

### ****Pesquisa de Jurisprudência****

Imprimir

**Decisões Monocráticas**



**MS 31235 MC / DF - DISTRITO FEDERAL
MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA
Relator(a):  Min. DIAS TOFFOLI
Julgamento: 26/03/2012**

**Publicação**

**PROCESSO ELETRÔNICO**

DJe-064 DIVULG 28/03/2012 PUBLIC 29/03/2012

**Partes**

IMPTE.(S) : PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRAS

ADV.(A/S) : RAFAEL DE MATOS GOMES DA SILVA E OUTRO(A/S)

IMPDO.(A/S) : TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

LIT.PAS.(A/S) : UNIÃO

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

**Decisão**

Decisão: Vistos. Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pela Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras em face do Tribunal de Contas da União, com o objetivo de desconstituir decisão proferida nos autos do processo nº TC 020.434/2005-9, por que se afirmou a necessidade de a empresa adequar os seus procedimentos de contratação às normas inscritas na Lei nº 8.666/93. As razões apresentadas na peça vestibular podem ser assim sintetizadas: a) o Processo nº 005.609/2005-2, foi aberto no TCU “com o objetivo de fiscalizar a contratação e execução de obras e serviços integrantes do programa de trabalho nº 25753028841080001, referente à manutenção da infraestrutura operacional do parque de refino das Refinarias LANDULFO ALVES (RLAM), localizada no Estado da Bahia e LUBRIFICANTES DO NORDESTE (LUBNOR), no Estado do Ceará”, tendo sido determinado à Petrobras que adequasse seus procedimentos de contratação à Lei nº 8.666/93; b) a empresa ora autora interpôs recurso, que foi autuado em separado (TC nº 020.434/2005-9), definitivamente julgado na Seção Ordinária realizada em 23/11/2011 (Acórdão nº 3079/2011), o que evidencia o respeito ao prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias para a impetração do mandamus; c) o TCU entendeu que o art. 67 da Lei nº 9.478/97 – em que previsto o procedimento licitatório simplificado para a Petrobras – não foi recepcionado pela Constituição Federal, após a EC nº 19/98; d) a Corte de Contas afirmou, ainda, a ilegalidade do Decreto nº 2.745/98, pois teria inovado na ordem jurídica, ultrapassando o poder regulamentar concedido ao chefe do Poder Executivo (art. 84, VI, CF/88) e) “[o] prefalado Procedimento Licitatório Simplificado foi enfocado no Parecer AC 15 da Advocacia Geral da União e também aprovado pelo Exmo. Sr. Presidente da República, como publicado à pág. 1 do Diário Oficial da União de 19/07/2004, fato este que, nos termos do art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73/93, vincula a Administração Federal, da qual a Impetrante faz parte, e a obriga a dar-lhe fiel cumprimento”; f) o TCU – órgão auxiliar do Congresso Nacional – não possui competência para declarar a inconstitucionalidade ou ilegalidade de ato normativo, sob pena de afronta ao princípio da separação de poderes (art. 2º da CF/88), sendo o STF o único competente para declarar, com efeito era omnes, a inconstitucionalidade de lei; g) a Súmula STF nº 347 refere-se a dispositivo da Constituição Federal de 1946, enquanto que, atualmente, a competência da Corte de Contas está inscrita no art. 71 da Constituição Federal de 1988, o qual “não confere ao Impetrado TCU competência para examinar e decidir acerca da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, denotando-se, precisamente do inciso IX, que sua atuação está restrita ao campo do ‘(...) exato cumprimento da lei (...)’, e não à sua declaração de inconstitucionalidade”. Alega que o cumprimento da decisão ora questionada levará a Petrobras a adotar um comportamento contrário à Lei nº 9.478/98 e ao Decreto nº 2.745/98 - os quais permanecem vigentes no ordenamento jurídico brasileiro – e, portanto, à uma atuação oposta ao princípio da legalidade inscrito no art. 37 da Constituição Federal. Nesse tocante, argumenta também que: “Também do mundo jurídico não foi retirado o § 1º do art. 40 da LC nº 73/93, que, de forma absolutamente cogente, obriga a Impetrante a dar fiel cumprimento ao Parecer AC 15 – AGU, da Advocacia Geral da União, aprovado pelo Exmo. Sr. Presidente da República, como publicado no DOU de 19/07/2004, parecer esse ao qual está vinculada, ratione legis.” A impetrante conclui que: “2.5.9.3. No entanto, o Poder Legislativo foi muito arguto e cauteloso haja vista que ao mesmo tempo em que inseria a Impetrante num ambiente de livre concorrência, de livre competição com outras empresas, e regido em função das condições de mercado, onde agilidade é fundamental, dela, pelo art. 67 da Lei nº 9478/97, cuidou livrar do inadequado e incompatível sistema de licitação e contratação imposto pela Lei nº 8666/93, autorizando a UNIÃO FEDERAL, na pessoa do Exmo. Sr. Presidente da República, a definir procedimento licitatório simplificado mediante decreto, seara esta de competência privativa da UNIÃO, como estampado no art. 22, inc. XXVII, da CRFB. 2.5.9.4. Nesta linha, tem-se que arrastar a Impetrante de volta ao inadequado e incompatível sistema imposto pela Lei nº 8666/93, como forceja a decisão guerreada, significa retirar dela os mecanismos que lhe permitem sobreviver em ambiente constitucional e infraconstitucional de livre concorrência e regido em função das condições de mercado, o que fere o princípio da razoabilidade, assim como da eficiência imposto pelo caput do art. 37 da CRFB, contra os quais investe a ilegal e abusiva decisão objeto deste Mandado de Segurança.” Requer seja deferido o pedido cautelar para suspender os efeitos da decisão impugnada, presente o periculum in mora ante a iminência de a Petrobras ser obrigada a cumprir decisão abusiva da Corte de Contas, sob pena de aplicação de multa e responsabilização pessoal de seus gestores, com consequências econômicas e políticas para toda a sociedade ante a adoção de regime jurídico incompatível com a atividade econômica da empresa. No mérito, pede seja concedida a ordem para cassar a decisão do TCU que determina que a Petrobras adote o procedimento licitatório inscrito na Lei nº 8.666/93. Documentos juntados por meio eletrônico. Custas recolhidas. É o relatório. A liminar deve ser deferida. A impetrante juntou cópia do Acórdão nº 1.548/2011, em que se afirmou a necessidade de a Petrobras submeter-se às disposições da Lei nº 8.666/93 para contratação de obras e serviços. Do relatório exarado no TCU, tem-se que a decisão questionada no presente writ foi proferida em processo de fiscalização de obras de manutenção da infraestrutura operacional do parque de refino da Petrobras, realizadas por empresas contratadas após a observância do procedimento previsto no Decreto nº 2.745/1998. A autora defende a legitimidade da adoção do procedimento inscrito no referido Decreto, pois amparado no art. 67, Lei nº 9478/1997 e no Parecer AC 15 do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Exmo. Sr. Presidente da República, vinculante para toda a Administração Federal, conforme o art. 40, § 1º, Lei Complementar nº 73/1993. A Corte de Contas negou provimento ao pedido de reexame interposto pela Petrobras contra decisão que teria determinado a observância da Lei nº 8.666/93. O ato impugnado está fundamentado no entendimento firmado na Decisão nº 663/2002. Vide: “4. Observo que essas alegações são improcedentes; não invalidam os fundamentos que motivaram as determinações à Petrobras; e, em consequência, não são capazes de modificar o Acórdão nº 1.125/2005 – Plenário. 5. De fato, por meio da Decisão nº 663/2002 – Plenário, o Tribunal considerou inconstitucional o art. 67 da Lei nº 9.478/1997, bem como determinou à Petrobras que se abstenha de aplicar às suas licitações e contratos o Decreto nº 2.745/1998 e observe os ditames da Lei nº 8.666/1993, até a edição da lei de que trata o § 1º do artigo 173 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998. 6. Em fase posterior, o Acórdão nº 560/2010 – Plenário negou provimento ao pedido de reexame formulado pela Petrobras e manteve os termos dessa deliberação (...)” Observo que, ante a rejeição dos embargos declaratórios opostos pela Petrobras contra o Acórdão nº 1.548/2011, a instância administrativa foi exaurida. Não há pendência de recurso com efeito suspensivo, o que afasta a aplicabilidade do art. 5o, inciso I, da nova Lei do Mandado de Segurança. A autora faz prova de que a última decisão proferida pela Corte Contas na controvérsia foi publicada no DOU de 1º/12/2011, o que evidencia não ter ocorrido a caducidade da impetração. A matéria, tal como aduzido na vestibular, não é nova na Corte. Há decisões liminares no STF, em casos análogos, em favor da tese defendida pela impetrante, de entre os quais são citados: MS nos 25.888, Rel. Min. Gilmar Mendes; 25.986, Rel. Min. Celso de Mello; 26.783, Rel. Min. Marco Aurélio; 26.808, Rel. Min. Gilmar Mendes; 27.232, 27.337 e 27.344, Rel. Min. Eros Grau). A questão, de outro lado, encontra-se submetida à Corte, sob a forma do RE nº 441.280/RS, cujo julgamento cabia inicialmente à Primeira Turma, mas que foi afetada ao Plenário, dada sua significativa repercussão jurídica. Esse recurso, que servirá como caso-líder, foi-me atribuído em 10/12/2009, por efeito do art. 38, RISTF. Na sessão plenária de 3/8/2011, proferi voto nos autos do recurso extraordinário acima referido. Manifestei-me pelo não provimento do recurso por ser incompatível com o regime de livre concorrência a exigência de submissão aos rígidos limites da Lei nº 8.666/93 por sociedades de economia mista e empresas públicas que exercem atividade econômica fora do regime de monopólio. O Ministro Marco Aurélio divergiu do entendimento, tendo votado pelo provimento do recurso, tendo sido interrompido o julgamento em razão do pedido de vista do Ministro Luiz Fux. Evidente, portanto, que não é esta a melhor ocasião para se emitir juízo mais aprofundado sobre a matéria. No entanto, é conveniente deferir a liminar pleiteada pela impetrante, dada a existência de diversas ordens mandamentais em seu favor, quando os dignos relatores conheceram de situações similares às ora apresentadas. Nesse sentido, tem absoluta coerência o que assinalou a Min. Cármen Lúcia, na decisão monocrática proferida no MS 27743 MC, publicada em DJe-237de 15/12/2008, cujo excerto é abaixo reproduzido: “A circunstância de ainda não ter sido concluído o julgamento acima mencionado e, ainda, diante do deferimento, por este Supremo Tribunal, de diversas liminares em mandados de segurança com objeto análogo, quando não idêntico, ao presente (Mandados de Segurança ns. 25.986, Rel. Min. Celso de Mello; 26.783, Rel. Min. Marco Aurélio; 26.808, Rel. Min. Ellen Gracie; 27.232, Rel. Min. Eros Grau; 27.337; Rel. Min. Eros Grau; e 27.344, Rel. Min. Eros Grau), deixa comprovada não apenas a plausibilidade do requerimento formulado, mas também a relevância do fundamento e a possibilidade de se ter a ineficácia da medida, se, ao final, vier a ser reconhecido o direito líquido e certo da Impetrante. Pelo que, nos termos do inc. II do art. 7º da Lei n. 1.533/51, impõe-se o deferimento da liminar. 6. Note-se que todos os precedentes acima mencionados foram baseados na liminar deferida pelo Ministro Gilmar Mendes no Mandado de Segurança n. 25.888, com pedidos idênticos aos deste mandado de segurança, para o qual: ‘Existe plausibilidade jurídica no pedido. A EC n° 9/95, apesar de ter mantido o monopólio estatal da atividade econômica relacionada ao petróleo e ao gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, acabou com o monopólio do exercício dessa atividade. Em outros termos, a EC n° 9/95, ao alterar o texto constitucional de 1988, continuou a abrigar o monopólio da atividade do petróleo, porém, flexibilizou a sua execução, permitindo que empresas privadas participem dessa atividade econômica, mediante a celebração, com a União, de contratos administrativos de concessão de exploração de bem público. Segundo o disposto no art. 177, § 1o, da Constituição, na redação da EC n° 9/95: ‘§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei’. Dessa forma, embora submetidas ao regime de monopólio da União, as atividades de pesquisa, lavra, refinação, importação, exportação, transporte marítimo e transporte por meio de conduto (incisos I a IV do art. 177), podem ser exercidas por empresas estatais ou privadas num âmbito de livre concorrência. A hipótese prevista no art. 177, § 1º, da CRFB/88, que relativizou o monopólio do petróleo, remete à lei a disciplina dessa forma especial de contratação. A Lei n° 9.478/97, portanto, disciplina a matéria. Em seu artigo 67, deixa explícito que ‘os contratos celebrados pela Petrobrás, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República’. A matéria está regulamentada pelo Decreto n° 2.745, de 1998, o qual aprova o regulamento licitatório simplificado da Petrobrás. 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 n° 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 n° 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 n° 9.478/97, e do Decreto n° 2.745/98, obrigando a Petrobrás, conseqüentemente, a cumprir as exigências da Lei n° 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), assim como aquelas que conformam o regime de exploração da atividade econômica do petróleo (art. 177).’ A mesma fundamentação há de ter acolhimento neste momento processual, sob pena de comprometimento ao princípio da segurança jurídica que passa pela certeza judicial.” Em circunstâncias tais, entendo presentes os requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora, o que faço em respeito ao que vem decidindo os ministros da Corte e sem que isso implique adesão à tese de fundo contida no mandado de segurança. Ante o exposto, defiro a medida liminar, para suspender os efeitos do acórdão do Tribunal de Contas da União, até o julgamento de mérito da presente ação. Notifique-se a autoridade impetrada para oferecer informações, no prazo decendial. Cite-se o litisconsorte assinalado na inicial e dê-se ciência à Advocacia-Geral da União, nos termos da lei. Após, vista à douta Procuradoria-Geral da República para manifestação como custos legis. Publique-se. Int.. Brasília, 26 de março de 2012. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente

**Legislação**

LEG-FED CF ANO-1988

 ART-00002 ART-00022 INC-00027 ART-00037

 ART-00071 INC-00009 ART-00084 INC-00006

 ART-00173 REDAÇÃO DADA PELA EMC-19/1998

 PAR-00001 ART-00177 PAR-00001

 INC-00001 INC-00002 INC-00003 INC-00004

 CF-1988 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

LEG-FED EMC-000009 ANO-1995

 EMENDA CONSTITUCIONAL

LEG-FED EMC-000019 ANO-1998

 EMENDA CONSTITUCIONAL

LEG-FED LEI-001533 ANO-1951

 ART-00007 INC-00002

 LMS-1951 LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA

LEG-FED LEI-008666 ANO-1993

 LLC-1993 LEI DE LICITAÇÕES

LEG-FED LEI-012016 ANO-2009

 ART-00005 INC-00001

 LMS-2009 LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA

LEG-FED LCP-000073 ANO-1993

 ART-00040 PAR-00001

 LEI COMPLEMENTAR

LEG-FED LEI-009478 ANO-1997

 ART-00067

 LEI ORDINÁRIA

LEG-FED DEC-002745 ANO-1998

 DECRETO

LEG-FED RGI ANO-1980

 ART-00038

 RISTF-1980 REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

LEG-FED SUM-000347

 SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF

**Observação**

Legislação feita por:(JDG).

**fim do documento**