do Tribunal.

É o relatório.

## VOTO

Como consignado na instrução, os processos acima indicados se originaram da Denúncia apresentada pela Associação Brasileira de Caminhoneiros — ABCAM, contra a PETROBRÁS Distribuidora S/A — BR, sob o argumento de que a empresa estaria descumprindo a Decisão Plenária nº 414/94 TCU (Ata 30/94), prolatada no TC-008.355/93-2. A mencionada deliberação, baseada em relatório de inspeção ordinária realizada pelo Tribunal naquela entidade, converteu o processo em diligência e determinou que a BR alterasse seu Manual Geral de Contratações, adequando-o à Lei nº 8.666/93, e passasse a realizar licitações para contratar o transporte de seus produtos.

2. Em Sessão Extraordinária de 22-10-97

(de caráter reservado), o Tribunal julgou procedente a mencionada Denúncia e aplicou multa aos membros da Diretoria Executiva da empresa, em razão do descumprimento do *decisum* anterior. Determinou, entre outras medidas, que os dirigentes da BR adotassem providências no sentido de alterar o manual de licitações da entidade para tornar obrigatória a realização de procedimentos licitatórios para a contratação de transporte de seus produtos; e autorizou o cancelamento da chance-la de "sigiloso" que incidia sobre a espécie (Acórdão nº 240/97 — P, Ata 40/97).

## II

3. Inconformados com a referida Decisão desta Corte, os Dirigentes da empresa inter põem agora o presente pedido de reexame do Acórdão nº 240/97-TCU-Plenário

4. Da análise do pleito, a Unidade competente, ao verificar que a data de autuação do pedido ultrapassou o prazo regimental de 15 dias, aponta sua intempestividade. Sobre esse fato, o Ministério Público junto ao Tribunal, ressalta que, isoladamente, seria motivo bastante para o Tribunal não conhecer do recurso. Entretanto, a 10ª SECEX sugere o seu acolhimento, com base nos princípios da verdade material e da ampla defesa, e o Sr. Procurador-Geral, ao concluir no mesmo sentido, considera a circunstância prevista no art. 32, parágrafo único, da Lei nº 8.443/92, consistente na superveniência de fatos novos, trazidos pelos recorrentes.

## III

5. A respeito do pedido de sustentação oral, formulado pelos interessados, esclareço que foram adotadas as providências necessárias pelo Gabinete deste Relator.

## IV

6. No que tange ao pedido de o Tribunal examinar também, nesta oportunidade, o Ma-

nual Geral de Contratações da BR, vale ressaltar que tal solicitação caracteriza Consulta, consoante o art. 1º, inciso XVII da Lei 8.443/92. Isso, porque a Entidade busca obter um posicionamento do Tribunal sobre a adequação legal daquele estatuto. Como esclarece a Unidade de instrução, "...para seu conhecimento, [o pedido] deveria estar amparado pelos requisitos exigidos pelo Regimento Interno desta Corte, particularmente os dispostos no art. 216, que estipula quais são as autoridades competentes para interpor consulta." Assim posto, a 10ª SECEX ressalta que a ausência de competência para propor essa modalidade de processo invalida a pretensão contida na solicitação da empresa. Opina, consoante entendimento deste Relator, pelo seu não-atendimento.

## V

7. De fato, a questão básica tratada no pedido de reexame versa a respeito da necessidade de a PETROBRÁS Distribuidora S/A — BR, no desempenho das atividades finais e em função das quais ela foi constituída, licitar o transporte de combustíveis líquidos, pois dela decorrerão todos os demais efeitos pretendidos pelos recorrentes.

8. Sobre a legislação pertinente, vale ressaltar inicialmente que o então Decreto-lei nº 2.300, de 21-11-86, ao dispor sobre licitações, estabelecia que a exigibilidade das normas nele contidas era aplicada apenas à administração centralizada e autárquica, havendo nesse sentido disposição expressa de que as empresas estatais deveriam editar regulamentos próprios, adaptados as suas peculiaridades, com procedimentos seletivos simplificados e observância dos princípios básicos da licitação. Predominava, à época, a orientação de que as empresas estatais dispunham de ampla margem de liberdade para licitar, podendo, em seus regulamentos próprios, estabelecer os casos de dispensa e as faixas de valores dentro das quais desenvolveriam determinados procedimentos, de maior ou menor amplitude.

9. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, essa situação sofreu alteração.

A exigibilidade de observância das normas sobre licitações às empresas estatais, de maneira genérica, pode se inferir inicialmente da junção do disposto em seu Artigo 37 (redação original), e o conteúdo do Inciso XXI, desse mesmo dispositivo constitucional:

*"Art. 37 — A administração pública, direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e também, ao seguinte:*

.....

*XXI — ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."*

10. Cabe contudo observar outro preceito constitucional, dispondo sobre empresas estatais, que, por suas implicações, não pode ser desprezado no exame da presente questão. Trata-se do Artigo 173, § 1º, da CF/88 (redação original), *verbis*:

*"Art. 173 — Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta da atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.*

*§ 1º A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias".*

11. Posteriormente, com a edição da Lei nº 8.666/93, ficou estabelecido expressamente que as normas nela contida se aplicariam também às empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta e indiretamente pela União. Em consequência, os regulamentos próprios dessas entidades, antes de qualquer consideração, tive-

ram de ser ajustados. As mencionadas empresas podiam editar seus próprios manuais, desde que compatíveis com as normas legais, acrescidos apenas de detalhamentos e particularidades (conforme Artigos 118, 119 e Parágrafo único).

12. Essa mudança de tratamento, no sentido de se estabelecer normas de operatividade mais rígidas para essas entidades (paraestatais), que atuam em regime de direito privado, conforme reconhece a própria Constituição Federal de 1988, pode e deve agora, ao ver deste Relator, receber nova atribuição de finalidade, para se adotar um posicionamento de maior flexibilidade gerencial para tais entidades.

13. Como evidencia a doutrina, nenhum dispositivo legal, muito menos de nível constitucional, pode ser interpretado isoladamente, desvinculado do contexto no qual está inserido. Embora o texto legal se apresente freqüentemente revestido de evidente clareza mesmo assim implica num trabalho de conhecimento de as simulação e de complementação daquilo que o legislador pretendeu exprimir, trabalho esse que poderá ser mais ou menos complexo, mas que não pode deixar de ser considerado, para que as normas sejam aplicadas sem qualquer dúvida.

14. Abordando esse tema, afirma o eminente CARLOS MAXIMILIANO (*in* *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Editora Forense, 1984, págs. 128 e 129):

*“O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolários: uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituem elementos autônomos operando em campos diversos.*

Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apreço.

Confronta-se a prescrição positiva com outra de que proveio, ou que da mesma dimanaram; verifica-se que o nexa entre a regra e

a exceção, entre o geral e o particular e deste modo se obtém esclarecimentos preciosos. O preceito, assim submetido a exame longe de perder a própria individualidade, adquire realce maior talvez inesperado. Com esse trabalho de síntese é melhor compreendido.

O hermeneuta eleva o olhar dos casos especiais para os princípios dirigentes a que eles se acham submetidos; indaga se, obedecendo a uma, não viola outra; inquire das consequências possíveis de cada exegese isolada. Assim, contemplados do alto os fenômenos jurídicos, melhor se verifica o sentido de cada vocabulário, bem como se um dispositivo deve ser tomado na acepção ampla, ou na estrita, como preceito comum, ou especial.

Já se não admitia em Roma que o juiz decidisse tendo em mira apenas uma parte da lei; cumpria examinar a norma em conjunto: *Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare, vel respondere* — “é contra Direito julgar ou emitir parecer tendo diante dos olhos, ao invés da lei em conjunto, só uma parte da mesma”.

15. Ainda sobre a questão, convém registrar parte do parecer da 10ª SECEX, que evidencia “...ser apenas aparente a antinomia existente entre os artigos 37, XXI, e 173, § 1º, da CF, pois cada um desses dispositivos protege um bem jurídico próprio. Resguarda-se dessa forma a boa hermenêutica, como ensinou o mestre Carlos Maximiliano (*in* *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Editora Forense: 1998, pág. 356):

*3.20.1. Contradições absolutas não se presumem. É dever do aplicador comparar e procurar conciliar as disposições várias sobre o mesmo objeto, e do conjunto, assim harmonizado, deduzir o sentido e o alcance de cada uma.”*

16. Dessa forma, podemos inferir que uma das finalidades ou propriedades da interpretação sistemática está, exatamente na superação de aparentes conflitos de normas, como coloca JUAREZ FREITAS, um dos mais brilhantes publicistas da atualidade (*in* *A Interpretação Sistemática do Direito*, Malheiros Editores, 1995, pág. 54):

*“Destarte, assumindo uma ótica ampliativa e mais bem equipada, a interpretação siste-*

*mática deve ser definida como uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teológica, tendo em vista solucionar os casos concretos”.*

17. Como acima enunciado, a Constituição Federal de 1988 (original), em seu Art. 37, inciso XXI, estabelece uma regra geral, aplicável inicialmente a todas as empresas estatais. Por outro lado, o art. 173 separa uma espécie de empresa estatal a que explora atividade econômica. Desta vez, para dizer que apenas esta pode e deve reger-se pelas mesmas normas aplicáveis às empresas privadas. Cria uma exceção à regra geral, de forma que as exceções devem ter interpretação restrita, no sentido de que somente podem ser havidas como excepcionais as situações que se enquadrem perfeitamente na norma excepcionadora, sem extensões ou ampliações.

18. Vale ainda lembrar que as empresas estatais, especialmente as constituídas sob a forma de sociedade anônima, estão presas a um dever de eficiência, segundo dispõe a Lei das Sociedades Anônimas nº 6.404/76:

*“Art. 153 — O administrador da companhia deve empregar no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.*

.....  
“Art. 238 — A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação”.

19. Nesse particular, a Unidade competente pondera inicialmente que a BR, no desempenho de suas atividades finais, assume um papel social, na medida em que ela está presente em localidades que não despertam o interesse de outras empresas distribuidoras, aceitando inclusive evidentes prejuízos financeiros. Por essas razões, alerta que a empresa deve ter mobilidade para rapidamente alterar seus pre-

ços e compensar tais perdas com os ganhos de outros pontos do país, com a necessidade de negociação caso a caso com as empresas transportadoras. Faz referência à natureza comercial e estratégica dos contratos de transporte celebrados pela entidade ressaltando que os mesmos assumem características peculiares e próprias do ramo econômico a que pertence a distribuidora, o que inviabiliza a realização do prévio certame licitatório para sua contratação, uma vez que esses contratos estão ligados à essência da atividade econômica por ela exercida.

20. Ademais, conforme também já abordado pela 10ª SECEX, “a atividade de distribuir assume nesse caso uma acepção que a torna sinônimo da atividade de transportar, que é a sua materialização física, podendo se dar por intermédio de caminhões, barcos ou outros meios, com o faz a estatal. Assim, conclui-se que o transporte de combustíveis é de fato uma das atividades-fim da BR”, o que independe de sua execução ser ou não terceirizada.

21. Prossegue ainda Unidade Técnica, cujos aspectos ora são acolhidos, a destacar que:

*“Resalta-se que o frete é integrante do custo direto da BR, sendo dessa forma indissociável da atividade comercial da empresa, assim como o é a matéria-prima que transporta, devendo ambas serem objetos de contratos comerciais. A inclusão do seu impacto nas notas fiscais, como parte do preço é apenas uma flagrante decorrência dessa constatação.”*

22. Esta constatação tornou-se mais clara com o advento da Lei 9.478/97, que consolidou o acirramento da concorrência no setor em que a BR atua, constituindo fato novo a corroborar a necessidade da empresa atuar com agilidade e competitividade no mercado, como forma de preservar o patrimônio que a constitui.

23. Neste sentido cumpre destacar que por força do “caput” e parágrafos do artigo 61 da lei que instituiu a ANP — Agência Nacional do Petróleo, a Petrobrás e suas subsidiárias, dentre elas a BR, quando desenvolverem atividade econômica relativa à pesquisa, à lavra, à refinação, ao processamento, ao comércio e ao transporte de petróleo e de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos

fluidos, bem como de quaisquer outras atividades correlatas ou afins, devem atuar em caráter de livre competição com outras empresas, em função de condições de mercado.

24. É de ressaltar também que o Sr. Representante do Ministério Público junto a este Tribunal, Dr. Walton Alencar Rodrigues, reconhece que "...à luz do novo ordenamento jurídico, instaurado pela Emenda Constitucional nº 19/98, os normativos internos não merecem reparos, devendo ser reformada a decisão recorrida.", de modo que acompanha parcialmente o parecer da 10ª SECEX.

25. Por isto, viável a contratação direta de bens, serviços e produtos atinentes à atividade-fim da BR, ou seja, aqueles decorrentes de procedimentos usuais do mercado em que atua e indispensáveis ao desenvolvimento de sua atividade normal, dentre eles, o transporte dos produtos por ela distribuídos.

26. De se notar ainda as novas justificativas apresentadas pelos Srs. Membros da Diretoria Executiva, sobre a atividade econômica da Entidade, acompanhadas do estudo realizado pelo eminente Prof. Adilson Abreu Dallari, do qual extraio excerto que a seguir transcrevo:

.....  
*"As coisas estavam nesse estágio de desenvolvimento quando o Tribunal de Contas da União proferiu a Decisão nº 414/94, determinando à Petrobrás Distribuidora S/A — BR que: a) adaptasse seu Manual Geral de Contratações às normas da Lei nº 8.666/93; e, também, b) realizasse procedimento licitatório formal para a contratação de serviços de transporte de seus produtos.*

*Esta última providência se revelou inviável, incompatível com as finalidades em função das quais essa subsidiária da PETROBRÁS havia sido criada. Com efeito, cabia e cabe a ela assegurar a regular distribuição de derivados de petróleo em todo o território nacional, especialmente nos lugares mais longínquos, de difícil acesso, onde essa atividade não desperta o interesse dos concorrentes, exatamente por ser anti-econômica. Para compensar os 'deficits' assim gerados, a empresa precisava e precisa ser eficiente, comercialmente agressiva, para ganhar merca-*

*do nas áreas urbanas mais densamente povoadas, onde a concorrência é exacerbada.*

*Para ter preços competitivos (lembrando-se que os produtos derivados de petróleo não mais são tabelados) a empresa tinha e tem que diminuir custos, sendo que o transporte é um relevante item da composição de custos. Ou seja, para poder concorrer, em igualdade de condições com as outras empresas privadas distribuidoras de derivados de petróleo (atividade não monopolizada), a Petrobrás Distribuidora S/A — BR precisa ter liberdade de contratação, para bem negociar os contratos de transporte. Sem isso, ela não tem como manter-se.*

*Isso tudo foi entendido pelo Tribunal de Contas da União ao reexaminar o assunto, mas no Acórdão nº 240/97, foi tomado apenas como atenuante da conduta dos dirigentes da empresa, mantendo-se o entendimento de que a contratação direta dos serviços de transporte de derivados de petróleo configura uma ilicitude. Este é o ponto nodal da questão em exame. Não se discute e não se contesta a necessidade fática; afirma-se, apenas, a ilegalidade dessa conduta.*

.....  
Todavia, a indigitada conduta havida como ilícita tinha e tem amparo constitucional. Isso é o que defluiu da interpretação sistemática da Constituição Federal.

O art. 37 efetivamente estabelece uma obrigatoriedade geral de licitar para todas as entidades da administração indireta ou descentralizada, sem exceção. Lido isoladamente, fora de seu contexto, essa é a interpretação dele decorrente.

Mas nenhuma disposição normativa tem vida fora do contexto em que está necessariamente inserida. O universo normativo não é um amontoado caótico de prescrições, mas, sim, um sistema, organizado, articulado e hierarquizado, no qual as contratações são apenas aparentes.

Interpretado sistematicamente, em conjunto com o disposto no art. 173 (em sua redação original) o art. 37 apenas estabelece uma regra geral, que, entretanto, não é absoluta, pois encontra exceção exatamente na disciplina jurídica constitucionalmente estabelecida para

as empresas estatais exploradoras da atividade econômica, as quais devem atuar em regime de competição ao lado dos particulares, em relação aos quais não pode ter nem privilégios nem desvantagens, salvo aqueles decorrentes dos fins sociais que determinam sua criação.

No caso em exame, a Petrobrás Distribuidora S/A — BR dele arcar com os ônus decorrentes de sua obrigação de distribuir seus produtos mesmo onde isso é anti-econômico, mas não pode ser compelida a competir com os 85 concorrentes particulares em desvantagem, onde essa atividade for lucrativa.

Portanto, a liberdade de contratação de serviços de transporte, como parte essencial da atividade de distribuição, que é a atividade-fim por excelência dessa empresa, nunca foi ilícita. Aliás, o direito nunca foi incompatível com o simples bom-senso.

Atualmente, a licitude dessa conduta ficou ainda mais acentuada.

Com efeito, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 19 (*Reforma Administrativa*), que introduziu na Administração Pública um modelo gerencial, 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.

O §1º do art. 173, afirma, textualmente, que essas empresas devem reger-se, em seus direitos e obrigações comerciais, pelas mesmas normas aplicáveis às empresas privadas e, no tocante aos procedimentos licitatórios, permite a edição de regulamentos próprios, sempre com observância dos princípios da administração pública.

Essa liberdade foi compensada por mecanismos mais adequados de controle, como é o caso da criação das agências reguladoras. No caso específico, a Agência Nacional do Petróleo — ANR

Em síntese, atualmente, em face da redução atual do texto constitucional, a PETROBRÁS Distribuidora S/A — BR pode ter seu próprio Manual Geral de Contratações, desde que as específicas disposições desse regulamento se-

jam compatíveis com os princípios da Administração Pública.

Pode, também, contratar diretamente, sem licitação, os serviços de transporte de seus produtos, desde que possa justificar cada escolha e que, ao fazê-lo, não contrarie ou ofenda aqueles mesmos princípios, seja por privilegiar ou prejudicar especialmente alguém, seja por pagar preços exorbitantes, seja por remunerar serviços desnecessários ou não prestados etc.”

.....  
27. De tudo que foi exposto até o momento, a meu ver, pode o Tribunal Pleno, dentro de um contexto mais abrangente de interpretação sistemática da Constituição Federal de 1988, em especial dos Arts. 37, XXI e 173, § 1º, acolher as proposições da 10ª SECEX.

Assim posto, com a devida vênua do MP/TCU, Voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à consideração deste E. Plenário.

Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão  
Alves de Souza, 26 de agosto de 1998

IRAM SARAIVA  
Ministro-Relator

#### ACÓRDÃO Nº 121/98 — TCU — Plenário

1. Processo nº TC 010.124/95-0 e Anexo TC 010.476/95-4

2. Classe de Assunto: I — Pedido de Reexame interposto por dirigentes da PETROBRÁS Distribuidora S/A — BR, contra o Acórdão nº 240/97-TCU-Plenário. Conhecimento. Provimento em parte.

3. Responsáveis: Orlando Galvão Filho (Presidente), Mário de Paiva Ramos (Vice-Presidente); e Adalberto Marques de Oliveira, Volmer Ferreira de Toledo, Reynaldo Vilardo Aloy e João Augusto Rezende Henriques (Diretores).

4. Entidade: PETROBRÁS Distribuidora S/A — BR Vinculação: Ministério de Minas e Energia.

5. Relator: Ministro Iram Saraiva

6. Representante do Ministério Público: Procurador-Geral, Dr. Walton Alencar Rodrigues.

7. Unidade Técnica: 10ª SECEX

8. Acórdão:

Vistos, relatados e discutidos estes autos que cuidam agora do Pedido de Reexame interposto por dirigentes da PETROBRÁS Distribuidora S/A — BR, contra o Acórdão nº 240/97 -TCU- Plenário prolatado no presente processo de Denúncia apresentada pela Associação Brasileira de Caminhoneiros -ABCAM, e de Relatório de Acompanhamento em que se apurou a responsabilidade da Diretoria Executiva da BR, pelo descumprimento a Decisão Plenária nº 414/94 -TCU (Ata 30/94), prolatada no TC-008.355/93-2.

Considerando que, em Sessão Extraordinária de 22-10-97 (de caráter reservado), o Tribunal julgou procedente a mencionada Denúncia e aplicou multa aos membros da Diretoria Executiva da empresa, em virtude do descumprimento do *decisum* anterior determinando ainda que os Dirigentes da BR promovessem a alteração de seu manual de licitações para tornar obrigatória a realização de procedimentos licitatórios para a contratação de transporte de seus produtos;

Considerando que o E. Plenário autorizou o cancelamento da chancela de “sigiloso” que incidia sobre a espécie;

Considerando que o pedido de exame do Manual Geral de Contratações da BR caracteriza Consulta (art. 1º, inciso XVII, da Lei 8.443/92), e que a ausência de competência dos dirigentes para propor essa modalidade de processo invalida a pretensão contida na solicitação da empresa;

Considerando que a exigibilidade de observância das normas sobre licitações às empresas estatais, de maneira genérica, pode se inferir inicialmente da junção do disposto em seu Artigo 37 (redação original), e o conteúdo do Inciso XXI, desse mesmo dispositivo constitucional

Considerando que o Artigo 173, § 1º, da CF/88 (redação original), ao dispor que a exploração direta da atividade econômica pelo Estado, ressalvados os casos previstos na Constituição, só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme

definidos em lei, estabelece também que a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime Jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias;

Considerando que as empresas estatais, notadamente as constituídas sob a forma de sociedade anônima, estão presas a um dever de eficiência, nos termos da Lei das Sociedades Anônimas nº 6.404/76 (Art. 153 — O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios; e Art. 238 — A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação);

Considerando que o Artigo 37 da CF/88 estabelece uma obrigatoriedade geral de licitar para todas as entidades da administração indireta ou descentralizada, sem exceção, quando lido isoladamente;

Considerando que nenhuma disposição normativa tem vida fora do contexto em que está necessariamente inserida, e que o universo normativo não é um conjunto desordenado de prescrições, mas, sim, um sistema, organizado, articulado e hierarquizado, no qual as contratações são apenas aparentes;

Considerando ainda que, em confronto com o disposto no Artigo 173 da CF/88 (em sua redação original) o Artigo 37 apenas estabelece uma regra geral, que não é absoluta, pois encontra exceção exatamente na disciplina jurídica constitucionalmente estabelecida para as empresas estatais exploradoras da atividade econômica, as quais devem atuar em regime de competição, ao lado dos particulares, em relação aos quais não pode ter nem privilégios nem desvantagens, salvo aqueles decorrentes dos fins sociais que determinam sua criação.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de

Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, e com fundamento nos arts. 32, Parágrafo único; 48 e Parágrafo único; ambos da Lei nº 8.443/92, c/c os arts. 228 e 233 do RITCU, em:

8.1 — conhecer do presente Pedido de Reexame interposto pelos Responsáveis acima indicados (item 3, supra), para, no mérito, dar-lhe provimento parcial;

8.2 — tornar insubsistente o Acórdão recorrido nº 240/97TCU-Plenário;

8.3 — dar nova redação à Decisão nº 414/94-TCU-Plenário, para excluir a obrigatoriedade de a PETROBRÁS Distribuidora — BR, realizar processo licitatório para as contratações de transportes que sejam atividade-fim da empresa, como a de transporte de pro-

duetos, permanecendo esta obrigatoriedade para as atividades-meio; e

8.4 — dar conhecimento à PETROBRÁS Distribuidora BR, e à Petróleo Brasileiro S/A — PETROBRÁS, da deliberação ora proferida, mediante a remessa de cópia do Relatório/Voto que a fundamentaram.

9. Ata nº 35/98 — Plenário.

10. Data da Sessão: 26/08/1998 — Ordinária.

11. Especificação do *quorum*:

11.1. Ministros presentes: Homero dos Santos (Presidente), Adhemar Paladini Ghisi, Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva (Relator), Humberto Guimarães Souto, Bento José Bugarin e Valmir Campelo.

11.2. Ministros com voto vencido Humberto Guimarães Souto e Bento José Bugarin.