

MS 29123 / DF - DISTRITO FEDERAL

MANDADO DE SEGURANÇA

Relator(a): Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 20/08/2019

Partes

IMPTE. (S)	: PETROLEO 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
PROC. (A/S) (ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
ADV. (A/S)	: AGU - MARCELO RIBEIRO DO VAL
IMPDO. (A/S)	: UNIÃO
PROC. (A/S) (ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
ADV. (A/S)	: ANDRÉ DE ALMEIDA BARRETO TOSTES

Decisão

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado por Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras, contra ato do Tribunal de Contas da União (TCU), consubstanciado em decisão que determinou à impetrante e seus gestores que se abstenham de aplicar o Regulamento de Procedimento Licitatório Simplificado, aprovado pelo Decreto 2.745, de 24.8.1998.

Consta da petição inicial que o TCU, ao analisar o processo TC 006.846/2004-3, em que apreciou auditoria realizada no âmbito do Fiscobras/2004, impôs determinações à Petrobras, "dentre elas, a adequação de suas futuras contratações às normas estabelecidas pela Lei nº 8.666/93 (item 9.3.3 do Acórdão nº 346/2007 - TCU - Plenário)".

Contra essa decisão, a impetrante apresentou pedido de reexame, alegando que seus procedimentos de contratação não estariam regulados pela Lei 8.666/1993, mas sim pelo Regulamento de Procedimento Licitatório Simplificado, aprovado pelo Decreto 2.745/1998, o qual possui lastro legal no art. 67 da Lei 9.478/1997. Sustentou, ainda, que o Parecer AC-15, da Advocacia-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República, vinculante para a Administração

Pública Federal, conclui que a Petrobras e suas subsidiárias devem se submeter às regras do citado Decreto 2.745/1998.

Ao analisar o pedido de reexame, o TCU negou-lhe provimento (Acórdão 405/2010), com base nos seguintes fundamentos: a) em diversas decisões, entre elas o Acórdão 401/2009, o TCU declarou a inconstitucionalidade do art. 67 da Lei 9.478/1997 e do Decreto 2.745/1998, determinando que a Petrobras observasse os ditames da Lei 8.666/1993; e b) segundo a Súmula 347 do STF, "o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das Leis e dos Atos do Poder Público".

A impetrante, então, opôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados pelo TCU (Acórdão 859/2010).

Contra essas decisões do TCU (Acórdãos 346/2007, 405/2010 e 859/2010), a Petrobras impetrou o presente mandado de segurança, aduzindo, em síntese, que:

a) o TCU não possui competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. A Súmula 347 do STF foi editada em 1963, tendo como base o art. 77 da Constituição de 1946, há muito revogado. A regra do Regimento Interno do TCU que prevê essa competência não pode se sobrepor à Constituição;

b) a Petrobras, empresa integrante da Administração Indireta, está submetida ao princípio da legalidade e, portanto, deve cumprir o art. 67 da Lei 9.478/1997 e o Decreto 2.745/1998, que permanecem vigentes e determinam que os contratos por ela celebrados, para aquisição de bens e serviços, sejam precedidos de procedimento licitatório simplificado, afastando-se a aplicação da Lei 8.666/1993;

c) por força do § 1º do art. 40 da LC 73/1993, a Petrobras está obrigada a cumprir o Parecer AC-15, da Advocacia-Geral da União, que conclui que "a inaplicação (do Decreto nº 2.745/98) - por alegada inconstitucionalidade do regime simplificado - a todo o Grupo Petrobrás, esbarra no respeito ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis e da legalidade dos atos da administração até que sobrevenha decisão judicial em contrário, sendo insuficiente a opinião do TCU, a quem cabe tão só julgar a regularidade das contas".

d) após a Emenda Constitucional 9/1995, que alterou o § 1º do art. 177 da Constituição, a impetrante passou a atuar na exploração do petróleo em regime de livre concorrência com outras empresas. Com isso, o art. 67 da Lei 9.478/1997 determinou a submissão da impetrante a procedimento licitatório simplificado, afastando a aplicação da Lei

8.666/1993, que estabelece regime de licitação e contratação inadequado para a atuação da empresa em ambiente de livre competição.

A impetrante requer a concessão de medida liminar para suspender a decisão proferida pelo TCU (Acórdão 346/2007) no processo TC 006.846/2004-3.

Em 2 de setembro de 2010, deferi a medida liminar pleiteada.

Na ocasião, com base em posicionamento análogo exarado no MS 25.888 - entendimento que foi reiterado em diversas decisões em mandados de segurança nesta Corte (MS-ED 25.986, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 30.6.2006; MS-MC 26.783, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 1º.8.2007; MS 27.232, Rel. Min. Eros Grau, DJe 90/2008, divulgado em 30.5.2008; MS 27.743, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 237/2008, publicado 15.12.2008; MS 28.745, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 12.5.2010; MS 28.626, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 4.3.2010; MS 27.796, Rel. Min. Carlos Britto, DJe 6.2.2009; MS 28.897, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 2.8.2010) -, determinei a suspensão dos efeitos das decisões proferidas pelo Tribunal de Contas da União (Acórdãos 859/2010, 405/2010, 346/2007) no processo TC 006.846/2004-3, ao fundamento de que o Tribunal de Contas da União não tem competência para exercer o controle de constitucionalidade, uma vez que a presunção de constitucionalidade das normas só pode ser afastada por órgãos jurisdicionais competentes.

Em 24 de junho de 2019, o Tribunal de Contas da União encaminhou ao Presidente do STF o Aviso 388 - GP/TCU, com o seguinte teor:

"Encaminho a Vossa Excelência, para conhecimento, cópia do Acórdão nº 1.335/2019-Plenário (acompanhado da Unidade Técnica), prolatado por este Tribunal, na Sessão Ordinária de 12/6/2019, nos autos do processo TC-006.846/2004-3, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler".

O aviso foi encaminhado ao meu Gabinete por meio do Ofício 225/2019-GPR, em 1º de julho de 2019, pela Presidência desta Suprema Corte.

É o relatório.

Decido.

Conforme consta do Acórdão 1335/2019 do Plenário do TCU, a Corte de Contas, por unanimidade, reconheceu a perda do objeto do subitem 9.3.3 do Acórdão 346/2007, em face da vigência da Lei 13.303/2016, razão pela qual determinou o arquivamento do Processo TC-006.846/2004-3.

Conforme se extrai do parecer da área técnica que propôs o arquivamento do processo TC 006.846/2004-3, o TCU, ao realizar auditoria nas obras de Modernização e Adequação do Sistema de Produção da Refinaria

de Paulínea (Replan), no município de Paulínea/SP, apontou irregularidades relacionadas ao fato de haver-se dado início à execução de contratos sem a devida formalização, o que implicaria infração ao previsto no art. 60, parágrafo único, da Lei 8.666/1993. Após esclarecimentos, o TCU aplicou multa ao responsável e determinou que a Petrobras "9.3.3. realize a formalização por escrito dos contratos antes do início da execução, exceto no caso previsto pelo art. 60, parágrafo único, da Lei 8.666/93, principalmente nos contratos de serviço e de aquisição de materiais relativos aos investimentos da empresa".

O responsável apresentou o pedido de reexame, o qual foi acolhido. No entanto, restou a exigência para que a Petrobras observasse a Lei Geral de Licitações e Contratos, o que ensejou o deferimento da liminar no presente feito, determinando-se a suspensão do processo até o julgamento de mérito pelo Plenário desta Corte.

No entanto, conforme consta do parecer técnico, nesse meio-tempo, adveio a Lei 13.303/2016 (Estatuto Jurídico da Empresa Pública, da Sociedade de Economia Mista e de suas subsidiárias). A nova legislação, em grande parte, teria reproduzido os ditames da Lei 8.666/1993. Segundo o Tribunal de Contas, o ponto central envolvendo a contenda teria sido tratado especificamente pela lei. Transcrevo o trecho da nota técnica, no ponto:

"(...) Nessa lei, há seção específica relacionada à formalização dos contratos, ponto central do embate remanescente nos presentes autos. Conforme o art. 73, também bastante similar ao previsto na Lei 8.666/93, há previsão de exceção ao regramento da formalização dos contratos. Isto é, a redução a termo do contrato poderá ser dispensada no caso de pequenos despesas:

'Art. 73. A redução a termo do contrato poderá ser dispensada no caso de pequenas despesas de pronta entrega e pagamento das quais não resultem obrigações futuras por parte da empresa pública ou da sociedade de economista mista. (negritos acrescidos)'

Ou seja, está positivado e é indiscutível que as obras e serviços de engenharia contratados por empresa pública ou por sociedade de economista mista e suas subsidiárias devam ser precedidas de processo licitatório e formalização de contrato antes da

expedição de autorização para início da execução, excetuados os casos de pequenas despesas de pronta entrega e pagamento das quais não resultem obrigações futuras.

Portanto, conclui-se que a nova lei que regulamenta as contratações de empresas estatais tratou de forma específica do tema, o que caracteriza perda de objeto da decisão suspensa por MS no STF.

Nesse sentido, além de perda de objeto da decisão já exarada, não se deve propor nova determinação de mero cumprimento de normativos ou observância da legislação, conforme Portaria-Segecex 13/2011”.

Em síntese, o parecer da área técnica concluiu pela perda de objeto do processo no TCU e seu arquivamento.

A proposta restou aprovada na Sessão Ordinária de 12.6.2019, nos autos do processo TC-006.846/2004-3, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler.

Constato, portanto, perda de objeto em relação ao presente mandamus, tendo em vista que o ato aqui impugnado não subsiste mais.

Ante o exposto, julgo prejudicado o presente mandamus, por perda superveniente de seu objeto, nos termos do art. 21, IX, do RI/STF.

Publique-se

Brasília, 20 de agosto de 2019.

Ministro Gilmar Mendes

Relator

Documento assinado digitalmente